



شرح الجامع الصغير

تأليف

الإمام فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندی الفرغاني [٥٩٢ هـ] المعروف بـ «قاضي خان».

(الجزء الثاني)

من بداية كتاب الأيمان إلى نهاية كتاب الوصايا (كامل الجزء الثاني)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي.

دراسة وتحقيق

الطالب: عبد العليم لاجورد خان

إشراف فضيلة الأستاذ. الدكتور/ أحمد عبد الرزاق الكبيسي
الأستاذ المشارك بجامعة أم القرى.

المجلد الأول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه

أجمعين وبعد:

فإن هذا البحث المسمى: (شرح الجامع الصغير ، للإمام فخر الدين ، قاضي خان) دراسة وتحقيق الطالب/ عبد العليم لاجوردخان ، ينقسم إلى قسمين: القسم الأول الدراسة ، والثاني التحقيق.

أما القسم الأول: فيشتمل على مقدمة وثلاث مباحث.

والمقدمة تتضمن ثلاثة أمور: ١ - أهمية الفقه والحاجة إليه في جميع شؤون الحياة. ٢ - خطة البحث. ٣ - أسباب اختيار الموضوع.

والمبحث الأول: يشتمل على ترجمة صاحب الكتاب المشروح « الجامع الصغير » وهو الإمام « محمد بن الحسن الشيباني » وتشتمل على خمسة مطالب: تتلخص في شخصيته وصفاته وحرصه على طلب العلم ومؤلفاته وثناء العلماء عليه ووفاته.

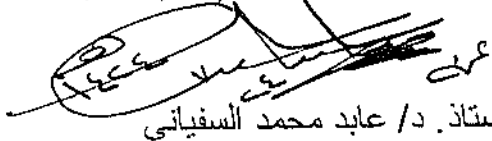
والمبحث الثاني: في ترجمة مؤلف « شرح الجامع الصغير » وهو الإمام « قاضي خان » ويشتمل على أربعة مطالب: بحث فيها شخصيته وشهرته وأشهر شيوخه وأشهر تلاميذه وسنده في الفقه ومؤلفاته ومكانته العلمية وثناء العلماء عليه وأثره في من بعده ووفاته.

والمبحث الثالث: في دراسة كتاب « شرح الجامع الصغير » لـ « قاضي خان » وتشتمل على ستة مطالب: من عنوان الكتاب وصحة نسبه إلى المؤلف وأهميته وأماكن وجود نسخه المخطوطة ووصفها وميزاته العلمية ومصادره وبعض المآخذ عليه ومنهج في التحقيق وشرح بعض المصطلحات الموجودة في كتب الحنفية.

وأما القسم الثاني: ففي النص المحقق ، ويبدأ بكتاب الأيمان وينتهي بكتاب الوصايا وهو نهاية الكتاب. وهذا الجزء من الكتاب يشتمل على المسائل الفقهية في قسم المعاملات والعقوبات والوصايا، (ما عدا العبادات والأنكحة والتي تبحث في الجزء الأول من الكتاب وهو من نصيب محقق آخر) وقد قمت بتحقيق النص حسب المنهج المتبع الذي وضحته في المقدمة وذكرت آراء المذهب المالكي والحنبلي في المسائل التي فيها خلاف بين الحنفية والشافعية واستخرجت القواعد الفقهية والأصولية وعملت فهرسا للأصول والفروق الفقهية الموجودة في الكتاب ، وذيلته بالفهارس العلمية المطلوبة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

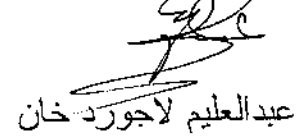
عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية


الأستاذ. د/ عابد محمد السفياني

المشرف

د. أحمد عبدالرزاق الكبيسي

الطالب:


عبد العليم لاجوردخان

Abstract

All praise be to Allah the Lord of the world , and peace and blessings of Allah be upon the best of the messengers and his family , companions all together.

This thesis investigates the book entitled (Sharh al-Jami' al-Sagheer lel-Imam Fakhruddin Quadhi khan) (research and authentication) by the student A.Aleem Lajward khan and Devided to two Parts, first the study and the second authentication :

The First section contains introduction and three chapters , the introduction includes three facts: 1- the importance of the Jurisprudence and the need to it in all aspects of the life . 2- the plan for the study . 3- the reasons for choosing it for investigation.

The first chapter contains an introduction to the life of the author of the illustrated book (Al-Jami' al-Sagheer) He is Imam mohammad bin Hasan al shaibani and contains five themes summarized in his personality , qualities , and his keen for obtaining the knowledge , and applause by the scholars and finally his death.

The second chapter covers the life of the author of (Sharh al-Jami' al-Sagheer) He is (Quadhi khan) and comprises four points in which I discussed his personality , his fame and his outstanding teachers and pupils and his narration in fiqh , his compilations and the applause of scholars , his effect in the following generation and finally his death.

The third chapter contains the study of the book , (Sharh al-Jami' al-Sagheer) Le quadhi khan , which contains six themes . the Title of the book and its ascription to the author , its Importance, the places of finding manuscripts and their description , its scientific distinguishes , its sources and some objects on it. and my method in authentication and the explanation of some terminology in Hnafite school books.

The second part is investigation of the text starting with the book of "Aiman ending in the book of wasaya (wills)" which deals with the transactions and punishment in the Islamic Law and the will except the section of worship and marriage which is discussed in the first part of the book belonging to the other researcher , and I achieved this work according to the described plan through the introduction , and added the opinions of the maliki and Hanbeli schools of thought in the controversial point of views between, Imam Abu Hanifa and Imam shafiei , draw out the juristic and fundamental rules contained in the book, making a list for the rules and juristic variances existing in the book followed by the required detailed indices .

Peace be upon our Prophet, Mohammad, his household and companions. and who follow them until the dooms day.

القسم الأول

الدراسة

كلمة الشكر

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونؤمن به ونتوكل عليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أرسله بالهدى ودين الحق، وأصلي وأسلم على خير خلقه محمد وآله وصحبه أجمعين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين. وبعد:

فإن أوجب الواجبات على العبد أن يعبد الله ولا يشرك به شيئا وأن يشكره ولا يكفره فإنه لا يجحد بنعم الله إلا الظالمون، فإني إذ أشكر الله على نعمة الإسلام ثم بالإقامة في مهبط الوحي وأقدس بقاع الأرض ، ثم بالالتحاق بكلية الشريعة بجامعة أم القرى التي وفقني الله تعالى لإتمام الدراسة فيها على أيدي الأفاضل من الأساتذة الكرام الذين يقومون بنشر نور العلم والمعرفة التي ورثوها من الأنبياء [صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين].

وأخص بالشكر فضيلة الأستاذ الدكتور/أحمد عبد الرزاق الكبيسي الذي أشرف على رسالتي هذه والذي استقبلني بصدر رحب وقدم لي نصائحه المفيدة وتوجيهاته القيمة فأسأل الله أن يجزيه عني وعن الإسلام خير الجزاء إنه قريب مجيب.

ثم أشكر الجامعة ممثلة في مديرها ووكلائها وجميع مسؤوليها وأخص بالشكر كلية الشريعة والدراسات الإسلامية وعلى رأسها عميدها ووكيلها ورؤساء الأقسام وجميع القائمين على خدمة العلم وطلابه وجزاهم الله خير الجزاء، وأشكر جميع من قدم لي يد العون بالنصح والإرشاد ، من زملائي وغيرهم، والله الهادي إلى الصراط المستقيم.

هذا وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين . وبعد:

فإن الفقه الإسلامي من أجل العلوم وأهمها لا يستغني عنه الإنسان بحال من الأحوال، في كل عصر وزمان بل في كل لحظة وأوان ؛ لأنه ميزان يُعرف به أعمال البشر صحة وفساداً وكمالاً ونقصاناً، لأنه عبارة عن معرفة النفس ما لها وما عليها ^(١) من العقيدة والقول والعمل، وهو ضروري ضرورة الهواء والماء والطعام ، وبفقدته تُفقد الحياة المعنوية ، بل الحقيقية، للإنسان ، وقد بين الله تعالى أهميته بأسلوب بلاغي مميز ، حيث قال: ﴿ فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لَيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ. ﴾ ^(٢).

تتجلى هذه الأهمية في وجوب قيام فئة من الأمة قادرة على الفهم الصحيح واستنباط الأسرار والأحكام بالتفقه في الدين والتبليغ للدين لم يتمكنوا من القيام بهذه المهمة العظيمة ، ذلك لأن الله تعالى لم يترك الناس سدى وأنه لا يعذب أمة حتى يعث فيهم رسولاً وهو تعالى عالم بمصالح الخلق الدنيوية والدنيوية ، « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »، فيأمرهم بما ينفعهم وينهاهم عما يضرهم.

وأن الرسول صلى الله عليه وسلم حث أصحابه على التفقه في الدين وتحمل مشقته ونيل أجره وثوابه ، فقال: « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » ^(٣) وقال: « نضر الله امرأ سمع

(١) هكذا عرفه الإمام أبو حنيفة، انظر: البحر الرائق، ٦/١ ؛ حاشية ابن عابدين، ٦١/١ .

(٢) سورة التوبة، آية : ١٢٢ .

(٣) أخرجه البخاري، في كتاب العلم ، انظر: فتح الباري، ١٩٧/١ ؛ مسلم في كتاب الزكاة باب النهي عن المسألة، ١٢٨/٧ .

منا حديثاً فحفظه حتى يبلغه غيره فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه ... الحديث،» (١) .
وقال صلى الله عليه وسلم : « من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهل الله له به طريقاً إلى الجنة » (٢) .

من أجل ذلك كان الصحابة رضوان الله عليهم حريصين على معرفة الحلال والحرام لكي يفوزوا بخيري الدنيا والآخرة ويسعدوا سعادة أبدية في جنات النعيم.

وروى البخاري بسنده عن أبي هريرة: « أن أعرابياً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله دلني على عمل إذا عملته دخلت الجنة قال: تعبد الله لا تشرك به شيئاً وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدي الزكاة المفروضة وتصوم رمضان، قال: والسذي نفسي بيده لا أزيد على هذا شيئاً أبداً ولا أنقص منه فلما ولى قال النبي صلى الله عليه وسلم : « من سره أن ينظر إلى رجل من أهل الجنة فلينظر إلى هذا » (٣) .

وأن التابعين رضوان الله عليهم اشتغلوا بالفقه باستمراراً وامتداداً لعهد الصحابة رضي الله عنهم قيل: « زرع الفقه عبد الله بن مسعود وسقاه علقمة بن قيس وحصده إبراهيم النخعي، وداسه حماد بن سلمة وطحنه أبو حنيفة وعجنه أبو يوسف وخبزه محمد بن الحسن رحمهم الله ورضي عنهم، فالناس يأكلون من خبز محمد رحمه الله » (٤) .

وهذا ليس غريباً ، فالفقه ليس نصوصاً منزلة ولا أفعالاً محصورة ووقائع معينة بل يختلف باختلاف الزمان والمكان ؛ لأن الحياة في تغير دائم وتطور مستمر تتجدد أساليبها

(١) أخرجه الترمذي في كتاب العلم ، باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع ، ٣٣/٥ وقال: حديث حسن صحيح. واللفظ له. وابن حبان (الإحسان ، ٢٦٨/١ ؛ وصححه الحاكم في المستدرک ، ١٦٢/١ .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب العلم، انظر: فتح الباري، ١٩٢/١ ؛ مسلم في كتاب الزكاة، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ، ٢١/١٧ .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة ، انظر: فتح الباري، ٣٠٨/٣ ؛ مسلم في كتاب الإيمان ، ١٧٤/١ .

(٤) انظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان مخطوط ، اللوحة الأخيرة، نسخة « أ » وفيها: « زرع العلم بدل الفقه، ودراه أبو حنيفة، بدل طحنه أبو حنيفة وطحنه أبو يوسف ، بدل عجنه واخترت اللفظ الذي في أنيس الفقهاء والدر المختار لشهرته » ؛ انظر: أنيس الفقهاء ص ٣٠٨ ؛ الدر المختار ، وقال: إن محمداً صنف في العلوم الدينية تسعمائة وتسعة وتسعين كتاباً ٥٠/١ .

وتتعدد طرقها، تطرأ أمور وتزول أمور فهي غير ثابتة على منوال واحد والفقهاء يشمل كل هذه الجوانب الثابتة والمتغيرة ولذلك نرى أن أجيالاً يشتغلون بالفقه منذ بدء الحياة البشرية وستستمر إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها فكل جيل اهتم بدراسة ما استجد من الحوادث والوقائع المختلفة وبينوا آراءهم حولها واستنبطوا أحكامها من الأسس الثابتة للشريعة الإسلامية، وهي الوحي بنوعيه المتلو وغير المتلو، وما يؤول إليهما من إجماع الأمة والقياس، وغيرها من أصول التشريع لدى علماء الإسلام، من غير أن يكون هناك حرج لغيره من العلماء في استخراج بعض ما وصل إليه اجتهاده واستخراج الأحكام والقواعد والأسس وسن القوانين المبنية على ذلك فالشارع الحكيم يعلم مصلحة عباده فيأمر بأشياء وينهى عن أشياء ويترك أشياء رحمة بنا من غير نسيان. فيأتي دور المجتهد في بيان ما وصل إليه اجتهاده. كما روى أبو داود بسنده عن أصحاب معاذ بن جبل رضي الله عنهم، « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يعث معاذاً إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله^(١). وهذا دليل على أن للمجتهد أن يبذل جهده في استنباط الأحكام، حسب ما يراه مناسباً.

كما روي أن عمر رضي الله عنه لما كثرت عليه القضايا ولى زيد بن حارثة على القضاء فلقي رجلاً فقال: ما صنعت؟ قال: قضى علي زيد بكذا، قال: لو كنت لقضيت بكذا، قال: فما منعك والأمر إليك؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم لفعلت ولكني أردك إلى رأيي والرأي مشترك، فلم ينقض ما قال علي وزيد^(٢).

وعنه أنه قضى بقضية فرغ إليه تلك القضية فقضى بخلافه فقبل له ذلك، فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي^(٣).

(١) انظر: سنن أبي داود، ٣/٣٠٣، قال المباركفوري: وهذا الحديث وإن تكلم فيه أهل العلم ولكنه من قسم الحسن لغيره وهو معقول به. انظر: تحفة الأحوذى، ٣٦٧/٧.

(٢) تاريخ المدينة المنورة، ٢/٦٩٣؛ أعلام الموقعين، ١/٦٥. في بعض الروايات «علي زيد».

(٣) أخرجه عبد الرزاق، ١٠/٢٤٩، وابن أبي شيبة، ١١/٢٥٥؛ والبيهقي وقال: وبمعناه قال البخاري انظر: السنن الكبرى، ٦/٢٥٥؛ وابن القيم، أعلام الموقعين، ١/١١١؛ وابن قدامة المغني، ٩/٥٧.

وروى الطبراني، في الأوسط، عن عبد الوارث قال: « قدمت مكة فوجدت بها أباحنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة: ما تقول في رجل باع بيعاً وشرط شرطاً؟ قال: البيع باطل والشرط باطل. ثم سألت ابن أبي ليلى فقال: البيع جائز والشرط باطل. ثم سألت ابن شبرمة فقال: البيع جائز والشرط جائز. فقلت: يا سبحان الله، ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا علي في مسألة واحدة، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع وشرط، البيع باطل والشرط باطل، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: « أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة فأعتقها » البيع جائز والشرط باطل، ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالوا، حدثني مسعر ابن كدام عن محارب بن دثار عن جابر: « بعث النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرطت حملاناً إلى المدينة » البيع جائز والشرط جائز (١).

ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: « آخذ بكتاب الله إذا وجدته فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه، التي فشت في أيدي الثقات عن الثقات فإذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وعدد رجالاً، فقوم اجتهدوا فأجتهد كما اجتهدوا » (٢).

فالعلماء في ضوء هذه النصوص والإشارات قاموا بواجبهم نحو الفقه الإسلامي باستنباط الأحكام من النصوص الشرعية، للحوادث والمستجدات التي لم تخطر ببال أحد أو لم يفهمها أحياناً في الزمن الماضي لعدم وجودها كما نرى اليوم في زماننا، لم يكن العقل يقبلها قبل وجودها، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿ وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٣)، فهذه إشارة واضحة

(١) المعجم الأوسط، ٣٣٥/٤؛ قال الميثمي: وفي سننه عبد الله بن عمرو وفيه مقال، انظر: مجمع

الزوائد، ٨٥/٤؛ التمهيد، ١٨٥/٢٢.

(٢) انظر: أخبار أبي حنيفة للصيمري، ١٠؛ الانتقاء لابن عبد البر، ١٤٢-١٤٣؛ تاريخ بغداد،

للخطيب، ٣٦٨/١٣.

(٣) سورة النحل، آية: ٨.

إلى عدم حصر الفقه الإسلامي بعصر دون آخر، وعدم جموده وأنه لا يحصر بجل مشكلة دون أخرى ولذلك نرى كثيراً من الفقهاء يصرحون بالقول: « وهذا في زمانهم أما في زماننا... »، أو هذا في عرفهم أما في عرفنا... » وغير ذلك من العبارات التي تدل على أن الفقه الإسلامي يقتضي من العلماء العمل المستمر وعدم الركون والجمود، أو الاكتفاء بما حصل من الاجتهادات في زمن من قبلهم ولذا لم يخل جيل ولا زمن من وجود العلماء والفقهاء، فكل عمل حسب ما تيسر له سواء، التأليف، أو الترجمة، أو الشرح أو التحقيق، أو النظم والاختصار وغير ذلك، وها هو الإمام محمد بن الحسن أحد علماء الإسلام وفقهاء عصره قد بذل جهداً وإخلاصاً في خدمة دين الله والفقه الإسلامي حتى قيل: إنه صنف ٩٩٩ كتاباً في العلوم الدينية فقط^(١). ثم جاء دور من بعده فشرح بعض مؤلفاته، منهم قاضي خان الذي كان أحد شراح « الجامع الصغير » والذي أشارك في تحقيقه، لتحقيق ما نصبو إليه من خدمة الإسلام وأهله.

ومن الجدير بالذكر أنني لست بصدد دراسة مستوفاة للكتاب؛ لأنني وزميلي « أسد الله محمد حنيف » الذي يشاركني في تحقيق الكتاب قسمنا الكتاب وزاد نصيبي بنحو (٥٧) لوحة أي بما يقارب (١١٤) صفحة، حسب نسخة « هـ » وذلك مقابل دراسة الكتاب، ووضحت عدم التزامي بذلك في الخطة المقدمة إلى القسم، وقد وافق القسم وألزميني بدراسة القسم الخاص بي فقط، ومع ذلك أذكر شيئاً بسيطاً منها، كتمهيد للموضوع من باب: « ما لا يدرك كله لا يترك كله ».

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) انظر: الدر المختار ١/٥٠.

خطة البحث

ينقسم البحث بطبيعته إلى قسمين:

القسم الأول: الدراسة.

والقسم الثاني: التحقيق.

أما القسم الأول فيشتمل على مقدمة وثلاثة مباحث:

والمقدمة تتضمن العناصر التالية:

١ - أهمية الفقه والحاجة إليه في جميع شؤون الحياة.

٢ - خطة البحث.

٣ - أسباب اختيار الموضوع.

والمبحث الأول: في ترجمة صاحب الكتاب المشروح «الجامع الصغير» وهو

الإمام «محمد بن الحسن الشيباني» وتشتمل على خمسة مطالب:

المطلب الأول: في اسمه ونسبه، وأصله ومولده ومنشئه.

المطلب الثاني: وفيه أمران: ١ - صفاته الخلقية والخلقية. ٢ - نماذج من ثناء

العلماء عليه.

المطلب الثالث: في حرصه على طلب العلم وكثرة إنفاقه عليه.

المطلب الرابع: وفيه ثلاثة أمور: ١ - مؤلفاته. ٢ - نبذة عن أهمية كتابه

«الجامع الصغير» ٣ - شروحه.

المطلب الخامس: في وفاته.

والمبحث الثاني: في ترجمة مؤلف شرح الجامع الصغير وهو الإمام « قاضي خان » ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: في اسمه ونسبه — و موطنه.

المطلب الثاني: في ثلاثة أمور:

١ - أشهر شيوخه. ٢ - أشهر تلاميذه. ٣ - سنده في الفقه.

المطلب الثالث: في أمرين: ١ - مكانته العلمية. ٢ - ثناء العلماء عليه.

المطلب الرابع: في ثلاثة أمور:

١ - مؤلفاته. ٢ - أثره في من بعده. ٣ - وفاته.

والمبحث الثالث: في دراسة كتاب « شرح الجامع الصغير » لـ « قاضي خان » وتشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول: عنوان الكتاب وإثبات نسبه إلى المؤلف.

المطلب الثاني: في أمرين: ١ - أهمية الكتاب. ٢ - مصادره.

المطلب الثالث: في أمرين:

١ - أماكن وجود نسخ الكتاب في مكتبات العالم. ٢ - وصف نسخ المخطوط.

المطلب الرابع: في بيان منهج المؤلف.

المطلب الخامس: في أمرين: ١ - مزايا الكتاب. ٢ - الملاحظات على الكتاب.

المطلب السادس: في أمرين: ١ - منهجي في التحقيق. ٢ - المصطلحات.

أسباب اختيار الموضوع

ساعدت في اختياري لهذا الموضوع الأسباب الآتية:

- ١ — أن يكون لي شرف المشاركة في خدمة الفقه الإسلامي لأكون من جملة هؤلاء الذين ساهموا في خدمة العلوم الشرعية وأنال بها الأجر والثوبة عند الله.
- ٢ — إن شروح الجامع الصغير مع كثرتها لم يتطرق إليها أحد بتحقيقها وإخراجها عن رفوف المكتبات.
- ٣ — إضافة كتاب جديد ذي قيمة إلى عالم المكتبات ليقبى رافدا من روافد الخير والنفع للبشرية.
- ٤ — أهمية الكتاب حيث قام كثير من العلماء بعزو الأقوال والمعلومات إلى هذا الشرح فقد يكون هناك من هو في حاجة إليها من طلبة العلم أو الراغبين في الاستزادة من العلوم الإسلامية.
- ٥ — وأيضاً يعتبر هذا الشرح كتاباً مفيداً في الفقه المقارن يستفاد منه في هذا المجال.

التعريف بالإمام محمد بن الحسن الشيباني

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول في أمرين:

أولاً: اسمه ونسبه

هو الإمام المجتهد فقيه العصر، العلامة شيخ الإسلام، أحد العلماء الأعلام مفتي العراقيين، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مولاهم^(١) كان إماماً فقيهاً محدثاً مجتهداً ذكياً انتهت إليه رئاسة العلم في زمانه^(٢)

ثانياً: أصله ومولده ومنشأه

اختلف في أصله، قيل أصله من حرستا^(٣) وقيل: هو من الجزيرة^(٤) وقيل: أصله من

(١) قيل بأنه شيباني نسباً والأغلبية بأنه شيباني ولاء، وهي قبيلة في بكر بن وائل. انظر: بلوغ الأمان في سيرة محمد بن الحسن الشيباني، ص ٣؛ اللباب في تهذيب الأنساب لعز الدين ابن الأثير الجزري، ٢/٢١٩.

(٢) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد، ٧/٣٣٦؛ وفيات الأعيان، ٤/١٨٤؛ تاريخ بغداد، ٢/١٧٧؛ ميزان الاعتدال، ٣/٥١٣؛ الأنساب، ٧/٤٣٣؛ المنتظم، ٩/١٧٣؛ طبقات الفقهاء، ١/١٤٢؛ مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، للذهبي، تحقيق الكوثر، ص ٥٠؛ شذرات الذهب، ١/٣٢١ - ٣٢٣؛ النجوم الزاهرة ٢/١٣٠ - ١٣٢؛ العبر في خبر من غير، ١/٣٠٢؛ الفوائد البهية، ص ١٦٣؛ أخبار أبي حنيفة ص ١٢٠؛ مناقب الإمام أبي حنيفة للذهبي، ص ٥٠.

(٣) بالتحريك وسكون السين وتاء فوقها نقطتان، قرية كبيرة عامرة وسط بساتين دمشق على طريق حمص. انظر: معجم البلدان، ٢/٢٤١؛ بلدان الخلافة الشرقية، ٥٩.

(٤) انظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد، ٧/٣٣٦؛ سير أعلام النبلاء، ٩/١٣٥؛ والمراد بالجزيرة (جزيرة أقور) انظر: بلدان الخلافة الشرقية ١١٤، ١٥٧؛ الإمام محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي، ٢٤.

قرية قرب الرملة بفلسطين^(١). ومولده بواسط^(٢) ونشأ بالكوفة^(٣)، قدم أبوه العراق فولد محمد بواسط في سنة اثنتين وثلاثين ومائة^(٤). وسمع بها من أبي حنيفة ومسعر بن كدام والثوري وعمر بن ذر ومالك بن مغول ومالك بن أنس رضي الله عنهم والأوزاعي وأبي يوسف القاضي، وغيرهم. سكن بغداد وحدث بها^(٥). وروى عنه الشافعي وأبو عبيد القاسم بن سلام، وهشام بن عبد الله الرازي وأبو سليمان الجوزجاني وإسماعيل بن توبة وعلي بن مسلم الطوسي وغيرهم^(٦). كان من أذكى العالم^(٧). وخرج إلى الرقة^(٨) والرشد بما فولاه قضاءها^(٩).

(١) انظر: أخبار أبي حنيفة؛ مقدمة كتاب الآثار، لأبي الوفاء الأفعاني، وقال ولعل الصواب أنه من الجزيرة، ص ١٢.

(٢) قال ياقوت: سميت واسطا؛ لأنها متوسطة بين البصرة والكوفة، لأن منها إلى كل واحدة منهما خمسين فرسخا. انظر: معجم البلدان، ٣٤٧/٥.

(٣) الكوفة: بالضم المصير المشهور بأرض بابل من سواد العراق. انظر: معجم البلدان، ٤٩٠/٤.

(٤) انظر: مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي، تحقيق الكوثري، ص ٥٠.

(٥) انظر: الإمام محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي، ص ٥٤ وما بعدها.

(٦) انظر: مناقب أبي حنيفة للكردي ٤١٩/٢؛ مفتاح السعادة ٢٤٢/٢؛ أبو حنيفة لأبي زهرة، ص ٢٠٨ - ٢٠٩؛ انظر: التفصيل في: الإمام محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي، ص ٣١ وما بعدها.

(٧) انظر: مقدمة كتاب الآثار في ذكر شيوخه وتلاميذه فقد ذكر بما فيه كفاية ص ١٣ - ١٤؛

(٨) بلدة على ساحل الفرات في سورية شمال شرق مدينة حلب. انظر: معجم البلدان، ٥٩/٣؛ بلدان الخلافة الشرقية، ١٣٢ - ١٣٣.

(٩) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد، ٣٣٦/٧؛ النجوم الزاهرة ١٣٠/٢؛ العبر في خير من غير، ٣٠٢/١؛ المنتظم، ١٧٣/٩؛ وفيات الأعيان ١٨٤/٤ - ١٨٥؛ الجرح والتعديل، ٢٢٧/٧؛ شذرات الذهب ٣٢٢/١؛ أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٢٠؛ مقدمة الجامع الصغير لعبد الحي اللكنوي، ص ٣٤؛ مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي ص ٥٠؛ مفتاح السعادة، ٢٤١/٢.



المطلب الثاني

في أمرين:

أولاً: صفاته الخلقية والخلقية

كان رحمه الله من أجمل الناس وأحسنهم. قال أبو حنيفة لوالده حين حمله إليه: اخلق شعر ولدك وألبسه الخلقان^(١) من الثياب لا يفتن به من رآه. قال محمد: فخلق والدي شعري وألبسني الخلقان فزدت عند الخلق جمالاً^(٢).

وذكر الكردي عن الإمام أبي حفص أنه قال: « من نظر إلى محمد عرف أنه خلق للعلم ومع ذلك صلاح غالب وحفظ اللسان والسمت الحسن، والتودد والخلق الجميل وأدب النفس والعقل الكامل »^(٣).

ثانياً: نماذج من ثناء العلماء عليه

لقد أثنى على الإمام محمد بن الحسن رحمه الله أناس كثيرون ، منهم الإمام الشافعي رحمه الله فقد كان يثنى عليه ويذكر فضائله ، وقد نقل عنه ذلك ، حيث قال: « حملت من

(١) الخلقان جمع الخلق وهو البالي من الثياب. انظر: القاموس المحيط ص ١١٣٧ ؛ المعجم الوسيط، ٢٥٢/١ .

(٢) وقال الشافعي رحمه الله : « أول ما رأيت محمداً وقد اجتمع الناس عليه فنظرت إليه فكان من أحسن الناس وجهاً ثم نظرت إلى جنبه فكانه عاج ثم نظرت إلى لباسه فكان من أحسن الناس لباساً ثم سألته عن مسألة فيها الخلاف فقوى مذهبه ومرّ فيها كالسهم ». انظر: شذرات الذهب، ٣٢٢/١؛ مناقب أبي حنيفة للكردي ، ٤٢٠/٢ ؛ مفتاح السعادة ، ٢٤٢/٢ .

(٣) وعن محمد بن كامل المروزي قال: « ما رأيت فتى أجمل منه ولا مجلساً أنبل منه ولا أملاء أحسن من إملائه ، وكان من أحج الناس وأورع الناس » انظر: مناقب أبي حنيفة للكردي ٤٢٥/٢ ، ٤٣٥ .

علم محمد بن الحسن وقرُّ بُحْتِي»^(١). وقال: «لو قلت إن القرآن نزل بلغة محمد بن الحسن لفصاحته لقلت»^(٢). وقال: «ما رأيت سميماً ذكياً إلا محمد بن الحسن»^(٣). وقال: أَمَّنُ الناس عليَّ في الفقه محمد بن الحسن^(٤).

وقيل لأحمد بن حنبل: من أين لك هذه المسائل الدقاق؟ قال: من كتب محمد بن الحسن^(١).

(١) ذكر في بعض الروايات وقر بعير ذكر. انظر: طبقات الفقهاء ١١٤/١؛ الانتقاء لابن عبد البر

ص، ٣٣٧؛ تاريخ بغداد، ١٧٦/٢؛ حاشية ابن عابدين، ٥١/١.

(٢) وقال: «ما رأيت أحداً يسأل عن مسألة فيها نظر إلا تبينت في وجهه الكراهة إلا محمد بن

الحسن». وقال: ما رأيت رجلاً أعلم بالحلل والحرام والعلل والناسخ والمنسوخ من محمد بن

الحسن. وقال: لو أنصف الناس لعلموا أنهم لم يروا مثل محمد بن الحسن، ما جالست فقيها قط أفقه

ولا أفتق لسانه بالفقه منه، إنه كان يحسن من الفقه وأسبابه أشياء تعجز عنها الأكابر. وقال: قلل

محمد بن الحسن: «أقمت عند مالك ثلاث سنين وكسراً وسمعت من لفظه سبع مائة حديث».

وقيل للشافعي: قد رأيت مالكا وسمعت منه ورافقت محمد بن الحسن فأيهما كان أفقه؟

فقال: محمد بن الحسن أفقه نفساً منه. وقال ابن خلكان قال الربيع بن سليمان: كتب الشافعي

رحمه الله إلى محمد بن الحسن رحمه الله وقد طلب منه كتباً له ليستنسخها فأخبرت عنه فكتب

إليه: قل لمن لم تر عين من رآه مثله ومن كأن من رآه قد رأى من قبله

العلم ينهى أهله أن يمنعوه أهله لعله يذله لأهله لعله

فأنفذ إليه الكتب في الحال هدية لا عارية، كذا قال ابن الجوزي. وقد شفع للإمام الشافعي عند

الخليفة هارون الرشيد في محتته حين أتم بالخروج عليه فقبل الخليفة شفاعته. انظر: المنتظم

١٧٤/٩ - ١٧٥؛ مقدمة الجامع الصغير ص ٣٧؛ سير أعلام النبلاء، ١٣٥/٩؛ مقدمة كتاب

الآثار، ص ١٦ - ١٧؛ تاريخ بغداد، ١٧٦/٢، ١٧٧؛ وفيات الأعيان، ١٨٤/٤؛ النجوم

الزاهرة، ١٣١/٢؛ العبر في خبر من غير، ٣٠٣/١؛ مناقب الإمام أبي حنيفة، للذهبي، ص ٥١،

٥٣؛ شذرات الذهب، ٣٢١/١ - ٣٢٤؛ أخبار أبي حنيفة، ١٢٤؛ مناقب أبي حنيفة

للكردي، ٤٣٠/٢.

(٣) انظر: وفيات الأعيان ١٨٥/٤؛ الانتقاء لابن عبد البر ص ١٥٥ - ١٥٦؛ تاريخ بغداد،

١٧٦/٢؛ سير أعلام النبلاء، ١٣٥/٩؛ شذرات الذهب ٣٢١/١؛ مناقب الإمام أبي حنيفة

للذهبي، ص ٥١؛ المنتظم لابن الجوزي، ١٧٤/٩.

(٤) انظر: تاريخ بغداد، ١٧٦/٢؛ حاشية ابن عابدين، ٥١/١؛

وذكر الخطيب بسنده قال: قال لنا أبو علي الحسن بن داود: « فخر أهل البصرة بأربعة كتب: منها كتاب البيان والتبيين للجاحظ وكتاب الحيوان له وكتاب سيبويه وكتاب الخليل في العين ونحن نفتخر بسبعة وعشرين ألف مسألة في الحلال والحرام عملها رجل من أهل الكوفة يقال له محمد بن الحسن قياسية عقلية لا يسع الناس جهلها »^(٣). وقال صاحب كشف الظنون: أسلم حكيم من كفار بسبب مطالعته مبسوط محمد وقال: « هذا كتاب محمدكم الأصغر فكيف كتاب محمدكم الأكبر ؟ »^(٣).
وقال أبو عبيد:^(٤) « ما رأيت اعلم بكتاب الله منه »^(٥).

المطلب الثالث

في حرصه على طلب العلم وكثرة إنفاقه عليه

قال محمد بن الحسن: خلف أبي ثلاثين ألف درهم فأنفقت نصفها على النحو بالري والشعر وأنفقت الباقي على الفقه^(٦). وكان يقول: ترك أبي ثلاثين ألف درهم فأنفقت خمسة

(١) انظر: النجوم الزاهرة ١٣١/٢ ؛ المنتظم ١٧٥/٩ ؛ تاريخ بغداد ١٧٧/٢ ؛ سير أعلام ١٣٦/٩ ؛ مقدمة الجامع الصغير للكنوي، ص ٣٧ ؛ أخبار أبي حنيفة للصيمري ، ١٢٥ ؛ مناقب الإمام أبي حنيفة للذهبي، ٥٤ .

(٢) تاريخ بغداد ١٧٧/٢ ؛ مناقب أبي حنيفة للكردي ، ٤٣٣/٢ ؛

(٣) كشف الظنون، ١٥٨١/٢ ؛ مقدمة كتاب الآثار ص ١٩ ؛

(٤) هو أبو عبيد القاسم بن سلام الإمام الحافظ. انظر: سير أعلام النبلاء ، ٤٩٠/١٠ ؛

(٥) وقال: قدمت على محمد بن الحسن فرأيت الشافعي عنده فسأله عن شيء فأجابته فاستحسن الجواب فكاتبه فراه محمد فوهب له دراهم وقال له الزم إن كنت تشتهي العلم فسمعت الشافعي رحمه الله تعالى يقول لقد كتبت عن محمد وقر يعير ذكر؛ لأنه يحمل الكثير ولولاه ما انفتق لي من العلم ما انفتق. انظر: شذرات الذهب ٣٢٢/١ - ٣٢٣ ؛ طبقات الفقهاء ١١٤/١ ؛ انظر: النجوم الزاهرة ١٣١/٢ ؛ العبر، ٣٠٣/١ ؛ أخبار أبي حنيفة، ١٢٣ - ١٢٤ ؛ مناقب الإمام أبي حنيفة للذهبي، ٥١ .

(٦) انظر: العبر في خبر من غير ٣٠٣/١ ؛ شذرات الذهب ٣٢٢/١ ؛ أخبار أبي حنيفة ، ١٢٥ ؛

مناقب الإمام أبي حنيفة ، للكردي، ٤٢٨/٢ ؛ مناقب الإمام أبي حنيفة ، للذهبي، ٥٤ .

تسألوني حاجة من حوائج الدنيا تشغلوا قلبي وخذوا ما تحتاجون من وكيلي فإنه أقل لهمي وأفرغ لقلبي^(١).

وكان يقول: عندما انحلت له مشكلات العلوم أين أبناء الملوك من هذه اللذة سيما إذا كانت الفكرة في حقائق الملكوت وأسرار اللاهوت ومن لذته التابعة لعزته أنه لا يقبل العزل والنصب مع دوامه لا مزاحمة فيه لأحد؛ لأن المعلومات متسعة مزيدة بكثرة الشركاء^(٢).

(١) انظر: المنتظم ١٧٤/٩؛ تاريخ بغداد، ١٧٣/٢، ١٧٧؛ مقدمة الجامع الصغير للكنوي، ص ٣٧؛ أخبار أبي حنيفة، ١٢٥؛ مناقب الإمام أبي حنيفة، للكردي ٤٣٥/٢؛ مناقب الإمام أبي حنيفة، للذهبي، ٥٤؛ مفتاح السعادة، ٢٤٤/٢.

(٢) انظر: أيجد العلوم ١٠٠/١.

المطلب الرابع

في ثلاثة أمور

مؤلفاته

الأول في :

قال صاحب الدر المختار في وصف الإمام محمد: « وقد ظهر علمه بتصانيفه كالجامعين والمبسوط، والزيادات، والنوادر حتى قيل: إنه صنف في العلوم الدينية تسعمائة وتسعة وتسعين كتاباً »^(١).

فلالإمام محمد بن الحسن مؤلفات عديدة، قسم منها: يسمى بظاهر الرواية وهي الكتب الستة: جمعها ابن عابدين في البيت التالي:

وكتب ظاهر الرواية أتت	ستاً لكل ثابت عنهم حوت
صنفها محمد الشيباني	حزر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير	و السير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط	تواترت بالسند المضبوط. ^(٢)

وسميت بظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقات، فهي ثابتة عنه إما متواترة أو مشهورة^(٣) وهي معتمدة لدى علماء المذهب الحنفي.

والقسم الثاني كتب النوادر. وهي غير الكتب المذكورة، كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات^(٤) وهي دون الأولى. وسميت بالنوادر؛ لأنها لم ترو عن محمد بن الحسن بروايات ظاهرة ثابتة كالأولى^(١). وأشار إليها ابن عابدين في البيت التالي:

^(١) وذكر اللكنوي في مقدمة الجامع الصغير عن الكفوي في أعلام الأحيار، « إنما ظهر علوم أبي حنيفة

بتصانيف محمد، حتى قيل: إنه صنف تسعمائة وتسعين كتاباً كلها في العلوم الدينية » انظر: الدر

المختار للحصكفي، ٥٠/١ ؛ مقدمة الجامع الصغير، ص ٣٦.

^(٢) حاشية ابن عابدين ٥٠/١ ؛ وانظر: شرح فتح القدير، ٣٧١/٨ .

^(٣) انظر: شرح عقود رسم المفتي، ١٦/١ ؛ حاشية ابن عابدين ، ٥٠/١ ، ٧٠ ، وما بعدها ؛ أبو حنيفة،

لأبي زهرة ص ، ٢١٠ ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٥٣/٤ .

^(٤) والمراد بها الكتب التي جمعها محمد حين قضائه في تلك البلاد، أو أنه منسوب إلى أشخاص مسمين

بتلك الأسماء كهارون الرشيد حيث جمعه له، وسليمان الكيساني حين سمعه عن محمد أو جمعه أحد

أصحابه من الجرجانيين ، وهكذا . انظر: مفتاح السعادة لكبرى زاده، ٢٦٣/٢ المغرب ص ١٩٥

- الحسن بروايات ظاهرة ثابتة كالأولى (١). وأشار إليها ابن عابدين في البيت التالي:
- كذا له مسائل النوارد إسنادها في الكتب غير ظاهر. (٢)
- وأذكر فيما يلي مؤلفاته إجمالاً وأخص «الجامع الصغير» بشيء من التفصيل، فمنها:
- ١ - الأصل (المسمى بالمبسوط) (٣).
 - ٢ - الجامع الصغير (٤) وهذا هو الكتاب الذي أقوم بتحقيق شرحه وسيأتي الحديث عنه.
 - ٣ - الجامع الكبير (٥).
 - ٤ - الزيادات (٦).
 - ٥ - السير الكبير (٧).
 - ٦ - السير الصغير (٨).
 - ٧ - الكسب (٩).
 - ٨ - مسند أبي حنيفة يسمى نسخة الإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٠).
 - ٩ - مسائل ابن شجاع عن عيسى بن أبان عن محمد (١١).
 - ١٠ - الآثار.
 - ١١ - الموطأ للإمام مالك بروايته.

٤١٨ ، كشف الظنون، ٩١١/١ ، ١٦٦٩/٢ ؛ أدب المفتي، للبركتي، ص، ١١ ؛ الإمام محمد نابغة الفقه الإسلامي، ١٤٨ - ١٤٩ .

- (١) حاشية ابن عابدين ، ٥٠/١ ، ٦٩ ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٥٥٣/٤ .
- (٢) حاشية ابن عابدين ، ٥١/١ ؛ شرح فتح القدير، ٣٧١/٨ .
- (٣) انظر: كشف الظنون، ١٠٧/١ ، ١٥٨١/٢ ؛
- (٤) انظر: الكشف الظنون، ٥٦١/١ ؛ شرح الجامع الصغير للسرخسي، ق ١/١ مخطوط. مقدمة الجامع الصغير للكنوي، ص ٣٢ .
- (٥) انظر: كشف الظنون، ٥٦٧/١ ؛ مقدمة الجامع الكبير ، لأبي الوفاء ص، ٣ .
- (٦) انظر: كشف الظنون، ٩٦٢/٢ ؛
- (٧) انظر: كشف الظنون، ١٠١٣/٢ - ١٠١٤ .
- (٨) انظر: كشف الظنون، ١٠١٣/٢ - ١٠١٤ .
- (٩) انظر: كشف الظنون، ١٤٥٢/٢ .
- (١٠) انظر: كشف ١٦٨١/٢ ؛ بلوغ الأمان ٦٧ ؛
- (١١) انظر: كشف الظنون، ١٦٦٧/٢ .

من الكتب التي مرّ ذكرها كتابه «الجامع الصغير»^(١) في الفروع، وهو من الكتب المعتمدة في المذهب^(٢). قال صاحب كشف الظنون: «وهو كتاب قديم مبارك مشتمل على ألف وخمسمائة واثنين وثلاثين مسألة... وذكر الاختلاف في مائة وسبعين مسألة ولم يذكر القياس والاستحسان إلا في مسألتين والمشايخ يعظمونه حتى قالوا لا يصلح المرء للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسأله. قال الإمام شمس الأئمة السرخسي في شرحه للجامع الصغير^(٣): كان سبب تأليف محمد له أنه لما فرغ من تصنيف الكتب طلب منه أبو يوسف أن يؤلف كتابا يجمع فيه ما حفظ عنه مما رواه له عن أبي حنيفة فجمع ثم عرضه عليه فقال نعمما حفظ عني أبو عبد الله إلا أنه أخطأ في ثلاث مسائل فقال محمد: أنا ما أخطأت ولكنك نسيت الرواية. وذكر علي القمي^(٤) أن أبا يوسف مع جلاله قدره كان لا يفارق هذا الكتاب في حضر ولا سفر. وكان علي الرازي^(٥) يقول من فهم هذا الكتاب فهو أفهم أصحابنا ومن حفظه كان أحفظ أصحابنا وإن المتقدمين من مشايخنا كانوا لا يقلدون أحدا القضاء حتى يمتحنونه فإن حفظه قلدوه القضاء وإلا أمروه بالحفظ^(٦).

(١) سمي صغيرا لأنه رواه عن أبي يوسف عن الإمام أبي حنيفة. انظر: شرح السير الكبير للسرخسي، ٢٩/١؛ حاشية ابن عابدين ٥٠/١.

(٢) انظر: مفتاح السعادة ٢٦٢/٢.

(٣) انظر: شرح الجامع الصغير للسرخسي ق ٢ / أ رقم الفيلم: ٤٣٦٠ المكتبة المركزية بجامعة أم القرى.

(٤) هو علي بن موسى القمي. انظر: ترجمته في سير أعلام النبلاء، ٢٣٦/١٤؛ جواهر المضية ٣٨٠/١؛

(٥) هو علي بن ميثال الرازي الإمام كان عارفا زاهدا، ورعا، من أقران الثلجي. انظر: ترجمته في الجواهر المضية برقم ١٠٥٥؛ الفوائد البهية، ١٤٤.

(٦) انظر: شرح الجامع الصغير للسرخسي لوحة رقم: ٢ صفحة (أ)؛ كشف الظنون، ٥٦١/١؛ مقدمة الجامع الصغير للكنوي ٣٢.

وقال الشيخ الإمام قاضيخان في شرحه للجامع الصغير، إنه اختلف في مصنفه، قال بعضهم: هو من تأليف أبي يوسف ومحمد. وقال بعضهم هو من تأليف محمد فإنه حين فرغ من تصنيف الميسوط أمره أبو يوسف أن يصنف كتابا ويروي عنه، فصنف ولم يرتب مسأله. ورتبه أبو عبد الله الحسن

للجامع الصغير شروح كثيرة ، وقد ذكر اللكنوي من الشارحين والناظمين والمرتبين للجامع الصغير يصل عددهم إلى (٤٠) شارحا وناظما ومرتبيا^(١).

بن أحمد الزعفراني الفقيه الحنفي. وكتبه عنه يحيى بن معين. انظر: شرح الجامع لوحة رقم ١/أ د ؛ كشف الظنون، ٥٦١/١ ؛ تاريخ بغداد، ١٧٦/٢ ؛ سير أعلام، ١٣٦/٩ ؛ أخبار أبي حنيفة للصيمري ١٢٥ ؛ مناقب الإمام للذهبي ص ٥١ ؛ الجواهر المضية ٤٣ .
 (١) انظر: كشف الظنون، ٥٦١/١ - ٥٦٣ ؛ مقدمة الجامع الصغير ص ٤٦ - ٥٩ ؛ تاريخ التراث العربي لفؤاد سزكين ٦٤/٢ - ٦٧ ؛ تاريخ الأدب العربي لكارل بروكلمان، ٢٥٣/٣ - ٢٥٤ ؛ الإمام محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي ص، ١٣٧ .

المطلب الخامس

في وفاته

توفي الإمام محمد بن الحسن رحمه الله بالري^(١)، عندما خرج مع الرشيد برنبويه قرية من قرى الري عام ١٨٩ هـ^(٢). وقيل ١٨٧ هـ^(٣).

وقال السمعاني: مات محمد بن الحسن والكسائي^(٤) في يوم واحد بالري^(٥). وقيل: إن الكسائي مات بطوس والله أعلم^(٦).

وقيل: لما توفيا قال الرشيد: دفنت الفقه والعريية بالري^(٧).

(١) مدينة مشهورة من أمهات البلاد بينها وبين نيسابور فرسخ وإلى قزوین ٢٧ فرسخا، جنوب غربي

طهران. انظر: معجم البلدان، ١١٦/٣؛ بلدان الخلافة الشرقية، ٢٢١، ٢٤٩-٢٥٠.

(٢) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٣٦/٧؛ الكامل في التاريخ ٣٤٠/٥؛ النجوم الزاهرة

١٣٠/٢؛ العبر في خبر من غير ٣٠٢/١-٣٠٣؛ المنتظم، ١٧٥/٩؛ تاريخ بغداد، ٤١٤/١١؛

وفيات الأعيان، ٢٩٦/٣؛ ١٨٥/٤؛ شذرات الذهب، ٣٢١/١؛ سير أعلام النبلاء، ١٣٦/٩؛

حاشية ابن عابدين ٥٠/١؛ الإمام محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي، ٢٤٢.

(٣) انظر: طبقات الفقهاء، ١١٤؛ كشف الظنون، ٥٦١/١؛

(٤) كان إماما في النحو واللغة والقراءات وكان يؤدب الأمين بن هارون الرشيد ويعلمه. انظر: سير

أعلام النبلاء ١٣٠/٩؛ وفيات الأعيان ٢٩٥/٣؛ البداية والنهاية ٢٠١/١٠-٢٠٢.

(٥) انظر: الأنساب ٤٣٦/٧؛

(٦) انظر: وفيات الأعيان، ٢٩٦/٣؛

(٧) انظر: الطبقات الكبرى ٣٣٦/٧؛ الكامل في التاريخ، ٣٤٠/٥؛ النجوم الزاهرة، ١٣٠/٢؛ العبر

في خبر من غير، ٣٠٢/١-٣٠٣؛ المنتظم، ١٧٥/٩؛ تاريخ بغداد، ٤١٤/١١؛ وفيات

الأعيان، ٢٩٦/٣، ١٨٥/٤؛ شذرات الذهب ٣٢١/١؛ سير أعلام ١٣٦/٩؛ طبقات

الفقهاء ١١٤/١؛ مقدمة كتاب الكسب ص، ٥٧.

وقال أحمد بن محمد بن أبي رجاء: سمعت أبي يقول رأيت محمد بن الحسن في النوم فقلت إلام

صرت؟ قال: غفر لي. قلت ثم؟ قال: قيل لي لم تجعل هذا العلم فيك إلا ونحن نغفر لك. انظر:

النجوم الزاهرة، ١٣١/٢؛ أخبار أبي حنيفة ١٣٠؛ مناقب أبي حنيفة للكردي ٤٢٠/٢-٤٢١

مفتاح السعادة ٢٤٢/٢-٢٤٣؛ حاشية ابن عابدين ٥١/١، وفيه إسماعيل بن أبي رجاء؛

بلوغ الأماني ص، ٩١؛ مقدمة الجامع الصغير ص ٣٧؛ مقدمة كتاب الآثار ص ٢٤.

المبحث الثاني

التعريف بقاضي خان « شارح الجامع الصغير »
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

اسمه ونسبه

هو العلامة شيخ الحنفية أبو المحاسن، فخر الدين، حسن بن منصور بن محمود البخاري الحنفي الأوزجندي، الفرغاني، بقرية السلف مفتي الشرق، المعروف بـ « قاضي خان »^(١).

موطنه

موطنه أوزجند بضم الهمزة وسكون الواو والزاي، ويقال فيه: الأوزكند، بلدة بما وراء النهر من نواحي فرغانة وهي آخر مدن فرغانة و« كند » معناه القرية بلغة أهل تلك البلاد^(٢).

(١) قال الذهبي: « سمع الكثير من الإمام ظهير الدين الحسن بن علي بن عبد العزيز ومن إبراهيم بن عثمان الصفاري وطائفة وأملى مجالس كثيرة رأيتها روى عنه العلامة جمال الدين محمود بن أحمد الحصري أحد تلامذته ». انظر: سير أعلام النبلاء، ٢١/٢٣١ - ٢٣٢؛ الجواهر المضية، ٩٣/٢ - ٩٤؛ شذرات الذهب، ٤/٣٠٨؛ تاريخ الإسلام للذهبي، حوادث ووفيات ٥٨١ - ٥٩٠ ص ٣٩٧ - ٣٩٨؛ مفتاح السعادة، ٢/٢٧٨؛ هدية العارفين ٥/٢٨٠؛ الفوائد البهية ص ٦٤ - ٦٥؛ تلخيص مجمع الآداب في معجم الألقاب لابن الفوطي، ٣/١٥٣؛ كشف الظنون، ٢/١٢٢٧؛ دائرة المعارف الإسلامية، ص: ٨٠١٣

(٢) كما يقول أهل الشام « الكفر ». انظر: معجم البلدان، ١/٢٨٠؛

والفرغانة^(١): بالفتح ثم السكون وغين معجمة ، وبعد الألف نون. مدينة ، وكورة واسعة بما وراء النهر متاخمة لبلاد تركستان ، كثيرة الخير واسعة الرستاق، وراء جيحون وسيحون^(٢). يقال كان بما أربعون منبراً وبينها وبين سمرقند خمسون فرسخاً^(٣).

المطلب الثاني

وفيه ثلاثة أمور

الأول: أشهر شيوخه

- ١ - الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن إسماعيل بن أبي نصر الصفاري الأنصاري^(٤).
- ٢ - الإمام ظهير الدين حسن بن علي بن عبد العزيز المرغيناني^(٥).
- ٣ - شمس الأئمة محمود الأوزجندي، جد قاضيخان^(٦).
- ٤ - نظام الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي المرغيناني^(٧).

(١) ويقال أيضا : إن فرغانة قرية من قرى فارس. انظر: مرصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع، للبغدادي ١٠٢٩/٣ ؛ آثار البلاد وأخبار العباد ، للقزويني ، ص ٢٣٥ ؛ الجواهر المضية ٦٢٨/٢ ؛ اللباب في تهذيب الأنساب لابن الأثير الجزري ٤٢٢/٢ ؛ معجم البلدان، وبلدان الخلافة الشرقية ص، ٤٧٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٠ ؛ الأنساب، ٤٢٢/٢ ؛ تاريخ بخارى للرشخي ٣٤٨ .

(٢) كهران عظيمان يسميان اليوم (آمو دريا) و(سير دريا) ومنابعهما من أواسط آسيا، وترفدهما أنهار كثيرة ويصبان في بحيرة خوارزم التي تسمى اليوم « بحر آرال » انظر: معجم البلدان ، ١٩٦/٢ ، ٢٩٤/٣ ؛ وبلدان الخلافة الشرقية ص، ٢٢ ، ٤٧٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٠ .

(٣) الفرسخ ثلاثة أميال ، والميل يساوي ثلاثة آلاف إلى أربعة آلاف ذراع ويساوي بالمتري «١٦٠٩» متراً ، وهو الميل البري الهاشمي . انظر: المغرب ٣٤٤ ، ٤٣٧ ؛ مصباح المنير ٤٦٨ ، ٥٨٨ ؛ المعجم الوسيط ٦٨١/٢ ، ٨٩٤ ؛ الموسوعة الفقهية، ٨٠/٨ ، ٨١ ، ٢٠٦/٢١ .

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء ، ٢٣١/٢١ - ٢٣٢ ؛ تاج التراجم، ١٥١ ؛ الطبقات السنية، ١١٦/٣ ؛ مفتاح السعادة ، ٢٧٨/٢ .

(٥) انظر: المراجع السابقة.

(٦) انظر: الفوائد البهية ص ٦٤ .

(٧) انظر: الجواهر المضية، ٩٣/٢ - ٩٤ ؛ الطبقات السنية، ١١٦/٣ .

أشهر تلاميذه

- ١ - شمس الأئمة محمد بن عبد الستار الكردي^(١).
- ٢ - جمال الدين محمود بن أحمد الحصري^(٢).
- ٣ - جمال الدين عبدالله بن ابراهيم المحبوبي البخاري الحنفي العبادي المعروف بأبي حنيفة الثاني^(٣).
- ٤ - عبيد الله بن أحمد قاضي القضاة^(٤).
- ٥ - نجم الأئمة الحكيمي^(٥).
- ٦ - طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد بن الحسين الإمام افتخار الدين البخاري^(٦).
- ٧ - يوسف بن أحمد بن أبي بكر الخاصي نجم الدين جمال الأئمة ،^(٧)
- ٨ - طاهر بن محمود بن برهان الدين صاحب المحيط البرهاني بن تاج الدين بن الصدر السعيد أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن مازه^(٨)

-
- (١) انظر: شذرات الذهب، ٣٠٨/٤ ؛ سير أعلام النبلاء، ١١٣/٢٣ ؛ الجواهر المضية، ٢٢٨/٣ — ٢٢٩ ؛ التحفة السنية، ١١٦/٣ .
 - (٢) انظر: جواهر المضية ٩٤/٢ ، ٤٣١/٣ ؛ تاج التراجم ص ٢٨٥ ؛ سير أعلام النبلاء، ٢٣١/٢١ — ٢٣٢ .
 - (٣) انظر: الجواهر المضية ٤٩٠/٢ ؛ شذرات الذهب ، ١٣٧/٥ ؛ سير أعلام النبلاء، ٣٤٥/٢٢ ؛ العمر في خير من غير، ١٢٠/٥ .
 - (٤) انظر: الجواهر المضية ٤٩١/٢ .
 - (٥) انظر: الجواهر المضية ٤٤١/٤ ؛ الفوائد البهية ص ٢٢٠ .
 - (٦) انظر: الجواهر المضية ٢٧/٢ ؛ مفتاح السعادة ٢٧٨/٢ ؛ الفوائد البهية ص ٨٤ .
 - (٧) انظر: الجواهر المضية ٦١٧/٣ ؛ الطبقات السنية ، برقم ٢٧١٤ ؛ كشف الظنون ، ١٢٢٢/٢ ؛ الفوائد البهية ص ٢٢٦ .
 - (٨) انظر: تاج التراجم ، ص ١٧٣ ؛ الفوائد البهية ص ٨٥ .

سند قاضيخان في الفقه

لم يذكر سنده في الفقه على وجه الاستقلال بل ذكره الحافظ القرشي ضمن ترجمة أحمد بن إبراهيم السروجي فقال: «قرأ على الإمام أبي الربيع صدر الدين سليمان عن الشيخ جمال الدين محمود الحصري .. عن الإمام فخر الدين الحسن بن منصور قاضي خان، عن الإمام ظهير الدين الحسن بن علي بن عبد العزيز المرغيناني عن الإمام سراج الأئمة برهان الدين عبد العزيز بن مازه وشمس الدين محمود جد قاضيخان كلاهما عن شمس الأئمة السرخسي عن الإمام أبي محمد عبد العزيز الحلواني عن أبي علي الحسن بن خضر النسفي عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري عن عبد الله بن أبي حفص عن أبيه أبي حفص الكبير عن محمد بن الحسن عن الإمام أبي حنيفة»^(١).

(١) انظر: الجواهر المضية ١/١٢٥ - ١٢٦؛

المطلب الثالث

وفيه أمران

١ - مكانته العلمية

نقل ابن عابدين عن قاسم بن قطلوبغا أن تصحيح قاضيخان يقدم ويعتمد عليه فقال: « وإن كان كل منهما بلفظ الأصح أو الصحيح ، فلاشبهة في أنه يتخير بينهما إذا كان الإمامان المصححان في رتبة واحدة، أما لو كان أحدهما أعلم فإنه يختار تصحيحه، كما لو كان أحدهما في الخانية والأخرى في البزازية مثلا فإن تصحيح قاضيخان أقوى ... إن قاضيخان من أحق من يعتمد على تصحيحه ». (١)

وقال: « وكن على ذكر مما قاله العلامة قاسم من أنه لا يعدل عن تصحيح قاضيخان ؛ لأنه أجل من يعتمد على تصحيحه فإنه فقيه النفس » (٢)

وقال: « عليك بما في الخانية فإن قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح » (٣).

وقال: « قلت لكن لا يخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم ؛ لأنه فقيه النفس » (٤).

(١) انظر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٣٩/١ ؛ غمز عيون البصائر، ٢٧٩/٢ .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٤٦/٦ ؛ ٤٥١/٨ ؛

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٩/٥ ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ٣٥٨/٢ ، ٣٧٣ ، المادة:

٨٤١ ، ٨٥٢ .

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٩١/٥ ؛ غمز عيون البصائر، ١١٨/٣ .

لقد أثنى العلماء على قاضيخان وجعلوه من طبقة المجتهدين في المسائل التي لارواية فيها عن صاحب المذهب ، فوصفه شيخ الإسلام محمود الحصري بقوله: « هو سيدنا القاضي الإمام والأستاذ فخر الملة ، ركن الإسلام ، فقيه السلف ، مفتي الشرق »^(١).

وقال عنه ابن العماد: « الإمام الكبير بقية السلف مفتي الشرق من طبقة المجتهدين في المسائل »^(٢)

وقال فيه ابن الفوطي: « من القضاة الفضلاء والرواة النبلاء »^(٣)

ووصفه ابن نجيم وابن عابدين والكمال ابن الهمام بـ«فقيه النفس»^(٤). فقال ابن عابدين: ولا يخفى أن تصحيح قاضي خان مقدم ؛ لأنه فقيه النفس^(٥) وقال أيضا: « وكفى بالإمام السرخسي، وقاضيخان قدوة »^(٦).

(١) انظر: الجواهر المضية ، ٩٤/٢ ؛ حاشية ابن عابدين ٧٧/١ ؛ شرح عقود رسم المفتي ١١/١، ١٢؛ النافع الكبير ص ١٠ ؛ طبقات الفقهاء لابن كمال باشا، ص ٧-١٠ ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٤٩/٤ المادة ١٨٠١ ؛ أبوحنيفة لأبي زهرة ص، ٤٤٥ .

(٢) شذرات الذهب، ٣٠٨/٤ ؛

(٣) تلخيص مجمع الآداب ١٥٣/٢ ؛

(٤) فقيه النفس: أي شديد الفهم بالطبع ، فهو الذي صار الفقه سجية ملازمة له وملكة قائمة يستطيع بواسطتها استنباط الأحكام وإدراكها. انظر: البحر الرائق ، ٢٨٨/٦ ؛ حاشية ابن عابدين، ٣٦٥/٥ ؛ شرح فتح القدير، ٣٦٣/٦ ؛ الفروق للقرافي، ١١٩/٢ ؛

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٨٧/٤ ؛ ٩١/٥ ؛

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٩٠/٧ .

المطلب الرابع

وفيه ثلاثة أمور

١ - مؤلفاته

للإمام قاضيخان مؤلفات عديدة تدل على علو مكانته وبراعته في الفقه وعلومه وهي موضع الثقة لدى العلماء فنراهم دائما يرجعون إليها ويؤيدون نظرياتهم بالاستدلال بما في كتب قاضيخان فمنها:

١ - فتاواه المشهورة تسمى « فتاوى قاضي خان » فقد قال صاحب كشف الظنون في وصف هذا الكتاب: « وهي مشهورة مقبولة معمول بها متداولة بين أيدي العلماء والفقهاء وكانت هي نصب عين من تصدر للحكم والإفتاء ، ذكر في هذا الكتاب جملة من المسائل التي يغلب وقوعها وتمس الحاجة إليها وتدور عليها واقعات الأمة ، وترتيبها على ترتيب الكتب المعروفة ^(١) بين لكل فرع أصلاً وفيما كثرت فيه الأفاويل من المتأخرين اقتصر فيه على قول أو قولين وقدم ما هو الأظهر . كما قال في خطبته ^(٢) »

وقال صاحب مجمع الضمانات أيضاً في الإشادة بهذا الكتاب « فتاوى قاضي خان » ، بأن سبب تأليف كتابه ، « مجمع الضمانات » هو أن يكون كتابه ككتاب قاضي خان ، فقال: « ... فرأيت أن أبرز في ذلك وسعي ومقدري وأتبع الكتب المعتمدة في الفتوى كقاضي خان والهداية ... » ^(٣)

^(١) رتب مسائله محمد بن مصطفى بن الحاج محمد أفندي الصوفي ، وأول المرتب الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله الخ. ذكر فيه أنه أشار إليه شيخه المولى محمد بن شيخ الإسلام محمد الشهير بجوى زاده سنة خمس وتسعين وتسعمائة بترتيبه فرتبته وسماه بوهاج شريعت . انظر: كشف الظنون ، ١٢٢٧/٢ ؛ تاج التراجم ، ١٥١ ؛ دائرة المعارف الإسلامية ، ص ٨٠١٣ ؛ مفتاح السعادة ، ٢٧٨/٢ ؛ الفوائد البهية ص ٦٥ ؛ الأعلام للزركلي ، ٢٢٤/٢ .

^(٢) انظر: الفتاوى الخانية ، ٢/١ .

^(٣) مجمع الضمانات ص ٢ .

٢ - شرح الجامع الصغير^(١). وهو من الكتب المعتمدة، كما نقل صاحب الجواهر المضية عن الحصري قوله: «وله الفتاوى أربعة أسفار كبار وشرح الجامع الصغير في مجلدين كبيرين» (٢) وقال صاحب مفتاح السعادة: «... نذكر ههنا على الإجمال بعضاً من الكتب المعتمدة الواقعة على مذهبننا: وهي الهداية وشرح الجامع الصغير للحسامي ولبرهاني وللصدر الشهيد وللعنابي ولقاضيخان وللمرتاشي ولأبي الليث وهذه شروح سبعة للجامع الصغير» (٣)

٣ - الفتاوى الصغرى المسماة بنقاية قاضي خان^(٤).

٤ - شرح أدب القاضي للخصاف^(٥).

٥ - كتاب المحاضر^(٦).

٦ - الأمالي^(٧).

٧ - شرح الجامع الكبير^(٨).

٨ - شرح الزيادات^(٩).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٧٠/١؛ كشف الظنون، ٥٦١/١ - ٥٦٣؛ شذرات الذهب، ٣٠٨/٤؛ الجواهر المضية، ٩٤/٢، ٣٢٣؛ الفوائد البهية، ص ٦٥؛ تاج التراجم، ١٥١؛ تاريخ التراث العربي ٦٤/٢ - ٦٧؛ تاريخ الأدب العربي لبروكلمان ٢٥٣/٣ - ٢٥٤؛ أبوحنيفة وصاحبه لأبي زهرة ص ٢١١.

(٢) انظر: الجواهر المضية، ٩٤/٢.

(٣) مفتاح السعادة، ٦٠١/٢.

(٤) انظر: كشف الظنون، ١٩٧١/٢.

(٥) انظر: مفتاح السعادة ص ٦؛ الفوائد البهية، ٦٥؛ كشف الظنون، ٤٦/١؛ تاج التراجم، ص ١٥١.

(٦) انظر: الفوائد البهية، ص ٦٥؛ كشف الظنون، ١٤٥٦/٢؛ هدية العارفين ٢٨٠/٥.

(٧) انظر: البحر الرائق، ٣١٤/٥؛ حاشية ابن عابدين ٥٥٣/١؛ الفوائد البهية ص ٦٥؛ تاج التراجم، ١٥١؛ كشف الظنون، ١٦٥/١.

(٨) انظر: الجواهر المضية؛ كشف الظنون، ٥٧٠/١؛ هدية العارفين ٢٨٠/٥.

(٩) انظر: تاج التراجم، ١٥١؛ مفتاح السعادة، ص ٢٧٨/٢؛ الفوائد البهية، ص ٦٥؛ كشف الظنون، ٩٦٢/٢.

- ٩ - الواقعات^(١) .
 ١٠ - مختلفات قاضي خان^(٢) .
 ١١ - مختصر قاضيخان^(٣)
 ١٢ - آداب الفضلاء في اللغة^(٤)
 ١٣ - فوائد الإمام قاضيخان^(٥) .
 ١٤ - شرح منظومة النسفي^(٦) .

٢ - أثره في من بعده

إن قاضي خان له مكانة علمية رفيعة لقد وصل إلى درجة أنه يعتمد عليه في داخل المذهب الحنفي كما يعتمد عليه العلماء من غير المذهب الحنفي فإليك بعض الذين نقلوا عنه واعتمدوا على قوله وهم :

- ١ - ابراهيم بن مفلح صاحب المبدع^(٧) .
 ٢ - علي بن الحسين بن محمد السغدي^(٨) .
 ٣ - أحمد بن محمد الطحطاوي^(٩) .
 ٤ - ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي^(١٠) .

- (١) انظر: الفوائد البهية ص ٦٥ ؛ هدية العارفين ٢٨٠/٥ ؛ الأعلام، ٢٢٤/٢ ؛
 (٢) انظر: فتح القدير، ٢٥٩/١ ؛ حاشية ابن عابدين، ٤٠٥/١
 (٣) انظر: كشف الظنون ١٢٢٧/٢ ؛ غمز عيون البصائر، ٣٨٢/٣ .
 (٤) انظر: كشف الظنون، ١٥٥٨/٢ ؛ هدية العارفين ٢٨٠/٥ ؛
 (٥) انظر: كشف الظنون، ١٢٩٩/٢ ؛
 (٦) انظر: كشف الظنون ، ١٨٦٧/٢ ؛
 (٧) انظر: المبدع، ٤٢/١ ؛
 (٨) انظر: الفتاوى السغدي، ٨٧٣/٢ ؛
 (٩) انظر: حاشية الطحطاوي، ٦١/١ ؛
 (١٠) انظر: لسان الحكام ٢٤١/١ ، ٢٧٩ ؛

- ٥ - محمد شمس الحق العظيم آبادي^(١).
- ٦ - محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المبار كفوري^(٢).
- ٧ - محمد بن اسماعيل الصنعاني^(٣).
- ٨ - محمد عميم الإحسان المجددي البركتي^(٤).
- ٩ - محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي^(٥).
- ١٠ - قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي^(٦).
- ١١ - الشرنبلالي^(٧).
- ١٢ - الكمال بن الهمام^(٨).
- ١٣ - افتخار الدين ظاهر بن أحمد^(٩).
- ١٤ - ابن نجيم الحنفي صاحب البحر الرائق^(١٠).
- ١٥ - ابن عابدين^(١١).
- ١٦ - أبو بكر الدمياطي^(١٢).
- ١٧ - زين الدين المليباري^(١٣).

- (١) انظر: عون المعبود، ٢٩/١١
- (٢) انظر: تحفة الأحوذى ٢١١/١ ، ٢٤٧ ، ٣١٥/٥
- (٣) انظر: سبل السلام، ٩٩/٤
- (٤) انظر: قواعد الفقه، ص ٣٠٧
- (٥) انظر: جواهر العقود، ٣٠٠/٢
- (٦) انظر: أنيس الفقهاء ص ٧١ ، ٢٣١
- (٧) انظر: نور الإيضاح ٦١/١
- (٨) انظر: شرح فتح القدير، ١٢٥/١
- (٩) انظر: كشف الظنون، ١٩٥٤/٢
- (١٠) انظر: البحر الرائق ، ٤٧/٦
- (١١) انظر: حاشية ابن عابدين ، ٦٧/٢ ، ٣٨٧/٤
- (١٢) انظر: إعانة الطالبين ١٣٠/٤
- (١٣) انظر: فتح المعين ١٧٥/٤

- ١٨ - ابن حجر العسقلاني^(١).
 ١٩ - محمد بن محمد بن علي بن أمير الحاج^(٢).
 ٢٠ - غانم بن محمد البغدادي^(٣).
 ٢١ - عبد الغني الغنيمي الميداني^(٤).
 ٢٢ - السبكي^(٥).
 ٢٣ - الشيخ النظام وعلماء الهند^(٦).
 ٢٤ - الحموي^(٧).
 ٢٥ - علاء الدين الطرابلسي^(٨).
 ٢٦ - علي حيدر^(٩).

٣ - وفاته

توفي الإمام قاضيخان، ليلة الاثنين، خامس عشر رمضان سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة^(١٠).

- (١) انظر: فتح الباري، ٤٢٢/١، ٣٠٩/٤.
 (٢) انظر: التقرير والتحبير ٥٣/٢، ١٣٢.
 (٣) انظر: مجمع الضمانات ص ٢.
 (٤) انظر: مقدمة الباب ١٦/١؛
 (٥) الفتاوى للسبكي، ٢٧٥/١.
 (٦) انظر: الفتاوى الهندية، ٧/١، ٢٢.
 (٧) انظر: غمز عيون البصائر، ٤٩/١؛
 (٨) انظر: معين الحكام ص، ٥٦.
 (٩) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٢٤/١، المادة: ٤٤٧.
 (١٠) انظر: مفتاح السعادة، ٢٧٨/٢؛ الفوائد البهية ص ٦٥، ١٨٥؛ الجواهر المضية ٩٤/٢؛ الطبقات السنية ١١٧/٣؛ تاج التراجم ١٥١؛ تاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٤٢١؛ شذرات الذهب، ٣٠٨/٤. ودفن عند القضاة السبعة، في مقبرة قريبة من بخارى فيها أمم لا يُحصون، أحدهم أبو زيد الدبوسي.
 انظر: الجواهر المضية ٧/١، ٣٣٤/٣.

المبحث الثالث

دراسة كتاب « شرح الجامع الصغير، لـ « قاضي خان » .

وفيه ستة مطالب

المطلب الأول:

عنوان الكتاب وصحة نسبه إلى قاضيخان

اتفقت كلمة المؤرخين وأصحاب التراجم والفهارس والمصادر الفقهية بأن قاضيخان هو من جملة مؤلفي شرح الجامع الصغير، الذي بين أيدينا ويدل على ذلك اعتمادهم عليه بالنقل عن كتابه هذا لتأييد آرائهم، فذلك ابن نجيم الحنفي والزليعي وابن الهمام والبابري، وداماد أفندي وابن عابدين، وحاجي خليفة، واسماعيل باشا البغدادي وابن قطلوبغا، وكذلك القرشي، واللكنوي، والزركلي، وفؤاد سزكين، وبروكلمان، وأبو زهرة، والسبكي في فتاويه والشيخ نظام وعلماء الهند في الفتاوى الهندية، كلهم ينسبون هذا الكتاب المبارك إلى هذا العالم الكبير، ويشيرون إليه في توثيق أقوالهم وآرائهم في أكثر من موضع على وجه يزيل الشك في أنه من مؤلفات قاضيخان، ولا يعترى القارئ في ذلك أدنى ريب، وأيضاً فقد كتب على غلاف جميع مخطوطات شرح الجامع الصغير « شرح الجامع الصغير لقاضيخان »^(١).

(١) انظر: البحر الرائق، ٣٦/١؛ تبيين الحقائق، ٢٩/١؛ شرح فتح القدير، ٤٢/٣؛ العناية شرح الهداية ١٦٨/١؛ مجمع الأثر ٤٧٥/١؛ حاشية ابن عابدين ٧٠/١، ١٢٧؛ كشف الظنون، ٥٦١/١ - ٥٦٣؛ هدية العارفين ٢٨٠/٥؛ شذرات الذهب، ٣٠٨/٤؛ الجواهر المضية، ٩٤/٢؛ الفوائد البهية، ص ٦٤؛ تاج التراجم، ١٥١؛ الأعلام ٢٢٤/٢؛ تاريخ التراث العربي ٦٤/٢ - ٦٧؛ تاريخ الأدب العربي لبروكلمان ٢٥٣/٣ - ٢٥٤؛ أبو حنيفة لأبي زهرة ص ٢١١؛ فتاوى السبكي ٢٧٥/١؛ الفتاوى الهندية ٧/١، ٢٢.

المطلب الثاني

وفيه أمران

١ - أهمية الكتاب

بعد هذه النبذة في صحة نسبة الكتاب إلى المؤلف يظهر للقارئ أهمية الكتاب ، حيث يدرك أنه كتاب ذو أهمية كبيرة حتى جعله جهابذة العلماء مرجعاً ومنبعاً تستقى منه المعلومات النافعة وحلول المسائل الصعبة والتي تحتاج إلى توثيق من هو على درجة من العلم والفهم الذي لا يحصل لكثير من الناس ولم يتسلح به إلا القليل من العلماء الأفذاذ، فأيقنا من خلال رجوع العلماء إلى هذا الشرح أن لهذا الكتاب منزلة رفيعة لدى أهل العلم وأنه لا ينبغي لمن لديه إلمام بالعلم والعلماء أن يغفل هذا الشرح لهذا العالم المجتهد خاصة في المسائل التي لا رواية لها في الكتب.

ويشهد لذلك أنه أحال إليه ابن نجيم الحنفي، والزيلعي ، وابن الهمام ، والبابري ، وداماد أفندي، والحموي، وابن عابدين ، ولجنة تأليف الفتاوى الهندية (للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند)^(١). فهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن شرح الجامع الصغير لقاضي نحان من الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي ، والذي لا يستغني عنه طالب العلم وقاصده مهما كانت درجته ، فكفى بهذا الكتاب ومؤلفه علواً وشرفاً شهادة هؤلاء العلماء.

(١) انظر: البحر الرائق ، ٣٦/١ ؛ تبين الحقائق ، ٢٩/١ ؛ شرح فتح القدير ، ٤٢/٣ ؛ العناية شرح الهداية ١٦٨/١ ؛ مجمع الأثر ٤٧٥/١ ؛ غمز عيون البصائر ، ٤٩/١ ؛ حاشية ابن عابدين ٧٠/١ ، ١٢٧ ؛ الفتاوى الهندية ٧/١ ، ٢٢ .

لقد اعتمد الإمام قاضي خان على أقوال من قبله من العلماء والشيوخ وصرح بأسماء مراجعهم أحيانا ، وغض النظر عنها في بعض الأحيان ، كما هو ظاهر في منهجه ، وهذا الأمر وإن يتطلب بذل الجهد والوقت من الباحثين في مجال التحقيق ولكن ربما كانت هذه الأقوال بديهية للعلماء في ذلك الزمن، فإنه لم ينسب المعلومة لنفسه، مراعى بذلك الأمانة العلمية المطلوبة من جميع المشتغلين في مجال العلم ، وهذا يدل على ورعه وتقواه وعمق معرفته واطلاعه على آراء العلماء وإخلاصه في طلبه للعلم، وسأسرد فيما يلي المصادر التي ورد ذكرها في هذا الشرح:

- ١ - الجامع الكبير.
- ٢ - الأصل.
- ٣ - المختلف.
- ٤ - السير الكبير.
- ٥ - السير الصغير.
- ٦ - مختصر الكرخي.
- ٧ - النوادر.
- ٨ - شرح الجامع الصغير للسرخسي.
- ٩ - المبسوط للسرخسي.
- ١٠ - الأمالي .
- ١١ - شرح معاني الآثار.
- ١٢ - المنتقى للحاكم الشهيد.
- ١٣ - الزيادات.

المطلب الثالث
ويشتمل على أمرين

١ — أماكن وجود نسخ المخطوط في مكتبات العالم

إن شروح جامع الصغير كما ذكرها اللكنوي^(١) وأصحاب الفهارس، تصل إلى (٤٠) شرحاً ونظماً وترتيباً وذلك لأهمية الكتاب ومؤلفه.

وعدد النسخ لشرح الجامع الصغير لقاضي خان تصل إلى (١٤) نسخة تقريباً حسب فهارس مكتبات العالم وهي كما يلي:

١ — نسخة في مكتبة عاطف تحت رقم: (٧٥٨) وتحتوي على (٣٤٤) لوحة حسب الترقيم الإفرنجي وتم نسخها عام ٦٢٩ — ٦٣٠ هـ.

٢ — نسخة في مكتبة فاتح تحت رقم: (١٦٨٧) وتحتوي على (٣١٩) ورقة وتم نسخها في سنة ٦٨٨ هـ.

٣ — نسخة أخرى في مكتبة فاتح تحت رقم (١٦٩٠) تم نسخها في عام ٧٠٥ هـ غالباً.

٤ — نسخة في مكتبة بني جامع تحت رقم: (٤٣٦) تحتوي على (٢٤٦) لوحة وقد تم نسخها في سنة ٧٢٠ هـ.

٥ — نسخة في دار الكتب المصرية بالقاهرة تحت رقم: (٧٤٣) وهي جزاء وتم نسخها في سنة ٧٤٤ هـ. ولكنها مختلطة من الفقه والتفسير حسب النموذج الموجود عندي.

٦ — نسخة في مكتبة فيض الله تحت رقم: (٧٥٢) هـ تحتوي على (٢٦٢) ورقة وتم نسخها في القرن الثامن الهجري.

٧ — نسخة في مكتبة جار الله تحت رقم: (٦٦١) تحتوي على (٥٦٠) ورقة وتم نسخها في القرن التاسع الهجري.

٨ — نسخة في مكتبة بلدية الإسكندرية تحت رقم: (٢٨٣) وتم نسخها في ٩١٠ هـ.

(١) انظر: النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير (مقدمته) ص، ٤٦ — ٦٠؛ كشف الظنون، ٥٦١/١؛ تاريخ التراث العربي، ٦٤/٢ — ٦٧؛ تاريخ الأدب العربي ٢٥٣/٣ — ٢٥٤؛ كتليب محمد بن الحسن نابغة الفقه الإسلامي، ١٣٧.

- ٩ — نسخة في مكتبة جورولو تحت رقم: (١٨٤) وتحتوي على (٢٢٦) لوحة وتم نسخها في سنة ٩٨١ هـ.
- ١٠ — نسخة في مكتبة مراد ملا تحت رقم: (٨٥٢) وتحتوي على (٢٤٢) لوحة وقد تم نسخها في سنة ٩٩١ هـ.
- ١١ — نسخة دار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم (١١٥٢).
- ١٢ — نسخة في مكتبة الزيتونة بتونس تحت رقم: (٢١١٩) وتحتوي على (٣٤٦) ورقة وتم نسخها في سنة ١١٨٤ هـ.
- ١٣ — نسخة في رامبور بالهند تحت رقم (٢٥٩) وتحتوي على (٤٣٣) ورقة، وهي ناقصة ست ورقات وتاريخ نسخها يعود إلى القرن الثاني عشر، حسب فهرس مكتبة رامبور.
- ١٤ — نسخة مصورة من المكتبة الأحمدية بحلب. توجد صورة منها في الجامعة الإسلامية وجامعة الإمام محمد بن سعود والجزء الثاني منها في جامعة أم القرى، وتحتوي على (٣٣٩) لوحة.

٢ — وصف النسخ المتوفرة والمعتمدة لدي

كما ذكرت أن لهذا الكتاب نسخاً خطية عديدة في مكتبات العالم، ولدي منها خمس نسخ، وهي كالآتي:

١ — نسخة مكتبة عاطف في إستانبول بتركيا، وهي جزءان وقد تم نسخ الجزء الأول منها في سنة (٦٢٩) والجزء الثاني في سنة (٦٣٠) هجرية، وعدد لوحاتها (٣٤٤) حسب الرقم الإفرنجي إلا أن الكاتب زود عشرة أرقام أي كتب (١٨٠) بدل (١٧٠) ولكن الجزء الثاني بدأ بالرقم العربي من ١ — ١٥٩ وهو الصحيح واعتمدت عليه، ويبدأ بكتاب الأيمان وينتهي بكتاب الوصايا ويوجد فهرس للموضوعات في بداية الجزء الثاني. وهي أقدم نسخة وأقربها إلى عهد المؤلف، وعدد أسطرها (٢٥) وعدد كلماتها في كل سطر ما بين (١٧ - ١٨) كلمة.

فيها سقطات بسيطة ، كما يوجد تقديم وتأخير في بعض صفحاتها في كتاب الجنائيات (القسم الأخير منها) وقد رمزت إليها بنسخة « أ » .

٢ — نسخة مكتبة الفاتح بإستانبول تم نسخها في جزء واحد ، سنة ٦٨٨هـ — في مدينة دمشق، وعدد لوحاتها (٣١٩) والقسم الخاص بي (١٥٩) لوحة ، وعدد أسطرها (٢٧) سطرًا وعدد كلماتها ما بين (١٥-١٦) وتعتبر نسخة سلطانية. يوجد نقص في بعض أوراقها حيث سقط منها (٨) لوحات من لوحة رقم (٢٨٢-٢٩١) كما لم يظهر بعضها في التصوير، ورمزت إليها بنسخة «ب».

٣ — نسخة مكتبة الفاتح أيضاً تم نسخها في جزء واحد في سنة ٧٠٥هـ غالباً ، عدد لوحاتها (٣٤٧) والخاصة بي (١٧٩) لوحة وعدد أسطرها (٢٧) سطرًا ، وعدد الكلمات في كل سطر مختلف، ما بين (١٤-١٦) وخطها رديء وبعض أوراقها غير واضحة في التصوير ورمزت إليها بنسخة « ج » .

٤ — نسخة مكتبة جورولو ، تحتوي على (٢٢٦) لوحة والخاصة بي (١١٨) لوحة ، وعدد أسطرها (٣١) سطرًا وعدد كلماتها ما بين (١٨-١٩) تقريباً وتم نسخها في عام (٩٨١هـ) ونسخت بخط نسخ جميل وتعتبر نسخة وزيرية، ورمزت إليها بنسخة « د » .

٥ — نسخة المكتبة الأحمدية بحلب وهي في جزأين ، خطها نسخ جميل مشكول، إلا أنه توجد فيها بعض السقطات والطمس أحياناً وبما بعض التصحيحات في الهامش ، توجد صورة منها في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، وصورة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، وفي جامعة أم القرى (الجزء الثاني منها) فقط، بمعهد البحوث العلمية ، وتحتوي على (٣٣٩) لوحة وأسطرها (٢٥) سطرًا وفي كل سطر (١٨) كلمة تقريباً. ورمزت إليها بنسخة « هـ » .

المطلب الرابع

منهج قاضي خان في شرحه للجامع الصغير

لم يبين قاضي خان منهجه في شرحه للجامع الصغير كما بينه في فتاواه^(١) وسأذكر في ما يلي أبرز الملامح للمنهج الذي سلكه في هذا الشرح وهو كالتالي:

١ — لقد سار قاضي خان في شرحه للجامع الصغير على منهج الشارحين من قبله كالسرخسي والكاساني وغيرهما ممن لا يعتني بإبراز المتن ثم شرحه ، بل سلك طريقة الشرح المزجي حتى صار المتن والشرح كأنه كتاب واحد ، يصعب التمييز بين المتن وشرحه ، كما يدل على ذلك أيضاً ذكره في بعض الكتب بلفظ: « الجامع الصغير لقاضي خان »^(٢)، من غير زيادة كلمة « شرح ».

٢ — لم يذكر سند الجامع الصغير الذي ذكره الإمام محمد بقوله : « محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة » بل يبدأ بالشرح مباشرة ، فيقول مثلاً: رجل ، عبد ، أمة ، مريض ، مسلم ، نصراني ، ذمي ، ونحو ذلك كما هو ملاحظ في كتابه.

٣ — يذكر الكتاب فيذكر الباب أحياناً ثم يأتي بالمسائل التي يحتويها مباشرة من غير ذكر الفصول.

٤ — يقوم أحياناً بتغيير عنوان الباب ، كما فعل مثلاً: في « باب استيلاء الكفار » بينما جاء في الجامع الصغير نفسه بلفظ: « باب ما يحرزه العدو من عبيد المسلمين... » .
وكباب « المستأمن » بينما في الجامع الصغير بلفظ: « باب من الديون والغصوب وغيرها من الأحكام »^(٣).

(١) انظر: الفتاوى الخانية، ٢/١ .

(٢) انظر: العناية ٢/٢٠٠ ؛ شرح فتح القدير، ٣/٤٢ ؛ تبين الحقائق ٣/٢٧ ؛ حاشية أحمد شلبي على التبيين ، ٤/٢٩٨ ؛ مجمع الضمانات ص ٢٧١ ؛ حاشية ابن عابدين، ١/٧٠ ، ٥/٢٣١ ؛ الفتاوى الهندية، ٤/١٥ .

(٣) انظر: الجامع الصغير ص، ٣١٣ .

٥ — كما يضع عنواناً لبعض المسائل لم تعنون في الجامع مثل: « باب الرجل يقتل عمداً وله ورثة صغار وكبار... » فقد ورد في الجامع من غير عنوان.

٦ — غير ترتيب الجامع الصغير في بعض الأبواب، كباب الشفعة مثلاً، حيث جاء ذكره في الجامع الصغير قبل ذكره في شرحه.

٧ — يبدأ بالمسألة وفقاً لقول الإمام أبي حنيفة ثم يذكر رأي الصاحبين إن اختلفا معه أو رأي المخالف من أحدهما، سواء الإمام أبو يوسف أو محمد، ويذكر دليلهما ثم يذكر دليل الإمام أبي حنيفة بقوله مثلاً: « ولنا... » وغالباً ما يؤيد رأي الإمام، ويرجح ما يراه راجحاً من الأقوال في بعض المسائل بقوله: « والصحيح كذا » أو « الصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية » أو « الصحيح جواب الكتاب » أو « الفتوى على كذا » أو « هذا ليس بصحيح » أو يرد دليل الخصم أحياناً.

ويشير في معظم المسائل إلى خلاف زفر إما وحده أو مع الشافعي رحمه الله، ولا يذكر غيرهما إلا نادراً.

٨ — يذكر الأدلة من الكتاب أو السنة أو كليهما، أو من المعقول، ولا يذكر الإجماع إلا نادراً، ما عدا الإجماع المذهبي فيذكره أحياناً.

١٠ — قد يقوم بذكر الأصول التي بنيت عليها المسائل في الأبواب، بقوله: والأصل في هذا، كذا ولكن ليس مطرداً.

١١ — قد يأتي بالمسألة وينبه على أنها لم تذكر في الكتاب ثم يبين حكمها حسب ما يراه^(١) وكذلك قد يبرهن للمسألة بالضوابط أو القواعد الفقهية، أو الأصولية^(٢)، أو أن الفقه فيه كذا، وغير ذلك مما سيأتي في طيات الكتاب.

١٢ — قد يبين حكم المسألة ويصرح القول بأن هذا استحسان والقياس كذا^(٣)، ويرجح الاستحسان في الغالب ويبين وجهه^(٤)

(١) انظر: الصفحات: ٥٤ ، ١٩٠ ، ٤٩٠ ، ٥٦٤ .

(٢) مثاله: « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، أو « الحقيقة والمجاز لا يرادان بلفظ واحد » ، أو «التناقض لا يمنع صحة الإقرار» .

(٣) انظر: الصفحات: ٢٤٨ ، ٢٦٧ ، ٤٠٢ .

(٤) انظر: الصفحات: ٥١ ، ٦٨ ، ٧٤ ، ١٩٣ .

وقد يرجح القياس على الاستحسان^(١)، كما يترك القياس بالعرف^(٢).

١٣ — يذكر الاعتراض الذي يحتمل أن يرد على ما يرجحه، بقوله: فإن قيل، أو لا يقال، أو قوله بأن ... قلنا. أو ما قال من ... قلنا. أو لا يلزم على ما قلنا، ثم يدفعه ويذكر دليل الدفع^(٣).

١٤ — يقوم بالتفريق بين المسائل المتشابهة في الصورة والمخالفة في الحكم، بقوله: فرق بين كذا وكذا ثم يبين الفرق^(٤)، وهذا دليل واضح على تمكنه من العلم والمعرفة الكافية لحل المسائل الغامضة؛ لأن هذا التفريق يحتاج إلى العلم بالمسألة من جميع جوانبها.

١٥ — عندما يقول وأجمعوا فالقصد منه إجماع المذهب لا إجماع الأمة، بدليل إذا أراد إجماع الأمة صرح بقوله: (وإجماع الأمة أو إجماع المسلمين أو إجماع الصحابة).

١٦ — يكثر من الاستدلال بالأدلة العقلية.

(١) انظر: الصفحة: ٥٩٩ .

(٢) انظر: الصفحة: ١٠٥ .

(٣) انظر: الصفحة: ٨٥ ، ١٠٦ ، ١١٢ ، ١٢١ .

(٤) انظر: فهرس الفروق .

المطلب الخامس

وفيه أمران

١ — محاسن كتابه ومزاياه العلمية

- ١ — سهولة الأسلوب في تقريب المعلومات للفهم وتوضيح المسألة توضيحا كاملا وذلك بضرب الأمثلة التوضيحية وقياس المجهول على المعلوم ، ونحو ذلك.
- ٢ — ترتيب الأفكار ترتيبا منطقيًا وتسلسليا ، ابتداء بقول أبي حنيفة ثم مخالفه أو موافقيه من الصاحبين أو غيرهما مثل زفر والشافعي وغيرهما ، مع ذكر دليل كل واحد إن وجد ثم دليل قول المختار عنده.
- ٣ — بيان الأصول التي بُنيت عليها المسائل مما يساعد على تقريب المسألة إلى الذهن ويجعلها أكثر وضوحا.
- ٤ — تفریق المتشابهات التي يخفى على كثير من الناس عللها و يرونها متشابهة مع المسألة الأخرى في الحكم ولكنها في الحقيقة مغايرة لها، وهي كثيرة.
- ٥ — إزالة الشبهة ودفع الاعتراض إذا كان هناك تعارض صوري بين الأصل والفرع، بقوله فإن قيل، و لا يقال، كما أسلفت ، وذلك بأسلوب سهل ميسر، أقرب إلى القبول.
- ٦ — لديه ملكة لغوية فريدة حيث يوضح معاني الحروف والكلمات مثل: معني « أو » في قوله « هذه طالق أو هذه وهذه »^(١) ومعني كلمة « أول » و « آخر »^(٢) في قوله: أول عبد أو آخر عبد أشتره فهو حر. ومثل كلمة « كل » إذا دخلت على جملة لا يعلم متهاها يتناول الكل. في قوله « لفلان علي كل درهم »^(٣) أو كلمة « لا بل » أو كلمة « إلا أن ».
- ٧ — يراعي أدب الخلاف بحيث لا يذكر أحداً إلا ويدعو له بالرحمة أو الرضوان ولا يترك الدعاء إلا إذا تكرر أكثر من مرة في المسألة نفسها ولا يقدر في أحد بالسخرية منه أو التقليل من شأنه، بل يحترم رأي المخالف ويذكره بكل أدب ووقار، وهذا ديدن العلماء العاملين الذين يُقدِّرون آراء الآخرين وما ذهبوا إليه، ويعرف لكل ذي رأي قدره.

(١) انظر: ص ، ١٢١ من هذا البحث.

(٢) انظر: ص ، ٩٢ ، ٩٤ من هذا البحث.

(٣) انظر: ص ، ٣٠٢ من هذا البحث.

٨ — يقوم بذكر الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ولا يتركه إلا نادراً، وبين غيرهما أحيانا كالإمام زفر والشافعي ومالك رحمهم الله ، ثم يرجحه أحيانا بقوله والصحيح مذهبنا^(١) وهذا في نفس الوقت دليل تبخره في الفقه المقارن وأنه صاحب الباع الطويل في هذا المجال.

٢ — بعض الملاحظات على الكتاب

لقد بذل الإمام قاضي خان رحمه الله جهده في تحرير المسائل والمعلومات الدقيقة والمعتمدة في المذهب ، ولكن رغم المحاسن والمزايا التي سبق ذكرها فقد ظهرت لي بعض الملاحظات على الكتاب وهي لا تنقص من قيمة الكتاب أو مكانة مؤلفه ، ذلك أن العمل البشري مهما بلغ من الكمال ، فلا بد من أن يعتريه شيء من النقص ؛ لأن الكمال لله تعالى وحده ، وألخصه فيما يلي:

١ — الإسهاب الممل في سرد الأمثلة التوضيحية في بعض المسائل ، حيث تصل إلى درجة تجلب الضجر للقارئ أحيانا، فكان من الممكن الاكتفاء بمثال يوضح المسألة ، دون ذكر أمثلة متعددة.

٢ — التوسع في ضرب الأمثلة بالرقيق والجواري والسبب في ذلك كما يبدو لي والله أعلم يرجع إلى أن سوق التجارة في الرقيق كان رائجا آنذاك ، مع أن مؤلف الجامع الصغير نفسه كثر من الأمثلة بهم ولكن الشارح توسع في تلك الأمثلة بحيث يتصور القارئ أن الكتاب مجموعة من الأحكام المتعلقة بالرقيق.

٣ — عند الإشارة إلى الخلاف مع الإمام الشافعي قد يذكر قوله مطلقاً ، من غير إشارة إلى قوله القلم أو الجديد أو الراجح والمرجوح في المذهب بل يذكره ، بعبارة ، يظن القارئ أنه مذهبه، ولكن في الواقع ربما يكون هناك أقوال في المذهب أو يكون قوله القلم^(٢).

(١) انظر: صفحة: ١٩٣ .

(٢) منها: على سبيل المثال: القول بأن الباغي يضمن ما أتلفه فقد ذكره مطلقا ولكن ليس كما ذكره بل فيه تفصيل. أو قوله بأنه لا يجوز بيع الفلوس بالفلسين مع أنه قول شاذ. أو مثل شراء الأعمى =

أو يكون الحكم عنده ، الكراهة في المسألة ومع ذلك فقد يذكره بأنه جائز عنده (١) ٤ — لم يوجد منهجه في ذكر الأقوال ، فقد يذكر أقوال العلماء : كحماد ، زفر ، الشافعي ، حسن بن زياد ، المعلى بن منصور ، الكرخي ، الخفاف ، القدوري ، ابن سماعة ، عيسى بن أبان ، هشام الرازي ، شريح القاضي ، أبي منصور الماتريدي ، علي البزدوي ، أبي القاسم الصفار ، بشر بن غياث المريسي ، بشر بن الوليد ، ابن أبي ليلى ، أبي سليمان الجوزجاني ، السرخسي ، أبي بكر البلخي ، خواهر زاده (٢) ، وغيرهم من العلماء ، من غير ذكر المرجع لأقوالهم ، ويعكس أحياناً أي يذكر المرجع ولا يذكر صاحب القول ، وقد يذكر كليهما مثلاً يقول : قال الكرخي في مختصره أو السرخسي في المبسوط وغير ذلك ، وذلك نادر جداً . ولعل ذلك يرجع إلى أن القول المذكور ، كان معلوماً بالبداهة في ذلك الزمان . ويذكر أحياناً قولاً دون ذكر فائله ، كقوله : ومن الناس ، من غير إشارة إلى المقصود بهم .

قد يذكر عبارة : « وذكر في الكتاب » مطلقاً ، وقد يذكره مقيداً بقوله : « ذكر في كتاب الهبة » أو « كتاب الصيد » وقد يذكره في نفس الكتاب مثلاً ، يقول في كتاب الوصايا : « وذكر في كتاب الوصايا » وفي كتاب الهبة : « وذكر في كتاب الهبة » مما يشكك القارئ في المراد به ولا يوضحه ، فلا يعرف المراد به هل يريد به الكتاب الذي ذكر في الجامع الصغير نفسه أو كتاباً مستقلاً بهذا الاسم ، إلا في بعض المواضع : مثل قوله : « ذكر في كتاب البيوع من هذا الكتاب » أو « كتاب المكاتب من هذا الكتاب » وهذا النوع لا شك بأنه يقصد الكتاب الذي هو ضمن موضوعات الجامع الصغير .

٥ — قد يعزو القول إلى كتاب ما ، دون ذكر مؤلفه فيتخير القارئ في مراده ، حيث يكون هناك كتاب لأكثر من مؤلف بالاسم نفسه ، ككتاب « المختلف » لأبي الليث السمرقندي ولأبي القاسم الصفار ، وعلاء الدين السمرقندي ، ولم يبين مراده بذلك .

= ذكر فيه وجهها مع أن فيه وجهين . أو الكفالة بالنفس حيث صرح بأنها لا تجوز مع أنه قول

للشافعي والأظهر أنها صحيحة . أو الكفالة حالة أو مؤجلة أيضاً فيه قولان .

(١) مثل : مسألة الشطرنج فإنه قال : لا بأس به عند الشافعي مع أنه مكروه عنده .

(٢) ستأتي تراجمهم عند ذكرهم في المتن .

٦ — قد يأتي بجزئية ضمن شرحه لمسألة الباب ، أو يذكر مسألة فرعية لتوضيح المسألة الأصلية ويطيل فيها بحيث يغفل القارئ عن مسألة الباب أو المسألة الأصلية ^(١) فالبحث في مثل هذه المسائل قد تؤدي إلى نسيان ما قبلها ^(٢).

ومثل مسألة بيع المأذون من المولى مع مسألة بيع المضارب من رب المال ^(٣).

ومسألة جنابة البعير في القافلة مع مسألة جنابة الصبي بأمر الغير.

٧ — قد يشير إلى وجهين في مسألة ثم يذكر وجهها ويترك الآخر ^(٤)، أو يذكر بعض الأقسام ويترك البعض مثل وهذه خمس مسائل فيذكر أربعة ويترك الخامس ^(٥).

٨ — ذكره لبعض الألفاظ الفارسية التي يصعب فهمها، مثل شاهسيرم، كدخدائية، باجة، وغير ذلك.

٩ — لم يلتزم بنص الحديث إلا نادرا وهذا صنيع معظم الفقهاء ليس هو الوحيد في هذا الأمر، فيذكر بعض الحديث نصا وبعضه الآخر بالمعنى ، أو يذكر كله بالمعنى. هذا ما بدا لي ذكره في هذا الصدد وأسأل الله تعالى أن يوفقنا ويسدد خطانا ويهدينا لما فيه خير الإسلام والمسلمين وأن يجزي المؤلف خير الجزاء، إنه سميع مجيب.

(١) مثل مسألة تعليق العتق بالخروج فيوضح هذه المسألة بتعليق الطلاق بالأكل والشرب واللباس. ومثل توضيح الطلاق بمسألة الحقيقة والمجاز، كقوله: لو حلف لا يمسه وتدا فمس الجبل. انظر: ص ٥٠ ، ٥١ من هذا البحث.

(٢) كما قال مالك رحمه الله: « لا تسأل عما لا تريد فتتسى ما تريد » انظر: القواعد للمقري، ١/٧٦.

(٣) انظر: صفحة ٣٣٥ .

(٤) انظر: صفحة ٤٣٣ .

(٥) انظر: صفحة: ٤٣٢ .

المطلب السادس

وفيه أمران

١ - منهجي في التحقيق

قمت بنسخ الكتاب من النسخ المخطوطة وعددها خمس ولم أعتد على نسخة معينة منها بل سلكت طريقة النص المختار ؛ لأنني لم أعتد على نسخة تتوافر فيها الشروط المطلوبة للنسخة الأصلية مع أن النسخة التي رمزت إليها بنسخة « أ » قريبة إلى عصر المؤلف ، حيث يعود تاريخ نسخها إلى سنة ٦٣٠ هجرية أي بعد وفاة المؤلف بثمان وثلاثين سنة، ولكن يوجد فيها بعض الأخطاء تارة والسقط تارة أخرى ، كما يوجد التقديم والتأخير في بعض الأوراق، إضافة إلى عدم وضوح الخط أحياناً، ومع ذلك فهي نسخة جيدة ، وكُتِبَ في آخر الجزء الأول منها ما يفيد بأنها نسخت من النسخة الأصلية ولكن للأسباب التي ذكرت لم اعتمد عليها كلياً ، إلا أنني رجحتها على سائر النسخ في الغالب، ودونت الفروق بين جميع النسخ وهي كثيرة جداً وقد قسمتها إلى قسمين:

١ - فروق جوهرية تُغيّر المعنى والحكم معاً، لا بد من إثباتها، وتم اختيار الكلمة بناء على مراجعتي لها في كتب أخرى من غير إشارة إلى وجه اختيارها ولكن لم أختارها إلا بعد تأكدي منها في المراجع الفقهية الأخرى، وقد صرّحت في بعض المواضع بأن الصحيح كذا، وهذا قليل.

٢ - فروق غير جوهرية ، وهي نوعان:

١ - نوع يُغيّر المعنى ولكن ليس له تأثير في الحكم مثل، قلب ذهب، وإبريق ذهب فالحكم في كلاهما واحد. وهذا النوع من الفروق قمت بإثباتها أيضاً.

٢ - ونوع لا يغير المعنى ولا يؤثر في الحكم وهذا كثير: مثل: صيغ الكلمات، كالماضي والمضارع، (كصحت، تصح)، (حنت، يحنت)، (أكل، فأكل)، (قصده ، مقصوده) ، (عتق ، عتاق) .

وأدوات الشرط، مثل: (وإن، فإن، ولو) .

والتعريف والتنكير، مثل: (بساط، البساط) .

وأدوات النفي مثل: (لا يحنت ، لم يحنت) .

وأدوات التشبيه مثل: (كذا، كذلك).

والإشارة، مثل: (ذاك ، ذلك)، (هنا، ههنا)، أو عدم موافقتها مع القواعد اللغوية، مثل التذكير مع التأنيث والعكس، مثل: هو، هي، هذا، هذه، فمثل هذا، أثبت منها ما كان موافقا للقواعد النحوية أو اللغوية ، دون الإشارة إلى فوارق النسخ.

وأما الضمير والاسم الظاهر، مثل: يده، ويد المالك مثلاً. ومثل عند أبي حنيفة، قول أبي حنيفة، فهذا النوع من الفروق أغفلت معظمها ، وسجلت بعضها، لكي يعرف القارىء أن النسخ ليست متطابقة تماماً بل فيها اختلاف ولو كان بسيطاً.

وأيضاً أغفلت التقديم والتأخير الذي لا يؤثر في المعنى مثل: (خرج بنفسه بعد ذلك)، و(خرج بعد ذلك بنفسه).

والفروق إذا كانت مكونة من كلمة أو كلمتين إلى ثلاث كلمات، كتبتها في الهامش بين علامتي التنصيص وأشارت إلى زيادتها أو سقطها، أما إذا كانت أكثر من ذلك كتبتها بين معقوفين في المتن وأشارت إلى زيادتها أو سقطها في الهامش.

وفي الدعاء اخترت لفظ **رحمه الله** بدل، **رضي الله عنه** في غير الصحابة **رضي الله عنهم**. وبالنسبة للصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كتبت **صلى الله عليه وسلم** وأحياناً عليه السلام طبقاً لبعض النسخ.

والنسخة التي رمزت إليها بنسخة « ج » يذكر فيها « وقالاً » بدل، « وقال أبو يوسف ومحمد » فلم أشر إلى هذا الفرق واكتفيت بالتنبيه على ذلك، هنا.

— ما عزاه إلى كتاب « المختلف » فقد وثقت ذلك من مخطوطتين للكتاب المذكور، إحداهما تنسب إلى أبي الليث السمرقندي والأخرى لعلاء الدين السمرقندي، حسب الكتابة على غلافيهما. وكلاهما موجودتان في جامعة أم القرى. إحداهما في معهد البحوث العلمية والأخرى في المكتبة المركزية.

— إذا كان هناك زيادة أو نقصان في الهامش ، ثم تأتي بعده عبارة: انظر: لا يعني الإشارة إلى الزيادة أو السقط المذكور ، بل المراد توثيق المسألة التي في المتن في ذلك الموضوع.

— تم توثيق معظم الضوابط والقواعد الفقهية والأصولية من مراجعها سواء تعلق هذا التوثيق بموضوع المسألة التي جاءت فيها تلك القاعدة أم لا، بل التوثيق خاص بالقواعد المذكورة وليس للمسألة.

— بالنسبة للتوثيق من الفتاوى الهندية قد تم غالبا بناء على اعتماد المؤلف على أقوال قاضيخان خاصة في شرحه هذا للجامع الصغير وهذا بدوره يدل على أن هذا الشرح معتمد لدى علماء المذهب بحيث لا يستغنى عنه بحال ما.

— عزوت الآيات القرآنية إلى سورها ، مع ذكر أرقامها في المصحف الشريف ، وأكملت في الهامش ما ذكرت ناقصة ، بقدر ما يظهر به المعنى ، أو قمت بكتابة الآية كاملة إذا كانت قصيرة.

— خرجت الأحاديث بعزوها إلى مصادرها ، فما كان في الصحيحين أو في أحدهما فقد اكتفيت بعزوها إليهما فقط ، وما كان في غيرهما فقد خرجتها من دواوين السنة وذكرت أقوال العلماء فيها قوة وضعفا.

— وثقت أقوال العلماء من مصادرها الأصلية ، إن وجدت أو تيسر لي الاطلاع عليها فإن لم أجدها في كتبهم وثقتها من المصادر الثانوية التي ذكرت أقوالهم.

— عند ذكر قول الشافعي رحمه الله زدت رأي المالكية والحنابلة باختصار وأشرت إلى مواضع وجود المسألة ومظاهرها في كتبهم المعتمدة ليسهل على من يريد التفصيل في المسألة الرجوع إليها.

— ترجمت للأعلام المغمورة وتركت المشهورة ، كأصحاب المذاهب الأربعة وتلاميذهم؛ لغنائهم عن التعريف.

— ذكرت المراجع بعد ذكر الأقوال مباشرة بدءا بمراجع الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية وانتهاء بالحنابلة.

— شرحت الكلمات الغريبة التي تحتاج إلى الإيضاح.

— قمت بتشكيل الكلمات التي يختلف معناها باختلاف التشكيل.

— علقت على بعض المسائل التي رأيت أنها تحتاج إلى ذلك ولكنه نادر.

— عرفت المصطلحات الفقهية تعريفا موجزا لكونها مفهومة غالبا للجميع.

— رقمت صفحات النسخ « ج » و « د » لعدم ظهور الترقيم فيها.

— بالنسبة لتوضيح صفحات المخطوط فقد دونت بداية الصفحة في المخطوطة وذلك بين معقوفين في صلب الكتاب ابتداء برقم اللوحة ثم خط مائل، وبعده رمز النسخة ثم صفحة أ، أو ب، فإذا كان مثلاً .../أ أ . فالألف الأول عبارة عن نسخة « أ » والألف الثاني عبارة عن الصفحة الأولى. و .../أ ب ، الألف عبارة عن النسخة و ب عبارة عن الصفحة المقابلة لصفحة، أ.

وهذا في النسخة التي رمزت إليها بـ « أ » و « د ». وأغفلت في بقية النسخ لكثرتها.
— قمت بكتابة النص حسب القواعد الإملائية المعاصرة إلا إذا كان هناك أكثر من وجه في بعض الكلمات مثل رضا أو رضى، زنى أو زنا لوجود كلا الوجهين في اللغة العربية.

— عملت الفهارس اللازمة وهي كالتالي:

١ — فهرس الآيات القرآنية.

٢ — فهرس الأحاديث النبوية والآثار.

٣ — فهرس الضوابط والقواعد الفقهية والأصولية.

٤ — فهرس الأصول التي بُنيت عليها الفروع الفقهية.

٥ — فهرس التصحيحات .

٦ — فهرس الفروق الفقهية.

٧ — فهرس الألفاظ الغريبة.

٨ — فهرس الأعلام.

٩ — فهرس البلدان والأماكن.

١٠ — فهرس القبائل والأشعار.

١١ — فهرس المصادر والمراجع

١٢ — فهرس الموضوعات والمسائل.

- ١ — المراد بكلمة « المشايخ » في الفقه الحنفي، من لم يدرك الإمام أبا حنيفة ^(١).
- ٢ — المراد « بعامة المشايخ » أكثرهم ^(٢).
- ٣ — بكلمة « أصحابنا » عند الإطلاق هم: أبو حنيفة وأبو يوسف، ومحمد ^(٣).
- ٤ — المراد بـ « العلماء » علماء العراق ^(٤).
- ٥ — المراد بـ « المتأخرين » من لم يدرك الأئمة الثلاثة: أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا، كأبي بكر الخصاصف والطحاوي والحلواني والسرخسي وغيرهم، والله أعلم ^(٥).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٤٩٥ ؛ الفقه الإسلامي وأدلته ١/٥٧ .

(٢) انظر: شرح فتح القدير ، ١/٤٧٧ .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٤٩٥ ؛ الفقه الإسلامي وأدلته ١/٥٧ .

(٤) انظر: المبسوط، ١٦/١٢٤ .

(٥) انظر: مقدمة الجامع الصغير ص ٨ .

الامان رجل فالان العنت او الكلب او سرب نامر الى

والعنت طعاما دون طعام لم يصدق في القضاء ولا في غيره وعن لبيد بن ربيعة
 من لبيد بن ربيعة وهذه رواه اخوانها الخفاف وبنو كلاب الخيل عليها والصحاح ما ذكر
 له رواه لانه نوى كحصر الطعام والسود والطعام والموت للسرد كور لئس يكون نصا
 وكور اقتضا والمقتضى لا يعم له ونية التخصيص فيها الا يعم له باطل ولو قال ان
 ثوبا او اكلت طعاما او مال عس طعاما دون طعام ويزادون نوب ديت فيما بينه
 له لعل لانه ذكر الطعام والثوب نكوه في موضع المشروط وموضع المشروط موضع النفي
 وفي موضع النفي تقع نية التخصيص والامد وقصار لان التخصيص خلاف
 ودونه تحفظ على نفسه فلا تصدق ويرى من المله الا ترى بينهما اذا مال
 حيث فعده نكوه ولو كان الخبز في الكي السفر لا حيث لعل لانه ذكر الخبز في الخبز
 مع فحشه ما يكون سفيرا ومثله لا يكون سفيرا او احكامها محله في قصد الصالح
 في الاضطرار وغير ذلك واذا نوى احد النوعين صححت نيته حتى لو نوى الخبز في الكي مكان
 مكان لا يصح لان المكان ليس له كذا فلا تصح نية التخصيص فيه ولو حلف لا تاكل
 كل سم كاطريا لا تحت والعباس ان تحت لانه لحم قال افا في وهو الذي سخره لهم البحر
 واسمها طريا وهذه الاستحسان ان تليس بلحم حبه لانه اللحم ما ينمو والدم
 لسر لا ينمو والدم لان الدم هو الذي يوشق والماء اما الالبه قلنا سماه لحم مجازا على
 الامان لا يفي على الفاظ الفذان الالهة كانه لو حلف لا يتعد ثدا منس عنلا لا
 به وان سمي الله الجناك او قناد او كدي لو حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض لا
 وان سمي الله لعل الارض بساط هذا اذا لم ينو وان نوى السماء حنت في نفسه لانه
 بارا وكان ناقضا ولا يناد له مطلق الكلام فاذا نواه حنته قالوا كل ولو لم يشاء
 انسان او الخنزير حنت في نفسه لانه لحم حقيقته الا انه حرام وربما قيل طعم
 الحرام صحاح الى المهر وكذلك لحم الطيور مطبوخا او مشويا او تيا وكذلك
 يشو الكلب قبل هذا وعرفهم اما في عدينا لا كتب باكل الكلب وشو الكلب
 بالانواعان لحم ولا سمع لان اسمعاف اللحم وحس باكل الدهر لانه لحم حقيقته
 لا اسر فليلد اللحم وراس كبر اللحم والاحسب في ستم الطير والالبه لانه اسر لحم حلف
 باكل لحم ساه ما كل لحم العنز فالوان كان الحالف مصدرا لا تحت وان كان كذوبا
 لان اهل الفذ لا يجيزون بهر الشاه والعنز ولو حلف لا ياكل شجرا او لا يشترك

بالحق

تقر الصلوات بقوته طلبة الاضحية كل يوم قبلها وبوكا من عند سنينها زكيا الناس
 وبنوا ثورتها خلو سلف ويوم العيشة والذخيرة الحظي لمنه كما كانه وسلفه
 جرد في القرآن في الصلوات قالوا كما كان ذلك الميثاق وقيامه في الصلاة ولا يقوم
 الا بالحق ولا يملكهم صلاة الصلوات من غير ذلك فهذا وان حضان خيال فهو باعنة حشمة
 وحشر من يخطف لغير الحق والربان والفلذات ه الساطان الحياض المشركين اذ
 قال الحق لا خلاقا ولا كفارتا اذ الله وسعته والنعمة والبر والبر والبر والبر
 فما يبتدأ القاطن الايمان لقوله تعالى الامر لله وبقية مطهرين للايمان وما يردون على
 عليه السلام انه قال لو بين اثنان اذ كانا في قعر حفرة احدهما ان اذ احدهما ان لا يحيا
 فوالله انهما في قلب الايمان فان احدهما على ذلك حتى قيل ان القاطن الايمان كان
 بالبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر
 ان يبيدوا حتى تبلى وتناهى فيقول الله صلى الله عليه وسلم يستشهدون قالوا لا
 الاما ولو عمل الذنوة باظهار الكسب والبر والبر على الشرف التي لينة الا ان لا
 انرا بالاذن والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر والبر
 المنطق المنطق فلا يفتن من التبريد فهو من المنطق وذلك انما يحصل انما العادة
 ولزكي فهو علة في من سئل الله صلى الله عليه وسلم لا تفرحوا بما آتاكم الله
 الا انتم جاهلون بما كان وما استجاب الحجة ان كان الله من القدر في طرفة
 وبان ذلك الصلة والصلوة المشايخ رضي الله عنهم في ذلك العلاء فكما صفت الابد
 بعيني في كل ليلة ما تقاوتها وقد اكلها على وجه يطوع من العظم والبرية كشد
 في اذن وف الشاة والفلان من الحصة يتم في اذن تين بون هم من التامبير
 المتخذ من اذ برض لان الحضور حشيتهم لا من يفتنهم وكان المبررة من ايم
 وتولد باغاد العلاء فيون الا في الحيات وكسبون من ليس ثيا يحضر في اول يوم
 وعين الذنوب في جناح المسلمين واسواقهم من عير وروعة وععدا الضرون برونان
 على السروج الذي يهتد الا ان وفي الحق في قوسها شبه البر ما يهتد الذنوب
 عليها رة وانما كذا حث قال الله تعالى وانما هذا قائل الحق تعالى في قوله ان الله
 وسلم للجهاد ما عز من نعمته تعالى ان ان تقابلت بعضا من اهلنا الظالمين وان

19/11

والكتاب الا ان المسلمين عوجج جناح الهم انما ان الله يوفى عهده بدينه
 العيون عن الباطن حضور الحضور ومودع شر الكفر والظلمة من الله تعالى
 الا ان اذ وقع العيون وينتد بفتنهم على كل من يفتنهم على الجهاد يخرج مؤمن
 انقروا حقا وبقا ولا وجها مودوا الاموالكم وانفسكم في سبيل الله لا تدعون
 على نعمة المسلمين وحيوكم فيفتنهم عن حقا منهم الذم عن نعمة الاسلام
 قالوا لا يجوز الوصية لاهل الجزة لان الله تعالى بها ايمان المؤمنين في عاقبة
 قال الله تعالى انما يريد الله ليكمل لاهل الدين والذين في الدين قد نزلت
 في كل هذا والله اعلم

قوله الكتاب

البرية الا انهم

القسم الثاني

التحقيق

القسم الثاني

التحقيق

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

[وما توفیقي إلا بالله عليه توكلت] (١)

كتاب الأيمان (٢)

رجل قال: إن أكلتُ أو شربتُ أو لبستُ فامرأته (٣) طالق وقال عنيت طعاما دون طعام لم يُصدّق في القضاء ولا في غيره.

وعن أبي يوسف رحمه الله (٤) أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى، وهذه رواية اختارها الخصاف (٥) وبني كتاب « الحيل » عليها والصحيح ما ذكر (٦) في ظاهر الرواية (٧)؛ لأنه نوى تخصيص الطعام والثوب، والطعام والثوب ليس بمذكور نصا بل هو (٨) مذكور اقتضاء،

(١) ما بين المعقوفين لم يرد في « أ ، ب ، ج ، د » .

(٢) الأيمان جمع يمين وهو لغة القوة، ومعنى الخلف والقسم والبركة. انظر: لسان العرب، ٤٦٢/١٣ القاموس المحيط، ١٦٠١ - ١٦٠٢ ؛ المغرب، ص ٥١٢ ؛

وشرعا: تقوية أحد طرفي الخير بذكر اسم الله تعالى. وقيل: عقد قوي به عزم الخالف على الفعل أو الترك. انظر: أنيس الفقهاء، ص ١٧١ ؛ التعريفات، ص ٢٥٩ ؛ حاشية ابن عابدين، ٧٠٣/٣ .

(٣) في « أ ، ب ، ج ، د » فامرأتي .

(٤) في « د » أبي حنيفة. والصحيح أبي يوسف، هكذا ذكر في شرح فتح القدير، ١٣٤/٥ .

(٥) هو أحمد بن عمر بن مهير الخصاف ، كان فرضيا حاسبا عارفا بمذهب أبي حنفة يأكل من كسب يده. من مصنفاته المشهورة كتاب الحيل وكتاب أدب القاضي، وكتاب الشروط الكبير والصغير .

قال شمس الأئمة الحلواني: الخصاف رجل كبير في العلوم وهو ممن يصح الاقتداء به . مات سنة ٢٦١هـ . انظر: الفوائد البهية ص ٢٩ ؛ تاج التراجم ص، ١٨ - ١٩ ؛ الطبقات السنية

٤١٨/١ - ٤١٩ ؛ سير اعلام النبلاء ١٢٣/١٣ - ١٢٤ ؛ الفهرست لابن ندیم، ٢٩٠/١ ؛

(٦) « ما ذكر » ساقط من « ب » .

(٧) انظر: الفتاوى الهندية، ٩٣/٢ .

(٨) « هو » ساقط من « ب » .

والمقتضى (١) لا عموم له ونية التخصيص فيما لا عموم له، باطل (٢).

ولو قال: إن لبستُ ثوباً أو أكلتُ طعاماً، أو شربتُ شراباً (٣) وقال عنيت ثوباً دون ثوب أو طعاماً دون طعام دُين فيما (٤) بينه وبين الله تعالى؛ لأنه ذكر الطعام والثوب نكرة (٥) في موضع الشرط وموضع (٦) الشرط موضع النفي، والنكرة في (٧) موضع النفي تعم (٨) فتصح (٩) نية التخصيص فيه (١٠) فلا (١١) يصدق قضاء (١٢)؛ لأن التخصيص خلاف الظاهر [أ/١٦١] وفيه تخفيف على نفسه فلا يصدق.

فرق بين المسألة الأولى وبين ما إذا قال: إن خرجتُ فعبدي (١٣) حر، ونوى الخروج (١٤) إلى السفر حيث تصح؛ لأنه ذكر الخروج والخروج متنوع فمنه ما يكون سفراً

(١) عموم المقتضى عبارة عن زيادة على المنصوص عليه، أو ما أضمّر في الكلام، ضرورة صدق المتكلم. انظر: أصول السرخسي، ٢٤٨/١، ٢٥١ - ٢٥٢؛ التقرير والتحجير، ٢١٧/١؛ قواعد الفقه للبركلي، ٥٠١.

(٢) انظر: المستصفى ٦١/٢ - ٦٢؛ المحصول في علم أصول الفقه، ٦٢٧/٢؛ الفصول في الأصول، ٢٣٧/١؛ غمز عيون البصائر، ١٨/٤؛ المبسوط، ١٣٢/٦؛ بدائع الصنائع، ٦٨/٣؛ فتاوى شيخ الإسلام، ٢٤٦/٢٠.

(٣) «أو شربت شراباً» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

(٤) «فيما» ساقط من «هـ».

(٥) في «د» وإنه نكرة.

(٦) في «ب» وفي موضع.

(٧) «في» ساقط من «هـ».

(٨) انظر: أصول السرخسي، ١٦٠/١، ١٤١/٢؛ التقرير والتحجير، ٥٣/٢؛ غمز عيون البصائر، ١٢٨/١؛ القواعد لابن رجب ٢٤٤.

(٩) في «هـ» فصحت.

(١٠) «فيه» ساقط من «ج».

(١١) في «ج» ولا.

(١٢) انظر: الفتاوى الهندية، ٩٣/٢.

(١٣) في «ج» فعبده.

(١٤) في «ب» أن لا يخرج.

ومنه ما لا يكون سفرا^(١) وأحكامهما^(٢) مختلفة^(٣) من^(٤) قصر الصلاة وإباحة الإفطار وغير ذلك فإذا نوى أحد النوعين صحت نيته ، حتى لو^(٥) نوى الخروج إلى مكان دون مكان^(٦) لاتصح ؛ لأن المكان ليس بمذكور فلا تصح نية التخصيص فيه . ولو^(٧) حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا طريا لا يحنث ، والقياس أن^(٨) يحنث ؛ لأنه لحم قال الله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾^(٩) وجه الاستحسان أنه ليس بلحم حقيقة ؛ لأن اللحم ما ينمو من الدم ولحم السمك لا ينمو من الدم ؛ لأن الدموي لا يعيش في الماء .

وأما الآية، قلنا: سماه لحما مجازا على أن الأيمان لاتبنى^(١٠) على ألفاظ القرآن^(١١) ألا ترى أنه لو حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحنث وإن^(١٢) سمي الله تعالى الجبال أوتادا . وكذا^(١٣) لو حلف لا يجلس على البساط فجلس على الأرض لا يحنث وإن^(١٤) سمي الله تعالى الأرض بساطا، هذا إذا لم ينو السمك^(١٥) فإن^(١٦) نوى السمك حنث في يمينه ؛ لأنه لحم مجازا فكان ناقصا فلا يتناوله مطلق الكلام، وإذا نواه صحت نيته كما لو قال كل مملوك لي حر

(١) « سفرا » ساقط من « هـ » .

(٢) في « ب ، هـ » أحكامه .

(٣) في « د » مختلف . وفي « هـ » مخالفة .

(٤) « من » ساقط من « ج » .

(٥) في « هـ » « وإن نوى » بدل « حتى لو نوى » .

(٦) في « هـ » من مكان إلى مكان .

(٧) في « هـ » وإن .

(٨) « أن » ساقط من « ب » .

(٩) سورة النحل، آية: ١٤ .

(١٠) في « أ ، هـ » لاتبنى .

(١١) انظر: أحكام القرآن، للخصاص ٢٧/١ ؛ المبسوط ١٨٤/٨ ؛ ٣٠/٩ .

(١٢) في « ب » وإنما .

(١٣) « وكذا » ساقط من « ب » .

(١٤) في « ب » وإنما .

(١٥) « السمك » ساقط من « أ ، ب ، ج ، هـ » .

(١٦) في « ب » أما إذا .

لايتناول (١) المكاتب وإذا نواه (٢) صحت نيته.

وإن أكل لحم الإنسان أو لحم (٣) الخنزير حنث في يمينه ؛ لأنه لحم حقيقة إلا أنه حرام وربما يميل طبعه إلى الحرام فيحتاج إلى اليمين وكذلك لحم الطيور مطبوخاً أو مشوياً أو نياً وكذلك الكرش والكبد.

قيل: هذا [١١١/د أ] في عرفهم ، أما في عرفنا لا يحنث بأكل الكرش والكبد ؛ لأنهما لا يعدان لحماً (٤) ولا يستعملان استعمال اللحم.

ويحنث بأكل الرؤوس لأنه لحم حقيقة يقال: رأس قليل اللحم ورأس كثير اللحم ولا يحنث في شحم البطن والإلية ؛ لأنه ليس بلحم.

ولو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم العنز، قالوا: إن كان الحالف مصرياً لا يحنث وإن كان قروياً حنث ؛ لأن أهل القرى لا يميزون بين الشاة والعنز (٥) ولو حلف لا يأكل شحماً أو لا يشتري شحماً (٦) لا يحنث إلا في شحم البطن.

وقال أبو يوسف ومحمد، يحنث في شحم الظهر أيضاً (٧). لهما قوله تعالى: ﴿حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ شَحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾ (٨) استثنى من الشحم والاستثناء يدل على الجنسية (٩). ولأبي حنيفة أن شحم الظهر (١٠) لحم يتناوله اسم اللحم، فلا يكون شحماً (١١)؛

(١) في « د » لا يتناوله.

(٢) في « ب » وإذا نوى ، وفي هـ وإن نواه.

(٣) « لحم » ساقط من « أ ، ج ».

(٤) في « ب » من اللحم.

(٥) نقل ابن الهمام عن أبي الليث، وابن عابدين عن الشهيد، أنه لا يحنث ، مصرياً كان أو قروياً وعليه الفتوى ؛ لتغير العرف فيه، انظر: شرح فتح القدير، ١٢٤/٥ ؛ حاشية ابن عابدين، ٧٧٣/٣.

(٦) « شحماً » ساقط من « أ ، ج ، هـ ».

(٧) انظر: أحكام القرآن، ٢٣/٣ ؛ المبسوط للسرخسي، ١٨٣/٨ — ١٨٤ ؛ شرح فتح القدير لابن الهمام ، ١٢٣/٥.

(٨) سورة الأنعام آية: ١٤٦.

(٩) في « هـ » الجنس. انظر: المبسوط، ١٨٤/٨ .

(١٠) في « هـ » الظهور.

(١١) « فلا يكون شحماً » ساقط من « هـ » .

لأنهما غيران (١) [ألا ترى أنه لو حلف لا يشتري لحمًا فاشترى شحم الظهر يحنث في يمينه] (٢)

وأما الآية قلنا: هذا استثناء منقطع بمعنى لكن فلا يقتضي الجنسية ؛ ألا ترى أنه كما استثنى شحم الظهر (٣) استثنى الحوايا واستثنى المختلط بالعظم وأنه ليس بشحم.

واختلف المشايخ رحمهم الله في تعيين محل الخلاف:

قال بعضهم: الخلاف في اللحم السمين على الظهر.

وقال بعضهم: الخلاف في الشحم المتصل بالظهر من الداخل فإن كان الخلاف (٤) في

اللحم السمين فقول (٥) أبي حنيفة رحمه الله أظهر وإن كان الخلاف في الشحم المتصل

فكلامهما أظهر (٦) وذكر شمس الأئمة السرخسي (٧): إذا حلف لا يشتري شحمًا لا يحنث في

شحم الظهر في قولهم. [١٦١/أب] هذا إذا حلف بالعربية وإن حلف بالفارسية فأكل شحم

الظهر ، قالوا: لا يحنث ؛ لأن اسم تيه لا يتناول شحم الظهر (٨).

ولو حلف لا يشتري رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم. وقال أبو يوسف ومحمد

رحمهما الله على رؤوس الغنم خاصة، ولا يتناول رأس الجوزور إلا رواية عن أبي حنيفة (٩) قالوا:

(١) في « ب » لأنه عرار.

(٢) مابين المعقوفين ساقط من « ج ».

(٣) في « ب » زيادة، وكذلك.

(٤) في « هـ » الكلام.

(٥) في « هـ » فكلام.

(٦) في « ب » أظهر فيه. وفي ج، فيه أظهر « وانظر المسألة في: شرح فتح القدير، ١٢٣/٥ ؛ البحر الرائق،

٣٤٩/٤ حاشية ابن عابدين ٧٧٣/٣ .

(٧) انظر: المبسوط، ١٨٣/٨ — ١٨٤. هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي كان

إماماً علامة حجة، عده ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل تخرج على الحلواني، أملى المبسوط نحو

خمس عشرة مجلدة وهو في السجن بسبب كلمة نصح بها الخاقان. وله كتاب في أصول الفقه وشرح

السير الكبير وشرح مختصر الطحاوي. مات في حدود ٤٩٠ هـ وقيل في حدود ٥٠٠ هـ انظر: الفوائد

البهية ١٥٨؛ تاج التراجم ص ٥٢ ؛ الجواهر المضية ٧٨/٣ ؛ مفتاح السعادة ١٦٥/٢ — ١٦٦ .

(٨) انظر: تبين الحقائق، ١٢٨/٣ .

(٩) انظر: المبسوط ١٧٨/٨ .

هذا اختلاف عصر وزمان، كان (١) الناس في زمن (٢) أبي حنيفة يبيعون رأس الغنم والبقر في الأسواق (٣) غير مكسورة وفي زمنهما كانوا لا يبيعون إلا رأس الغنم فأفتى كل واحد (٤) منهم بما (٥) شاهده في زمانه ومبنى (٦) الأيمان على العرف (٧).

ولو حلف لا يأكل هذا الدقيق فأكل خبزه حنث. وإن أكل عين (٨) الدقيق أو عجينه لم يذكر في الكتاب والصحيح أنه لا يحنث (٩) والأصل (١٠) في جنس هذه المسائل أنه إذا عقد اليمين (١١) على أكل عين (١٢) فإن كان يؤكل عينه تنصرف اليمين إلى عينه (١٣) وإن كان لا يؤكل عينه تنصرف (١٤) إلى ما يتخذ منه والدقيق لا يؤكل عينه فتصرف اليمين إلى خبزه، كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذه القدر فأكل من ثمرها (١٥) أو من طعام طبخ في القدر حنث في يمينه. فإن عني أكل الدقيق صحت نيته فيما فيه تغليظ حتى يحنث بأكل الدقيق ولا يُصدَّق في صرف اليمين إلى (١٦) الخبز؛

-
- (١) في « ب » لأن.
- (٢) في « أ » عصر.
- (٣) في « د » السوق.
- (٤) « واحد » ساقط من « هـ »
- (٥) في « هـ » على ما.
- (٦) في « د » ومعنى الأيمان مبنى على العرف.
- (٧) انظر: المبسوط، ١٧٨/٨ ؛ الفروق، للكرائسي، ١٦٧/١ ؛ غمز عيون البصائر، ١٨٧/١ ؛ التقرير والتحجير، ٣٧/٢ ؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٩ ، ١٩١ .
- (٨) « عين » ساقط من « ب » وفي « هـ » من عين.
- (٩) انظر: الهداية والعناية، ١٢٦/٥ ؛ الفتاوى الهندية، ٨٦/٢ .
- (١٠) في « ب » زيادة، أن.
- (١١) في « ب » يمينه.
- (١٢) في « ب » عينه.
- (١٣) في « ب » إليه.
- (١٤) في « أ، ج، د، هـ » اليمن.
- (١٥) « من ثمرها » ساقط من « أ، د، هـ » .
- (١٦) في « أ » على. وفي « ج، د، عن » .

لأنه خلاف الظاهر^(١).

ولو^(٢) حلف لا يأكل^(٣) هذه الخنطة إن نوى أن^(٤) لا^(٥) يأكلها حبا فهو على ما نوى ؛ لأنه نوى الحقيقة فلا يحث بأكل الخبز وإن نوى أكل الخبز فهو على ما نوى ؛ لأنه نوى المجاز المتعارف^(٦). وإن لم ينو شيئا فإن أكلها قضا^(٧) حث وإن أكل من خبزها لا يحث في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد يحث بأكل الخبز أيضا^(٨).
لهما أن أكل الخنطة يراد به أكل الخبز عادة يقال أهل بلد كذا يأكلون الخنطة، وأهل بلد كذا يأكلون الشعير، ويريدون بذلك أكل الخبز.

ولأبي حنيفة أن الخنطة يؤكل عينها ؛ لأنها^(٩) تغلى^(١٠) وتغلى فتؤكل فلا تنصرف اليمين إلى غيرها، كما لو حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من^(١١) زبيبته، أو لا يأكل من هذه الشاة فأكل من لبنها لا يحث ؛ لأن الأصل اعتبار الحقيقة ، ولهذا لو حلف لا ينكح امرأته أو أمته تنصرف اليمين إلى الحقيقة وهي الوطء لا إلى المجاز وهو العقد، فإن أكل عين الخنطة هل يحث عندهما ؟ ذكر في كتاب الأيمان في الأصل^(١٢) ما يدل على أنه لا يحث ؛ فإنه قال:

(١) انظر: المبسوط ١٨١/٨ ؛ تبين الحقائق، ١٢٩/٣ ؛ مجمع الأئمة، ٥٦٠/١ ؛ شرح فتح القدير، ١٢٦/٥ .

(٢) في « أ » وإن .

(٣) في « ب » زيادة، من .

(٤) « أن » ساقط من « ب »

(٥) « لا » ساقط من « هـ »

(٦) المجاز المتعارف « أن يكون المعنى متعارفا بين الناس » أو ما يكون غالبا في التعامل . انظر: أصول

الشاشي، ٨٥ ؛ شرح التلويح على التوضيح ١٧٩/١ ؛ التقرير والتحبير، ٣٧/٢ .

(٧) القضم: الأكل بأطراف الأسنان . المغرب ص، ٣٨٦ .

(٨) انظر: المبسوط ١٨١/٨ ؛ أصول السرخسي، ١٨٤/١ ؛ شرح فتح القدير ١٢٥/٥ .

(٩) في « أ، ب، ج، د » فإنها .

(١٠) « تغلى » ساقط من « أ، ب، ج »

(١١) « من » ساقط من « هـ »

(١٢) « في الأصل » ساقط من « أ، ب، د، هـ » . وانظر: الأصل، للشيباني، ٢٩٦/٣ ؛ المبسوط،

تنصرف اليمين إلى ما يتخذ^(١) من الخنطة وذكر في هذا الكتاب ما يدل على أنه يحنث ؛ فإنه قال: وإن أكل من خبزها حنث أيضاً وهذه إشارة إلى أنه يحنث بأكل الخنطة وهو الصحيح^(٢) ولو حلف لا يأكل من^(٣) هذه الخنطة فأكل من سويقها لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحنث^(٤) وذكر القدوري^(٥) قول أبي يوسف مع قول^(٦) محمد.

لأبي حنيفة رحمه الله ما قلنا: إن الخنطة تؤكل عينها فلا تنصرف اليمين إلى غيرها. ولأبي يوسف ما قلنا بأن المراد من أكل الخنطة أكل الخبز فلا تنصرف اليمين إلى سويقها^(٧)، ومحمد يقول: إن المراد من أكل الخنطة أكل^(٨) ما يتخذ من الخنطة^(٩) فيحنث [١٦٢/أ أ] بالسويق^(١٠).

ولو حلف لا يأكل فاكهة فأكل قثاء أو خياراً^(١١) أو قثداً^(١٢) أو جزراً لم يحنث ؛

(١) في « ب، ج، د، هـ » يصنع.

(٢) انظر: شرح فتح القدير، ١٢٦/٥ ؛ اللباب في شرح الكتاب، ١٥/٤.

(٣) من ، ساقط من: « د، هـ ».

(٤) انظر: المبسوط ١٨١/٨ ؛ شرح فتح القدير، ١٢٦/٥.

(٥) هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان الفقيه الحنفي المعروف بالقدوري، ولد عام ٣٦٢ هـ وانتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. أخذ الفقه عن الجرجاني والخصاص والكرخي. ومن مؤلفاته مختصر القدوري، وشرح مختصر الكرخي، وكتاب التحريد. توفي ٤٢٨ هـ ببغداد. انظر: وفيات الأعيان، ٧٨/١ — ٧٩ ؛ تاريخ بغداد ٣٧٧/٤ ؛ تاج التراجم ١٩ — ٢٠ ؛ الطبقات السنوية ١٩/٢ — ٢٠ ؛ سير أعلام النبلاء ١٧/٥٧٤ — ٥٧٥ .

(٦) « قول » ساقط من « أ، ب، ج » وانظر المسألة في: المبسوط، ١٨١/٨ ؛ اللباب في شرح الكتاب ١٥/٤ نقلاً عن قاضيخان من غير نسبة إلى القدوري.

(٧) في « أ، ب، د، هـ » السويق.

(٨) « أكل » ساقط من « أ ».

(٩) في « ب، ج » منها.

(١٠) في « أ، ب، ج، د » في السويق.

(١١) « خياراً » ساقط من « ج » .

(١٢) نبت يشبه القثاء أو ضرب منه. انظر: القاموس المحيط، ص ٣٩٣ ؛ المغرب ص ٣٧٢ .

من الفواكه (١) [١١١/د ب] وإن أكل تفاحا أو خوخا أو مشمشا أو تينا أو أجاصا ، حث وكذلك البطيخ ؛ لأن هذه الأشياء تؤكل على وجه التفكه قبل الطعام وبعده فكانت فاكهة وكذلك (٢) يابس هذه الأشياء (٣) إلا البطيخ اليابس ؛ لأن ذلك لا يؤكل إلا في بعض البلدان . وإن أكل بطيخا هنديا ، قيل بأنه (٤) لا يحنث ؛ لأنه لا يعد من الفواكه (٥) وإن أكل عنبا أو رمانا أو رطبا لا يحنث في قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد يحنث (٦) .

لهما أن هذه الأشياء من أعز الفواكه لأن الفاكهة اسم لما يؤكل على وجه التنعم [وهذه الأشياء تؤكل على وجه التنعم] (٧) والإفراد بالذكر في كتاب الله تعالى لكامل معانيها كتخصيص جبريل وميكائيل بالذكر (٨) من الملائكة .

ولأبي حنيفة أن هذه الأشياء غير الفاكهة ؛ لأن الله تعالى عطف هذه الأشياء (٩) على الفاكهة مرة ، فقال تعالى : ﴿ فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ ﴾ (١٠) ومرة عطف الفاكهة على هذه الأشياء فقال تعالى : ﴿ وَقَضَبًا وَرَيْثُونًا وَنَخْلًا وَحَدَائِقَ غُلْبًا وَفَاكِهَةً وَأَبًّا ﴾ (١١) والمعطوف غير المعطوف عليه ، كيف وأن الآية نزلت على وجه المنة ولا يليق بالحكمة (١٢) ذكر الشيء الواحد بلفظين في موضع المنة ، ولأن التفكه عبارة عن التنعم قال الله تعالى :

(١) في « د ، هـ » من الفاكهة .

(٢) في « هـ » وكذا .

(٣) في « ب » زاد ، تؤكل .

(٤) « بأنه » ساقط من « ب » .

(٥) في « د » فاكهة .

(٦) انظر : المبسوط ، ١٧٩/٨ ؛ بدائع الصنائع ، ٦٠/٣ ؛ شرح فتح القدير ، ١٢٨/٥ — ١٢٩ .

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ، د ، هـ » .

(٨) « بالذكر » ساقط من « أ ، ب ، د ، هـ » .

(٩) « هذه الأشياء » ساقط من « د » .

(١٠) سورة الرحمن آية : ٦٨ .

(١١) سورة عبس آية : ٢٩ وتتمام الآية : ﴿ متاعا ولأنعامكم .. ﴾

(١٢) في « ب ، ج » من الحكيم .

﴿فَاكِهِينَ﴾^(١) أي متنعمين ، والتنعيم^(٢) أمر زايد على البقاء، وحسب الرمان متعلق البقاء^(٣) ؛ لأنه يصلح دواء وغذاء^(٤)، وكذلك العنب والرطب يكتفى بهما في بعض البلدان فلا يكون فاكهة، ولأن ما كان فاكهة لا فرق^(٥) بين رطبه ويابسه ويابس هذه الأشياء لا يعد فاكهة فكذلك رطبها.

ولو حلف لا يأكل فاكهة يابسة يحنث بأكل الجوز واللوز ونحوهما. قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا لا يحنث بأكل الجوز^(٦).

ولو حلف لا يأكل عنباً، فلاكه^(٧) وابتلع ماءه ورمى بقشره وحبه^(٨) لا يحنث، وإن ابتلع ماءه وأكل حبه ورمى بقشره حنث في يمينه ؛ لأن الأكل هو المضغ والابتلاع ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى وإنما وجد الشرب. وكذا لو حلف لا يأكل سكرًا فمصه حتى أذابه لا يحنث.

ولو حلف لا يأتدم بإدام ولا نية له فأكل خبزاً بما يصطبغ^(٩) به كالخل والزيت والعسل والمرقة واللبن حنث في يمينه في قولهم والبقل ، ليس بإدام في قولهم. وأما البيض والجبين واللحم ليس بإدام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وروي عن أبي يوسف أنه إدام وهو قول محمد^(١٠).

(١) سورة الطور، آية: ١٨ . وتام الآية: « بما آتاهم ربهم ووقاهم ربهم عذاب الجحيم ».

(٢) في « هـ » النعيم.

(٣) في « هـ » بالبقاء.

(٤) « وغذاء » ساقط من « ب » .

(٥) في « أ، ج، د، هـ » زاد، « فيه ».

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ، ٤٧٥/٢ .

(٧) في « د » « فأكله » بدل، فلاكه.

(٨) « وحبه » ساقط من « أ، هـ »

(٩) في « أ، هـ » يطبخ . واصطبغ بمعنى ائتم: انظر: القاموس المحيط ص ١٠١٤ ؛

(١٠) انظر: المبسوط ١٧٦/٨ — ١٧٧ . ؛ بدائع الصنائع، ٥٧/٣ ؛ شرح فتح القدير، ١٣٠/٥ — ١٣١ ؛

العناية مع الفتوح ١٣٠/٥ ؛ الفتاوى الهندية ٨٨/٢ ؛

ولحمد رحمه الله قوله عليه السلام « سيد إدام أهل الجنة اللحم »^(١)

ولأن الإدام مأخوذ من المؤادمة وهي الموافقة وهذه الأشياء توافق الخبز فكان إداماً.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الإدام مأخوذ من المؤادمة وهي^(٢) الموافقة كما قال ، وحقيقة الموافقة في الاجتماع على وجه لا يقبل الفصل كالحل والزيت ونحوهما^(٣) أما اللحم والبيض والخبز لا يوافق الخبز على هذا [١٦٢/أ ب] الوجه بل يجاوره. بمنزلة البطيخ والتمر والعنب فهذا الاسم حقيقة لما يصطبغ به، مجاز لغيره والحقيقة والمجاز لا يرادان بلفظ واحد^(٤) فالحاصل أن كل ما يحتاج في الأكل إلى موافقة الخبز كان إداماً وكل ما لا يحتاج ويؤكل وحده لا يكون إداماً.

ولو حلف لا يأكل رطباً أو بسرّاً [أو^(٥) لا يأكل رطباً ولا بسرّاً] ^(٦) فأكل بسرّاً^(٧) مُذنباً حنث في يمينه. وهذه المسألة على أربعة أوجه:^(٨)

إذا حلف لا يأكل بسرّاً فأكل بسرّاً مذنباً وهو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه^(٩) في قولهم، وكذلك إذا حلف لا يأكل رطباً فأكل رطباً مذنباً وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم.

(١) أخرجه ابن قتيبة، بلفظ « سيد إدام أهل الدنيا والآخرة » انظر: غريب ص ، ٢٩٨/١ ؛ وابن ماجه، بلفظ « سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة اللحم » ، ١٠٩٩/٢ . كلاهما من طريق سليمان بن عطاء. وإسناده ضعيف لأجل سليمان بن عطاء. انظر: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، ١٧/٤ ؛ كشف الخفاء ١/٥٥٩ ، ٥٦٠ ؛ نيل الأوطار، ٢٢٣/٨ ؛ النوافح العطرة في الأحاديث المشتهرة، ص ٣٢. ؛ وقال الميثمي: رواه الطبراني، في الأوسط وفيه سعيد بن عبيدة القطان ولم أعرفه وبقيّة رجاله ثقات وفي بعضهم كلام لا يضر، انظر: مجمع الزوائد، ٣٥/٥.

(٢) « المؤادمة وهي » ساقط من « ب » وانظر المسألة في: المبسوط، ١٧٧/٨ .

(٣) في « هـ » « ونحو هذا ». وهو خطأ.

(٤) انظر: أصول السرخسي، ١٧٧/١ .

(٥) في « د » أو حلف.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « ب » .

(٧) « بسرّاً » ساقط من « أ، ب » .

(٨) انظر: بدائع الصنائع، ٦٠/٣ ؛ الفتاوى الهندية ، ٨٢/٢ ؛

(٩) في يمينه « ساقط من « د » .

ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا فيه شيء من البسر يحنث في قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ولا يحنث في قول أبي يوسف (١).

والرابعة: إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عندهما،
وعند أبي يوسف لا يحنث. فالحاصل أن الغلبة إذا كانت للمعقود عليه حنث عند الكل وإن
كانت الغلبة لغير المعقود عليه يحنث عندهما، وعند أبي يوسف لا يحنث (٢).

وجه قول أبي يوسف (٣) أن البسر المذنب يسمى بسرا ولهذا لو حلف لا يأكل بسرا
فأكل بسرا مذنبا حنث. وإذا كان بسرا لا يكون رطبا لأتهما شيئا مختلفان، ولهذا لو حلف
لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث.

ولأبي حنيفة ومحمد (٤) رحمهما الله أن البسر (٥) المذنب أحد طرفيه، رطب والأكل
يتناول كل طرف منه مقصودا فيحنث؛ ألا ترى أنه لو ميز أحد الطرفين من الآخر فأكل (٦)
حنث في يمينه فكذا إذا أكله مع غيره بخلاف فصل الشراء؛ لأن (٧) في الشراء يعتبر الغالب فإذا
لم يكن الغالب رطبا لا يحنث في يمينه هذا (٨) كمن حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها
حبات شعير لا يحنث.

ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير حبة حبة حنث في يمينه | ولو

(١) انظر: الفتاوى الهندية، ٨٢/٢؛

(٢) انظر: بدائع الصنائع، ٦٠/٣؛ الفتاوى الهندية، ٨٢/٢ — ٨٣؛ شرح فتح القدير، ١٢٠/٥ —

١٢١؛ العناية مع الفتح ١٢٠/٥؛ ولكن ذكر فيه قول أبي حنيفة وحده، وقول محمد مع قول أبي
يوسف وقال الباقين: «وذكر في الإيضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة في أنه
يحنث في هاتين الصورتين. وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته.» وهكذا ذكره السرخسي،

انظر: المبسوط، ١٨٤/٨؛ مجمع الأثر، ٥٥٨/١؛ حاشية ابن عابدين، ٧٧١/٣؛

(٣) في «ب» وجه قوله.

(٤) «محمد» ساقط من «ب».

(٥) «الفسر» ساقط من «هـ».

(٦) «فأكل» ساقط من «ب».

(٧) في «أ» إلا أن.

(٨) في «د» هكذا.

أكلها حفنة حفنة لا يحنث كما في الشراء [(١) وكذا لو حلف [١١٢/د أ] لا يشتري رطباً فاشترى كباسة (٢) بسر فيها رطب لا يحنث في يمينه (٣) وفي يمين الأكل يحنث. ولو حلف لا يأكل هذا الطلع فأكله بعد ما صار بسراً أو حلف (٤) لا يأكل هذا العنب فأكله بعد ما صار زيبياً لا يحنث.

والأصل في جنس هذه المسائل أنه إذا عقد اليمين على عين (٥) موصوف بصفة فإن (٦) كانت الصفة (٧) داعية إلى اليمين تتقيد اليمين ببقائها وإلا فلا (٨).

بيان هذا الأصل: إذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار ثمراً لا يحنث؛ لأن صفة الرطوبة (٩) داعية إلى اليمين فإن الإنسان قد يضره الرطب ولا يصير عنه (١٠) فيحتاج إلى اليمين لمنع نفسه (١١) فكانت الرطوبة (١٢) داعية (١٣) إلى اليمين فتتقيد اليمين (١٤) ببقائها، وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي فكلمه بعد ما شاخ (١٥) حنث في يمينه (١٦)؛

-
- (١) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، د، هـ » وانظر المسألة في: الفتاوى الهندية ٩١/٢ .
- (٢) عنقود النخل. انظر: المغرب ص ٣٩٩ .
- (٣) « في يمينه » ساقط من « أ، ب، ج، د » .
- (٤) « حلف » ساقط من « أ » .
- (٥) « عين » ساقط من « ب » .
- (٦) في « ب، هـ » فإذا .
- (٧) « الصفة » ساقطة من « هـ » .
- (٨) انظر: المبسوط، ١٨٢/٨ ؛ الفتاوى الهندية، ٨٢/٢ .
- (٩) في « ب، ج، د، هـ » الرطوبة .
- (١٠) في « أ » ولا يضره غيره .
- (١١) في « ب، ج، هـ » النفس .
- (١٢) في « أ » اليمين وفي « د » الصفة .
- (١٣) « داعية » ساقطة من « د » .
- (١٤) في « أ » النهي .
- (١٥) في « أ » صار شيخاً .
- (١٦) في « يمينه » ساقط من « هـ، د » .

لأن صفة الصبء صفة مرحة فلم تكن داعية إلى الهجران فلا تتعلق اليمين بما (١)
ولو حلف لا يأكل ثمراً خبيصاً (٢) فأكل حيساً حنث في يمينه ؛ لأن عين التمر قائم؛
لأن الحيس (٣) عصيدة (٤) تمر ينقع في اللبن حتى ينتفخ ، فيحنث في يمينه (٥) كما لو حلف لا
يأكل خبزاً فأكل ثريداً حنث في يمينه.

[١٦٣ / أ] رجل قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق
فأفراقه قبل مضي اليوم لا يحنث ، وهذه ثلاثة فصول:

الفصل الأول:

إذا قال: والله لأمسن (٦) السماء أو لأطيرن في الهواء (٧) أو لأحولن هذا الحجر ذهباً.
وهذا على وجهين:

أما أن كانت اليمين مطلقة أو موقته ، فإن كانت مطلقة يحنث ، كما فرغ من اليمين ؛
لأنه عقد اليمين على ما هو متصور بطريق الكرامة إلا أنه عاجز بحكم العادة فتعقد ويحنث
كما فرغ من اليمين (٨) وإن كانت موقته لا يحنث ما لم يمض الوقت.
وقال زفر: يحنث للحال ؛ لأن العجز عن البر ثابت بحكم العادة فيحنث (٩) للحال

(١) في « د » بقاتها .

(٢) « خبيصاً » ساقط من « أ ، ج ، د ، هـ » . وهو: الخلواء المخبوصة معروف ، وخبص الشيء
بالشيء ، خلطه . انظر: لسان العرب ، ٢٠ / ٧ — ٢١ .

(٣) في « ب » الحيس . والخلط ، وتمر يخلط بسمن وأقط ، فيعجن شديداً ثم يندر منه نواه . انظر:
القاموس المحيط ص ، ٦٩٦ ؛ أساس البلاغة ص ، ١٤٩ .

(٤) « عصيدة » ساقطة من « أ ، ج ، د » .

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ، ٨٦ / ٢ .

(٦) في « أ » لا أمس .

(٧) « الهواء » ساقط من « ب » وفي « هـ » السماء .

(٨) « من اليمين » ساقط من « أ ، ج » .

(٩) « فيحنث » ساقط من « ب » .

كما^(١) في الوجه الأول^(٢).

وإنا نقول: لما وقتها بوقت فقد اختار التوسعة حتى لا يلزمه البر في أول الوقت وإذا لم يجب^(٣) البر في أول الوقت لا يحنث بترك الفعل في أول الوقت بخلاف الوجه الأول.

والفصل الثاني:

فصل الكوز، وهو على وجهين:

إما أن كان في الكوز ماء أو لم يكن.

فإن لم يكن في الكوز ماء فقال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته^(٤) طالق، أو حلف على ذلك بالله تعالى، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تعتقد هذه اليمين وعند أبي يوسف تعتقد^(٥).

وجه قول أبي يوسف أنه أضاف اليمين إلى المستقبل فتعقد^(٦) في حق البر وفي حق وجوب^(٧) الكفارة كما في مسألة مس السماء ونحوها^(٨).

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العقد لا ينعقد إلا في محل يتصور فيه حكم العقد ولم يوجد؛ لأن حكم اليمين وجوب البر، وشرب الماء المعدوم لا يتصور أصلا فلا تعتقد بخلاف مسألة^(٩) مس السماء ونحوها؛ لأن ذلك يتصور^(١٠) بطريق الكرامة وإذا انعقدت اليمين عند أبي يوسف فإن كانت مطلقة حث للحال، وإن كانت موقته يحنث بعد مضي

(١) « كما » ساقط من « هـ ».

(٢) انظر: المبسوط، ٧/٩؛ بدائع الصنائع، ١١/٣؛ الهداية، مع الفتح، ١٤١/٥ — ١٤٢.

(٣) في « ب » لم يحنث.

(٤) في « ب » امرأتها.

(٥) انظر: المبسوط، ١٧٩/٨ — ١٨٠، ٧/٩؛ الهداية مع الفتح، ١٣٩/٥ — ١٤٠.

(٦) في « أ، ج » فتتعقد اليمين في حق البر في حق الكفارة، وفي « ب » فيتعقد البر في حق الكفارة.

(٧) « وجوب » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٨) في « هـ » وغيرها. وساقط من « ب ».

(٩) « مسألة » ساقطة من « ج، د، هـ ».

(١٠) في « أ، د » ذاك متصور.

الوقت (١) وهو والفصل الأول سواء (٢).

هذا إذا لم يكن في الكوز ماء فإن (٣) كان فيه ماء فأهراقه فإن كانت مطلقة حنث ؛ لأنه وقع اليأس عن البر الواجب، وإن كانت موقته بطلت اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن اليمين إذا كانت موقته كان وجوب البر في آخر الوقت فكان وقت انعقاد اليمين من حيث المعنى آخر الوقت وعندهما قيام المعقود عليه شرط لانعقاد اليمين فإذا لم يوجد ذلك في آخر الوقت لا تنعقد. وعند أبي يوسف وجود الماء ليس بشرط لانعقاد اليمين فلا يكون شرطاً للبقاء فيحنث إذا مضى الوقت (٤).

الفصل الثالث:

إذا حلف ليقتلن فلانا وفلان ميت فهذا (٥) على وجهين:

إما أن كان عالماً بموته أو لم يكن (٦) إن لم يكن عالماً بموته (٧) لا شيء عليه، وإن كان عالماً حنث، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يحنث في يمينه على كل حال (٨) فأبو يوسف رحمه الله مرّ على أصله ؛ لأن عنده تصور البر ليس بشرط لانعقاد اليمين فيحنث على كل حال، وعندهما شرط (٩). فإذا كان عالماً بموته كان مقصوده إزهاق روح يحدّثه (١٠) الله فيه وذلك مما يتصور فتنعقد اليمين ويحنث بحكم العجز من حيث العادة.

أما إذا لم يكن عالماً بموته كان [١٦٣/أ ب] مقصوده إزهاق روح قائم وقت اليمين

(١) في « د » اليوم.

(٢) انظر: المبسوط، ٨/٩.

(٣) في « هـ » فأما إن.

(٤) انظر: المبسوط، ١٨٠/٨ ، ٧/٩ ؛ تبين الحقائق، ١٣٥/٣ .

(٥) في « أ، ج، د » وهو.

(٦) في « هـ » لم يعلم.

(٧) « بموته » ساقط من « أ، ب، ج، هـ ».

(٨) انظر: شرح فتح القدير، ١٩٧/٥ .

(٩) انظر: تبين الحقائق، ١٣٥/٣ .

(١٠) في « أ » يحدّث وفي « ج » يحدّثها .

فإذا لم يكن لا تتعقد اليمين^(١).

فرق أبو حنيفة ومحمد بين هذا الفصل وفصل^(٢) الشرب فقالا في فصل الشرب: إذا لم يكن فيه ماء لا تتعقد اليمين، علم بذلك أو لم يعلم، وفي هذا الفصل فرقا بين العلم^(٣) والجهل.

والفرق أن في مسألة الكوز عقد اليمين على شرب ماء هو في الكوز فإن^(٤) أحدث الله فيه ماء لم يكن هذا الماء عين ذلك^(٥) الماء الذي أضيفت إليه^(٦) اليمين فلا تتعقد. أما في^(٧) مسألة القتل عقد [١١٢/د ب] اليمين على قتل فلان ولو أحدث الله تعالى فيه حياة فقتله كان قاتلا فلانا بعينه.

باب اليمين في الدخول والسكنى والركوب

رجل حلف لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء فدخلها^(٨) أو بنيت دار أخرى فدخلها، حنث في يمينه.

ولو حلف لا يدخل دارا فدخل صحراء كانت^(٩) دارا لم يحنث؛ لأن^(١٠) الدار اسم للعرضة والبناء من أوصاف الكمال؛ لأن الدار اسم لموضع أعد للسكنى وأصل السكنى يكون

(١) «اليمين» ساقط من «ب، ج، هـ».

(٢) في «ب، هـ» «و بين» بدل وفصل.

(٣) في «د» زاد، و بين.

(٤) في «أ، ج» وبأن.

(٥) «ذلك» ساقط من «أ، ج، د».

(٦) «إليه» ساقط من «ب».

(٧) «في» ساقط من «أ».

(٨) «فدخلها» ساقط من «ج».

(٩) في «د» كان.

(١٠) في «أ» إلا أن.

بالعرضة وكماله بالبناء ؛ إذ السكنى في بعض الأوقات لا يتحقق بدون البناء فكان البناء من أوصاف الكمال ، والدليل على ^(١) أن العرضة بعد زوال البناء تسمى داراً، دل عليه ^(٢) قول القائل: ^(٣)

يا دار ميه بالعلياء فالسند ^(٤) * أقوت وطال عليها سالف الأمد
وقفت فيها أصيلانا ^(٥) أسا ثلها ^(٦) * أعيت جوابا وما بالربع من أحد ^(٧).

ولهذا يقال دار مبنية ودار مهدومة ، فإذا عقد يمينه على دار معينة لا يعتبر فيها، ما كان من أوصاف الكمال وهو البناء ؛ لأن الوصف للتعريف والمعين لا يحتاج إلى التعريف [فإذا عقد يمينه على دار غير معينة يعتبر فيها البناء ؛ لأن غير المعين يحتاج إلى التعريف] ^(٨) فلا يحنث إلا بدخول دار مبنية ^(٩) ألا ترى أنه لو قال كل مملوك لي حر، لا يدخل فيه المكاتب ؛ لأنه حر من وجه، ولو أشار إلى المكاتب وقال مملوكي ^(١٠) هذا حر، يعتق. ولأن البناء لما كان من أوصاف الكمال فإذا زال البناء زال اسم الدار من وجه دون وجه. فإذا عقد يمينه على دار بعينها كان دخول هذه الدار شرطا للحنث، فلا يبطل ذلك بالشك والاحتمال. وإذا عقد يمينه

(١) في «أ، هـ» عليه.

(٢) «دل عليه» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٣) هو الشاعر (النابغة الذبياني) اسمه، زياد بن معاوية، ويكنى أبا أمامة، انظر: الشعر والشعراء، لابن قتيبة، الدينوري، ص/٨٣.

(٤) العلياء رأس الجبل والمكان العالي، والسند، ما قابلك من الجبل وعلا عن السفح. انظر: القاموس المحيط، ص ٣٧٠، ١٦٩٤.

(٥) في المخطوطة، طويلا. والمثبت من ديوانه. وأصيلان تصغير أصلان وأصلان جمع أصيل والأصيل: الوقت بعد العصر إلى المغرب. يقال لقيته أصلانا وأصيلانا، إذا لقيه بالعشي. انظر: لسان العرب

؛ ١٧/١١

(٦) في «أ، ج، هـ» كي أسائلها.

(٧) ديوان النابغة الذبياني، جمع وشرح الإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، قافية الدال. ص ٧٦.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من «ج».

(٩) في «هـ» بالدخول في دار مبنية.

(١٠) «مملوكي» ساقط من «هـ».

على دار بغير عينها شككنا في دخولها تحت اليمين فلا تدخل بالشك.

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فجعلها بستانا أو حماما فدخل، لم يحنث؛ لأن اسم الدار زال من كل وجه وزوال الاسم يدل على زوال المسمى، والمسجد بمنزلة الدار؛ لأن المسجد بعد زوال البناء يسمى مسجدا.

ولو حلف لا يدخل هذا البيت فصار صحراء فدخل، لم يحنث فإن بنى بيتا^(١) آخر بعد الانتهاء فدخل لم يحنث أيضا؛ لأن البيت اسم لما يبات فيه وبعد زوال البناء لا تتحقق فيه البيوتة، فكان البناء فيه أصلا، لاوصفا.

وإن أهدم سقفه وبقي حيطانه فدخله حنث؛ لأن بعد زوال السقف تتحقق البيوتة ولكن بصفة النقصان.

ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيتا [١٦٤/أ] أهدم سقفه وبقي حيطانه لا يحنث والفرق بين المعين وغير المعين ما قلنا في الدار.

([ولو حلف لا يدخل هذا البيت فهدمه وجعله بيتا آخر ودخله لا يحنث]^(٢)؛ لأن الأول خرج من أن يكون بيتا بعد الهدم، والثاني غيره)^(٣).

ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو مسجدا أو بيعة أو كنيسة أو ظلة باب الدار أو حماما، لم يحنث؛ لأن البيت ما أعد للبيوتة وهذه المواضع ما بنيت^(٤) للبيوتة، وكذا إذا دخل دهليزا، قالوا هذا إذا كان الدهليز على وجه لو^(٥) أغلق باب الدار يكون خارجا عن الدار، فأما إذا كان داخلا وهو مسقف حنث في يمينه. وإن دخل صُفَّة يحنث. قالوا هذا في عرفهم؛ لأن الصفة عندهم ذات^(٦) حيطان أربعة فيكون بيتا. أما في عرفنا الصفة ذات^(٧) حوائط ثلاثة، فلا يكون بيتا.

(١) في «أ» بناء، بدل بيتا.

(٢) ما بين المعوقين ساقط من «ب».

(٣) ما بين القوسين ساقط من «ج».

(٤) في «أ» ما عينت.

(٥) في «ب، هـ» إذا.

(٦) «ذات» ساقط من «أ، ج».

(٧) في «أ، د» للصفة. وذات ساقط منهما.

ولو حلف لا يدخل هذا ^(١) الفسطاط فرفع من ذلك المكان وضرب في موضع آخر فدخل ^(٢) حنث ؛ لأن الفسطاط لم يختلف وإنما اختلف مكانه.

وإذا قال لامرأته إن ^(٣) دخلت الدار فأنت طالق وهي داخلة فدامت على ذلك ^(٤) لا يحنث استحسانا حتى تخرج ثم تدخل. وفي القياس يحنث ؛ لأن للدوام حكم الابتداء فيحنث. كما لو قال لها ^(٥) إن ركبت فأنت طالق وهي راكبة فدامت على ذلك أو قال لها إن لبست فأنت طالق ^(٦) وهي لابسة فدامت على ذلك.

وجه الاستحسان أن الدخول انفصال من الخارج إلى الداخل والانفصال مما ^(٧) لا يدوم، وما يوجد بعده فهو مكث وقرار وليس بدخول ولهذا لا يصح فيه التوقيت. لا يقال دخلنا ^(٨) من أول النهار إلى آخره ، بخلاف الركوب واللبس ؛ لأنه مما يدوم ولهذا يصح فيه التوقيت، يقال ركبنا يوما ^(٩) من أول النهار إلى آخره ولبست هذا الثوب يوما كاملا ^(١٠) والدوام فيما يستدام بمترلة الإنشاء قال عليه السلام : ^(١١) « لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والأخرى عليك » ^(١٢) سمي [١١٣ / د أ] الدوام على النظرة نظرا.

(١) « هذا » ساقط من « د » .

(٢) « فدخل » ساقط من « ج » .

(٣) في « د » إذا .

(٤) في « هـ » دخولها .

(٥) « لها » ساقط من « أ ، د » .

(٦) « فأنت طالق » ساقط من « ب ، ج ، د ، هـ » .

(٧) « مما » ساقط من « أ ، ب ، ج ، هـ » .

(٨) في « ب ، ج » دخلت، وفي « هـ » دخل .

(٩) في « ج » ركبت و « يوما » ساقط عنه .

(١٠) « كاملا » ساقط من « أ » وفيه من أوله إلى آخره .

(١١) « عليه السلام » ساقط من « د » .

(١٢) أخرجه الترمذي، في كتاب الأدب، ٩٤/٥ . وقال حديث حسن غريب . والحاكم في المستدرک،

١٩٤/٢ وصححه ووافقه الذهبي ؛ أبو داود، كتاب النكاح باب ما يؤمر به من غض البصر

٢٤٦/٢ وابن حبان، (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ٣٨٢/١٢) .

فإن عني^(١) ابتداء الركوب واللبس صدق ؛ لأنه نوى الحقيقة. وإن قال لها^(٢): كلما ركبت فأنت طالق ، فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها^(٣) طلقت فإن مكثت ساعة أخرى طلقت أيضا ؛ لما ذكرنا، أن للدوام حكم الابتداء ، وكلمة كلما تعم الأفعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط^(٤).

ولو أخذت في النزول حين حلف لم يحنث وقال زفر رحمه الله يحنث^(٥) وكذا إذا^(٦) قال لها: إن لبست^(٧) وهي لابسة فأخذت في الترع كما حلف.

وجه قوله: إن الجزء الذي وجد قبل النزاع والنزول^(٨) ركوب ولبس^(٩) وإن قل، فيحنث، وإنما نقول إن هذا القدر لا يمكن الامتناع عنه فكان مستثنى عن اليمين عادة ؛ لأن مقصود الخالف البر والبر لا يحصل إلا به.

ولو حلف لا يخرج من المسجد فأمر غيره فأخرجه حنث في يمينه؛ لأن فعل المأمور انتقل إليه فصار المأمور كدابة^(١٠) له.

ولو^(١١) أخرجه مكرهاً لا يحنث ؛ لأن فعل غيره لم ينتقل إليه إلا بأمره^(١٢) فلم يوجد منه الفعل لاحقيقة ولا حكماً.

وإن هدده^(١٣) فخرج بنفسه حنث ؛ لوجود الفعل كما لو حلف لا يأكل هذا الطعام

(١) في « د » نوى.

(٢) في « ج » ولو قال. و « لها » ساقط من « أ، د ».

(٣) في « ب » عنها وفي « د » منها.

(٤) انظر: العناية، ١٠٤/٥ .

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧١/٣.

(٦) في « هـ » لو.

(٧) « لبست » ساقط من « هـ ».

(٨) في « د » والركوب والنزول واللبس.

(٩) « ركوب ولبس » ساقط من « أ، د ».

(١٠) في « ب، د » كآلة. وانظر المسألة في: شرح فتح القدير، ١٠٨/٥ ؛ البحر الرائق، ٣٣٥/٤ .

(١١) في « هـ » زاد، كان.

(١٢) « إلا بأمره » ساقط من « أ، ب، ج، هـ » .

(١٣) في « ج » هدده غيره وفي « د » أكرهه.

فأكله مكرها حنث. وإن أوجر^(١) في حلقه لم يحنث كذا ههنا^(٢) وإذا أخرج مكرها هل^(٣) تنحل اليمين حتى لو خرج [١٦٤/أ ب] بعد ذلك بنفسه لا يحنث ؟
 اختلف المشايخ رحمهم الله^(٤) فيه والصحيح أنها لا تنحل فيحنث بالخروج بعد ذلك^(٥).
 وإن حملة غيره بغير أمره فأخرجه وهو قادر على الامتناع فلم يمتنع ورضي بقلبه^(٦).
 اختلفوا فيه: والصحيح أنه لا يحنث وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله نصا^(٧)؛
 لأن^(٨) فعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بالأمر لا بالرضى ولم يوجد الأمر^(٩).
 ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فأخرج إحدى رجله لا يحنث؛ لأنه لو اعتبر
 خارجا باعتبار الرجل الخارجة، لا يعتبر خارجا^(١٠) باعتبار الرجل الأخرى^(١١) الداخلة.
 وكذا لو حلف لا يدخل فأدخل إحدى رجله لا يحنث^(١٢) لما قلنا^(١٣).
 وقيل إذا كانت الدار منهبطة فأدخل إحدى رجله حنث، وإن أدخل رأسه دون
 الرجل لم يحنث وكذا إذا تناول بيده شيئا من الدار لا يحنث.

(١) الوجر، أن توجر ماء أو دواء في وسط حلق صبي. انظر: لسان العرب، ٢٧٩/٥.

(٢) في « ج » كذلك.

(٣) « هل » ساقط من « أ ».

(٤) منهم السيد أبو شجاع، حيث قال: تنحل وهو أرفق بالناس. وقال غيره: لا تنحل وهو الصحيح.
 انظر: شرح فتح القدير، ١٠٩/٥.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، ٣٦/٣؛ حاشية ابن عابدين، ٧٥٤/٣؛ الفتاوى الهندية، ٧٨/٢.

(٦) في « هـ » بفعله.

(٧) « نصا » ساقط من « ج ».

(٨) « لأن » ساقط من « ب ».

(٩) « الأمر » ساقط من « ج ». وانظر: المبسوط، ١٧١/٨؛ الفتاوى الخانية مع الفتاوى الهندية

٧٧/٢؛ شرح فتح القدير، ١٠٨/٥؛ حاشية رد المحتار، ٧٥٤/٣.

(١٠) في « أ » داخلا.

(١١) « الأخرى » ساقط من « ج ».

(١٢) « لا يحنث » ساقط من « ب ».

(١٣) انظر: المبسوط، ١٧٢/٨.

وحكي^(١) عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل^(٢) رحمه الله أنه قال^(٣) إذا أدخل رأسه وإحدى رجليه حنث في يمينه^(٤) وكذا لو عقد يمينه على الخروج فأخرج رأسه وإحدى رجليه حنث في يمينه^(٥). ولو حلف لا يدخل^(٦) هذه الدار فمر على الباب وزلق رجليه ووقع في الدار، اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث^(٧)؛ لأنه لم يقع في الدار باختياره فصار كما لو أدخل مكرها أو هبت به الريح وألقته في الدار، وكذا إذا كان على دابة فانفلتت ولم يستطع إمساكها فأدخلته^(٨) في الدار لا يحنث.

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فوقف^(٩) على حائط من حيطانها حنث في يمينه؛ لأن الحائط من جملة الدار ولهذا يدخل^(١٠) في بيع الدار من غير ذكر.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل^(١١): هذا إذا كان كله لصاحب الدار، فأما إذا كان الحائط^(١٢) مشتركا لا يحنث، كما لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث^(١٣) وكذا لو قام على سطح الدار حنث^(١٤) قيل هذا في عرفهم أما في

(١) في «أ» يحكى.

(٢) هو محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكماري البخاري كان إماما كبيرا وشيخا جليلا ومشهور كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه ورواياته، أخذ الفقه عن الأستاذ عبدالله السبزموني عن أبي حفص الصغير عن أبيه عن محمد. مات ٣٨١ هـ انظر: الفوائد البهية ص ١٨٤؛

(٣) «قال» ساقط من «أ، هـ» ولم أعثر على قوله.

(٤) «يمينه» ساقط من «أ، ب، د».

(٥) «يمينه» ساقط من «أ، د».

(٦) في «ب، ج» زاد، في.

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين ٧٥٤/٣.

(٨) في «أ» فأدخل رجليه.

(٩) «هذه» ساقط من «ب» وفي «أ، ج، د» فقام.

(١٠) «ولهذا» ساقط من «أ، ب، ج» وفي «أ» فدخل.

(١١) انظر: مجمع الأثر ٥٥٠/١؛ حاشية احمد شلي على تبين الحقائق، ١١٨/٣؛

(١٢) «الحائط» ساقط من «هـ».

(١٣) «لا يحنث» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

(١٤) «حنث» ساقط من «ب، هـ» وفي «أ، د» بسطح الدار.

عرفنا الصعود على السطح والحائط^(١) لا يسمى دخولا فلا يحنت^(٢) والصحيح جواب الكتاب^(٣).

ولو حلف لا يخرج من الدار إلا إلى جنازة فخرج يريد الجنازة ثم بدا له^(٤) فأتى حاجة أخرى لا يحنت ؛ لأن شرط الحنت الخروج لا^(٥) إلى الجنازة والخروج هو الانفصال من الدار^(٦) وانفصاله من الدار كان^(٧) للجنازة وذهابه إلى حاجة أخرى كان^(٨) بعد الانفصال من الدار فذاك^(٩) أمر^(١٠) وراء الخروج.

وإن حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد مكة ثم رجع عن الطريق حنت ؛ لأن الخروج إلى مكة هو الانفصال على قصد مكة وقد وجد قال الله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾^(١١) وأراد به^(١٢) الانفصال دون الوصول.

ولو حلف لا يأتي مكة لم يحنت إلا بالوصول إليها ؛ لأن إتيانها لا يكون إلا بالوصول إليها^(١٣) قال الله تعالى: ﴿ فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ ﴾^(١٤) وأراد به الوصول. ولو حلف لا يذهب إلى مكة، اختلف المشايخ فيه:

(١) « السطح » ساقط من « د، وفيه » الصعود على الحيط.

(٢) في « هـ » زاد، فيه.

(٣) انظر: المبسوط، ١٧٢/٨ ؛ حاشية ابن عابدين، ٧٤٨/٣ ؛ الفتاوى الهندية، ٦٨/٢ .

(٤) في « د » الذهاب في حاجة أخرى.

(٥) « لا » ساقط من « ب ».

(٦) « من الدار » ساقط من « ب ».

(٧) « وانفصاله من الدار كان » ساقط من « هـ، د ».

(٨) في « أ، ج، د، هـ » والذهاب إلى حاجة أخرى. و« كان » ساقط عنها.

(٩) « فذاك » ساقط من « أ، ج، د ».

(١٠) في « د » زاد، آخر. وفي « هـ » من وراء.

(١١) سورة النساء. آية: ١٠٠ ، وتام الآية: ﴿ ثُمَّ يَدْرِكُهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ۝٤٠٠ ﴾

(١٢) « به » ساقط من « أ ».

(١٣) « إليها » ساقط من « ج ».

(١٤) سورة الشعراء آية: ١٦ . وتام الآية: فقولا إنا رسول رب العالمين.

قال نصير بن يحيى: ^(١) وهو بمنزلة الإتيان ^(٢) لقوله تعالى: ﴿ اذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ ﴾ ^(٣) وأراد به الإتيان.

وقال محمد بن سلمة: ^(٤) الذهاب بمنزلة الخروج، [أ/١٦٥] وهو الصحيح ^(٥)؛ فإن الرجل إذا قصد سمرقند وخرج من بخارى صح أن يقال ذهب إلى سمرقند. وهذا إذا لم ينو شيئاً. وإن نوى به الإتيان أو الخروج صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه. وإذا ^(٦) أرادت المرأة أن تخرج فقال لها الزوج: إن خرجت فأنت طالق، فجلست ثم خرجت لم يحنث. وهذه ثلاث ^(٧) مسائل: إحداهما: هذه.

والثانية: إذا أراد أن يضرب عبده فقال له رجل [د/١١٣] إن ضربته فعبدي حر، فكف عن ضربه ثم ضربه لم يحنث ^(٨).

ومنها: إذا قال له رجل اجلس فتغد معي ^(٩) فقال: إن تغديت معك ^(١٠) فعبدي حر، فرجع إلى منزله ثم عاد وتغدى عنده لم يحنث والقياس أن يحنث وهذه اليمين تسمى ^(١١)

(١) هو البلخي أخذ الفقه عن أبي سليمان الجوزجاني وغيره مات ٢٦٨ هـ انظر: الفوائد البهية،

٢٢١؛ تاج التراجم ص ٣٢٣؛ الجواهر المضية ٥٤٦/٣؛

(٢) انظر: شرح فتح القدير، والعناية معه، ١٠٩/٥.

(٣) سورة طه، آية: ٤٣. وتام الآية: إنه طغى.

(٤) هو أبو عبدالله محمد بن سلمة الفقيه البلخي، ولد ١٩٢ هـ وتفقه على شداد بن حكيم ثم على

أبي سليمان الجوزجاني ومات سنة ٢٧٨ هـ انظر: الفوائد البهية ص ١٦٨؛ تاج التراجم ص

٣٢٣؛ سير أعلام النبلاء ٤٩/٩؛

(٥) انظر: شرح فتح القدير والعناية معه، ١٠٩/٥.

(٦) في «ج» وإن.

(٧) في «ب، د» خمس وفي «أ» جنس. والصحيح ما أثبتته.

(٨) في «د» زاد، بضربه.

(٩) في «ج» عندي.

(١٠) «معك». ساقط من «أ، ج، د، هـ».

(١١) «تسمى» ساقط من «هـ».

وجه القياس إطلاق الكلام. وجه الاستحسان [أنه إنما لا يحنث في مسألة التغدي ؛ لأنه] (٢) أخرج الكلام مخرج الجواب والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فيتقيد بالغداء المدعو إليه. وفي الفصلين الآخرين مقصود الخالف منعه عما قصد من الخروج والضرب فيتقيد به دلالة.

رجل حلف لا يسكن هذه الدار فخرج وهو لا يريد العود إليها وأهله ومتاعه فيها يحنث (٣) في يمينه ؛ لأن الإنسان يعد ساكناً في الدار عرفاً بسكنى الأهل ، يقال للسوقي (٤) فلان ساكن في محلة كذا ، وإن كان عامة نهاره في السوق. قيل هذا إذا كانت اليمين بالعريضة وإن كانت بالفارسية فخرج عنها وترك أهله ومتاعه فيها لا يحنث (٥).

ولو حلف لا يسكن هذه البلدة فخرج وترك أهله ومتاعه فيها لا يحنث (٦) و برّ في يمينه هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (٧) ؛ لأنه لما خرج بنفسه انتقض سكناه، ولا يقال لمن هو (٨) بالكوفة وأهله ومتاعه بالبصرة هو من ساكني البصرة.

ولو حلف لا يسكن هذه القرية، اختلف المشايخ فيه: والصحيح أن القرية بمنزلة المصر والمحلة بمنزلة الدار (٩). ثم (١٠) في مسألة الدار إذا شرط للبر نقل الأهل والمتاع ، اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة رحمه الله يشترط نقل الكل حتى لو ترك وتداً مثلاً حنث في يمينه

(١) من « فارت القدر إذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث » انظر: العناية ١١٣/٥.

(٢) ما بين المعقوفين في « أ، ب، ج » أن في مسألة الغداء. وفي « د » إنما لا يحنث في مسألة الغداء لأنه.

(٣) في « د » زاد، أيضاً.

(٤) في « د » لأهل السوق.

(٥) انظر: البحر الرائق، ٣٣٢/٤ ؛

(٦) « لا يحنث » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٧) انظر: الهداية مع شرح فتح القدير، ١٠٦/٥.

(٨) في « أ، ج، د » كان. بدل، هو.

(٩) انظر: الهداية ١٠٦/٥ ؛ البحر الرائق، ٣٣٢/٤.

(١٠) « ثم » ساقط من « أ، د »

سكناه كان ثابتاً فيبقى ببقاء جزء منه. وهذا كما قال في العصير إنه ^(١) لا يصير حراماً ما بقي جزء من العصير ولم يقذف بالزبد.

وهكذا قال في دار الإسلام ^(٢) إنها ^(٣) لا تصير دار حرب ^(٤) ما بقي فيها مسلم واحد ^(٥) آمن بإيمانه ^(٦) الأول ^(٧).

وقال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الباقي مما يقصد به السكنى ^(٨) أما إذا لم يكن كذلك كالوتد والمكنسة ونحوهما ^(٩) لا يشترط نقله ^(١٠).

وعن أبي يوسف أنه ^(١١) إذا نقل الأكثر برّ في يمينه ؛ لأن للأكثر حكم الكل.

وقال محمد: إن نقل ما يقوم به الكدخدائية ^(١٢) برّ في يمينه ؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى فلا يشترط نقله وهو حسن ^(١٣).

وإذا أراد البرّ ينبغي أن يأخذ في النقلة من غير تأخير فما دام مشغولاً بالنقلة ^(١٤)

(١) « أنه » ساقط من « ب، هـ ».

(٢) هي كل بقعة تكون فيها أحكام الإسلام ظاهرة. أو دار، ظهرت فيها دعوة الإسلام من أهله بلا خفير ولا مجير ولا بذل جزية وقد نفذ فيها حكم المسلمين. انظر: الموسوعة الفقهية ٢٠١/٢٠ ، ٣٧/٢١

(٣) « إنها » ساقط من « ب ».

(٤) هي كل بقعة تكون فيها أحكام الكفر ظاهرة. انظر: الموسوعة الفقهية، ٢٠١/٢٠ ؛

(٥) في هـ زاد، « من أهلها أصلي ».

(٦) في « د، هـ » بأمانه.

(٧) انظر: المبسوط، ١٦٣/٨؛ الهداية مع الفتح ١٠٦/٥.

(٨) في « أ، د » بالسكنى في « ب » له السكنى.

(٩) في « أ، ب، د، هـ » ونحوها.

(١٠) قال ابن عابدين: وعليه الفتوى، انظر: حاشية ابن عابدين، ٧٥٠/٣ — ٧٥١، ٧٩٦.

(١١) « أنه » ساقط من « هـ »

(١٢) منسوبة إلى كَدَّ خُدًا، وهي كلمة فارسية بمعنى صاحب بيت ، عمدة ، وغيره من المعاني. انظر:

المعجم الذهبي ، ص ٤٦٠ ؛ قاموس الفارسية ص، ٥٣٣ .

(١٣) انظر: المبسوط، ١٦٣/٨.

(١٤) « مشغولاً بالنقلة » ساقط من « أ، ب، ج ».

لايبحث وإن طال الزمان أو كان في طلب مسكن آخر ولم يترك الطلب حتى وجد لا يبحث؛ لأنه عذر.

وكذا لو حلف في الليل أن لا يسكن وخاف من ^(١) اللصوص فمكث حتى أصبح ثم أخذ في النقلة بعد طلوع الفجر من غير تأخير لا يبحث. [١٦٥/أ ب].

وكذا إذا سُدَّ عليه باب السكة قهرا ^(٢) فبقي فيه يوما وليلة لا يبحث.

وكذا لو كان الرجل شريفا أو ضعيفا ^(٣) لا يمكنه نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لا يبحث؛ لأن ما ليس في وسعه يكون مستثنى عن اليمين.

وإن نقل متاعه إلى المسجد أو إلى السكة ولم يشتغل بطلب مسكن آخر اختلفوا فيه:

✕ قال بعضهم: لا يبحث؛ لأنه لم يبق ساكنا. وقال بعضهم يبحث؛ لأن سكناه لا ينتقض إلا بسكنى آخر ^(٤) واستدل بمسألة، ذكرها محمد ^(٥) في الزيادات: كوفي باع داره بالكوفة ^(٦) ونقل عياله إلى مكة ليتوطن ^(٧) بها فلما دخلها وتوطن بها بدا، له أن يرجع إلى خراسان ^(٨) فمر بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وإن بدا، له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن ^(٩) مكة ويرجع إلى خراسان فمر بالكوفة فإنه يصلي بالكوفة أربعاً؛ لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر، كذلك ههنا ^(١٠).

(١) « من » ساقط من « ج ».

(٢) « قهرا » ساقط من « ج، هـ ».

(٣) في « ب » وضعيا. وساقط من « هـ » انظر: العناية، ١٠٧/٥.

(٤) انظر: الهداية، ١٠٧/٥؛ حاشية ابن عابدين، ٧٥١/٣.

(٥) « محمد » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٦) « باع داره بالكوفة » ساقط من « أ ».

(٧) في « د » ليستوطن.

(٨) قال الياقوت الحموي: « خراسان بلاد واسعة أول حدودها مما يلي العراق... وآخر حدودها مما

يلي الهند، طخارستان وغزنة وسجستان وكرمان وليس ذلك منها إنما هو أطراف حدودها ».

معجم البلدان، ٣٥٠/٢

(٩) في « ج، د » لا يتوطن. وفي « أ » لا يدخل.

(١٠) انظر: شرح الزيادات لقاضي خان لوحة رقم: ١٤، مخطوط. بجامعة أم القرى.

رجل حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده المأذون له ^(١) لم يحنث، مديونا كان العبد أو لم يكن.

أما إذا كان عليه دين مستغرق فلأن عند أبي حنيفة دين العبد يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه فلا يحنث وإن نواه، وإن لم يكن عليه دين مستغرق ولم ينو الخالف ذلك لا يحنث أيضا، وإن نوى ذلك لا يحنث في قوله الأول ^(٢) ويحنث في قوله الآخر ؛ لأن كسب العبد وإن كان ملكا للمولى إلا أنه يضاف إلى العبد أيضا ^(٣) قال عليه السلام « من باع عبدا وله مال فهو للبائع إلا أن يشترط ذلك للمبتاع » ^(٤). فكان في الإضافة إلى المولى نوع قصور فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية ؛ لأن المطلق يتناول الكامل ^(٥)، وإن نوى صحت نيته ؛ لأنه نوى الناقص.

وقال أبو يوسف لا يحنث في الوجهين [ما لم ينو وإن نوى يحنث في الوجهين] ^(٦)؛ لأن عنده دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى إلا أنه يضاف إلى العبد [١١٤/د أ] أيضا فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلى المولى إلا بالنية.

وعند محمد يحنث في الوجهين نوى أو لم ينو ؛ لأن شرط الحنث ركوب دابة مملوكة ^(٧) للمولى [وقد وجد ؛ لأن دين العبد لا يمنع الملك ^(٨) للمولى] ^(٩) فيحنث على كل

(١) في « ب، هـ » عبد له مأذون.

(٢) في « أ، هـ » في الأول.

(٣) انظر: المبسوط، ٣٨/٣، ٨٢/٧، ١٣/٩-١٤؛ بدائع الصنائع، ٧١/٣؛ العناية مع الهداية، ١١٥/٥.

(٤) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل، ٣/١١٢؛ مسلم، في صحيحه، بشرح النووي، كتاب البيوع باب من باع نخلا عليها تمر، ١٠/١٩١؛ أبو داود، كتاب البيوع باب في العبد يباع، ٣/٢٦٨.

(٥) انظر: كشف الأسرار، ١/٢٦٠.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٧) في « هـ » مطلقة.

(٨) في « أ، د » ثلث المولى.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

رجل قال لغيره (٢): إن لم آتتك غدا إن استطعتُ فامرأته طالق فلم يمرض ولم يمنعه السلطان ولا غيره ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأت حنث في يمينه ؛ لأن الاستطاعة عند الناس هي الاستطاعة من حيث الأسباب وانعدام الموانع (٣) قال الله تعالى: ﴿ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (٤) وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بملك الزاد والراحلة (٥) ويقال فلان يستطيع كذا وفلان لا يستطيع. وهذا إذا لم تكن له نية أو نوى الاستطاعة من حيث الأسباب. وإن نوى الاستطاعة الحقيقية التي يحدثها (٦) الله تعالى مع الفعل وهي الاستطاعة من حيث القضاء والقدر يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الاستطاعة تذكر ويراد بها ذلك قال الله تعالى: ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا [١٦٦/أ] بَيْنَ النِّسَاءِ ﴾ (٧) ولا يصدق قضاء ؛ لأنه نوى (٨) خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه. وفي رواية أخرى يصدق قضاء أيضا ؛ لأنه نوى حقيقة مستعملة (٩) والله أعلم.

(١) انظر: الميسوط، ١٣/٩—١٤؛ شرح فتح القدير، ١١٥/٥ .

(٢) في « ب » لآخر.

(٣) « وانعدام الموانع » ساقط من « ب » .

(٤) سورة آل عمران، آية: ٩٧ . وتمام الآية: ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ﴾ .

(٥) أخرجه الترمذي، برقم (٢٩٩٨) ٢١٠/٥، وقال قد تكلم بعض أهل الحديث في إبراهيم بن يزيد من قبل حفظه ؛ وصححه الحاكم في المستدرک، ٤٤٢/١ . وسكت عليه الذهبي.

(٦) في « أ، ب، د، هـ » يحدث.

(٧) سورة النساء، آية: ١٢٩ . وتمام الآية: ﴿ ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان عفورا رحيفا ﴾ .

(٨) « نوى » ساقط من « هـ » .

(٩) انظر: حاشية ابن عابدين، ٧٥٨/٣ .

باب اليمين في الكلام

رجل حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو على شهر، من حين حلف ؛ لأنه لو اقتصر على قوله لا أكلم فلانا، ينصرف إلى الأبد، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الشهر داخلا تحت اليمين ^(١) كما في قوله: أجزت ^(٢) منك هذه الدار شهرا فإنه ^(٣) ينصرف إلى الشهر الذي يلي [العقد، بخلاف ما لو قال: لله علي أن أصوم شهرا فإنه لا يتعين الشهر الذي يلي] ^(٤) النذر ؛ لأن ثمة لو اقتصر على قوله: لله علي أن أصوم لا يتناول العمر؛ لأن ذلك ليس في وسعه فكان الشهر لتقدير ما التزم ^(٥) وقد التزم شهرا منكرا فلا يتعين الشهر الذي يلي النذر.

ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلاة، أو هلل أو سبح أو كبر، لا يحنث، وإن قرأ خارج الصلاة، أو هلل أو سبح أو كبر حنث. والقياس أن يحنث في الوجهين لوجود حد الكلام وهو الصوت المسموع والحروف المنظومة، ولهذا كان كلاما خارج الصلاة. وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أنه لا يعد كلاما عرفا، قال عليه السلام: « إن الله يحدث من أمره ما يشاء وإن مما أحدث أن لا يتكلم أحد في الصلاة » ^(٦) ولم يفهم منه ترك القراءة والتسبيح. والثاني: أنه وإن

(١) « تحت اليمين » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) في « ب » أخرجت منك هذه الدراهم.

(٣) في « ب » فإنما وفي « أ » فإنها.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٥) في « ب » ما وراء الشهر. بدل، التزم.

(٦) أخرجه أبو داود، باب رد السلام في الصلاة، ٢٤٣/١ ؛ والنسائي، في سننه، باب الكلام في الصلاة ؛ وابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان) ١٥/٦ ؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ٤٥٢/١ ؛ عبدالرزاق ٣٣٥/٢ ؛ البيهقي، السنن الكبرى ٢٦٠/٢ ؛ وإسناده حسن، لأجل عاصم بن أبي النجود، صدوق له أوهام. انظر: تقريب التهذيب، ص ٢٨٥ ؛ وانظر: نصب الراية، ٦٩/٢.

كان كلاماً حقيقة وعرفاً لكنه مستثنى عن اليمين ؛ لأن اليمين تعقد للبرِّ ولو لم يكن مستثنى لتعذر (١) عليه البر.

قال مشايخنا رحمهم الله : هذا في عرفهم، أما في عرفنا إذا قرأ أو كبر أو هلل خارج الصلاة لا يحنث ؛ لأنه لا يعد تكلماً (٢).

ولو أنشد شعر العرب أو تكلم بأي لسان كان حنث (٣)؛ لوجود شرط الحنث. ولو حلف لا يكلم فلانا فناده الخالف من بعيد ، فإن كان بحيث لا يسمع صوته لا يحنث ؛ لأنه لم يسمعه. وإن كان البعد بحيث يسمع صوته يحنث.

وكذا لو كان المحلوف عليه نائماً فناده الخالف، فإن أيقظه حنث ؛ لأنه أسمعته وإن لم يوقظه ، لم يحنث في رواية ؛ لأنه إذا لم يفهمه كان بمنزلة الميت أو بمنزلة ما لو كان بعيداً عنه بحيث لا يسمع.

وفي رواية يحنث ؛ لأنه حي من أهل الكلام وإنما لم يسمع لعارض النوم فيحنث كما لو كلمه وهو أصم (٤).

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: الصحيح، أنه لا يحنث ؛ لأنه إذا لم ينتبه كان بمنزلة الغائب البعيد (٥).

وإن سلم الخالف على جماعة فيهم المحلوف عليه حنث ؛ لأنه كلم الكل، والزيادة على الشرط لا تمنع الحنث (٦). وإن (٧) قال قصدت من دونه دين فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُدين في القضاء ؛ لأنه نوى التخصيص.

وإن كان الخالف إمام المحلوف عليه فسلم الخالف لا يحنث. أما في التسليمة الأولى ؛ فلأنها حصلت في الصلاة، وفي التسليمة الثانية روايتان. والأصح أنه لا يحنث ؛ لأنه في الصلاة

(١) في « أ، د، هـ » يتعذر. في « ج » تعذر.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، ٤٨/٣ ؛ شرح فتح القدير، ١٤٦/٥ — ١٤٧.

(٣) « حنث » ساقط من « د » وفيه: كان كلاماً وحنثاً.

(٤) « أصم » ساقط من « ب ».

(٥) انظر: المبسوط، ٢٢/٩ ؛ الفتاوى الهندية، ٩٧/٢.

(٦) انظر: البحر الرائق، ٣٢٣/٤ ؛ شرح فتح القدير، ١٨٧/٥ ؛ حاشية ابن عابدين، ٧٤٤/٣.

(٧) في « ج » ولو.

من وجه ولهذا يسجد للسهو بعد التسليمين.

وإن كان الخالف مقتدياً بالخلوف عليه فسلم [١٦٦/أ ب] بعد سلام الإمام قالوا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحنث ؛ لأن عندهما سلام الإمام لا يخرج المؤتم، وعلى قول محمد يخرج فيحنث ^(١).

وإن كان الخالف مقتدياً بالخلوف عليه ففتح على إمامه ^(٢) أو سها إمامه ^(٣) فسبح الخالف ^(٤) لا يحنث ؛ لأن ذلك ليس بكلام عرفاً، ولهذا لا يفسد الصلاة ^(٥).

وإن كتب إليه أو أرسل رسولا لم يحنث ؛ لأن الكلام ما يكون من الحاضر [١١٤/د ب] من غير واسطة ولهذا لا يقال كلمنا الله تعالى وإن كان ^(٦) أتانا كتابه ^(٧) ورسوله.

ولو قال يوم أكلم ^(٨) فلانا فامرأته طالق، فهو على الليل والنهار؛ لأن الكلام مما ^(٩) لا يمتد، واليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت، فإن قال عنيت النهار خاصة ديين في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو قال ليلة أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على سواد الليل؛ لأنه لا يستعمل إلا له ^(١٠) والنهار لا يستعمل إلا للبياض.

ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم فلان أو إلا ^(١١) أن يأذن

(١) انظر: بدائع الصنائع، ٤٨/٣.

(٢) في « د » الإمام. وفي « أ » عليه الإمام.

(٣) « إمامه » ساقط من « هـ ».

(٤) « الخالف » ساقط من « ج ».

(٥) انظر: فتاوى الخانية ١٠٢/٢.

(٦) كان ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٧) في « ج » بكتابه. والمثبت من المبسوط، ٢٣/٩.

(٨) في « ب » يكلم.

(٩) في « هـ » ما.

(١٠) في « أ، ج » لغيره. وفي « د » لغيره إلا له.

(١١) في « أ، ب » إلى.

فلان، أو حتى^(١) يأذن فلان^(٢) فامرأته طالق، فكلمه قبل القدوم وقبل^(٣) الإذن حنث.
وإن كلمه بعد القدوم وبعد الإذن لا يحنث ؛ لأن كلمة « حتى » للغاية فكان القدوم
غاية فتنتهي اليمين بوجودها، فإذا كلمه قبل القدوم وقبل الإذن فقد كلمه حال بقاء اليمين
فيحنث.

وإن كلمه بعد الإذن فقد^(٤) كلمه بعد انتهاء اليمين فلا يحنث.

وإن مات فلان قبل الإذن وقبل القدوم بطلت اليمين ؛ لأنها انعقدت موقته^(٥) إلى غاية
الإذن وبعد الموت لا يتصور الإذن والقدوم فلو بقيت اليمين بقيت مطلقاً وبين المطلق
والمقيّد^(٦) تضاد وتناف فإذا تعذر الإبقاء تعين البطلان^(٧). وهذا على^(٨) قول أبي حنيفة
ومحمد. وعلى قول أبي يوسف تبقى اليمين ؛ لأن عنده تصور المحلوف عليه ليس بشرط
لانعقاد اليمين فلا يكون شرطاً للبقاء^(٩).

وكذلك قوله إلا أن يأذن لي^(١٠) فلان، أو إلا أن يقدم فلان ؛ لأن كلمة
إلا أن^(١١) إذا دخلت على ما يتوقت يراد بها الغاية، قال الله تعالى: ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا
أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ ﴾^(١٢) وأراد به الغاية، فإذا دخلت على اليمين واليمين مما يتوقت كان غاية
وهذا بخلاف قوله أنت طالق إلا أن يقدم فلان، فإن هناك إن قدم فلان لا تطلق.

(١) في « ب » حتى أن.

(٢) « أو حتى يأذن فلان » ساقط من « أ ».

(٣) « قبل » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٤) « فقد » ساقط من « ج ».

(٥) « موقته » ساقطة من « ب ».

(٦) في « أ، ب، د، هـ » الموقت.

(٧) في « ب » تعذر الطلاق.

(٨) « على » ساقط من « أ، ج، د ».

(٩) انظر: المبسوط، ١٨٠/٨ ؛ بدائع الصنائع، ١١/٣، ١٢.

(١٠) « لي » ساقط من « ج ».

(١١) « أن » ساقط من « ب، هـ ».

(١٢) سورة الأحزاب، آية: ٥٣.

وإن مات قبل القدوم طلقت ؛ لأن ثمة كلمة إلا أن، في معنى الشرط ؛ لأن كلمة إلا للاستثناء حقيقة فإن تعذر حملها على الاستثناء لِقِرآن كلمة أن ودخل على (١) ما يتوقت يحمل على الغاية ؛ لأن بين الاستثناء والغاية مناسبة من حيث إن حكم ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعد الغاية، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعد الاستثناء.

وإذا دخل على ما لا يتوقت وتعذر حملها على الغاية يجعل مجازا عن الشرط ؛ لأن بين الاستثناء والشرط مناسبة أيضا، إلا أن مناسبة الغاية أكثر ؛ لأن في الاستثناء حكم الكلام ثابت [١٦٧/أ أ] في المستثنى منه للحال، وكذلك في الغاية حكم الكلام ثابت قبل وجود الغاية وينتهي عند وجود الغاية.

أما في الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط إلا أن بين الاستثناء وبين (٢) الشرط مناسبة من جهة (٣) إن حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعد الشرط، وفي الغاية هذا ثابت وزيادة فلا يجعل مجازا (٤) للشرط ما لم يتعذر حملها على الغاية وهنا تعذر حملها على الغاية؛ لأن الطلاق مما لا يتوقت (٥) فجعل مجازا عن الشرط وإذا صار مجازا عن الشرط صار كأنه قال أنت طالق (٦) إن لم يقدم فلان. ولو صرح بذلك كان (٧) حكمه ما قلنا.

ولو حلف لا يكلم عبد فلان فباع فلان (٨) عبده فكلم الخالف العبد (٩) لا يحنث وجنس هذه المسائل على وجهين: (١٠) إما أن كانت الإضافة (١١) إضافة ملك كالعبد والدار

(١) « على » ساقط من « أ ».

(٢) « بين » ساقط من « ب، هـ ».

(٣) في « ج، د » حيث.

(٤) « مجازا » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٥) في « ب » لا يتوقف.

(٦) « أنت طالق » ساقط من « هـ ».

(٧) « كان » ساقط من « ب » وفيه: فحكمه.

(٨) « فلان » ساقط من « ب ».

(٩) « العبد » ساقط من « أ، ب، ج، د » وفيها: فكلمه الخالف.

(١٠) في « أ، د » على قسمين.

(١١) « الإضافة » ساقطة، من « ج، د ».

والثوب وغير ذلك. أو كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والزوجة ونحوهما وكل ذلك على وجهين: إما أن (١) جمع بين الإشارة والإضافة أو أفرد الإضافة عن الإشارة:

ففي إضافة الملك إذا أفرد الإضافة عن الإشارة، فقال: لا أكلم عبد فلان، لا أدخل دار فلان، لا أركب دابة فلان، فباع فلان عبده أو داره فكلمه (٢) الخالف أو دخل الدار (٣) لا يحنث ؛ لأن الخالف منع نفسه عن الكلام مع عبد (٤) مضاف إلى فلان وبالصيغ انقطعت الإضافة فلا يحنث.

ولو لم يكن في ملك فلان عبد وقت اليمين فاشترى فلان عبدا أو دابة فكلمه الخالف (٥) أو ركب حنث ؛ لوجود شرط الحنث وهو كلام عبد مضاف إلى (٦) فلان وكذا إذا دخل الخالف دارا اشتراها فلان بعد اليمين حنث في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يحنث ؛ في الدار بملك حادث، [وعنه في رواية أن اليمين في جميع ذلك ينصرف (٧) إلى الملك القائم دون الحادث] (٨).

وفي ظاهر الرواية فرق أبو يوسف بين الدار وبين (٩) غيرها [١١٥ / د أ] فقال: الدار مما لا يستحدث الملك فيها عادة ، فكان مقصود الخالف الامتناع عن دخول دار مضافة إلى فلان وقت اليمين فتتقيد اليمين بها (١٠).

ولهما أن اللفظ مطلق فيتناول الكل. وما قال من العادة قلنا: العادة مشتركة فلا تصلح مقيدا.

(١) في « ج » زاد، كان.

(٢) في « د، هـ » فكلم.

(٣) « الدار » ساقط من « أ، هـ ».

(٤) في « ب » لعبد . وفي « أ، ج، د » عن كلام عبد.

(٥) في « هـ » الحانث.

(٦) في « هـ » ملك فلان

(٧) في « أ، هـ » منصرف.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٩) « بين » ساقط من « ب، هـ » .

(١٠) انظر: المبسوط، ٨ / ١٦٦.

هذا إذا أفرد الإضافة عن الإشارة ، فإن ^(١) جمع بينهما، فقال: لا أدخل دار فلان هذه أو لا أكلم عبد فلان هذا، فباع فلان داره أو عبده فدخل الخالف أو كلم ، لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويحنث في قول محمد وزفر ^(٢).

لمحمد أن الإضافة للتعريف والإشارة كذلك، إلا أن ^(٣) الإشارة أبلغ ؛ لأن الإضافة لاتقطع شركة الغير والإشارة تقطع فتعتبر الإشارة دون الإضافة.

وإذا اعتبرت الإشارة صار كأنه قال: لا أدخل هذه الدار أو لا أكلم هذا العبد فإذا دخل أو كلم حنث.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن شرط الحنث دخول دار معينة مضافة ^(٤) إلى فلان وقد انقطعت الإضافة فلا يحنث والمعنى فيه أن المملوك لا يهجر لعينه وإنما يهجر لأجل الملك وإنما يقدم على اليمين إظهاراً لغیظ ^(٥) لِحِقِّه من جهة الملك وتقييد اليمين بهذا المحل كان ^(٦) لعداوة وقعت [١٦٧/أ ب] بينهما ^(٧) بسبب هذا المحل فإذا اختلف المقصود من الإضافة والإشارة وجب اعتبارهما.

فإن قيل: هذا إن كان ^(٨) يستقيم في الدار والثوب لا يستقيم في العبد ؛ لأن العبد آدمي يهجر لعينه.

قلنا: ذكر ابن سماعه ^(٩) عن أبي حنيفة في

(١) في « ب، هـ » فإذا.

(٢) انظر: المبسوط، ١٦٥/٨ ؛ بدائع الصنائع، ٧١/٣ — ٧٢ ؛ شرح فتح القدير، ١٥٢/٥.

(٣) « إلا أن » ساقط من « أ، ج، د » وفيها: والإشارة .

(٤) في « د » دار بعينه. وفي « هـ » الدار المعينة مضافاً.

(٥) « لغیظ » ساقط من « هـ ».

(٦) « كان » ساقط من « ب ».

(٧) في « أ » بينهم.

(٨) في « ب، ج، هـ » « إن كان هذا » .

(٩) هو محمد بن سماعه بن عبدالله بن هلال التميمي الكوفي صاحب أبي يوسف ومحمد، ولي القضاء

للرشيد بعد أبي يوسف وتوفي سنة ٢٣٣هـ انظر: الفوائد البهية، ١٧٠ — ١٧١ ؛ تاج التراجم

ص ١٨٩ ؛ أخبار أبي حنيفة وأصحابه ١٥٤ .

العبد^(١) كما قال محمد^(٢) لِمَا ذَكَر^(٣) والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية ؛ لأن العبد لحسته ساقط الاعتبار عند الأحرار فلا يقصد باليمين إظهار الغيظ من جهته وإنما يقصد باليمين^(٤) إظهار الغيظ لِحَقِّهِ^(٥) من جهة^(٦) المالك فلا يحث بعد زوال ملك المالك^(٧).

وإن كانت الإضافة إضافة نسبة ، بأن قال: والله لا أكلم صديق فلان أو زوجة فلان فإن جمع بين الإضافة والإشارة فقال لا أكلم زوجة فلان هذه، أو صديق فلان هذا^(٨) فكلمه بعد زوال الزوجية والصدقة حث في قولهم^(٩)؛ لأن الحر يهجر لعينه وقد يهجر لغيره أيضا فإذا جمع بين الإضافة والإشارة تعين المهجران لعينه إذ لو كان المهجران لغيره لاقتصر على الإضافة فكان المقصود من الإضافة ما هو المقصود^(١٠) من الإشارة وهو إظهار الغيظ من جهة المشار إليه لا من جهة المضاف إليه، فإذا اتحد المقصود اعتبرت الإشارة دون الإضافة ؛ لأن الإشارة أقوى، بخلاف المملوك.

وإن أفرد الإضافة عن الإشارة فقال لا أكلم صديق فلان أو زوجة فلان فكلم بعد زوال الزوجية والصدقة لا يحث في قول أبي حنيفة و أبي يوسف ويحث في قول محمد. ذكر قولهما في هذا الكتاب وقول محمد في الزيادات^(١١).

وجه قوله أن الداعي إلى اليمين غيظ لِحَقِّهِ لا من جهة المضاف إليه ؛ لأن الحر يُقَصِّدُ بالمهجران فكانت الإضافة هنا للتعريف بمنزلة الإشارة، ألا ترى أنه لو كلف الحالف امرأة

(١) « في العبد » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: المبسوط، ١٦٥/٨.

(٣) « لما ذكر » ساقط من « د ».

(٤) « باليمين » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) « لِحَقِّهِ » ساقط من « أ، ب، د ».

(٦) « من جهة » ساقط من « ج ».

(٧) « المالك » ساقط من « أ، ج، د » وفيها: زوال الملك.

(٨) « أو صديق فلان هذا » ساقط من « أ ».

(٩) انظر: الفتاوى الهندية، ٩٩/٢.

(١٠) « المقصود » ساقط من « ب ».

(١١) انظر: شرح الزيادات لوحة رقم ٤٩/ب مخطوط، (رقم الفلم ١٦٨).

تزوجها فلان بعد اليمين لا يحنث. وإذا كانت الإضافة هنا للتعريف وحصل التعريف (١) لا يشترط بقاء الإضافة.

ولهما أن الحر يحتمل المهجران لغيره فإذا ترك الإشارة دل ذلك على أن الداعي إلى اليمين غيظ لِحِقَّةٍ من جهة المضاف إليه إذ لو كان لعينه لما اقتصر (٢) على الإضافة فإن لم يكن لفلان صديق ولا زوجة فاستحدثت فكلمه الخالف ينبغي أن يحنث عندهما على هذا الأصل.

رجل حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان (٣) فكلمه بعد ما باع الطيلسان حنث بالإجماع (٤) لأن الإنسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان (٥) لأجل الطيلسان فكانت الإضافة للتعريف بمنزلة الإشارة وإن كلم مشتري الطيلسان لا يحنث ؛ لما قلنا إن الإضافة كانت بمنزلة الإشارة.

(١) « وحصل التعريف » ساقط من « ب » في « د » وفي فصل التعريف.

(٢) في « ب » اختصر.

(٣) ضرب من الأكسية، من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف. انظر: لسان العرب،

١٢٥/٦ ؛ شرح فتح القدير، ١٥٣/٥.

(٤) انظر: شرح الزيادات لوحة رقم ٤٩/ب مخطوط، (رقم القلم: ١٦٨) ؛ شرح فتح القدير،

١٥٣/٥ ؛ الفتاوى الهندية، ٩٩/٢ .

(٥) في « هـ » هذا الطيلسان.

باب الحنث في اليمين على الزمان والحين

رجل حلف ليصومنَّ حيناً أو زماناً إن نوى شيئاً فهو على ما نوى وإن لم ينو شيئاً فهو على ستة أشهر^(١)؛ لأن الحين يذكر ويراد به أربعون سنة، قال الله تعالى: ﴿ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ ﴾^(٢) وأراد به^(٣) أربعين سنة^(٤) ويذكر ويراد به ستة أشهر قال الله تعالى: [١٦٨/أ] ﴿ تُوْتَىٰ أَكْلَهَا كُلِّ حِينٍ يَأْتِي رِبَّهَا ﴾^(٥) قال ابن عباس^(٦) ستة أشهر^(٧). ويذكر ويراد به الساعة، قال الله تعالى: ﴿ فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾^(٨) ونحن نعلم أن الحالف لا يريد به^(٩) الساعة فينصرف إلى ما زاد^(١٠) على الساعة من أدنى المقادير؛ لأنه المتيقن، ولأنه الوسط والزمان والحين سواء، [يقال لم أرك منذ حين، ولم أرك^(١١) منذ زمان.

ولو حلف لا يكلمه الدهر قال [١١٥/د ب] أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هو والحين سواء.

- (١) انظر: الفتاوى الهندية، ١٢٣/٢ .
- (٢) سورة الإنسان آية: ١. وتام الآية: ﴿ لم يكن شيئاً مذكوراً ﴾.
- (٣) « به » ساقط من « أ ».
- (٤) في قول بعض العلماء: انظر: تفسير الطبري، ٢٠٢/٢٩ .
- (٥) سورة إبراهيم: آية ٢٥. وتام الآية: ﴿ ويضرب الله الأمثال للناس لعلهم يتذكرون ﴾.
- (٦) هو عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب حبر الأمة فقيه العصر وإمام التفسير ابن عم رسول الله ﷺ انظر: ترجمته في الإصابة في تمييز الصحابة، ١٤١/٤ — ١٥٢ ؛ الاستيعاب ٩٣٣/٣ ؛ أسد الغاب ١٨٦/٣ ؛ صفة الصفوة، ٣١٤/١ — ٣١٩ ؛ سير أعلام النبلاء، ٣٣١/٣ ؛ الجمع بين رجال الصحيحين ٢٣٩/١ .
- (٧) انظر: أحكام القرآن للحصاص، ١٨٢/٣ — ١٨٣ ؛ جامع البيان للطبري، ٢٠٨/١٣ ؛ فتح القدير، للشوكاني، ٦٩/١، ١٠٦/٣، ٣٤٤/٥ ؛ الأصل، للإمام محمد بن حسن ٣٦٦/٣ ؛ الهداية مع شرح فتح القدير ١٥٤/٥ — ١٥٥ .
- (٨) سورة الروم، آية: ١٧ .
- (٩) « به » ساقط من « ب، هـ ».
- (١٠) في « ج » يزيد.
- (١١) « ولم أرك » ساقط من « د ».

(وقال أبو حنيفة: ما أدري ما الدهر؟) (١) [(٢)] .

وذكر في الجامع الكبير (٣) أن الدهر المعروف ينصرف إلى العمر عندهم (٤) قال الله تعالى: ﴿ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ ﴾ جعل الحين جزءاً من الدهر وأراد بالحين أربعين سنة فيجب أن يكون الدهر أكثر منه وذلك هو العمر .

أما إذا قال: دهرا عندهما على ستة أشهر وأبو حنيفة توقف فيه ، وقال: لا أدري ما هو؟ وإنما توقف فيه (٥) لأنه وجد استعمال الناس مختلفاً فيه فلم يقف على مراد المتكلم عند الإطلاق والتوقف عند تعارض الأدلة وترك الترجيح من غير دليل لا يكون إلا من كمال العلم والورع (٦) .

روي أن ابن عمر (٧) رضي الله عنهما سُئِلَ عن شيء فقال: لا أدري، ثم قال بعد ذلك: طوبى لابن عمر سُئِلَ عن شيء لا يدري فقال لا أدري (٨) .

وهما قالا: بأن الدهر المنكر يستعمل استعمال الحين يقول الرجل لغيره: لم أرك منذ

(١) ما بين القوسين ساقط من « أ، د » .

(٢) ما بين المعقوفين من قوله: يقال، إلى قوله الدهر . ساقط من « هـ » . وانظر: في المسألة، المبسوط،

١٦/٩ ؛ شرح فتح القدير، ١٥٥/٥ .

(٣) انظر: الجامع الكبير، ص ٦٠ .

(٤) في « ج » عندهما . والصحيح ما أثبت وانظر: الجامع الكبير، ٦٠ ؛ النافع الكبير ص ٢٦٦ ؛

(٥) « وإنما توقف فيه » ساقط من « ب » .

(٦) انظر: المبسوط، ١٦/٩ ؛ شرح فتح القدير، ١٥٥/٥ ؛ الفتاوى الهندية، ١٢٣/٢ .

(٧) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما الإمام القدوة القرشي، أسلم وهو صغير ثم هاجر مع أبيه

واستصغر يوم أحد وشهد الخندق، قال ابن مسعود رضي الله عنه: إن من أملك شباب قریش لنفسه

عن الدنيا عبدالله بن عمر، مكث ستين سنة يفتي الناس، وكان أزهد الناس في الإمارة حيث روي

عنه أنه قال: لو اجتمعت عليّ الأمة إلا رجلين ما قاتلتهما . انظر: أسد الغابة ٢٢٧/٣ ؛ الاستيعاب

٩٥٠/٣ ؛ الإصابة، ١٨١/٤ - ١٨٨ ؛ سير أعلام النبلاء، ٢٠٣/٣ ؛ صفة الصفوة ٢٢٨/١ -

٢٣٧ .

(٨) أخرجه الدارمي ٦٣/١، وفي سنده فروة بن أبي المغراء وهو صدوق، انظر: تقريب التهذيب، ص

٤٤٥ . والحاكم، في المستدرک، ٦٤٧/٣، وسكت عليه . وانظر: في المسألة، المبسوط، ١٧/٩ .

دهر، ولم أرك منذ حين، والحين ينصرف إلى ستة أشهر عند الإطلاق فكذلك الدهر المنكر^(١) ومن الناس من قال: الخلاف في الدهر المنكر والمعرف واحد^(٢).

رجل قال لعبده إن خدمتني أياما كثيرة فأنت حر ولم ينو شيئا قال أبو حنيفة الأيام الكثيرة عشرة أيام وقال أبو يوسف ومحمد سبعة أيام^(٣).

ولو قال إن خدمتني الأيام فهو على هذا الخلاف أيضا.

ولو قال إن خدمتني أياما، ذكر في الجامع، أنها على ثلاثة أيام عندهم وذكر في الأيمان من الأصل أنها على عشرة أيام في قول أبي حنيفة^(٤).

قالوا ما ذكر في الأصل غلط وقع^(٥) من الكاتب والصحيح ما ذكر في الجامع^(٦).

لهما أن الألف واللام للمعهود والأيام المعهودة هي الأيام^(٧) السبعة التي تدور عليها الشهور فتصرف إليها.

وكذا إذا قال أياما كثيرة؛ لأنه^(٨) لما ذكر الكثيرة تبين أنه لم يرد أقل الجمع وليس بعض الأعداد فوق الثلاث بأولى من البعض، فينصرف إلى المعهود.

ولأبي حنيفة، أن معهود هذا الجمع عشرة؛ لأن اسم الأيام ينتهي بالعشرة فإن العشرة^(٩) تسمى أياما مطلقا، ومقرونا بالعدد، يقال ثمانية أيام وعشرة أيام، فإذا جاوز العشرة لا تسمى أياما^(١٠) مقرونا بالعدد، يقال أحد عشر يوما ولا يقال أحد عشر أياما فثبت أن معهود الأيام عشرة فينصرف إليها. وكذلك الشهور عندهما ينصرف إلى اثني عشر

(١) انظر: المبسوط، ١٦/٩؛ شرح فتح القدير، ١٥٥/٥.

(٢) هو رواية بشر عن أبي حنيفة وأبي يوسف، انظر: العناية مع الفتح ١٥٥/٥.

(٣) انظر: المبسوط، ١٧/٩؛ الهداية مع الفتح ١٥٩/٥.

(٤) انظر: الجامع الكبير، ص ٦٠؛ الأصل، ٣٦٨/٣؛ المبسوط، ١٧/٩؛ الهداية، ١٥٧/٥.

(٥) « وقع » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٦) انظر: المبسوط، ١٧/٩.

(٧) « الأيام » ساقط من « هـ » وفي « ب » على سبعة أيام.

(٨) « لأنه » ساقط من « ب ».

(٩) في « ب » فلأن. وفي « أ، ج، د » فإن قيل.

(١٠) « أياما » ساقط من « أ، ب ».

شهرًا^(١)؛ لأنه هو المعهود في الشهور.

وعند أبي حنيفة ينصرف إلى العشرة ولو قال شهورا أو أياما، ينصرف إلى الثلاث لأنه أقل الجمع ولم يوجد ههنا ما يوجب الصرف إلى [١٦٨/أب] المعهود فينصرف إلى الثلاث^(٢).

من المشايخ من قال بأن الخلاف الذي ذكرنا في الأيام فيما إذا كانت اليمين^(٣) بالعربية فإن كانت بالفارسية تنصرف إلى أيام الجمعة^(٤) وهي سبعة أيام بلا خلاف^(٥). والله أعلم.

(١) «شهرًا» ساقط من «ب».

(٢) انظر: المبسوط، ١٧/٩؛ الهداية، ١٥٧/٥.

(٣) «اليمين» ساقط من «ب، هـ».

(٤) في «أ» الجمع.

(٥) انظر: شرح فتح القدير، والعناية، ١٥٩/٥ — ١٦٠.

باب اليمين في العتق

رجل قال لامرأته: إذا ولدتِ ولدا فأنتِ طالق فولدت ولدا ميتا^(١) أو قال لأمته إذا ولدت ولدا فأنت حرة فولدت ولدا ميتا وقع الطلاق والعتاق^(٢) لأن الشرط ولادة الولد وقد وجد؛ لأن الولد اسم للمولود والولد الميت مولود ولهذا تنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد به^(٣) ويبعث يوم القيامة وترجى شفاعته. قال عليه السلام: «إن السقط ليقوم يوم القيامة محبتنا^(٤) على باب الجنة ويقول لا أدخل حتى يدخل معي أبوي»^(٥) دل الحديث على أن أولاد المسلمين يبعثون يوم القيامة ويدخلون الجنة.

ولو قال لجاريته إذا ولدت ولدا فهو حر، فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا عتق الحي في قول أبي حنيفة، وقالوا: لا يعتق والمسألة معروفة في المختلف^(٦).

ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق؛ لأنه أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه والأول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره وقد وجد^(٧) وإن^(٨) اشترى عبيدين معا، ثم آخر^(٩) لم يعتق واحد منهم.

(١) في «د» طلقت.

(٢) في «ب، هـ» العتق.

(٣) «به» ساقط من «أ، هـ».

(٤) الممتلئ غيظا، انظر: لسان العرب، ٥٧/١ - ٥٨ مادة حبطاً وأيضاً ١٠٤/١٣ بلفظ محبتنا، ممتلئاً غضبا؛ القاموس المحيط ١٥٣٤. وجاء في «د، هـ» محبتنا.

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ٤٤/٦ والمناوي في فيض القدير ٣٤٥/٢، ٥٦١/٣ وأخرجه بمعناه ابن ماجه، في كتاب الجنائز، ٥١٣/١؛ والعقيلي في الضعفاء الكبير، ٢٥٣/٣؛ والألباني في مشكاة المصابيح، بتحقيقه، ٥٥٠/١. واسناده ضعيف. انظر: مصباح الزجاجه للبوصيري، ٥٢/٢.

(٦) انظر: المختلف لأبي الليث، كتاب العتاق مخطوط، لوحه رقم ٩١؛ الهداية مع الفتح ١٦٢/٥.

(٧) في «هـ» اتصف هذا العبد.

(٨) في «ب» ولو. وفي «هـ» فإن.

(٩) في «أ، ب، ج، د» ثم عبدا.

أما الأولان (١) فلعدم التفرد.

وأما الثالث (٢)؛ فلأنه (٣) ليس بسابق.

وكذا لو قال: أول عبد أملكه واحدا فهو حر فملك عبدين معا (٤) ثم عبدا (٥) لم يعتق واحد منهم وهذا والأول سواء؛ لأن قوله واحدا صفة العبد يقال عبد واحد وهذا الأفراد ثابت بقوله أول عبد فهذا لا يفيد إلا ما أفاده الأول [لأن أحدا لم يتصف بصفة الأولية] (٦)

ولو قال أول عبد اشتريه وحده (٧) فهو حر فاشتري عبدين ثم عبدا (٨) عتق الثالث وحده (٩)؛ [لأنه أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه بصفة التفرد؛ لأن قوله وحده (١٠) يقتضي الانفراد في الفعل المقرون (١١) به وهو الشراء، (١٢) والثالث بهذه الصفة فيعتق. كما لو قال: أول عبد [١١٦ / د أ] اشتريه بالدرهم فهو حر، فاشتري عبدا بالدنانير (١٣) ثم اشتري عبدا بالدرهم عتق الثاني.

أما في المسألة الأولى أضاف العتق إلى أول عبد يشتريه ولم يتعرض لصفة العبد (١٤)

(١) في « أ، د » الأول .

(٢) « وأما الثالث » ساقط من « د » .

(٣) في « ج، د، هـ » فإنه .

(٤) « معا » ساقط من « أ، ب، ج، هـ » .

(٥) في « ج » ثم واحدا .

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج » وفي « هـ » واحد. بدل أحدا .

(٧) في « ب » اشتريته وفي « هـ » في حدة. بدل وحده .

(٨) « عبدا » ساقط من « هـ » .

(٩) « وحده » ساقط من « أ، ب، ج، د » .

(١٠) في « أ » واحدة .

(١١) في « ب » المعروف .

(١٢) في « ب » الشرط. وساقط من « د » .

(١٣) في « أ » بالدرهم .

(١٤) في « ب، ج، هـ » العقد .

فتراعى الانفراد في ذات (١) العبد لا في صفة العبد (٢) فلهذا لم يعتق. ألا ترى أنه لو قال: ما في الدار (٣) رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبا. ولو قال: ما في الدار (٤) رجل وحده وفيها رجلان كان صادقا [(٥) وهذه المسألة في الجامع الكبير أيضا (٦) وإنما عتق هذا ولم يعتق ذلك ؛ لأن ثمة صار مضيفاً للعتق إلى أول عبد مطلق فتراعى الأولية في الذكر والأولية في السبق والانفراد ولم يجتمع ذلك في شخص واحد وهنا صار مضيفا العتق إلى أول عبد موصوف وهو أن يكون منفردا لا يشاركه في التملك فتراعى الأولية في حق الصفة للعبد الثالث كذلك فيعتق [(٧).

ولو (٨) قال: آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الثاني (٩)؛ [لأن الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه والثاني بهذه الصفة. وإذا عتق عند أبي حنيفة يستند العتق إلى وقت الشراء حتى لو اشتراه في صحته يعتق من جميع المال وعندهما يقتصر على الموت فيعتق من ثلث ماله على كل حال. لهما أن صفة الآخريه إنما تثبت بعدم شراء آخر بعده [١٦٩/أ أ] وعدم الشراء لا يتحقق إلا بالموت فيقتصر على الموت كما لو قال للعبد الثاني إن لم أشتري عليك عبدا فأنت حر فإنه يعتق مقصورا على الموت. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثاني آخر كما لو (١٠) اشتراه بعد الأول إلا أن الآخريه

(١) في « د » ذكر.

(٢) في « أ، ب، ج، هـ » العقد.

(٣) في « أ » زاد، من.

(٤) في « أ » فيها.

(٥) ما بين المعقوفين من قوله لأنه: إلى قوله وهذه المسألة، ساقط من « هـ ».

(٦) انظر: ص ٥١ .

(٧) ما بين المعقوفين من قوله وهذه المسألة إلى قوله فيعتق ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٨) في « أ، د، » وإن.

(٩) في « هـ » الآخر.

(١٠) « لو » ساقط من « أ، ج، د ».

بعرض أن تزول بشراء الآخر بعده فلا يعتق ما لم يستقر، فإذا مات لم تبطل صفة الآخرية فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لأمته: إذا حضت^(١) فأنت حرة فرأت الدم لم تعتق، فإن استمر الدم ثلاثة أيام اعتقت من حين رأت الدم. وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات، عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث.

وعند أبي حنيفة رحمه الله يقع مستندا إلى وقت التزوج فلا تستحق^(٢) [يوم اشتراه عند أبي حنيفة حتى يعتق من جميع المال.

وعندهما يعتق يوم مات حتى يعتبر من ثلث المال؛ لأن صفة الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء عبد آخر بعده فصار العتق معلقا به وإنه لا يثبت إلا عند الموت^(٣).

ولأبي حنيفة أن الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه وقد اتصف به لكنه يبطل لشراء آخر فإذا لم يشتر ثبت الوصف من حين الشراء ولكن كان كما قالوا إن كونه آخرًا إنما يثبت بعدم شراء غيره إلا أن ذلك غير مذكور صريحا، فلا يصير شرطا.

ألا ترى أن الرجل إذا آلى من امرأته وانقضت مدة الإيلاء أربعة أشهر ثم قال الزوج: كنت فئت إليها لم يقبل قوله، وإن كان الطلاق معلقا بعدم القربان، لكن لما لم يكن مصرحا لم يعتبر شرطا.

ألا ترى أنه لو صرح وقال إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن فلما انقضت أربعة أشهر قال كنت قربتها في المدة كان القول قوله فكذا هنا^(٤).

وعلى هذا الخلاف لو علق الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة يقع يوم تزوجها حتى لا ترث وعندهما يوم مات حتى ترث^(٥).

رجل^(٦) قال: كل عبد بشري بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة

(١) في « ب » حضرت.

(٢) ما بين المعقوفين من قوله: « لأن الآخر » إلى قوله « فلا تستحق ». ساقط من « ه ».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ١٦٤/٥.

(٤) انظر: تبين الحقائق، ١٤٣/٣.

(٥) ما بين المعقوفين من قوله « يوم اشتراه » إلى قوله « ترث » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٦) « رجل » ساقط من « ه » وفيها: لو.

أعبد^(١) متفروقون، عتق الأول؛ لأن البشارة حصلت منه^(٢) ولأن البشارة لغة اسم الخبر [صدق غاب^(٣) عن المخبر علمه سارا كان أو مخزنا، قال الله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^(٤) وفي العرف تستعمل في الخبر السار الصدق الذي غاب^(٥) عن المخبر علمه وهذا حصل بالأول. أما الثاني، أخبره بما كان علما به فلا يكون مبشرا^(٦).

والأصل فيه ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام مرَّ بعبد^(٧) الله بن مسعود رضی الله عنه^(٨) وهو كان يقرأ القرآن فقال عليه الصلاة والسلام: «من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد^(٩)» فابتدر إليه^(١٠) أبو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر ثم أخبره عمر، فكان ابن مسعود كلما^(١١) يحكي هذه الحكاية يقول: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر رضي الله عنهما^(١٢).

(١) «أعبد» ساقط من «أ، ب، ج، هـ» وفي «أ» ثلاثة.

(٢) «لأن البشارة حصلت منه» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٣) في «أ، د» عار.

(٤) سورة آل عمران، آية: ٢١. وأول الآية: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَيَقْتُلُونَ النَّبِيِّينَ بِغَيْرِ حَقٍّ وَيَقْتُلُونَ الَّذِينَ يَأْمُرُونَ بِالْقِسْطِ مِنَ النَّاسِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾.

(٥) في «د» عار.

(٦) في «أ» مسرا.

(٧) في «أ» أمر لعبد الله.

(٨) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب، الإمام الحبر فقيه الأمة (صحابي مشهور) كان من السابقين الأولين وهاجر المجرتين أخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين الزبير. مات سنة ٣٢ وقيل ٣٣ من الهجرة. انظر: طبقات ابن سعد ١٥٠/٣ وما بعدها؛ أسد الغابة، ٣/٣٨٤؛ تقريب التهذيب ص ٣٢٣؛ سير أعلام النبلاء، ١/٤٦١.

(٩) في «د» عبد الله.

(١٠) «إليه» ساقط من «أ» وفي «د» فتبادر.

(١١) «كلما» ساقط من «ج».

(١٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/٥٢٠-٥٢١؛ والإمام أحمد في مسنده، ١/٤٥٤؛ والحاكم في المستدرک، ٣/٣١٨؛ وصححه ووافقه الذهبي؛ وأبو نعيم في الحلية، ١/١٢٤؛ وصححه الألباني، في صحيح الجامع الصغير ٥/٢٢٨.

وإن بشروه معا عتقوا جميعا^(١)؛ لأن كل واحد منهم أخبره بما لم يكن عالما فتضاف
البشارة إليهم. والبشارة كما^(٢) تكون من الواحد تكون من الجماعة، قال الله تعالى:
﴿وَبَشِّرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾^(٣).

وإن أرسل أحد العبدین صاحبه إلى مولاه ليخبره بذلك فإن أخرج الرسول كلامه على
وجه الرسالة عتق المرسل؛ لأنه هو المبشر، لكن بلسان غيره فتضاف إلى الأول، قال الله
تعالى: ﴿وَبَشِّرْنَاهُ بِإِسْحَاقَ نَبِيًّا مِنَ الصَّالِحِينَ﴾^(٤).

وإن لم يخرج الكلام مخرج الرسالة ولكن قال للمولى قد ولدت فلانة عتق الرسول؛
لأنه هو الذي أخبره بما لم يكن عالما، إلا أن المخبر سمع ذلك من غيره ولهذا لا يخرج ممن أن
يكون مبشرا.

ولو قال كل عبد أخبرني بولادة فلانة فهو حر، فأخبره ثلاثة متفرقين^(٥) عتقوا
جميعا^(٦)؛ لأن كلام^(٧) كل واحد منهم وقع خبرا إذ ليس^(٨) من شرط كونه خبرا أن يخبره
بما لم يكن عالما لما روينا من الحديث.

رجل قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ناويا عن كفارة يمينه لم يُحرزه؛ لأن

(١) « جميعا » ساقط من « ج، د ».

(٢) « كما » ساقط من « ب ».

(٣) سورة الذاريات، آية: ٢٨. وأول الآية: ﴿ فأوجس منهم خيفة قالوا لا تخف.. ﴾.

(٤) سورة، الصافات، آية: ١١٢.

(٥) في « ج » متفرقون.

(٦) ما بين المعقوفين من قوله « صدق غاب » إلى قوله « جميعا » في نسخة « هـ » جاء بعبارة قصيرة
جدا وبقيّة الكلام ساقط عنها، فالعبارة في نسخة هـ هكذا: « ولأن البشارة لغة اسم لخير يتغير
به بشرة الوجه من الفرح أو من الغم إلا أنه كثر استعماله في الفرح فصار حقيقة اسما له وهذا
حصل من الأول. وإن بشروه معا عتقوا جميعا؛ لأنهم بشروه قال الله تعالى: ﴿وَبَشِّرُوهُ بِغُلَامٍ عَلِيمٍ﴾
ولو قال مكان البشارة الإخبار والمسألة بحالها فأخبره واحدا بعد واحد عتق كل واحد منهم ».

(٧) في « هـ » فعل.

(٨) في « أ » وليس.

الإعتاق قوله أنت حر والشراء شرط محض^(١) والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط، والإعتاق كان خاليا عن النية فلا يجوز.

وإن اشترى أباه ناويا عن كفارة يمينه أجزاه.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجزيه^(٢).

لهما أن العلة هي القرابة والشراء شرط محض^(٣). [١٦٩/أ ب] ولنا أن شراء القريب إعتاق، لقوله عليه السلام: « لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه »^(٤) ذكر الإعتاق بحرف الفاء عقيب الشراء والفعل إذا ذكر عقيب فعل بحرف الفاء كان الثاني عين الأول لاغيره، يقال رماه فقتله، ضربه فأوجعه، وإذا كان الشراء إعتاقا فإذا نوى به الكفارة اتصلت النية بالإعتاق وتمام ذلك في المختلف^(٥).

ولو قال لجارية قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها عتقت ولا تسقط عنه الكفارة؛ [١١٦/د ب] لأن قوله أنت حرة علة^(٦) العتق والاستيلاء أيضا علة، حتى تثبت به الحرية من وجه في الحال والباقي بعد^(٧) الموت فيعتق بعضها بالاستيلاء وبعضها بالشراء فلا تسقط عنه الكفارة بخلاف ما لو قال لأمته^(٨) ليست بأم ولد له، حيث تسقط عنه الكفارة؛ لأن ثمة علة العتق قوله: « أنت حرة » ليست^(٩) معها علة

(١) « محض » ساقط من « أ، ب، د ».

(٢) وهو قول المالكية والحنابلة، انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٤٩٤/٢؛ الهداية مع الفتوح ١٦٦/٥؛ الأم ٦٩/٧؛ نهاية المحتاج ٩٤/٧؛ مغني المحتاج، ٣٦١/٣؛ المدونة، ١٢٤/٣؛ بداية المجتهد، ٨٥/٢؛ كشف القناع، ٣٨١/٥؛ المغني، ١٢/١٠، ١٤.

(٣) « محض » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٤) أخرجه مسلم، في كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد، ١٥٢/١٠؛ الترمذي، كتاب البر والصلة باب حق الوالدين وقال حديث حسن. ٢٧٨/٤.

(٥) لم أجد في المختلف ولكن انظر: طريقة الخلاف بين الأسلاف، للسمرقندي، ١٩٨.

(٦) في « هـ » علته.

(٧) في « أ، ب، د، هـ » عند.

(٨) في « هـ » لأمة ... وله ساقط عنها.

(٩) في النسخ كلها « ليس » وكتبها « ليست ».

أخرى فتسقط عنه الكفارة.

رجل قال: إن تسرّيت جارية فهي حرة، فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت ؛ لأن اليمين في حقها انعقدت في الملك فتزول عند وجود الشرط.

وإن تسرّى جارية اشتراها بعد اليمين لم تعتق عندنا، خلافاً لزفر، له أن التسرّي تصرفٌ يختص بالملك ؛ لأنه لا يجل إلا في (١) الملك فكان ذكر التسري ذكراً للملك (٢) ألا ترى أن ملك الطلاق لما اختص بملك (٣) النكاح كان ذكر الطلاق ذكراً للنكاح فإن من (٤) قال لأجنبية إن طلقتك فعبدني حر، فتزوجها ثم طلقها عتق عبده ويتعلق العتق بالطلاق بعد التزوج كذلك هنا، فكانت اليمين مضافة إلى سبب الملك.

وإننا نقول لم يضاف (٥) العتق إلى الملك ولا إلى سبب الملك (٦) ؛ لأن التسري لا يختص بملك اليمين ؛ لأنه عبارة عن التحصين ومنع الخروج والبروز، (٧) والجماع، طلب الولد أو لم يطلب في قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسرياً عنده (٨).

وكل ذلك كما (٩) يكون بملك اليمين (١٠) يكون بملك النكاح فكان من ضرورته ملك المتعة (١١) لا ملك الرقبة فلا يصير ذاكراً (١٢) ملك اليمين، كما لو قال لجارية الغير إذا

(١) في « هـ » زاد، غير.

(٢) انظر: الهداية مع الفتح ١٦٩/٥.

(٣) « بملك » ساقط من « أ ».

(٤) في « هـ » بأن. و « من » ساقط.

(٥) في « ب » لم يصرف.

(٦) « الملك » ساقط من « ب ».

(٧) « ومنع الخروج والبروز » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٨) انظر: المبسوط، ١٠١/٧ ؛ بدائع الصنائع، ٦٩/٤.

(٩) « كما » ساقط من « ب ».

(١٠) في « ب » فكذلك.

(١١) في « د » المنفعة.

(١٢) في « أ » ذكر.

جامعتك فانت حرة فاشتراها فجامعتها، لا تُعتق لما قلنا، كذلك هنا. بخلاف الطلاق ؛ لأنه لا يملك التطلق إلا بملك النكاح فيصير ذاكرا ملك النكاح، والله أعلم.

باب اليمين في البيع والشراء

رجل قال لغيره ؛ إن بعث لك هذا الثوب فعبدي حر، ففس (١) المحلوف عليه ثوبه في ثياب الخالف فباعه الخالف ولم يعلم به لا يحنث.

ولو قال إن بعث ثوبا لك والمسألة بحالها حنث.

والفرق أن اللام للاختصاص وأقوى الاختصاص (٢) بالملك فإن دخل اللام على العين يقتضي اختصاص العين (٣) بالمحلوف عليه وإن دخل على الفعل فإن كان فعلا تجري فيه الوكالة (٤) ويملك بالعقود كالبيع والخياطة والبناء ونحو ذلك يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه، وإن كان فعلا لا يحتمل النيابة كالأكل والشرب (٥) والضرب [١٧٠/أ] يقتضي اختصاص العين الذي هو محل ذلك الفعل بالمحلوف عليه، ففي المسألة الأولى أدخل اللام على الفعل وهو البيع فيقتضي اختصاص البيع بالمحلوف عليه بأن باع له والبيع لا يكون إلا بأمره فإذا باع بغير أمره (٦) لا يحنث وإن باع بأمره حنث سواء كان المبيع ملكا للمحلوف عليه أو لغيره.

أما في المسألة الثانية أدخل اللام على العين وهو الثوب فيقتضي اختصاص الثوب به ويكون شرط الحنث (٧) بيع الثوب المملوك للمحلوف عليه وقد وجد، فيحنث (٨) سواء باع (٩) بأمره أو بغير أمره فإن نوى بالثاني الأول أو نوى بالأول الثاني صحت نيته (١٠)؛ لأنه نوى ما يحتمله اللفظ بالتقدم والتأخير.

-
- (١) الدس: الإخفاء ودفن شيء تحت شيء. انظر: القاموس المحيط، ص ٧٠٢.
- (٢) « وأقوى الاختصاص » ساقط من « أ، ب، ج » وبالملك ساقط من « أ، ج ».
- (٣) في « ب » الملك.
- (٤) في « ج » النيابة.
- (٥) « والشرب » ساقط من « ج ».
- (٦) « فإذا باع بغير أمره » ساقط من « ب ».
- (٧) في « ب » شرطا يحنث ببيع.
- (٨) في « هـ » فصحت.
- (٩) « باع » ساقط من « ب ».
- (١٠) في « د » فيحنث.

ولو قال إن ضربت لك عبدا أو ^(١) ضربت عبدا، لك، فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف، ولأن الضرب مما ^(٢) لا يملك بالعقد ولا يلزمه ومحل الضرب يملك فانصرف اللام ^(٣) إلى ما يملك ويؤخر المقدم؛ صيانة لكلامه عن اللغو ^(٤).

رجل قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق [وكذا لو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر، فاشتراه (على أنه بالخيار) ^(٥) عتق] ^(٦)؛ لأن شرط العتق البيع والبيع بشرط الخيار بيع إلا أن الخيار يمنع زوال المبيع عن ملكه فإذا وجد الشرط يُنجز الإيجاب في ملكه فيعتق وينفسخ البيع، كما لو قال له بعد هذا البيع أنت حر ^(٧) [] ^(٨) وكذلك ^(٩) الشراء بشرط الخيار شراء فإذا اشتراه بشرط الخيار يُنجز الإيجاب فيسقط الخيار وينفذ العتق، كما لو قال بعد الشراء أنت حر.

فرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبينما إذا اشترى قريبه بشرط الخيار حيث، قال: لا يعتق ما لم يسقط الخيار ^(١٠).

والفرق أن ثمة لم توجد كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط خياره وإنما يعتق القريب على القريب بحكم الملك، وخيار المشتري عند أبي حنيفة ^(١١) يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا

(١) في «أ، د» زاد، إن.

(٢) في «ب» ما.

(٣) في «أ» الأمر.

(٤) «صيانة لكلامه عن اللغو» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

(٥) ما بين القوسين في «هـ» بشرط الخيار. (إلا أنه جاء بعد قوله: أنت حر).

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، هـ» وفي «هـ» جاء بعد قوله أنت حر، وكذلك في «ب» أي أنه

مكرر في «ب».

(٧) «حر» ساقط من «ب».

(٨) في «ب» كرر «وكذا لو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه بشرط الخيار عتق» وكذلك

موقعه في «هـ» هنا.

(٩) في «هـ» «لأن». بدل كذلك.

(١٠) انظر: العناية مع الفتح، ١٧٨/٥.

(١١) انظر: الهداية، ٣٠٧/٦.

يعتق قبل سقوط الخيار، أما هنا الإيجاب المعلق صار مرسلا عند الشرط وصار قائلا أنت حر. ولو قال إن بعت هذا العبد فهو حر فباعه يباعا باتا لا يعتق؛ لأنه كما تم البيع^(١) زال الملك والجزاء لا يتزل في غير الملك.

ولو باعه يباعا فاسدا فإن كان^(٢) العبد في يد المشتري [١١٧/د أ] مضمونا عليه لا يعتق؛ لأنه كما تم البيع^(٣) يزول العبد عن ملكه. وإن كان العبد في يد البائع يعتق؛ لأنه لا يزول ملكه قبل التسليم.

ولو قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا فإن كان العبد في يد البائع لا يعتق؛ لأنه ملك البائع^(٤) بعد البيع فيصير معتقا ملك الغير.

وإن كان العبد في يد المشتري على الوجه الذي ذكرنا يعتق؛ لأنه صار معتقا ملك نفسه.

ولو قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الجارية فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته^(٥)؛ لأنه علق الطلاق بعدم البيع فإذا وقع اليأس عن البيع بخروجه من أن يكون محلا للبيع تحقق الشرط فتطلق كما لو مات الخالف أو العبد.

من المشايخ رحمهم الله من قال: إذا عقد اليمين على بيع الجارية ثم أعتقها أو دبرها لا يحنث لاحتمال أنها [١٧٠/أ ب] تسيى بعد الردة، فتباع. والصحيح جواب الكتاب؛ لأنه عقد اليمين على البيع في هذا الملك وبالإعتاق والتدبير وقع اليأس عن البيع في هذا الملك^(٦). والله أعلم.

(١) في « ب » باعه.

(٢) « كان » ساقط من « ج ».

(٣) « البيع » ساقط من « ب » وفي « ب، وهـ » يتم.

(٤) « البائع » ساقط من « ب ».

(٥) « امرأته » ساقط من « ب، هـ ». وانظر المسألة في: الفتاوى الهندية، ١١٣/٢.

(٦) انظر: شرح فتح القدير، ١٧٩/٥؛ الفتاوى الهندية، ١١٣/٢.

باب اليمين في الحج

رجل قال وهو في الكعبة عليّ المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما ؛ لأن الناس تعارفوا التزام الحج والعمرة بهذه الألفاظ فيلزمه ذلك سواء قال ذلك وهو في الكعبة أو في مكان آخر كما لو صرح بالتزام الحج أو العمرة ولأنه التزم المشي إلى بيت الله تعالى ولا يمكنه ذلك إلا بدخول الحرم ؛ لأن البيت في الحرم ودخول الحرم بدون الإحرام لا يجوز فكان التزام المشي إلى بيت الله تعالى التزاما للإحرام^(١) ويلزمه ماشيا ؛ لأنه التزم زيادة القربة قال عليه السلام : « من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم ؟ قال : واحدة بسبع مائة »^(٢) وكذا لو قال عليّ المشي إلى مكة أو عليّ زيارة بيت الله تعالى ماشيا فإذا أراد الحج يُحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا وإن أراد العمرة يخرج من الحرم إلى التنعيم^(٣) أو إلى موضع آخر من الحل ؛ لأن المكّي يُحرم للحج من الحرم وللعمرة^(٤) من الحل على ما عرف ولم يذكر في الكتاب أنه يخرج إلى التنعيم ماشيا أو راكبا. قال بعضهم له أن يركب فإذا أحرم يمشي في رجوعه، وقال بعضهم يخرج ماشيا ويرجع ماشيا^(٥).

(١) في « ب ، هـ » له .

(٢) أخرجه الحاكم وصححه ٦٣١/١ ، بلفظ : (من حج من مكة ماشيا حتى يرجع إلى مكة كتب الله له بكل خطوة سبع مائة حسنة، كل حسنة من حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: بكل حسنة مائة ألف حسنة، ولكن خالفه الذهبي لأجل عيسى بن سودة. ؛ وابن خزيمة في صحيحه، ٢٤٤/٤ ؛ والبيهقي، ٣٣١/٤ ، ٧٨/١٠ ؛ وضعفه لأجل عيسى بن سودة، ولكن قال ابن الترمذاني: إن الحاكم روى له وذكره ابن حبان في الثقات. انظر: الجواهر النقي، ٣٣١/٤ - ٣٣٢ ؛ كما وضعفه الألباني، في سلسلة الأحاديث الضعيفة، ٥٠١/١ .

(٣) موضع بمكة في الحل بين مكة وسرف ، على طريق المدينة المنورة ، على بعد فرسخين وقيل أربعة، من المسجد الحرام ، [يساوي في الزمن الحاضر ، سبعة ونصف كيلو متر تقريبا] ، وفيه مسجد يسمى مسجد عائشة رضي الله عنها ، منه يحرم المكيون بالعمرة. انظر: معجم البلدان، ٤٩/٢ .

(٤) في « ب » وللحرم .

(٥) انظر: العناية، ١٨١/٥ .

وإذا ركب في العمرة أو في الحج يلزمه الدم لما مر^(١) في المناسك. ولو قال عليّ الذهاب إلى بيت الله، أو الخروج إلى الكعبة أو إلى بيت الله لا يلزمه شيء؛ لأن القياس في الكل أن لا يلزمه ما لم ينص عليه؛ لأن الذهاب والخروج والمشى ليس بقربة فلا يصح التزامه، كما لو قال عليّ المشى إلى بيت المقدس أو إلى المدينة وإنما تركنا القياس في المشى إلى الكعبة^(٢) لمكان العرف ولا عرف في غيره.

ولو قال عليّ المشى إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة لا يلزمه شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا وقوله عليّ المشى إلى بيت الله سواء^(٣).

ولو قال عليّ المشى إلى المسجد الحرام ذكر في الأصل أنه على هذا الخلاف^(٤).

لهما أن البيت في الحرم وكذلك المسجد الحرام فصار مذكورا بذكر الحرم، ولو ذكر البيت وحده تلزمه حجة أو عمرة، فإذا ذكر الحرم ففيه البيت وزيادة، كان أولى.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن القياس يأبي^(٥) وجوب الحج بهذه الألفاظ لما ذكرنا وإنما تركنا

القياس بالعرف والعرف فيما إذا كان البيت مذكورا قصدا، ولا عرف فيما إذا كان^(٦) مذكورا تبعا فيرد إلى أصل القياس.

رجل قال عبدي حر إن لم أحج العام فشهد شاهدان^(٧) أنه ضحى العام بالكوفة وهو

يقول حججت العام^(٨) لم يعتق عبده. وقال محمد رحمه الله: يعتق^(٩).

له أن هذه الشهادة قامت على الإثبات لفظا ومعنى.

أما لفظا فالأهمل شاهدان على التوضيح. وأما معنى فلأن المقصود إثبات العتق فيقبل، وإذا

(١) في «أ، ج، د» عرف.

(٢) «إلى الكعبة» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ١٨٢/٥.

(٤) انظر: الأصل ١٥٢/٣.

(٥) في «د» ينافي.

(٦) في «ب، هـ» البيت.

(٧) في «هـ» شاهد. والصحيح «شاهدان» انظر: الهداية ١٨٤/٥.

(٨) «العام» ساقط من «أ، ج».

(٩) انظر: الهداية مع الفتوح، ١٨٤/٥ — ١٨٥؛ الفتاوى الهندية، ٥١٦/٣.

ثبتت التضحية بالكوفة انتفى الحج [أ/١٧١] ضرورة.

ولهما أن هذه الشهادة قامت على نفي الحج^(١) فلا تقبل، كما لو شهدا، أنه لم يحج. وإنما قلنا ذلك؛ لأنهما شهدا بالتضحية لنفي الحج لا لإثبات التضحية؛ لأنه لا حق للمدعي في التضحية؛ لأن العتق لم يتعلق بالتضحية وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت شهادة على نفي الحج^(٢) فلا تقبل.

فإن قيل الشهادة على النفي إنما لا تقبل إذا لم يكن الشاهد عالماً بالنفي، فأما لو قامت الشهادة^(٣) على نفي شيء هو عالم به جازت شهادته عليه^(٤) دل عليه ما ذكر^(٥) في السير الكبير^(٦) رجلان شهدا على رجل إنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل^(٧) قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول: أوصلت بقولي قول^(٨) النصارى جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي؛ لأنها قامت على نفي شيء عليم الشاهد به.

والجواب عنه أن نقول: إن^(٩) الشهادة على النفي لا تقبل لما ذكرتم، فبعد ذلك لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً^(١٠) ورفعاً للخرج عن الناس.

وأما مسألة السير فذاك شهادة على السكوت عقيب قوله المسيح [د/١١٧] ابن الله، والله تعالى منزّه^(١١).

(١) «الحج» ساقط من «ب، هـ» وفيهما: النفي.

(٢) «الحج» ساقط من «ب، هـ» وفيهما: النفي.

(٣) «الشهادة» ساقطة من «ب، ج، هـ».

(٤) «الشهادة» ساقطة من «أ، د» و«عليه» ساقط من «أ، ج، د».

(٥) في «ب» ذكرنا. وفي «ب، هـ» بدليل ما ذكر.

(٦) «الكبير» ساقط من «أ، ج، د» وانظر المسألة في: شرح السير الكبير للسرخسي، ٢٠٢٤/٥—

٢٠٢٥.

(٧) في «ب» ولم يصل.

(٨) في «ج» قالت.

(٩) «إن» ساقط من «ب، ج، هـ».

(١٠) «تيسيراً» ساقط من «أ، ب، د».

(١١) انظر: شرح السير الكبير، ٢٠٢٤/٥ — ٢٠٢٥؛ النافع الكبير، ٢٧١؛

باب اليمين في اللبس

رجل قال: إن لبست ثوبا من غزل امرأتي فلانة^(١) فهو هدي فاشترى قطننا فغزلته فلبسه^(٢) فهو هدي وقال أبو يوسف ومحمد: رحمهما الله ليس بهدي حتى تغزله من قطن كان في ملكه يوم حلف^(٣).

لهما أن النذر لا يصح إلا في الملك أو مضافا إلى سبب الملك والغزل واللبس ليسا من أسباب الملك فلم يصح نذره إلا في غزل قطن كان في ملكه وقت النذر^(٤).

ولأبي حنيفة أن المرأة تغزل من قطن الزوج عادة فانصرف كلامه إليه فصار كأنه قال كل ثوب ألبسه^(٥) من غزلها^(٦) من قطن أملكه.

ولو صرح بذلك يلزمه الهدي^(٧) بكل ثوب يلبسه من غزلها، سواء غزلت من قطن كان في ملكه وقت اليمين أو ملكه بعد ذلك كذلك ههنا.

وإذا لزمه الهدي كان عليه أن يتصدق به بمكة؛ لأن الهدي اسم لما يهدى^(٨) صرح أبو الليث السمرقندي^(٩) بأنه لا يجوز الهدي إلا بمكة^(١٠).

(١) في « ب، ج، هـ » غزل فلانة. وفي « أ » غزلك.

(٢) « فلبسه » ساقط من « ب ».

(٣) انظر: الهداية مع الفتح، ١٨٩/٥.

(٤) في « أ، ب، هـ » يوم النذر.

(٥) في « ب » لبست.

(٦) « غزلها » ساقط من « أ، ج ».

(٧) في « هـ » إليه.

(٨) في « ج » بمكة. وفي « د » إليها.

(٩) هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي أبو الليث، الملقب بإمام الهدي علامة من أئمة

الحنفية. له تصانيف عديدة منها: تفسير القرآن أجزاء متفرقة، وعمدة العقائد، وبستان العارفين

ومختلف الرواية وغيرها. وأخذ عن أبي جعفر الهندواني عن أبي القاسم الصفار عن نصير بن يحيى

عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف. مات سنة ٣٩٣ انظر الفوائد البهية ٢/٢٢٠؛ تاج التراجم

ص ٢٧٥ — ٢٧٦؛ سير أعلام النبلاء ١٦/٣٢٢.

(١٠) انظر: المختلف، له، لوحة ٣٦/أ (رقم الفلم: ٤٥٢، جامعة أم القرى)

رجل حلف لا يلبس حليا فلبس حاتم فضة لم يحنث ؛ لأن حاتم الفضة لا يسمى حليا
ألا ترى أنه يباح للرجال مع فئهم عن التحلي، وإن كان من ذهب حنث ؛ لأنه حلي ولهذا
لا يباح للرجال.

قالوا هذا إذا كان حاتم الفضة مصوغا على هيئة حاتم الرجال بأن لم يكن له فص فإن
كان فيه فص حنث.

ولو حلفت المرأة أن ^(١) لا تلبس حليا فلبست عقد ^(٢) لؤلؤ بلا ذهب لا تحنث.
وقال أبو يوسف ومحمد: تحنث. وعلى هذا الخلاف ^(٣) إذا لبست عقدا من الزمرد أو
الزبرجد غير مرصع.

لهما أن اللؤلؤ بدون الذهب والفضة حلي. قال الله تعالى ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً
تَلْبَسُونَهَا ﴾ ^(٤) وإنما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص ولهذا يستعمل للتحلي والترزين بدون
الذهب والفضة.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن العادة ما جرت بالتحلي باللؤلؤ إلا مرصعا بذهب أو فضة
ومبنى الأيمان على العرف والعادة ^(٥).

قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.
وقيل أيضا على قياس قوله لا بأس بلبس اللؤلؤ الخالص ^(٦) للرجل والغلام.
وقيل أيضا على قياس قوله في اللؤلؤ ^(٧) [١٧١ / أ ب] والذهب والفضة إذا لم يكن
مصوغا لا يكون حليا كما أن اللؤلؤ إذا لم يكن مرصعا لا يكون حليا حتى إن المرأة إذا جعلت
في عنقها ذهبا غير مصوغ لا تحنث. والله أعلم.

(١) « أن » ساقط من « أ ».

(٢) « عقد » ساقط من « أ ، ج ».

(٣) « الخلاف » ساقط من « ج ».

(٤) سورة النحل، آية: ١٤. وتعالى الآية: ﴿ وَتَرَى الْفَلَكَ مَوَاحِرَ فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلِعَلَّكُمْ
تَشْكُرُونَ ﴾.

(٥) انظر: المبسوط، ٣٠/٩ ؛ وانظر: ص ٥٤ من هذا البحث.

(٦) « الخالص » ساقط من « أ ».

(٧) « في اللؤلؤ » ساقط من « أ ، ب ، هـ ».

باب اليمين في الضرب والقتل

رجل قال لآخر: إن ضربتك فعبدني حر فضربه بعد الموت لا ينجث ؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن، والإيلام مما ^(١) لا يتحقق بعد الموت.

وكذا لو قال إن كسوتك فعبدني حر فهو على الحياة ؛ لأن الكسوة عبارة عن التملك. قال الله تعالى في كفارة اليمين: ﴿ أَوْ كَسَوْتَهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٢) والمراد ^(٣) به الدفع على وجه التملك ويقال كسى الأمير فلانا ^(٤) إذا ملكه ثوبا و التملك من الميت لا يتحقق وإنما يتصور إلباس الكفن والإلباس لا ينبي عن التملك، حتى لو حلف لا يلبسه ثوبا ^(٥) لا يتقيد بالحياة.

فإن نوى بالإكساء ^(٦) التغطية والستر صحت نيته ؛ لأنه نوى ما يحتمله اللفظ وفيه تغليظ عليه فيصدق ^(٧).

ولو قال إن كلمتك فهو على الحياة ؛ لأن كلام كل ^(٨) واحد منا لا يكون بدون الإسماع والإفهام وذلك ^(٩) لا يتحقق بعد الموت. قال الله تعالى: ﴿ وَمَا أَنْتَ بِمُسْمِعٍ مَّنْ فِي الْقُبُورِ ﴾ ^(١٠) وكذلك لو قال إن دخلت عليك يتقيد بالحياة ؛ لأن الدخول عليه إنما ^(١١)

(١) في « أ، ب، ج » منا. وساقط من « هـ ».

(٢) سورة المائدة، آية: ٨٩ . وتكملة الآية: ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ﴾ الآية.

(٣) في « ب، ج، هـ » وأراد.

(٤) في « ج » زاد، ثوبا.

(٥) « ثوبا » ساقط من « ب ».

(٦) في « ب » بالاكتساء. وفي « ج » بالكسوة.

(٧) « فيصدق » ساقط من « أ ».

(٨) « كل » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٩) « ذلك » ساقط من « أ، ب، ج، د » في « أ، ب، د » والإفهام منا، وفي « ج » والإفهام والاسماع منا.

(١٠) سورة فاطر، آية: ٢٢، وبداية الآية: ﴿ وَمَا يَسْتَوِي الْأَحْيَاءُ وَلَا الْأَمْوَاتُ إِنَّ اللَّهَ يُسْمِعُ مَن يَشَاءُ وَمَا أَنْتَ بِمُسْمِعٍ مَّن فِي الْقُبُورِ ﴾ الآية.

(١١) « إنما » ساقط من « أ » وفي « ب » إما أن.

يكون للزيارة والكرامة وبعد الموت يزار قبره، لآعينه حقيقة، قال عليه السلام: «كنت نهيتمكم عن زيارة القبور إلا فزوروها، ولا تقولوا هجرا»^(١) أي فحشا.

ولو قال إن غسّلتك فهو على الحياة والموت جميعا ؛ لأن الغسل صورته صب الماء عليه ومعناه إزالة الدرن والتنظيف وذلك يتصور بعد الموت.

رجل حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث في يمينه ؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤ لم يتصل بالبدن وقد تحقق هذا إذا فعل ذلك في حالة^(٢) الغضب على وجه الانتقام.

فإن فعل ذلك في^(٣) حالة الملاعبة لا يحنث. وكذلك إذا أصاب رأسه أنفها في الملاعبة فأدماها لا يحنث ؛ لأنه لا يعد ضربا في الملاعبة.

قالوا هذا إذا كانت اليمين بالعربية فإن كانت بالفارسية فعرضها أو خنقها أو مد شعرها لا يحنث على كل حال^(٤).

(١) أخرجه النسائي، ٨٩/٤ ؛ ومسلم، في باب استئذان النبي ﷺ ربه في زيارة قبر أمه، ٤٦/٧ وكتاب الأضاحي باب النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ونسخه، ١٣٤/١٣-١٣٥ ؛ والترمذي، كتاب الجنائز، باب الرخصة في زيارة القبور، ٣٧٠/٣. وقال حديث حسن صحيح. والحاكم في المستدرک، ٣٧٥/١ وصححه . وكلهم أخرجوه بدون زيادة: (ولاتقولوا هجرا) إلا النسائي في رواية.

(٢) « حالة » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٣) « في » ساقط من « أ، د، هـ ».

(٤) في « أ، د » وجه. وانظر في السألة : شرح فتح القدير، ١٩٧/٥.

جئنا إلى (١) مسائل من كتاب الأيمان لم تدخل في الأبواب.

رجل قال لآخر إن لم أقض (٢) دراهمك فعبدي حر فباعه بها عبدا وقبض العبد برّ في يمينه ؛ لأن قضاء الدين أن يكون المقبوض مضمونا على القابض وللقابض (٣) عليه مثله فتقع المقاصة (٤) وإذا [١١٨/د أ] وقعت المقاصة كان آخر الدينين، قضاء عن الأول وقد وجد هذا (٥) ؛ لأن ثمن (٦) العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأول وإنما اشترط (٧) قبض العبد ؛ لأن قبل القبض ثمن العبد لا يكون متقدرا في ذمته.

وكذا إذا قضاه زيوفا أو نبهجة (٨) برّ (٩) في يمينه، ردها أو لم يردها ؛ لأن الزيوف من جنس حقه ولهذا لو تجوّز بها في الصرف والسلم يجوز (١٠) ولا يكون استبدالاً (١١) فإن تجوّز بها، مضى الأمر. وإن ردها ينتقض القبض، ولا يتبين أن القضاء لم يكن.

وكذلك إذا استحقّ المقبوض فهو بمنزلة الزيوف والنبهجة ؛ لأن المستحقّ من جنس حقه، فإن أجاز المستحقّ مضى الأمر، وإن استردّها المستحقّ (١٢) لا يتبين أنه لم يكن قابضا

(١) « جئنا إلى » ساقط من « أ، ب، ج » و في هامش « أ » زاد، باب مسائل..

(٢) في « أ، ب، ج » لم أقضك.

(٣) في « ب، ج، هـ » والقابض.

(٤) المقاصة: إذا قاص كل منهم صاحبه في الحساب فحبس عنه مثل ما كان له عليه. المغرب، ٣٨٥ ؛ وانظر: المصباح المنير، ص ، ٥٠٥ . وقد عني الفقهاء بها إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان . انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية. ص ٢٥٩ .

(٥) في « ج » هنا.

(٦) « ثمن » ساقط من « د، هـ » وفي « أ، ب » ثمن كل العبد.

(٧) في « ب، ج، هـ » شرط وفي « د » يشترط.

(٨) الزيوف ما يرده بيت المال. والنبهجة ما يرده التجار، انظر: المغرب، ص ٢١٤ . شرح فتح القدير، ١٩٨/٥—١٩٩ ؛ حاشية رد المحتار ٨٣٩/٣ . « نبهجة » ساقطة من « أ، ج، د، هـ »

(٩) « بر » ساقط من « ب » .

(١٠) « يجوز » ساقط من « ب » .

(١١) في « أ، ب، د » ولا يجوز الاستبدال.

(١٢) « المستحق » ساقط من « ب » .

جنس حقه (١) واقتضاء (٢) [١٧٢/أ] الدين عبارة عن قبض جنس الحق.

ولا يقال لما رد المقبوض انتقض القبض (٣) من الأصل فصار كأن لم يكن ؛ لأننا نقول: بلى انتقض القبض بعد الصحة، فيظهر أثره في حق حكم يقبل الانتقاض، والسبب لا يمتثل الانتقاض.

وإن وهب صاحب الدين من المديون دينه لم يكن ذلك قضاء ولا يبر ؛ لأن هبة الدين إسقاط فلم يكن قضاء ولأن قضاء الدين فعل المديون وهبة الدين فعل صاحب الدين فلم يكن قضاء.

وكذا إذا قضاه ستوقه أو رصاصا (٤) لم يكن بارا في يمينه ؛ لأن الستوقه والرصاص ليسا من جنس الدراهم، ولهذا لو تجوز بهما، في الصرف والسلام لا يجوز.

وإذا لم يصر (٥) جنس حقه مضمونا عليه لا تقع المقاصة. هذا إذا حلف المديون، وإن حلف صاحب الدين فقال: إن لم أقبض ما لي عليك أو إن (٦) لم أستوف ما لي عليك فقبض عوضا (٧) بالدين برّ في يمينه ؛ لما قلنا.

وكذا لو وكل وكيلا بالقبض (٨) فقبض وكيله ؛ لأن فعل الوكيل كفعل الموكل. ولو قال إن لم أترن ما لي عليك فقبض شيئا من خلاف جنس حقه مما يوزن أو مما

(١) في « أ، ج، د، هـ » الحق.

(٢) في « ج » وقضاء.

(٣) في « ج » قبضه.

(٤) الستوقه: المغشوشة غشا زائدا، أردأ من النبهرج، وهي تعريب سه توقه (ثلاث طبقات). والرصاص : العلاب وفي الزيوف من الدراهم، هو المموه، انظر: المغرب، ٢١٧، ١٨٩، شرح فتح القدير، ١٩٩/٥ . حاشية ابن عابدين، ٨٣٩/٣ .

(٥) في « هـ » زاد، من.

(٦) « إن » ساقط من « ج ».

(٧) « فقبض » ساقط من « أ » وفي « ج، د » عرضا.

(٨) « بالقبض » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٩) « إن لم » ساقط من « ب ».

لا يوزن، لا يكون باراً؛ لأنه إذا قيده بالوزن سقط^(١) اعتبار عموم اللفظ فينصرف إلى أخص الخصوص وهو قبض عين الحق.

وكذا لو^(٢) قال إن لم أقبض ما لي عليك في كيس فقضاه مكان الدراهم دنانير أو عرضاً كان حائثاً؛ لما ذكرنا أنه لما بطل عموم اللفظ ينصرف إلى قبض^(٣) عين الحق.

وكذا لو قضاه الدراهم من غير وزن حنث؛ لأنه^(٤) شرط الوزن فلا يصير باراً بدونه، فإن نوى^(٥) بالوزن، الاستيفاء، دُين فيما بينه وبين الله تعالى^(٦)؛ لأنه نوى ما يحتمله اللفظ؛ لأن الوزن طريق الاستيفاء فجاز أن يجعل مجازاً عنه، ولا يصدق^(٧) قضاء؛ لأنه نوى المجاز وفيه تخفيف على نفسه فلا يصدق.

رجل حلف أن^(٨) لا يطلق امرأته أو لا يعتق عبده أو لا يتزوج^(٩) فأمر غيره بذلك ففعل كان حائثاً، وكذا لو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها حنث.

وكذا الصلح عن دم العمد والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة والقرض والاستقراض والهبة والصدقة وضرب العبد وذبح الشاة^(١٠) وخياطة الثوب والبناء كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث بفعل المأمور.

وفي المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة والاستتجار والصلح عن المال لا يحنث بفعل المأمور وكذا القسمة^(١١).

(١) « سقط » ساقط من « ب » .

(٢) في « أ » إذا .

(٣) « قبض » ساقط من « هـ » .

(٤) في « ج » زاد، لما .

(٥) في « د » عني .

(٦) في « ب » استيفاء الدين فيما بينه وبين الله تعالى، يصدق. وانظر المسألة في: الفتاوى الهندية، ١٣٦/٢ .

(٧) في « أ، ب » فلا يصدق .

(٨) « أن » ساقط من « أ » .

(٩) في « هـ » زاد، امرأة .

(١٠) في « ج، هـ » الدابة .

(١١) « وكذا القسمة » ساقط من « ب » .

ومن المشايخ^(١) مَنْ أُلْحِقَ الخصومة بهذا القسم، أما في الفصل الأول؛ فلأن شرط الحنث في العقود الشرعية^(٢) كالطلاق والعنق والهبة والصدقة والإيداع والإعارة والإقراض ونحو ذلك، العقد هو^(٣) الموجب للحكم، لاصورة العقد، ألا ترى أنه لو جن الأمر^(٤) بعد اليمين فطلق أو أعتق لا يحنث في يمينه.

وعقد الوكيل من حيث إنه يثبت الحكم^(٥) مضاف إلى الأمر، والوكيل فيه بمنزلة السفير والرسول حتى لا ترجع الحقوق إليه ولا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فكان الموكل متكلمًا بلسان الوكيل فيحنث.

وفي الأفعال الحسية كالضرب والذبح والبناء والخياطة فعل المباشر ينتقل [١٧٢/أ ب] إلى الأمر في حق الحكم حتى لا يجب عليه الضمان فيحنث فيه الخالف.

ومن المشايخ^(٦) مَنْ ذكر لهذا أصلاً فقال: كل ما لا يجوز أن يثبت الحكم للمباشر بنفسه ثم ينتقل منه^(٧) إلى الأمر كالطلاق والعنق^(٨) والنكاح وغيره يحنث الخالف^(٩) فيه بفعل المأمور، وكل ما يجوز أن يثبت الحكم للعاقد ثم ينتقل من جهته إلى الأمر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال والقسمة لا يحنث الخالف فيها بفعل المأمور^(١٠)؛ لأن العاقد أصل في هذه العقود كأنه اشتراه لنفسه ثم ينتقل منه بجهة أخرى إلى الأمر، ولهذا ترجع إليه الحقوق ويستغنى عن إضافة العقود^(١١) إلى الموكل.

(١) انظر: العناية، ١٧٤/٥.

(٢) «الشرعية» ساقطة من «أ».

(٣) هو ساقط «أ، ب، ج، هـ».

(٤) «الأمر» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٥) في «ج» مثبت للحكم.

(٦) انظر: شرح فتح القدير والعناية، ١٧٣/٥.

(٧) «ثم» ساقط من «د» و«منه» ساقط من «أ، د، هـ».

(٨) «العنق» ساقط من «أ، ب، د، هـ».

(٩) «الخالف» ساقط من «أ، د».

(١٠) انظر: بدائع الصنائع، ٨٣/٣؛ تبيين الحقائق، ١٤٧/٣؛ شرح فتح القدير والعناية، ١٧٣/٥.

(١١) في «ب» العقد.

وإذا اقتصر العقد على الوكيل لا يحث الأمر إلا إذا كان الخالف شريفاً [١١٨/د ب] لا يباشر العقود بنفسه بل يفوض إلى غيره فيحث بفعل^(١) الوكيل ؛ لأن يمين مثله ينصرف إلى ذلك فإن كان يباشر بنفسه مرة ويفوض إلى غيره أخرى يعتبر فيه الغالب. ولو حلف لا يُطلق أو لا يُعتق وقال عنيت أن لا أتلفظ به صدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يُصدق في القضاء.

وفي الضرب والذبح وغيرهما من الأفعال الحسية إذا قال عنيت أن لا أباشر بنفسي دُين في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى في قول أبي يوسف ومحمد^(٢).

والفرق هو^(٣) أن وجود^(٤) التصرفات الشرعية^(٥) كالطلاق والعتاق ونحوهما بكلام يوجد من المرء فيثبت به الطلاق والحرية^(٦) والأمر بذلك مثل التكلم^(٧) به فإذا نوى التكلم بنفسه فقد نوى الخصوص فلا يصدق في القضاء.

وأما الذبح والضرب ونحو ذلك فعل حسي يعرف بأثره وإنما جعل الأمر ضارياً بحكم التسبب فإذا نوى الحقيقة صدق قضاء^(٨) وديانة.

ذكر قولهما في هذه المسألة ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم يحفظ فيها قوله. ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره فضربه لم يحث بخلاف العبد؛ لأن في العبد منفعة الضرب تعود^(٩) إلى المولى؛ لأنه إنما يضرب لينقاد له^(١٠) العبد فيأتمر لأوامره^(١١) فإذا

(١) في « ج، هـ » بعقد.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء ٤٨٩/٢ .

(٣) « هو » ساقط من « ج » .

(٤) في « هـ » وجوه.

(٥) في « ب » زاد، في القضاء.

(٦) في « ب » زاد، العتاق.

(٧) في « د، هـ » الأمر بذلك مثل المتكلم به.

(٨) « قضاء » ساقط من « أ » .

(٩) « تعود » ساقط من « ب » .

(١٠) « له » ساقط من « هـ » .

(١١) في « هـ » الأوامر.

كانت المنفعة تعود إليه كان ضرب غيره كضربه، أما في ضرب (١) الولد منفعة الضرب تعود إلى الولد ؛ لأن الولد إنما يضرب ليتأدب ويتعلم ويترجر عن القبائح وإن كان فيه منفعة الوالد، أيضا فذاك ليس بمقصود وفعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم عود المنفعة فإذا لم تعد إليه المنفعة لا ينتقل ولأن الأشراف لا يضربون العبيد بأنفسهم (٢) لحشيتهم ويضربون الأولاد بأنفسهم صيانة لهم عن الهوان.

ولو حلف ليضربن فلانا فأمر غيره فضربه لا يكون بارا (٣) حتى يضربه بنفسه. فرق بين هذا وبين ما إذا عقد اليمين على ضرب عبده فأمر غيره فضربه، كان بارا (٤) والفرق أن الأمر بضرب الحر لا يصح ؛ لأنه لا يملك ذلك بنفسه فلا يملك التفويض إلى غيره ولهذا لا يحل للمأمور أن يضربه وإذا لم يصح الأمر لم ينتقل فعل المأمور إليه، أما الأمر بضرب العبد صحيح ولهذا يحل للمأمور أن يضربه فإذا (٥) صح الأمر ينتقل فعل المأمور إليه. وإن كان الخالف سلطانا أو قاضيا [١٧٣/أ أ] فأمر غيره فضربه برّ في يمينه ؛ لأن القاضي والسلطان يملك ضرب الأحرار حدا وتعزيرا فيملك التفويض إلى غيره فصار الحر في حق السلطان والقاضي بمنزلة العبد.

ولو حلف القاضي أن لا (٦) يضرب فلانا فأمر غيره فضربه (٧) وقال عنيت أن لا أبأشر بنفسي دبين في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه. رجل حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ في يمينه عندنا، وقال زفر لا يبر (٨)؛ لأن الهبة (٩) عقد تمليك فلا يتم بدون القبول كالبيع.

(١) « ضرب » ساقط من « ج ».

(٢) « بأنفسهم » ساقط من « هـ ».

(٣) في « ج » لا يبر في يمينه.

(٤) في « ب » يجنت.

(٥) في « أ » فلما.

(٦) « أن » ساقط من « ج، هـ » و « لا » ساقط من « ب ».

(٧) « فضربه » ساقط من « أ، ج ».

(٨) انظر: المسوط، ١٠/٩ ؛ حاشية رد المختار، ٣/٨٤٥ ؛

(٩) في « ب » العبد.

ولنا أن الهبة تملك من قبل الواهب ؛ لأنها تملك بغير عوض وقد تم ما كان من جهة الواهب وإنما شرطنا القبول كيلا تلحقه المنة بدون التزامه، بخلاف البيع ؛ لأنه تملك بإزاء تملك فلا يتم بأحدهما ^(١) فكان كلام كل ^(٢) واحد منهما شرط العقد، والصدقة والإعارة والإقراض على ^(٣) الخلاف الذي ذكرنا في الهبة.

ولو حلف لا يشتري فاشترى من فضولي ^(٤) وهو عالم به حث في يمينه وكذا لو اشترى شراء فاسدا ؛ لأن عقد الفضولي منعقد فيما بين المتعاقدين ؛ لأنه تصرف صدر من الأهل مضاف إلى المحل وإنما لا ينفذ ^(٥) دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر في الانعقاد وكذا البيع الفاسد سبب الملك ^(٦) إلا أنه تراخي الملك إلى وقت القبض.

رجل حلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا أو تزوج ^(٧) بغير أمرها ^(٨) زوجها فضولي منه لا يحنث قبل الإجازة ؛ لأن النكاح عقد شرع مع المنافي ^(٩) ؛ لأنه عقد استرقاق والحرية تنافي ذلك وإنما سقط اعتبار المنافي عند الإجازة فقبل الإجازة لا يكون سببا، بخلاف البيع ؛ لأن المال محل للتصرف بأصل الخلقة فكان تصرف الفضولي مضافا إلى محله فيكون سببا قبل الإجازة.

ولو حلف لا يصلي فصلى بغير طهارة لا يحنث ؛ لأن الصلاة اسم لعبادة مخصوصة لوجود لها إلا بالطهارة بل الصلاة بدون الطهارة معصية.

وكذا لو حلف لا يصوم فصام بدون النية ^(١٠) لا يحنث ؛ لأن الصوم المعهود اسم

(١) في « ب » بأحد الطرفين.

(٢) « كل » ساقط من « أ، ج ».

(٣) في « أ » زاد، هذا.

(٤) فضولي: وهو في اصطلاح الفقهاء ، من ليس بوكيل. المغرب ص، ٣٦٢ .

(٥) في « أ، ب » لا ينعقد.

(٦) « سبب » ساقط من « ب ، هـ » و « الملك » ساقط من « أ، ج، د ».

(٧) في « ب، ج » امرأة.

(٨) بغير أمرها « ساقط من « ب، ج ».

(٩) في « ج » المنافاة.

(١٠) في « ج » فأمسك بغير نية.

لإمساك هو عبادة فلا توجد بدون النية.

وإن نوى الصوم فأمسك ساعة من النهار ثم أفطر حنث في يمينه ؛ لأنه أمسك مع النية [١١٩/د أ] والإمساك في بعض النهار قد يكون عبادة فيكون حائثا.

ولو حلف لا يصوم صوما أو حلف لا يصوم يوما فأفطر قبل غروب الشمس لا يحنث في يمينه، أما إذا (١) ذكر اليوم فظاهر وكذا إذا ذكر صوما (٢)؛ لأنه (٣) ذكر المصدر وإنما يذكر المصدر (٤) للمبالغة فينصرف إلى الكامل وما دون اليوم ليس بكامل.

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ولم يسجد (٥) لا يحنث، والقياس أن يحنث ؛ لأن بالتكبير يصير شارعا في الصلاة ولهذا كانت الصلاة بالإيماء صلاة وكذلك صلاة الجنائز صلاة (٦) وإن لم يكن فيها ركوع وسجود (٧).

وجه الاستحسان أن الصلاة المطلقة عبارة عن أركان معلومة (٨) معدودة ولا توجد بدونها، أو بما يقوم (٩) مقامها وبدون السجود لاتتم الأركان فلا يحنث.

وإن صلى ركعة واحدة (١٠) حنث في يمينه ؛ لأن جميع الأركان توجد في الركعة الواحدة وما بعدها (١١) تكرار ولهذا يقال فلان صلى ركعة.

[١٧٣/أ ب] ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ؛ لأنه ذكر المصدر فينصرف إلى الكامل وأدنى الصلاة الكاملة ركعتان، قال عليه السلام : « ما أجزأت

(١) « إذا » ساقط من « أ ».

(٢) في « ج » قال لا يصوم صوما.

(٣) في « أ » زاد، إذا.

(٤) « المصدر » ساقط من « أ، ب، د، هـ »

(٥) في « هـ » وسجد.

(٦) « صلاة » ساقط من « ب، ج، هـ » وفي « أ، د » الصلاة على الجنائز .

(٧) « سجود » ساقط من « أ ».

(٨) « معلومة » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٩) في « أ، ب » وإنما يقوم.

(١٠) « واحدة » ساقط من « أ، ب، ج، هـ ».

(١١) في « ج » زاد، يكون.

رجل قال: إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته (٢) طالق وهو لا يملك إلا خمسين (٣) درهما لا يحنث ؛ لأن هذا الكلام لا يذكر إلا لنفي (٤) ما زاد على المائة فلا يحنث في المائة وما دونها، وكذا لو قال إن كان لي غير مائة درهم أو سوى (٥) لأتأمن من حروف الاستثناء. ولو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لا يحنث ؛ لأن الريحان اسم لكل (٦) نبت أخضر له رائحة طيبة وليس له ساق (٧) كالشاهسيرم (٨) [والعنبر، والآس (٩)، وأما الورد والياسمين لهما ساق كالشجرة] (١٠).

وقيل كل (١١) ما يخرج من الشجر فهو ورد وما ينبت بساقه فهو ريحان ؛ لأن الريحان ما لعينه رائحة طيبة، وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة طيبة، وإنما الرائحة لما يخرج منها، وقد يكون للفتح رائحة ولا يكون ريحانا ولا يسمى به.

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، ص ٩٦ ؛ والطبراني في معجمه الكبير، رقم (٩٤٢٢) ٣٢٦/٩. وقال الهيثمي: وحصين لم يدرك ابن مسعود، وإسناده حسن، انظر: مجمع الزوائد، ٢/٢٤٢. ونقل الزيلعي عن الخلاصة: إنه موقوف ضعيف. انظر: نصب الراية، ٢/١٢١. وقال النووي: في المجموع إنه ليس بثابت ولو ثبت لحمل على الفرائض. ٢٣/٤. وقال صاحب إعلاء السنن: ٦٢/٦ «ورجاله كلهم ثقات وإبراهيم عن ابن مسعود مرسل، ولكن مراسيله صحاح خاصة عن ابن مسعود».

(٢) في «ج» فامرأتي.

(٣) في «ب» وهو يملك خمسين.

(٤) في «ب، د، هـ» إنما يذكر لنفي. و «إنما» ساقط من «ج».

(٥) «أو سوى» ساقط من «أ، ب، هـ».

(٦) «لكل» ساقط من «أ، د».

(٧) انظر: القاموس المحيط، ص، ٢٨٢.

(٨) كلمة فارسية، أصله شاه اسبرم، بالباء ثلاث نقط، معناه: الريحان. انظر: قاموس الفارسية ص

(٩) «الآس» شجرة ورقها عطر. المغرب ص ٣٠.

(١٠) ما بين المعقوفين ساقط من «هـ».

(١١) «كل» ساقط من «ب».

ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهن البنفسج لا على ورقه (١).
ولو حلف لا يشتري وردا فهو على الورق (٢) دون دهنه.
والقياس فيهما أن يكون على الورق وبه أخذ الشافعي رحمه الله؛ لأن دهن البنفسج غير
البنفسج (٣).

وفي الاستحسان فرق بينهما، لمكان العرف؛ فإنهم يذكرون البنفسج ويريدون به (٤)
الدهن لا عين البنفسج ولذلك (٥) يسمى بائع دهن البنفسج بائع البنفسج وإذا ذكر الورد يراد
به (٦) الورق.

قال مشايخنا رحمهم الله هذا في عرفهم، أما في عرفنا دهن البنفسج لا يسمى بنفسجا فلا
يحنث بشراء الدهن إذا عقد يمينه على البنفسج (٧).

امرأة قالت لزوجها: إنك تزوجت عليّ فقال كل امرأة لي طالق طلقت هذه (٨) التي
حلّفته في القضاء.

وعن أبي يوسف أنها لا تُطلّق وبه أخذ مشايخنا (٩)؛ لأن غرض الخالف تطيب قلبها
فينصرف الطلاق إلى غيرها.

وجه ظاهر الرواية أنه زاد على الجواب؛ لأنه لو أراد به الجواب يكفيه (١٠) أن يقول

(١) « البنفسج » ساقط من « ج » وفي « أ، ج، د » لا على ورده.

(٢) في « أ » على الورد. وفي « ج » على ورق الورد.

(٣) لم أقف على رأي المالكية، إلا أن الدسوقي قال: إنه لا يحنث بماء الورد، ويحنث بذاته.

وأما عند الحنابلة فيحنث بالدهن والورق جميعا، إلا أن عند القاضي لا يحنث بشم دهن البنفسج

وماء الورد. انظر: حاشية الدسوقي، ١٤٤/٢؛ المذهب، ١٣٦/٢؛ المجموع، ٧٢/١٨؛

كشف القناع، ٢٦٣/٦؛ المبدع، ٣٠٧/٩؛ المغني، ٦٠٩/٩ — ٦١٠.

(٤) « به » ساقط من « ج ».

(٥) في « أ، ب، د » وكذلك.

(٦) « به » ساقط من « د ».

(٧) انظر: المبسوط، ٢٨/٩ — ٢٩.

(٨) « هذه » ساقط من « ج ».

(٩) في « ج » بعض مشايخنا « د » وانظر المسألة: في شرح فتح القدير، ١٨٠/٥؛ النافع الكبير، ٢٧٦.

(١٠) في « أ » يكفي.

إن فعلت كذا^(١) فهي طالق [فإذا زاد على حرف الجواب]^(٢) يصير مبتدئا فيعمل بعموم اللفظ كما لو قال ذلك ابتداء.

وقوله بأن الغرض تطيب قلبها.

قلنا^(٣) كما يحتمل ذلك يحتمل أنه قصد إيجاشها لما اعترضت عليه فيما هو مباح فلا يترك العمل بعموم اللفظ، فإن قال عنيت به غيرها دین فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه.

رجل له ثلاث نسوة فقال هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين، وكذا لو قال لثلاثة أعبد أنت حر أو هذا وهذا عتق الثالث، وله الخيار في الأولين إن شاء أوقع على الأول وإن شاء أوقع على الثاني.

وذكر أيضا في كتاب الإقرار: لو قال لفلان علي ألف أو لفلان وفلان كان نصف الألف للثالث وله الخيار في النصف الآخر إن شاء جعله للأول وإن شاء جعله للثاني.

وروى ابن سماعة عن محمد^(٤) أنه يغير في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأول وإن شاء أوقع على الآخرين^(٥) وكذا في الإقرار إن شاء جعله للأول وإن شاء جعله للآخرين؛ لأن الجمع بحرف [١٧٤/أ] الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار^(٦) كأنه قال هذا حر أو هذان وجعل هذا نظير ما قال في الجامع^(٧).

رجل قال والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا، إن كلم الأول حنت وإن كلم أحد الآخرين لا يحنت حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني، وفي ظاهر الرواية فرق بين مسألة الجامع [١١٩/د ب] وبين ما ذكرنا في الطلاق والعتاق والإقرار.

وجه الفرق أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما نكرة إلا أن في الطلاق

(١) « إن فعلت كذا » ساقط من « أ » و « كذا » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

(٣) « قلنا » ساقط من « أ ».

(٤) انظر: العناية مع الفتح، ١٧٢/٥.

(٥) في « ب، هـ » الآخرين.

(٦) « فصار » ساقط من « هـ » وفيه فكأنه.

(٧) في « ب » الجمع.

والعناق الموضوع موضع الإثبات والنكرة في موضع الإثبات تخص (١) فنتناول أحدهما، فإذا عطفنا الثالث (٢) على أحدهما صار كأنه قال إحداهما طالق وهذه، ولونص على هذا، كان الحكم ما ذكرنا (٣).

أما في مسألة الجامع، الموضوع موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم (٤) وتكون كلمة أو بمعنى لا، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطْعَمُونَ مِنْهُمْ أَمْثًا أَوْ كَفُورًا﴾ (٥) أي ولا كفورا، (٦) فصار كأنه قال والله (٧) لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا (٨) فإذا ذكر الثالث بحرف العطف يصير كأنه قال: والله لا أكلم فلانا ولا هذين (٩).

إذا قال لعمر الله أو أتم الله فهما يمينان؛ لأتهما يستعملان في اليمين عرفا مؤكدا بالكتاب والسنة قال الله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾ (١٠).

وأما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر زيد بن حارثة (١١) في حرب

(١) انظر: أصول السرخسي، ١٦٠/١؛ الفروق، ١٤٨/٣.

(٢) في «ج، هـ» عطف. و«الثالث» ساقط من «أ».

(٣) في «ج» ما قلنا.

(٤) انظر: أصول السرخسي، ١٦٠/١، ١٤١/٢؛ المسوط، ٢٢٧/٣٠؛ شرح فتح القدير، ١٣٤/٥؛ غمز عيون البصائر، ١٢٨/١.

(٥) سورة الإنسان، آية ٢٤؛ وانظر المسألة في: أحكام القرآن للجصاص، ٤٢٧/١، ٢٣/٣؛ أصول السرخسي، ٧٠/١، ٢١٦-٢١٧.

(٦) «ولا كفورا» ساقط من «هـ».

(٧) «والله» ساقط من «أ، ب».

(٨) «وفلانا» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٩) في «أ، د، هـ» أو هذين.

(١٠) سورة الحجر، آية: ٧٢.

(١١) هو زيد بن حارثة بن شراحيل أو شرحبيل بن كعب بن عبد العزى بن يزيد سيد الموالي وأسبغهم إلى الإسلام وحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو حبه كان الرسول صلى الله عليه وسلم يؤمّره على الجيوش، استشهد في غزوة مؤتة عام: ٨ هـ انظر: الاستيعاب، ٤٧/٤؛ سير اعلام النبلاء، ٢٢٠/١؛ الإصابة، في تمييز الصحابة، ٦٢٨/٢.

كلاب (١) فطعن فيه فقال عليه السلام: « أيم الله إنه لخليق للإمارة » (٢) أي لحقيق، والله أعلم (٣).

-
- (١) اختلف في تحديد موقعه، قيل: اسم ماء بين الكوفة والبصرة كانت عنده وقعة. وقيل ماء بين جبلة وشمام على سبع ليال من اليمامة وفيه كان الكلاب الأول والثاني من أيامهم المشهورة. انظر: الكامل في التاريخ، ١/٥٤٩؛ معجم البلدان، ٤/٤٧٢؛ العناية ١٠/٢٣.
- (٢) أخرجه البخاري، في الأيمان، ٧/٢٧٦؛ مسلم في الفضائل، ١٥/١٩٥—١٩٦؛ والطبري، في تاريخه، ٢/٢٢٤؛ وابن سعد في الطبقات الكبرى، ٢/١٩٠، ٢٤٩.
- (٣) هنا انتهى الجزء الأول من كتاب شرح الجامع الصغير لقاضي خان، في نسخة (أ) وفي الصفحة الأخيرة من الجزء الأول وصفة طبية للطب الشعبي، وأيضاً توجد فيها بعض المقتطفات من مسائل الوصية من كتاب الأوقاف للنخفاف ولكنها غير واضحة.

كتاب الحدود (١)

[١١/٢] (٢) رجل شهد عليه الشهود بعد حين بسرقة أو زنا أو شرب خمر لا يجد في شيء من ذلك ويضمن السرقة، فإن أقر بذلك بعد حين حد، إلا في شرب الخمر، والأصل فيه أن التقادم يمنع قبول الشهادة بكل حد وجب حقا لله تعالى (٣).

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله (٤) [لا يمنع، له (٥) أن التقادم لا يمنع قبول الشهادة في القصاص وحد القذف فكذلك في غيرهما ولهذا] (٦) لا يمنع قبول الشهادة على الإقرار بما يوجب الحد (٧).

ولنا قول عمر رضي الله عنه « أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فهم شهود

(١) « كتاب الحدود » ساقط من « أ » وفيها « باب حد الشرب » بدل كتاب الحدود. وفي بدايتها: بسم الله الرحمن الرحيم، وبه نستعين.

الحد: بمعنى الحاجز بين شيئين والمنع، ومنتهى الشيء، وفي الشرع: عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى. ومنع الجاني من عودة لمثل فعله وزجر غيره. وقيل المراد به: الفصل بين الحلال والحرام. انظر: القاموس المحيط، ٣٥٢؛ التعريفات للحرجاني، ٨٣؛ أنيس الفقهاء، ١٧٣؛ المطلع على أبواب المقنع، ٣٧٠؛ المبسوط ٣٦/٩؛ شرح الزرقاني على الموطأ ١٣٥/٤؛ مغني المحتاج، ١٥٥/٤؛ منتهى الإرادات، ٣٣٦/٣؛ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٤٧/٢٨ - ٣٤٨؛ أعلام الموقعين ٢٩/٢.

(٢) من هنا يبدأ الجزء الثاني من نسخة « أ » ويبدأ الترقيم من ١ إلى ١٦٠ مجددا.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين، ٩/٤.

(٤) هو عبدالرحمن بن أبي ليلى، أبو عيسى الأنصاري مفتي الكوفة وقاضيا، ولد في خلافة الصديق وتوفي بوقعة الجمامم سنة ٨٢ هـ وقيل غير ذلك. انظر: وفيات الأعيان، ١٢٦/٣؛ سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦؛ ميزان الاعتدال ٦١٣/٣ - ٦١٦؛

(٥) « له » ساقط من « ب » وفيه: لأن.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٧) وقال بقول ابن أبي ليلى، المالكية والشافعية والحنابلة وابن المنذر. انظر: المبسوط، ١٥١/٣٠؛ شرح فتح القدير، ٢٧٩/٥، ٣٠٢؛ المدونة الكبرى، ٢٨٦/١٦؛ الأم، ١٣٠/٧؛ روضة الطالبين، ٩٨/١٠؛ الكشاف القناع، ١٠٣/٦؛ المغني لابن قدامة، ٧٦/٩؛ الإشراف، ٢٩٣/٢.

ضعن» (١) ولأن الإنسان إذا رأى من غيره فاحشة توجب الحد، ولا يشترط الدعوى لقبول الشهادة، بخير (٢) بين الستر والإظهار إقامة للحسبة، والستر أندب، فإذا لم يُظهر زمانا (٣) فقد اختار الستر؛ إذ لا يجوز له ترك الإظهار إلا عند اختيار الستر فإذا شهد بعد ذلك فإنما شهد لضغينة حملته (٤) على ذلك أشار إليه عمر رضي الله عنه فقال: «هم شهود ضعن».

وفي السرقة لا تقبل الشهادة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود بل لأن الدعوى شرط لقبول الشهادة وإنما لا تقبل للخلل (٥) في الدعوى؛ لأن صاحب المال كان مخيرا في الابتداء بين أن يدعي السرقة وبين أن يدعي المال مطلقا ويستتر على السارق فإذا أصر (٦) الدعوى فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد، وبقي له حق (٧) دعوى المال فيقضى له (٨) بالمال دون القطع، كما لو شهد على السرقة رجل وامرأتان يقضى بالمال دون القطع (٩) ثم اختلفوا في حد التقادم فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفوز إلى رأي كل قاض في عصره؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يمكن.

وعن محمد أنه قدره بالشهر وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله فقال أحسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا؛ لأن الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل (١٠).

(١) الضغن: الحقد. انظر: القاموس المحيط، ص: ١٥٦٤، والأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه، في باب لا يؤجل في الحدود، ٤٣٢/٧. ابن حزم في المحلى بالآثار، كتاب الحدود مسألة (٢١٧٩) ٤٣/١٢. البيهقي، ١٠/١٥٩، وقال: هذا منقطع فيما بين الثقيفي وعمر. وقال ابن قدامة: رواه الحسن مرسلًا، ومراسيل الحسن ليست بالقوية. ٧٦/٩.

(٢) في «أ» بل هو مخير.

(٣) في «ب» أياما.

(٤) في «أ» شهدوا بعد ذلك فإنما شهدوا لضغينة حملتهم.

(٥) في «أ، د، هـ» للخلل.

(٦) في «أ» اختار.

(٧) «حق» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٨) «له» ساقط من «أ، ب، ج».

(٩) قال السرخسي: «إن حد السرقة لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد، والعارض في الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء» انظر: المبسوط، ١٧٦/٩، ١٨٦.

(١٠) انظر: المبسوط، ٧٠/٩؛ الهداية، مع الفتح ٢٨٢/٥؛

أصله مسألة اليمين: إذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر برّ في يمينه.

وإن أقر بزنا متقادم أو سرقة أو قطع طريق بعد حين حدّ، وقال زفر رحمه الله لا يحد (١) لأن الإقرار بالزنا بمنزلة الشهادة ولهذا شرط التكرار أربع مرات كما يشترط الأربعة (٢) في الشهادة، ثم التقادم يمنع قبول الشهادة فيمنع صحة الإقرار.

ولنا ما روي أن ماعزا رضي الله عنه (٣) أقر بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام: «لعلك تزوجتها لعلك مستتها فقال لم يكن شيء من ذلك ثم سأل عن أهله فقال عليه السلام: أبة خيل، أبة جنون؟ فقالوا: لا» (٤) استقصى (٥) في طلب ما يكون سببا للدرء (٦) ولم يسأل عن الوقت ولو كان التقادم مانعا لسأله عن الوقت؛ ولأن التقادم إنما يمنع قبول الشهادة لمكان التهمة ولا تكمة في الإقرار؛ لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذبا.

وإن أقر بشرب الخمر فإن كان توجد منه رائحة الخمر حد، وإلا فلا، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله يحد، ولا يشترط وجود الرائحة (٧).

[٢/أب] [١٢٠/دأ] وجه قوله إنه غير متهم في الإقرار فيؤخذ بإقراره كما في سائر الحدود؛ لأن الروائح (٨) تشبه بعضها بعضا فلا يشترط وجودها.

(١) انظر: المبسوط، ٩٧/٩؛ شرح فتح القدير، ٢٨١/٥.

(٢) في «أ، ج، د، هـ» الأربع.

(٣) هو ماعز بن مالك الأسلمي، وقيل اسمه غريب، وماعز لقبه، وقيل: كنيته أبو عبدالله، له صحبة اعترف بالزنا، لدى الرسول ﷺ فأمر برجمه، انظر: طبقات ابن سعد، ٣٢٤/٤؛ الاستيعاب، ٤١٨/٣؛ الإصابة لابن حجر، ٧٠٥/٥؛ تهذيب الأسماء، ٣٨٣/٢؛

(٤) لم أجد هذا اللفظ ولكن أخرجه البخاري بنحوه في كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقرر لعلك.. بلفظ (لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت...) ٣٠/٨. ومسلم، بمعناه في كتاب الحدود، ١١/١٩٣، ٢٠٠؛ والحاكم ٤/٤٠٢؛ وعبدالرزاق، ٧/٣٢٣؛ والدارقطني في كتاب الحدود، ٩٤/٣، باسناد حسن.

(٥) في «هـ» استقصاء.

(٦) في «أ» في سبب الدرء.

(٧) انظر: الهداية مع الفتح، ٥/٢٨٢—٢٨٣، ٣٠٢—٣٠٣.

(٨) في «ج، د، هـ» الرائحة.

ولهما ما روي أن رجلا جاء بابن أخ له إلى ابن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده (١)
بشرب الخمر فقال له ابن مسعود: « بنس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيرا ولا ستوت عليه كبيرا ثم
قال مزموه وتلتلوه وترتروه (٢) واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه » (٣).

وحد الشرب عرف بإجماع الصحابة رضي الله عنهم (٤) فلما شرط وجود الرائحة
لم يثبت الإجماع عند انقطاع الرائحة، ولأن الحدود يحتال لدرئها فمهما أمكن ضم دليل آخر
إلى الإقرار والشهادة لا يكتفى به والرائحة دليل من حيث الظاهر فيشترط وجودها.

وكذا لو شهدوا عليه بشرب الخمر وريحها توجد منه، أو جاعوا به سكران حد، وإن
شهدوا بعد ذهاب الرائحة والسكر لا يحد.

أجمع أصحابنا رحمهم الله أن التقادم يمنع قبول هذه الشهادة (٥)، لكن اختلفوا في حد
التقادم فيها:

فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حد التقادم فيها انقطاع الرائحة، وعند محمد
الشهر كما في سائر الحدود (٦).

فإن أخذت الشهود وريحها توجد (٧) منه وهو سكران فذهبوا به إلى مصر فيه الإمام
فانقطعت الرائحة لبعده المسافة حد، في قولهم؛ لأنهم ما اختاروا الستر وما فرطوا في الأداء وإنما
انقطعت الرائحة بسبب لا يمكن الاحتراز عنه فلا يعتبر.

(١) « عنده » ساقط من « أ، ج ».

(٢) المزمرة، والثلاثة، والترترة: بمعنى التحريك. « ترتروه » ساقط من « أ، ج » وفي « ب، د، هـ » زاد،
كلمة « أيضا » انظر: القاموس المحيط ٤٥٥، ٦٧٥، ١٢٥٤.

(٣) أخرجه عبدالرزاق، بنحوه، ٣٧١/٧؛ والبيهقي، ٣١٨/٨. وقال: إن هذا الحديث بعض أهل
العلم ينكره؛ وضعفه الهيثمي، انظر: مجمع الزوائد، ٢٧٦/٦.

(٤) انظر: المبسوط، ٧٢/٩، ٣٠/٢٤؛ الهداية والعناية، مع الفتح، ٣٠٤/٥؛ حاشية ابن عابدين،
٤١/٤؛ شرح الزرقاني على الموطأ، ١٦٧/٤؛ بداية المجتهد، ٤٤٤/٢؛ شرح النووي على
مسلم، ٢١٧/١١؛ سبل السلام ١٣١٣/٤.

(٥) انظر: الهداية مع الفتح، ٣٠٢/٥.

(٦) انظر: المبسوط، ١٧١/٩؛ الهداية مع الفتح، ٢٨٢/٥ — ٢٨٣، ٣٠٣؛

(٧) في « هـ » موجود.

وإن شهدوا عليه وريحتها توجد (١) منه وهو سكران لا يجد قبل ذهاب السكر؛ لأنه ربما يصحو فيدعي شبهة تمنع الحد ولأن الزجر لا يحصل بإقامة الحد قبل ذهاب السكر. ولا يجد السكران بإقراره؛ لأنه قد يقر كاذبا لسكره، فلا يصح إقراره في الحدود الخالصة لله تعالى احتيالا لدرئها، ويؤخذ بإقراره فيما سواها (٢) من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف.

عرف ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنهم قالوا (إذا سكر هذى وإذا هذى افتري، وحد المفتري ثمانون) (٣) فهذا إجماع منهم على وجوب حد القذف عليه، فإذا وجب عليه (٤) حد القذف (٥) حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق.

رجل شرب من المسكرات غير الخمر فإنه لا يجد حتى يسكر من ذلك وفي الخمر لا يشترط السكر لما يذكر إن شاء الله (٦) في الأشربة.

والسكران الذي يجد هو الذي لا يعرف قليلا ولا كثيرا ولا يعرف الرجل من المرأة هكذا ذكر ههنا.

وقال أبو يوسف ومحمد (٧) رحمهما الله أن يختلط كلامه ويكون غالب كلامه الهذيان (٨) فإن كان نصف كلامه مستقيما فليس بسكران، واعتبرا فيه العرف والعادة وفي كتاب الله

(١) في « هـ » موجود.

(٢) في « أ » ما سوى ذلك.

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، برواية محمد بن الحسن، ص ٢٤٧؛ شرح الزرقاني على الموطأ، ١٦٧/٤؛ والحاكم وصححه ٤١٧/٤؛ شرح معاني الآثار ١٥٤/٣؛ البيهقي في معرفة السنن، ٤٩/١٣ — ٥٠؛ وانظر: فتح الباري ٧٤/١٢ — ٧٦؛ المبسوط، ٧٢/٩؛ بداية المجتهد، ٤٤٤/٢؛ سبل السلام ١٣١٣/٤.

(٤) « عليه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) « القذف » ساقط من « ج ».

(٦) « إن شاء الله » ساقط من « أ، ج، د، هـ » وفي « هـ » ذكر.

(٧) محمد « ساقط من « أ ».

(٨) الهذيان: من هذى يهذى هذيانا إذا تكلم بغير معقول لمرض أو غيره. القاموس المحيط، ١٧٣٤؛

تعالى إشارة إليه ^(١) فقال: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ ^(٢).
وعن أبي يوسف أنه يستقرأ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ فإن قرأها على الوجه فليس
بسكران وأبو حنيفة رحمه الله بالغ في ذلك احتيالا لدرء الحد ^(٣). والله أعلم.

(١) «إليه» ساقط من «أ».

(٢) سورة النساء آية: ٤٣.

(٣) «الحد» ساقط من «أ، ب، ج». انظر: المبسوط، ١٠٥/٩، ٣٠/٢٤؛ الهداية مع الفتح،

٣١٢/٥؛ وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه انظر: المحلى بالآثار، ٢١٥/٦.

باب الإحصان (١)

لا يكون الإحصان إلا بين حرين [أ/٣] مسلمين عاقلين بالغين جامعها زوجها (٢) بعد البلوغ فلا يصير الزوج محصنا بوطء الأمة والكتابية (٣) والصغيرة والمجنونة. وعن أبي يوسف أنه يصير محصنا بوطء الكتابية (٤) لكمال حالها (٥). وجه ظاهر الرواية قوله عليه السلام: لحذيفة رضي الله عنه (٦) حين تزوج يهودية «دعها

(١) الإحصان لغة: من حصن، بمعنى منع، فهو حصين وأحصنه وحصنّه، أي منعه والحصن بالكسر: كل موضع حصين لا يوصل إلى جوفه. وبمعنى الزواج والعفة: يقال: أحصن أي تزوج، وأحصنت هي، فهي محصنة عفت، وتزوجت. ويقال: حصنت المرأة، تمتعت عما لا يحل. وبمعنى الإسلام، والحريّة، يقال: إحصان الأمة إسلامها.

وفي الشرع: إحصان الرجل أن يكون حرا، عاقلا، بالغاً، مسلماً، قد تزوج امرأة بالغة عاقلة مسلمة، نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهي على صفة الإحصان. والمراد بالإحصان في باب القذف أن يكون المقذوف حراً عاقلاً، بالغاً، مسلماً، عفيفاً، عن فعل الزنى. انظر: لسان العرب ١١٩/١٣ — ١٢١؛ القاموس المحيط، ١٥٣٦؛ أساس البلاغة، ١٣٠؛ التعريفات للجرجاني، ١٢؛ أنيس الفقهاء، ١٧٥؛ المطلع على أبواب المقنع، ٣٧١؛ الهداية مع فتح القدير، ٢٣٦/٥، ٣١٩؛ مواهب الجليل ٢٩٤/٦؛ فتح الباري، ١١٩/١٢؛ شرح منتهى الإرادات ٣٤٣/٣؛ وانعقد على اشتراطه الإجماع، لإقامة الحد على المحدث. انظر: الإشراف، ٧/٣ — ٨؛ المحلى بالآثار، ١٨٠/١٢.

(٢) « زوجها » ساقط من « أ، ب ».

(٣) في « أ » المكاتب.

(٤) في « أ » المكاتب.

(٥) انظر: المبسوط، ٤٢/٩؛ الهداية مع الفتح، ٢٣٨/٥، ٢٤٠.

(٦) هو حذيفة بن اليمان، صحابي جليل، شهد مع أبيه أحداً، فقتل أبوه غلظاً، وهو يقول أبي يسا قوم! فتصدق حذيفة عليهم بدينه وأخى رسول الله ﷺ بينه وبين عمار، وولي إمرة المدائن لعمر ﷺ، توفي بعد عثمان ﷺ بأربعين ليلة. انظر: أسد الغابة، ٤٦٨/١؛ الإصابة في تمييز الصحابة، ٤٤/٢ — ٤٥؛ الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ٣٣٤/١؛ سير أعلام النبلاء، ٣٦١/٢ — ٣٦٩.

فإنها لا تحصنك»^(١) ولأن الإحصان عبارة عن الدخول في الحصن وإنما يصير داخلا في الحصن عن الزنا إذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فإنه مانع عن ارتكاب كل ما له عاقبة ذميمة وكذلك الدين والحرية ؛ لأن الحر يتمتع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالي به. وكذا البلوغ ؛ لأن الصغير لقلّة عقله قلّ ما يقف على العواقب. وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ ؛ لأن به تقع الغنية عن الزنى فإذا استجمعت الشرائط يصير محصنا.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وهو الدخول بحكم النكاح وله امرأة قد ولدت في نكاحه يرحم ؛ لأن حكم الشرع بثبوت النسب منه حكم منه^(٢) بالدخول، ولهذا لوطلقها كان له الرجعة فإن لم تكن ولدت منه فشهد على الإحصان رجل وامرأتان يثبت الإحصان عندهما^(٣)، خلا فالزفر والشافعي^(٤) رحمهما الله والمسألة معروفة، [١٢٠/د ب] وعلى هذا شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم لا ضمان عليهم عندها.

(١) هذا الحديث ورد في كعب بن مالك، فقد أخرجه أبوداود في المراسيل ص ١٨١ ؛ والطبراني في الكبير، ١٠٣/١٩ ؛ والدارقطني، بلفظ لا تزوجها... ١٠٨/٣. وقال إن أبابكر بن أبي مرثم ضعيف وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا. وأعله أيضا ابن القطان، والبيهقي، وابن حجر، بالانقطاع انظر: بيان الوهم والإيهام، ٥٠٠/٣ ؛ السنن الكبرى، للبيهقي، ٢١٦/٨ ؛ المطالب العالية، بزوائد المسانيد الثمانية، لابن حجر، ٧٨/٢ ؛ ولكن احتج به ابن الهمام ؛ وقال الانقطاع عندها داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة ؛ ولأنه شاهد لحديث « لا يحصن المسلم، اليهودية ولا النصرانية... » انظر: شرح فتح القدير، ٢٣٩/٥ ؛ الباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبهي، ٧٣٥/٢.

وذكر في مختصر اختلاف العلماء للطحاوي، ١٦٥/٢، والمبسوط، ٤١/٩، أن هذا قول عمر لحذيفة رضي الله عنهما. وقال البيهقي: « ولا يصح ما روي عن حذيفة في نكاح مجوسية » السنن الكبرى، ١٩٢/٩.

(٢) « منه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٣) وبه قالت الحنابلة، انظر: الفروع، ٥٨٨/٦ ؛ النكت والفوائد السننية، ٣٢٤/٢ ؛ الانصاف، ٨١/١٢.

(٤) وبه قالت المالكية. انظر: المبسوط، ٤٢/٩ ؛ بدائع الصنائع، ٣٧/٧، ٣٨ ؛ الهداية مع الفتح، ٢٩٩/٥ ؛ المدونة، ٣٥/١٦ ؛ المهذب، ٣٣٣/٢.

وقال زفر يضمنون الدية وحاصل الخلاف راجع إلى أن الإحصان عندنا ^(١) شرط محض وعند زفر شرط في معنى العلة ^(٢). والله أعلم.

(١) « عندنا » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: المبسوط، ٤٦/٩ ؛ الهداية مع الفتح، ٢٩٩/٥ — ٣٠٠ ؛

باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه (١)

رجل طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها حرام حد ؛ لأن هذا وطاء تمحض حراما (٢) لوجود علة الحرمة وهي الطلقات الثلاث فكان زنا، وإن قال ظننت أنها تحل لي لا يحد ؛ لأن بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبات النسب حتى لو جاءت بولد يثبت النسب إلى سنتين فإذا ظن الحـل في موضع الاشتباه لا يحد.

والخلع والطلاق بمال بعد الدخول بمنزلة الطلقات الثلاث في هذا الحكم ؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين (٣) وإن اختلفوا في أن (٤) الخلع فسخ أو طلاق، فقد اتفقوا على أنه موجب للحرمة (٥).

والشبهة على نوعين: شبهة في الفعل وشبهة في المحل:

فالشبهة في الفعل: أن يظن الإنسان غير دليل الحـل دليلا وهذا النوع من الشبهة لا يثبت بدون الدعوى ؛ لأنها لا تثبت إلا في حق من يشتهه عليه.

والشبهة في المحل: أن يوجد دليل الحـل في المحل ويمتنع عمله لمانع فتعتبر شبهة في حق الكل ولا يتوقف ثبوتها على الدعوى.

أما القسم الأول:

فمنها : ما ذكرنا.

ومنها : إذا وطئ الرجل جارية والديه أو جده ، وإن علا ، أو زوجته وقال: علمت أنها عليّ حرام حد ؛ لأن فعله تمحض حراما لانعدام دليل الملك أو العقد.

وإن قال ظننت أنها تحل لي لا يحد ؛ لأن الإنسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا منه في موضع الاشتباه [٣/أ ب] فيمتنع الحد.

(١) « والذي لا يوجبه » ساقط من « أ » وفي « ب ، د ، هـ » لا يوجب.

(٢) في « أ » الوطاء تمحض حرام.

(٣) « أجمعين » غير موجود، في « أ ، ج ، د ، هـ ».

(٤) في « ساقط من « أ ، ب ، ج » و « أن » ساقط من « أ ، ب ، ج ، هـ ».

(٥) انظر: بداية المجتهد، ٦٩/٢ ؛ المغني، ٣٢٨/٧ ؛

وإن قال الرجل علمت أنها عليّ حرام وقالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا يحسد واحد
منهما.

أما المرأة فلدعوى (١) الشبهة، وأما الرجل ؛ فلأن الزنا يقوم بهما فإذا سقط الحد عن
المرأة (٢) سقط عن الرجل لمكان الشركة.

وكذلك العبد إذا وطئ جارية مولاه وقال ظننت أنها تحل لي لا يحسد ؛ لأن له نوع
بسوطة في مال المولى من الدخول في داره والجلوس على فراشه (٣) فإذا ظن أن له هذا النوع
من البسوطة كان ظنا في موضع الاشتباه.

وكذلك المولى إذا وطئ (٤) أم ولده في عدة العتق وقال علمت أنها عليّ حرام حد ؛ لأن فعله
تمحض حراما لانعدام الملك.

وإن قال ظننت أنها تحل لي لا يحسد ؛ لأنها فراش لمولاها (٥) فكان ظنا في موضع
الاشتباه.

والمرتهن إذا وطئ الجارية (٦) المرهونة في رواية كتاب الحدود (٧) إذا قال علمت أنها
عليّ حرام حد ؛ لأن فعله تمحض حراما لانعدام الملك.

وإن قال ظننت أنها تحل لي لا يحسد ؛ لأن المرتهن لما احتص بمالية الرهن عسى يشتهه
عليه أن يحل له (٨) الوطاء.

وأما القسم الثاني وهو الشبهة في المحل ، فمنها:

رجل قال لامرأته أنتِ خلية أو برية أو أمرك بيدك أو ما أشبه ذلك من ألفاظ

(١) في « ج، هـ » بدعوى. وفي « د » فبدعوى.

(٢) في « أ، ب » عنها.

(٣) في « ب » قماشه.

(٤) في « أ، ب، د، هـ » زنى بأم ولده.

(٥) في « ب، هـ » مولاه.

(٦) « الجارية » ساقطة من « ب، ج، د، هـ ».

(٧) « كتاب الحدود » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٨) في « ب » عليه.

الكنائيات ونوى بها (١) الطلاق أو اختارت نفسها في الأمر باليد (٢) ثم وطئها في العدة فإنه لا يحد، وإن قال علمت أنها حرام؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا: أن الواقع بالكنائيات بائن أو رجعي، فنحن وإن أخذنا بقول من يقول بالبينونة فاختلف الباقين يورث الشبهة (٣). ومنها: إذا وطئ الرجل (٤) جارية ولده أو ولد ولده وإن سفل وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد؛ لأن النبي عليه السلام أضاف مال ولده إليه بلام التملك (٥) فإن لم يثبت الملك لمانع، فلا أقل من إيراث الشبهة ويضمن العقر (٦)؛ لأن الوطاء الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة وقد انتفت (٧) العقوبة ههنا، فتعينت (٨) الغرامة، فإن حبلت منه، يضمن (٩) قيمتها، ولا يضمن العقر؛ لأن له أن يملك مال الابن عند الحاجة وقد تحققت الحاجة ههنا وهي (١٠) صيانة مائه (١١) عن الضياع فيصير متملكا ويصير واطئا ملك نفسه فلا يلزمه العقر ويضمن

(١) في «أ، ب، د، هـ» به.

(٢) «اليد» ساقط من «أ، ب، د، هـ».

(٣) انظر: كتاب الآثار، لمحمد بن الحسن ص ١١٥-١١٦؛ شرح فتح القدير، ٢٥٤/٥-٢٥٥؛

بداية المجتهد، ٧١/٢-٧٢؛ المغني، ٩١/٧-٩٥.

(٤) «الرجل» ساقط من «د، هـ».

(٥) في حديث «أنت ومالك لأبيك» أخرجه ابن ماجه، ٧٦٩/٢، واسناده صحيح ورجاله ثقات

على شرط البخاري. انظر: زوائد ابن ماجه للبوصيري، ص ٣١٤؛ والدراية ١٠٢/٢؛

والأحكام الوسطى لعبدالحق، ٣٤٩/٣؛ وصححه ابن القطان، بيان الوهم والإيهام، ١٠٢/٥،

٤٨٦؛ وللحديث طرق أخرى انظر: نصب الراية ٣٣٧/٣.

(٦) العقر بالضم، له عدة معان: منها: دية الفرج المغصوب، وصداق المرأة. وفي الشرع مقدار أجرة

الوطء لو كان الزنى حلالا. وقيل مهر مثلها، وقيل في الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرًا

ونصف عشرها إن كانت ثيبًا. وصداق المرأة إذا وطئت بشبهة. انظر: قاموس المحيط، ٥٦٩؛

التعريفات، ١٥٣؛ أنيس الفقهاء، ١٥١؛

(٧) في «ب» انعدمت.

(٨) في «أ، ج» فبقيت. وانظر المسألة في: المبسوط، ٢٢٦/٧، ٧٦/٩.

(٩) «منه» ساقط من «د، هـ» وفي «أ» يغرم.

(١٠) في «أ، ج» زاد، حاجة.

(١١) في «أ، ج، د، هـ» صيانة الماء.

قيمة الجارية رعاية لجانب الولد بخلاف ما إذا أكل مال الولد عند الحاجة فإنه لا يضمن ؛ لأن الأب يستوجب النفقة على ولده عند العسرة ولا يستوجب تهيئة محل الاستيلاء على الولد فافترقا من هذا الوجه.

ومنها : البائع إذا وطئ المبيعة ^(١) قبل التسليم وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد ؛ لأن ملك الرقبة [د/١٢١ أ] وإن زال بالبيع فملك اليد لم يزل ولهذا لو هلكت قبل التسليم تملك من مال البائع فصار ملك اليد شبيهة.

وكذا لو تزوج امرأة على جارية بعينها ثم وطئها قبل التسليم وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد وهي والمبيعة سواء.

ومنها : إذا وطئ جارية بينه وبين غيره وقال علمت أنها عليّ حرام لا يحد ويفرم نصف العقر ؛ لأنه ملك نصفها من كل وجه [د/٤ أ] وملك الرقبة يقتضي إطلاق الانتفاع وإنما امتنع الحل لحق الشريك فلا بد من الشبهة.

والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن بمنزلة الجارية المشتركة.

ثم ^(٢) في كل موضع يسقط الحد لشبهة في الفعل لا يثبت النسب وإن ادعى وصدقته المرأة أن الولد ولده ؛ لأن هذا وطئ حصل في محل غير مملوك فكان زنا، وإنما سقط الحد لمكان الشبهة فلا يثبت به النسب إلا في المطلقة بعد الدخول إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت النسب إلى سنتين ؛ لأن ثمة سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش ^(٣).

وفي كل موضع سقط الحد لشبهة في المحل يثبت النسب إن ادعى | إلا أن ^(٤) في عموم هذا الأصل نظراً؛ فإنه ذكر في باب المهور من الأصل إذا كان المهر جارية فلم يقبضها حتى وطئها الزوج وولدت فادعى الولد لا يصدق ؛ لأنها ملك المرأة واستيلاده في ملكها لا يصح ^(٥)؛ لأن الشبهة في المحل تُخرج الفعل من أن يكون زناً إلا أنها ^(٦) إذا لم تكن فراشاً له

(١) في « د، هـ » المبيع.

(٢) « ثم » ساقط من « هـ ».

(٣) انظر: البحر الرائق، ١٥/٥ ؛ غمز عيون البصائر، ٣٠٠/٣ .

(٤) « إلا أن » ساقط « ب ». انظر: المراجع السابقة.

(٥) ما بين المعقوفين من قوله إلا أن ... إلى قوله لا يصح. ساقط من « أ، ج ».

(٦) « أنها » ساقط من « ب ».

[لا يثبت النسب ^(١) بدون الدعوى وإن كانت فراشا له] ^(٢) كالمطلقة وأم الولد، لا يشترط الدعوى.

رجل وطئ وطأ حراما فقلده إنسان لا يجد قاذفه إلا إذا حرم الوطء مع قيام الملك من كل وجه حرمة موقته كما لو ^(٣) وطئ جاريتة المجوسية أو المرتدة أو وطئ مكاتبته أو امرأته الحائض أو النفساء فقلده إنسان فإنه يجد قاذفه ؛ لأن سبب الحل ^(٤) قائم وهذه حرمة عارضة فلم يكن فعله زنا فكان قذفه قذف المحصن فيجب الحد.

امراة طاوعت صبيا أو مجنوننا لا يجد واحد ^(٥) منهما وقال زفر والشافعي تحمد المرأة. ^(٦)
والبالغ إذا زنى بصغيرة أو مجنونة يحمد الرجل بالإجماع. والمسألة معروفة ^(٧).
حوي دخل دارنا بأمان فزنى بمسلمة أو ذمية فإنه لا يجد المستأمن وتحمد المرأة.
وقال محمد لا يجدان وهو قول أبي يوسف الأول ^(٨).

والذمي إذا زنى بحرية مستأمنة يحمد الذمي ولا تحمد المستأمنة. وقال أبو يوسف تحمد ^(٩)
فالحاصل أن على قول أبي حنيفة ومحمد وقول ^(١٠) أبي يوسف الأول لا يجد المستأمن

(١) « النسب » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) ما بين المعقوفين ساط من « أ ».

(٣) في « أ » إذا.

(٤) في « أ » الحد.

(٥) في « د، هـ » كل واحد.

(٦) وبه قالت الحنابلة. أما المالكية فقالوا: إن مكنت صبيا لا حد عليهما. وإن مكنت مجنوننا، الحد

عليها فقط. انظر: بدائع الصنائع، ٣٤/٧؛ الهداية، ٢٧١/٥؛ الخرشي، ٧٧/٨؛ حاشية الدسوقي

٣١٣/٤، ٣١٥ — ٣١٦؛ القوانين الفقهية، ٣٠٣؛ المهذب، ٢٦٨/٢؛ مغني المحتاج، ١٤٦/٤

كشاف القناع، ٩٨/٦؛ شرح منتهى الإرادات، ٣٤٧/٣.

(٧) انظر: بدائع الصنائع، ٧٤/٧؛ الهداية، ٢٧١/٥؛ القوانين الفقهية، ٣٠٣؛ المهذب، ٢٦٨/٢؛

كشاف القناع، ٩٨/٦.

(٨) « الأول » ساقط من « ج ».

(٩) « وقال أبو يوسف تحمد » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١٠) « قول » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

والمستأمنة، وقال أبو يوسف (١) آخرًا يحد المستأمن والمستأمنة أيضًا، كما يحد الذمي والذمية (٢).

وجه قول أبي يوسف آخرًا (٣) أن الحربي يعتقد (٤) حرمة الزنى ؛ لأن الزنا حرام في [أ/ب] الأديان كلها (٥) فإذا دخل دارنا بأمان التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا، وحد الزنى من أحكام الإسلام فيلزمه كما يلزمه (٦) حد القذف.

ولأبي حنيفة ومحمد أن المستأمن (٧) لم يدخل دارنا لالتزام أحكامنا وإنما دخل دارنا ليقضي حوائجه (٨) ثم يعود فلا يلزمه بدون الالتزام.

وإنما لزمه (٩) حد القذف ؛ لأنه عهد أن لا يؤذي أحدًا في (١٠) دار الإسلام (١١) وقد أذى فيلزمه الحد.

ثم إذا لم يجب الحد على الحربي المستأمن إذا زنى بمسلمة أو ذمية، لا يجب على المرأة في قول محمد وأبي يوسف الأول وعلى قول أبي حنيفة يجب (١٢).

وكذلك المكروه إذا زنى بطائفة (١٣) عندهما كما لا يحد الرجل لا تحد المرأة، وعنده تحد

(١) « أبو يوسف » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: المبسوط، ٥٥/٩ — ٦٦ ؛ الهداية، ٢٦٨/٥ — ٢٦٩ ؛

(٣) « آخرًا » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) في « أ، ج » معتقد.

(٥) في « ج » جميع الأديان.

(٦) « كما يلزمه » ساقط من « أ، ب ».

(٧) في « أ » الحربي.

(٨) في « د، هـ » لقضاء حاجته.

(٩) في « هـ » يلزمه.

(١٠) في « ب، ج » من.

(١١) في « أ » دارنا.

(١٢) انظر: بدائع الصنائع، ٣٥/٧ ؛ الهداية، ٢٦٨/٥ ؛ البحر الرائق، ١٩/٥ .

(١٣) في « ج » مطاوعة.

المرأة^(١).

وجه قولهما^(٢) وهو أن المرأة تبع للرجل في هذا الفعل فإذا لم يجب على الأصل لا يجب على التبع كالعاقلة البالغة إذا مكنت صبيا أو مجنونا.

ولأبي حنيفة أن سبب الحد على المرأة التمكين من فعل الزنى وقد وجد ؛ لأن الزنى حرام في الأديان كلها، وإنما لم يجب الحد على المستأمن لعدم الولاية فلا يسقط عن المرأة كما المرأة^(٣) إذا استدخلت فرجها فرج النائم.

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن في كل موضع يسقط الحد عن الرجل لعدم الحرمة في حقه^(٤) كالصبي^(٥) والمجنون لا يجب على المرأة أيضا ؛ لانعدام السبب وهو التمكين من الزنا^(٦).

وفي كل موضع سقط الحد عن الرجل مع قيام الحرمة^(٧) لمعنى يخصه كما في النائم والمستأمن لا يسقط عن المرأة لوجود التمكين من الزنا^(٨).

[وكذلك الطائفة إذا مكنت مكرها ؛ لأن فعل المكره حرام وإنما سقط الحد عن الرجل [١٢١/د ب] لمعنى يخصه مع قيام دليل الحرمة فلا يسقط عن المرأة]^(٩).

رجل أكرهه السلطان حتى زنى لا^(١٠) حد عليه، وإن أكرهه غير السلطان فعليه

(١) « تحد المرأة » ساقط من « ب » انظر: النافع الكبير ص ٢٨١ ؛ وفي الهداية ٢٦٨/٥ - ٢٧٠ ؛ عند

محمد لاتحد المرأة ، ولم يذكر معه أبو يوسف.

(٢) في « ج » لهما. « وجه قول ». ساقط منها.

(٣) « كالمراة » ساقط من « هـ ».

(٤) في « أ، ج، د، هـ » حق الرجل.

(٥) في « أ، ب، ج » كفعل الصبي.

(٦) انظر: الجوهرة النيرة ١٥٦/٢ ؛ تبين الحقائق، ١٨٣/٣ ؛ طريقة الخلاف ص ٢٣٧ .

(٧) في « د، هـ » لقيام.

(٨) « من الزنى » ساقط من « أ ».

(٩) هذه المسألة ذكرت في « ب، ج » في المسألة الآتية في الإكراه، بعد هذه، في قوله: وإن أكرهه

غير السلطان.

(١٠) في « د، هـ » فلا.

وقال أبو يوسف ومحمد، لا يحد، وهذا بناء على أن الإكراه عند أبي حنيفة لا يتحقق إلا من^(٢) السلطان.

وعندهما يتحقق من كل متغلب، وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فإن في زمن أبي حنيفة رحمه الله كان للسلطان من القوة ما لا يتجاسر غيره على الإكراه وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب وكذلك في زماننا والفتوى على قولهما^(٣).
وفيما إذا تحقق الإكراه كان أبو حنيفة يقول أولاً يحد المكره وهو قول زفر ثم رجوع وقال: لا يحد.

وجه قوله الأول، أن الزنى لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وانتشار الآلة أثر الطوع والميل إليها.

وجه قوله الآخر أن الانتشار وإن كان لا يحصل إلا عن شهوة فليس كل من ينتشر آفته يميل إلى الزنى بل الظاهر أن يمتنع خوفاً من العقاب في الدار^(٤) الآخرة فكان الزنى حاصلًا عن الإكراه^(٥).

رجل أقر أربع مرات في أربع^(٦) مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت المرأة: تزوّجني، أو أقرت المرأة بذلك وقال الرجل: تزوّجتها لا يحد واحد منهما^(٧) لأن قول مدعي النكاح يحتمل الصدق وعلى اعتبار الصدق يثبت النكاح من الجانبين فإذا توهم، يتوهم من الجانبين وعند قيام الشبهة لا يحد ويلزمه العقر في الفصلين؛ لأن الوطاء الحرام لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فإذا انتفت^(٨) العقوبة تعينت الغرامة.

(١) في «أ، ب» كان عليه الحد.

(٢) في «هـ» من غير. بدل، إلا من.

(٣) انظر: المبسوط، ٥٩/٩؛ الهداية ٢٧٣/٥؛

(٤) «الدار» ساقط من «أ، ب».

(٥) انظر: المبسوط، ٥٩/٩؛ الهداية ٢٧٣/٥؛

(٦) «أربع» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٧) في «أ» لا حد عليهما.

(٨) في «ب» انعدمت.

رجل عمل عمل قوم لوط فإنه يعزر ويحبس حتى يحدث توبة ولا يجد حد الزنى، وقال أبو يوسف ومحمد^(١) والشافعي رحمهم الله تعالى: يجد والمسألة معروفة^(٢).

وإن فعل ذلك بمنكوحته أو عبده أو مملوكته ذكر في الزيادات^(٣) أنه لا حد عليه.

أما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأنه لا يجد بذلك في غير الملك ففي الملك أولى، وأما عندهما فلأن قيام الملك الذي هو سبب لإطلاق الانتفاع أورث شبهة^(٤).

رجل زنى بجارية فقتلها كان عليه الحد والقيمة؛ لأنه قتل وزنى فيجب حكمهما ووجوب ضمان الجناية^(٥) لا يمنع الحد؛ لأن ضمان الجناية لا يفيد الملك في المضمون فلا يورث [٥/أ] الشبهة.

وعن أبي يوسف أنه^(٦) لا يجب الحد^(٧) لأن ضمان القيمة سبب للملك الجارية كي لا يؤدي إلى الجمع بين البديل والمبدل والملك المعترض في باب الحد بمنزلة الموجود وقت الفعل^(٨)، بخلاف ما إذا زنى بحرة فقتلها حيث يجب عليه^(٩) الحد والدية^(١٠) ووجوب الدية لا يمنع وجوب الحد؛ لأن الحرة لا تملك بالضمان.

(١) « محمد » ساقط من « أ ».

(٢) وبه قالت المالكية والحنابلة. لكن عند المالكية حده الرجم مطلقا، سواء كان محصنا أو غير محصن. انظر: المبسوط، ٧٧/٩؛ الهداية ٢٦٢/٥؛ حاشية الدسوقي، ٣١٤/٤، ٣٢٠، ٣٢١ — القوانين الفقهية ص ٣٠٤ — ٣٠٥؛ المهذب، ٢٦٨/٢؛ مغني المحتاج، ١٤٤/٤؛ كشف القناع، ٩٤/٦.

(٣) انظر: شرح الزيادات، ٤١٢/٢.

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ٢٦٢/٥.

(٥) في « د، هـ » القيمة.

(٦) « أنه » ساقط من « أ ».

(٧) في « ج » لا يجد.

(٨) قال السرخسي: العارض في الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء « انظر: المبسوط، ١٧٦/٩، ١٨٦؛ شرح فتح القدير، ٤٠٦/٥.

(٩) « عليه » ساقط من « د، هـ ».

(١٠) « الدية » ساقطة من « ج، د، هـ ».

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية ؛ لأن ضمان القتل إنما يجب ^(١) من حيث أنه آدمي لا من حيث إنه ^(٢) مال فلا يكون سببا للملك.

ولأن الحد إنما يجب باستيفاء منفعة البضع والمنافع المستوفاة لا تقبل الملك، ألا ترى أنه لو زنى بجرة ثم تزوجها لا يسقط الحد.

وإن زنى بأمة ثم ملكها لا يسقط الحد ^(٣) في قول محمد وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وعن أبي حنيفة ^(٤) في رواية يسقط وهو قول أبي يوسف ^(٥).

وكل شيء فعله الإمام الذي لا إمام فوقه ^(٦) لا حد عليه إلا القصاص والمال فإنه يؤخذ به ؛ لأن إقامة الحدود مفوضة ^(٧) إلى الإمام ^(٨) وهو لا يقيم الحد على نفسه، وغيره من السلاطين خلفاؤه فلا يفيد الوجوب، ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله المسلم إذا زنى في دار الحرب لا يحد ؛ لأنه ليس في ولاية الإمام، بخلاف القصاص ؛ لأن ولاية استيفاء القصاص للمولى ^(٩) وربما تيسر عليه ذلك ^(١٠) بمنعة المسلمين وكذلك المال ^(١١).

وإن قذف الإمام الأعظم رجلا ينبغي أن لا يجب عليه الحد وإطلاق الكتاب دليل عليه؛ لأن إقامته مفوضة ^(١٢) إلى الإمام. والله أعلم.

(١) في « أ » لا يجب إلا.

(٢) في « هـ » هو.

(٣) « الحد » ساقط من « هـ ».

(٤) « وعن أبي حنيفة » ساقط من « د، هـ ».

(٥) انظر: شرح فتح القدير، والعناية، ٢٧٥/٥ - ٢٧٦ ؛ والمبسوط، ١٣٢/٩ ؛ ثم قال: وذكر ابن

سماعة . رحمه الله تعالى في نوادره على عكس هذا قال على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى عليه

الحد في الوجهين جميعا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا حد عليه في الوجهين جميعا.. وروى الحسن

عن أبي حنيفة أنه إذا زنى بأمة ثم اشتراها فلا حد عليه، وإن زنى بجرة ثم تزوجها فعليه الحد.

(٦) في « أ، ب » ليس فوقه.

(٧) في « ج، د، هـ » مفوض.

(٨) في « أ » إليه.

(٩) في « هـ » للمولى.

(١٠) « ذلك » ساقط من « ج، د، هـ ».

(١١) انظر: شرح فتح القدير، ٢٦٦/٥ - ٢٦٧ .

(١٢) في « ج، د، هـ » مفوض.

باب الشهادة في الزنى

أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وكذلك إذا أقر أنه زنى بفلانة وهي (١) غائبة.

أما في الإقرار فلأن ما عزا رضي الله عنه أقر أنه زنى بامرأة غائبة وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمه (٢) وكذلك الشهادة ؛ لأنهم شهدوا عليه بالزنى الموجب للحد.

ولا يقال ينبغي أن تعتبر حضرة المرأة [١٢٢/د أ] ؛ لأنها لو كانت حاضرة عسى تدعي النكاح أو تدعي الشبهة فيسقط الحد عن الرجل كما قلنا في القصاص بين شريكين إذا كان أحدهما غائبا، لا يستوفى حتى يحضر الغائب ؛ لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو ؛ لأننا نقول هذا اعتبار شبهة الشبهة وشبهة الشبهة غير معتبرة ؛ لأن اعتبارها يؤدي إلى امتناع الحدود.

وإنما قلنا إن فيه اعتبار شبهة الشبهة ؛ لأنها لو كانت حاضرة، وادعت النكاح يسقط الحد ؛ لمكان شبهة الصدق، فإذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها، احتمال وجود الشبهة، وهذا بخلاف مسألة القصاص ؛ لأن ثمة لو حضر الغائب وأقر بالعفو يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فعند غيبتها (٣) تثبت شبهة العفو.

ولو شهد رجلان على رجل أنه سرق من مال (٤) فلان الغائب لا يقطع. والفرق بين الحد وبين (٥) القطع أن الدعوى شرط لظهور (٦) السرقة ؛ لأن السرقة أخذ مال الغير على وجه الخفية والشهادة على السرقة شهادة على المال فلا تقبل من غير دعوى.

(١) في « أ » وفلانة.

(٢) بقوله « أغد يا أنيس إلى امرأة هذا... الحديث » : أخرجه البخاري، في كتاب الحدود، باب

الاعتراف بالزنى، ٣١/٨ ؛ ومسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنى، ٢٠٧/١١ .

(٣) « فعند غيبتها » ساقط من « أ ».

(٤) « مال » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٥) « وبين » ساقط من « ب ».

(٦) في « أ » لثبوت.

[هـ/أ ب] أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بامرأة لا يعرفونها^(١) لا يحد؛ لأن الظاهر من حاله^(٢) أنها كانت^(٣) منكوحته أو مملوكته.

وإن أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد؛ لأن مملوكته لا تشته عليه ظاهراً وتشته على الشهود.

رجلان شهدا على رجل^(٤) أنه زنى بفلانة وهي^(٥) طائعة وشهد آخران أنه استكرهها دُرئ الحد عنهم جميعاً، في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يحد الرجل ولا تحد المرأة والشهود^(٦).

لهما أنهم اتفقوا على الزنى الموجب للحد وتفرد اثنان منهم بزيادة جنابة لامدخل لها في إسقاط الحد^(٧) وهو إكراه المرأة فلا يسقط الحد عن الرجل.

ولأبي حنيفة أنهم شهدوا بزنايين مختلفين؛ لأن الزنى بصفة الطواعية يشترك فيه الرجل والمرأة والزنى بصفة الإكراه ينفرد به الرجل وحكهما مختلف، وليس على أحدهما شهادة الأربع فلا يثبت الزنى.

ولا حد على الشهود؛ لأنهم اتفقوا على نسبته إلى الزنى في أول الشهادة فلم يقع^(٨) كلامهم قذفاً.

وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة بالكوفة وشهد آخران^(٩) أنه زنى بها بالبصرة دُرئ الحد عنهما؛ لأنهم شهدوا بزنايين مختلفين، وكل فعل^(١٠) لا يثبت إلا بشهادة الأربع.

(١) في «د، هـ» لا يعرفها.

(٢) «حاله» ساقط من «ب».

(٣) «كانت» ساقط من «أ، ب».

(٤) «على رجل» ساقط من «ب، ج».

(٥) «وهي» ساقط من «أ، ب، ج».

(٦) انظر: المبسوط، ٦٧/٩؛ الهداية ٢٨٤/٥.

(٧) في «أ» زاد، الشهادة.

(٨) في «ب» لم يصح.

(٩) في «أ» اثنان.

(١٠) في «أ» حد.

ولا يحد الشهود حد القذف عندنا ^(١) خلافا لزفر ^(٢) لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا، كثلاثة شهدوا على رجل بالزنى فإنهم يحدون حد القذف. ولنا أن كلامهم وقع شهادة لاستجماع شرائطها وهو الأهلية ولفظة الشهادة، وتم العدد في حق المشهود عليه ولم يتم في حق المشهود به، فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه، فلا يجب الحد على قاذفه، واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به، وقلنا بأنه لا يحد حد الزنى احتيالا للدرء بقدر الممكن.

وعلى هذا الخلاف إذا قذف رجل إنسانا فجاء القاذف بأربعة وشهدوا على المقذوف بالزنى، فشهد اثنان منهم أنه زنى بفلانة بالكوفة، وشهد آخران أنه زنى بها بالبصرة، عندنا يسقط الحد عن القاذف وعند زفر لا يسقط ^(٣) وكلامنا فيه أظهر ^(٤) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءٍ﴾ ^(٥) شرط شهادة الأربعة ^(٦) لسقوط الإحصان مطلقا، وقد وجدت شهادة الأربعة ^(٧). هذا إذا اختلف الشهود في مكانين مختلفين.

وإن اختلفوا في بيت واحد، فشهد اثنان منهم أنه زنى بها في هذه الناحية وشهد آخران أنه زنى بها في ناحية أخرى فإنه يحد الرجل والمرأة، والقياس أن لا يحد ^(٨) كما في الدارين والمصريين.

وجه الاستحسان أن هذا اختلاف يقبل التوفيق؛ لاحتمال أن يكون ابتداء الفعل في زاوية وتمامه في زاوية أخرى ^(٩) بخلاف الدارين والمصريين؛ لأن ثمة لا يقبل التوفيق.

(١) « حد القذف عندنا » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) في « أ، ب، د، هـ » وقال زفر حد الشهود.

(٣) « يسقط » ساقط من « هـ ».

(٤) انظر: المبسوط، ٦١/٩؛

(٥) سورة النور، آية: ٤، وتمام الآية: ﴿ فاجلدوهم ثمانون جلدة ولا تقبلو لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ﴾.

(٦) في « ج، د، هـ » الأربعة.

(٧) في « ج، د، هـ » الأربعة.

(٨) في « د، هـ » لا يحدان.

(٩) « أخرى » ساقط من « أ، ب، د ».

ولا يقال بأن هذا احتيال لوجوب الحد، والحدود يحتال لدرئها لا لوجوبها ؛ لأننا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة، [أ/٦] والشهادة حجة يجب تصحيحها، ما أمكن، وإذا قبلت كان من ضرورة قبولها ^(١) وجوب الحد.

قالوا: هذا إذا كان البيت صغيرا، أما إذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين. أربعة شهدوا على رجل [١٢٢/د ب] أنه زنى بفلانة عند طلوع الشمس بالثَّخِيلَة ^(٢) وشهد أربعة أخرى أنه زنى بها عند طلوع الشمس من ذلك اليوم، بدير هند ^(٣) درئ الحد عنهم جميعا ؛ لأن القاضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ؛ لاستحالة أن يكون الشخص الواحد في ساعة واحدة في مكانين متباعدين وليس أحد الفريقين بإضافة الكذب إليه ^(٤) أولى من الآخر، فبطلت شهادتهم حتى لو كانت المسافة بين المكانين بحيث يتصور الأمران جميعا لم تبطل شهادتهم وإذا بطلت شهادتهم لا يجد الشهود ؛ لأن احتمال الصدق في كلام ^(٥) كل واحد من الفريقين ثابت وشبهة الزنى تمنع وجوب الحد على القاذف.

أربعة شهدوا على امرأة بالزنى فنظرت النساء، إليها فقلن: هي بكر درئ الحد عنها وعنهم.

أما عن المرأة فلأن الزنى الموجب للحد، لا يتصور مع بقاء ^(٦) البكارة والبكارة ثبتت بشهادة النساء ؛ لأنها أمر لا يطلع عليه الرجال.

وأما عن الشهود فلأن بكارتهما ثبتت بشهادة النساء فلا يجعل كلام الشهود قذفا بشهادة النساء.

أربعة شهدوا على رجل بالزنى وهم عميان، أو عيب، أو محدودون في قذف، أو أحدهم عبد، أو محدود في قذف، فإنهم يحدون حد القذف.

(١) « قبولها » ساقط من « ب » وفيه: من ضرورته.

(٢) تصغير نخلة موضع قرب كوفة على سمت الشام. انظر: معجم البلدان، ٢٧٨/٥،

(٣) من قرى دمشق من إقليم بيت الآبار، أو دير هند الصغرى بالحيرة يقارب خطبة بني عبدالله بن دار، بالكوفة، أو دير هند الكبرى وهو على طرف النجف. انظر: معجم البلدان، ٥٤١/٢ — ٥٤٣ .

(٤) « إليه » ساقط من « ج ».

(٥) في « أ، ب » قول.

(٦) « بقاء » ساقط من « د، هـ ».

وإن شهدوا بذلك^(١) وهم فاسق، لا يحدون، والكلام فيه ينبني على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلاثة:

شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل.

وشاهد له أهلية الأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق.

وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء أصلاً، وهو الأعمى والمحدود في القذف.

أما المحدود في القذف؛ فلأن شهادته بطلت بنص الكتاب^(٢) وأما الأعمى فلأنه^(٣)

ليس له آلة التمييز بين المدعي والمدعى عليه فلا يقدر على أداء ما تحمله.

والعدول إذا شهدوا بالزنى لا يجب عليهم حد القذف؛ لأنهم شهدوا لإقامة الحسبة

فلم يكونوا قذفة^(٤) وكذلك الفاسق؛ لأن القاضي لو قضى بشهادته ينفذ قضاؤه فإذا احتمل

كلامه أن يكون حسبة لم يتعين قذفاً.

والأعمى إذا شهد بالزنى يحد حد القذف؛ لأنه لا يجوز الحكم بشهادته فلم يكن في

كلامه احتمال الحسبة فتعين قذفاً وكذلك المحدود في القذف.

أربعة شهدوا على رجل بالزنى فأمر الإمام برجمه فضرب رجل^(٥) عنقه بالسيف ثم

وجد الشهود عبيداً أو أحدهم فعلى القاتل الدية؛ لأنه ظهر أنه قتله^(٦) عمداً بغير حق، وأنه

يوجب القصاص إلا أن صورة القضاء أورثت شبهة فامتنع وجوب القصاص، فتجب الدية،

وتكون في ماله [٦/أ ب]؛ لأنه عمد، والعاقلة لاتعقل العمد^(٧).

(١) « بذلك » ساقط من « هـ ».

(٢) في « ب » فبطلان شهادته ثابت بالنص. « الكتاب » ساقط من « ب، د، هـ » وذكر في هامش «

ب » لوحة رقم: ١٧٩/أ قوله: « ذكر في الجامع أن القضاء بشهادة المحدود يقبل. »

(٣) « فلأنه » ساقط من « ب ».

(٤) في « ب » فلا يكون قاذفاً. وفي « ج » فلم يكونوا قاذفين. وفي « د » فلم يكن قاذفاً. والمسألة لم

أفهم المراد منها بعد البحث إلا أن يكون قصده أن يشهد أربعة شهود غير عدول كما في المبسوط،

٨٩/٩؛ لأن من المعلوم بالضرورة أن العدول الأربعة لا حد عليهم أما الأقل فعليهم الحد. والله أعلم

(٥) في « أ، ب، ج » إنسان.

(٦) في « د، هـ » قتل.

(٧) في « د، هـ » فلا تعقله العاقلة.

وإن رُجم والمسألة بجأها، كانت الدية في بيت المال ؛ لأن القتل حصل بقضاء هو (١)
خطأ وخطأ القاضي يكون في بيت المال ؛ لأن منفعة القضاء تعود إلى المسلمين فكان ضمان
خطئه في بيت مال المسلمين.

هذا إذا كان محصنا فإن لم يكن محصنا فضرب الحد وجرح ثم وجد الشهود أو أحدهم
عبدا أو محدودا في قذف (٢) حد الشهود ؛ لأنه ظهر أن كلامهم كان (٣) قذفا ؛ لما قلنا.
وأما جرحه السياط فهو (٤) هدر في قول (٥) أبي حنيفة، لا يجب الضمان على أحد (٦).

وقال أبو يوسف ومحمد (٧) يكون ذلك في بيت المال ؛ لأن الضرب كان بأمر القاضي
وقضاؤه للمسلمين (٨) وقع باطلا، فما حدث منه يكون في بيت المال اعتبارا بالدية، ألا ترى
أنهم لو شهدوا بالزنى وهم من أهل الشهادة ثم رجعوا، إن رجعوا (٩) بعد الرجم يضمنون
الدية، وإن رجعوا بعد ما جرح يضمنون الأرش كذلك ههنا، ضمان النقصان يكون على من
يجب عليه ضمان الدم (١٠).

ولأبي حنيفة أن القاضي قضى (١١) بضرب مؤلم، لا يضرب جارح، والشهود لم يثبتوا
ضربا جارحا وإنما حصل الجرح بخرق الجلاد وجهله فلا يضاف إلى غيره.
ولا يضمن الجلاد أيضا ؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه فلو أخذ بذلك يمتنع، فتعطل

(١) في « أ » بقضاء القاضي وهو.

(٢) « في قذف » ساقط من « أ، ب ».

(٣) « كان » ساقط من « هـ ».

(٤) في « أ، ب، ج » ما جرحته السياط، و « فهو » ساقط عنها.

(٥) في « د، هـ » عند.

(٦) انظر: الفتاوى الهندية، ١٥٤/٢ .

(٧) انظر: شرح فتح القدير، ٢٩٠/٥ ؛

(٨) « للمسلمين » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٩) « إن رجعوا » ساقط من « أ ».

(١٠) في « أ، د، هـ » الدية، بدل الدم.

(١١) في « د، هـ » أمر.

أربعة شهدوا على رجل بما يوجب التعزير فعزّره الإمام ومات منه لا ضمان فيه (١).
 وقال الشافعي رحمه الله تجب ضمانه في بيت المال (٢).
 ولو شهدوا بما يوجب الحد فضرب ومات منه لا يجب الضمان بالإجماع (٣).
 والشافعي يحتاج إلى الفرق بين الحد والتعزير فقال التعزير مشروع للتأديب فيكون
 مباحا كتأديب الولد والزوجة فيتقيد بشرط السلامة.
 ولنا أن التعزير واجب كالحد ؛ لأنه جزاء فعل هو (٤) محذور (٥) فيكون واجبا،
 بخلاف التأديب ؛ لأن ذلك غير واجب بل هو مباح.

أربعة شهدوا على شهادة أربعة على رجل بالزنى لا يحد عندنا ؛ لأنه لا تقبل الشهادة
 على الشهادة [١٢٣/د أ] في الحدود والقصاص وقال الشافعي تقبل في القصاص وحد القذف (٦).
 وجه قوله (٧) أن الشرط في كتاب الله تعالى شهادة الأربعة (٨) وقد

(١) وبه قالت الخنابلة إذا لم يتجاوز التعزير المشروع، وابن المنذر. أما المالكية فقد قالوا إذا ظن السلامة
 لا يضمن، أما إن ظن الهلاك أو شك فيه، يضمن. انظر: المبسوط، ٦٤/٩ ؛ حاشية ابن عابدين
 ٧٨/٤ ؛ الفتاوى الخانية ٣٣٧/٢ ؛ حاشية الدسوقي ٣٥٥/٤ ؛ شرح الزرقاني على مختصر
 سيدي خليل ١١٦/٨ ؛ كشاف القناع، ١٢٦/٦ ؛ المغني ١٧٩/٩ ؛ الكافي ٢٤٣/٤ ؛ الإشراف
 ٥٥/٣.

(٢) انظر: المهذب، ٢٨٩/٢ ؛ مغني المحتاج، ٢٠٠/٤ ؛ معرفة السنن والآثار، ٥٨/١٣ ؛ الأحكام
 السلطانية، ص ٣٨٩.

(٣) انظر: شرح النووي على مسلم، ٢٢١/١١ ؛ فتح الباري، ٦٩/١٢ ؛ نيل الأوطار ١٤٥/٧ ؛
 موسوعة الإجماع، ٣١٦/١.

(٤) « هو » ساقط من « د، هـ ».

(٥) في « أ » محذور.

(٦) وعند المالكية تجوز الشهادة على الشهادة سواء في الحدود أو غيرها. أما قول الخنابلة فمثل الحنفية.
 انظر: الهداية ٢٩١/٥ ؛ المدونة ٤٣/٦ ، ١٥٩/١٣ ؛ حاشية الدسوقي، ٢٠٤/٤ ؛ مغني المحتاج،
 ٤٥٣/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات، ٥٥٩/٣ ؛ المغني ١٨٧/١٠ ؛ الكافي ٥٥٠/٤.

(٧) « وجه قوله » ساقط من « أ، ب » وفيهما، لأن.

(٨) في « ج، د، هـ » الأربع.

وجد (١).

ولنا أن القياس يأبى جواز الشهادة على الشهادة ؛ لأن فيها زيادة شبهة وهي شبهة الكذب في موضعين فلا تقبل فيما يحتال لدرئها ولا يجد الشهود أيضا.

أما الفروع فلأنهم (٢) لم يشهدوا عليه بالزنى وإنما شهدوا على شهادة غيرهم ومن حكى قذف غيره لا يجد.

ولا حد على الأصول أيضا؛ لأنه لم يثبت قذفهم وشهادتهم فإن حضر الدين شهدوا (٣) على المعاينة فشهدوا على ذلك (٤) لم تقبل أيضا أراد به أنهم شهدوا على ذلك الزنى بعينه (٥)؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فإذا رد القاضي شهادة الفروع كان ذلك ردا لشهادة الأصول.

وكل شهادة ردت في [٧/أ أ] حادثة لا تقبل في تلك الحادثة أبدا (٦).

أربعة شهدوا على رجل بالزنى فحبسه القاضي (٧) لينظر في أمره فقتله إنسان في السجن، إن قتله عمدا يجب القصاص وإن قتله خطأ تجب الدية على عاقلته ؛ لأنه لا حكم للشهادة قبل القضاء فبقيت عصمة النفس (٨) على حالها، وكذا إذا شهدوا وعدلوا.

وإن قضى القاضي برجمه فقتله رجل (٩) عمدا أو خطأ لاشيء عليه ولا على عاقلته وهو مسيء فيما صنع.

أما عدم الضمان ؛ لأن القاضي لما قضى برجمه فقد أباح دمه، وأما الإساءة ؛ لأن السنة في الرجم البداية من الشهود فإذا قتله يصير مخالفا للسنّة.

(١) في « ب » وجدت.

(٢) « فلأنهم » ساقط من « أ ».

(٣) في « ب، ج، د، هـ » يشهدوا.

(٤) في « ج » زيادة ، المكان.

(٥) في « أ » بنفسه.

(٦) « أبدا » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٧) في « د، هـ » الإمام.

(٨) في « أ، ب » عصمته.

(٩) « رجل » ساقط من « ب ».

وكما لا يجب ضمان النفس لا يجب ضمان الأطراف أيضا^(١)؛ لأن الأطراف تبع للنفس فإذا سقطت عصمة النفس سقطت عصمة الأطراف وقبل القضاء بالرجم كما تُضمن النفس تُضمن الأطراف أيضا لما قلنا.

فإن رجوع الشهود بعد ذلك لاشيء على القاتل ؛ لأن رجوع الشهود لم يصح في حقه لمكان التهمة.

وإن رجحه^(٢) الناس فرجع الشهود وهو حي درئ عنه الحد^(٣) لأن الإمضاء [في باب الحدود من القضاء.

ولو رجعوا قبل القضاء يمتنع عن القضاء ، فإذا رجعوا قبل الإمضاء]^(٤) يمتنع عن الإمضاء^(٥).

أربعة شهدوا على رجل بالزنى ثم رجع أحدهم قبل القضاء حد الكل.

وقال زفر يحد الراجع وحده ؛ لأن كلامهم وقع شهادة ؛ لأن رجوعه ليس بحجة على

أصحابه فيحد الراجع وحده، كما لو رجع واحد بعد الإمضاء^(٦).

وفيما إذا شهد ثلاثة على رجل بالزنى، القياس أن لا يجب عليهم حد القذف وهو قول

الشافعي^(٧)؛ لأنهم جاعوا مجيء الشهود فلا يجب الحد عليهم كما لو شهد ثلاثة على رجل

(١) « أيضا » ساقط من « د، هـ ».

(٢) في « د، هـ » رجم ».

(٣) في « ب، د، هـ » الرجم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٥) في « أ » القضاء.

(٦) في « ب، ج » القضاء. وانظر المسألة في: المبسوط، ٤٦/٩ — ٤٧ ؛ بدائع الصنائع، ٢٨٩/٦ ؛ الهداية ٢٩٤/٥ ؛

(٧) عند الشافعية روايتان: إذا كان في مجلس الحكم، ففي رواية يحدون وهو الأظهر، وفي أخرى لا يحدون، أما إذا لم يكن في مجلس الحكم فهم قذفة. وعند المالكية والحنابلة يحدون، حد القذف، كقول الحنفية. انظر: القوانين الفقهية، ٣٠٥ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٢٩/٤ ؛ مغني المحتاج، ١٥٦/٤ ؛ المهذب، ٣٣٢/٢ ؛ كشاف القناع، ١٠٠/٦ ؛ الانصاف، ١٩١/١٠.

باللواطه أو شهد واحد^(١) على رجل بالسرقة فإنه لا يحد^(٢) ولا يعزر لكننا تركنا القياس ثمة^(٣) لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم^(٤) وهذا ليس في معناه ؛ لأن ثمة انتقص العدد من كل وجه وهنا نقصان العدد ثابت من وجه دون وجه^(٥) ؛ لأن رجوعه ليس بحجة على أصحابه. ولنا أن كلامهم^(٦) وقع نسبة إلى الزنى فكان قذفا في الأصل وإنما يخرج من أن يكون قذفا بالقضاء فإذا لم يتصل به القضاء بقي قذفا.

وإن رجع واحد بعد القضاء قبل الإمضاء فكذلك في قول^(٧) أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد يحد الراجع وحده ؛ لأن رجوعه ليس بحجة على أصحابه وعلى^(٨) القاضي أيضا، فلا يبطل به قضاء القاضي إلا أنه لا يستوفي الحد لمكان الشبهة فيحد الراجع وحده كما لو رجع بعد^(٩) الإمضاء^(١٠). ولهما أن الإمضاء في باب الحدود من القضاء، لما عرف فيحد الكل كما لو رجع واحد قبل القضاء.

أربعة شهدوا على رجل بالزنى ورُجم فكلما رجع واحد منهم حد وغُرم ربع الدية. أما وجوب الحد فمذهبنا وقال زفر لا يحد^(١١) لأنه إن جعل قاذف حي^(١٢) فقد بطل الحد^(١٣) بموت المذوف، وإن جعل قاذفا بعد الموت [ب/٧/أ] فهو مرجوم بحكم القاضي.

(١) « واحد » ساقط من « أ ».

(٢) في « ج، د، هـ » فلا يحد.

(٣) « ثمة » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٤) انظر: المغني، ٦٩/٩ ؛ ١٣٠/١٠ ؛

(٥) « دون وجه » ساقط من « أ، ب ».

(٦) في « أ، ب، ج، د » كلامه.

(٧) في « د، هـ » عند.

(٨) في « هـ » ولا على.

(٩) « بعد » ساقط من « ب ».

(١٠) انظر: الهداية مع الفتح، ٢٩٤/٥ ؛

(١١) انظر: المبسوط، ٤٨/٩ ؛ بدائع الصنائع، ٢٨٨/٦ — ٢٨٩ ؛ الهداية ٢٩٢/٥ — ٢٩٣ ؛

(١٢) في « أ » إن جعل قاذفا، جعل قاذفا ميتا.

(١٣) « الحد » ساقط من « د، هـ ».

ولنا أنه فسخ شهادته بالرجوع فانقلبت شهادته قذفا بعد الموت وإذا انفسخت الشهادة انفسخ القضاء في حقه فلم تبق شبهة.

وأما غرامة ربع الدية فلأنه تلف بشهادتهم فكان تلف الربع مضافا إلى شهادته. خمسة شهدوا على رجل بالزنى فرُجِمَ ثم رجع واحد لا شيء عليه، فإن رجع الآخر حدا وغرما ربع الدية؛ لأن المعتبر في الرجوع بقاء من بقي لارجوع من رجع فإذا رجع واحد من الخمسة بقي بعد رجوعه من يثبت الحق بشهادتهم فلا يغرم الراجع، فإذا رجع آخر بقسي بعد رجوعهما من يثبت بهم ثلاثة أرباع الحق^(١) وتحقق التلف في الربع مضافا إلى الراجعين فيغرمان ذلك.

وإن رجع ثلاثة غرموا نصف الدية؛ لأنه بقي بعد^(٢) رجوعهم من يثبت بشهادتهم نصف الحق، بقي تلف النصف مضافا إلى الراجعين فيغرمون النصف ويحد الراجع لانفساخ القضاء في حقه.

أربعة شهدوا على رجل بالزنى وزكَّاهم المزكُّون^(٣) فرجم ثم ظهر أنهم عبيد أو مجوس^(٤) كانت ديته على المزكي في قول [١٢٣/د ب] أبي حنيفة رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الدية في بيت المال.

لهما أنه ظهر تلف النفس بغير حق وتعذر إيجاب الدية على الشهود؛ لأن شهادة العبيد ونحوهم لا توجب القضاء بحال^(٥) فلا تكون إتلافًا، وتعذر إيجاب الدية^(٦) على المزكي؛ لأن المزكي أثنى على الشهود خيرا ولم يتعرض للزنى^(٧) وإنما حصل^(٨) التلف بقضاء^(٩) القاضي

(١) « الحق » ساقط من « ب » .

(٢) « بعد » ساقط من « ب » .

(٣) في « أ، ب » المزكي .

(٤) في « أ، ب، ج، د » ثم ظهوروا عبيدا أو مجوسا .

(٥) في « أ، ج » بحال ما .

(٦) في « أ، ب، ج » إيجابها .

(٧) في « ب » للمزكي .

(٨) في « أ، هـ » جعل .

(٩) في « أ، ج » بخطأ .

بالخطأ فيكون في بيت المال ، والمزكي ههنا بمنزلة شهود الإحصان وشهود الإحصان إذا رجعوا لا يضمنون ولهذا لو قال المزكي أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع ^(١) إنما الخلاف فيما إذا قال علمت أنهم عبيد وتعمدت ذلك.

ولأبي حنيفة أن الشهادة إنما تصير ^(٢) حجة موجبة للقضاء ^(٣) بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند التعدي وتعذر الإضافة إلى العلة كما قلنا في حفر البئر فإن علة السقوط ثقل النفس إلا أن ثقل النفس إنما صار علة بالحفر فأضيف إلى الحفر ^(٤) بخلاف شهود الإحصان ؛ لأنهم أثبتوا خصالا حميدة وسبب الحد، الزنى، والخصال الحميدة مانعة من الزنى فلم تكن في معنى علة العلة.

أربعة شهدوا على رجل بالزنى وقالوا تعمدنا النظر جازت شهادتهم ؛ لأن النظر إلى موضع الزنى لإقامة الحسبة مباح، أو مرخص إذ لا يمكنه تحمل الشهادة إلا بالنظر ومباشرة المباح أو المرخص لا يمنع قبول الشهادة.

(١) انظر: العناية ٢٩٥/٥ ؛ حاشية ابن عابدين، ٣٥/٤ ؛ بلفظ الاتفاق.

(٢) في « د، هـ » تعتبر.

(٣) في « ج » توجب القضاء.

(٤) في « أ » الحافر.

باب في الحد كيف يقام

لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً وهو أشد الضرب وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يبلغ ثمانين سوطاً.

ثم في رواية عنه يضرب إلى خمسة وسبعين سوطاً وفي رواية إلى تسعة وسبعين سوطاً وهو الصحيح. وهو قول زفر^(١).

والأصل فيه قوله عليه السلام: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»^(٢) فلا يبلغ بالحد في [أ/أ] قولهم بل ينقص إلا عند أبي يوسف لا يبلغ حد الحر بل ينقص عنه وعندهما ينقص عن حد العبيد بسوط فلا يبلغ أربعين.

لأبي يوسف أنه ذكر الحد مطلقاً فينصرف إلى الكامل، وحد العبد ليس بحد كامل بل هو نصف الحد.

وهما يقولان بأن^(٣) حد العبيد حد^(٤) كامل في نفسه؛ لأن الحدود لا تتجزأ إلا أنه نصف حد الحر عند المقابلة وبه لا يخرج من أن يكون حداً وما ذكرنا في أقصى التعزير وأدناه يفوض إلى رأي الإمام.

وأسباب التعزير منقسمة إن كان مما يجب بها حد القذف عند الإحصان وشرائطه^(٥) نحو أن يقول للذمية أو أم ولد الغير أنت زانية، فإنه يعزر أقصى التعزير؛ لأنه قذفها بالزنى ولم

(١) انظر: المبسوط، ٧١/٩؛ بدائع الصنائع، ٦٤/٧؛ الهداية، ٣٤٨/٥.

(٢) أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، ٣٢٧/٨. وقال المحفوظ مرسل. والإمام محمد بن الحسن في الآثار، مرسل ص ١٣٣. وانظر: نصب الراية، ٣٥٤/٣؛ والدرية، ١٠٧/٢؛ وقال الهيثمي: رواه الطبراني، وفيه محمد بن الحسن الفضفاض والوليد بن عثمان حال مسعر ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد، ٢٨٤/٦. وضعفه السيوطي، في جامع الصغير، رقم (٨٥٦١) ٥٨٦/٢.

(٣) «بأن» ساقط من «ه».

(٤) «حد» ساقط من «ج، د، ه».

(٥) في «ب» شرائط التعزير.

يجب به حد القذف ؛ لعدم إحصان المقذوف (١) فيجب فيه أقصى التعزير.

وإن كان مما لا يجب به حد القذف عند الإحصان نحو أن يقول: ياسارق، يا خبيث، يا فاسق، يعزر، ويكون مفوضا إلى الإمام (٢).

وأشد الضرب ضرب التعزير؛ لأنه شرع للزجر وقد خفف من حيث العدد فيغلظ من حيث الصفة.

ثم بعده ضرب الزاني (٣) وهو (٤) أشد من ضرب الشارب ؛ لأن حد الزنى (٥) ثبت بكتاب الله تعالى، وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم (٦) وحرمة الزنى أشد ؛ لأنه (٧) حرام في جميع الأديان (٨) وشرب الخمر كان مباحا ، ويباح (٩) عند الضرورة، والزنى لا يباح بحال ماء، ولهذا لو أكره بالقتل على الزنى لا يباح له الزنى.

ولو أكره على شرب الخمر يحل (١٠) له الشرب (١١) ولو امتنع حتى قتل يأثم، وشرع فيه الرجم (١٢) ولم يشرع ذلك في شرب الخمر.

ثم ضرب الشارب أشد من ضرب (١٣) القاذف وإن كان حد القذف ثابتا بكتاب الله تعالى؛ لأن شرب الخمر جنائية لا شبهة فيها وربما يكون القاذف صادقا فيما رماه، فلا تكون

(١) « المقذوف » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « أ، ب » مضافا إلى رأي الإمام.

(٣) في « د، هـ » الزنى.

(٤) « وهو » ساقط من « أ، ب ».

(٥) في « د، هـ » ضرب الزاني.

(٦) قال ابن المنذر: « وأجمعوا على أن السكر حرام » الإجماع ص ٦٤ ؛ وانظر: فتح الباري

١٢/٧٤ — ٧٥ ؛ شرح مسلم للنووي، ٢١٧/١١ ؛ بداية المجتهد، ٤٤٤/٢ .

(٧) في « ب، د، هـ » زاد، كان.

(٨) في « ب، د، هـ » في الأديان كلها.

(٩) في « أ، ب، ج » وشرب الخمر يباح.

(١٠) في « ج » يباح.

(١١) في « أ، ج » شرب الخمر.

(١٢) في « ج » وشرع الرجم في زنا الطائع.

(١٣) « ضرب » ساقط من « أ ».

حناية فيخفف حده.

ويضرب في الحدود كلها^(١) قائما مجردا غير ممدود إلا القاذف فإنه يضرب وعليه ثيابه ويترع عنه الفرو والحشو؛ لأن في التجريد زيادة إيلاام ولا يبالغ في إيلاام القاذف وإنما ينزع عنه الفرو والحشو؛ لأنهما يمنعان أثر الضرب^(٢).

ثم قال في الكتاب غير ممدود واختلفوا فيه:

قال بعضهم: أراد به أنه لا يرفع الضارب السوط فوق رأسه.

وقال بعضهم: أراد به^(٣) مد السوط على المضروب بعد الضرب لأنه زيادة على الحد.

[١٢٤/د أ] وقال بعضهم: أراد به أنه لا يمد بين^(٤) العقابين^(٥)؛ لأنه بدعة، ولا يربط

ولا يمسك بل يترك قائما إلا أن يعجزهم فيشد^(٦).

ويضرب في الحدود الأعضاء كلها إلا الوجه والفرج والرأس وهو قول محمد^(٧).

أما التفريق على الأعضاء لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم قالوا يعطى كل عضو حقه من الضرب ما خلا الوجه والفرج والرأس^(٨)؛ ولأن الضرب على موضع واحد عسى يصير إتلافا. ولا يضرب على^(٩) الوجه؛ لأنه مجمع المحاسن^(١٠) والضرب

(١) «كلها» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٢) في «د، هـ» من ألم الضرب.

(٣) «به» ساقط من «أ».

(٤) «بين» ساقط من «ب، ج».

(٥) العقابان: عودان ينصبان مغروزين في الأرض يشيح بينهما المضروب أو المصلوب أي يمد. المغرب، ص ٣٢٢، وانظر: لسان العرب، ٦٢١/١.

(٦) انظر: المبسوط، ٧٢/٩؛ الهداية، ٢٣٣/٥.

(٧) انظر: المبسوط، ٧٢/٩.

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، ٤٩/١٠ وانظر: نصب الراية، ٣٢٤/٣؛

(٩) «على» ساقط من «د، هـ».

(١٠) في «أ» الخواس.

عليه (١) ربما (٢) يؤدي إلى المثلة.

ولا يضرب على الفرج رجلا كان أو امرأة ؛ لأن ذلك سبب [أ/٨ ب] الهلاك، وقد قال عليه السلام : « اتقوا الوجه والمذاكير » (٣).

ولا يضرب على الرأس في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والشافعي يضرب (٤)؛ لما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال للضارب « اضرب الرأس فإن الشيطان في الرأس » (٥).

ولأبي حنيفة ومحمد ما روينا من (٦) حديث عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الرأس مجمع الحواس فالضرب عليه ربما يصير سببا لفوات بعضها. والمرأة بمنزلة الرجل إلا أنها تضرب قاعدة (٧) عليها ثيابها؛ لأنها من قرنها (٨) إلى

(١) « والضرب عليه » ساقط من « ب » وفي « أ، ج » والضرب على الوجه.

(٢) « ربما » ساقط من « أ، ج » وفي « فرما ».

(٣) أخرجه أبو داود، في كتاب الحدود بلفظ ارموا واتقوا الوجه. ١٥٢/٤. كتاب الحدود. وعبدالرزاق، ٣٧٠/٧، مرفوعا. بلفظ: (اضرب واعط كل عضو حقه واجتنب وجهه ومذاكيره)؛ وابن أبي شيبة، ٤٩/١٠؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٣٢٧/٨. وقال الزيلعي: غريب مرفوعا، ٣٢٤/٣. وورد النهي عن ضرب الوجه في صحيح مسلم، كتاب اللباس، ٩٦/١٤

(٤) وقال المالكية والحنابلة بقول أبي حنيفة ومحمد. انظر: أحكام القرآن للحصاص، ٢٦١/٣؛ الهداية، ٢٣٢/٥؛ المسوط، ٧٢/٩؛ مختصر الطحاوي، ص ٢٦٤؛ التاج والإكليل ٣١٨/٦؛ حاشية الدسوقي، ٣٥٤/٤؛ بداية المجتهد، ٤٣٨/٢؛ مغني المحتاج، ١٩٠/٤؛ المهذب، ٢٧٠/٢؛ نهاية المحتاج، ١٧/٨ وقال فيه: وشرطه أن يكون عليه الشعر وإلا لا يجوز.؛ كشف القناع، ٨١/٦؛ الانصاف، ١٥٦/١٠؛ المغني، ١٦٧/٩.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة، ١٥١/١٠؛ وقال الزيلعي: إن المسعودي ضعيف. نصب الراية، ٣٢٤/٣؛ وانظر: الدراية، ٩٨/٢؛ المحلى بالآثار، ٢٤٧/١٢.

(٦) في « ج، د، هـ » في.

(٧) في « أ » جالسة.

(٨) « لأنها » ساقط من « أ ». وفي « ج » فرقها.

قدمها عورة، فلو ضربت قائمة عسى ينكشف بعض أعضائها، وينزع عنها الفرو والحشو؛
لأنهما يمنعان وصول الألم^(١).

ويحفر للمرجومة لما روي أن علياً رضي الله عنه حفر لشراحة الهمدانية^(٢) إلى السرة
حين رجمها^(٣) ولأن فيه صيانتها عن الانكشاف، وإن لم يحفر لها جاز؛ لما روي أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لأنيس^(٤) «اغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٥) ولم يذكر الحفر
ولأن في الحفر زيادة تعذيب فإن شاء حفر، لها^(٦) صيانة لها، عن الانكشاف وإن شاء ترك.

ولا يحفر للرجل لأن ما عزا رضي الله عنه لم يحفر له، ولهذا هرب من أرض قليلة الحجارة
إلى أرض كثيرة الحجارة^(٧).

أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فأنكر الإحصان فشهد عليه بالإحصان رجلان أو
رجل وامرأتان رجم.

وقال زفر لا يرحم؛ لأن هذه شهادة قامت لإيجاب الرجم؛ لأنه لا يرحم إلا بعد ثبوت
الإحصان فكان الإحصان^(٨) في معنى علة العلة والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة
العلة فلا يثبت بهذه الشهادة^(٩).

(١) في «ج» أثر الضرب ووصول الألم.

(٢) امرأة من همدان اعترفت عند علي رضي الله عنه بالزنى. انظر: الحلية ٤/٣٢٩؛

(٣) انظر: مصنف عبد الرزاق، ٧/٣٢٧؛ السنن الكبرى، ٨/٢٢٠؛ المستدرک، ٤/٤٠٥؛ فتح
الباري، ١٢/١٢١؛ حلية الأولياء، ٤/٣٢٩؛

(٤) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي، وجزم بن حبان وابن عبد البر بأنه هو الذي قال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم اغد يا أنيس... انظر: الإصابة، ١/١٣٦؛ تهذيب الأسماء، ١/١٣٨؛

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنى، ٨/٣١؛ مسلم، كتاب الحدود، باب
حد الزنى، ١١/٢٠٧. واللفظ له.

(٦) «لها» ساقط من «أ، ب، ج».

(٧) انظر: الآثار لأبي يوسف، ١٥٧.

(٨) «الإحصان» ساقط من «أ».

(٩) انظر: المبسوط، ٩/٤٢.

ولنا أن هذه شهادة قامت على النكاح أو العتق فتقبل.

وقوله لا يرحم إلا بعد ثبوت الإحصان.

قلنا: بلى لكن^(١)؛ لأنه شرط لا لأنه علة؛ لما ذكرنا، أن الإحصان مانع من الزنى وما هو مانع من الزنى،^(٢) لا يصلح علة، وعلى هذا إذا رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا؛ لأنهم ما أوجبوا علة التلف وعلى قول زفر، يضمنون نصف الدية؛ لأن عنده الرجم يضاف إلى الأمرين^(٣). والله أعلم.

(١) « لكن » لم يرد، في « أ، ب، ج ».

(٢) في « د، هـ » وما يكون مانعا.

(٣) انظر: المسوط، ٤٦/٩؛ الهداية ٣٠٠/٥.

باب حد (١) القذف (٢)

رجل قذف امرأة معها ولد لا يعرف له (٣) أب أو قذف امرأة تُفني ولدها فلو عن بينهما، أو قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين غيره (٤) أو جارية ابنه وأعلقها أو لم يُعَلِّقها أو وطئ امرأة بنكاح فاسد أو وطئ أمة تزوجها على حرة أو المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث أو وطئ أخته من الرضاع بحكم الملك أو قذف مسلمة زنت في نصرانيتها أو قذف مكاتبا مات عن وفاء لا يحد؛ لأن إحصان المقذوف شرط لوجوب الحد على القاذف، ومن شرائط الإحصان العفة عن الزنى وقد انعدمت العفة.

أما في المسألة الأولى؛ فلأن الولد الذي ليس (٥) له أب، أمانة الزنى، وكذا المسألة الثانية؛ لأنه لما لو عن بينهما بالولد (٦)، انقطع نسب الولد عنه.

وفي الجارية المشتركة والنكاح الفاسد، [أ/أ] فعله صادف محلا غير مملوك. وفي جارية الابن (٧) الوطاء حرام عند الكل والأخت من الرضاع حرام على التأييد.

وأما المعتدة عن طلاق بائن أو ثلاث؛ فلأن ملك النكاح قد بطل.

وأما المسلمة التي زنت في نصرانيتها فقد وجد منها حقيقة الزنى.

وأما المكاتب الذي مات عن وفاء فقد اختلفت الصحابة رضي الله عنهم في حرته فنحن

وإن أخذنا بقول من يقول أنه مات حرا فاختلاف الباقيين أورث شبهة في الحرية والحرية

(١) « حد » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) القذف لغة، الرمي، وشرعا، هو رمي بالزنى. انظر: القاموس المحيط، ص، ١٠٩٠؛ أساس البلاغة،

٤٩٨؛ المطلع، ص ٣٧١؛ شرح فتح القدير، ٣١٦/٥؛ مواهب الجليل، ٢٩٨/٦؛ مغني

المحتاج، ١٥٥/٤؛ شرح منتهى الإرادات، ٣٥٠/٣؛ المحلى بالآثار، ٢٢٧/١٢ — ٢٢٨.

(٣) في « أ » أولاد... لهم.

(٤) في « أ » آخر.

(٥) في « د، هـ » لا أب.

(٦) « بالولد » ساقط من « د، هـ ».

(٧) في « أ » الأب.

شرط^(١).

وأما إذا تزوج أمة على حرة^(٢) أو تزوج حرة وأمة في عقد، ووطئ الأمة لا يحد قاذفه؛ لأن نكاح الأمة فاسد.

وإذا قذف رجلا وطئ أمته المحوسية أو وطئ^(٣) امرأته في حيض [١٢٤/د ب] أو نفاس أو إحرام أو مكاتبة له أو أمته التي زوجها أو وطئ امرأته^(٤) المعتدة من الغير أو امرأته التي ظاهر منها، أو وطئ أختين بملك اليمين أو قذف امرأة لاعتها زوجها بغير ولد أو قذف محوسيا وطئ أمه بالنكاح^(٥) ثم أسلم كان عليه الحد؛ لأنه قذف المحصن^(٦).

أما الذي^(٧) وطئ امرأته في الحيض والنفاس أو التي ظاهر منها أو امرأته^(٨) المعتدة من الغير أو أمته^(٩) التي زوجها^(١٠) أو وطئ أختين بملك اليمين فلأنه وطئ ملك نفسه فلا يكون زانيا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ يُفْرُوهُمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾^(١١) وإنما منع من الوطء لعارض على شرف الزوال فلا يكون زنا، وكذلك وطء المكاتبة.

وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبة يبطل الإحصان؛ لأنها زالت عن ملكه في حق الانتفاع^(١٢) والتحقق بالحرائر، ولهذا يلزمه العقر، ولو وطئها غيره بشبهة كان العقر

(١) انظر: المسوط، ١٠٧/٩؛ الهداية ٣٣٨/٥؛

(٢) في «هـ» حرة على الأمة.

(٣) «أو وطئ» ساقط من «ب».

(٤) في «أ، د، هـ» أمته.

(٥) «بالنكاح» ساقط من «أ».

(٦) هذا عند أبي حنيفة، وعندهما ليس على قاذفه الحد. انظر: تأسيس النظر للدبوسي، ص ٣٠.

(٧) في «أ» التي.

(٨) في «أ، د، هـ» أمته.

(٩) في «أ، ب، ج» الأمة.

(١٠) في «أ» تزوجها.

(١١) سورة المؤمنون، آية: ٥، ٦، المعارج، آية: ٢٩.

(١٢) في «أ، ب» المنفعة، وفي «ج» المتعة.

وجه ظاهر الرواية أن المكاتبة مملوكة (٢) له من كل وجه ولهذا لو أعتقها عن كفارة اليمين جاز لكن ثبت لها نوع يد فممنوع عن الوطاء لأجل ذلك وإنما يلزمه العقر لها (٣)؛ لأن المنفعة (٤) المستوفاة بالوطء لها حكم الأجزاء وقد ثبت لها نوع يد على أجزائها (٥) ويجوز أن يكون ملك الإنسان مضمونا عليه إذا كان اليد لغيره كالراهن إذا أتلّف المرهون.

ولا يقال بمجرد ملك اليد لا يكفي لوجوب العقر، ألا ترى أن الراهن إذا وطئ المرهونة، لا يلزمه العقر؛ لأننا نقول يد المرهن إنما لا تكفي لوجوب العقر؛ لأن يده (٦) يد استيفاء، فتختص بالمال والمستوفى بالوطء ليس بمال فلا تظهر يد المرهن عليها.

أما يد المكاتبة يد الحرية تظهر في المال وفيما دونه، فجاز أن تكفي لوجوب العقر. [وذكر الكرخي (٧) رحمه الله تعالى أنه (٨) إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع، أو حرام عليه بالمصاهرة، لا يسقط إحصانه، كما لو وطئ المكاتبة والأمة المحوسية (٩). والصحيح ما ذكر في الكتاب؛ لأن (١٠) الحرمة المؤبدة تنافي ملك

(١) انظر: المبسوط، ١١٦/٩؛ الهداية ٣٣٧/٥؛

(٢) في «ج» ملكه.

(٣) «لها» ساقط من «ب، ج».

(٤) «المنفعة» ساقط من «أ، ب، ج» وفيها «المستوفى».

(٥) «أجزائها» ساقط من «د، هـ».

(٦) في «د، هـ» يد المرهن.

(٧) هو عبيد الله بن الحسن بن دلال الكرخي، الفقيه الحنفي الأصولي، أخذ عن إسماعيل بن إسحاق

القاضي ودرس ببغداد وانتهت إليه رئاسة الحنفية في عصره. كان ورعا، زاهدا من تصانيفه

المشهورات المختصر وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير، تفقه عليه الجصاص وأحمد الشاشي

وأبو حامد الطبري وغيرهم. ولد عام ٢٦٠ هـ وتوفي ٣٤٠ هـ. انظر: البداية والنهاية،

٢٣٩/١١/٦؛ سير أعلام النبلاء ٤٢٦/١٥؛ تاريخ بغداد، ٣٥٣/١٠؛ الجواهر المضية ٤٩٣/٢

— ٤٩٤؛ تاج التراجم، ١٣٩—١٤٠؛ الفوائد البهية ١٠٨.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من «أ» وفيه: وكذا.

(٩) انظر: المبسوط، ١١٦/٩؛ شرح فتح القدير، والعناية، ٣٣٨/٥؛

(١٠) في «أ، ج» إن.

المتعة^(١) ولهذا قلنا إن الحرمة المؤبدة إذا طرأت على ملك النكاح تبطله فلا يصح هذا الاعتبار.

أما المرأة التي لوعنت بغير ولد لم توجد في حقها أمانة الزنى، بل وجد فيها ما [٩/أ ب] يؤكد إحصانها؛ لأن اللعان في جانب الرجل^(٢) قائم مقام حد القذف وإقامة الحد على القاذف يؤكد إحصان المقذوف.

وأما الجوسي إذا وطئ أمه بنكاح ثم أسلم يحد قاذفه في قول^(٣) أبي حنيفة ولا يحد في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن هذا النكاح له حكم الصحة فيما بينهم في قول أبي حنيفة حتى يقضى عليه بالنفقة ولا يفرق القاضي^(٤) بينهما^(٥).

وعندهما ليس له حكم الصحة؛ لأنه حرام عند الكل، ما كان مباحا إلا في زمن آدم عليه السلام، وإنما يفرق القاضي^(٦) بينهما بطلب أحدهما^(٧) عند محمد^(٨)؛ لأنهما يعتقدا أن الصحة واعتقادهم^(٩) معتبر في حقهم لا في حق^(١٠) حكم يلزم المسلمين، والحد أمر يلزم المسلمين فلا يعتبر اعتقادهم فيه.

(١) انظر: الهداية، ٤١٦/٥،

(٢) في « ج » الزوج.

(٣) في « د، هـ » عند.

(٤) « القاضي » ساقط من « أ، ب ».

(٥) انظر: المبسوط، ٣٩/٥، ٢٠٠، ١٠٧/٩، ١٢٧—١٢٨؛ شرح فتح القدير مع العناية، ٤١٦/٣، ٣٣٨/٥.

(٦) في « أ، ب، ج، د » لا يفرق. و « القاضي » ساقط من « ج، د، هـ ». انظر: المبسوط، ٢٠٠/٥؛ حاشية ابن عابدين ١٨٧/٣؛ شرح فتح القدير، ٤١٦/٣—٤١٧؛

(٧) « بطلب أحدهما » ساقط من « أ ».

(٨) الجدير بالذكر أن في المسألة قولين: في قول أبي حنيفة يحد قاذفه ولا يفرق بينهما بطلب أحدهما. وعند أبي يوسف ومحمد لا يحد قاذفه، وإذا طلب أحدهما التفريق، يفرق بينهما ولكن قال في المتن عند محمد ولم يذكر أبا يوسف معه. وإن قيل (لا يفرق) فالمفروض أن يقول: أبو حنيفة ولا يقول محمد فليتبه له.

(٩) في « د » اعتقادهما.

(١٠) « حق » ساقط من « د، هـ ».

ولأبي حنيفة أن الكافر إذا اعتقد شيئا جاز أن يكون مشروعاً، لا يتعرض له كما في شرب الخمر؛ لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلا ما صار مستثنى كأكل الربا. ونكاح المحارم ليس من جملة المستثنى فلا يتعرض لهم فيه. ولا يفرق بينهما إلا إن طلبا^(١) وإذا كان له حكم الصحة لم يكن زانياً. وقولهما فيه إيجاب حد القذف على المسلم باعتقادهم^(٢) ليس كذلك؛ لأن حد القذف إنما يجب بقذفه وقذفه فعله.

وإن نظر إلى فرج امرأة أو أمة عن شهوة أو مسها عن شهوة ثم تزوج أمها أو ابنتها أو اشتراها^(٣) ووطئ لا يبطل إحصانه في قول أبي حنيفة، ويحد قاذفه، وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد قاذفه^(٤).

لهما أن هذا وطء صادق محلا هو^(٥) حرام على سبيل التأييد فيوجب سقوط الإحصان كالحرمة الثابتة بالوطء أو بالنكاح.

ولأبي حنيفة أن هذه حرمة اختلف فيها العلماء وليس فيها نص ظاهر يوجب الحرمة وإنما اثبتنا الحرمة احتياطاً بإقامة الداعي إلى الوطء مقام الوطء فلا يسقط إحصانه بخلاف ما إذا زنى بها أبوه؛ لأن فيه^(٦) نصاً ظاهراً وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٧).

ولو اشترى أمة فوطئها ثم استحقت لا يحد قاذفه في قول محمد وهو رواية عن أبي حنيفة، وعن أبي حنيفة في رواية يحد وهو قول أبي يوسف^(٨).

(١) في «ب، ج» وإن طلبا. وفي «أ» إلا إذا طلبا.

(٢) في «ب» أنه.

(٣) في «ج» اشتراها. وساقط من «أ».

(٤) انظر: المبسوط، ١١٧/٩؛

(٥) «هو» ساقط من «أ».

(٦) في «أ، ب، ج» فيها.

(٧) سورة النساء، آية: ٢٢. وتام الآية: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.

(٨) انظر: المبسوط، ١١٧/٩؛

لمحمد أنه وطئ وطئا حراما والجهل ليس بعذر فبطل إحصانه كما لو زنى بامرأة على^(١)
ظن أنها امرأته أو زنى بامرأة^(٢) ولم يعلم أن الزنى حرام.

ولأبي يوسف أن هذا وطء لم يتعلق به الإثم فكان بمنزلة الموجود [د/١٢٥] في الملك.
رجل أقر بولد ثم نفاه لأعن القاضي بينهما ؛ لأنه نسبها إلى الزنى بنفي الولد وقذف
الزوجة يوجب اللعان والولد ولده ؛ لأن نسب الولد^(٣) ثبت بالإقرار السابق فلا ينقطع
باللعان وليس من ضرورة اللعان انتفاء الولد.

وإن نفاه أولا ثم أقر به^(٤) فإنه يحد حد القذف والولد ولده، أما ثبوت النسب فلأنه
أقر به^(٥) بعد النفي ، والإقرار بعد النفي صحيح.

وأما وجوب حد القذف فلأنه لما أقر بالولد فقد أكذب نفسه والملاعن إذا أكذب
نفسه يحد ؛ لأن اللعان [أ/١٠] في حق الرجل بدل عن حد القذف، وصير إليه عند
التكاذب فإذا أكذب نفسه يبطل اللعان فيصار إلى الأصل.

وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد عليه، ولا لعان ؛ لأنه أنكر الولادة وإنكار
الولادة ليس بقذف.

رجل قال لغيره: يا زاني فقال لا، بل أنت، فإنهما يحدان حد القذف ؛ لأن كل واحد
منهما قذف صاحبه ؛ لأن كلمة لا بل، كلمة عطف والعطف إذا لم يكن له خبر يجعل الخبر
الأول خبراً له، [فيصير كأنه قال لا بل أنت زان]^(٦).

ولو قال لامرأته: يا زانية فقالت: لا، بل أنت، حدث ولا لعان بينهما^(٧) ؛ لأن كل
واحد منهما قذف صاحبه لما قلنا، وقذف الرجل امرأته يوجب اللعان وقذف المرأة زوجها
يوجب الحد ولا بد من تقديم أحدهما على الآخر ولو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف ؛ لأن

(١) « على » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) « امرأة » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٣) في « أ » نسبه.

(٤) في « أ » بعد النفي.

(٥) « به » ساقط من « أ، د، هـ ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٧) « بينهما » ساقط من « أ، ب، ج ».

يجريان اللعان بينهما ^(١) لا يبطل إحصان الرجل.

ولو قدمنا حد القذف على المرأة يبطل اللعان ؛ لأن اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها ؛ لأن أهلية اللعان تعتمد ^(٢) أهلية الشهادة وإقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود ^(٣) والحدود يمتثل لدرئها فكان تقلص الحد الذي ^(٤) فيه إسقاط اللعان أولى.
وإن قال لها يا زانية فقالت: زنت بك لا حد ولا لعان ؛ لأن قولها زنت بك محتمل إن أرادت بذلك أي زنت بك قبل النكاح حدث المرأة، ولا لعان ؛ لأنها أقرت بالزنى على نفسها.

وإن أرادت بذلك إني ما مكنت أحدا غيرك، فإن كان ما فعلت بك في النكاح زنا فهو زنا بك، لا يكون تصديقا للزوج، فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان على الزوج [ولا يجب الحد على المرأة] ^(٥) ففي حال لا يجب عليها الحد ويجب اللعان على الزوج، وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فلا يجب أحدهما ^(٦) بالشك.

رجل قال لغيره ^(٧) في غضب لست بابن فلان، لأبيه الذي يدعى إليه ، فإنه يحد ، وإن كان في غير غضب لا يحد ؛ لأن في حالة الغضب يراد به القذف عادة وفي غير حالة الغضب يراد به نفي المشابهة في الأخلاق.

ولو قال أنت ابن فلان لجدته أولعمه أو لخاله أو لزوج أمه لا يحد؛ لأن الجدة يسمى أباً وكذلك العم قال الله تعالى: ﴿ تَعْبُدُوا إِلَهَكُمْ وَإِلَىٰ آبَائِكُمْ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ ﴾ ^(٨) وإسماعيل ^(٩) كان

(١) « بينهما » ساقط من « هـ » .

(٢) في « أ » محتمل .

(٣) في « ج » زاد، في القذف .

(٤) الذي ساقط من « أ، ب، د، هـ » .

(٥) في « أ » ولا يحد المرأة .

(٦) في « ب، د » على أحدهما .

(٧) في « أ » لآخر .

(٨) سورة البقرة، آية: ١٣٣ . وثمام الآية: ﴿ وإسحق إليها واحدا ونحن له مسلمون ﴾ .

(٩) « اسماعيل » ساقط من « أ » .

عمه ^(١) وكذلك الخال يسمى أبا والخالة تسمى أما، قال الله تعالى: ﴿ وَرَفَعَ أَبْوَيْهَ عَلَى الْعَرْشِ ﴾ ^(٢) قيل إنها كانت خالته ^(٣) وكذلك زوج الأم يسمى أبا بحكم التربية.

وإن نفاه عن الجد فقال لست بابن فلان لا يجد أيضا؛ لأن الجد ليس بأب له حقيقة. رجل قال لغيره زنأت في الجبل وقال: عنيت به الصعود حد، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد لا يجد؛ لأن الزناً بالهمز هو الصعود قال ليبد ^(٤) « وارق إلى الخيرات زناً في الجبل » ^(٥) أي صعوداً، وإقامة كلمة في مقام كلمة ^(٦) على جائز. [قال تعالى: ﴿ وَأَصْلَبْتِكُمْ فِي جُدُوعِ النَّخْلِ ﴾ ^(٧) أي على ^(٨)].

ولهما أنه يحتمل الصعود ويحتمل الفاحشة؛ لأن من العرب من يذكر المهموز بدون الهمز وغير المهموز بالهمز ^(٩) وحالة [أ/ب] الغضب والسب دليل على أنه أراد به الفاحشة؛ لأنه لو أراد به الصعود كان من حق الكلام أن يقول زنأت على ^(١٠) الجبل ولا يقول

(١) انظر: فتح القدير للشوكاني، ١/١٤٦؛

(٢) سورة يوسف آية، ١٠٠. وتكملة الآية: ﴿ وخروا له سجدا... ﴾.

(٣) انظر: أحكام القرآن للحصاص، ٣/١٧٨؛ تفسير ابن كثير، ٢/٤٩٢؛ فتح القدير، للشوكاني، ٣/٥٦.

(٤) هو ليبد بن ربيعة العامري، أحد الشعراء الفرسان الأشراف في الجاهلية، أدرك الإسلام ويعد من الصحابة ولم يقل في الإسلام إلا بيتاً واحداً. انظر: الشعر والشعراء لابن قتيبة الدينوري ص ١٦٧ — ١٧٤؛ معجم الشعراء الجاهليين والمخضرمين ص، ٣٠٣؛ الأعلام للزركلي، ٥/٢٤٠؛

(٥) لم أجد شعره هذا في المطبوع من ديوانه ولكنه موجود في لسان العرب، ونسبه لقيس بن عاصم المنقري، وقال ابن منظور: وزعم الجوهري أن هذا الرجز للمرأة قالته ترقص ابنها فرده عليه أبو محمد ابن بري، ورواه هو وغيره على هذه الصورة. انظر: لسان العرب، ١/٩١؛ شرح فتح القدير، ٥/٣٣٠ — ٣٣١؛ و صدر البيت: (يصبح في مضجعه قد انجدل * وارق...)

(٦) « كلمة » ساقطة من « أ ».

(٧) سورة طه، آية: ٧١. وتكملة الآية: ﴿ ولتعلمن أننا أشد عذاباً وأبقى ﴾.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٩) في « د » مهموزاً.

(١٠) « على » ساقط من « أ، ج، هـ » وفي « أ » أزناً الجبل.

زنأت^(١) في الجبل فإذا ذكر كلمة في تعين الفاحشة.

ولو قال لرجل يا زانية يحد في قول محمد و لا يحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢).
لمحمد أنه نسبه إلى الزنى على وجه المبالغة ؛ لأن الهاء تستعمل للمبالغة ولأنه نسبه إلى
الزنى إلا أنه أخطأ في الكلام فيحد كما لو قال لامرأة يا زاني.
ولهما أنه وصفه بعلم الزنى ؛ لأن الهاء تستعمل لذلك يقال رجل نسابة وعلامة ويراد
به المبالغة في العلم فلا يكون قذفا.

إذا قال لأمة إنسان أو لأم ولد الغير يا زانية، أو قال لمسلم يا فاسق أو يا خبيث أو يا
سارق أو يا آكل الربا أو يا شارب الخمر أو يا ابن اليهودي أو يا ابن النصراني يعزر؛ لأنه
رماه بما فيه شين وليس فيه^(٣) حد مقدر وقد ذكرناه^(٤).

ولو قال يا خنزير أو يا حمار لا يعزر؛ لأنه كاذب في كلامه فلا يلحقه شين والحد
والتعزير إنما يجب للدفع الشين فإذا انتفى الشين، لا يجب^(٥) [١٢٥/د ب] كما لو كان
القاذف صبيا أو مجنونا.

وإن رماه بما لا يجب به حد الزنى لا يحد حد القذف؛ لأن كتاب الله نزل^(٦) فيه وهو
المراد من الرمي المذكور في كتاب الله تعالى.

رجل قذف أم عبد قد^(٧) ماتت حرة أو قذف أم نصراني ماتت مسلمة فلا ينسبها أن
يأخذها بجدها.

وقال زفر ليس له ذلك؛ لأن الحد إن وجب للأم فحد القذف لا يورث، مع أن^(٨)
اختلاف الدين والرق يمنع الإرث، لو كان شيئا يجري فيه الإرث. ولا يجوز أن يجب ابتداء

(١) « زنأت » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: المبسوط، ١١٤/٩ ؛

(٣) في « أ » له.

(٤) انظر: ص : ١٥٦ من هذا البحث.

(٥) في « ج » زاد، به.

(٦) « نزل » ساقط من « أ ».

(٧) « قد » ساقط من « أ، ج ».

(٨) « أن » ساقط من « أ، هـ ».

للأبن ؛ لأنه ليس بمحصن ولهذا لو قذفه إنسان لا يحد ^(١).

ولنا أنه غيرُه بقذف محصنة فيجب الحد. وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الأم كانت محصنة وعمار قذفها يتصل بولدها فيصير الحي مقصودا بهذا العار، وهذا العار إنما تعدى إليه من قبل الأم فيتعدى بالصفة التي كانت ^(٢) في الأم ويصير في التقدير كأنه محصن.

ولو كان القاذف مولى العبد لم يكن للعبد أن يأخذ مولاه بجدها ؛ لأن الثابت حـق العبد أو فيه حق العبد والعبد لا يستوفي الحد من المولى ^(٣).

وكذا لو قذف أم ولده وقد ماتت حرة مسلمة ولها منه ولد مسلم ^(٤) لم يكن لولدها أن يأخذ أباه بجدها، فإن كان لها ولد من غيره يأخذه ذلك الولد.

رجل قذف ميتا كان ^(٥) محصنا يلزمه حد القذف، ولا يأخذه بالقذف ^(٦) إلا الولد أو الوالد أراد بالولد الولد وولد الولد وإن سفل، وبالوالد الأب والجد وإن علا ؛ لأن الحد لا يجب للحي إرثا له ^(٧) عن الميت ؛ لأن حد القذف لا يورث عندنا، وإنما يجب ^(٨) للحي ابتداء ؛ لأن الإنسان كما يتعير بقذف نفسه يتعير بقذف من ينسب إليه بجهة التعصيب ^(٩) ويستوي فيه الوارث وغير الوارث لما ذكرنا ^(١٠) أنه لا يستوجب الحد إرثا بل بطريق الأصالة من الوجه الذي ذكرنا.

رجل قذف رجلا فمات المقذوف بطل الحد عندنا وعند الشافعي لا يبطل، وكذلك

(١) انظر: بدائع الصنائع، ٥٥/٧ ؛ الهداية ٣٢٤/٥ ؛

(٢) « كانت » ساقطة من « د، هـ ».

(٣) في « أ » الحق من مولاه.

(٤) « مسلم » ساقط من « أ، ج ».

(٥) في « أ » إن كان.

(٦) في « أ، ب، ج » بالحد.

(٧) في « أ » لا يجب إرثا للحي، إرثا له عن الميت عندنا. وفي « ب » لا يجب إلا للحي إرثا له .. وفي «

هـ » لا يوجب للحي إرثا له.

(٨) في « ج » زاد، الحد.

(٩) في « ب، ج » البعضية.

(١٠) في « هـ » قلنا.

لا يسقط بعفو المقذوف عندنا وعنده يسقط بناء [١١/أ أ] على أن حد القذف حق الله تعالى أو الغالب فيه حق الله وعنده حق العبد والمسألة معروفة (١).
وأجمعوا على (٢) أنه لا يقام إلا بطلب المقذوف (٣).

ويقيمه الإمام بعلمه الحاصل في حالة القضاء كما يقضي بالقصاص، وفي غيره من الحدود لا يقضي بعلمه.

حربي دخل دارنا بأمان فقذف مسلماً حُدَّ حدُّ القذف؛ لأنه التزم أن لا يؤذي أحداً منا وقد آذى فيصير بمنزلة الذمي في حق هذا الحكم دفعا للضرر (٤) عن المسلمين.

ذمي قذف إنساناً فحُدَّ، لا تقبل شهادته؛ لأن رد شهادة المحدود ثبت بنص عام لا يفصل بين المسلم والذمي.

فإن أسلم بعد ذلك جازت شهادته على أهل الإسلام والذمة؛ لأنه بالإسلام استفاد شهادة لم يلحقها الرد وهي الشهادة على أهل الإسلام؛ لأن (٥) هذه الشهادة لم تكن ثابتة له (٦) وقت الرد فلا يلحقها الرد.

وإذا جازت شهادته على المسلمين جازت (٧) على أهل الذمة تبعاً وهذا بخلاف العبد

(١) وأما المالكية فقالوا أيضاً بتوريث حد القذف ولكن في العفو عندهم روايتان: في رواية يصح مطلقاً سواء بلغ الإمام أولاً، وفي رواية أخرى لا يصح إذا بلغ الإمام. وفي المعتمد عندهم يصح قبل البلوغ. وأما الحنابلة فقالوا: إن طلب المقذوف فيورث وإلا بطل، كالحنفية، ويصح العفو بعد الطلب. انظر: المبسوط، ١٠٩/٩؛ الهداية ٣٢٦/٥؛ المدونة، ٢٢٠/١٦، ٢٣٧؛ حاشية الدسوقي، ٣٣١/٤ - ٣٣٢؛ التاج والإكليل، ٣٠٥/٦؛ بداية المجتهد، ٤٤٢/٢؛ القوانين الفقهية، ص ٣٠٧؛ الثمر الداني، ص ٦٠٢؛ المهذب، ٢٧٤/٢ - ٢٧٥؛ كشف القناع، ١١٣/٦ - ١١٤؛ المغني، ٦١/٨، ٨٥/٩، ٨٧؛ الانصاف، ٢٢٠/١٠.

(٢) « على » ساقط من « أ ».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٣٢٦/٥؛ روضة الطالبين ٣٣٣/٨؛ الإقناع لابن المنذر ٣٤٤/١؛ المغني ٨٥/٩؛ مراتب الإجماع ص ١٣٤.

(٤) في « أ » به.

(٥) « لأن » ساقط من « د، هـ » وفيهما: وهذه.

(٦) « له » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) في « د، هـ » زاد، شهادته.

إذا حَدَّ حَدَّ القَذْفِ ثم أعتق لا تقبل شهادته ؛ لأن العبد لم تكن له شهادة وقت الحد، فيتوقف الرد على حدوث الشهادة، أما الذمي له شهادة وقت الحد، فعمل الرد في إبطال تلك الشهادة ولم يتوقف فلا يعمل في شهادة تحدث بعد ذلك.

وإن ضُربَ الذمي سوطاً في حد ثم أسلم فضُرب ما بقي جازت شهادته في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة رحمه الله إذا ضُرب سوطاً في الإسلام لا تجوز شهادته، وعنه في رواية إذا ضرب الأكثر في الإسلام لا تقبل شهادته (١).

وجه ظاهر الرواية أن رد (٢) الشهادة من تمام الحد يثبت بعد إقامة الحد وما ضرب بعد الإسلام ليس بحد فلا يترتب عليه رد الشهادة (٣).

رجل ادعى على رجل قذفاً وأقام على ذلك شاهدين فشهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفه يوم الجمعة، أو اتفقا في اليوم ثم (٤) اختلفا في المكان جازت شهادتهما عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه (٥).

ولو اختلفا (٦) في الإقرار والإنشاء فشهد أحدهما أنه قذفه وشهد الآخر على إقراره بالقذف (٧) أو اختلفا في اللغة لم تقبل شهادتهما (٨) في قولهم (٩) وهذه خمس مسائل (١٠) لا بد من ذكرها، فنقول: المشهود به لا يخلو إما أن يكون فعلاً [١٢٦/د أ] محضاً كالغصب والجنابة وما أشبه ذلك، أو قولاً لا يصح إلا بفعل وهو النكاح ؛ لأن صحته تتعلق بحضرة الشهود أو

(١) انظر: شرح فتح القدير، ٣٤٠/٥ ؛

(٢) « رد » ساقط من « أ ».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٣٤٠/٥ ؛

(٤) « أو اتفقا في اليوم ثم » ساقط من « أ، ج ».

(٥) في « ب، د، هـ » لها.

(٦) في « أ » اختلفوا.

(٧) « بالقذف » ساقط من « أ ».

(٨) في « أ، ج » « شهادتهما ».

(٩) انظر: المبسوط، ١٠٨/٩.

(١٠) في « أ » عدة مسائل. وفي « ب » جنس مسائل. وفي « ج » وجنس هذه المسائل.

قولا محضا لا يتعلق بفعل كالطلاق والعناق والإجارة والبيع ونحوها^(١) أو قولا يتعلق تماما بالفعل وهو القرض والصدقة والهبة والرهن، أو قولا اختلفوا فيه أنه ملحق بالفعل أو بالقول وهو القذف.

واختلاف الشهود على وجوه ثلاثة:

إما أن اختلفا في المكان، أو في الزمان، أو في الإقرار والإنشاء، ففي الغصب والجنابة كل ذلك مانع قبول الشهادة؛ لأن الفعل مما لا يعاد ولا يتكرر، فالفعل في هذا المكان أو في هذا الزمان غير الفعل في مكان وزمان آخر، فإذا اختلفا في المشهود به لا تقبل شهادتهما.

وكذلك إذا اختلفا في الإقرار والإنشاء [١١/أ ب]؛ لأن الإنشاء فعل والإقرار قول فلم يتفق الشاهدان على شيء واحد.

والنكاح بمنزلة الغصب والجنابة، إذا اختلفا في المكان أو في الزمان أو في الإقرار والإنشاء لم تقبل شهادتهما^(٢)؛ لأن صحته تتعلق بالفعل وهو حضرة الشهود، فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس أو في السوق وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة أو في البيت فقد شهد كل واحد منهما على النكاح بحضرة شاهد^(٣) واحد فلا تقبل^(٤) حتى لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس بحضرة الشهود وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة بشهود، قيل بأنها تقبل؛ لأن كل واحد منهما^(٥) شهد على نكاح جائز.

ولو شهد أحدهما أنه تزوجها بالعربية وشهد الآخر أنه تزوجها بالفارسية، جازت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على نكاح جائز.

ولو ادعى النكاح فشهد شاهدان على إقرارها^(٦) بالنكاح جازت شهادتهما؛ [لأنهما اتفقا على نكاح جائز] ^(٧) كما في الغصب. وفي الطلاق والعناق والبيع والإجارة ونحوها

(١) «نحوها» ساقط من «د، هـ».

(٢) في «ج» زاد، في ذلك.

(٣) «شاهد» ساقط من «هـ».

(٤) انظر: الجوهرة النيرة، ٢/٢٣٤؛ المبسوط، ٥/٣٥؛ شرح فتح القدير، ٣/٢٠٧.

(٥) «منهما» ساقط من «د، هـ».

(٦) في «أ، ج، د، هـ» اقرارهما.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، ج».

اختلاف الشهود في الزمان أو في المكان أو في الإقرار والإنشاء لا يمنع قبول الشهادة عندنا خلافاً لزرقي؛ لأن القول مما يعاد ويكرر ويكون الثاني عين^(١) الأول والإنشاء والإقرار فيه واحد^(٢).

والقرض ملحق بالبيع ومن الناس من قال القرض ملحق بالجنائية؛ لأنه لا يتم إلا بالفعل وهو القبض والأصح ما قال في الكتاب؛ لأن حكم القرض يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم المال؛ فإن تسليم المال^(٣) بدون هذا القول يكون إيداعاً وقوله أقرضتك كلام صيغة الإقرار والإنشاء فيه واحدة، وقد يتحقق التسليم والقبض بقوله أقرضتك بأن كان بين يديه.

وفي الطبقة والصدقة والرهن إذا شهدا على الرهن والقبض واختلفا في المكان أو الزمان تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: لا تقبل؛ لأن القبض فعل فلا يثبت إذا اختلفا في المكان أو الزمان.

ولهما أن التسليم عسى يتحقق بقوله أقبضه وذلك قول.

وفي القذف إذا اختلفا في المكان أو في الزمان جازت شهادتهما في قول أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه^(٤).

لهما أهما شهدا على قذفين مختلفين؛ لأن القذف في هذا المكان أو الزمان غير القذف في مكان أو زمان آخر حقيقة.

وفيما كان قولاً كالبيع والشراء والطلاق والعتاق^(٥) ونحوها، الثاني غير الأول حقيقة ولكن جعلناه عين الأول؛ لأنه مما يعاد ويكرر وقد مست الحاجة إلى جعله^(٦) عين الأول حقيقة^(٧) وهي حاجة الإشهاد على ذلك.

أما الحدود يُحتال لدرئها فتعتبر فيها الحقيقة ولهذا لو اختلفا في الإقرار والإنشاء أو في

(١) في «ب، ج» غير.

(٢) انظر: المبسوط، ١٠٨/٩، ١٤٦/١٦، ١٧٣؛

(٣) «المال» ساقط من «ب».

(٤) انظر: المبسوط، ١٠٨/٩؛ شرح فتح القدير، ٣٤٣/٥؛

(٥) «العتاق» ساقط من «أ، ب، ج».

(٦) في «ج» قوله.

(٧) «حقيقة» ساقط من «أ، ب، ج».

اللغة لم تقبل شهادتهما على القذف لمكان الشبهة وتقبل على البيع والشراء والطلاق ونحوها؛ لأنها تثبت مع الشبهات.

ولأبي حنيفة أن حد القذف مشتمل على حق الله تعالى وحق العبد وشبهة المغايرة من حيث الحقيقة فيما كان قولاً لا يمنع قبول الشهادة فيما هو ^(١) [١٢/أ] خالص حق العبد كالبيع والطلاق ونحوهما، وفيما هو خالص حق الله تعالى كالحدود يمنع فعلنا بهما، وقلنا إذا ثبت الاتحاد من وجهين والمغايرة من وجه واحد بأن اتفقا على لفظ واحد والثاني عين الأول حكماً لا يمنع القبول اعتباراً، لحق العبد، ومتى ثبتت المغايرة من وجهين بأن اختلفا في اللفظ والمغايرة من حيث الحقيقة ثابتة لم تقبل اعتباراً، لحق الله تعالى. والله أعلم.

(١) في «ب، ج» كان.

رجل قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحدّ فهو ^(٢) لذلك كله. أما في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنى والشرب يجري فيها التداخل ؛ لأنها شرعت للزجر وربما يحصل الزجر بالمرة ^(٣) الواحدة فلا يشرع ^(٤) الزيادة عند احتمال عدم الفائدة. وأما حد القذف فكذلك عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله إذا قذف جماعة أو قذف رجلا مرتين بزنايين مختلفين لا يكتفى بالواحد ^(٥) وهذا بناء على أن حد القذف عندنا حق الله تعالى أو الغالب فيه حق الله تعالى وعنده حق العبد والمسألة في المختلف ^(٦).

وإن سرق سرقات مختلفة فخاصمه أحدهم فقطعت يده قال أبو حنيفة هو قطع للسرقات كلها ولا يضمن شيئاً. وقال أبو يوسف ومحمد يضمن الكل إلا التي قطع فيها ^(٧).
لهما أن القطع لا يستوفى إلا بالخصومة فلا يقع القطع عن من لم يخاصم ولأن القطع يتضمن البراءة عن ضمان ^(٨) السرقة ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لا يبرأ فكذلك دلالة ، فيجب عليه ضمان الباقي سواء ^(٩) قطعت يده بالإقرار أو بالبينة.
ولأي حنيفة أن القطع خالص ^(١٠) حق الله تعالى وإنما يشترط الدعوى لظهور السرقة

(١) « فيه » ساقط من « أ ».

(٢) في « ب ، ج » زاد ، حد.

(٣) « بالمرة » ساقط من « أ ، ب ، ج ».

(٤) في « أ » فلا يحصل.

(٥) والمالكية والحنابلة قالوا بقول الحنفية. انظر: المبسوط، ١٠٢/٩ ؛ شرح فتح القدير، ٣٤٠/٥ —

٣٤١ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٢٧/٤ ؛ المهذب، ٢٧٥/٢ ؛ كشف القناع، ١١٤/٦ ،

(٦) انظر: لوحه رقم: ٢١٨ — ٢١٩ ، مخطوط.

(٧) انظر: المبسوط، ١٧٧/٩ ؛ الهداية ٤١٦/٥ ؛

(٨) في « ب » زاد ، قطع.

(٩) في « ب » زاد ، عليه.

(١٠) « خالص » ساقط من « ب ، ج ، د ، هـ ».

وتوجه التكليف بالإقامة فإذا ظهرت السرقة بخصومة الواحد بالبينه أو بالإقرار وحقوق الشرع يجري فيها التداخل فيقع القطع عن الكل كما لو خاصمه الكل وإذا وقع القطع عن الكل برئ عن ضمان الكل ؛ لأنهما لا يجتمعان.

رجلان أقرتا بسرقة مائة درهم ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا^(١) ؛ لأنهما أقرتا بسرقة واحدة فإذا تمكنت الشبهة في حق أحدهما بالدعوى^(٢) تتمكن في حق الآخر، أكثر ما في الباب أن هذا رجوع عن الإقرار لكن الرجوع صحيح في حق القطع ؛ لأنه يحتال لدرئه.

رجلان سرقا شيئا^(٣) وغاب أحدهما وشهد شاهدان على الحاضر^(٤) بسرقتهما قطع الحاضر،^(٥) في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وكان أبو حنيفة أولا يقول: لا يقطع الحاضر؛ لأنه ربما يسقط القطع عن الغائب بشبهة فتتعدى إلى الحاضر، ثم رجع وقال: يقطع الحاضر؛ لأن سرقة الحاضر^(٦) قد ثبتت واعتبار حضرة الآخر اعتبار شبهة الشبهة على ما مر فلا تعتبر^(٧) [هكذا، ذكر ههنا، وذكر في المبسوط^(٨) رجل قال سرقت أنا وفلان، كذا، من هذا الرجل، ومن هذا الرجل، كذا، وفلان غائب]^(٩).

رجل سرق ثوبا قد قطع فيه لم يقطع، وقال الشافعي يقطع^(١٠) [١٢/أ ب] (فإن

(١) انظر: الفتاوى الهندية، ١٧١/٢ .

(٢) « حق ، بالدعوى » ساقطتان من « د ، هـ » .

(٣) في « أ » سرقات .

(٤) « على الحاضر » ساقط من « د » .

(٥) في « أ » الآخر . بدل ، الحاضر .

(٦) في « ب » سرقة .

(٧) « فلا تعتبر » ساقط من « أ » . انظر: ص ١٤٣ ، والمبسوط ، ١٧٠/٩ ؛ الهداية ٤٠٩/٥ .

(٨) وعبرة المبسوط: « وإذا شهد شاهدان على رجلين أنهما سرقا من هذا الرجل ألف درهم وأحد

الرجلين غائب قطع الحاضر » إذا أقر أنه سرق مع فلان الغائب لم يقطع » ١٧٠/٩ .

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « ب » وفي « ج » ووضع المسألة في المبسوط، رجل قال سرقت أنا

وفلان من هذا الرجل كذا . والآخر غائب .

(١٠) وبقول الشافعية قالت المالكية والحنابلة وأبو يوسف في رواية، وأبو ثور وابن المنذر . انظر:

المبسوط ، ١٦٥ / ٩ ؛ الهداية ٣٧٨ / ٥ ؛ المدونة ، ٢٦٩ / ١٦ ؛ روضة الطالبين ، ١٢١ / ١٠ ؛ مغني =

سرق ثوبا قد قطع في غزله، يقطع (١) [وصورته سرق غزلا فقطع فيه] (٢) ورد الغزل على المالك فنسج منه ثوبا ثم سرقه السارق يقطع بالاتفاق. وكذا إذا زنى بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى يحد عند الكل والمسألة معروفة (٣).

حاكم قال للحداد (٤) اقطع يمين هذا في سرقة فقطع يساره عمدا لا شيء عليه. وقال أبو يوسف ومحمد إن قطع خطأ فكذلك وإن قطع عمدا يضمن دية اليسار (٥). وأجمعوا على أنه لو قال له الحداد (٦) أخرج يمينك فأخرج يساره فقطع لا شيء عليه (٧).

لهما أنه تعمد الظلم فلا يعذر كالقاضي إذا تعمد الجور في حادثة، ولأبي حنيفة أنه أتلف وأخلف خيرا له (٨)؛ لأن اليمين خير من اليسار فلا يضمن (٩) كالشاهدين إذا شهدا على رجل يبيع عبد يساوي ألفا بألفين ثم رجعا لم يضمننا.

وروى الحسن بن زياد (١٠) عن أبي حنيفة لو قال الحاكم للحداد (١١) اقطع يده فقطع

= المحتاج، ١٦٢/٤؛ الأحكام السلطانية ص ٣٧٥؛ كشف القناع، ١٤٣/٦؛ المغني لابن قدامة، ١٢٣؛ الإشراف ٢٩٣/٢.

- (١) ما بين القوسين في « ب » هكذا: « وإن سرق ثوبا قد نسج من غزل قطع فيه ».
- (٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».
- (٣) انظر: شرح فتح القدير، ٣٧٩/٥؛ وحكى ابن الهمام الإجماع على ذلك.
- (٤) في « ب، هـ » للحداد.
- (٥) انظر: الهداية ٣٩٨/٥؛ الفتاوى الهندية، ١٨٣/٢؛
- (٦) في « ب، هـ » الجلاذ. و« له » ساقط من « أ، د، هـ ».
- (٧) انظر: المبسوط، ١٧٦/٩؛ الهداية ٤٠٠/٥؛ الفتاوى الهندية ١٨٣/٢؛ بلفظ الاتفاق.
- (٨) « له » من « أ، ب، ج ».
- (٩) « فلا يضمن » ساقط من « أ ».
- (١٠) « الحسن بن زياد » ساقط من « ج ». هو أبو علي، حسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي، من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله تولى قضاء الكوفة. من مؤلفاته: أدب القاضي، كتاب المجرى، الأمالي. انظر: الفوائد البهية، ٦٠؛ الجواهر المضية، ٥٦/٢ — ٥٧؛ الطبقات السنية، ٥٩/٣ — ٦١؛ سير أعلام النبلاء، ٥٤٣/٩.
- (١١) في « هـ » الجلاذ.

يساره لا يضمن، ولو قال اقطع يمينه فقطع يساره كان عليه القصاص^(١).
عبد محجور عليه أقر بسرقة عشرة دراهم بعينها^(٢) وقال المولى هي لي تقطع يده عند
أبي حنيفة ويدفع المال إلى المسروق منه.
وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى. وقال محمد وزفر، لا تقطع يده^(٣) والمال
للمولى^(٤).

لمحمد وزفر أن نفس العبد وما في يده لمولاه فلا يصح إقراره على المولى.
ولأبي يوسف أن العبد في القطع مبقى على الحرية فيصح إقراره بالقطع ولا يصح^(٥)
بالمال؛ لأنه يرجع إلى المولى.
ولأبي حنيفة ما قال أبو يوسف إن العبد في القطع مبقى على الحرية فيصح إقراره
بالقطع كما لو أقر على نفسه بالقصاص، وحال بقاء السرقة القطع أصل والمال تبع، ألا ترى
أنه تبطل عصمة المال إذا قطعت اليد ويستوفى القطع بعد هلاك المال فيصح إقراره بالقطع^(٦)
ومن ضرورته أن لا يكون المال للمولى، فيدفع^(٧) المال إلى المسروق منه.
ولو أقر العبد المحجور عليه^(٨) بسرقة عشرة دراهم^(٩) مستهلكة يقطع في قولهم
جميعا^(١٠)؛ لأن ضمان سرقة العبد^(١١) المحجور لا يكون في مال المولى فتمحض إقراره على
نفسه.

(١) انظر: شرح فتح القدير، ٣٩٨/٥؛

(٢) « بعينها » ساقط من « أ ».

(٣) « يده » ساقط من « أ، ب ».

(٤) انظر: المبسوط، ١٨٣/٩؛ الهداية، ٤٠٩/٥؛

(٥) في « ب » زاد، إقراره بالمال.

(٦) في « أ، ب، د » وإذا صح إقراره بالقطع.

(٧) في « ج » بل يدفع.

(٨) « عليه » ساقط من « ب، ج، د ».

(٩) « عشرة دراهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١٠) « جميعا » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١١) « العبد » ساقط من « أ، ب، ج ».

والعبد المأذون [١٢٧/د أ] إذا أقر بسرقة على نفسه^(١) بمال قائم أو مستهلك يقطع عند الكل ؛ لأن المأذون يملك الإقرار بالمال ؛ لأن الإقرار من التجارة فإذا صح إقراره بالمال ظهرت السرقة فيقطع.

رجل قضي عليه بالقطع في سرقة فوهبت له السرقة لم يقطع. وقال الشافعي رحمه الله يقطع^(٢) وإن وهبت له قبل أن يرفع الأمر^(٣) إلى الإمام لم يقطع بالاتفاق، والمسألة معروفة^(٤).
رجل سرق من أمه من الرضاع أو من امرأة حرمت عليه بالمصاهرة قطع ؛ لأن حرمة المناكحة من غير أن توجب حقا في المال لا تخل بالحرز.

وعن أبي يوسف أنه^(٥) إذا سرق من أخته من الرضاع قطع وإن سرق من أمه من الرضاع لا يقطع، والأصح ما ذكر في ظاهر الرواية ؛ لأن الرضاع لا يوجب [١٣/أ أ] حقا في المال ولهذا لا يوجب الإرث فلا يكون له حق الأخذ^(٦).

ولو سرق من بيت أمه من الزنى لا يقطع ؛ لأن البعضية ثابتة وكذلك الميراث ؛ فلم يكن حرزا.

رجل خنق رجلا فقتله لا يقتل ولكن^(٧) تجب الدية على عاقلته في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد يقتل، وهو والمثقل سواء.

وإن خنق في المصر غير مرة قتل عند الكل، لكن عند أبي حنيفة بطريق السياسة ؛ لأنه

(١) « على نفسه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) وبه قال أبو يوسف في قول، وكذا المالكية والحنابلة وإسحاق، إذا رفع إلى الإمام. وهذا الخلاف فيما إذا ملكها بعد الرفع. أما إذا ملكها قبل الرفع، يسقط القطع عند الجميع. انظر: الهداية ٤٠٦/٥ ؛ المبسوط، ١٨٦/٩ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٣٦/٤ ؛ المتقى ١٦٢/٧ - ١٦٣ ؛ بداية المجتهد، ٤٥٣/٢ ؛ المهذب، ٢٨٢/٢ ؛ كشف القناع، ١٣٢/٦ ؛ المغني ١٢٨/٩ ؛

(٣) « الأمر » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ١٢٧/٦ .

(٥) « أنه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) انظر: المبسوط، ١٩٠/٩ ؛ الهداية ٣٨٢/٥ ؛

(٧) « ولكن » ساقط من « أ، ب ».

ساع (١) في الأرض (٢) بالفساد، وعندهما يقتل قصاصا.

وإن اعتاد ذلك في غير المصر فكذلك. وفي هذا المصر وغيره (٣) سواء. وإنما ذكر المصر

ليبين أن السعي بالفساد كما يكون في غير المصر يكون في المصر، أيضا (٤). والله أعلم.

(١) في « د » شاع.

(٢) في « أ، ب » على وجه الأرض. وفي « ج » على الأرض.

(٣) في « أ، ب » وغير المصر.

(٤) « أيضا » ساقط من « أ، ب، ج ». وانظر المسألة في: الهداية، ٤٣٢/٥.

كتاب السرقة (١)

رجل سرق طيرا يساوي عشرة دراهم أو صيدا، أو فاكهة تفسد، أو لحما أو خشبا غير الساج (٢) أو زرنیخا (٣) أو نورة أو مغرة (٤) أو شرابا، أو أبواب (٥) المسجد، أو طبلا، أو بربطا (٦) لم يقطع، أما الطير (٧) لقوله عليه السلام: « لا قطع في الطير » (٨) ولأن في الحرز خلا؛ لأن الطير تطير والصيد يفر برياً كان أو بحرياً، (٩) وكذلك في إحراز الفاكهة أيضا خلل وقد قال عليه السلام: « لا قطع في ثمر ولا كثر » (١٠) واختلفوا في تفسير الكثر قال بعضهم: هو النخل

(١) السرقة، لغة: أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية.

وشرعا: أخذ مكلف عاقل بالغ خفية، قدر عشرة دراهم، من حرز مثله بشروط. انظر: لسان العرب، ١٥٥/١٠ - ١٥٦؛ القاموس المحيط، ١١٥٣؛ التعريفات، للجرجاني، ١١٨؛ أنيس الفقهاء ١٧٦؛ شرح فتح القدير، ٣٥٤/٥؛ مواهب الجليل، ٣٠٥/٦؛ مغني المحتاج، ١٥٨/٤؛ كشف القناع، ١٢٩/٦.

(٢) نوع شجر يعظم جدا. انظر: القاموس المحيط، ٢٤٩؛ المعجم الوسيط، ٤٦٠/١.

(٣) الزرنیخ: بالكسر، حجر، منه أبيض، وأحمر، وأصفر. القاموس المحيط، ٣٢٢.

(٤) وهي الطين الأحمر، انظر: القاموس المحيط، ٦١٤؛ أنيس الفقهاء، ١٧٧؛ شرح فتح القدير، ٣٦٤/٥؛ وفي «هـ» محرة.

(٥) في «أ، ح» أثواب.

(٦) البربط، بمعنى العود، من ملاهي العجم. انظر: لسان العرب، ٢٥٨/٧؛ القاموس المحيط، ٨٥٠.

(٧) «أما الطير» ساقط من «د، هـ».

(٨) رواه ابن أبي شيبه، ٣٢/١٠؛ وعبدالرزاق، ٢٢٠/١٠؛ وابن حزم في المحلى بالآثار، وقال بخلافه كأنه ضعفه ٣١٩/١٢. وقال الزيلعي: غريب مرفوعا نصب الراية، ٣٦٠/٣. وقال ابن الهمام: «حديث لا يعرف رفعه»... ثم قال: «فإن كان هذا لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع، وإلا فتقليد الصحابي عندنا واجب» شرح فتح القدير، ٣٦٥/٥ - ٣٦٦.

(٩) في «أ» جویا. بدل، بحريا.

(١٠) أخرجه ابن ماجه، في كتاب الحدود ٨٦٥/٢. وقال ابن حجر: إسناده صحيح. انظر: الدراية، ١٠٩/٢. وأخرجه بسند آخر قال عنه البوصيري في اسناده ضعيف. انظر: مصباح الزجاجه، ١١٣/٣؛ وقال ابن الهمام نقلا عن الطحاوي تلقت العلماء متنه بالقبول انظر: فتح القدير، =

الصغار، وقال بعضهم: هو جمار النخل^(١) وكذلك في إحراز اللحم وكل ما يتسارع إليه الفساد خلل؛ لأن الإحراز صيانة الشيء وادخاره إلى وقت الحاجة وما يتسارع إليه الفساد لا يقبل ذلك.

وقال الشافعي يقطع^(٢)؛ لأنه سرق نصاباً كاملاً من حرز كامل. وحجتنا ما ذكرنا. وأما الزرنيج، والنورة^(٣) والمغرة، والملح، والجص، والزجاج الذي لم يكن معمولا والخشب الذي هو^(٤) غير الساج؛ فلأن قليل هذه الأشياء لا يبلغ نصاباً وكثيره لا يسرق عادة؛ لأنه يحتاج إلى الحمل وغير ذلك. والشراب لا يبقى سنة بل يتغير ويفسد إن لم يكن مسكراً وإن^(٥) كان مسكراً فمن المسكرات ما ليس بمال عند الكل.

ومنها: ما ليس بمال عند البعض فلا يخلو شيء منها عن نوع شبهة حتى لو كان شراباً يجوز بيعه وشراؤه^(٦) وشربه عند العامة ولا يتغير ولا يسكر، يقطع. ويقطع في الخل والدبس^(٧) وسائر الأدهان؛ لأنها مال متقوم يقبل الإحراز والادخار.

= ٣٦٧/٥؛ تلخيص الخبر، ١٣٨٢/٤؛ وصححه ابن حبان، انظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ٣١٧/١٠.

(١) الجمار: رأس النخل وهو شيء أبيض لين، ألا ترى أنهم يسمونه كثيراً لذلك، ومن قال الجمار: الودي، وهو التافه من النخل فقد أخطأ. المغرب، ص، ٨٩.

(٢) وبه قالت المالكية والحنابلة وأبو ثور. انظر: المبسوط، ١٥٣/٩؛ الهداية ٣٦٦/٥؛ التاج والإكليل، ٣٠٧/٦، ٣١٠؛ حاشية الدسوقي، ٣٣٤/٤؛ بداية المجتهد، ٤٥٠/٢؛ الأم، ١٤٣/٦ — ١٤٤؛ المهذب ٢٧٨/٢؛ الأحكام السلطانية للماوردي، ص ٣٧٣؛ الإقناع للشربيني، ٢٣٥/٢؛ كشف القناع، ١٣٩/٦ — ١٤٠؛ المغني ١٠٩/٩. هذا الخلاف فيما إذا كان محرزاً أما غير المحرز فلا قطع فيه عند الجميع.

(٣) «النورة» ساقطة من «د، هـ».

(٤) «هو» ساقط من «ب، ج، د».

(٥) في «ب» إذ لو.

(٦) «شراؤه» ساقط من «أ، ب، ج».

(٧) الدبس: هو عصير الرطب، و عسل التمر وعسل النحل، انظر: المغرب، ص ١٦٠؛ القاموس المحيط، ٧٠٠.

وأبواب المسجد غير محرزة ؛ لأن دخول المسجد للصلاة جائز فأورث ذلك شبهة،
والربط والطبل فأخذها للكسر مباح فكان متأولا في الأخذ فلم يتمحض جنابة.
وكذلك الشطرنج والصليب من الذهب والفضة ؛ لأنه يجوز أخذه للكسر، ويضمن
مثل وزنه ذهباً.

وإن سرق دراهم عليها تماثيل يقطع ؛ لأنها لا تعد للعبادة واللهم.
ولو سرق مصحفا مفضضا أو غير مفضض لا يقطع، وعن أبي يوسف أنه يقطع ؛ لأنه
مال متقوم يجرز^(١).

وجه ظاهر الرواية أنه لا يجرز للمالية وإنما يجرز للقراءة [١٣/أ ب] وما عليه من
الفضة تبع، له^(٢) فلم يكن محرزا من كل وجه.
وإن سرق من خشب الساج ما يساوي عشرة دراهم يقطع ؛ لأنه أعز خشب بالعراق
وقليله يبلغ نصاباً.

وإن سرق بابا من أي خشب كان يقطع وكذا المشاريب^(٣) والقصاع ونحو ذلك ؛
لأنها بحكم الصنعة صارت من الأموال المحرزة وقليلها يبلغ نصاباً. هذا إذا كان الباب في الحرز
فإن كان منصوباً على الحائط خارج الدار لا يقطع ؛ لأنه غير محرز ؛ لأن الحرز ما يمنع وصول
اليد إلى المال^(٤) ويصير المال به محصناً^(٥).

وفي الحصير إن كان من القصب لا يقطع لأن قليله لا يبلغ نصاباً وكثيره لا يسرق عادة؛
لأنه يحتاج إلى الحمل.

ويقطع في الحصير البغدادية ؛ لأنه من أعز الأموال وقليله يبلغ^(٦) نصاباً.
وعن محمد لا يقطع في العاج إلا إذا كان معمولاً وقليل لا يقطع في المعمول أيضاً لمكان
الاختلاف في ماليته.

(١) انظر: المبسوط، ١٥٣/٩ ؛ الهداية ٣٦٨/٥ ؛

(٢) في « د، هـ » للمصحف.

(٣) في « أ، ب، ج » مشارب. وهو الإناء يشرب فيه، انظر: القاموس المحيط، ١٢٩.

(٤) في « أ » إليه.

(٥) في « أ، ج، د، هـ » مخفياً.

(٦) في « ب، ج » يكون نصاباً.

ولو سرق من الفصوص الخضر أو الياقوت و اللؤلؤ^(١) والزبرجد يقطع ؛ لأنها من أعز الأموال.

وعن محمد لا يقطع في الياقوت واللؤلؤ؛ لأنه يوجد مباحا وهذا ليس بصحيح^(٢).
رجل له على رجل عشرة^(٣) دراهم فسرق منه مثلها، لا يقطع [١٢٧/د ب]؛ لأنه ظفر بجنس حقه فكان له أن يأخذها. هذا^(٤) إذا كان الدين حالا.
فإن^(٥) كان^(٦) مؤجلا، القياس أن يقطع ؛ لأنه لا يباح له الأخذ. وفي الاستحسان لا يقطع ؛ لأن سبب حق الأخذ موجود فيورث شبهة.
وإن سرق منه عرضا قطع، وفي كتاب السرقة إذا سرق عرضا، ثم قال: أخذت لأجل حقي والدين حال لا يقطع ؛ لأن من العلماء من قال له أن يأخذ بحقه^(٧) من خلاف جنسه فأورث ذلك شبهة^(٨).

رجل سرق شيئا فرده على مالكة^(٩) قبل أن يرفع إلى الإمام لا يقطع ؛ لأن الدعوى شرط لظهور السرقة [ولم يبق له حق الدعوى.

وقال ابن أبي ليلى يقطع^(١٠)؛ لأن عنده لا يشترط الدعوى لظهور السرقة^(١١) وإن رد السرقة بعد ما قضي عليه^(١٢) بالقطع يقطع ؛ لأن السرقة قد ظهرت فلا تحتاج إلى

(١) « اللؤلؤ » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: المبسوط، ١٥٤/٩، ١٨٠؛

(٣) « عشرة » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) « هذا » ساقط من « ج ».

(٥) في « هـ » أما إذا.

(٦) في « هـ » زاد، الدين.

(٧) في « د، هـ » حق الأخذ.

(٨) انظر: المبسوط، ١٧٨/٩؛ ومن العلماء ابن أبي ليلى، وقيل: هو الأصح، انظر: شرح فتح القدير،

٣٧٧/٥؛

(٩) في « د، هـ » إلى دار مالكةها.

(١٠) انظر: المبسوط، ١٤٢/٩؛

(١١) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(١٢) « عليه » ساقط من « هـ ».

الخصومة بعد ذلك.

وإن رفع إلى الحاكم فأقر بالسرقة والمال في يده فإنه يقطع، ويرد المال على المالك لأنه عين ماله.

ولا يقطع في أقل من عشرة دراهم، ومن الناس من قال يقطع قل المال أو أكثر^(١).

وقال الشافعي رحمه الله لا يقطع في أقل من ربع دينار^(٢).

واحتج في ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^(٣) إلا أن سارق مادون الربع خص بدليل آخر^(٤) فبقي سارق الربع داخلا.

ولنا قوله عليه السلام: « لا قطع في أقل من عشرة دراهم »^(٥) ولأن القطع شرع للزجر ولا يرغب في القليل رغبة تحمله على السرقة وما دون العشرة قليل حتى لا يصلح مهرا، فلا يقطع فيه، ولهذا تعتبر العشرة بوزن سبعة^(٦)؛ لأن مطلق الدراهم ينصرف إليها، وكذلك الدية والزكاة مضروبة كانت أو غير مضروبة.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٧) تعتبر عشرة دراهم مضروبة [أو ما يساوي عشرة دراهم مضروبة]^(٨) لأن التبر أنقص من المضروب.

ولأي حنيفة أن ما يتعلق بالدراهم يستوي فيه المضروب وغير المضروب كما في الزكاة

(١) ومنهم الحسن البصري وداود، والخوارج، وابن بنت الشافعي. انظر: شرح فتح القدير، ٣٥٦/٥؛ مغني المحتاج، ١٥٨/٤؛ المغني لابن قدامة، ١٠٥/٩.

(٢) وبه قالت المالكية والحنابلة، انظر: حاشية الدسوقي، ٣٣٣/٤؛ التاج والإكليل، ٣٠٦/٦؛ المهذب،

٢٧٧/٢؛ مغني المحتاج، ١٥٨/٤؛ كشف القناع، ١٣١/٦؛ المغني، ١٠٥/٩ — ١٠٧؛

(٣) سورة المائدة، آية: ٣٨. وتام الآية: ﴿ جزاء بما كسبنا نكالا من الله والله عزيز حكيم ٤ ﴾.

(٤) « آخر » ساقط من « د، هـ ».

(٥) أخرجه الامام محمد في الآثار، ص ١٣٧؛ والدارقطني، وفي إسناده داود الأودي وهو ضعيف.

وأخرجه عبدالرزاق، ٢٣٣/١٠ بلفظ فيمادون عشرة دراهم؛ وضعفه البيهقي، في السنن الكبرى،

٢٦١/٨؛ والترمذي، في سننه، ٥٠/٤، وانظر: نصب الراية، ٣٥٩/٣.

(٦) انظر: المغني، ١٠٧/٩.

(٧) « محمد » ساقط من « أ ».

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » انظر: شرح فتح القدير، ٣٥٨/٥.

إذا أقر السارق بالسرقة ^(١) مرة واحدة يقطع. وهو قول محمد. [١٤/أ أ] وقال أبو يوسف: لا يقطع ما لم يقر مرتين؛ لأن القطع حق الله تعالى فلا يثبت بالإقرار مرة واحدة، ويعتبر فيه العدد ليكون كل إقرار قائما مقام شاهد، كما في حد الزنى ^(٢).

ولهما ما روي أن النبي عليه السلام أمر بالقطع بالإقرار مرة واحدة ^(٣) ولأن الشرط ظهور السرقة وقد ظهرت؛ لأنه لا يقر على نفسه كاذبا. وكان القياس في الزنى كذلك وإنما تركنا القياس بالنص ولا نص ههنا.

إذا سرق من ذي الرحم المحرم لا يقطع؛ لأنه يدخل من غير استئذان وحشمة فلا يكون حرزا في حقه ^(٤).

رجل سرق وإيها السارق من اليسرى ^(٥) مقطوعة أو شلاء أو إصبعان سوى الإبهام لم يقطع، وإن كانت إصبعاً واحدة سوى الإبهام قطع؛ لأن قوام الأصابع بالإبهام فكان فواته كفوات الأصابع وكذلك الإصبعان غير الإبهام تنزلان منزلة الإبهام ^(٦) في حق البطش بخلاف الإصبع الواحدة غير الإبهام فإن بفواتها لا تختل منفعة البطش زيادة خلل وهذا عندنا ^(٧)

(١) « بالسرقة » ساقط من « د، هـ ».

(٢) انظر: المبسوط، ١٨٢/٩ وذكر فيه قول ابن أبي ليلى مع أبي يوسف؛ الهداية ٣٦٠/٥؛

(٣) « واحدة » ساقط من « أ، ب ». ولعل المراد بالحديث: ما رواه الطحاوي بسنده، « أن عمرو بن سمرة أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني سرقت جملا لبني فلان، فأرسل إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: إنا فقدنا جملا لنا، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعته يده ». وقال الطحاوي فيه دليل على أن الإقرار مرة واحدة يكفي للقطع. انظر: شرح معاني الآثار، ١٦٨/٣؛ وأيضا حديث رداء صفوان يدل على أن الإقرار مرة واحدة يكفي وهو حديث صحيح. انظر: نصب الرأية ٣٦٨/٣، ٣٦٩.

(٤) انظر: المبسوط، ١٥١/٩؛

(٥) في « د، هـ » اليسار.

(٦) « تنزلان منزلة الإبهام » ساقط من « أ ».

(٧) انظر: المبسوط، ١٧٦/٩ — ١٧٧؛ الهداية ٣٩٨/٥؛

وقال الشافعي تقطع يمين السارق وإن كانت اليسرى مقطوعة ، والمسألة معروفة (١) .
جعل فوات الإصبعين مانعا من القطع كفوات الكل وفي باب الكفارات لم يجعل فوات
الإصبعين كفوات الكل حتى لم يجعل فوات الإصبعين مانعا جواز التكفير به (٢) وإنما جعل
فوات الأكثر مانعا (٣) ؛ لأن الحدود يَحْتال لدرئها، ولا كذلك الكفارة ؛ لأنها عبادة فيحتاط في
إثباتها.

السارق إذا دخل الدار وأخذ المتاع ولم يخرج حتى أُخِذ لم يقطع ؛ لأن المتاع مادام في
الدار كان في يد المالك من وجه ؛ لأن الدار في يده، فلم يتم ركن السرقة فلا يقطع .
ولو غصب من إنسان شيئا ولم يخرج من دار المالك حتى هلك في يده فقد قال بعض
أصحابنا إنه (٤) لا يضمن ؛ لما قلنا في القطع، والأصح أنه يضمن ؛ لأن الشرع أوجب
الضمان بالأخذ وقد وجد فلو ثبت النقصان من هذا الوجه فالنقصان يتحمل في الضمان ولا
يتحمل في القطع ؛ لأنه يَحْتال لسقوطه .

فإن كان في الدار مقاصير لكل مقصورة ساكن على حدة فأخذ المتاع من مقصورة
وأخرجها إلى وسط (٥) الدار فأخذ السارق قُطْع، وكذا لو أغار واحد من أهل هذه المقاصير
على البعض وسرق منها وأخرجها إلى وسط (٦) الدار قطع (٧) ؛ لأن كل مقصورة بمنزلة (٨)

(١) وقالت المالكية بأنها تقطع في المرة الثالثة والرابعة كالشافعية، وعند الحنابلة فيما إذا كانت يده
اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع، روايتان: في رواية تقطع يمينه وفي أخرى لا تقطع،
ولكن المذهب عندهم أنه لا تقطع في المرة الثالثة كالحنفية. انظر: المبسوط، ١٧٦/٩ - ١٧٧ ؛
الهداية، ٣٩٨/٥ ؛ المدونة، ٢٨٨/١٦ ؛ بداية المجتهد، ٤٥٣/٢ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٣٢/٤ ؛
القوانين الفقهية، ٣٠٩ ؛ روضة الطالبين ١٦٢/١٠ ؛ المهذب، ٢٨٣/٢ ؛ مغني المحتلج، ١٧٨/٤ ؛
كشف القناع، ١٤٧/٦ - ١٤٨ ؛ شرح منتهى الإرادات، ٣٧٤/٣ ؛ المغني ١٢٦/٩ ؛

(٢) « به » ساقط من « ج » .

(٣) « مانعا » ساقط من « د، هـ » .

(٤) « أنه » ساقط من « أ، ج » .

(٥) « وسط » ساقط من « ج، د، هـ » .

(٦) « وسط » ساقط من « أ، ج، د، هـ » .

(٧) « قطع » ساقط من « د، هـ » .

(٨) « بمنزلة » ساقط من « هـ » .

دار على حدة وصحن الدار بمنزلة السكة قالوا هذا في الدار العظيمة فيستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون بالصحن انتفاع السكة نحو دار عتاب [د/١٢٨ أ] ودار بكار^(١).

وأما إذا كان دونها بحيث لا يستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون بها انتفاع المنازل فهي بمنزلة دار واحدة فلا يقطع.

ولو دخل الدار وأخذ المتاع فلما انتهى إلى الباب رماه خارج الباب ثم خرج وأخذه قطع؛ لأن السرقة على هذا الوجه معتاد، فرمى لا يمكنه الخروج مع المتاع فيقدم [أب/١٤] المتاع ليمكنه دفع صاحب المال إن احتاج إليه.

وإن رماه خارج الدار ثم خرج ولم يأخذ المال لم يقطع؛ لأنه لما ترك المال علمنا أنه قصد^(٢) التضييع دون السرقة.

وإن ناول صاحبها لم يقطع واحد منهما؛ لأنه لم يتم السرقة من كل واحد منهما، أما الداخل فلأنه^(٣) لم يوجد منه إخراج المال من الحرز، وأما الخارج فلأنه^(٤) لم يوجد منه هتك الحرز.

وعن أبي يوسف أنه فصل الجواب فقال: إن أدخل الخارج يده في الدار فناوله صاحبه في الدار قطع الخارج^(٥) وإن أخرج الداخل يده من الدار^(٥) فناول صاحبه خارج الدار قطع الداخل^(٦).

والخلاف فيه بناء على مسألة أخرى، وهي أن السارق إذا أدخل يده في النقب وأخذ المتاع من الحرز^(٧) ولم يدخل لا يقطع.

(١) دار عتاب محلة ببخارى منها العلامة زين الدين أبو القاسم. ودار بكار لم أجده. انظر: الجواهر

المضية ٢٩٩/١؛ كشف القناع المرئي عن مهمات الأسامي والكنى ص، ٥١٢.

(٢) في «ب» لأنه ترك المال علم أن قصده التضييع.

(٣) «فلأنه» ساقط من «أ، ب، ج».

(٤) «الخارج» ساقط من «أ».

(٥) «من الدار» ساقط من «أ، ب، ج».

(٦) ساقط من «أ». انظر: الهداية ٣٨٨/٥؛

(٧) ساقط من «أ، ج».

وعن أبي يوسف أنه يقطع؛ لأنه أخرج المال من الحرز فيقطع كما لو شق الجوالق (١).
وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال إذا كان اللص ظريفا لا يقطع
ويفسر الظرافة بما قلنا (٢).

ولأن القطع يحتال لدرئه فلا يقطع (٣) إلا بهتك الحرز بأقصى الإمكان وذلك بالدخول
فيه إن كان يحتمل الدخول بخلاف الجوالق والتابوت (٤)؛ لأنه لا يحتمل الدخول فيكتفى بأخذ
المال منه.

وإن وضع الداخل المتاع في الدار عند النقب ثم خرج وأخذ المتاع (٥) لم يذكر هذا (٦)
في الكتاب (٧) واختلفوا فيه، والصحيح أنه لا يقطع.

ولو كان في البيت نهر جار فرمى بالمتاع في النهر حتى أخرج الماء ثم خرج وأخذ
المتاع لم يذكر في (٨) الكتاب، واختلفوا فيه (٩) والصحيح أنه يقطع.

رجل سرق من إبل قيام عليها أحمالها أو تسير، إن شق (١٠) الجوالق وأدخل يده وأخذ
المتاع (١١) قطع.

وإن سرق الجوالق بما فيها لم يقطع؛ لأن في (١٢) الصورة الأولى أخذ المتاع (١٣) من

(١) انظر: المبسوط، ١٤٧/٩؛ الهداية ٣٩٠/٥؛

(٢) لم أجد الأثر بهذا اللفظ وإنما روى عبدالرزاق في مصنفه عن الحارث قال: أتى علي برجل نقب بيتا
فلم يقطعه وعزره أسواطاً، ١٩٩/١٠.

(٣) في «أ، ب، ج» فلا يجب.

(٤) في «أ» السندوق. بالسين. بدل، التابوت.

(٥) في «د» المال.

(٦) «هذا» ساقط من «د».

(٧) في «أ» في هذا الكتاب.

(٨) في «هـ» هذا.

(٩) «فيه» ساقط من «ج».

(١٠) «إن» ساقط من «د» وفيه: فشق.

(١١) في «هـ» أخرج. وفي «ج» المال.

(١٢) «في» ساقط من «ج».

(١٣) في «أ» المال.

الحرز؛ لأن الجوالق حرز؛ لأنها تعد^(١) لصيانة المال، أما ظهر الدابة ليس بحرز وإنما هو للحمل والنقل لا للصيانة فأخذ المال عن ظهر الدابة لا يكون هتكاً للحرز وأخذاً للمال منه^(٢) وكذا لو سرق تابوتا فيه متاع كثير لا يقطع.

وإن كسر التابوت وأدخل يده فيه وأخذ المال قطع. وإن كان الجوالق موضوعا على الأرض في الصحراء أو في المسجد وصاحبه يحفظه أو نائم عليه فسرق الجوالق قطع؛ لأنه سرق من الحرز؛ لأن الحفظ^(٣) والإحراز في المفاوز^(٤) وفي غير الحرز، يكون بالحفاظ، وهذا إذا كانت الجوالق تحت جنبه أو تحت رأسه.

فإن كانت موضوعة بين يديه وهو نائم اختلفوا فيه:

قال بعضهم لا يقطع؛ لأن النائم بمنزلة الغائب لا يتأتى منه الحفظ. والصحيح أنه يقطع^(٥) لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد للإحراز بأقصى^(٦) الوسع، وهذا مما يعد إحرازا عند الناس، ألا ترى أنه لو كان مودعا أو مستعيرا لا يضمن ولو كان ذلك^(٧) تضييعا، لكان ضامنا، فعلى هذا إذا كان مع الأحمال في المسألة [أ/١٥] الأولى من يحفظها يقطع بخلاف السائق والقائد؛ لأنهما يمشيان لتسيير الدابة لا للحفظ.

وإن سرق من حمام أو سفينة ومالكه فيه لا يقطع؛ لأن السفينة والحمام حرز في نفسه؛ لأن الحرز ما يبني لحفظ الأمتعة، والحمام والسفينة تعد وتبنى لحفظ الأمتعة وإن كان ينتفع به بوجه^(٨) آخر.

والحرز بالحفاظ إنما يعتبر فيما لا يكون محرزا بالمكان؛ لأن الحرز بالمكان فوق الحرز

(١) «تعد» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٢) «وأخذ المال منه» ساقط من «أ، د، هـ».

(٣) في «ب» الحرز.

(٤) في «ج» المفازة. وهي من ألفاظ الأضداد، بمعنى المنجاة والمهلكة والقلاة لا ماء بها. انظر:

القاموس المحيط، ٦٦٩.

(٥) انظر: الهداية، ٣٩٢/٥.

(٦) في «أ» بقدر.

(٧) «ذلك» ساقط من «أ».

(٨) في «هـ» من وجه.

بالحفاظ ؛ لأن الحرز حقيقة ما يمنع وصول اليد إلى المال ويصير المال به مخفياً (١) والحافظ (٢) وإن كان يمنع (٣) وصول اليد إلى المال (٤) لا يصير المال به مخفياً (٥) وبالمكان يحصل ذلك فكان الحرز بالحفاظ دون الحرز بالمكان فيكون بمنزلة البدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل.

والحمام حرز، ولهذا لو سرق منه في وقت لا يؤذن بالدخول فيه يقطع، فلا يعتبر فيه الحرز بالحافظ، فصار الحافظ وجوده وعدمه سواء، ولو انعدم حقيقة لا يقطع ؛ لأنه ثبت الإذن بالدخول فيه (٦) فلا يكون هاتكا للحرز.

وإن سرق حيوانا من المرعى لا يقطع وإن كان الراعي معها؛ لقوله عليه السلام: « لا قطع في [١٢٨/د ب] حريسة الجبل » (٧) ولأن الحيوان إنما يترك في المرعى لأجل الرعي لا لأجل الحفظ والراعي بمنزلة السائق والقائد.

والطرار (٨) إذا طرَّ صرة خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم وأخرجها يقطع وهذه المسألة على وجهين:

إما أن كانت الدراهم مصرورة في داخل الكم بأن وضع الدراهم على خارج الكم وربطها داخل الكم أو وضع الدراهم في الكم وربطها خارج الكم، وكل ذلك (٩) على

(١) في « ب، ج » محصنا.

(٢) في « ب، ج » والحرز بالحافظ.

(٣) في « أ » لا يمنع.

(٤) في « ج » لكن لا يصير.

(٥) في « ب، ج » محصنا.

(٦) « فيه » ساقط من « د ».

(٧) رواه الإمام مالك في الموطأ كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع ٨٣١/٢ ؛ والنسائي، في

كتاب الحدود ، ٤٥٩/٨ ؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٢٠٣/٨ ؛ وقال ابن حجر: إنه معضل،

انظر: تلخيص الحبير، ١٣٨٣/٤ ؛ ونيل الاوطار، ١٢٨/٧ ؛ وصححه الألباني مراسلا. انظر:

إرواء الغليل، ٧١/٨-٧٢.

(٨) الذي يطرُّ الهمايين والصُّرر، أي يشقها ويقطعها. انظر: المغرب، ص ٢٨٩ ؛ أساس البلاغة

٣٨٧. والهيمان: هيمان الدراهم الذي تجعل فيه النفقة، والمنطقة وشداد السراويل. انظر: لسان

العرب ، ٣٦٤/١٥ ، ٣٦٥ .

(٩) في « أ » وجه. بدل ذلك.

وجهين:

إما أن طرَّ وقطَّع أو حلَّ الرباط ففي الوجه الأول وهو ما إذا وضع الدراهم على خارج الكم وربطها في الداخل فإن طرَّ وقطَّع يُقطَّع ؛ لأنه إذا طر الصرة تصير الدراهم في يده في الكم فإذا أخرج الدراهم من الكم فقد أخرجها من الحرز فيقطع.

وإن حل الرباط لا يقطع ؛ لأنه إذا حل الرباط تصير الدراهم خارج الكم فلا يتحقق إخراج المال من الكم.

وأما في ^(١) الوجه الثاني وهو ما إذا وضع الدراهم في الكم وربطها خارج الكم إن حل الرباط قطع ؛ لأنه إذا حل الرباط بقيت الدراهم في الكم فيكون الإخراج من الحرز، فإن طر لا يُقطَّع ؛ لأنه إذا طر الصرة تقع الدراهم خارج الكم فلا يكون الإخراج من الكم.

وعن أبي يوسف أنه قال: يقطع على كل حال استحسانا ؛ لأن المال محرز بصاحبه ^(٢).

وإن سرق جماعة وتولى أحدهم أخذ المتاع وحمله قطعوا استحسانا، والقياس أن يقطع

الآخذ وحده ؛ لأن السرقة وهي أخذ المتاع من الحرز وجدت منه دون غيره ^(٣).

وجه الاستحسان أن هذا معهود فيما بين السراق، أن يلي أحدهم أخذ المتاع وأصحابه يقومون مع الأسلحة رصد له وما كان معهودا [١٥/أ ب] لا يمنع وجوب القطع كي لا يؤدي إلى سد باب القطع الثابت بكتاب الله تعالى ^(٤).

جماعة سرقوا نصابا واحدا لا يقطعون عندنا، خلافا لمالك ^(٥). والصحيح مذهبنا ؛ لأنه

لو انفرد كل واحد بسرقة بعض النصاب لا يقطع فكذلك عند الاجتماع.

(١) « في » ساقط من « أ، د، هـ ».

(٢) انظر: المبسوط، ١٦١/٩ ؛ الهداية ٣٩١/٥ ؛

(٣) وهو قول زفر، انظر: المبسوط، ١٤٩/٩ ؛ الهداية، ٣٨٩/٥،

(٤) وهو قوله تعالى: ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما... الآية.

(٥) وبه قالت الحنابلة، وأما قول الشافعية فمثل الحنفية أي إن بلغ نصيب كل واحد منهم نصابا يقطع

وإلا فلا. وهو قول الثوري وإسحاق وأبي ثور. وقال ابن قدامة وهذا القول أحب إلي. انظر:

الهداية، ٣٦٣/٥ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٣٥/٤ ؛ شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ٩٦/٨ ؛

بداية المجتهد، ٤٤٨/٢ ؛ مغني المحتاج، ١٦٠/٤ ؛ المهذب، ٢٧٧/٢ ؛ كشف القناع، ١٣٣/٦ ؛

المغني ١٤٠/٩ ؛ الفقه الإسلامي وأدلته، ١٠٦/٦ .

وإن سرق نصابا من رجلين من متزلين مختلفين لا يقطع ؛ لأنهما سرقتان لاختلاف
الحرز، وإن سرق مالهما من منزل واحد قطع ؛ لأنه سرق نصابا كاملا من حرز واحد.
وإن سرق ثوبا يساوي تسعة دراهم وأخرجه ووضع على الباب ثم دخل وأخرج
درهما لا يقطع ؛ لأنه لم يخرج من الحرز نصابا كاملا في كل مرة فلا يتم السرقة في كل مرة.
رجل سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وهذه
المسألة على وجهين:

إن كان لا يساوي عشرة دراهم بعد الإخراج لا يقطع ؛ لأن السرقة تمت فيما^(١) دون
النصاب فلا يقطع، وإن كان يساوي عشرة دراهم بعد الإخراج فهو على وجهين:
إما أن كان الخرق^(٢) يسيرا أو فاحشا، فإن كان يسيرا يقطع ويضمن النقصان.
أما القطع ؛ فلأنه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان
النقصان فلوجود سببه وهو التعيب ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع ؛ لأن ضمان
النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين
فأحرق^(٣) أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب، وإن كان الخرق فاحشا خير المالك
إن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء أخذ الثوب فإن ضمنه قيمته، لا يقطع ؛ لأنه ملك المسروق
بالضمان من وقت الأخذ فتتم السرقة على ملكه فلا يقطع.
وإن اختار أخذ الثوب قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع. وقال أبو يوسف لا يقطع
وذكر ابن سماعة الخلاف على عكس هذا والأول أصح^(٤).

لأبي يوسف أن السرقة تمت وللسارق فيها سبب الملك ؛ لأن الخرق الفاحش يفيد
الملك عند أداء^(٥) الضمان فلا يقطع كما لو سرق ثوبا اشتراه على أن البائع بالخيار.
ولهما أنه سرق نصابا كاملا فيقطع كما لو شقها غيره ثم أخرجها السارق.
وما قال: قلنا: القطع لم يوضع سببا للملك بل هو سبب للضمان إلا أن من ضرورة

(١) في « أ » قيمتها.

(٢) في « أ » القطع.

(٣) في « أ، ج، د، هـ » فأحرق.

(٤) انظر: المسوط، ١٦٤/٩ ؛ الهداية ٤١٧/٥ ؛

(٥) « أداء » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

وجوب الضمان ثبوت الملك في المضمون، ومثل هذا لا يورث شبهة، كما في نفس الأخذ فإن نفس الأخذ بدون القطع سبب للضمان، واحتمال ثبوت الملك بالأخذ عند وجوب الضمان قائم فلا يمنع القطع.

وإن سرق شاة فذبحها في الدار ثم أخرجها وهي تساوي عشرة دراهم، لا يقطع؛ لأن السرقة تمت وهي لحم وسرقة اللحم لا توجب القطع.

وإن سرق صبيا مملوكا لا يعقل ولا يتكلم، وفي رواية [١٦/أ] لا يمشي [١٢٩/د أ] في القياس يقطع وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي الاستحسان لا يقطع وهو قول أبي يوسف. له (١) أنه آدمي فلا يتصور سرقة، كما لو كان عاقلا يتكلم (٢).

ولأبي حنيفة ومحمد أن الصغير الذي لا يعقل، لا يد له على نفسه فيكون بمنزلة الدابة بخلاف العاقل؛ لأنه في يد نفسه فكان أخذه جهارا ممن في يده فلا يكون سرقة بل يكون غصبا.

وإن سرق صبيا حرا، لا يقطع؛ لأنه ليس بمال وكذا لو كان عليه حلبي كثير ولم يفصل في الكتاب بين ما إذا علم بالحلبي أو لم يعلم.

ومن الناس من قال إن علم بالحلبي (٣) يقطع، وإن لم يعلم لا يقطع (٤) وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله (٥).

وعن أبي يوسف أنه يقطع في الحالين. لأبي يوسف أنه لو سرق الحلبي وحده (٦)، يقطع، فكذا إذا سرقه مع غيره (٧).

وجه ظاهر الرواية أن الصبي يحل للزينة (٨) والزينة تبع لصاحبها وسرقة الصبي الحر

(١) في «أ، ب، ج» لأبي يوسف.

(٢) انظر: المبسوط، ١٦٢/٩، ١٤٠؛ الهداية ٣٧٠/٥؛

(٣) «الحلي» ساقط من «أ، ب».

(٤) «يقطع» ساقط من «أ، ب».

(٥) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ١٢٢/٦.

(٦) «وحده» ساقط من «ه».

(٧) انظر: المبسوط، ١٦١/٩؛ شرح فتح القدير، ٣٦٩/٥؛

(٨) في «أ، ب، ج» للترتين.

لا توجب القطع فكذا سرقة التبع ؛ لأن حكم التبع حكم الأصل.
ولو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم^(١) وفي طرفه دراهم مشدودة إن علم بالدراهم
قطع، وإن لم يعلم لا يقطع ؛ لأن الدراهم لا تشد في الثوب لترتين الثوب، وإنما تشد للحفاظ
فلم تكن الدراهم تبعا للثوب حقيقة فتتبع^(٢) التبعية من حيث القصد والغرض.
وإن علم بالدراهم كانت الدراهم^(٣) مقصودة وإن جهل لا تكون مقصودة.
وعن أبي يوسف أن هذا والأول سواء يقطع على كل حال.
وعن محمد رحمه الله إذا سرق حمارا يساوي تسعة دراهم وعليه إكاف يساوي درهما
يقطع، وكذا لو سرق كوزا^(٤) يساوي تسعة دراهم وفيه لبن^(٥) أو شراب^(٦) يساوي درهما
يقطع ؛ لأن الحمار مال يقطع بسرقة لو كان نصابا فيجعل الآخر وهو الإكاف^(٧) تبعا
ويكمل به النصاب.

ويقطع السارق بخصومة المودع والغاصب والمستعير وكاسب الربا^(٨).
وقال زفر والشافعي: لهم حق الاسترداد ولا يقطع بخصومتهم^(٩). ذكر في الأصل
كاسب الربا ويحتمل أنه أراد^(١٠) به رجلا باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين فسرقها
منه رجل.

(١) « دراهم » ساقط من « ب » .

(٢) في « ب، ج، د، هـ » فتعتبر.

(٣) « الدراهم » ساقط من « أ » .

(٤) في « ج » كوز إنسان.

(٥) في « ب » دبس.

(٦) « أو شراب » ساقط من « أ » .

(٧) « وهو الإكاف » ساقط من « أ، ب، ج » .

(٨) وبه قالت المالكية والحنابلة ولكن عند الحنابلة لا يقطع بسرقة من الغاصب ؛ لأن يده ليست يدا

صحيحة، ولم يذكر كاسب الربا. انظر: الميسوط، ١٤٤/٩؛ حاشية الدسوقي، ٣٣٦/٤ ؛

كشاف القناع، ١٤٦/٦؛ المغني، ١١٦/٩.

(٩) انظر: انظر: الميسوط، ١٤٤/٩؛ روضة الطالبين، ١٢١/١٠ .

(١٠) في « ب » المراد.

وأجمعوا على أنه يقطع بخصومة المالك. وذكر ابن سماعه أنه لا يقطع حتى يحضر
المسروق منه، والله أعلم (١).

(١) المبسوط، ١٤٤/٩، ١٨٨، ١٨٩؛ بدائع الصنائع، ٨٣/٧؛ شرح فتح القدير، والعناية معه،
٤٠٤/٥

باب ما يقطع فيه (١)

رجل سرق ذهباً أو فضةً يجب فيها القطع فضرها دراهم أو دنانير تقطع يسهه وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير.

وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى: إذا غصب من آخر ذهباً أو فضةً ضرها (٢) دراهم أو دنانير، عنده لا يقطع حق المالك وعندهما يقطع.

لهما أن هذه صنعة مبدلة للعين فيقطع حق المالك كما لو غصب غزلاً ففسجه أو حديداً أو صفراً (٣) فجعله (٤) آنية.

ولأبي حنيفة أن انقطاع حق المالك حقا للغاصب أمر يأباه القياس عرفنا ذلك فيما إذا كانت الصنعة متقومة؛ لأن الصنعة إذا كانت متقومة كان حق الغاصب في الصنعة قائماً من كل وجه [وحق المالك في المغصوب قائم من وجه] (٥)؛ [١٦ / أ ب] لأن المغصوب هالك من وجه فقدمنا حق الغاصب وفي تلك المسائل الصنعة متقومة فقلنا بانقطاع حق (٦) المالك.

أما الصنعة في الذهب والفضة لا قيمة لها ولهذا لو كسر إناء فضة لم يكن لصاحب الإناء أن يأخذ الإناء ويضمنه النقصان [بل يمسكه بلا ضمان أو يرده ويضمنه قيمته من خلاف جنسه] (٧) وإذا لم يقطع حق المالك عند أبي حنيفة يقطع السارق؛ لأنه لم يملك المسروق.

واختلف المشايخ في وجوب القطع على قولهما:

قال بعضهم: لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق. وقال بعضهم يقطع؛ لأنه لم يملك عين

(١) « ما يقطع فيه » ساقط من « ج » وفيه: باب آخر.

(٢) في « أ، ب » فجعلها.

(٣) « صفراً » ساقط من « أ ».

(٤) في « ج » فعله.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٦) « حق » ساقط من « هـ ».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « ب، ج ».

وإن سرق ثوبا فصبغه أحمر يقطع فيه ولم يؤخذ^(١) منه الثوب ولا يضمن^(٢) قيمة الثوب. وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطى له^(٣) ما زاد الصبغ فيه، ليس له إلا ذلك^(٤).
لمحمد أن الصبغ ليس باستهلاك فلا ينقطع به^(٥) حق المالك كما لو صبغه الغاصب. ولهما أن حق السارق في الصبغ متقوم حتى لو أخذ المالك ثوبه، عند محمد يعطيه ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في المسروق ليس بمتقوم ولهذا لو هلك في يد السارق، لا يضمن. وكذا لو استهلكه في رواية فقدمنا حق السارق كما لو وهب ثوبا فصبغه الموهوب له، ينقطع حق الواهب في الرجوع بخلاف مسألة الغصب؛ لأن ثمة استوى الحقان في التقوم فرجحنا حق المالك في البقاء.

وإن صبغه السارق أسود يقطع ويؤخذ منه الثوب في المذهبين أراد به مذهب [١٢٩/د ب] أبي حنيفة ومذهب^(٦) محمد. أما عند أبي حنيفة،^(٧) فلأن السواد نقصان فلا ينقطع به حق المالك كما لو عيبه بعيب آخر. وعند محمد السواد بمنزلة الحمرة. ولو صبغه أحمر، عنده^(٨) لا ينقطع حق المالك لما قلنا كذلك ههنا. وكذا^(٩) عند أبي يوسف السواد بمنزلة الحمرة وقد ذكرنا قوله ثمة، فلا نعيده هنا^(١٠).

رجل قطع في سرقة وهي قائمة ردت إلى^(١١) صاحبها. وكذلك لو كان السارق باعها

(١) في « ج » فقطع فيه لم يؤخذ.

(٢) في « ب » ويضمن.

(٣) « له » ساقط من « أ ج، د ».

(٤) انظر: المبسوط، ١٧٢/٩.

(٥) « به » ساقط من « ب، هـ ».

(٦) « مذهب » ساقط من « أ، ج ».

(٧) في « د، هـ » عنده.

(٨) « عنده » ساقط من « هـ ».

(٩) « كذا » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(١٠) انظر: الهداية ٤٢١/٥ — ٤٢٢.

(١١) في « أ، ب، ج » على.

من رجل أو وهب وسلم كان للمالك أن يأخذها من الموهوب له ومن^(١) المشتري ويطل
البيع والهبة، وإن كانت مستهلكة لم يضمن عندنا^(٢).
وعند الشافعي^(٣) يضمن وهي مسألة معروفة^(٤).
وإن سرقها رجل من السارق بعد ما قطعت يد الأول لا يقطع الثاني^(٥)، والله علم.

(١) « من » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) في « ب » عندهما.

(٣) في « أ، ب » قال. وفي « ج » خلافا للشافعي.

(٤) وبه قالت الخنابلة، وأما عند المالكية، فإن كان موسرا فمع الشافعية وإن كان معسرا فمع الحنفية.

انظر: المبسوط، ١٥٦ ؛ الهداية ٤١٣/٥ ؛ حاشية الدسوقي، ٣٤٧/٤ ؛ بداية المجتهد، ٤٥٢/٢ ؛

المهذب، ٢٨٤/٢ ؛ مغني المحتاج، ١٧٧/٤ ؛ كشف القناع، ١٤٩/٦ ؛ المغني، ١٣٠/٩.

(٥) انظر: المبسوط، ١٤٥/٩ ؛ بدائع الصنائع، ٧٢/٧ ؛ تبيين الحقائق، ٢٢٩/٣ ؛ مجمع الأثر،

باب في قطع الطريق^(١)

رجل قطع الطريق في المصر ليلا أو نهارا أو بين الحيرة والكوفة^(٢) فليس بقاطع الطريق، والقياس أن يكون قاطعا، وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي^(٣).

وجه القياس أن قطع الطريق ليس إلا أخذ المال من الطريق على وجه الخفية عن الإمام أو عن جماعة المسلمين وقد وجد، فيجب حد قطع^(٤) الطريق كما لو وجد^(٥) في المفازة. وجه الاستحسان أن قطع الطريق أخذ المال من الطريق على وجه الخفية ممن إليه حفظ الطريق وذلك لا يتحقق في الأمصار ولا فيما بين القرى العامرة؛ لأنه قريب^(٦) من الإمام ومن نوابه فلا يمكنهم ذلك.

ولأن حد قاطع الطريق وجب جزاء للمحاربة والمخاربة إنما تتحقق [أ/١٧] في المفازة؛ لأن في المفازة لا يلحقه الغوث وإنما يسير فيها معتمدا على حفظ الله تعالى فمن تعرض له كان محاربا^(٧) لله تعالى، بخلاف المصر وفيما بين القرى؛ لأن ثمة يلحقه الغوث فلا يكون كل^(٨) اعتماده على الله تعالى.

وعن أبي يوسف أن في المصر وفيما بين القرى إن قصده بالسلاح يقام عليه حد قطاع

(١) في «أ» باب قطاع الطريق.

(٢) الحيرة بالكسر ثم السكون وراء: مدينة على ثلاثة أميال من الكوفة على موضع يقال له النجف، انظر: معجم البلدان، ٣٢٨/٢.

(٣) الكوفة بالضم، المصر المشهور بأرض بابل من سواد العراق. انظر: معجم البلدان، ٤٩٠/٤. وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: أحكام القرآن للجصاص، ٤١٣/٢؛ المبسوط، ٢٠١/٩؛ حاشية الدسوقي، ٣٤٨/٤-٣٤٩؛ المهذب، ٢٨٤/٢؛ المجموع، ١٠٤/٢٠؛ كشف القناع، ١٥٠/٦؛ المغني ١٤٤/٩ وهو قول أكثر الأصحاب.

(٤) في «أ، ب، ج» قطاع الطريق.

(٥) في «أ» أخذ.

(٦) في «هـ» لأنها قريبة.

(٧) في «أ» محديا.

(٨) «كل» ساقط من «هـ».

الطريق، [وإن قصده بالحجر أو بالخشب بالنهار لا يقيم عليه الحد] ^(١) وإن كان بالليل يقيم ^(٢).
رجل قطع الطريق فأخذ المال ولم يقتل تقطع يده ورجله من خلاف؛ لقوله تعالى:
﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ .. ﴾ ^(٣) والآية نزلت في أصحاب أبي بردة ^(٤) حين
قطعوا الطريق على المسلمين.

وإن هدد ولم يأخذ المال ولم يقتل ^(٥) يعزر ويحبس حتى يتوب؛ لأنه ارتكب مأثماً ليس
فيه حد ولا يبلغ حداً؛ لما قلنا.

وإن أخذ المال ولم يقتل تقطع يده ورجله من خلاف.
وإن قتل ولم يأخذ المال قتله الإمام حداً عرف ذلك بقضاء النبي صلى الله عليه وسلم في
أصحاب أبي بردة.

وإن قتل وأخذ المال كان الإمام بالخيار إن شاء قطع يده ورجله من خلاف، وقتله
أو صلبه، وإن شاء ^(٦) لم يقطعه، وقتله أو صلبه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من «أ» وفي «ج» حد قطاع الطريق.

(٢) انظر: شرح فتح القدير، ٤٣١/٥ — ٤٣٢؛ وقال ابن الهمام: «وفي شرح الطحاوي: الفتوى
على قول أبي يوسف».

(٣) سورة المائدة، آية: ٣٣. وتام الآية: ﴿وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يَصْلُبُوا أَوْ تَقَطَّعَ
أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لِمَنْ حَزِيَ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ
عَظِيمٌ﴾.

(٤) هو هلال بن عويمر الأسلمي، قال ابن حجر: ذكره الثعلبي في التفسير، قال: دعاه النبي ﷺ إلى
الإسلام فأبى ثم كلمه ابنه في ذلك فأجاب إليه وأسلم، وعند الطبراني بسند جيد عن ابن عباس:
كان أبو برزة الأسلمي كاهناً يقضي بين اليهود، انظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ٣٢/٧؛ المعجم
الكبير، ٣٧٣/١١؛ أحكام القرآن للحصاص، ٤٠٧/٢ — ٤٠٨؛ تفسير الطبري، ١٩٣/٥؛
تفسير القرآن العظيم لابن كثير، ٥٢٠/١؛ زاد المسير لابن الجوزي، ١١٩/٢؛ شرح فتح
القدير، ٤٢٤/٥؛ المغني، ١٤٦/٩.

(٥) «ولم يقتل» ساقط من «ه».

(٦) في «أ، ج، د، ه» الإمام.

وقال أبو يوسف ومحمد: يصلب، ولا يقطع، وهو قول الشافعي رحمه الله^(١) لما روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالوا: « إذا اجتمعت الحدود وفيها قتل يقتل ويلغى ما سواه »^(٢) ولهذا قلنا إذا سرق وزنى وهو محصن فإنه يرحم ولا يقطع.

ولأبي حنيفة أن هذه جناية واحدة من وجه ؛ لأن الكل جناية قطع الطريق، وجناتان من وجه ؛ لأنها أخذ المال والقتل، فإن شاء مال إلى جانب الاقتراع ويجمع بين القطع والقتل، وإن شاء مال إلى جانب الاتحاد فيقتل، ولا يقطع ويجعل مادون النفس تبعا للنفس. وله الخيار في ظاهر الرواية إن شاء صلبه وإن شاء لم يصلبه.

وعن أبي يوسف أنه لا يترك الصلب ؛ لأنه منصوص عليه ولأن هذه جناية متفاحشة فيبالغ في التشهير حتى يعتبر به غيره^(٣).

وجه ظاهر الرواية أن الزجر والتشهير يحصل بالقتل فيخير الإمام في الزيادة. وإذا أراد الصلب ذكر في ظاهر الرواية وهو اختيار الكرخي^(٤) أنه يصلب حيا ويطعن في بطنه^(٥) [برمح تحت ثنودته^(٦) اليسرى]^(٧) حتى يموت.

(١) وبه أخذت الحنابلة، وفي رواية عن أحمد أنه يقتل ويقطع، وأما المالكية فقالوا: بأنه يندب للإمام النظر بالمصلحة ولا يتعين عليه شيء بخصوصه من الأشياء الأربعة إلا أنه لا يخرج عنها. انظر: المسوط، ١٣٥/٩، ١٩٥؛ حاشية الدسوقي، ٣٥٠/٤؛ المهذب، ٢٨٤/٢؛ مغني المحتاج، ١٨٢/٤؛ كشاف القناع، ١٥٠/٦.

(٢) أخرجه عبدالرزاق بلفظ: « إذا اجتمعت على الرجل حدود فيها القتل فإن القتل يكفيه ». المصنف ١٩/١٠ - ٢٠ وإسناده حسن من أجل قيس بن ربيع الأسدي لأنه صدوق وكذلك حماد بن أبي سليمان، انظر: تقريب التهذيب ص ٤٥٧، ورواه ابن أبي شيبة بلفظ: « إذا كانت حدود فيها القتل فإن القتل يأتي على ذلك أجمع » المصنف، ٤٨١/٩؛ وقال ابن قدامة: « وهذه أقوال انتشرت في عصر الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكان إجماعا ». المغني، ١٥٤/٩ - ١٥٥.

(٣) انظر: أحكام القرآن للحصاص، ٤٠٩/٢؛ المسوط، ١٩٦/٩.

(٤) انظر: أحكام القرآن، للحصاص، ٤١٢/٢.

(٥) في « أ » « في بطنه ».

(٦) الثنودة: لحم الثدي أو أصله. انظر: القاموس المحيط، ص ٣٤٥.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » « برمح » ساقط من « ب، ج ».

وذكر الطحاوي^(١) أنه يقتل على الأرض ثم يصلب ؛ لأنه لو صلب حيا كان مثلية وهي حرام والأول أصح ؛ لأن الصلب شرع مبالغة في الإيلام وذلك فيما قلنا.

ويترك على خشبة ثلاثة أيام ثم يُخَلَّى بينه وبين أهله حتى يدفن في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يترك حتى يفسد فيسقط^(٢) تحقيقا للمبالغة في الزجر^(٣) والصحيح ما ذكرنا في ظاهر الرواية ؛ لأنه يتغير بعد ثلاثة أيام فيتأذى به المارة^(٤).

وإذا قتل لاضمان عليه في مال أخذه، أو جرح، جرحه ؛ لأن قطع الطريق من جنس السرقة فإذا أقيم عليه الحد سقط عنه ضمان المال والنفس كما في السرقة^(٥).

جماعة قطعوا الطريق فتولى [١٣٠/د أ] بعضهم^(٦) القتل قتلهم الإمام جميعا^(٧) عندئذ قتلوا بسلاح [١٧/أ ب] أو بغير سلاح ؛ لأن قطع الطريق جناية المحاربة^(٨).

والردء^(٩) في المحاربة بمنزلة المباشر كما في أهل البغي وأهل الحرب ؛ لأن المحاربة عادة تكون بمباشرة البعض وقيام الباقيين ولهذا يستوي فيه ما يوجب القصاص وما لا يوجبه^(١٠) كالعصا ونحوها.

وإن كان في الدين^(١١) قُطِعَ عليهم الطريق ذو رحم محرم من أحدهم^(١٢) لا يقام عليهم الحد.

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص، ٤١٢/٢ ؛ المبسوط، ١٣٥/٩، ١٩٦ ؛ النافع الكبير، ٣٠٠.

(٢) « فيسقط » ساقط من « ج ».

(٣) « في الزجر » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٤) انظر: المبسوط، ١٣٥/٩.

(٥) انظر: المبسوط، ١٢٨/١٠.

(٦) في « أ، ب، ج، د » أحدهم.

(٧) في « أ، ب، ج » قتلوا جميعا.

(٨) انظر: أحكام القرآن للجصاص، ٤١٤/٢ ؛ المبسوط، ١٩٨/٩.

(٩) بالكسر، العون رده، كمنعه، جعله له رداً، أي معينا. انظر: القاموس المحيط، ٩٢ ؛

(١٠) في « ج، د، هـ » القصاص.

(١١) في « د، هـ » الذي.

(١٢) من أحدهم ساقط من « أ ».

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله^(١) يقول تأويل هذه المسألة إذا كان المال مشتركاً بين الكل أو لم يأخذوا المال^(٢) إلا من ذي الرحم المحرم ؛ لأن هذه الجناية لم تنعقد موجبة للحد في حق القريب فلا تنعقد في حق الباقين، كما لو سرقوا من بيت ذي رحم محرم من أحدهم^(٣).

أما إذا لم يكن المال مشتركاً بين الكل وأخذوا أموالهم أقيم عليهم الحد بأخذ المال من الأجنب. والأصح أنه لا يجب الحد على الكل^(٤) على كل حال ؛ لأن هذه جناية واحدة. والقافلة حرز واحد فإذا لم تنعقد موجبة للحد في حق البعض، لا تنعقد في حق الباقين وكذا لو قطع بعض القافلة الطريق على بعض لم يجب الحد ؛ لأنهم في حرز واحد فلا يجب الحد، كما لو سرق شيئاً من شريك له في البيت، وإذا لم يجب الحد^(٥) في هذين الفصلين فمن ولي القتل يقتل إذا كان قتلاً، يوجب القصاص، ويستوفيه الولي ويجب عليه ضمان الجراحات وضمان مال^(٦) استهلكه أو هلك في يده ؛ لأن وجوب القصاص لا يمنع ضمان المال. ولو لم يأخذ المال ولم يقتل ، وقد^(٧) جرح ، يقتص منه^(٨) إن كان مما يجري فيه القصاص ، وعليه الأرش إن كان مما لا يجري فيه القصاص^(٩) ؛ لأنه إذا لم يجب الحد، ظهر حق العبد في المال والنفس ويكون ذلك إلى الأولياء.

(١) هو أحمد بن علي الرازي الحنفي عالم العراق، تفقه بأبي الحسن الكرخي، وله من المصنفات المفيدة أحكام القرآن، وشرح مختصر الطحاوي، وكان عابداً زاهداً عرض عليه القضاء فلم يقبله، توفي في ذي الحجة من عام سبعين وثلاثمائة. انظر: البداية والنهاية، ٣١٧/١١ ؛ سير أعلام النبلاء، ٣٤٠/١٦ ؛ الفوائد البهية، ٢٧ ؛ النجوم الزاهرة، ١٣٨/٤ ؛ تاريخ بغداد، ٣١٤/٤ .

(٢) « المال » ساقط من « هـ » .

(٣) انظر: المبسوط، ٢٠٣/٩ .

(٤) « على الكل » ساقط من « أ، ب، ج » .

(٥) « الحد » ساقط من « هـ » .

(٦) في « أ » ما .

(٧) في « هـ » حتى .

(٨) في « ب » فيه .

(٩) في « أ، هـ » مما يجري فيه الأرش .

العبد في المال والنفس ويكون ذلك إلى الأولياء.

وإن أُحِذَ قاطع الطريق بعد التوبة وقد قتل إنسانا بحديدة عمدا^(١) فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شأؤوا عفوا عنه ؛ لأن الحد بطل عنه بالتوبة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾^(٢) فيظهر حق العبد في النفس وضمان ما هلك في يده.

رجل شهر على رجل سلاحا، ليلا أو نهارا، في المصر أو غيره، فقتله المشهور عليه عمدا، لاشيء عليه ؛ لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر عن نفسه^(٣) مباح أو واجب.

وإن شهر عليه عصا في المصر، نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا، قُتِلَ ؛ لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل ؛ لأن العصا تلبث، وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار، بخلاف السلاح ؛ لأنه لا يلبث، وبخلاف المفازة، أو كان في المصر، ليلا ؛ لأنه لا يلحقه الغوث.

وإن كان الخشب أو الحجر عظيما^(٤) لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم^(٥) والله أعلم.

(١) في « ج » زاد، ظلما.

(٢) سورة المائدة، آية: ٣٤. وتمام الآية: ﴿فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾.

(٣) « عن نفسه » ساقط من « أ، ج، د، هـ » .

(٤) في « د، هـ » كبيرا عظيما.

(٥) في « ج » وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . وانظر: تكملة شرح فتح القدير، ٢١٠/١٠ ؛

ولم يذكر السلاح ، بل قالوا: فهو عمد.

باب الردة (٢) واللاحق بدار الحرب

رجل وامرأته ارتدا والعياذ بالله تعالى ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب فولدت ولدا، ووُلِدَ لولدها ولدٌ (٣) فظهر عليهم جميعا فالولدان فيءٌ (٤) ويجبر الولد (٥) الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد.

أما الولد الأول فيجبر على الإسلام؛ لأنه ولد المرتد فيحكم بإسلامه تبعاً له فيجبر (٦) تبعاً له [أ/١٨] ولا يجبر ولد الولد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجبر، وهذا بناء على أن ولد الولد، هل يكون مسلماً بإسلام الجد؟ في ظاهر الرواية لا يكون، وفي رواية الحسن يكون مسلماً فكذلك في الجبر على الإسلام (٧).

(١) جمع سيرة، وهي الطريقة سواء كانت خيراً أو شراً. يقال: فلان محمود السيرة، فلان مذموم السيرة، والمراد به سير الإمام ومعاملاته مع الغزاة والأنصار ومع العداة. انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٢٢؛ أنيس الفقهاء، ص ١٨١؛ المبسوط، ٢/١٠؛ مغني المحتاج، ٢٠٨/٤.

(٢) الردة لغة: صرف الشيء ورجعه، وارتد عنه: أي تحول عنه. وفي الاصطلاح: هي الرجوع عن الإسلام إلى الكفر. انظر: لسان العرب، ١٧٢/٣ - ١٧٣؛ القاموس المحيطة، ٣٦٠؛ أنيس الفقهاء ١٨٧؛ شرح حدود ابن عرفة، ٤٩٠؛ المطلع ٣٧٨؛ تبين الحقائق ٢٨٤/٣؛ شرح الخرشي، ٦٢/٨؛ منهاج الطالبين ١٣٣/٤ - ١٣٤؛ شرح منتهى الإرادات، ٣٨٦/٣؛ المقنع ٥١٤/٣؛ الإشراف، ١٥٥/٣؛ المحلى بالآثار، ١٠٨/١٢.

(٣) في «ج» آخر.

(٤) الفيء: «مارده الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالفهم في الدين بلا قتال، إما بالجلاء أو بالمصالحة على جزية». التعريفات، ١٧٠؛ وقال المطرزي: الفيء بمعنى الغنيمة، وما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها. انظر: المغرب، ٣٤٦، ٣٦٨؛ وانظر: أنيس الفقهاء، ١٨٣.

(٥) «الولد» ساقط من «د، هـ».

(٦) «فيجبر» ساقط من «د، هـ».

(٧) انظر: المبسوط، ١١٦/١٠؛ الهداية ٩٣/٦.

وهذه أربع مسائل:

أحدها: حكم الدين.

والثانية: الجد هل يَجْرُ ولاء النافلة أم لا (١)؟

والثالثة: صدقة الفطر.

والرابعة: إذا أوصى لقربته لا يدخل الأب في الوصية ، وهل يدخل الجد ؟

في ظاهر الرواية يدخل، وفي رواية الحسن (٢) لا يدخل ففي رواية الحسن (٣) الجد بمنزلة الأب في هذه المسائل. وفي ظاهر الرواية لا يكون بمنزلة الأب.

وجه رواية الحسن، أن علة (٤) التبعية في حق الأب التفرع، والتفرع ثابت في حق

الجد، ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير.

وجه ظاهر الرواية، أنه لو كان مسلماً تبعاً للجد كان تبعاً لجد جده، فيكون الناس

كلهم مسلمين بإسلام آدم عليه السلام (٥) فلا يجبر على الإسلام تبعاً للجد (٦) ولا يجبر تبعاً

لأبيه وهو الولد الأول ؛ لأن التبعية لا يستتبع غيره. والولدان فيء، أما ولد الولد فلأنه كافر

أصلي، وأما الولد الأول فلأنه ولد المرتدة وولد المرتدة يسبى تبعاً للأم ؛ لأن الولد يتبع الأم في

الرق والحرية.

وإن ارتدا والعياذ بالله ولهما أولاد صغار فلحقا بدار الحرب مع أولادهما الصغار فولد

لأولادهما أولاد ثم ظهر عليهم: ذكر الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره أن على قول أبي حنيفة

يجبر الأولاد [١٣٠/د ب] الذين خرجوا بهم من دار الإسلام وأولاد الأولاد فإن أسلموا وإلا

حبسوا.

أما الأولاد الذين لحقوا بهم فلأننا حكمنا بإسلامهم ، إما تبعاً للدار أو تبعاً (٧) للأبوين

(١) « أم لا » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) « الحسن » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٣) في « ب » روايته.

(٤) « علة » ساقط من « هـ ».

(٥) « عليه السلام » ساقط من « أ، ج ».

(٦) « للجد » ساقط من « هـ ».

(٧) « تبعاً » ساقط من « أ، ج ».

فيجبرون على الإسلام ولا يقتلون ؛ لأننا حكمنا بإسلامهم في حال لاتلحقهم العقوبة لضعف
حالهم فيمنع القتل ولا يمنع الجبر على الإسلام كالمراة.

وأما أولاد هؤلاء يجبرون على الإسلام ؛ لأنهم أولاد من حكم بإسلامهم^(١).
وقال أبو يوسف^(٢) لا يجبر أولاد الأولاد على الإسلام، لأنه لو ثبت الجبر لثبت تبعاً
للجد وذلك ممتنع.

والموجود في البطن حالة اللحق بدار الحرب بمنزلة المولود في دار الإسلام لثبوت
الإسلام له في البطن.

قوم من العرب من أهل الكتاب أرادوا أن يؤدوا الخراج^(٣) ويكونوا ذمة للمسلمين^(٤)
لا بأس به لقوله تعالى: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ ... ﴾ إلى أن قال: ﴿ حَتَّى
يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾^(٥).

وعمر رضي الله عنه صالح بني تغلب^(٦) وهم من نصارى العرب على الصدقة
المضاعفة^(٧).

(١) في « هـ » حكمنا. وفي « ب » بإسلامه.

(٢) في « د، هـ » ومحمد، ولعل سقوطه هو الصواب؛ لأن السرخسي ذكر قول محمد مع أبي حنيفة
وليس مع أبي يوسف. انظر: المبسوط، ١١٦/١٠.

(٣) الخراج ما يخرج من غلة الأرض أو الغلام، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً. انظر: المغرب ١٤١—
١٤٢. وهو نوعان: الخراج الموظف وهو الوظيفة المعينة التي توضع على أرض كما وضعه عمر
رضي الله عنه على سواد العراق. وخراج المقاسمة كربع الخراج وخمسه ونحوهما. انظر: التعريفات ص
٩٨.

(٤) في « أ، ب، ج » لنا.

(٥) سورة التوبة، آية: ٢٩.

(٦) بنو تغلب: قبيلة عظيمة تنسب إلى تغلب بن وائل بن قاسط، مساكنها في ديار ربيعة، تنفرع منها
فروع عديدة، وتعد من القبائل الحربية التي لا تهدأ لها بال إلا بالقتال والغارات. انظر: الأنساب
للسمعاني، ٦١/٣ ؛ معجم البلدان، ١٢٠/١—١٢٣ ؛ نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب،
للقلقشندي، ص ١٧٥—١٧٦.

(٧) أخرجه عبدالرزاق، ٣٦٧/١٠ ؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ١٨٧/٩، ٢١٦ ؛ وسكت عليه
الزيلعي، انظر: نصب الراية، ٣٦٣/٢، ٤٥٥/٣.

فإن ظهر عليهم قبل قبول الجزية جاز سبيهم واسترقاقهم ؛ لأنه لما جاز تقريرهم على الكفر بوضع الجزية لمنفعة المسلمين جاز تقريرهم بضرب الرق، وكذلك نساؤهم وصبياتهم لأنه لا يباح قتلهم بسبب الكفر فيجوز سبيهم ؛ لأن ذلك أنفع للمسلمين من إبقائهم على الجزية.

وكذلك الجوس^(١) إذا أرادوا أن يؤدوا الخراج ويكونوا ذمة لنا^(٢) لا بأس به لما روي أن النبي عليه السلام وضع الجزية على مجوس هجر وقال: «سئنا بهم سنة أهل الكتاب غير نلكحي نسانهم ولا آكلي ذبائهم»^(٣) ويجوز استرقاقهم أيضا لما ذكرنا.

وأما عبدة الأوثان [١٨ / أ ب] من العرب إذا طلبوا الذمة لاتقبل منهم^(٤) لقوله عليه السلام: «لا يقبل من مشركي العرب إلا السيف أو الإسلام»^(٥) لأن جنائهم أفحش من

(١) هم عبدة العناصر الطبيعية أعظمها النار، ويعتقدون بوجود خالقين ويقرون بنبوة زردشت. انظر: الملل والنحل ص ٢٣٠ - ٢٣٤ فما بعدها ؛ الفصل في الملل والأهواء والنحل ١/ ٨٦ - ٨٧ ؛ العقيدة الطحاوية ٥٣٣ ؛ السيرة النبوية ص ٢٠، ٢٤٦ .

(٢) «لنا» ساقط من «ب، ج» .

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ كتاب الزكاة باب جزية أهل الكتاب ، ٢٧٨/١ ؛ وعبدالرزاق، ٦٨/٦ - ٦٩ ، ٣٢٥/١٠ ؛ وابن أبي شيبة، ٢٤٢/١٢ - ٢٤٣ ؛ وأبو عبيد في الأموال ، ٤٠ . والبيهقي، ١٨٩/٩ ، ١٩٢ ، ٢٨٥ . وقال عنه إنه مرسل . وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف وإجماع أكثر المسلمين يؤكد ؛ وقال ابن حجر: إنه منقطع . انظر: تلخيص الحبير ١١٩٦-١١٩٥/٣ . فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٣٠٢/٦ . مع ثقة رجاله . وقال صاحب إعلاء السنن: هو مرسل صحيح ، ٤٧٣/١٢ .

(٤) «عنهم» ساقط من «ه» .

(٥) لم أجده بهذا اللفظ وإنما هو معنى الحديث الذي أخرجه أبو داود، في كتاب الخراج والإمارة والفيء ١٦٨/٣ ، عن ابن عباس قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فمكث عنده ثم خرج فسأله ما قضاء الله ورسوله فيكم؟ قال: شر . قلت مه، قال: الإسلام أو القتل» . وقال عبدالرحمن بن عوف قبل منهم الجزية . وقال ابن عباس: فأخذ الناس بقول عبدالرحمن بن عوف وتركوا ما سمعت . انظر: فتح الباري، ٣٠١/٦ - ٣٠٢ ؛ وقال أبو يوسف: «تؤخذ منهم الجزية ما خلا أهل الردة من أهل الإسلام وأهل الأوثان من العرب، فإن الحكم فيهم أن يعرض عليهم الإسلام فإن أسلموا وإلا قتل الرجال منهم وسي النساء والصبيان» الخراج، لأبي يوسف، ص ٢٦٥ ؛ وانظر: الأموال ص =

جناية غيرهم من الكفرة^(١) لأن القرآن نزل بلغتهم ورسول الله عليه السلام ، بعث منهم فأشبهه حالهم حال المرتد.

وأما أهل الكتاب من العرب فليسوا من العرب في الأصل بل كانوا من غير العرب سكنوا في العرب وتوالدوا فيهم.

فأما العرب في الأصل فهم عبدة الأوثان كما وصفهم الله تعالى في كتابه: ﴿ وَمِنْهُمْ أُمِّيُونَ لَا يَعْلَمُونَ الْكِتَابَ إِلَّا أَمَانِيًّ ﴾^(٢) وإن ظهر عليهم فساؤهم وصبيانهم فيء.

روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم سبي ذرية أوطاس^(٣) وهوازن^(٤)^(٥) ولأن قتل النساء والصبيان حرام فيجوز استرقاقهم.

وأما عبدة الأوثان من غير العرب^(٦) كالترك والهند والعجم فلا بأس بسبيهم وأخذ الجزية منهم.

وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز أخذ الجزية منهم ؛ لأنهم صنف من الكفرة لا كتاب لهم فكانوا كمشركي العرب [بحيث لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف]^(٧).

= ١٣٤ ؛ البيهقي، ٧٣/٩ - ٧٤ ، ٢١٦ ؛ وقال ابن حزم: «لم يختلف مسلمان في أن رسول الله

ﷺ لم يقبل من الوثنيين من العرب إلا الإسلام أو السيف إلى أن مات». المحلى بالآثار، ١٢٠/١٢.

(١) في «أ، ب، د، هـ» في الكفر.

(٢) سورة البقرة، آية: ٧٨ . وقام الآية: ﴿ وإن هم إلا يظنون ﴾.

(٣) أوطاس واد في ديار هوازن فيه كانت وقعة حنين للنبي ﷺ بيني هوازن ويومئذ قال النبي ﷺ : حمي الوطيس. انظر: تهذيب سيرة ابن هشام، ص ٢٤٥ ، ٢٥١ ؛ فتح الباري ٦٣٧/٧ ؛ معجم البلدان، ٢٨١/١ ؛ السيرة النبوية ص ٣٠٤ .

(٤) هوازن: قبيلة كبيرة من العرب بعد قريش ينسبون إلى هوازن بن منصور بن عكرمة بن خصفة وقائدهم يوم حنين كان مالك بن عوف النصري. انظر: تاريخ الطبري، ١٦٥/٢ ؛ البداية والنهاية، ٣٢١/٤ ؛ تاريخ خليفة بن خياط، ٨٨/١ ؛ تهذيب سيرة ابن هشام، ٢٤٥ ، ٢٤٧ ، ٢٥١ ؛ فتح الباري كتاب المغازي، ٦٢٣/٧ ؛ السيرة النبوية ٣٠٠ .

(٥) انظر: البخاري مع الفتح، ٦٢١/٧ وما بعدها ، ٦٣٧/٧ ؛ ومسلم/١١٣/١٢ وما بعدها.

(٦) في «د، هـ» من العجم.

(٧) ما بين المعوفين ساقط من «ب، ج» ويقول الشافعية قالت الحنابلة أيضا، في ظاهر المذهب، وعند

أحمد رواية كالحنفية، أما المالكية فقالوا بقول الحنفية إلا ابن وهب من المالكية. انظر: التاج =

ولنا قوله تعالى: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ... الآية ﴾ (١) من غير فصل بخلاف
مشركي العرب فإنهم خُصوا بما روينا.

وأما أهل الردة، إذا غلبوا على مدينة ثم طلبوا الذمة لا يقبل منهم لقوله تعالى:
﴿ تَقَاتِلُوهُمْ أَوْ يُسَلِّمُوا ﴾ (٢) قيل إنها نزلت في أهل الردة (٣).

وقال عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» (٤) وعليه إجماع الأمة (٥) فإن ظهر عليهم
فنساؤهم وصبياتهم فيء ويجرون على الإسلام.

وأما السبي فلأن الصحابة رضي الله عنهم سبوا نساء أهل الردة في زمن أبي بكر
رضي الله عنه حتى (٦) وقعت الحنفية (٧) في سهم علي رضي الله عنه فولدت له محمد (٨) بن
الحنفية؛ ولأنه لا يحل قتل نسائهم وصبياتهم فيجوز سبيهم ويجرون على الإسلام بخلاف نساء
مشركي العرب؛ لأن الجبر على الإسلام حكم يختص بأهل الردة.

وإن رأى الإمام موادة (٩) أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به؛ لما

= والإكليل ٣/٣٨٠؛ بداية المجتهد، ١/٣٨٩؛ التمهيد، ٢/١٢٣؛ المهذب، ٢/٢٥٠؛ المغني،
٩/٢١٢، ٣٣٣.

(١) سورة التوبة، آية: ٢٩. وتام الآية: ﴿ ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾.

(٢) سورة الفتح، آية: ١٦. وتام الآية: ﴿ فإن تطيعوا يؤتكم الله أجرا حسنا وإن تتولوا كما توليتم من
قبل يعذبكم عذابا أليما ﴾.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص، ٣/٣٩٣؛ فتح القدير للشوكاني، ٥/٥٠.

(٤) أخرجه البخاري، في كتاب الجهاد، ٤/٢٧.

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر، ١٢٢؛ المغني، ٩/٣.

(٦) في «أ، ج» حين.

(٧) اسمها خولة بنت جعفر الحنفية من سبي اليمامة، انظر: وفيات الأعيان، ٤/١٦٩؛ سير أعلام النبلاء
٤/١١٠؛ شرح النووي على صحيح مسلم، ١/٢٠٤.

(٨) هو السيد الإمام أبو القاسم وأبو عبدالله محمد بن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنهما المشهور بابن
الحنفية. انظر: سير أعلام النبلاء، ٤/١١٠؛ فما بعدها؛ البداية والنهاية، ٩/٣٨؛ وفيات الأعيان،
٤/١٦٩.

(٩) الموادة: المصالحة. انظر: المغرب، ص ٤٧٩.

روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة (١) ولأن الإمام عسى (٢) يحتاج إلى المودعة إما لاستعداد القتال أو للمجاوزة (٣) عليهم إلى (٤) قوم آخرين، وإن وادعهم من غير حاجة لا يجوز؛ لأن في ذلك تركهم على الكفر من غير جهاد بخلاف ما إذا قبلوا الجزية وطلبوا الذمة فإنه يجوز أن يقبل ذلك (٥) منهم من غير ضرورة؛ لأن فيه إجراء أحكام الإسلام، وإذا جازت المودعة يجوز أخذ المال على المودعة؛ لأنه يشبه الجزية.

وأهل الردة إذا طلبوا المودعة لينظروا في أمورهم [١٣١/د أ] فلا بأس بأن يوادعهم لأن القتال شرع للدعاء إلى الإسلام فإذا طلبوا المودعة ثبت رجاء العود إلى الإسلام فلا بأس بأن يوادعهم لكن لا يأخذ منهم (٦) المال على المودعة؛ لأن ذلك يشبه الجزية وأخذ الجزية لا يجوز من أهل الردة.

فإن أخذ المال على المودعة لا يرده عليهم؛ لأنه مال غير معصوم وفي [١٩/أ أ] رده عليهم (٧) تقويتهم وإعانتهم إلا أن يكون من كسب الإسلام وله ورثة مسلمون في ديارنا فيرد عليهم لما يذكر بعد هذا.

رجل ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب فإنه يقضى بعتق أمهات أولاده وبعثق مُدْبِرِيه من الثلث وإذا قضي بذلك حل ما عليه من الديون، فتقضى ديونه ويُقسَّم ماله (٨) بين ورثته؛ لأنه لما لحق بدار الحرب صار من أهل الحرب والحربي ميت حكما لكن رجاء عوده إلى الإسلام ثابت فلم يكن ذلك مستقرا فلا بد من القضاء للتقرر فإذا قضي القاضي بذلك تقرر موته فثبت أحكامه.

(١) أخرجه البخاري مع الفتح في كتاب المغازي باب صلح الحديبية، فتح الباري، ٥١٤/٧ - ٥١٩

مسلم في كتاب الجهاد والسير، ١٣٥/١٢ - ١٣٦.

(٢) « عسى » ساقط من « هـ ».

(٣) في « د، هـ » للمحاربة.

(٤) في « أ » على.

(٥) « ذلك » ساقط من « د، هـ ».

(٦) « منهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) « عليهم » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٨) « ماله » ساقط من « د » وفي « أ، ب، ج » ما بقي. بدل ماله.

وفي بعض الروايات بنفس اللحاق تثبت هذه الأحكام من غير قضاء، فإن جاء مسلماً بعد القضاء فإن وجد عين ماله في يد وارثه أخذه ؛ لأن وارثه قائم مقامه في ذلك المال بطريق الخلافة فإذا عاد مسلماً انتهت الخلافة كأنه حي بعد الموت وأما ما أزاله ^(١) الوارث عن ملكه لا سبيل له عليه ؛ لأنه أزاله في وقت كان له سبيل ^(٢) من الإزالة فنفذت الإزالة وانتهت الخلافة ^(٣) ولا سبيل له على أمهات أولاده ومدبريه ؛ لأن القاضي قضى بعقبتهم ^(٤) عن ولاية ؛ لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يميته حقيقة فإذا خرج عن ولايته ^(٥) كان له أن يميته حكماً، فإذا قضى ^(٦) عليه بما ذكرنا ^(٧) ينفذ قضاؤه، والعنق بعد وقوعه لا يمتثل النقض وهذه حياة حادثة.

وإن جاء مسلماً قبل القضاء بلحاظه فأمهات أولاده والمدبرون على حالهم وما كان عليه من الديون فهو مبقى ^(٨) إلى أجله كأنه لم يزل مسلماً لأن موته لا يتقرر قبل القضاء. مرتد لحق بماله بدار الحرب ثم ظهر على المال فهو فيء ؛ لأنه مال الحربي ويجوز أن يكون ماله فيئا ونفسه لا تكون فيئا، كمشركي العرب. فإن لحق بدار الحرب ثم عاد وأخذ المال ^(٩) وألحقه بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال ^(١٠) فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم. وهذا إذا قضى القاضي بلحاظه وقسم ماله بين ورثته فيكون المرتد ^(١١) في هذه الصورة أخذاً مال ورثته لا مال نفسه، والحربي إذا استولى على مال المسلم وأحرزه بدار الحرب ثم

(١) في « ب، ج، د، هـ » وما أزال.

(٢) في « أ، ب، د، هـ » بسبيل. و « له » ساقط عنها.

(٣) « وانتهت الخلافة » ساقط عن « أ ».

(٤) في « أ، ج، د، هـ » بعقبتهم.

(٥) « عن ولايته » ساقط عن « ب ».

(٦) في « ج » زاد، عن ولاية.

(٧) « بما ذكرنا » ساقط عن « ب ».

(٨) « مبقى » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٩) في « أ، ب، ج، د » مالا.

(١٠) « المال » ساقط من « د، هـ ».

(١١) « المرتد » ساقط من « ج ».

وقع المال في الغنيمة كان للمالك القلم أن يأخذه قبل القسمة بغير شيء كذلك ههنا، فإن كان القاضي لم يقض بلحاظه حتى عاد وأخذ المال وأحرزه بدار الحرب ثم وقع في الغنيمة في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يرد على الورثة أيضا ؛ لأن من ^(١) لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا ظاهرا، وفي بعض روايات السير ^(٢) يكون فينا لا حق للورثة فيه ؛ لأن حق الورثة ^(٣) لا يثبت إلا بالقضاء.

مرتد أعتق أو باع أو وهب أو اشترى ثم أسلم جاز ما صنع، وإن قُتِل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل ما صنع. وقال أبو يوسف ومحمد جاز ما صنع على كل حال ^(٤).

(١) في « أ، ب، ج » لأنه متى.

(٢) انظر: ص ٢١٢، ٢١٥ .

(٣) في « أ، د » الحق للورثة. وفي « ب، ج » الحق لا يثبت للورثة.

(٤) انظر: الهداية، ٨٢/٦ .

تصرفات المرتد على^(١) أربعة أقسام:

قسم: هو نافذ بالاتفاق، كقبول الهبة والاستيلاء وتسليم الشفعة وطلاق امرأته المرتدة والحجر على عبده المأذون؛ لأنها لا تعتمد الملك من كل وجه بل تعتمد حق الملك وحق الملك قائم.

وقسم: لا يجوز بالاتفاق^(٢) كالنكاح والذبيحة لأنهما يعتمدان الملة ولا ملة له. ومنها: [١٩/أ ب] ما هو موقوف عند الكل وهو كالمفاوضة، إذا فاض مسلماً فإن أسلم نفذت المفاوضة، وإن مات أو قُتل أو قُضي بلحاظه بطلت المفاوضة، عند أبي حنيفة أصلاً وعند أبي يوسف ومحمد تبقى عنانا^(٣)، أما توقف المفاوضة عند الكل فلأن المفاوضة تعتمد المساواة في التصرفات وحاله متردد^(٤).

وقسم: اختلفوا في توقيه ونفاذه وهو ما عدا هذه^(٥) التصرفات التي ذكرنا كالبيع والشراء والإجارة والعتق والتدبير ونحوها عند أبي حنيفة يتوقف، إن أسلم نفذ وإن مات أو قُتل أو قُضي بلحاظه بدار الحرب^(٦) بطل.

وعند أبي يوسف ومحمد جسم الله ينفذ، إلا أن عند أبي يوسف ينفذ^(٧) كما ينفذ من الصحيح حتى ينفذ تبرعاته من جميع ماله وعند محمد ينفذ كما ينفذ من المريض^(٨).

لهما أنه أهل تصرف في الملك [١٣١/د ب] فوجب تنفيذه كما في المرتدة وسائر

(١) « على » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « أ، ب، ج » بلاخلاف.

(٣) المراد به شركة العنان، وهي: ما تضمنت وكالة فقط لا كفالة وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه. التعريفات، ١٢٦؛ وقال القنوي: « أن يشتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ». أنيس الفقهاء ١٩٤.

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ٨٣/٦.

(٥) « هذه » ساقط من « أ ».

(٦) « بدار الحرب » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٧) « ينفذ » ساقط من « ب ».

(٨) انظر: المبسوط، ١٠٤/١٠؛ الهداية ٨٣/٦ — ٨٤.

أما الأهلية والملك فلأنه كان ثابتا قبل الردة وأثر العارض في إباحة دمه ^(١) وأنه لا يخل بالأهلية والملك كما لو حل دمه بقصاص أو رجم، ولهذا لو كان المرتد ^(٢) مكاتبا تنفذ تصرفاته، فإذا كان حرا كان أولى فعند ^(٣) ذلك، محمد يقول: بأنه مشرف على الهلاك فكان بمنزلة المريض ^(٤).

ولأبي يوسف أنه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالإسلام فلا يكون بمنزلة المريض ألا ترى أن المقضي عليه بقصاص أو رجم لا يعتبر مريضا؛ لأنه متمكن من دفع الهلاك عن نفسه ^(٥) بادعاء الشبهة فالمرتد أولى.

ولأبي حنيفة أن المرتد هالك حكما والهلاك الحقيقي ينافي مالكية المال ولا ينافي توقف المال على حقه كالتركة المستغرقة بالدين فكذا الهلاك الحكمي.

وإذا توقف الملك توقف ما ينبي عليه من التصرف كحربي قهر بتوقف تصرفه في ماله ونفسه إن استرق بطل وإن ترك نفذ بخلاف ما إذا كان مكاتبا؛ لأن المكاتب إنما يملك التصرف بعقد الكتابة، والهلاك الحقيقي لا يبطل عقد الكتابة فالحكمي أولى، ألا ترى أن المكاتب المرتد لو تصرف بعد لحاقه بدار الحرب ينفذ تصرفه.

والمرتد الحر ^(٦) لو تصرف بعد لحاقه لا ينفذ في قولهم لما قلنا؛ ولأن المرتد انعقد سبب الهلاك في حقه ونقل ماله إلى وارثه من غير أن يكون له ولاية النقل من محل إلى محل فلا ينفذ تصرفه في ماله لتعلق حق الورثة، وهذا لا يتحقق في حق المكاتب.

ويعرض الإسلام على المرتد حرا كان أو عبدا، فإن أبي قتل، لقوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» ^(٧).

(١) في «أ، ب، ج» الدم.

(٢) «المرتد» ساقط من «ج».

(٣) في «ب، د، هـ» فبعد.

(٤) في «ج» بشر فيه الهلاك بمنزلة المريض.

(٥) «عن نفسه» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٦) «الحر» ساقط من «ج».

(٧) سبق تخرجه في ص ٢١٢.

وتجبر المرتدة على الإسلام، ولا تقتل حرة كانت أو أمة. وقال الشافعي: تقتل وهي معروفة (١).

فإن كانت أمة يستخدمها مولاها، فإذا فرغت يجبرها (٢) مولاها (٣) على الإسلام ويجعل البيت سجنا عليها كذلك شأنها.

وقيل يجبسها الإمام فإذا احتاج المولى إلى (٤) الخدمة دفعها إليه (٥) فإذا فرغت يجبسها جمعا بين الحقين، والصحيح أنها تكون عند المولى ويفوض ضربها وتأديبها إليه، طلب المولى ذلك (٦) أو لم يطلب.

ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد في قول أبي حنيفة ومحمد، ويجبر على الإسلام ولا يقتل، وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين.

[٢٠/أ] وقال أبو يوسف إسلامه إسلام وارتداده ليس بارتداد. وقال زفر والشافعي رحمهما الله إسلامه ليس بإسلام والمسألة معروفة (٧).

ذمي نقض العهد ولحق بدار الحرب فهو بمنزلة المرتد أراد به في حكم ماله حتى يُحكم بموته ويُقسّم ماله بين ورثته؛ لأن المعنى الذي أوجب إلحاق المرتد بالميت موجود في حقه إلا أنه يسترق بخلاف المرتد؛ لأن الذمي بعد ما ينقض العهد يجوز تقريره على الكفر

(١) وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: المبسوط، ١٠/١٠٨؛ حاشية الدسوقي، ٤/٣٠٤؛ بداية المجتهد، ٢/٤٥٩؛ المهذب، ٢/٢٢٢؛ مغني المحتاج، ٤/١٣٩-١٤٠؛ كشف القناع، ٦/١٧٤؛ المغني، ٩/٣.

(٢) في «د، هـ» وتجبر على الإسلام.

(٣) «مولاها» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٤) «إلى» ساقط من «أ».

(٥) «إليه» ساقط من «د، هـ».

(٦) «ذلك» ساقط من «ج».

(٧) عند الشافعية في ظاهر المذهب لا يصح، وعند بعض أصحابه يصح وقالت المالكية والحنابلة بقول الحنفية، إلا أن عند المالكية لا يقتل حتى يبلغ. انظر: المبسوط، ١٠/١٢٠-١٢٣؛ طريقة الخلاف للسمرقندي، ٢٨١؛ الهداية ٦/٩٤؛ حاشية الدسوقي، ٢/١٠١، ٤/٣٠٨-٣٠٩؛ الفواكه الدواني، ١/٧٧؛ المهذب، ٢/٢٣٩؛ كشف القناع، ٦/١٧٥-١٧٦؛ المغني، ٩/١٣، ١٥.

بضرب الجزية ولا يجب قتله ؛ لأنه ما التزم الإسلام وإنما التزم الذمة فجاز رده إلى الذمة ، فلما ^(١) جاز تقريره على الكفر بضرب الجزية جاز بضرب الرق عليه أيضا ^(٢).

مرتد لحق بدار الحرب وله عبد فقضى القاضي بالعبد لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد ومال مكاتبته ^(٣) وقبضها يكون للمولى ؛ لأن القاضي قضى بالملك للوارث بطريق الخلافة فإذا جاء مسلما انتهت الخلافة ويصير الابن بمنزلة الوكيل في التصرف والوكيل بالكتابة لا ترجع إليه الحقوق.

مسلم ارتد والعياذ بالله وله مال اكتسبه في حال ^(٤) الإسلام ومال اكتسبه في حال الردة فأسلم فهو له، وإن مات أو لحق بدار الحرب فما كان في حالة الإسلام فلورثته وما كان في الردة فهو فيء.

وقال أبو يوسف ومحمد كل ذلك لورثته. وقال الشافعي الكل فيء ^(٥) لقوله عليه السلام: « لا يرث المسلم الكافر » ^(٦).

ولنا ما روي أن عليا رضي الله عنه قتل المستورد العجلي ^(٧) بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين.

ثم الكلام بين أصحابنا على ما تقدم، عندهما، لما صحت تصرفاته صح ملكه فينتقل إلى

(١) في « د، هـ » فكما.

(٢) « عليه » ساقط من « ب، ج، د، هـ » و « أيضا » ساقط من « ج ».

(٣) في « أ، ج، د، هـ » المكاتبه . وفي « ج » تصير مكاتبته . ويكون ساقط منها.

(٤) « حال » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) وبه قالت المالكية والحنابلة، انظر: المبسوط، ١٠/١٠١ - ١٠٢، ١٠٦؛ الهداية ٦/٧٥؛ التاج والإكليل، ٣/٣٨٦، ٦/٢٨١؛ حاشية الدسوقي، ٤/٣٠٦؛ المهذب، ٢/٢٢٣؛ مغني المحتاج، ٤/١٤٢؛ كشف القناع، ٦/١٨٢؛ المغني، ٩/٩، ١١؛ الفقه الإسلامي وأدلته، ٦/١٨٨ - ١٩١.

(٦) رواه البخاري، في كتاب الفرائض، ٨/١٤؛ مسلم، في كتاب الفرائض، ١/٥٢.

(٧) في « هـ » العجمي. تنصر بعد إسلامه فبعث به عتبة بن أبي وقاص إلى علي فاستتابه فلم يتب فقتله فسأله النصراني جيفته بثلاثين ألف فأبى علي وأحرقه. أخرجه عبد الرزاق، ٦/١٠٥، ١٠/١٧٠، ٣٤٠؛ والطبراني في المعجم الكبير، ١٠/١٢١؛ البيهقي في السنن الكبرى، ٦/٢٥٤؛ ابن حزم في المحلى بالآثار، ١٢/١١١؛ الشوكاني في نيل الأوطار، ٦/٧٤.

وعند أبي حنيفة لم يصح تصرفه فلا ينتقل إلى وارثه، وكسب الإسلام يكون لو ارثه بطريق استناد التورث إلى ما قبل الردة فلا يكون هذا تورث المسلم من الكافر (١).

أو يقال بأن بعض أحكام الإسلام ثابت في حقه فإنه يجبر على الإسلام وليس له ملة مستقرة وقد اختلف باسم، لنقصان في كفره فلا يتناول مطلق اسم الكافر وإنما يتناول الكافر الأصلي، فلم يكن هذا تورث المسلم من الكافر من كل وجه، وبهذا الطريق، قلنا: إذا ولد له ولد (٢) بعد الردة من أمة مسلمة كان ذلك الولد شريكاً لورثته في الميراث.

مرتد [١٣٢/د أ] وطئ 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 رده أو لحق بدار الحرب؛ لأنها إذا جاءت بولد لسته أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلماً بإسلام الأب قبل الردة.

فإذا كانت الأم (٣) نصرانية كان الولد مرتداً تبعاً للأب لأن الولد يتبع (٤) خير الأبوين والمرتد خير من النصراني؛ لأن المرتد يجبر على الإسلام والنصراني لا يجبر، فكان المرتد أقرب إلى الإسلام.

ولا يجعل الولد مسلماً تبعاً للدار [٢٠/أ ب]؛ لأن تبعية الأبوين أقوى من تبعية الدار فلا يجعل تبعاً للدار حال قيام أحد الأبوين فكان الولد مرتداً والمرتد لا يرث أحداً. أما إذا كانت الأم (٥) مسلمة كان الولد مسلماً تبعاً للأم [حتى لو مات يصلى عليه] (٦) فأمكن تورثه من المرتد.

وكذا لو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الردة يرثه لأنها تيقنا بوجوده في البطن

(١) انظر: المبسوط، ١٠/١٠١، ١٠٦.

(٢) «ولد» ساقط من «أ».

(٣) في «ب، د، هـ» الأمة.

(٤) في «د، هـ» الأولاد يتبعون.

(٥) في «د، هـ» الأمة.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من «أ».

وكذا لو ارتد بعد القطع ولحق بدار الحرب ثم جاء مسلما ومات من ذلك القطع كان على القاطع نصف الدية لورثة المرتد^(١).

وإن ارتد بعد القطع ولم يلحق بدار الحرب حتى أسلم ثم مات من ذلك القطع كان على القاطع دية النفس لورثة المقتولة يده.

وقال محمد وزفر عليه^(٢) نصف الدية في الفصول كلها، أما إذا مات في رده من ذلك القطع فلأن السراية حصلت في محل غير معصوم فبطلت السراية واقتصرت الجناية على القطع، فاعتبر وقت السراية ههنا، بخلاف ما إذا قطعت يده وهو مرتد ثم أسلم ثم مات من القطع حيث^(٣) لا يضمن شيئا، وإن كان معصوما وقت السراية واعتبر وقت الجناية ثمة ولم يعتبر وقت الجناية ههنا^(٤).

والفرق أن الجناية إذا وقعت هدرا لا تصير معتبرة، أما الجناية المعتبرة جاز أن تصير هدرا. وأما إذا قطعت يده ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما ومات من ذلك^(٥) القطع فكذلك؛ لأن القاضي لما قضى بلحاظه فقد جعله ميتا [٢١/أ] في رده^(٦).

وأما الفصل الثالث: وهو ما إذا أسلم قبل اللحاق ثم مات من القطع كان على القاطع نصف الدية في قول محمد وزفر؛ لأن السراية هدرت باعتراض الردة فلا تعود معتبرة^(٧).

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الجناية حصلت^(٨) في محل معصوم [وتمت في محل معصوم]^(٩) فيجب كمال الدية كما لو لم^(١٠) يتخلل الكفر بينهما. وهذا؛ لأن ما بعد القطع

(١) « لورثة المرتد » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) « عليه » ساقط من « د، هـ ».

(٣) « حيث » ساقط من « ب ».

(٤) انظر: المبسوط، ١٠٧/١٠؛ الهداية، ٨٩/٦.

(٥) « ذلك » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٦) انظر: المبسوط، ١٠٢/١٠؛ الهداية مع فتح القدير، ٧٦/٦.

(٧) انظر: الهداية ٨٩/٦؛

(٨) في « أ، ب، ج » حلت.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(١٠) « لم » ساقط من « د ».

قبل الموت ليس حال انعقاد السبب، ولا حال ثبوت الحكم فلا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة كما لا يعتبر في باب (١) الزكاة نقصان النصاب في خلال الحول.

مكاتب ارتد ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ مع المال وأبي أن يُسلم فقتل فإنه يوفي مولاه بدل (٢) مكاتبته وما بقي [١٣٢/د ب] فلورثته، وهذا على قولهما ظاهر؛ لأن عندهما أكساب الردة تكون ملكا للمرتد بمثلة كسب الإسلام، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده كسب الردة لا يكون ملكا للمرتد، إذا كان حرا، وجعله ملكا له (٣) إذا كان مكاتبا، ووجهه أن المكاتب إنما اختص بأكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يبطل بالردة؛ لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فلا يبطل بشبهة الموت (٤).

إذا ارتد الزوجان معا وأسلما معا فهما على نكاحهما، وإن ارتدا على التعاقب أو ارتدا معا ثم أسلم أحدهما قبل الآخر بطل النكاح.

وقال زفر: إذا ارتدا معا بطل نكاحهما أيضا؛ لأن في ردهما ردة أحدهما وزيادة (٥).

ولنا أن القياس ما قاله إلا أنا تركنا القياس بالإجماع لما (٦) روي أن العرب في زمن أبي بكر رضي الله عنه ارتدوا ثم أسلموا ولم يفرق بينهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعا (٧).

ولا يقال لاحجة لكم فيه؛ لأن بعضهم قد ارتدوا على التعاقب وذلك يوجب التفريق عند الكل؛ لأننا نقول لما جهل التاريخ جعل (٨) كأنه وجد معا، ولا إجماع في ارتداد أحدهما قبل الآخر ولا في إسلام أحدهما قبل الآخر فبقي على أصل القياس مع أن في ردة أحدهما زيادة معنى مبطل وهو اختلاف الدين.

(١) «باب» ساقط من «د، هـ».

(٢) «بدل» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٣) «له» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٤) انظر: الهداية ٦/٨٨، ٩١؛

(٥) «زيادة» ساقط من «ج» وانظر: المبسوط ٥/٤٩؛ الهداية، ٣/٤٣٠؛ بدائع الصنائع ٧/١٣٦.

(٦) «لما» ساقط من «أ».

(٧) انظر: المبسوط، ٥/٤٩؛ الهداية والعناية، ٣/٤٣٠؛ بدائع الصنائع، ٧/١٣٦؛

(٨) في «أ» زاد، كأنه لم يكن وجعل.

ثم (١) الفرقة بسبب الردة تتعجل قبل الدخول أو بعده ولا يكون طلاقاً.
وههنا مسألتان: الردة والإبء عن الإسلام، أجمعوا على أن شيئاً منهما، لا يكون طلاقاً
إذا كان من قبل المرأة (٢).

وأما إذا كان من قبل الزوج قال أبو حنيفة الفرقة بسبب الردة، لا تكون طلاقاً
وبسبب إبائه عن الإسلام تكون طلاقاً بائناً.

وقال أبو يوسف شيء من ذلك لا يكون طلاقاً. وقال محمد: كل ذلك طلاق
إذا كان من قبل الزوج؛ لأنها فرقة جاءت من قبل الزوج فتكون طلاقاً، كالفرقة بسبب
الجب والعنة (٣).

ولأبي يوسف أن (٤) هذه فرقة يشترك فيها الزوجان فلا تكون طلاقاً كالفرقة بملك
أحدهما صاحبه؛ لأن الطلاق يختص بالرجال.

ولأبي حنيفة أن الفرقة بسبب الردة فرقة بطريق التنافي لوجهين:

أحدهما: [٢١/أ ب] أن الردة تبطل العصمة، وملك النكاح لم يشرع غير معصوم.
والثاني: أن النكاح شرع للبقاء بواسطة إبقاء النسل أو بواسطة إقامة المصالح والمرتد
يستحق القتل والإفناء فلا يشرع في حقه ما كان سبباً للبقاء (٥) ولهذا قلنا إن الفرقة بسبب (٦)
الردة لا يتوقف على القضاء وما يكون (٧) بطريق التنافي لا يكون طلاقاً؛ لأن ملك الطلاق
يستفاد بالنكاح والشيء لا يوجب ما ينافيه. وإنما لاتقع الفرقة إذا ارتدا معا لإجماع
الصحابة رضي الله عنهم (٨) بخلاف الفرقة بسبب الإبء عن الإسلام؛ لأنها ما (٩)

(١) « ثم » ساقط من « ج ».

(٢) انظر: المبسوط، ٤٦/٥؛ بلفظ الاتفاق.

(٣) انظر: المبسوط، ٤٦/٥؛ الهداية ٤١٩/٣، ٤٢٩.

(٤) « أن » ساقط من « ب، هـ ».

(٥) ساقط من « هـ ».

(٦) « بسبب » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٧) في « ب، ج » كان.

(٨) انظر: المبسوط، ٤٩/٥؛ العناية، ٤٣١/٣؛

(٩) « ما » ساقط من « د ».

تثبت بطريق التنافي ؛ لأن الإباء عن الإسلام والإصرار على الكفر لا يبطل العصمة.
والمصرة ^(١) على الكفر لا تقتل إلا أنه لا يحل له وطؤها، وإذا حرم الوطء ^(٢) فإت
الإمساك بالمعروف فتعين التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه في ذلك ^(٣) كما
قلنا في الجب والعنة ولهذا لا تقع الفرقة قبل القضاء.

فإن كان ذلك في دار الإسلام، إذا أسلم أحدهما يعرض الإسلام على الآخر فإن أبي
فرق بينهما [وإن كان ذلك في دار الحرب] ^(٤) تتوقف الفرقة على مضي ثلاث حيض ثم لا بد
من ثلاث حيض أخرى لانقضاء العدة.

حربي أسلم وله امرأة مجوسية في دار الحرب أو أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها
كافر فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض، فإذا حاضت ثلاث حيض بانء منه ؛ لأنه لاوجه
لوقوع ^(٥) الفرقة بنفس الإسلام ؛ لأن الإسلام عاصم غير مزيل، ولاوجه لتركهما على
النكاح ؛ لأنه لا يحل للمسلم وطء المجوسية وكذا المسلمة لا يحل لها تمكين الكافر، وعرض
الإسلام في دار الحرب ممتنع ؛ لانعدام الولاية فلا بد من إقامة شيء تضاف الفرقة إليه، فوجدنا
ذلك ثلاث حيض ؛ لأن مضي ثلاث حيض شرط لوقوع الفرقة، وعند عدم العلة جاز أن
يقوم ^(٦) الشرط مقام العلة ^(٧) كحفر البئر.

(١) في « أ، ب، ج، د » والمصر. والصواب ما أثبت.

(٢) في « د » فات الوطء وحرم.

(٣) « في ذلك » ساقط من « د، هـ ».

(٤) في « ج » وإن لم يكن ذلك في دار الإسلام.

(٥) في « هـ » إلى وقوع.

(٦) في « أ، ب، ج، د » يقام.

(٧) « العلة » ساقط من « ب ».

باب الأراضي التي ^(١) يُسَلِّم عليها أهلها أو تفتح عنوة

جيش ظهر ^(٢) على مدينة من الروم فإن شاء الإمام جعلهم ذمة ووضع عليهم الجزية ^(٣) وعلى أراضيهم الخراج ^(٤) وإن شاء خمسهم وقسم ما بقي بين الذين أصابوه.

وأصل هذا [١٣٣/د أ] أن الإمام فيما يفتح عنوة من بلاد العجم مخير إن شاء قتل المقاتلة وسبى النساء والذرية وقسم الأموال كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٥) بأهل خيبر ^(٦) وإن شاء منَّ عليهم برفاقهم وأراضيهم وسائر أموالهم ووضع الجزية عليهم والخراج على أراضيهم كما فعل عمر رضي الله عنه ^(٧) بسواد العراق.

فإن منَّ عليهم برفاقهم وأراضيهم وقسم سائر الأموال جاز ذلك ^(٨) ويُكره إلا أن يدع لهم من الأموال ما يتوصلون ^(٩) به إلى العمل في الأراضي فحينئذ لا يكره، عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم.

وإن منَّ عليهم برفاقهم وأموالهم دون الأراضي، لا يجوز؛ لأن في المنَّ إبطال حق الغائبين فلا يجوز إلا فيما ورد الشرع به وإنما ورد الشرع فيما إذا منَّ عليهم بالأراضي ووضع عليهم الخراج، وجعلهم بمنزلة الأكره، وفي ذلك إيصال منفعة الأراضي إلى الغائبين ^(١٠) على التأييد

(١) في «أ» في الأرض. و«التي» ساقط من «أ، ج».

(٢) في «أ، ب، ج» ظهوراً.

(٣) «الجزية» ساقطة من «أ، ب، ج، د». وهي: «ما يؤخذ من أهل الذمة» أنيس الفقهاء، ١٨٢؛ وهي

كالخراج للأرض إلا أنها تؤخذ من الرؤوس وسمي بها؛ لأنها تجزي عن الذمي. انظر: المغرب ٨١، ١٤٢

(٤) في «هـ» الجزية. بدل الخراج. وفي «د» أي الجزية بعد قوله: الخراج.

(٥) أخرجه البخاري ٩٦/٥؛ وابن حبان ٦٠٨/١١؛ وانظر: نصب الراية ٣/٣٩٨، ٣٩٧؛ زاد المعاد ١٨٨/٣ — ١١٩.

(٦) وهي ناحية على ثمانية برد من المدينة المنورة لمن يريد الشام... وهو بلسان اليهود، الحصن. انظر: معجم

البلدان، ٤٠٩/٢. والبريد: إثنا عشر ميلاً. انظر: طلبه الطلبة ص، ١٢.

(٧) «عمر» ساقط من «ب».

(٨) «ذلك» ساقط من «أ».

(٩) في «أ، ب، ج» يتوصلون.

(١٠) «إلى الغائبين» ساقط من «د، هـ».

بخلاف العروض.

ثم الحال لا يخلو إما ^(١) إن كان بالغائمين غنى [٢٢/أ أ] ، فالأولى أن يضع الخراج ولا يقسم، وإن كان بالغائمين حاجة فالأولى أن يقسم فإن أخذ البعض وقسم، وترك البعض جاز؛ لأنه لو أخذ الكل يجوز، ولو ترك الكل يجوز فكذلك البعض.

وكل أرض فُتحت عنوة تكون أرض خراج استدلالا بسواد العراق، وهذا إذا وصل إليها ماء الأنهار، وإن استخرج عين وسقيت الأراضي بماء العين كانت الأرض عشرية؛ لقوله عليه السلام: « ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ^(٢) أو دالية أو سانية ^(٣) ففيه نصف العشر » ^(٤).

وماء العين بمنزلة ماء السماء ^(٥).

وكل بلدة أسلم عليها أهلها فهي أرض عشر إذا كانت تسقى بماء السماء، فإن كانت تسقى بماء الأنهار التي هي ^(٦) تحت ولاية السلطان، كانت أرض خراج، وقد مر هذا في كتاب الزكاة.

ومن أحيأ أرضا ميتة بغير إذن الإمام لا تكون له إلا أن يجعلها الإمام له.
وقال أبو يوسف ومحمد: هي له وإن لم يجعلها الإمام له ^(٧)؛ لقوله عليه السلام: « من أحيأ

(١) « إما » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) الغرب: الدلو العظيم. انظر: المغرب، ٣٣٧؛

(٣) السانية، البعير يسنى عليه، أي يستقي من البئر. ويقال للغرب مع أدواته سانية أيضا. انظر: المغرب، ٢٣٧؛

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الزكاة، ١٤٤/٣—١٤٥؛ البخاري، في كتاب الزكاة باب العشر فيما يسقى من ماء السماء وبالماء الجاري، ١٦١/٢؛ ومسلم، كتاب الزكاة باب ما فيه العشر أو نصف العشر، ٥٤/٧؛ وأبو داود، كتاب الزكاة، ١٠٨/٢.

(٥) في « أ، ج » زاد، وماء البئر.

(٦) « هي » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٧) انظر: الهداية، ٧٠/١٠؛

أرضاً ميتة فهي له»^(١) ولأن هذا مال مباح سبقت يده إليه فيكون له ، بمنزلة الخطب والحشيش.

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»^(٢).

ولأن الأراضي كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فلا يختص به البعض إلا يجعل الإمام كسائر الغنائم، والحديث محتمل يحتمل^(٣) أنه أراد بذلك نصب الشرع ويحتمل أنه كان ذلك على وجه الإذن فلا يصلح حجة.

وقول محمد رحمه الله في الكتاب إلا أن يجعلها الإمام له، أراد به إذا ملكها الإمام بعد الإحياء، تصير ملكاً له، والأولى للإمام أن يجعلها له، ولا يستردها منه ؛ لأنه تعنى في إحيائها، وهذا إذا ترك الاستئذان جهلاً، أما إذا فعل ذلك قهاونا بالإمام، كان للإمام أن يستردها منه زجراً له^(٤) فإذا تركها عليه يتركها بعشر أو خراج إلا أن يكون الرجل من أهل العطاء فيجعلها له عطية. والله أعلم.

(١) أخرجه الترمذي، في كتاب الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، وقال حسن صحيح، ٦٦٤/٣ ؛ والبخاري موقوفاً على عمر، كتاب الحرث والمزارعة، ٩٧/٣ .

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ، بلفظ: « إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه ». ، ٢٠/٤ . وقال الهيثمي: فيه عمرو بن واقد وهو متروك. انظر: مجمع الزوائد، ٣٣١/٥ . والبيهقي في معرفة السنن والآثار، ٨/٩ ، وأعله بالانقطاع . ويوجد في الهامش تخريج الحديث يقرأ منها ما كتب هنا: هذا الحديث ذكره أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي وفي سننه عمرو بن واقد قال صاحب ... قال البخاري منكر الحديث وقال أبو من عمران مروان الطاهري يقول ... روي له الدعدي من ... رواه الطحاوي عن طريق عمرو بن واقد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه).

(٣) « يحتمل » ساقط من « ب » .

(٤) « له » ساقط من « أ ، ب ، ج ، د » .

باب استيلاء الكفار

عبد أسره العدو فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ^(١) ففقت عينه وأخذ أورشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه من العدو.

أما حق الأخذ بالثمن فلما روي أن رجلا أخذ المشركون بعيرا له فاشتره رجل منهم فحاء صاحبه إلى النبي عليه السلام فقال له ^(٢) النبي عليه السلام : « إن شئت أخذته بالثمن وإلا فلا سبيل لك عليه » ^(٣) ويكون الأرش للمشتري ولا يسقط شيء من الثمن بمقابلة الأرش ؛ لأن الثمن مقابل بالذات لا بالأوصاف، ولهذا لو اشترى عبدا فذهبت عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ولا يأخذ الأرش لأنه لو أخذه أخذه بمثله من الدراهم فلا يفيد، وعن محمد أنه يسقط حصة الأرش من الثمن ^(٤).

عبد أبق إلى دار الحرب وذهب معه بفرس أو متاع فأخذ المشركون ذلك فاشترى رجل ذلك كله وأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء وهذا بناء على أن الآبق [٢٢/أ ب] إلى دار الحرب لا يملكه الكفار بالاستيلاء في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يملكونه كما يملكون ^(٥) الفرس والمتاع الذي يكون في يده ^(٦).

والتردد في دار الإسلام يملك بالاستيلاء وكذا [١٣٣/د ب] البعير إذا ندد ^(٧) إلى دار

(١) « دار الإسلام » ساقط من « ب ، ج ، د ».

(٢) « له » ساقط من « أ ، ب » و « النبي عليه السلام » ساقط من « ج ».

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل بلفظ: « إن شئت فخذها بما اشتراها وإن شئت فدع ». ص ٢٥٠ . وفي إسناده ياسين ، قال ابن القطان: إن ياسين ضعيف. انظر: بيان الوهم والإيهام، ٣١٤/٢؛ وانظر أيضا ، نصب الراية ٤٣٤/٣ ؛ وقال ابن حزم: « ويس لائح الرواية عنه » المحلى بالآثار، كتاب الجهاد، ٣٥٦/٥.

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ٨/٦ ؛

(٥) في « أ » يملك.

(٦) انظر: المبسوط، ١٠/٥٥ — ٥٦ ؛ الهداية، ١١/٦ ، ١٣ .

(٧) ندد: أي شرد، ونفر. انظر: القاموس المحيط، ٤١١ ؛ شرح فتح القدير ١١/٦ ؛

الحرب وأخذته المشركون ملكوه في قو لهم ، والمسألة معروفة^(١) وكل ما ملكه الكافر فإن المالك القديم يأخذه من المشتري بالثمن الذي قام عليه ولا يأخذه^(٢) مجاناً.

عبد أسره الكفار فاشتراه رجل منهم بألف درهم وأخرجه إلى دار الإسلام فأسره العدو ثانياً وأدخله دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم ليس للمولى أن يأخذه من الثاني^(٣) وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن.

[ولو قضى القاضي للقديم بحق الأخذ بالثمن من الثاني قال في سير الجامع^(٤) أخطأ ويرد قضاؤه]^(٥)؛ لأن حق الأخذ إنما يكون لمن وقع الأسر على ملكه ليعيده^(٦) إلى قديم ملكه، والأسر الثاني ما ورد على ملك المولى^(٧) وإنما ورد على ملك المشتري الأول فإذا أخذه المشتري الأول من الثاني أخذه المالك منه بألفي درهم إن شاء ؛ لأنه قام على المشتري الأول بألفي درهم ألف في المرة الأولى وألف في المرة الثانية فيأخذه بما قام عليه.

حربي دخل دارنا بأمان فاشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق.
وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق ؛ لأن الملك قد ثبت فلا يزول إلا بإزالته كما لو اشترى عبداً كافراً^(٨).

ولأبي حنيفة أنه ملكه ملكاً يستحق إزالته حتى يجبر على البيع ومتى أدخله دار الحرب فقد^(٩) تعذرت الإزالة بطريق الجبر على البيع لانقطاع الولاية فيتعين العتق مخلصاً بإقامة شرط الزوال مقام الإزالة والعود إلى دار الحرب شرط زوال عصمة مال المستأمن فجاز أن يجعل علة للزوال عند عدم العلة كما قلنا في حفر البئر وغيرها من المسائل.

(١) انظر: الهداية، ١٣/٦ .

(٢) في « أ » زاد، من المشتري.

(٣) في « أ » زاد، بالثمن.

(٤) انظر: ص، ٣٦١ ؛

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

(٦) في « أ » ليعود.

(٧) في « د، هـ » ما وقع على الملك القديم.

(٨) انظر: المبسوط، ٥٨/١٠ ؛ الهداية ١٣/٦ ؛

(٩) « فقد » ساقط من « أ، ب، ج ».

وكذا إن أسلم عبدُ الحربي في دار الحرب فباعه مولاه من مسلم أو وهبه (١) لمسلم عند أبي حنيفة يعتق عنه (٢) وعندهما لا يعتق.

عبد لحربي (٣) أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا عتق، وكذا إذا أسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار.

أما الأول فلما روي أنه عليه السلام قال في عبيد الطائف: «هم عتقاء الله» (٤) وأما الثاني فلأنه استولى على نفسه بمنعة من (٥) المسلمين وظهرت يده على نفسه قبل ثبوت يد الغائبين عليه فاعتبرنا يده. إما لأن يده أسبق، أو لأن حاجته إلى الدفع وحاجة الغائبين إلى الإثبات، والدفع (٦) أولى. والله أعلم.

(١) في «د، هـ» رهنه.

(٢) «عنه» ساقط من «أ، ج» وفي «ب» يعتق عنده خلافا لهما.

(٣) في «د، هـ» عبد حربي.

(٤) أخرجه أبو داود، في كتاب الجهاد باب في عبيد المشركين يلحقون بالمسلمين، ٦٥/٣؛ والحاكم في كتاب الجهاد وصححه ووافقه الذهبي، ١٢٥/٢. والبيهقي، في السنن الكبرى، ٢٢٩/٩. وقال هذا منقطع.

(٥) «من» ساقط من «أ، ب».

(٦) «والدفع» ساقط من «ج».

باب المستأمن^(١)

مسلم دخل دار الحرب بأمان فأدان حربيا أو أدانه حربي^(٢) ثم خرج الحربي إلينا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه ؛ لأنه لا ولاية لنا على المستأمن إلا بقدر ما التزم^(٣) وهو ما التزم أحكامنا من كل وجه وإنما التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا، لفضله الحوائج في المستقبل.

وكما لا يقضى على الحربي لا يقضى على المسلم تحقيقا للتسوية، فالقضاء بأمر ماض تعرض له بأمر لم يلتزم فلا يجوز ؛ لأننا عهدنا أن لا نتعرض له إلا بقدر ما التزم بالأمان. وإن خرج الحربي مسلما قضى عليه^(٤) بذلك ؛ لأنه التزم أحكام الإسلام.

[٢٣/أ] وإن غضب أحدهما من صاحبه شيئا ثم خرج إلينا مسلما أو مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ؛ لأن مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغضب في حقه فملكه بالأخذ، إلا أن الغاصب في دار الحرب إن كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك^(٥) ولا يقضى عليه ؛ لأنه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم وفي أخذ ما لهم على هذا الوجه غدر وخيانة فيؤمر بالرد ديانة^(٦).

ولو كانا حربيين في دار الحرب، فأدان أحدهما صاحبه شيئا أو غضب^(٧) أحدهما من الآخر، ثم خرجا مسلمين أو مستأمنين فهذا والفصل الأول سواء.

حربي أسلم في دار الحرب فقتله فيها مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون في دار

(١) « من الاستيمان وهو طلب الأمان من العدو حربيا كان أو مسلما » أنيس الفقهاء ص ١٨٥ ؛

والمستأمن من يدخل دار غيره بأمان. انظر التعريف: في شرح فتح القدير، ١٧/٦ ؛ حاشية ابن

عابدين ١٦٦/٤ ؛ الكافي لابن عبد البر، ٤٨٢ ؛ مغني المحتاج ٢٣٦/٤ ؛ المغني، ٢٤١/٩ .

(٢) في « أ » فأدان حربي أو أدان هو حربيا.

(٣) في « ج، د، هـ » التزمه.

(٤) « عليه » ساقط من « ج ».

(٥) في « د » الغاصب.

(٦) « ديانة » ساقط من « أ ».

(٧) في « أ، ب، ج » اغتصب.

الحرب فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ.

وقال الشافعي: يقتل إن كان عمدا وعليه الدية إن كان خطأ، والمسألة معروفة^(١).

رجل قتل مسلما لا ولي له أو قتل حربيا دخل دارنا بأمان وأسلم فعليه الكفارة والدية في الخطأ؛ لأنه قتل نفسا معصومة فتجب الدية وتوضع في بيت المال لانعدام الوارث، وإن كان عمدا فإن شاء الإمام قتله لأنه ولي من لا ولي له وإن شاء أخذ الدية^(٢)؛ لأن الحق للامة وفي أخذ الدية نظر للامة وليس له أن يعفو؛ لأنه إبطال محض فلا يملكه الإمام؛ لأنه قائم مقام العامة في الاستيفاء لا في الإبطال.

وإن كان المقتول [١٣٤/د أ] لقيطا^(٣) كان للإمام أن يقتل قاتله في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف ليس له ذلك؛ لأن المولود في دار الإسلام لا يخلو عن الوارث فلو أثبتنا الولاية للإمام كان فيه^(٤) احتمال الإثبات لغير صاحب الحق والقصاص يمتنع بالشبهات^(٥). ولهما أن الحق إنما يثبت للولي بطريق القيام مقام الميت نظرا للميت، والجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فكان وجوده بمنزلة العدم.

مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله^(٦) وعليه أيضا الكفارة في الخطأ. وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص

(١) وعند المالكية إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة، وقيل الكفارة فقط، وإن كان عمدا وهو لا يعلمه مسلما، فأیضا فيه الدية والكفارة، وإن كان يعلم أنه مسلم قتل به.

أما عند الحنابلة فإن كان عمدا فعليه القود، وإن كان خطأ ففيه الكفارة فقط. وفي رواية عن أحمد، أنه يجب فيه الدية والكفارة، كقول مالك والشافعي، انظر: شرح فتح القدير، ٢٧/٦؛ الكافي، ٢١٠—٢١١؛ مواهب الجليل، ٣/٣٥٤؛ روضة الطالبين، ٩/٢٥٩؛ الأم، ٦/٣٧؛ إنبار الانصاف لابن الجوزي، ص ٢٤٤؛ كشف القناع، ٥/٥١٣، ٦/٦٥؛ المغني، ٨/٢٧٢—٢٧٣.

(٢) في «ج» زاد، برضاء القاتل.

(٣) «اللقيط بمعنى ملقوط وهو لعة: ما يلقط أي يرفع من الأرض. وقد غلب على الصبي المنبوذ»

أنيس الفقهاء، ١٨٨.

(٤) «فيه» ساقط من «ب».

(٥) انظر: المبسوط، ١٠/٢١٨؛ شرح فتح القدير، ٦/٣٠.

(٦) في «ج» مال نفسه.

في العمد (١).

لهما أنه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار (٢) الحرب فيجب عليه ما يجب بقتله في دار الإسلام.

ولأبي حنيفة أنه مكث سوادهم من وجهه ولو كان مكثرا سوادهم من كل وجه بأن كان متوطنا هناك، لا يكون معصوما فإذا كان مكثرا سوادهم (٣) من وجهه، تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص، وتجب الدية في ماله.

أما في العمد فظاهر؛ لأن العاقلة لا تعقل عمدا. وأما في الخطأ؛ فلأن وجوب الدية على العاقلة كان باعتبار ترك الصيانة أو النصره، وشيء من ذلك لا يتحقق منهم (٤) في دار الحرب فكانت الدية في ماله.

ولو كانا أسيرين في دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ (٥) لا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الدية على كل حال (٦).
لهما أنه قتل [٢٣/أ ب] مسلما بغير حق وامتنع القصاص لمكان الشبهة فتجب الدية. ولأبي حنيفة أن الأسير مقهور في أيديهم فكان تبعاً لهم والأصل غير معصوم (٧) فكذلك التبع فصار هو والذي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلينا سواء. بخلاف المستأمن؛ لأنه متمكن من الخروج إلى دار الإسلام فلا يكون تبعاً لهم فلا تبطل عصمته.

حربي دخل دارنا بأمان فأودع رجلا مالا أو أقرضه ثم عاد إلى دار الحرب فأخذ أسيرا أو ظهر على الدار فقتل فالوديعة فيء والقرض باطل.

أما الوديعة؛ فلأنها في يد المالك حكما؛ لأن يد المودع يد المالك فإذا وقع الاستيلاء عليه وقع على ما في يده فيصير فيئا كما لو كانت في يده حقيقة، والقرض باطل؛ لأن القرض

(١) انظر: شرح فتح القدير، ٢٠/٦؛

(٢) «دار» ساقط من «د، هـ».

(٣) «سوادهم» ساقط من «ب».

(٤) في «د، هـ» وشيء منهم في ذلك لا يتحقق منه.

(٥) «أو خطأ» ساقط من «ب».

(٦) انظر: الهداية ٢١/٦.

(٧) في «أ» غير مضمون.

وصف في الذمة، لا يتصور الاستيلاء عليه إلا بالاستيلاء على المديون وبدون الاستيلاء لا يصير^(١) فيئا وكما^(٢) تعذر جعله فيئا تعذر إبقاؤه على ملكه.

أما إذا أسر فلوجود المنافي للملك وهو صيرورته مملوكا^(٣) وكذا إذا ظهر لوجود الأسر معنى.

وعن أبي يوسف أن الودائع تصير للمودع ؛ لأن يده أسبق من يد غيره. هذا إذا أُسِرَ أو ظُهِر^(٤) على الدار وقُتِل، فإن قُتِل ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته ؛ لأنه إذا لم يوسر، بقي في ملكه^(٥) وإذا بقي على ملكه يكون لورثته^(٦).

حربي دخل دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار وأموال أودع بعضها حربيا وبعضها مسلما وبعضها ذميا، فأسلم هنا، ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء. أما المرأة^(٧) والأولاد الكبار؛ فلأنهم^(٨) كفار من أهل الحرب وكذلك الأولاد الصغار؛ لأن الولد إنما يصير مسلما بإسلام الوالد تبعا، إذا كان في ولايته لكون ولده في حكم نفسه والولاية قد انقطعت بتباين الدارين فلا يكون الولد مسلما تبعا له، والأموال فيء ؛ لأنها لم تكن معصومة فلو صارت معصومة إنما تصير معصومة^(٩) تبعا له، وتباين الدارين يقطع التبعية ؛ لأنه يقطع الولاية.

ولا يقال بأن يد المودع يد المالك ولو كانت في يده حقيقة^(١٠) تصير معصومة فذلك إذا كانت في يد مودعه ؛ لأننا نقول يد المودع يد المالك من وجه دون وجه، والعصمة، ما

(١) في « د، هـ » يصير.

(٢) في « هـ » كما لو.

(٣) في « د، هـ » زاد، معنى.

(٤) في « د، هـ » ظهروا.

(٥) في « أ، ب، د، هـ » لم يوجد ما ينافي ملكه.

(٦) انظر: الهداية، وشرح فتح القدير، ٢٥/٦؛

(٧) « وأما المرأة » ساقط من « ب ».

(٨) « فلأنهم » ساقط من « هـ ».

(٩) « معصومة » ساقط من « أ، ب، هـ ».

(١٠) « حقيقة » ساقط من « ب ».

كانت ثابتة، فلا تصير معصومة بالشك.

هذا إذا أسلم في دار الإسلام، فإن أسلم في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام ثم ظهر على الدار، فأولاده الصغار أحرار مسلمون ؛ لأنه أسلم وليس بينه وبين أولاده تباين الدارين فصاروا مسلمين تبعاً له، والمسلم لا يُمَلِّك بالاستيلاء، وأولاده الكبار وامرأته فَيءٌ ؛ لأنهم كفار من أهل الحرب.

فإن كانت المرأة حاملاً فولدت ولداً كان الولد مسلماً تبعاً للأب ؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً ويكون فينا تبعاً للأم ؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية.

وأما الأموال فما كان في يد مودعه المسلم [أ/٢٤] أو الذمي يكون له ؛ لأنه أسلم^(١) وهم في دار واحدة، [١٣٤/د ب] فإذا كانت يد المودع معصومة أمكن جعلها^(٢) يد المملك، ولو كانت في يده حقيقة تصير معصومة فكذا إذا كانت في يده حكماً.

وما كان في يد مودعه الحربي فهو فَيءٌ ؛ لأن يد المالك معصومة ؛ لأنه مسلم ويد المودع الحربي ليست بمعصومة فلا يمكن أن تجعل يد المودع كيد المالك، ولأن يد المودع يد نفسه حقيقة ويد المالك حكماً، واعتبار الحكم إن أوجب العصمة، فاعتبار الحقيقة يمنع العصمة والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك. وعبيده وعقاره فَيءٌ ؛ لأنه تبع للدار وكذا الأموال التي ليست في يد أحد فَيءٌ ؛ لأنها تبع للدار.

وإن أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام^(٣) حتى ظهر على الدار فما كان في يده فهو له ؛ لأن يده سبقت يد الغائبين وكذا ما كان في يد مودعه المسلم والذمي ؛ لأن يدهما معصومة فتجعل يدهما كيده وما ليس في يده فهو فَيءٌ ؛ لأنه تبع للدار وأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً له والمرأة والأولاد الكبار فَيءٌ ؛ لأنهم كفار من أهل الحرب. وما كان في بطن الأم فهو مسلم تبعاً له ويكون فينا تبعاً للأم.

(١) « أسلم » ساقط من « ج ».

(٢) في « هـ » في يد.

(٣) في « د، هـ » دارنا.

وقال الشافعي: يكون حراً؛ لأنه مسلم فلا يضرب عليه الرق^(١) وأما عبيده فمن لم يقاتل^(٢) لا يكون فيئا؛ لأنهم أتباعه ومن قاتلنا^(٣) يكون فيئا؛ لأنه إذا كان لا ينقاد له، لا يكون تبعاً له وعقاره فيء.

وقال الشافعي: رحمه الله لا يكون فيئا^(٤) لأنه^(٥) مال المسلم وهو^(٦) في يده فأشبهه المنقول.

ولنا أنه من جملة دار الحرب فيكون فيئا^(٧) تبعاً لها والتبع لا يفارق الأصل^(٨). وما كان في يد الغاصب ينظر إن كان الغاصب حربياً يكون فيئا في قولهم، وإن كان الغاصب مسلماً أو ذمياً فهو فيء في قول أبي حنيفة. وقالوا: لا يكون فيئا؛ لأنه مال المسلم في يد المسلم أو الذمي فلا يكون فيئا، كما لو كان ودیعة عندهما^(٩).

ولأبي حنيفة أن يد الغاصب يد مانعة متعدية فلا تكون يد المالك فصارت كأنها ليست

(١) وبه قالت الحنابلة. وأما المالكية فقالوا بقول الحنفية. انظر: التاج والإكليل، ٣/٣٥٩، ٣٧٩؛ المدونة، ٣/٣٧٩؛ المهذب، ٢/٢٣٩؛ روضة الطالبين، ١٠/٢٥٢؛ كشف القناع، ٣/٥٨؛ المغني، ٩/٢٦٩-٢٧٠.

(٢) في «ب، ج، د، هـ» زاد «معنا».

(٣) في «ب، ج، د، هـ» قاتل معنا.

(٤) وبه قالت الحنابلة. وعند المالكية خلاف، ف قيل بأنه فيء وقيل لا. انظر: التاج والإكليل ٣/٣٨٠؛ الدسوقي ٢/٢٠٠؛ القوانين الفقهية، ١٣٣؛ شرح الزرقاني على الموطأ، ٤/٤٣٢؛ الأم، ٧/٣٨٧؛ المجموع، ١٩/٣٢٥؛ المغني ٩/٢٧٠.

(٥) في «د، هـ» لأن هذا.

(٦) «وهو» ساقط من «ج، د، هـ».

(٧) «فيئا» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٨) إشارة إلى القاعدة: التابع تابع. انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١/١٢٠؛

(٩) ذكر في الهداية أن هذا قول محمد، وقال: إن شروح الجامع الصغير نسب هذا القول إلى أبي يوسف ومحمد، فصحح ابن الهمام، رواية الهداية، وصحح الباري، رواية شروح الجامع أي أنه قول أبي يوسف ومحمد. انظر: الهداية مع العناية وشرح فتح القدير، ٥/٤٨٩-٤٩٠.

في يد أحد (١).

رجل قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليه فليس عليه شيء لأنه؛ لا ولاية للإمام عليهم (٢) في عسكرهم فنزل (٣) عسكر أهل البغي منزلة دار الحرب ولو ارتكب مسلم كبيرة في دار الحرب لا يقيم عليه الحد فكذلك ههنا.

ولو غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا عمدا، من أهل المصر ثم ظهر على المصر فإنه يقتص (٤) منه. قالوا هذا إذا غلبوا على مصر ولم يجر فيها حكمهم حتى أزعجهم (٥) الإمام العدل؛ لأن ولاية الإمام باقية.

وأما إذا ظهرت قدرتهم وأجروا فيها حكمهم، لا يجب القصاص كما في العسكر.

رجل من أهل العدل قتل باغيا فإنه يرثه (٦) لأنه قتله بحق فلا يحرم عن (٧) الميراث (٨).

والبغي إذا قتل العدل (٩) إن قال كنت على الحق وأنا الآن على الحق فإنه يرثه، وإن قال (١٠) قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهو قول محمد. وقال أبو يوسف لا يرثه في الوجهين (١١).

أجمع أصحابنا رحمهم الله [٢٤/أ ب] على أن العادل إذا أتلف مال البغي لا يضمن (١٢)

(١) انظر: العناية ٤٨٩/٥، ٤٩٠.

(٢) « عليهم » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٣) في « ج، د، هـ » فترك.

(٤) في « ب » يعتق.

(٥) في « أ » أراحهم.

(٦) في « ج » زاد، بالإجماع.

(٧) « عن » ساقط من « أ ».

(٨) انظر: الهداية، ١٠٦/٦ بلفظ الاتفاق.

(٩) في « أ، ب، ج، د » العادل.

(١٠) « قال » ساقط من « ب ».

(١١) وذكر المرغيناني قول أبي حنيفة أيضا مع محمد، انظر: الهداية ١٠٦/٥؛ الفتاوى الهندية،

٢٨٥/٢.

(١٢) « لا يضمن » ساقط من « أ، ب، ج ».

أو الباعني إذا أتلّف مال العادل فكذلك^(١) لا يضمن^(٢).

وقال الشافعي: يضمن الباعني ؛ لأنه بجان فيضمن كما لو لم تكن له منعة^(٣).

ولنا ما روي عن الزهري أنه قال: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا على أن كل دم استحلت بتأويل القرآن فهو موضوع، أي لا يوجب ضماناً وكل مال استحلت بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحلت بتأويل القرآن فهو موضوع ولأهل البغي تأويل ؛ لأنهم يستحلون دماء أهل العدل بتأويل أن مباشرة الذنب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فلا يضمنون^(٤).

ثم قال أبو يوسف تأويله معتبر في حق الدفع لا في حق استحقاق الميراث.

ولأبي حنيفة ومحمد أن تأويله معتبر لدفع الحرمان الذي ثبت جزاء على القتل^(٥).

ثم استحقاق الميراث يكون بالقرابة لكن إنما يرث إذا كان مُصِراً على تأويله الفاسد.

أما إذا قال كنت على الباطل حين قتلته وأنا أعلم بذلك لا يرث ؛ لأنه لا تأويل له.

ويُكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم ؛ لأن فيه إعانة على العدوان وقد

قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾^(٦) ولا بأس ببيعه بالكوفة ممن لم يعرفه من

أهل الفتنة ؛ لأن الظاهر من حال المسلم الصلاح والاستقامة. ولا يُكره بيع ما لا يكون سلاحاً

(١) « فكذلك » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) انظر: الهداية ١٠٦/٥ ؛ بلفظ الاتفاق.

(٣) هذا إذا لم يكن في حال القتال، أما في حال القتال ففيه قولان: والصحيح أنه لا يجب الضمان.

والقول بالضمان كان قوله القديم كما قال المرغيناني، وعند المالكية، إذا كان متأولاً، لا يضمن وإن

كان معاندا يضمن، أما عند الحنابلة فلا يضمن في حالة الحرب. انظر: الكافي، ٢٢٢ ؛ حاشية

الدسوقي، ٣٠٠/٤ ؛ المهذب، ٢٢٠/٢ ؛ مغني المحتاج، ١٢٥/٤ ؛ روضة الطالبين، ٦٢/١٠ ؛

كشف القناع، ١٦٥/٦ ؛ المغني، ٥٣٢/٨ ؛

(٤) انظر: مصنف عبدالرزاق، ١٢١/١٠ ؛ السنن الكبرى للبيهقي، ١٧٥/٨ ؛ المغني، ٥٣٢/٨ ؛ المحلى

بالآثار، ٣٤٤/١١ ؛

(٥) في « أ، ب، ج » الفعل. بدل القتل. وانظر: الهداية، ١٠٧/٦ .

(٦) سورة المائدة، آية: ٢ . وتمام الآية: ﴿ واتقوا الله إن الله شديد العقاب ﴾ .

بنفسه^(١) كالحديد ؛ لأنه إنما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب إليه.
ويكره^(٢) للرجل أن يتدئ أباه من المشركين بقتله^(٣) لأنه مأمور بالإحسان إليه^(٤)
قال الله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾^(٥) ولأنه يجب عليه إحياءه بالنفقة فلا يباح له^(٦) قتله
بخلاف غير الوالدين فإنه لا يجب عليه نفقتهم إذا كانوا كفارا فجاز له^(٧) أن يقتلهم.
ثم قال [١٣٥/د أ] في الكتاب وإذا أدركه^(٨) امتنع عنه^(٩) حتى يقتله غيره^(١٠)
احترازا عن المأثم، وإن أشار إلى غيره فقتله^(١١) جاز ؛ لأن ذلك الغير قتله باختياره فلا يضاف
إليه.

ولا بأس^(١٢) بأن يسافر بالقرآن في أرض^(١٣) الحرب ؛ لأنه يحتاج إلى قراءته، قالوا:
هذا إذا كان جيش المسلمين عظيما فأما إذا كان قليلا يكره. ومن الناس^(١٤) من قال يكره

-
- (١) « بنفسه » ساقط من « أ » .
(٢) في « د » وليس. بدل، ويكره.
(٣) في « أ، ب » ليقتله.
(٤) في « ب، ج، د، هـ » في حقه.
(٥) سورة النساء آية: ٣٦. وتكملة الآية: ﴿ وبني القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى... » الآية.
(٦) « له » ساقط من « ب، د، هـ » .
(٧) « له » ساقط من « د، هـ » .
(٨) في « أ، د » أدركك. وفي « ج » أراك. والمراد بالكتاب هو « السير الكبير » انظر: النافع، ٣١٨ .
(٩) في « أ، ج، د » فامتنع عليه. والمثبت من ب، و هـ والجامع الصغير نفسه ص ٣١٩ .
(١٠) في « أ، ج، د، هـ » غيرك. انظر: تبين الحقائق، ٢٤٥/٣ ؛ شرح فتح القدير، والعناية ٤٥٤/٥ ؛
النافع الكبير، ص ٣١٩ .
(١١) في « هـ » بقتله.
(١٢) « بأس » ساقط من « ب » .
(١٣) في « د » دار.
(١٤) وهم المالكية والشافعية والحنابلة. وقال النووي: اتفقوا على أنه لا يجوز المسافرة بالمصحف إلى أرض
الكفار إذا خيف وقوعه في أيديهم. انظر: المنتقى ١٦٦/٣ ؛ التاج والإكليل ٥٤٦/٤ ؛ المجموع
٧١/٢ ؛ كشف القناع ١٣٦/١ .

على كل حال ؛ لقوله عليه السلام: « لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو »^(١). ونحن نقول ذلك
محمول على ما إذا كان الجيش قليلا^(٢). والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير باب النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو بلفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو »، ١٠٩/٣ ؛ ومسلم في كتاب الإمارة باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار، ١٣/١٣.

(٢) نقل عن الطحاوي أن النهي كان لقلة المصاحف أما اليوم فلا يكره. انظر: مشكل الآثار ١٦٧/٢
طرح التثريب ٢١٦/٧ ؛ الميسوط، ٢٩/١٠ ؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢٨٤/١ .

باب الإسهام للخييل^(١)

رجل دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا أعطى له سهم الفرسان وإن دخلها راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا كان له سهم الراجل^(٢).

وعند الشافعي الجواب على العكس في المسألتين^(٣). فالحاصل أن عندنا العبارة لمجاورة الدرب^(٤) وعنده لشهود الواقعة والمسألة معروفة^(٥).

وأجمعوا على أنه لو جاوز الدرب فارسا ثم باع^(٦) الفرس يعطى له سهم الرجالة، وكذا لو جاوز الدرب فارسا^(٧) بفرس مستعار، ولو جاوز الدرب فارسا فوقع الحرب في المضائق أو في السفن فقاتل راجلا فإنه يستحق سهم الفرسان في قولهم^(٨).

ثم عند أبي حنيفة ومحمد [٢٥/أ أ] يُسهم لفرس واحد ولا يسهم لفرسين. وعند أبي يوسف يسهم^(٩) لفرسين، وهو نظير الخلاف في خادم المرأة، عندهما، لا تستحق نفقة خادمين وعند أبي يوسف تستحق^(١٠).

رجل مات قبل الخروج إلى دار الإسلام لا شيء له من الغنيمة، وإن مات بعد إخراج^(١١) الغنيمة إلى دار الإسلام فله سهمه.

(١) في « د، هـ » في.

(٢) في « أ، ب، ج » الرجالة.

(٣) وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: الكافي، ٢١٤؛ المهذب، ٢٤٥/٢؛ كشف القناع، ٨٩/٣؛ المغني، ٢٤٧/٩.

(٤) الدرب: المراد به الحد الذي بين دار الحرب ودار الإسلام. انظر: النافع الكبير، ص ٣١٩؛

(٥) انظر: الفتاوى الخانية، ٥٦٧/٣.

(٦) في « ج » مات.

(٧) « فارسا » ساقط من « ج ».

(٨) انظر: روضة الطالبين، ٣٧٨/٦؛ كشف القناع، ٨٩/٣.

(٩) « يسهم » ساقط من « ج ».

(١٠) انظر: المبسوط، ٤٥/١٠ — ٤٦؛ الهداية ٤٩٦/٥.

(١١) في « د » إخراج وفي « أ، ب، ج » الخروج. و الغنيمة إلى دار الإسلام ساقط منها.

وعند الشافعي من مات بعد الفراغ من الحرب واستقرار الهزيمة كان له سهمه^(١) وهي من فروع مسألة^(٢) قسمة الغنائم في دار الحرب^(٣).

رجل مات في نصف السنة لا شيء له من العطايا^(٤)؛ لأنه صلة فلا تُملك قبل القبض كالمراة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج تسقط ولا تُورث.

والعطاء ما يكتب للغزاة في الديوان، ولكل من قام بأمر من أمور المسلمين^(٥) كالقاضي والمفتي والمدرس، وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان^(٦) له ضرب مزية في الإسلام كأزواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن، وأولاد المهاجرين والأنصار.

وكذا لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء؛ لما قلنا. وإنما وضع المسألة في نصف السنة^(٧) لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى ورثته؛ لأنه قد أوفى عناه فيستحب الصرف ليكون أقرب إلى الوفاء.

ويكره الجعل مادام للمسلمين فيء^(٨) فإن لم يكن فلا بأس بأن يُقَوَّى بعضهم بعضاً. أراد بالجعل ما يضرب الإمام للغزاة على الناس فنقول: الأولى أن ينفق الغازي من مال نفسه ليكون مجاهداً بنفسه وماله فيكون أوفر أجراً، فإن لم يكن له مال، ينفق عليه من بيت المال؛ لأن بيت المال مُعَدُّ لمصالح المسلمين. وهذا من جملة مصالح المسلمين^(٩) ولا يضرب على

(١) في «أ» فله سهمه.

(٢) «مسألة» ساقط من «أ، ب».

(٣) وبه قالت المالكية والحنابلة أي له سهم بعد الفراغ وبعد الإحراز ولا يشترط الإخراج. انظر: المدونة، ٣٣/٣؛ الكافي، ٢١٤؛ مغني المحتاج، ١٠٢/٣، ٢٣٤/٤؛ هناية المحتاج، ٧٦/٨؛ روضة الطالبين، ٣٧٨/٦؛ كشف القناع، ٨٤/٣؛ المغني، ٢٥٢/٩، ٢٦١.

(٤) في «ب، هـ» العطاء.

(٥) في «أ، ب، ج د» الدين. بدل المسلمين.

(٦) «كان» ساقط من «أ، ج».

(٧) «السنة» ساقط من «أ، د، هـ».

(٨) في «أ» قوة. وأثبتته من الجامع الصغير.

(٩) «المسلمين» ساقط من «أ، ب، ج».

الناس؛ لأن ذلك يشبه الأجرة^(١) وحقيقة الأجرة حرام فما يشبه الأجرة يكون مكروها، فإن لم يكن في بيت المال مال^(٢) فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا، أراد بذلك أن ينفق البعض على البعض، وتعاون بعضهم بعضا، لما^(٣) روي أن عمر رضي الله عنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليفة^(٤) ورسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ درع صفوان^(٥) من غير رضاه^(٦)، عند الحاجة فلأن يجوز ذلك برضاه كان أولى، أما عند عدم الحاجة يكره لما قلنا. والله أعلم.

(١) « الأجرة » ساقط من « د ».

(٢) « مال » ساقط من « د ».

(٣) « لما » ساقط من « ج ».

(٤) في « أ » الحليفة. أخرجه ابن أبي شيبة، ٣٦٠/١٢؛ ابن سعد، الطبقات الكبرى، ٣٠٦/٣؛ سعيد بن منصور، ١٧١/٣/٢؛ ابن حجر، الدراية، ١١٤/٢؛ وانظر: الهداية مع شرح فتح القدير ٤٤٤/٥.

(٥) صفوان: هو ابن أمية بن خلف بن وهب بن قدامة بن جمح القرشي المكي صحابي أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه وشهد اليرموك أميرا على كردوس، مات أيام قتل عثمان رضي الله عنهما. انظر ترجمته في: أسد الغابة ٢٣/٣؛ الاستيعاب ٧١٨/٢؛ سير أعلام النبلاء، ٥٦٢/٢ فما بعدها.

(٦) انظر: مصنف أبي شيبة، ١٤٤/٦؛ السنن الكبرى للبيهقي، ١٨/٧؛ سنن أبي داود، ٢٩٦/٣.

باب الحربي يدخل دارنا بأمان ويصير ذميا

حربي^(١) دخل دارنا بأمان فتقدم إليه الإمام في أن يخرج أو يكون ذميا فمكث^(٢) بعد ذلك سنة يكون ذميا وعليه الخراج.

الأصل فيه أنه لا يُمكن الحربي من أن يطيل المكث في دارنا ؛ لأنه يصير عوناً للكفرة علينا وإنما يمكن بقدر ما يقضي حاجته^(٣) ثم يعود. فإذا دخل دارنا بأمان ينبغي للإمام أن يتقدم إليه في أول ما دخل.

ويضرب له^(٤) مدة على قدر ما يرى ويقول إن جاوزت^(٥) المدة جعلتك ذميا، فإذا جاوز المدة يصير ذميا ؛ لأنه رضي بذلك فإذا مضى سنة^(٦) بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج ؛ لأنه صار ذميا بمجاوزة^(٧) المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا إلا أن يكون، شرط عليه أنه إذا جاوز المدة^(٨) يأخذ منه الخراج فحينئذ يأخذها منه.

حربي دخل دارنا بأمان فاشتري أرض خراج فوضع عليه الخراج يصير ذميا ؛ لأنه لما وُضِعَ [٢٥/أ ب] عليه الخراج^(٩) فقد جرى عليه حكم من أحكام الإسلام، أو من أحكام أهل الذمة والذمي من تجري عليه أحكام [١٣٥/د ب] أهل^(١٠) الذمة.

ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء ؛ لأنه لما اشترى أرض خراج وحكّم

(١) في « ج » قال حربي.

(٢) في « ب » يمكن.

(٣) في « د، هـ » حوائجه.

(٤) « له » ساقط من « د، هـ ».

(٥) في « أ » تجاوزت.

(٦) في « ج » مدة.

(٧) في « أ » لجاوزته وفي « ب، ج، د » لمجاوزة.

(٨) في « أ، ج، د » السنة.

(٩) « الخراج » ساقط من « أ ».

(١٠) « أهل » ساقط من « هـ ».

الشرع فيها وجوبُ الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الإسلام^(١).
 وإن استأجر أرض خراج لا يصير ذميا^(٢)؛ لأن الخراج لا يجب على المستأجر حتى لو
 استأجر أرضا خراجها خراج المقاسمة^(٣) فزرع ببذره وقضي عليه بالخراج يصير ذميا.
 وإن اشترى أرضا عشرية عند أبي حنيفة تصير خراجية فإذا وجب فيها الخراج يصير
 ذميا^(٤).

حرية دخلت دارنا بأمان فتزوجها مسلم أو ذمي بأن^(٥) كانت كتابية، تصير ذميمة؛
 لأنها تبع للزوج في المقام فلا يمكنها العود إلى دار الحرب فتصير ذميمة؛ لأن الذمي هو الكافر
 المستوطن في دار الإسلام.

وقال الشافعي: لا تصير ذميمة^(٦)؛ لأن النكاح عقد معاوضة كسائر العقود فلا يجعلها
 ذميمة والصحيح ما قلنا.

ولو دخل حربي دارنا بأمان فتزوج ذميا لا يصير ذميا؛ لأن الزوج لا يتبع المرأة في المقام
 فلم يكن ملتزما للمقام ههنا، وإن كان لا يمكن من نقل المرأة إلى دار الحرب.
 [ولا يقال قد نقل عن النبي عليه السلام: أنه قال «من تأهل في بلدة فهو منها»^(٧) إذ ذلك
 غير ثابت عن النبي عليه السلام بل هذا مما تلفظته^(٨) العامة وليس يثبت. والله أعلم]^(٩).

(١) قال ابن الهمام بأنه لا يصير ذميا وكذلك قال الباقر بأن ما نقله قاضيخان ليس بصحيح؛ لأنه
 يمكن أن يكون اشتراه للتجارة. انظر: شرح فتح القدير، والعناية معه، ٢٤/٦.

(٢) «ذميا» ساقط من «ه».

(٣) خراج المقاسمة كربع الخراج وخمسه ونحوهما. التعريفات ص ٩٨.

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ٢٣/٦.

(٥) في «د، ه» فإن.

(٦) وبه قالت الحنابلة أي لا تمنع من الخروج إلى دار الحرب بل هذا إلى زوجها إن رضي أو فارقها،
 انظر: الأم، ٣٠١/٤؛ كشف القناع، ١١٠/٣؛ المغني، ٢٤٦/٩؛ ولم أقف على رأي المالكية.

(٧) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ٦٢/١؛ والبيهقي في المعرفة، وأعله بالانقطاع، ٢٦٣/٤؛
 وقال ابن حجر: إنه لا يصح. فتح الباري كتاب تقصير الصلاة، ٦٦٤/٢؛ وانظر أيضا، نصب
 الراية، ٢٧١/٣.

(٨) في «ب» ما لفظته.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، ج».

كتاب البيوع (١)

رجل أسلم (٢) إلى رجل عشرة دراهم في كره (٣) حنطة فقال المسلم إليه شرطت لك ردينا وقال رب السلم ما شرطت لي شيئا فالتقول قول المسلم إليه ؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف فمن يدعي صحة العقد فكان الظاهر شاهدا له ؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة دون الفساد والقول قول من يشهد له الظاهر ؛ لأنه أقرب إلى الصدق (٤).

ولو كان رب السلم يدعي بيان الوصف والمسلم إليه ينكر لم يذكر هذا في الكتاب وينبغي أن يكون على الاختلاف، فعلى قول أبي حنيفة القول قول من يدعي الصحة وعلى قول أبي يوسف ومحمد القول قول المسلم إليه لما يذكر بعد هذا (٥).

وإن اختلفا في الأجل فهو على وجوه ثلاثة:

إما أن اختلفا في شرط الأجل، أو في قدره، أو في مضيه.

(١) البيع لغة، قيل: مشتق من الباع، وهو قدر مد البيدين، وقيل: هو مبادلة المال بالمال. وشرعا، عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة مألها إلى أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي على التأيد. وهو من ألفاظ الأضداد يطلق على البيع وكذلك على الشراء. وقال الجرجاني: (البيع في اللغة مطلق المبادلة. وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكيا وتملكا). التعريفات، ص ٤٨ ؛ وانظر: القاموس المحيط، ص ٩١٠ ؛ المغرب ص ٥٦ ؛ المطلع، ص ٢٢٧ ؛ أنيس الفقهاء، ص ١٩٩ ؛ معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٨٣ ؛ شرح فتح القدير، ٦/٢٤٧ ؛ مغني المحتاج، ٢/٢ ؛ كشف القناع، ٣/١٤٥ - ١٤٦ ؛

(٢) السلم لغة: السلف. وفي الاصطلاح أخذ عاجل بأجل أو بيع أجل بعاجل أي عقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن آجلا. انظر: لسان العرب، ١٢/٢٩٥ ؛ المبسوط، ١٢/١٢٤ ؛ شرح فتح القدير، ٧/٧٠ ؛ التعريفات، ١٢٠٠ ؛ أنيس الفقهاء، ٢١٨ .

(٣) « الكُرُّ: مكيال أهل العراق وجمعه أكرار. قال المطرزي نقلا عن الأزهرى: « الكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكايك والمكوكة، صاع ونصف » المغرب، ٤٠٤ .

(٤) انظر: المبسوط، ١٥/٩٤ .

(٥) انظر: الهداية ٧/١٠٩ ؛

فإن اختلفا في شرط الأجل [فقال رب السلم شرطنا الأجل] ^(١) وأنكر المسلم إليه كان القول قول ^(٢) رب السلم وهذا استحسان، والقياس أن يكون القول قول المسلم إليه ^(٣) وعلى هذا النكاح والإجارة.

وكل عقد إذا ^(٤) ادعى أحدهما فساد العقد فالقياس أن ^(٥) يكون القول قول من يدعي الفساد؛ لأنه ينكر استحقاق موجب العقد الجائز فيكون القول قوله.

وجه الاستحسان ما ذكرنا ^(٦) أنهما اتفقا على عقد واحد، واختلفا في الصحة والفساد فيقبل قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة بالإقرار بالعقد إقرار بموجب العقد الجائز ظاهرا فلا يُقْبَل إنكاره بعد ذلك.

وإن كان المسلم إليه يدعي الأجل ورب السلم ينكر كان القول قول المسلم إليه في قول أبي حنيفة.

[٢٦/أ] وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول رب السلم فعلى قول أبي حنيفة القول قول مدعي الأجل على كل حال، وعلى قولهما القول قول رب السلم ^(٧).

لهما أنهما أخرجا الكلام مخرج المنازعة والإنكار؛ لأن الأجل حق المسلم إليه؛ لأنه وضع لترفيه المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه ينتفع به فالمسلم إليه يدعي حقا على رب السلم ورب السلم ينكر فكان القول قول المنكر وإن كان يؤدي إلى فساد العقد، بخلاف ما إذا كان رب السلم يدعي الأجل؛ لأن رب السلم لا يدعي عليه في الحال شيئا بل يقر له بالحق صورة ^(٨) فكان المسلم إليه متعنتا ولا يكون منكرا، هذا كما قلنا في المضاربة إذا قال رب المثل شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح إلا عشرة كان القول

(١) مابين المعقوفين في « د، هـ » فادعاه رب السلم.

(٢) « قول » ساقط من « أ ».

(٣) في « أ، ج » قول الآخذ وفي « ب » الآخر.

(٤) « إذا » ساقط من « د، هـ ».

(٥) في « أ، ب، ج » في القياس. وأن ساقط من « ج » ويكون ساقط من ب.

(٦) « ما ذكرنا » ساقط من « أ، ب ».

(٧) انظر: الهداية ١١٠/٧؛

(٨) في « أ » ضرورة.

قول رب المال ؛ لأن المضارب متعنت في الإفساد.

ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب شرطت لي نصف الربح كان القول قول رب المال وإن كان مدعيا فساد العقد^(١) وهي المضاربة^(٢)؛ لأنه لما أنكر زيادة الربح فقد خرج الكلام منهما على وجه المنازعة والإنكار فيكون^(٣) القول قول المنكر وإن كان فيه فساد العقد كذلك ههنا.

ولأبي حنيفة أنهما [١٣٦/د أ] اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد فيكون القول قول مدعي الصحة كالمناكحين إذا اختلفا^(٤) وأحدهما يدعي النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول قول من يدعي النكاح^(٥) بشهود بخلاف مسألة المضاربة ؛ لأن ثمة ما اتفق على عقد واحد ؛ لأن المضاربة إذا صححت تكون شركة وإذا فسدت تكون إجارة للعامل، وإن كان الظاهر من حاله أنه [لا يباشر العقد^(٦) الفاسد لا يكون الظاهر من حاله أن لا] يباشر^(٧) العقد الآخر.

لا يلزم على ما قلنا، إذا اختلفا في النكاح فقال الزوج تزوجتك حلما، كنت صغيرا، وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ، فإن القول^(٨) قول الزوج وإن كان فيه فساد العقد؛ لأن ثمة ما أقر بالعقد بل أنكر العقد حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية وإذا ثبت الأجل بقول المسلم إليه في قول أبي حنيفة، قال بعضهم: يقبل قوله في بيان^(٩) مقدار الأجل، وقال بعضهم: يقبل قوله إلى أدنى الآجال وهو الشهر ولا يقبل^(١٠) في الزيادة وإنما تثبت الزيادة

(١) في « أ، ب، ج » المضاربة.

(٢) « وهي المضاربة » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٣) في « ب » فنقول.

(٤) « إذا اختلفا » ساقط من « د، هـ ».

(٥) « النكاح » ساقط من « أ، ج ».

(٦) « العقد » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « هـ » وفيها: يباشر العقد الآخر.

(٨) في « أ، ج » زاد، يكون.

(٩) « بيان » ساقط من « ج ».

(١٠) في « أ، ب، ج » قوله.

بالبينة^(١).

وإن اختلفا في مقدار الأجل فقال رب السلم شرطت لك شهرا وقال المسلم إليه لا بل شهرين كان القول قول رب السلم ؛ لأن المسلم إليه يدعي زيادة الحق وهو ينكر فيكون القول قوله.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المسلم إليه ؛ لأنها تثبت الزيادة، والبيئات للإثبات فما كان أكثر إثباتا كان أولى.

وإن اتفقا على^(٢) مقدار الأجل واختلفا في مضيه كان القول قول المسلم إليه ؛ لأن رب السلم يدعي عليه إيفاء الحق وهو ينكر فيكون القول قول صاحب الحق كما لو ادعى المديون^(٣) [٢٦/أ ب] إيفاء الدين.

وإن أقاما البينة كانت بينة المسلم إليه أولى ؛ لأنها تثبت بقاء الأجل ورب السلم ينفي ويجوز أن يكون القول قوله، ولو أقاما البينة كانت بينته أولى كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك، كان القول قوله، فإن أقاما البينة كانت بينته أولى ؛ لأن بينته تثبت الهلاك أو الرد وبينته الآخر تنفي.

رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة^(٤) مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد جاز السلم في حصة النقد، وبطل في حصة الدين ؛ لأن قبض رأس المال في مجلس العقد^(٥) شرط لبقاء العقد على الصحة وقد فات ذلك في^(٦) حصة الدين وهذا فساد طارئ فلا يتعدى إلى الباقي وهذا ظاهر فيما إذا قال أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة ولم يضيف إلى الدين ثم جعل مائة من رأس المال قصاصا بالدين.

وإن أضاف السلم إلى ذلك الدين فقال أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة مائة منها الدين الذي لي عليك فكذلك ؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود إذا كانت عينا فلا تتعين

(١) قال السرخسي: هذا رأي مشايخنا. انظر: المبسوط، ١٢٧/١٢.

(٢) في « أ » في.

(٣) « المديون » ساقط من « أ ».

(٤) « كر حنطة » ساقط من « أ ».

(٥) « العقد » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٦) في « د، هـ » من.

إذا كانت ديناً ، ولهذا لو اشترى من رجل شيئاً بدين له عليه ثم تصادقا أن لادين لا يبطل العقد، وإذا لم يتعين الدين كانت الإضافة إلى الدين والإطلاق فيه ^(١) سواء.
رجل أسلم إلى رجل في كر ^(٢) حنطة بقفيز لا يعلم عياره ^(٣) لاخير فيه وإن باعه بهذا القفيز جاز ؛ لأن السلم يتأخر تسليمه فرمما يهلك ذلك القفيز فإذا لم يعلم عياره يقعان في المنازعة.

أما في بيع العين يتعجل التسليم فلا يؤدي إلى ما قلنا، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيع العين أيضاً ^(٤).

وكل شيء أسلم فيه وله حمل ومؤنة ولم يبين ^(٥) المكان الذي يوفيه فيه فهو فاسد وما ليس له حمل ومؤنة ولم يسم المكان الذي يوفيه فيه ^(٦) فهو جائز، ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد [يوفيه في أي مكان شاء] ^(٧) وكذلك ما له حمل ومؤنة يجوز السلم فيه فإن بينا المكان يتعين ذلك المكان، وإن لم بينا المكان ^(٨) يتعين مكان العقد، وهو قول أبي حنيفة الأول.

وعلى هذا الخلاف إذا استأجر شيئاً بمكيل أو موزون في الذمة ولم يبين مكان الإيفاء عند أبي حنيفة لا يجوز ^(٩). وعندما يجوز ، وإذا جازت الإجارة عندهما في إجارة الدار يتعين مكان الدار للإيفاء.

وفي إجارة الدابة يسلم في المراحل وعلى هذا الخلاف إذا اقتسم الرجلان داراً بينهما

(١) « فيه » ساقط من « أ، ج ».

(٢) « كر » ساقط من « ج ».

(٣) في « أ » لا يعرف معياره.

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ١١٨/٧ وقال الصحيح الأول.

(٥) في « أ » فإن لم.

(٦) « الذي يوفيه فيه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) ما بين المحقوفين ساقط من « ج ».

(٨) « المكان » ساقط من « د، هـ ».

(٩) انظر: المبسوط، ١٢٧/١٢، ١٢٩ ؛ الهداية ٩١/٧، ٩٥، ٩٦.

فأخذ أحدهما زيادة على نصيبه^(١) وشرط على نفسه مكيلا أو موزونا دينا في الذمة عند أبي حنيفة يشترط بيان مكان الإيفاء وعندهما لا يشترط، وكذا لو باع شيئا بمكيل أو موزون في الذمة ولم يبين مكان الإيفاء^(٢).

ومن المشايخ من قال في ثمن المبيع لا يشترط البيان^(٣) عند الكل. والصحيح أنه على الخلاف [١٣٦/د ب]؛ لأن الثمن في البياعات كالأجرة في الإجازات^(٤).
[٢٧/أ أ] ولهما أن مكان الإيفاء معلوم وهو مكان العقد؛ لأنه مكان السبب فيتعين^(٥) كما في الغصب والاستهلاك والقرض ولهذا لو أسلم فيما لا حمل له ولا مؤنة ولم يبين مكان الإيفاء يجوز ويتعين مكان العقد، وكذا لو اشترى حنطة^(٦) حاضرة يتعين مكان العقد للتسليم. والدليل عليه أن مكان العقد يتعين لتسليم أحد البدلين وهو رأس المال فكذا في حق البديل الآخر.

ولأبي حنيفة أن مكان الإيفاء مجهول وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن قيمة الأشياء فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأماكن فرب السلم يطالبه بالتسليم في مكان تكثر قيمته وهو يُسَلَّم في مكان آخر فيقعان في المنازعة.

وقولهما بأن مكان العقد يتعين للإيفاء، قلنا تعيين مكان العقد ليس من مقتضيات العقد، ولهذا لو عينا مكانا آخر للإيفاء يجوز، ولو كان ذلك من مقتضيات العقد فتعين مكان آخر يكون شرطا مغيرا للعقد فوجب أن يكون مفسدا، وهذا؛ لأن عقد السلم لا يوجب التسليم عقيب العقد وإنما يجب التسليم عند حلول الأجل وعند ذلك لا يدري أنه^(٧) في أي مكان يكون فلا يتعين مكان العقد، بخلاف الغصب والقرض والاستهلاك؛ لأنه يوجب التسليم في الحال فإذا وجب التسليم في الحال وجب التسليم في ذلك المكان.

(١) في «د، هـ» حصته.

(٢) انظر: المبسوط، ١٢٩/١٢؛

(٣) «البيان» ساقط من «د، هـ».

(٤) في «ج» زاد، فيتعين.

(٥) «فيتعين» ساقط من «ج».

(٦) في «ب» حنطة بحنطة.

(٧) «أنه» ساقط من «أ، د، هـ».

قال رأيت لو أهما عقدا عقد السلم في لجة البحر في السفينة أكان يتعين ذلك الموضع للتسليم^(١)، لأنا نقول^(٢) بأن مكان العقد لم^(٣) يتعين لتسليم رأس المال؛ بل الشرط: التسليم قبل الافتراق حتى لو مشيا فرسخا ثم سلم قبل أن يفارقه صح التسليم.

وفي بيع العين لا يتعين^(٤) مكان العقد وإنما يتعين مكان المبيع حتى لو باع في المصر حنطة هي^(٥) بالسواد يتعين مكان الحنطة للتسليم.

وفيما لا حمل له ولا مؤنة في إحدى الروايتين عنهما وهو قول أبي حنيفة، يسلم إليه حيث لقيه^(٦)؛ لأن جهالة المكان لا تفضي إلى المنازعة إذا كان يمكنه النقل إلى أي مكان شاء من غير مؤنة^(٧).

ولا بأس بالسلم في الجوز والبيض عددا. وقال زفر لا يجوز؛ لأهما يتفاوتان تفاوتاً فاحشاً فلا يجوز السلم فيهما عدداً كما لا يجوز في البطيخ والرمان والسفرجل^(٨).

ولنا أن ما بين البيضتين والجوزتين من التفاوت^(٩) لا يفضي إلى المنازعة لسقوط اعتباره عند الناس ولهذا يجوز السلم فيهما، وإن لم يبين الجودة والرداءة وكذا لو أسلم فيهما كيلا أو وزنا يجوز عندنا، وقيل على قول الشافعي لا يجوز^(١٠).

وإن أسلم في الباذنجان عدداً ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أنه يجوز

(١) في « أ » للعين في التسليم.

(٢) في « ب » ونقول. وفي « أ، د، هـ » ولانقول.

(٣) « لم » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٤) في « ج » زاد، للتسليم.

(٥) « هي » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٦) في « أ » يلتقيه.

(٧) انظر: المبسوط، ١٢/١٢٨؛

(٨) انظر: المبسوط، ١٢/١٣٦؛ بدائع الصنائع، ٥/٢٠٨.

(٩) في « ب » زاد، تفاوتاً.

(١٠) أي عدداً، ومحل الخلاف هو العدد فعند الشافعية: عدم الجواز يختص بنوع يكون اختلافه كثيراً،

أما ما يقل اختلافه فيصح فيه. وكذلك يصح عند الحنابلة أيضاً لقلة التفاوت. وعند المالكية مرده

إلى العرف، انظر: المبسوط، ١٢/١٣٦؛ المدونة، ٩/١٢؛ التاج والإكليل، ٤/٥٣٠؛ حاشية

الدسوقي، ٣/٢٠٧؛ مغني المحتاج، ٢/١٠٧؛ كشاف القناع، ٣/٢٩٨؛ المغني، ٤/٢١٨.

والحقه بالجوز والبيض^(١).

ولا بأس بالسلم في الفلوس^(٢) عددا هكذا ذكر في الكتاب ولم يذكر فيه خلافا.
أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فلأن وصف الثمنية بطل باصطلاح المتعاقدين
ولهذا يجوز بيع الواحد بالاثنتين فبقي عدديا متقاربا^(٣) فيجوز السلم فيه كما في الجوز
والبيض^(٤).

[٢٧/أ ب] وأما على قول محمد فلائهما لما أقدمنا على السلم فيه ولا جواز للسلم بحال ماء، مع
بقاء وصف الثمنية كان ذلك إبطالا لوصف الثمنية فيبطل، بخلاف ما إذا باع واحدا بالاثنتين؛
لأن إقدامهما على البيع لا يكون إبطالا لوصف الثمنية؛ لأن بيع الأثمان جائز فلا يبطل وصف
الثمنية ومع بقاء وصف الثمنية لا يجوز بيع الواحد بالاثنتين. وروي عنه أنه لا يجوز السلم في
الفلوس^(٥).

وأما السلم في السمك فإن أسلم فيه^(٦) عددا لا يجوز طريا كان أو مالحا^(٧)؛ لأنه
يتفاوت تفاوتاً فاحشاً.

وإن أسلم فيه وزناً فإن كان مالحا^(٨) جاز؛ لأنه أسلم في معلوم لا ينقطع، وإن كان
طريا، فإن كان في حينه فكذلك وإن كان^(٩) في غير حينه لا يجوز، أراد بغير الحين زماناً
يتجمد فيه الماء؛ لأنه في معنى^(١٠) المنقطع حتى لو كان في موضع لا ينقطع في زمان الشتاء
جاز.

(١) انظر: المبسوط، ١٣٦/١٢ .

(٢) الفلوس: عملة من غير الذهب والفضة وكانت تقدر بسدس الدرهم وهي تساوي اليوم جزءاً من

ألف من الدينار في العراق انظر: المعجم الوسيط ٧٠٠/٢ .

(٣) في « هـ » عدداً متفاوتاً.

(٤) انظر: المبسوط، ١٣٦/١٢ .

(٥) انظر: المبسوط، ١٣٦/١٢؛ الهداية ٧٥/٧ .

(٦) « فيه » ساقط من « هـ » .

(٧) وهو الذي جعل فيه ملح. انظر: المغرب ٤٣٢

(٨) « فإن كان مالحا » ساقط من « ج » .

(٩) في « أ، ب، ج » وإن أسلم. بدل، كان.

(١٠) في « أ، ب، ج » أسلم في. بدل، معنى.

وروى بشر بن الوليد^(١) عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، أنه لا يجوز السلم في السمك كما لا يجوز في اللحم عنده^(٢).

ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد إذا بين^(٣) موضعا معلوما ووصفا معلوما يجوز؛ لأنه أسلم في موزون معلوم ولهذا يضمن متلفه المثل ويجري فيه ربا الفضل^(٤) فيجوز السلم فيه كما يجوز في الألية والشحم والتمر^(٥).

ولأبي حنيفة أنه مجهول جهالة فاحشة وبيان الجهالة من وجهين:

أحدهما: أنه [١٣٧/د أ] يتفاوت بقلة العظم وكثرته واللحم مقصود والعظم لا، فما هو المقصود يقل عند كثرة العظم ويكثر عند قلته وهذه جهالة، لا يمكن رفعها^(٦) فتمنع جواز العقد حتى لو أسلم في متزوع العظم، روى الحسن عن أبي حنيفة، أنه يجوز بخلاف عظم الألية؛ لأنه يسير لا تجري المماكسة في نزعه وكذلك السمك^(٧).

والوجه الثاني: أن اللحم يشتمل على الهزال والسمن وكل واحد منهما مقصود وأنه يختلف باختلاف فصول^(٨) السنة عند كثرة الكلاء وقلته فلا يدري أنه على أي صفة يكون عند حلول^(٩) الأجل، وهذه جهالة لا يمكن رفعها بذكر الوصف والوزن؛ لأن بذكر الوزن

(١) هو بشر بن الوليد بن خالد الكندي، القاضي أحد أصحاب أبي يوسف، روى عنه كتبه وأماله وولي القضاء ببغداد وكان صالحا، عابدا واسع الفقه، سمع مالك بن أنس، روى عنه البخاري وأبو يعلى وغيرهما، مات سنة ٢٣٨هـ انظر: الفوائد البهية، ٥٤؛ الطبقات السنية، ٢٣٠/٢؛ تاج التراجم، ٧٢-٧٣.

(٢) لم أجد قول بشر وإنما روى السرخسي هذا القول عن الحسن عن أبي حنيفة، انظر: المبسوط، ١٣٨/١٢.

(٣) في «ج» بينا.

(٤) «الفضل» ساقط من «أ».

(٥) «التمر» ساقط من «ج» وفي «د» السمن. وانظر: المبسوط، ١٣٧/١٢، ١٣٨؛ الهداية ٨٣/٧، ٨٤.

(٦) في «ج، هـ» دفعها.

(٧) انظر: المبسوط، ١٣٧/١٢ من غير ذكر الحسن؛ شرح فتح القدير، ٨٥/٧.

(٨) في «د، هـ» السنة وفصولها.

(٩) في «أ، ج» محل.

لا يعلم قدر السمن والمزال فعلى هذا لا يفرق بين منزوع العظم^(١) وغيره بخلاف الشحم والألية ؛ لأن ما فيه من التفاوت لا يفضي إلى المنازعة.

وأما إقراض اللحم ، من المشايخ^(٢) من قال على قول أبي حنيفة لا يجوز، كما لا يجوز السلم.

والدليل على أنه على الخلاف ، ما ذكر في الجامع^(٣) أنه يضمن بالقيمة عند الإتلاف، وما لا يكون مثليا لا يجوز قرضه.

ومنهم من قال يجوز عند الكل وهكذا ذكر في المنتقى وهو الصحيح^(٤). والفرق لأبي حنيفة بين السلم وبين^(٥) القرض أن القرض لا يكون إلا حالا وصفته معلومة في الحال أما السلم لا يكون إلا مؤجلا وبالذكر وقت العقد لا يعرف الموجود وقت محل الأجل.

وذكر في كتاب الإجازات إذا استأجر شيئا بلحم في الذمة أو اشترى شيئا بلحم في الذمة يجوز وما لا يجوز قرضه لا يجب في الذمة بدلا عما هو مال^(٦).

ولأخير في السلم في الرؤوس والأكارع^(٧) لأن فيه الصغير والكبير فكان بمنزلة الرمان والسفرجل [٢٨/أ أ]، وإن أسلم فيه وزنا اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولهما.

ومنهم من قال لا يجوز عند الكل وظاهر الجواب دليل عليه^(٨).

(١) في « أ » زاد، وبين.

(٢) « من المشايخ » ساقط من « ب ».

(٣) انظر: الجامع الكبير، ص ٢١٩ .

(٤) انظر: الفتاوى الخانية، ١١٨/٢ ؛ شرح فتح القدير، ٨٤/٧ .

(٥) « بين » ساقط من « ج، د ».

(٦) انظر: الفتاوى الخانية، ١١٨/٢ .

(٧) في « هـ » الكوارع. الكراع بالضم. وهو مستدق الساق، أي ما دون الركبة في الدواب. انظر:

مختار الصحاح ٥٦٥ ؛ شرح فتح القدير، ٨٠/٧ .

(٨) انظر: شرح فتح القدير، ٨٠/٧ ؛ حاشية ابن عابدين ٢١١/٥ — ٢١٢ .

وهما فرقا بينه وبين السلم في (١) اللحم، والفرق أن العظم في اللحم قليل فيجعل تبعاً للحم وأما العظم في الرؤوس والأكارع أكثر من اللحم فلا يمكن جعله تبعاً للحم (٢).
وأما السلم في الخبز ذكر ابن رستم (٣) في النوادر فيه خلافاً فقال على قول أبي حنيفة ومحمد لا يجوز، وعلى قول أبي يوسف يجوز إذا بين وزناً معلوماً وضرباً معلوماً؛ لأنه موزون فيجوز السلم فيه كما في غيره من الموزونات (٤).

ولهما أنه أسلم فيما لا يضبط بالوصف؛ لأنه يتفاوت من حيث الطول والعرض والرقعة والغلظة والخبز (٥) تفاوتاً فاحشاً. واختلفت الروايات في استقراض الخبز، والصحيح أن (٦) على قول أبي حنيفة لا يجوز أصلاً كما لا يجوز السلم، وعند أبي يوسف يجوز وزناً ولا يجوز عدداً اعتباراً بالسلم عنده (٧) وعند محمد يجوز وزناً وعدداً وإن لم يكن مثلياً لمكان التعامل والقياس يترك بالتعامل (٨).

ويجوز السلم في الثياب والبوارى (٩) والجوالق والمسوح (١٠) والأكسية والبسط استحساناً إذا بين الطول والعرض والصفة والوزن فيما كان وزنياً كالحرير لما روي عن ابن

(١) «السلم في» ساقط من «د، هـ».

(٢) انظر: المبسوط، ١٤١/١٢.

(٣) هو إبراهيم بن رستم أبوبكر المروزي تفقه على محمد بن الحسن، وله نوادر كتبه عن محمد وسمع من مالك والثوري وحامد بن سلمة، مات بنيسابور سنة: ٢١١هـ. انظر الفوائد البهية، ص ٩—١٠؛ الطبقات السنوية، ١٩٤/١؛ تاج التراجم، ٧—٨؛ الجواهر المضية، ٨٠/١.

(٤) وذكر الكاساني الإجماع على عدم جوازه، وكذا قال السرخسي إنه لا يحفظ عنهما خلاف. انظر: بدائع الصنائع ٥/٢١١؛ المبسوط، ٣١/١٤.

(٥) في «ب» الطبخ. بدل، الخبز.

(٦) «أن» ساقط من «ج، د، هـ».

(٧) «عنده» ساقط من «ج، د، هـ».

(٨) انظر: المبسوط، ٣١/١٤—٣٢؛ والفتاوى على قول أبي يوسف، انظر: الفتاوى الخانية، ١١٨/٢؛ الفتاوى الهندية، ١٢٠/٥.

(٩) جمع باري وهو الحصير ويقال له البوريا بالفارسية. المغرب ص ٤٢.

(١٠) المسوح جمع المسح وهو الكساء من الشعر. انظر: لسان العرب، ٩٩٦/٢؛ القاموس المحيط،

مسعود رضي الله عنه أنه قال: «يجوز السلم في كل شيء إلا في الحيوان»^(١) ولأنه أسلم في معلوم لا ينقطع فيجوز كما في المكيل والموزون.

ولا بأس بالسلم في الطست والقمقم^(٢) والخفين ونحو ذلك إذا كان يعرف؛ لاستجماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف^(٣) فلا خير فيه؛ لأنه مجهول. وإن استصنع رجل شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً وله الخيار إذا رآه، أو لا؟
نقول بأن الاستصناع على نوعين:

استصناع فيما لا تعامل فيه كما لو استصنع حائكاً لينسج له ثوباً بغزل من عنده أو استصنع خياطاً ليخيط له قميصاً بكرباس^(٤) من عنده.

واستصناع فيما فيه التعامل كما لو استصنع خفّافاً ليخرز له خفاً بأديم من عنده أو صفاراً ليضرب له^(٥) قمممة بنحاس من عنده، فالأول فاسد. والثاني جائز، استحساناً والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر^(٦).

وجهه^(٧) القياس أنه بيع المعدوم وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع

(١) لم أجد بهذا اللفظ وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بلفظ «كره ابن مسعود السلف في الحيوان» وفي رواية نهي عنه، والطحاوي في شرح معاني الآثار، ٦٣/٤؛ والبيهقي في السنن الكبرى، وقال: «وقال الشافعي، إنه منقطع»، ٢٢/٦.

ولعل عدم الجواز، إشارة إلى حديث «أن رسول الله ﷺ نهي عن السلف في الحيوان» أخرجه الدار قطني، ٦٠/٣؛ وضعفه صاحب التعليق المغني على الدار قطني، ٧١/٣؛ ولكن صححه الحاكم في المستدرک، ٥٧/٢ ووافقه الذهبي، واحتج به ابن الممام، انظر: شرح فتح القدير، ٧٨/٧.

(٢) القمقم: الجرة، ضرب من الأواني، ما يستقى به وما يسخن فيه الماء من نحاس وغيره. انظر: لسان العرب، ٤٩٥/١٢.

(٣) في «ج» وإن لم يعرف.

(٤) الكرباس: بالكسر: ثوب من القطن الأبيض. القاموس المحيط، ٧٣٥.

(٥) له «ساقط من ج».

(٦) انظر: الاختيار لتعليل المختار، ٣٨/٢؛ الفتاوى الهندية، ٢٠٧/٣.

(٧) وجه «ساقط من ب».

ما ليس عند الإنسان ^(١) ورخص في السلم ^(٢).

وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم إلى يومنا هذا ^(٣) من غير تكبير والقياس يترك بالتعامل ^(٤) ولهذا جاز دخول الحمام مدة غير معلومة بأجرة غير مقدرة ^(٥).

ولا يلزم على ما قلنا المزارعة والمعاملة فإنها فاسدة في قول أبي حنيفة وإن كان للناس فيه تعامل ؛ لأن الخلاف فيهما كان ثابتا في الصدر الأول وهذا كان على الاتفاق.

وإذا جاز استحسانا يكون بيعا. وقال بعض الناس ^(٦) يكون مواعدة وإذا جاء به وأخذه ^(٧) يصير بيعا بالتعاطي. [١٣٧/د ب] والصحيح أنها عقد بيع ^(٨)؛ لأن محمدا رحمه الله ذكر فيه القياس والاستحسان وأثبت ^(٩) فيه [٢٨/أب] خيار الرؤية والمواعيد لا يجري ^(١٠) فيها قياس واستحسان ^(١١) وكذلك الصانع إذا قبض الدراهم يملكها قبل العمل وإذا كان عقدا كان للمستصنع خيار الرؤية في ظاهر الرواية ؛ لأنه اشترى شيئا لم يره. وهل للصانع

(١) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، ٥٣٤/٣ - ٥٣٥ بلفظ « لا تبع ما ليس عندك » وحسنه.

(٢) إشارة إلى حديث « من أسلف ثلث أسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم » أخرجه البخاري، في كتاب السلم، انظر: فتح الباري، ٥٠٠/٤ ؛ ومسلم في باب السلم ٤١/١١ ؛ والترمذي، في كتاب البيوع، وقال: حسن صحيح، ٦٠٢/٣ - ٦٠٣.

(٣) « هذا » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) انظر: البحر الرائق، ٢١٨/٥ ، ٢٧/٨ ؛ شرح فتح القدير، ٤٢٨/٦ .

(٥) انظر: بدائع الصنائع، ٢/٥ .

(٦) منهم الحاكم الشهيد، الصفار، محمد بن سلمة وصاحب المنثور. انظر: المبسوط، ١٣٩/١٢ ؛ العناية ١١٤/٧ - ١١٥ ؛ البحر الرائق، ١٨٥/٦ .

(٧) « وأخذه » ساقط من « أ، ب، ج، هـ ».

(٨) « بيع » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٩) في « أ » وذكر. بدل، أثبت.

(١٠) في « أ، ب، هـ » تجوز قياسا واستحسانا. في « ج » لا تجوز قياسا واستحسانا.

(١١) انظر: المبسوط، ١٣٩/١٢ ؛ شرح فتح القدير، ١١٥/٧ ؛ بدائع الصنائع، ٢/٥ ؛ البحر الرائق،

١٨٥/٦ ؛ مجمع الأثر ١٠٦/٢ .

خيار أن لا يعمل ؟ له ذلك ؛ لأنه لا يتمكن من العمل^(١) إلا بإتلاف المال وهو قطع الأدم ونحوه فلا يجبر على ذلك كما لو أخذ أرضا مزارعة على أن يكون البذر من قبل العامل فإنه لا يجبر على العمل.

وإنما لا يجبر^(٢) المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرطاً^(٣) التعجيل ؛ لأن العقد غير لازم^(٤) في حقه.

وإن جاء الصانع به مفروغا عنه^(٥) ليس له خيار أن لا يدفعه إلى المستصنع بل يجبر عليه ؛ لأنه باع شيئا لم يره، فلا يكون له الخيار، وللمستصنع خيار أن يرده ؛ لأنه اشترى شيئا لم يره.

وعن أبي يوسف آخره أنه لا خيار للمستصنع أيضا ؛ لأن الصانع أتلف ماله لأجله وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلا يثبت له الخيار دفعا للضرر عن الصانع كما لو قال للقصاب اقطع لي منوي لحم من جنب^(٦) فقطعه لا يكون له الخيار في الرد والصحيح ما قلنا ؛ لأنه اشترى شيئا لم يره، لا بعقد السلم فكان له الخيار، بخلاف مسألة القصاب ؛ لأنه اشترى شيئا قد رآه^(٧).

وإن استصنع فيما فيه تعامل وضرب لذلك أجلا ينقلب سلما في قول أبي حنيفة حتى يشترط فيه تعجيل رأس المال ولا يكون فيه خيار الرؤية.

وقالا^(٨) لا يصير سلما ؛ لأنهما عقدان مختلفان لفظا وحكما فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر كما لو أسلم في شيء ولم يذكر الأجل لا ينقلب استصناعا^(٩).

(١) في « هـ » من ذلك.

(٢) في « هـ » يجبر. والصحيح ما أثبت. انظر: شرح فتح القدير ١١٦/٧ .

(٣) في « أ، ب، ج » شرط.

(٤) في « هـ » ليس بلازم.

(٥) في « عنه » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٦) في « ب » حيث.

(٧) انظر: المبسوط، ١٣٩/١٢ ؛ الهداية ١١٦/٧ ؛

(٨) في « أ » وقال أبو يوسف، ومحمد.

(٩) انظر: المبسوط، ١٣٩/١٢ .

ولأبي حنيفة أنه إذا أمكن تجويزه (١) سلما واستصناعا كان جعله سلما أولى ؛ لأن جواز السلم عرف بالكتاب والسنة المشهورة والإجماع (٢) وجواز الاستصناع ما عرف بالكتاب، ولأن جواز السلم إلى القياس أقرب من جواز الاستصناع ؛ لأن في الاستصناع المبيع ليس بموجود أصلا وفي السلم المبيع موجود في الذمة وحكمه في الحال ثابت وهو ملك العوضين، وفي الاستصناع (٣) الصانع لا يملك البدل في الحال وإنما يملكه بعد القبض ولهذا يبطل الاستصناع بموت أحدهما والسلم لا يبطل بموتهما ولأن الأجل إنما شرع لتأخير المطالبة بعد اللزوم والاستصناع غير لازم والسلم لازم (٤) فكان ضرب الأجل دليل اختيار السلم ولهذا لو استصنع فيما لا تعامل فيه وضرب له أجلا يصير سلما في قولهم وهذا إذا ذكر الأجل على وجه الاستمهال، أما إذا ذكر على وجه الاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد لم يصير سلما.

وقيل إن ذكر أدنى مدة يحتاج إليها للفراغ من العمل لا يصير سلما وإن ذكر أكثر من ذلك يصير سلما إذا صلح (٥) أجلا في السلم.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر (٦) رحمه الله تعالى أنه قال إن كان شرط الأجل

(١) في « أ » جعله.

(٢) عن ابن عباس أنه قال: « أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ (يا أيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى الآية،) ».

وأما السنة فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم » أخرجه البخاري، انظر: فتح الباري، مع البخاري، في كتاب السلم، ٥٠٠/٤ ؛ ومسلم في باب السلم ٤١/١١ ؛ والترمذي، وقال: حسن صحيح، ٦٠٢/٣-٦٠٣ . وأما الإجماع، فقد ذكر المرغيناني والنووي أنه ، أجمع المسلمون على جوازه. انظر: الهداية ١١٧/٧ ؛ شرح النووي، على صحيح مسلم، ٤١/١١ .

(٣) في « د، هـ » زاد، أيضا.

(٤) في « د » والمسلم فيه لازم.

(٥) في « ب » صح.

(٦) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر أبو جعفر البلخي إمام جليل القدر يقال له أبو حنيفة الصغير تفقه على أبي بكر الأعمش، حدث بالحديث وأفتى بالمشكلات وشرح العضلات وتفقه عليه أبو =

من (١) قَبِلَ المستصنع يكون للاستعجال فلا يصير (٢) سلما وإن كان من (٣) قَبِلَ الصانع يصير (٢) سلما (٤).

رجل أسلم إلى رجل (٥) في كر من طعام [٢٩/أ أ] فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء (٦) لم يكن اقتضاء وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فقبضه له فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز.

قال (٧) ولو كان الكر على الرجل قرضا ولم يكن سلما فاشترى المديون من رجل كرا وأمر المقرض بقبضه اقتضاء جاز الاقتضاء.

وأصل هذا أن من اشترى مكيلا بشرط الكيل، بأن (٨) اشترى حنطة على أنها عشرة أقفزة لم يكن له أن يأكل ولا أن يتصرف فيها حتى يكيل ؛ لأنه إذا اشترى مكيلا، كان حقه في العشرة الأقفزة لا غير ولهذا لو كالمها فوجدتها أكثر، رد الزيادة على البائع ولو وجدها أنقص يسترد حصة النقصان، فلو جاز له التصرف قبل الكيل ربما يكون أكلا أو بائعا مال الغير.

إذا ثبت هذا نقول: المسلم إليه إذا اشترى كرا وأمر رب السلم بقبضه (٩) اقتضاء أو دفع دراهم إلى رب السلم وأمره بأن يشتري كرا ويقبضه لنفسه فقد وجد عقدان كل واحد

= الليث وجماعة، مات ببخارى سنة ٣٦٢ هـ انظر: الفوائد البهية، ١٧٩ ؛ تاج التراجم ص

٢٠٢ ؛ الجواهر المضيئة، ١٩٢/٣ — ١٩٤ .

(١) في « هـ » في . بدل، من .

(٢) في « د، هـ » فلا يكون .

(٣) « من » ساقط من « أ » .

(٤) انظر: المبسوط، ١٣٨/١٢ ، ١٤٠ .

(٥) « إلى رجل » ساقط من « ج » .

(٦) « اقتضاء » ساقط من « ب » .

(٧) « قال » ساقط من « أ » .

(٨) في « أ » أو .

(٩) في « ب » فيقبضه وفي « ج » فقبضه .

منهما يوجب الكيل؛ لأن السلم يوجب القبض بالكيل بعقد^(١) السلم والشراء كذلك فيشترط الكيل مرتين مرة للمسلم إليه بحكم الشراء ومرة لرب السلم بعقد السلم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري^(٢) قالوا الحديث محمول على هذه الصورة.

[١٣٨/د أ] فأما إذا كان أحد الدينين قرضا بأن كان على الرجل كرم من سلم فاستقرض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم^(٣) بقبضه من المقرض اقتضاء للسلم^(٤) أو كان على الرجل كرا فاشترى المقرض من رجل كرا وأمر المقرض بقبضه اقتضاء بقبضه اقتضاء جاز.

ولا يشترط الكيل مرتين لأن عقد السلم يوجب الكيل والقرض لا يوجب الكيل؛ لأنه عقد مساهلة فالتفاوت اليسير فيه لا يفضي إلى المنازعة؛ ولأنه إعارة حكما ولهذا لو استقرض من إنسان حنطة على أنها عشرة أقدرة كان له أن يتصرف فيها قبل الكيل ويكتفى بكيل واحد.

وكذا لو اشترى المسلم إليه حنطة بمجازفة أو استفاد من أرضه أو بميراث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم وكاله بمحض منه يكتفى بكيل واحد؛ لأنه لم يوجد شرط الكيل

(١) في «أ، ج» بعد. بدل، بعقد.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات ٢٠/٢؛ والدارقطني، ٨/٣؛ والبيهقي، في السنن الكبرى، ٣١٥/٥ - ٣١٦ وقال: «هذا الحديث روي موصولا من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما ثبت عن ابن عمر وابن عباس». وقال الهيثمي: رواه البزار، وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي ولم أجد ترجمته وبقية رجاله رجال الصحيح. انظر: مجمع الزوائد، ٩٩/٤؛ وقال الزيلعي: أخرجه ابن ماجه ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم وروى الدارقطني والبيهقي في سننهما وهو معلول بابن أبي ليلى. انظر: نصب الراية ٣٤/٤. وقال ابن حجر: رواه الدارقطني، ونحوه للبزار بإسناد حسن. انظر: فتح الباري، ٤١١/٤؛ وقال البوصيري، إسناده ضعيف ولكن رواية الدارقطني، لها شاهد رواه الشيخان، انظر: مصباح الزجاجه، ٢٤/٣.

(٣) في «ب» رب الدين.

(٤) في «ب» للمسلم فيه.

إلا في عقد واحد وهو السلم.

رجل أسلم في كر من طعام فلما حل الأجل قال المسلم إليه كَلِّهِ واعزله في بيتك أو قال كَلِّهِ في غرائرك^(١) ففعل ورب السلم غائب لم يكن ذلك قبضا ؛ لأن الغرائر لو كانت لرب السلم لا يكون قبضا لما يذكر فههنا أولى.

وإن كان رب السلم حاضرا فكأله بمحضته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا ؛ لأن التحلية قبض، هذا إذا قال كَلِّهَا في غرائرك.

وإن دفع رب السلم غرائره إلى المسلم إليه وقال كَلِّهَا في غرائري [أو قال كَلِّهَا في غرائرك]^(٢) فكأله ورب السلم غائب لا يصير قابضا^(٣).

فرق بين هذا وبين ما إذا^(٤) اشترى طعاما بعينه ودفع غرائره إلى البائع وقال اجعله في غرائري ففعل والمشتري حاضر أو غائب يصير قابضا.

والفرق أن في شراء العين أمر المشتري [٢٩/أ ب] بالكيل صادف ملك نفسه ؛ لأنه ملك الطعام بنفس العقد فصح الأمر^(٥)، وإذا صح الأمر صار البائع وكَيْلا في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما، فما وقع فيه يقع في يد المشتري، حتى لو كانت الغرائر للبائع، روي عن محمد أنه لا يصير قابضا.

أما في السلم أمر رب السلم بالكيل صادف ملك المسلم إليه ؛ لأن السلم دين في الذمة وإنما يتعين بالاستيفاء فلم يصح أمره فبقى المسلم إليه عاملا في ملك نفسه ويصير مستعيرا للغرائر فلا يصير رب السلم قابضا، ألا ترى أن مشتري^(٦) العين لو أمر البائع بالطحن فطحن كان^(٧) الدقيق للمشتري وفي فصل السلم لو أمره

(١) الغرائر جمع الغرارة وهي الجواقق. انظر: المغرب، ٣٣٨ ؛ لسان العرب، ١٨/٥ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج ».

(٣) في « د، هـ » لا يكون قبضا.

(٤) في « أ، ب، ج » لو.

(٥) « فصح الأمر » ساقط من « ب ».

(٦) في « أ، ج » في شراء.

(٧) في « أ، ج » فإن الدقيق يكون.

بالطحن^(١) فطحن كان الدقيق للمسلم إليه.

وكذلك لو قال المشتري للبائع: ألقها في الماء ففعل^(٢) يهلك^(٣) على المشتري وفي فصل السلم لو أمره بذلك ففعل لا يبرأ عن السلم.

وكذا لو كان له^(٤) على رجل دراهم فدفع إليه كيسه وأمره بأن يزيها فيه ففعل لا يصير قابضا، هذا إذا دفع غرائره إلى البائع وأمره بأن يكيلها فيه.

وإن اشترى طعاما بعينه وأمره بأن يكيلها^(٥) في ناحية من بيته فكألفها البائع^(٦) في بيته والمشتري غائب، لا يصير قابضا؛ لأن المشتري استعار البيت ولم يقبض فبقى البيت في يد البائع فلم يصير المشتري قابضا.

بخلاف الطحن والإتلاف ونحو ذلك؛ لأن ذلك غير مستحق على البائع، فصار البائع^(٧) وكيلا عنه في ذلك.

أما الكيل والحفظ مستحق عليه فلم يصير البائع وكيلا عنه^(٨) فما لم يصر في يده حكما لا يصير قابضا.

ولو اشترى من رجل كرا بعينه وله على البائع كرا دين فأعطاه جوالقا وأمره أن يكيلهما^(٩) فيها، ففعل يصير المشتري^(١٠) قابضا لهما جميعا، في قول أبي يوسف؛ لأنه لما كال^(١١) الدين أولا وإن لم يملك الدين لما قلنا في المسألة المتقدمة، فإذا

(١) في « د، هـ » بذلك. بدل، الطحن.

(٢) في « أ » فهلك.

(٣) في « ب » يملك.

(٤) له « ساقط من أ ».

(٥) في « د، هـ » فيه.

(٦) « البائع » ساقط من « د، هـ ».

(٧) « فصار البائع » ساقط من « ب ».

(٨) في « أ » زاد، في ذلك.

(٩) في « أ، ب » وأمره بكيلهما.

(١٠) في « ج، د، هـ » فيه.

(١١) في « ج » كان.

كسال^(١) العين بعده صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه^(٢) كما لو كال العين أولا ثم الدين.

وعند محمد إن كال العين أولا يصير قابضا لهما، وإن كال الدين أولا يصير قابضا للعين دون الدين؛ لأنه لما كال الدين أولا لم يملكه المشتري وبقي على ملك البائع وصار مستعيرا للجوالق^(٣) من المشتري فإذا كال العين بعده فقد خلط البائع ملك المشتري بملك نفسه فلا يبرأ عن الدين وإنما يصير قابضا للعين في هذه الصورة؛ لأنه بالخلط صار مستهلكا للعين بإذنه، بخلاف الصورة الأولى؛ لأنه لما كال العين أولا صار العين مسلما إلى المشتري فإذا كال الدين بعده فقد خلط الدين بملك المشتري فيصير المشتري قابضا، كما لو استقرض كرا من طعام وأمر المقرض بأن يزرعها في أرض المستقرض فزرع يصير المستقرض قابضا.

وكذا لو دفع ديناراً إلى صائغ وأمره بأن يزيد من عنده نصف دينار ويصوغ له حلماً بذلك جاز ويصير قابض النصف بحكم [١٣٨/د ب] اتصاله بملكه.

رجل أسلم جارياً في كُر من طعام^(٤) ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلاً [٣٠/أ أ] السلم^(٥) فهلكت^(٦) الجارية في يد المسلم إليه كان عليه قيمتها يوم قبضها [وكذلك لو هلكت الجارية ثم تقايلاً السلم، صحت الإقالة وعليه قيمتها]^(٧).

ولو اشترى جارياً بألف^(٨) وتقابضا ثم تقايلاً فهلكت الجارية عند^(٩) المشتري بطلت الإقالة ولو تقايلاً بعد هلاك الجارية لا تصح الإقالة.

(١) في « ج » كان.

(٢) في « هـ » زاد، فملكه.

(٣) « للجوالق » ساقط من « د » وفي « ج » جوالقه.

(٤) في « أ » كر حنطة.

(٥) « السلم » ساقط من « د، هـ ».

(٦) في « د » فماتت.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « د » وفيه: « ولو تقايلاً بعد هلاك الجارية جاز. ». وانظر: الفتاوى

الهندية، ١٩٦/٣.

(٨) في « د » زاد، درهم.

(٩) في « د » في يد.

والفرق بين المسألتين أن الإقالة لا تصح إلا حال قيام العقد ؛ لأنها فسخ العقد فيقتضي بقاء العقد وبقاء العقد يتعلق بالمعقود عليه ؛ لأنه ^(١) لا يتصور بدونه وفي فصل السلم محل العقد قائم بعد هلاك الجارية وهو المسلم فيه ؛ لأنه مبيع ؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان وخصص في السلم ^(٢) جعل المسلم فيه مبيعا ورأس المال بمنزلة الثمن فصحت الإقالة في المسلم فيه، وإذا انفسخ في المسلم فيه ينفسخ في رأس المال ضرورة فيجب عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها بحكم الهلاك مع قيام الموجب للرد فيغرم قيمتها فلما صحت الإقالة بعد هلاك الجارية ؛ لأن ^(٣) تبقى قبل ^(٤) هلاكها كان أولى.

أما في فصل البيع، الجارية مبيعة والدراهم ثمن فإذا هلكت الجارية لا يبقى العقد ؛ لأن الشيء لا يبقى في غير محله ومحل العقد هو المبيع دون الثمن حتى لو كان البيع بيع مقايضة فهلك أحد العوضين بعد الإقالة لا تبطل الإقالة ؛ لأن كل واحد من العوضين ثمن ومثمن فتبقى الإقالة بقاء الآخر، ولأن إقالة السلم مما لا يتحمل الانفساخ ؛ لأن المسلم فيه سقط بالإقالة والساقط لا يتحمل العود ألا ترى أنهما لو تفاسخا الإقالة لا تنفسخ الإقالة ^(٥) فلا تنفسخ بهذا السبب بخلاف البيع.

رجل أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه وهذا استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول زفر ؛ لأن رأس المال صار ديناً عليه فيملك التصرف فيه قبل القبض كما في سائر الديون ^(٦).

وجه الاستحسان قوله عليه السلام لرب السلم: « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس

(١) « لأنه » ساقط من « أ » وفيه: فلا يتصور.

(٢) سبق تخريجه في ص ٢٥٩ من هذا البحث.

(٣) في « د » لا.

(٤) في « أ، ب، د، هـ » بعد.

(٥) « الإقالة » ساقطة من « ج ».

(٦) انظر: بدائع الصنائع، ١٨١/٥، ٢٠٣؛ الهداية ١٠٣/٧.

مالك»^(١) أراد به السلم حال بقاء السلم [ورأس المال بعد انقضاء السلم]^(٢) وإن كان السلم فاسدا فتقايلا كان له أن يتصرف في رأس المال قبل القبض ؛ لأن القياس في الصحيح كذلك وتركتاه بالأثر.

رجل باع دينارا بعشرة دراهم وسلم الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا لم يجز؛ لأن قبض بدل الصرف واجب بالسنة والاستبدال يُفوّتُ القبض الواجب^(٣) فكان شرط إيفاء الثمن من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز.

رجل له على رجل عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا الثمن بالعشرة جاز والقياس أن لا يجوز وهذه المسألة على وجهين: إما أن باع الدينار بالعشرة التي له^(٤) عليه أو باع الدينار بعشرة مطلقة فقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصا بالعشرة، فالأول جائز بلا خلاف^(٥) لما يذكر. والثاني جائز استحسانا، والقياس أن [٣٠/أ ب] لا يجوز وهو قول زفر. وأجمعوا على أنهما ما لم يتقاصا لا تقع المقاصة^(٦).

وجه القياس أن هذا استبدال ببديل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببديل الصرف عرضا أو دينارا وكما لو جعل بدل الصرف قصاصا بدين وجب بعقد باشره بعد الصرف لا يجوز، ولهذا لو جعل رأس مال السلم قصاصا بدين واجب قبل السلم لا يجوز وكما لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض^(٧) لا يجوز ببديل الصرف.

(١) أخرجه عبدالرزاق، ١٤/٨، ١٥؛ وابن ماجه، ٧٦٦/٢؛ وأبوداود، ٢٧٦/٣؛ والدارقطني، ٤٠/٣. وإسناده ضعيف لأجل عطية العوفي. انظر: نصب الرأية ٥١/٤. بيان الوهم والإيهام لابن القطان، ١٧٣/٣؛ نيل الأوطار، ٢٢٧/٥ — ٢٢٨.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « هـ ».

(٣) في « أ، ب، ج » المستحق.

(٤) « له » ساقط من « د، هـ ».

(٥) في « د » بالاتفاق.

(٦) انظر: المبسوط، ١٩/١٤؛ بدائع الصنائع، ٢٠٦/٥؛ الهداية وشرح فتح القدير، ١٤٩/٧ —

(٧) « قبل القبض » ساقط من « أ، ب، ج ».

وجه الاستحسان أنهما لما أقدما على المقاصة ولا صحة للمقاصة مع بقاء عقد الصرف لما قاله (١) فقد (٢) انفسخ بيع الدينار بال عشرة المطلقة مقتضاه سابقا (٣) كما في قوله أعتق عبدك عني على ألف درهم (٤) وإذا انفسخ بيع الدينار بال عشرة بقي بائعا الدينار بالدرهم التي عليه فيصير صرفا بدين سبق وجوبه، وذلك جائز لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (٥) «إني أكره إبلا بالبيع إلى مكة بالدرهم وأخذ مكانها دنائرا أو قال بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم، فقال عليه السلام: لا بأس به إذا افترتما وليس بينكما عمل» (٦) وهذا وجه اختاره مشايخ العراق.

وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى وهذا غير سديد؛ لأنه لو انفسخ الصرف الأول يجب على مشتري الدينار رد الدينار على البائع بحكم الإقالة؛ لأن إقالة الصرف لها حكم الصرف ولهذا لو جعلنا بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه بعقد باشره بعد الصرف في المجلس لا يجوز ولو أمكن تصحيح المقاصة في مسألتنا بانفساخ [دأ/١٣٩] العقد الأول وتجديد العقد (٧) كما (٨) قالوا، أمكن تصحيح المقاصة بالدين المتأخر ويصير الدين المتأخر (٩) بمثلة المتقدم.

والوجه الصحيح أنهما لما أقدما على المقاصة يجب تصحيحها ما أمكن وأمكن تصحيح

(١) « لما قاله » ساقط من « د، هـ ». و في « هـ » زاد « ينفسخ »

(٢) « فقد » ساقط من « أ، ب ».

(٣) « سابقا » ساقط من « ب، ج ».

(٤) « درهم » ساقط من « ب ».

(٥) « فقال » ساقط من « ب، د ».

(٦) جاء في كتب السنة التي اطلعت عليها بلفظ: (إني أبيع الإبل... فأخرجه أبو داود في كتاب البيوع، ٢٥٠/٣؛ والترمذي في كتاب البيوع، ٥٤٤/٣؛ والنسائي، في كتاب البيوع باب بيع الفضة بالذهب باب أخذ الورق من الذهب، ٣٢٥/٧-٣٢٦؛ وابن حبان، الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان، ٢٨٧/١١؛ وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ٥٠/٢. وقال الترمذي: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم.

(٧) « العقد » ساقط من « ب ».

(٨) في « ب » كما لو.

(٩) « ويصير الدين المتأخر » ساقط من « د ».

فيكون تغييرا لوصف العقد مع بقاء أصل العقد كما قلنا في الزيادة في الثمن.
وكما لو اشترى جارية بألف فولدت ولدا قبل القبض وقبضهما المشتري يصير الألف
مقابلا بكما بعد أن كان ^(١) كلها مقابلا بالجارية، بخلاف ما إذا جعله قصاصا بدين تأخر
وجوبه.

وصورته: إذا اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ولم ينقد الدراهم ^(٢) حتى باع
في المجلس ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم وجعلنا ثمن الثوب قصاصا بيدل الصرف، ذكر في
رواية أبي سليمان ^(٣) أنه يجوز وإليه أشار في الزيادات ^(٤) ووجهه ما ذكرنا، لمشايخ العراق.
وذكر في رواية أبي حفص ^(٥) أنه لا يجوز ^(٦) فعلى رواية أبي حفص وهو الصحيح
يحتاج إلى الفرق بين الدين ^(٧) المتقدم والمتأخر. والفرق أن ^(٨) العقد إذا تعين تصحيحا
للمقاصة بالدين المتقدم يصير كأنهما أضافا ^(٩) العقد في الابتداء إلى دين سبق وجوبه وذلك
جائز وفي الدين المتأخر يصير كأنهما أضافا ^(١٠) العقد في الابتداء إلى دين سيحدث وذلك
باطل، بخلاف ما لو نص عليه.

(١) في « أ » كانت الألف.

(٢) في « أ » عشرة.

(٣) هو موسى بن سليمان الجوزجاني الحنفي صاحب أبي يوسف ومحمد حدث عنهما وعن ابن
المبارك، عرض عليه القضاء فامتنع، انظر: الفوائد البهية، ٢١٦؛ الجواهر المضية، ١٨٦/٢—
١٨٧.

(٤) انظر: شرح الزيادات، لوجه رقم ٢٣١/ب.

(٥) هو أحمد بن حفص الفقيه العلامة شيخ ماوراء النهر أبو حفص البخاري، الحنفي، ولد سنة
١٥٠هـ وارتحل وصحب محمد بن الحسن مدة، وبرع في الرأي وسمع من وكيع بن الجراح وأبي
أسامة، ومات سنة ٢١٧هـ انظر: الفوائد البهية، ص ١٨ الجواهر المضية؛ سير أعلام النبلاء،
١٥٧/١٠.

(٦) انظر: المبسوط، ٢٠/١٤، ٤٠؛ العناية، ١٥١/٧.

(٧) « الدين » ساقط من « ب، ج، هـ ».

(٨) في « هـ » زاد، وهو أن.

(٩) في « ب، د » باشرا. بدل أضافا.

(١٠) في « ب، ج، د » باشرا.

وأما (١) لو جعل رأس مال السلم قصاصا بدين سبق وجوبه لا يجوز (٢)؛ لأن المسلم فيه دين فلو صحت المقاصة برأس المال [٣١/أ أ] يصير افتراقا عن دين بدين وذلك حرام بالنص (٣) أما هنا أحد العوضين وهو الدينار مقبوض، فلو صحت المقاصة يصير افتراقا عن عين بدين وذلك (٤) غير منهي عنه (٥).

ولو اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ولم ينقد الثمن (٦) حتى غصب منه (٧) بائع الدينار عشرة في المجلس يصير قصاصا وإن لم يتقاصا؛ لأنه استوفى ما هو موجب العقد وهو قبض العشرة. والله أعلم.

(١) في « ج، هـ » بخلاف ما.

(٢) « لايجوز » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٣) وهو إشارة إلى حديث: « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ ». أي النسئة بالنسئة. رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، ٢١/٤ ؛ والحاكم في المستدرک، ٥٧/٢ وصححه ووافقه الذهبي . والدارقطني ٧١/٣ ؛ والبيهقي وضعفه. وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الربذي. وليس موسى بن عقبة كما ظنه الحاكم والدارقطني. انظر: السنن الكبرى، ٢٩٠/٥ ؛ ونصب الراية، ٤٠/٤ .

(٤) في « أ، ب، ج » وهو.

(٥) « عنه » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٦) في « أ، ب، ج » العشرة. بدل، الثمن.

(٧) « منه » ساقط من « ج ».

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز

لا يجوز بيع المراعي ولا إيجارها، أراد به إذا باع الكلاً دون الأرض وبيع الكلاً بطل؛ لأن المشتري فيه بمنزلة البائع، قال عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاً والنار»^(١) فالمشتري لم يستفد بهذا العقد شيئاً لم يكن فيبطل، وإن باعه بعد ما أحرزه جاز؛ لأنه صار أخص به من غيره فجاز بيعه وكذلك إيجارة المراعي باطل؛ لأن الإيجارة وضعت لتمليك المنفعة مع بقاء العين والمقصود من هذه الإيجارة تمليك العين.

ولا يجوز بيع السمك في حظيرة لا يستطيع الخروج منها إذا كانت لا تؤخذ إلا بصيد وهذه المسألة على وجهين:

إما أن أخذها أولاً ثم ألقاها في الحظيرة أو لم يأخذها، فإن لم يأخذها، لا يجوز بيعها؛ لأنه باع ما لم يملك؛ إذ الصيد لا يملك قبل الأخذ، ألا ترى (أن الصيد إذا باضت في أرض إنسان أو أفرخت أو انكسر)^(٢) في أرض إنسان أو تكس^(٣) لا يملكه صاحب الأرض بالدخول في ملكه^(٤) ما لم يأخذها، وإن أخذها ثم ألقاها في الحظيرة فإن كانت الحظيرة كبيرة^(٥) لا يمكن أخذها إلا بتكلف واحتيال، لا يجوز؛ لأنه باع مملوكاً^(٦) لا يقدر على

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٠٤/٧ ؛ وابن ماجه، ٨٢٦/٢. وإسناده ضعيف، انظر: مصباح الزجاجه ٨٠/٣ ؛ كما ضعفه أيضا عبدالحق في أحكامه، ٢٩٨/٣ ؛ وأبو داود في كتاب البيوع باب في منع الماء، ٢٧٨/٣ ؛ وابن عدي، في الكامل في ضعفاء الرجال، ١٥٢٥/٤. وأخرجه ابن ماجه بلفظ ثلاث لا يمنعن، الماء...، ٨٢٦/٢. بإسناد آخر، قال عنه البوصيري: هذا إسناد صحيح رجاله موثقون. انظر: زوائد ابن ماجه، ص ٣٣٥. وقال ابن حجر: أخرجه أحمد وابن أبي شيبة وابن عدي ورجاله ثقات. انظر: الدراية ٢٤٦/٢ ؛ وانظر: خلاصة البدر المنير لابن الملقن، ١١٣/٢ ؛ وحسنه السيوطي، في الجامع الصغير، ٦٦٨/٢ ؛ والنوافح العطرة، ص ٣٣٣.

(٢) في «أ» أن صاحب الأرض إذا باض الصيد في أرضه أو أفرخ أو تكثر.

(٣) أي استتر. انظر: المغرب، ٤١٦.

(٤) « بالدخول في ملكه » ساقط من « ب، ج ».

(٥) « كبيرة » ساقط من « أ ».

(٦) « مملوكاً » ساقط من « أ، ج ».

تسليمه فلا يجوز كبيع الآبق والفرس العاير^(١) الذي لا يمكن أخذه إلا بجيلة.
وإن كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذها من غير تكلف واصطياد جاز؛ لأنه باع مملوكا
يقدر على تسليمه.

وإذا سلمها إلى المشتري كان للمشتري خيار الرؤية وإن كان رآها في الماء؛ لأن
رؤية^(٢) السمك تتفاوت خارج الماء فصار كأنه اشترى ما لم يره، وكذا السمكة إذا
دخلت الحظيرة باحتياله بأن سد فوهة النهر حتى دخلت الحظيرة أو سد موضع الدخول حتى
لا يمكنها الخروج فهو بمنزلة ما لو أخذها بيده ثم ألقاها في الحظيرة؛ لأنه لما احتال لدخولها على
هذا الوجه صار كما لو^(٣) نصب الشبكة لأجل الصيد.

ولا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز إذا كان مجموعا محرزا وهو قول الشافعي^(٤)
لنا أنه من جملة الهوام ولو جاز بيعه إنما يجوز باعتبار ما يخرج منه وهو العسل وإنه
معدوم حتى لو باعه مع العسل يجوز بطريق التبعية كالعذرة إذا اختلطت بالتراب وكما لو باع
الشرب مع الأرض ولو باع الشرب وحده لا يجوز.

وبيع دود القز يجوز إذا كان معه قز ولا يجوز إذا انفرد^(٥). وقال محمد يجوز على كسل
حال، ولو باع بزره [١٣٩/د ب] لا يجوز في قول أبي حنيفة ولا يضمن متلفه.
وقال أبو يوسف ومحمد يجوز [٣١/أ ب] بيعه ويضمن متلفه^(٦)؛ لأنه شيء منتفع به

(١) في «ج، هـ» العائد. (وعار الفرس) يعير، ذهب هاهنا وهاهنا من نشاطه، أو هام على وجهه
لا يثنيه شيء.. والعائد من العناد تصحيف، انظر: المغرب ٣٣٣.

(٢) «رؤية» ساقط من «أ، ج، هـ».

(٣) في «أ، ج» كأنه.

(٤) وبه قالت المالكية والحنابلة، انظر: الهداية ٤١٩/٦؛ الفواكه الدواني، ٩٣/٢؛ حاشية العدوي،
٢١٩/٢؛ المهذب، ٢٦٢/١؛ المجموع ٣٢١/٩—٣٢٢؛ كشف القناع، ١٥٢/٣؛ المغسي،
١٩٥/٤.

(٥) في «ب، د» بدون القز. بدل، إذا انفرد.

(٦) «بيعه ويضمن متلفه» ساقط من «د».

وليس من الهوام، وأما بيع العلق^(١) قالوا بأنه يجوز في قول محمد^(٢).
ويجوز بيع الحمام إذا كان مملوكا يقدر على تسليمه^(٣) فإن كان لا يقدر^(٤) لا يجوز؛
لما قلنا.

ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عن بيع الآبق^(٥) ولأنه لا يقدر على تسليمه
حتى لو كان قادرا بأن باعه ممن هو^(٦) في يده جاز بيعه.

ولو قال رجل لمولاه [هو عندي فبعه مني جاز، ولو قال]^(٧) هو عند فلان فبعه مني
فباعه منه^(٨) لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ولأنه إذا كان عند المشتري لم يكن آبقا في
حق المتعاقدين فلا يتناوله النهي أما إذا كان عند الثالث كان آبقا في حق المتعاقدين^(٩).

ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة؛ لأنه جزء من
أجزاء المال، وفي ظاهر الرواية لا فرق بين لبن^(١٠) الحرة والأمة.

(١) العلق: شبيه بالدود، أسود يتعلق بجنك الدابة إذا شرب. ويأتي أيضا بمعنى الدم الجامد. انظر:
المغرب، ٣٢٦.

(٢) انظر: الهداية ٤٢٠/٦؛ البحر الرائق، ٨٥/٦؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، ١٩٨/٢؛
حاشية ابن عابدين ٦٨/٥.

(٣) في «أ» إذا كان يقدر على تسليمه وهو مملوك.

(٤) في «ب» على تسليمه.

(٥) أخرجه عبدالرزاق، ٧٦/٨؛ وابن ماجه، في كتاب البيوع، ٧٤٠/٢؛ والبيهقي في السنن
الكبرى، ٣٣٨/٥؛ وإسناده ضعيف. انظر: نصب الراية، ١٤/٤ - ١٥؛ والدراية، ١٥٠/٢؛
والمحلى بالآثار، ٢٨٨/٧.

(٦) «هو» ساقط من «أ، ب».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، ب، د، هـ»

(٨) «منه» ساقط من «ب، د، هـ».

(٩) انظر: المبسوط، ١٠/١٣.

(١٠) «لبن» ساقط من «أ، ب، ج، د».

وقال الشافعي يجوز على كل حال، والمسألة معروفة^(١).

ويجوز بيع البعر والسرقين^(٢). وقال الشافعي لا يجوز؛ لأنه نجس العين بمنزلة العذرة^(٣).

ولنا أنه مال ينتفع به الناس من غير نكير. وأما العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلطت بالتراب. لا جرم إذا اختلطت بالتراب جاز بيعها تبعا.

ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأنه بجميع أجزائه حرام، وقال عليه السلام: «إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم بيعه وأكل ثمنه»^(٤) وفي رواية حرم ثمنه، ولا يجوز الانتفاع بشعره في غير الخرز وجوز في الخرز لمكان الضرورة؛ لأن غيره لا يعمل عمله، ولو وقع في الماء القليل يفسده لأنه نجس العين.

وعن محمد رحمه الله لا يفسده؛ لأن جواز الانتفاع به في الجملة دل على الطهارة، ولا يجوز بيع شعر الآدمي ولا^(٥) الانتفاع به^(٦).

أما البيع فلأنه جزء الآدمي فلا يكون مالا كسائر الأجزاء. وأما الانتفاع فلأنه إذلال^(٧) وابتدال والآدمي خلق مبتدلا لا مبتدلا^(٨) وإنما المرخص للنساء التزين بما يتخذ من الوبر.

(١) وبه قالت المالكية. وأيضا الحنابلة على المشهور في المذهب. انظر: المبسوط، ١٢٥/١٥؛ الهداية ٤٢٣/٦ — ٤٢٤؛ بداية المجتهد ١٢٨/٢؛ المجموع، ٢٥٤/٩؛ كشف القناع، ١٥٤/٣؛ الانصاف ٢٧٧/٤؛ المغني ١٩٦/٤.

(٢) السرقين: السرجين والزبل. انظر: القاموس المحيط، ١٥٥٥؛ المعجم الوسيط ٤٢٨/١؛

(٣) وبه قالت الحنابلة، أما المالكية فقد منعوا العذرة وأجازوا الزبل لأجل الضرورة. انظر: الهداية ٥٣/١٠؛ حاشية الدسوقي، ١٠/٣؛ بداية المجتهد، ١٢٦/٢؛ المهذب، ٢٦١/١؛ المجموع، ٢٣٠/٩؛ كشف القناع، ١٥٦/٣؛ المغني، ١٩٢/٤.

(٤) أخرجه أبو داود، في كتاب البيوع بلفظ (إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليه ثمنه) ٢٨٠/٣؛ والدارقطني في كتاب البيوع، ٧/٣ (بلفظ إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه) ورواه كلهم ثقات، انظر: التعليق المغني على الدارقطني، ٧/٣ — ٨؛ ونصب الراية ٥٤/٤.

(٥) في «أ، ب» وكذلك.

(٦) انظر: الهداية ٤٢٥/٦.

(٧) «إذلال» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٨) «لا مبتدلا» ساقط من «ب».

ولو وقع شعر الآدمي في الماء القليل لا يفسده ؛ لأنه طاهر بجميع أجزائه وحرمة الانتفاع به، لأجل الكرامة لا يدل على النجاسة.

ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ لقوله عليه السلام: « لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب »^(١) والإهاب اسم للجلد لم يدبغ وبعد ما دبغ يجوز بيعه والانتفاع به سواء كان مأكولا أو لم يكن مأكولا إلا جلد الانسان والخنزير^(٢).

وعن أبي يوسف أن جلد الخنزير يطهر بالدبغ^(٣). وقال مالك^(٤) جلد الميتة مطلقا لا يطهر بالدبغ ولا يجوز الانتفاع به. وقال الشافعي جلد الكلب^(٥) لا يطهر بالدبغ قولا واحدا، وله في سائر السباع قولان^(٦).

(١) رواه الترمذي، ١٩٤/٤ وقال حديث حسن، وليس العمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم؛ وأبودادو، في كتاب اللباس، ٦٧/٤ ؛ وابن ماجه، كتاب اللباس باب من قال لا ينتفع من الميتة بإهاب ، ١١٩٤/٢ ؛ والطبراني في الأوسط، ٣٩/١ ، ٣٢١/٢ ، ٤٠/٣ ، ٣٥١/٥ . وقال الزيلعي: قال النووي في الخلاصة إن حديث ابن عكيم أنثى بثلاثة أمور، راجع : نصب الراية ١٢٠/١ — ١٢١ . وقال الشوكاني أن محصل الأجوبة على هذا الحديث الإرسال لعدم سماع عبد الله بن عكيم ثم الانقطاع، ثم الاضطراب. انظر: نيل الأوطار ١/٦٤ ؛ وصححه الألباني، في إرواء الغليل، ٧٨، ٧٦/١ .

(٢) في « د، هـ » الخنزير والآدمي.

(٣) انظر: المبسوط، ٢٠٢/١ ؛ البحر الرائق، ١٠٦/١ ؛ شرح النووي على مسلم ٥٤/٤ ؛ نيل الأوطار ١/٦٢ .

(٤) في مذهب مالك قولان: في المشهور والمعتمد لا يطهر وفي قول يطهر ولكن يستعمله في اليابسات، انظر: حاشية الدسوقي، ٥٦/١ ؛ التاج والإكليل، ١٠١/١ ؛ الكافي ١٨٩ ؛ بداية المجتهد، ٧٨/١ — ٧٩ .

(٥) في « هـ » الميتة.

(٦) وبه قالت الحنابلة، أي إذا كان الحيوان طاهرا حال الحياة وإن كان غير مأكول كالهرة، ففي رواية يطهر جلده فيجوز بيعه بعد دبغه ولكن لا يجوز استعماله في المائعات ولا قبل الدبغ. وفي رواية لا يطهر وهو المذهب. أما إذا كان الحيوان نجسا حال الحياة فلا يطهر. انظر: مغني المحتاج، ٨٢/١ ؛ المجموع، ٢١٥/١ ، ٢١٧ ؛ شرح صحيح مسلم ٥٤/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات ٢٦/١ — ٢٧ ؛ كشف القناع، ٥٤/١ — ٥٥ ، ٢٨٧ ؛ المغني ٥٣/١ .

وجه قول مالك أنه جزء الميتة وقد قال عليه السلام: « لا تنتفعوا من الميتة بشيء »^(١) ولنا قوله عليه السلام: « أيما إهاب دبغ فقد طهر »^(٢) كالخمر تحلل فتحل ولأنه يطهر بالذكاة بالإجماع ؛ لزوال الدم والدسومات وإن كان لا يؤكل، وأثر الدبغ في إزالة تلك الدسومات فوق الذكاة.

ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وعقبها وصوفها وقرنها وشعرها وكذلك الانتفاع بهذه الأشياء.

وقال الشافعي كلها نجسة لا يجوز الانتفاع بها [٣٢/أ] لأنها من أجزاء الميتة^(٣). ولنا قوله تعالى ﴿ وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا .. الآية ﴾^(٤) أطلق الانتفاع بهذه الأشياء، ولأنه لاجتماع هذه الأشياء حتى لا تتألم بقطعها وما لاجتماعها فيه لا يحل الموت. وتأويل قوله عليه السلام: « لا تنتفعوا من الميتة بإهاب^(٥) ولا عصب » مادام رطبا. وعظم الخنزير نجس ؛ لأنه نجس العين بجميع أجزائه، وعظم الفيل، روي عن محمد أنه لا يجوز الانتفاع به. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يجوز. وما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة وكذا لحمها وإن كان لا يؤكل حتى لو وقع في الماء القليل أو في مائع آخر لا يفسده^(٦).

(١) أخرجه ابن حبان ٩٥/٤ ؛ الطحاوي، في شرح معاني الآثار ، ٤٧٣/١ ؛ وانظر: نصب الرأية ١٢٢/١ ؛ الدراية ٥٩/١ .

(٢) أخرجه الترمذي، في كتاب اللباس باب ما جاء في جلود الميتة، ١٩٣/٤ ؛ وقال حديث حسن صحيح. ؛ والدار قطني، في كتاب الطهارة باب الدباغ ، ٤٣/١ ؛ وإسناده حسن. وأصل الحديث في صحيح مسلم باب طهارة جلود الميتة بلفظ (إذا دبغ الإهاب فقد طهر) ٥٣/٤ .

(٣) وعند المالكية و الحنابلة لايجوز الانتفاع بهذه الأشياء إلا بالصوف والشعر والوبر من حيوان طاهر في الحياة. انظر: الكافي، ١٨٩ ؛ شرح النووي على مسلم، ٥٥/٤ ؛ المجموع، ٢٣١/١ — ٢٣٢ ؛ كشف القناع، ٥٦/١ — ٥٧ .

(٤) سورة النحل آية: ٨٠ . وتمام الآية: ﴿ أثنائا ومتاعا إلى حين ﴾ .

(٥) في « هـ » زاد، ولا يعظم.

(٦) وبه قالت المالكية. انظر: شرح فتح القدير، ٤٢٧/٦ ؛ مواهب الجليل ٨٨/١ ، ٢٣٥/٣ ؛ حاشية العدوي، ٧٣٤/١ .

وقال الشافعي رحمه الله ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بالذكاة والمسألة في كتاب الصلاة^(١).
رجل باع شخصا على أنه جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما لأن الذكر والأنثى في^(٢)
بني آدم جنسان مختلفان لاختلاف المنافع اختلافا فاحشا والبيع المضاف إلى جنس، لا ينعقد في
جنس آخر كما لو باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج وقد ذكرنا^(٣) هذا الأصل في
كتاب النكاح.

ثم اختلفوا أن هذا البيع باطل أم فاسد؟ قال بعضهم: باطل؛ لأنه باع المعدوم وبيع
المعدوم باطل وقال بعضهم: فاسد، وهو اختيار الكرخي^(٤)؛ لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره
فصار كأنه باع شيئا على أن يسلم غيره [١٤٠/د أ] وذلك فاسد.
ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فإذا هو غير خباز صح البيع^(٥) وله الخيار، أما
جواز البيع^(٦) فلأن الجنس واحد ويخير لفوات شرط مرغوب فيه.
ولا يجوز البيع إلى الحصاد والدياس أو النيروز^(٧) أو المهرجان^(٨) أو الجزاز؛ لأنه
مجهول يتقدم ويتأخر^(٩).

(١) وبه قالت الخنابلة. انظر: شرح فتح القدير، ٤٢٧/٦؛ المجموع، ٢٤٥/١، ٢٣٠/٩؛ كشف
القناع، ٥٥/١؛ المغني، ٥٥/١ - ٥٦.

(٢) في «ب، د» من. بدل، في.

(٣) «نا» ساقط من «ب».

(٤) انظر: العناية، ٤٣٢/٦.

(٥) «البيع» ساقط من «ب».

(٦) في «أ، ب، ج» العقد.

(٧) النيروز أو النيروز: أول يوم من السنة الجديدة الهجرية الشمسية في فصل الربيع، ويوافق اليوم
الحادي والعشرين من شهر مارس من السنة الميلادية، ويسمى نيروز سلطاني. انظر: المعجم
الوسيط ٩٦٢/٢؛ قاموس الفارسية، ص ٧٥٧؛ فرهنك كوجك حليم. فارسي انجليزي. ص
٧٦٧

(٨) المهرجان: الخريف، وهو عيد (المرجان) وهو أعظم عيد عند الفرس القدماء بعد عيد النيروز. انظر:
قاموس الفارسية ص ٧٠٥.

(٩) وصرح الشيخ نظام: والصحيح أنه إذا لم يبين نيروز الجوس أو نيروز السلطان فالعقد فاسد، وإذا
بين أحدهما وكانا يعرفان وقته لا يفسد العقد. انظر: الفتاوى الهندية، ١٤٢/٣.

وكذا إذا باع ^(١) إلى صوم النصارى ؛ لأن المسلمين لا يعرفون وقت صومهم.
وكذا ^(٢) إذا باع إلى فطر النصارى ولم يشرعوا في صومهم؛ لأن وقت الصوم إذا
كان مجهولا كان وقت ^(٣) الفطر مجهولا ضرورة. وإن باع إلى فطرهم وقد شرعوا في
صومهم جاز ؛ لأن مدة صومهم بالأيام معلومة فإذا شرعوا في الصوم كان وقت فطرهم
معلوما.

فرق بين البيع وبين ^(٤) الكفالة ، لو كفل إلى هذه الأوقات يجوز. والفرق أن الكفالة
عقد تبرع ومبناها على المساهلة فتتحمل فيها الجهالة المستدركة وهذه جهالة مستدركة [لأن
أقصاها معلوم فيمكن رفعها باعتبار الأقصى حتى لو كانت جهالة ^(٥) غير مستدركة] ^(٦)
كالكفالة إلى هبوب الرياح والمطر لا يصح التأجيل.

أما البيع عقد ^(٧) معاوضة مبناها على المماكسة والمضايقة فكانت الجهالة فيه ^(٨) مفضية
إلى المنازعة فتمنع جواز العقد.

علو لرجل وسفل لآخر سقطا فباع صاحب العلو علوه يعني حق التعلي لم يجوز وكذا
لو سقط ^(٩) العلو والسفل قائم فباع صاحب العلو علوه لم يجوز ؛ لأن محل البيع عين هو مال
أو حق يتعلق بالعين وحق التعلي حق ^(١٠) يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال ؛ لأن المال ما يمكن
قبضه وإحرازه [٣٢/أ ب] والهواء لا يقبل ذلك فلا يجوز بيعه. وكذا لو كان العلو والسفل
لواحد فأنهدما أو أنهدم العلو فباع حق التعلي لم يجوز.

(١) « إذا باع » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « ج » وكما.

(٣) « وقت » ساقط من « ب، ج ».

(٤) « بين » ساقط من « ج ».

(٥) « جهالة » ساقط من « ب، ج، د ».

(٦) ما بين المعقوفين غير مقروء في هامش « هـ ».

(٧) « عقد » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٨) « فيه » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٩) في « د، هـ » وقع.

(١٠) « حق » ساقط من « ب، د ».

وإن باع الشَّربَ إن باعه تبعاً للأرض جاز وإن أفردته بالبيع يجوز في رواية وبه أخذ مشايخ بلخ^(١)؛ لأن الشرب عبارة عن حظ من الماء والماء عين هو مال ولهذا يضمن بالإتلاف. ولو باع الشرب مع الأرض كان له قسط من الثمن حتى لو ادعى أرضاً في يد إنسان أنه اشتراها بشرها بألف وأقام شاهدين فشهد أحدهما بذلك^(٢) وشهد الآخر أنه اشتراها بألف ولم يذكر الشرب لم تقبل شهادتهما^(٣)؛ لأنهما اختلفا في ثمن^(٤) الأرض.

وفي رواية بيع الشرب بدون الأرض لا يجوز لمكان الجهالة. وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته^(٥) لا يجوز.

أما بيع الطريق فإن أراد به^(٦) رقبة الأرض فرقبة الأرض مال معلوم، أما إذا بين الطول والعرض فظاهر. وإن لم يبين فهو مقدر بعرض باب الدار العظمى^(٧) كذا ذكر في كتاب القسمة.

وإن أراد بالطريق حق التطرق دون رقبة الأرض ذكر في كتاب^(٨) الزيادات أنه لا يجوز.

وروى ابن سماعة^(٩) عن محمد أنه يجوز. وذكر في كتاب القسمة وجعل لحق المرور قسطاً من الثمن وأنه يدل على جواز البيع، فعلى رواية الجواز فرق بين حق المرور وبين^(١٠) حق التعلي.

(١) انظر: الهداية ٤٢٨/٦ .

(٢) في « ب، ج، د » كذلك.

(٣) « شهادتهما » ساقط من « ب، ج ».

(٤) « ثمن » ساقط من « ج ».

(٥) « وهبته » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٦) « به » ساقط من « هـ ».

(٧) « ج » « الأعظم ».

(٨) « كتاب » ساقط من « ب، ج، د ».

(٩) انظر: العناية، ٤٢٩/٦ .

(١٠) « بين » ساقط من « ج، ب ».

والفرق أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض ورقبه الأرض هي (١) عين مال، فما (٢) يتعلق به كان له حكم المال. أما حق التعليق يتعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال (٣).

وأما بيع المسيل إن اشترى حق التسييل (٤) دون رقبة الأرض لا يجوز باتفاق الروايات. أما إذا كان المسيل على السطح فلائنه متعلق بالهواء بمزلة حق التعليق ولأنه مجهول يختلف بقلة الماء وكثرته.

وإن كان المسيل على الأرض لا يجوز؛ لأنه مجهول يختلف بقلة الماء وكثرته، بخلاف حق التطرق في رواية؛ لأنه معلوم.

وإن باع رقبة الأرض لتسييل الماء، إن بين موضعه وحدوده جاز وإن لم يبين لا يجوز لمكان الجهالة.

رجل اشترى عبدا بخمر أو خنزير وقبضه فأعتقه أو وهبه أو باعه جاز وعليه قيمته (٥).

وقال الشافعي لا يجوز (٦) تصرفاته (٧). بناء على أن البيع الفاسد عندنا يفيد الملك عند اتصال القبض به وعلى قول الشافعي لا يفيد (٨).

وإذا ثبت الملك للمشتري كان معتقا ملك نفسه فينفذ ويتقرر عليه قيمته. وكذا لو باع هذا المشتري من غيره يباع جائزا نفذ بيعه ويبطل حق البائع في الاسترداد. وإن أجره من

(١) في النسخ « هو ».

(٢) في « هـ » فما كان.

(٣) في « ج » هو مال وفي « د » ليس بعين ماله.

(٤) في « ب، ج » التسييل.

(٥) انظر: الهداية ٤٦٨/٦.

(٦) في « أ، ب، ج » لاتصح.

(٧) في « د » تصرفاته باطلة.

(٨) وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: الهداية ٤٥٩/٦؛ القوانين الفقهية، ٢٢٤؛ بداية المجتهد،

١٩٣/٢؛ المجموع، ٣٧٧/٩؛ كشف القناع، ١٩٧/٣؛ المغني، ١٧٢/٤، ١٧٤.

غيره كان (١) للبائع أن ينقض الإجارة ويسترده.

اتفقت الروايات عن أصحابنا أن المشتري شراء فاسدا إذا قبض المبيع بإذن البائع يملكه فأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع هل يملكه ؟ ذكر في المأذون أنه لا يملكه قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخزير فأما إذا كان شيئا يملكه البائع فقبض الثمن منه يكون إذنا له بالقبض.

مسلم أمر نصرانيا ببيع خمر أو شرائها فهو جائز وقال أبو يوسف ومحمد، لا يجوز (٢) التوكيل ويكون [٣٣/أ أ] الوكيل مشتريا لنفسه (٣).

لهما أن التوكيل إقامة الغير مقام نفسه فلا يصح [١٤٠/د ب] إلا فيما يملكه بنفسه والمسلم لا يملك بيع الخمر وشرائها فلا يملك الإقامة.

ولأبي حنيفة أن الوكيل في البيع والشراء عاقد لنفسه ولهذا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل وترجع إليه الحقوق وإنما يثبت الملك للموكل بطريق الانتقال (٤) من الوكيل لبالعقد، والمسلم من أهل أن يثبت له الملك في الخمر بطريق الانتقال من الغير فإنه يملك بالإرث.

وكذا لو أذن لعبد النصراني في التجارة فاشترى خمرًا يصح ويكون الخمر (٥) للمولى وإذا ثبت الملك للموكل تخلل الخمر ويُسَيَّب الخنزير، والمسألة معروفة.

رجل اشترى دارا بيعا فاسدا وتقابضا لم يكن للبائع أن يأخذها من المشتري حتى يرد الثمن ؛ لأن المشتري ما أزال يده عن الثمن إلا مقابلا بثبوت يده على المبيع فتجعل يد كل واحد منهما مقابلا بالآخر صيانة لمال المشتري ويجعل المبيع في يد المشتري (٦) بمنزلة الرهن، فإن مات البائع مفلسا كان المشتري أحق به حتى يستوفي الثمن ؛ لأنه كان مقدما على البائع حال (٧) حياته فيكون مقدما على غرمائه بعد وفاته، فإن كان البائع استهلك الثمن يرد

(١) « كان » ساقط من « ج ».

(٢) في « ب » لا يصح.

(٣) انظر: المبسوط، ٢١٦/١٢، ١٢٤/١٣.

(٤) في « ب » الانتفاع.

(٥) « الخمر » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٦) في « أ، ب، ج، د » « يده ».

(٧) « حال » ساقط من « أ، ب ».

مثله (١) لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثليا وإن كان قائما هل يتعين الرد؟ (٢) في رواية كتاب الصرف (٣) يتعين وجعله بمنزلة المغصوب وفي رواية أخرى لا يتعين كما لا يتعين في البيع الجائز.

رجل باع دارا بيعا فاسدا وبنها المشتري، قال ليس للبائع (٤) أن يأخذها، ولكنه يأخذ قيمتها، ثم قال بعد ذلك شك يعقوب في الرواية. وقال أبو يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الدار على صاحبها (٥).

وذكر في كتاب الشفعة (٦) أن الشفيع (٧) يأخذها بالشفعة بقيمتها ولم يذكر الشك في الرواية وقال أبو يوسف ومحمد لا شفعة فيها. وإن غرس فيها نخلا فهو على هذا (٨) الخلاف أيضا.

لهما أن حق البائع في الاسترداد فوق حق الشفيع، ألا ترى أن البائع يسترد من غير قضاء ولا رضاء والشفيع لا يأخذ إلا بقضاء أو رضاء، والمشتري لو بنى في الدار المشتراة بنساء لا يبطل حق الشفعة بل ينقض البناء لحقه فالبائع أولى.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المشتري تصرف بتسليط البائع فلا ينقض تصرفه لحقه كما لو باعها، بخلاف الشفيع؛ لأن الشفيع ما سلطه على التصرف، ألا ترى أنه ينقض بيعه لحق الشفيع، فكذلك البناء.

وقوله: شك يعقوب في الرواية: معناه أنه شك هل سمع من أبي حنيفة أم لا؟ وذكر المسألة في كتاب الشفعة في مواضع على الخلاف (٩) الذي ذكرنا ولم يذكر الشك.

(١) في «هـ» مثل الأول.

(٢) في «ب، ج» «لرد».

(٣) في «هـ» زاد، أنه.

(٤) في «هـ» فإن للبائع.

(٥) انظر: الهداية ٦/٤٧٠ — ٤٧١.

(٦) انظر: ص ٦١٩ من هذا البحث.

(٧) «أن الشفيع» ساقط من «ب».

(٨) «هذا» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٩) في «ج» الاختلاف.

وإن أجرها المشتري لا يبطل حق البائع في الاسترداد بل ينقض الإجارة وترد على البائع؛ لأن الإجارة^(١) تنفسخ بالأعدار، فتفسخ لحق البائع، بخلاف الرهن؛ لأنه عقد لازم^(٢) لا يفسخ بالأعدار فلا يفسخ لحق البائع.

رجل اشترى من رجل دارا فباعها قبل القبض جاز البيع^(٣) وهو قول أبي حنيفة^(٤) وأبي يوسف، وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز^(٥).

وإن أجرها قبل القبض قيل هو على هذا^(٦) الخلاف أيضا. وقيل بأنها لا تجوز بالاتفاق وعليه الفتوى^(٧).

السلطان إذا أكره رجلا حتى باع عبده لا يجوز، وإن أكرهه على طلاق أو عتاق أو نكاح ففعل جاز [٣٣/أ ب]؛ لأن الإكراه يعدم الرضا والرضا شرط؛ لجواز البيع، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٨) ولهذا لا يصح بيع الهازل أما الرضا ليس بشرط للطلاق والعتاق والنكاح، ولهذا يصح مع الهزل فيصح مع الإكراه.

رجل اشترى جارية بألف درهم وقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يصح البيع الثاني^(٩). وقال الشافعي يصح^(١٠) والمسألة معروفة. وإذا اشترى ما باع بأقل مما

(١) في «ب» «الأجرة».

(٢) في «ج» «لأن عقد الرهن لازم».

(٣) في «أ، ب» «بيعه».

(٤) «أبي حنيفة» ساقط من «أ، ج، هـ».

(٥) وأيضا جاز عند المالكية والحنابلة. انظر: الميسوط، ٩/١٣؛ بدائع الصنائع، ١٨١/٥؛ شرح فتح

القدير، ٥١٣/٦؛ حاشية الدسوقي، ١٥١/٣ - ١٥٣؛ شرح الزرقاني على الموطأ، ٢٨٧/٣؛

مغني المحتاج، ٦٨/٢؛ المجموع، ٢٦٤/٩، ٢٧٠؛ روضة الطالبين، ٤١٦/٣؛ المغني، ٨٣/٤ -

٨٤، ٨٦

(٦) «هذا» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(٧) انظر: شرح فتح القدير، ٥١٥/٦.

(٨) سورة النساء، آية: ٢٩. وتام الآية: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.

(٩) وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: حاشية الدسوقي، ٧٨/٣؛ بداية المجتهد، ١٤٢/٢؛ المغني،

١٣٢/٤.

(١٠) انظر: مغني المحتاج، ٦٨/٢.

باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا، خلافا للشافعي (١).

لنا حديث عائشة رضي الله عنهما أن امرأة جاءت إليها وقالت: (٢) إني اشتريت من زيد ابن أرقم (٣) جارية بثمانمائة درهم (٤) إلى العطاء ثم بعته منه بستمائة حالة، فقالت عائشة رضي الله عنهما: «بئسما اشتريت وبئس ما شريت أبليغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب» (٥) والمعنى فيه أن الألف وإن وجبت (٦) للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط؛ لاحتمال أن يجد المشتري بما عيبا فيردها (٧) فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع (٨) الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا ألفا بخمسائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطا، أو لأنه ربح ما لم يضمن.

ثم فرع محمد عليها فقال لو اشترى [١٤١/د أ] جارية بخمسائة وقبضها ثم باعها مع جارية أخرى من البائع قبل نقد الثمن بخمسائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأولى؛ لأن فساد العقد في التي اشتراها من البائع باعتبار شبهة الربا وأنه فساد ضعيف مختلف فيه فلا يتعدى إلى المضموم إليها.

(١) انظر: الهداية ٤٣٢/٦ — ٤٣٣؛ مغني المحتاج، ٦٨/٢؛ معرفة السنن والآثار ١٣٥/٨.

(٢) «وقالت» ساقط من «ب».

(٣) هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي صحابي مشهور، أول مشاهده الخندق، مات سنة ست أو ثمان وستين انظر: طبقات ابن سعد ١٨/٦؛ سير أعلام النبلاء، ١٦٥/٣؛ تقريب التهذيب، ٢٢٢.

(٤) «درهم» ساقط من «أ، ج».

(٥) أخرجه الدارقطني في البيوع، ٤٥/٣ — ٤٦؛ وقال: أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما. والبيهقي، في سننه الكبرى، ٣٣٠/٥ — ٣٣١ وقال: لا يثبت الشافعي. وقال الزيلعي: رواه الإمام أحمد. وقال في التنقيح هذا إسناد جيد، وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة. انظر: نصب الراية، ١٦/٤؛ وقال ابن قدامة: والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التعليل وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ انظر: المغني، ١٣٢/٤؛

(٦) في «ب، ج» «وجب».

(٧) في «ج» «به».

(٨) في «د» «لا يقع».

رجل اشترى جارية فاسدا وتقابضا، فباع الجارية وربح فيها تصدق بالربح
ويطيب للبائع ما ربح في الثمن.

والأصل فيه أن المال نوعان: (١)

نوع يتعين في العقود كالعروض (٢) ونوع لا يتعين.

والخبيث نوعان: (٣) خبيث لعدم الملك، وخبيث لفساد الملك.

فالخبيث لعدم الملك يعمل في النوعين جميعا حتى أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في
المغصوب أو في الوديعة، والوديعة والمغصوب (٤) عرض (٥) أو من النقود، وأدى ضمائمها
للمالك وبقي الربح، يتصدق بالربح، في قول أبي حنيفة ومحمد (٦) لأن فيما يتعين بالتعيين،
هذا بدل مال الغير فيثبت حقيقة الخبيث. وفيما لا يتعين بالتعيين (٧) لم يكن هذا بدل مال الغير؛
لأن العقد لا يتعلق به بل يتعلق بمثل ذلك في الذمة لكن إنما توسل إلى الربح ببديل (٨) المغصوب
والوديعة، فتمكّن فيه شبهة الخبيث فيتصدق بالربح، والخبيث لفساد الملك دون الخبيث لعدم
الملك فيوجب شبهة الخبيث فيما يتعين، وشبهة الشبهة فيما لا يتعين، وشبهة الشبهة لاتعتبر،
فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح ويطيب (٩) للبائع ما ربح في الثمن (١٠) وهذا على الرواية
التي لاتعين الدراهم والدنانير (١١) للرد في البيع الفاسد، أما على الرواية التي تتعين تكون بمنزلة
المغصوب.

(١) في « أ، ب، ج » على نوعين.

(٢) « كالعروض » ساقط من « أ، ب ».

(٣) في « ج » على نوعين.

(٤) في « أ، ب، ج » « الغصب ».

(٥) في « أ » عرض من العروض.

(٦) انظر: شرح فتح القدير، ٤٧٤/٦ .

(٧) في « أ، ب، د، هـ » زاد، إن.

(٨) في « ب، ج، د، هـ » بأداء.

(٩) في « ج » « لا يطيب » والصحيح ما أثبت. انظر: شرح فتح القدير، ٤٧٤/٦ .

(١٠) « في الثمن » ساقط من « د ».

(١١) « الدنانير » ساقط من « د ».

وكذا لو ادعى على آخر ألف درهم فقضاه وربح فيها ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء يغرم مثلها ولا يتصدق بالربح ؛ لأنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه [٣٤/أ] وهو الدين فإذا ظهر أنه لم يكن عليه دين ^(١) كان المقبوض بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسداً، والحديث لفساد الملك لا يظهر فيما لا يتعين.

رجل اشترى جارية قيمتها ألف مثقال وفي عنقها طوق فضة ^(٢) وزنه ^(٣) ألف مثقال بألفي مثقال ونقد ألفا ثم افترقا فالمقبوض ^(٤) ثمن الطوق ؛ لأن العقد في الطوق صرف وقبض بدل الصرف واجب قبل الافتراق وقبض ثمن ^(٥) الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب و ^(٦) غير الواجب فيجعل عن الواجب.

وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف منها نقد وألف ^(٧) نسيئة ^(٨) فالنقد ثمن الطوق ؛ لأن تأجيل بدل الصرف حرام والظاهر من حال المسلم أن لا يميل إلى الحرام.

رجل باع أم ولده أو مديره ^(٩) فهلك عند المشتري لاضمان عليه. وروى المعلى ^(١٠) عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدير بالبيع كما يضمن بالغصب ومشايخنا صححوا هذه

(١) « دين » ساقط من « هـ » .

(٢) « فضة » ساقط من « أ، ب، ج، د » .

(٣) في « أ، ب، ج، د » زاد، « فيه » .

(٤) في « أ، ب، ج » « فالمنقود » .

(٥) في « أ » « بدل » .

(٦) في « ج » « بين » .

(٧) في « ج » زاد « منها » .

(٨) في « أ » ونقد الألف ثم افترقا فالمنقود.

(٩) في « أ، ب، ج » مديرته.

(١٠) هو معلى بن منصور أبو يحيى الرازي ولد في حدود ١٥٠ هـ، روى عن أبي يوسف ومحمد الكتب والأمالى والنوادر، وروى عن مالك والليث وحماد وابن عيينة وروى عنه ابن المديني والبخاري في غير الجامع، طلبوه للقضاء فأبى وكان من كبار أصحاب أبي يوسف ومحمد. مات سنة ٢١١ هـ انظر: سير أعلام النبلاء ٣٦٥/١٠ ؛ وما بعدها ؛ الفوائد البهية ص ٢١٥ ؛ شذرات الذهب ٢٧/٢ ؛ تاريخ بغداد ١٣/١٨٨ .

الرواية (١).

وقال أبو يوسف ومحمد يضمن قيمتهما، لهما أن المدبر محل البيع وكذلك أم الولد؛
ألا ترى أنه لو قضى القاضي (٢) بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذا لو قضى بجواز بيع أم الولد
ينفذ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف (٣).

ولو باع المدبر من نفسه أو باع أم الولد من نفسها يجوز، ولو جمع بينهما وبين القن
وباعهم (٤) صفقة واحدة جاز البيع في القن، ولو لم يكن المدبر وأم الولد محلا للبيع لَمَا جاز
البيع (٥) في القن، كما لو (٦) جمع بين حر وقن وباعهما صفقة واحدة، إلا أنه لا يثبت حكم
البيع فيهما صيانة لحقهما فبقي مقبوضا بجهة البيع فيكون (٧) مضمونا.

ولأبي حنيفة أن جهة البيع ملحقة (٨) بالحقيقة فيما يحتمل (٩) حكم البيع والمدبر
لا يحتمل (١٠) حكم البيع وكذلك أم الولد فلم يكن هذا قبضا بجهة البيع فبقي (١١) قبض مال
الغير بإذنه فلا يكون مضمونا.

وإن اشترى عبدا بمئة أو دم وقبضه لا يملكه فإن هلك في يده روى الحسن عن أبي
حنيفة أنه لا يكون مضمونا عليه (١٢) وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون مضمونا عليه (١٣).

(١) انظر: العناية، ٤٠٧/٦؛ تبين الحقائق، ٤٥/٤.

(٢) في «أ، ب، ج» «لو أن القاضي قضى».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٤٠٧/٦.

(٤) في «أ، ب، ج» «وباع وفي «هـ» وباعهما».

(٥) «البيع» ساقط من «د، هـ».

(٦) في «د، هـ» كما لا يجوز إذا.

(٧) في «ج» «فيصير».

(٨) في «د» «معتبرة».

(٩) في «ب» «يجعل».

(١٠) في «أ» لا يقبل.

(١١) «فبقي» ساقط من «ب» وفيه «في قبض».

(١٢) «عليه» ساقط من «هـ».

(١٣) انظر: العناية وشرح فتح القدير، ٤٠٤/٦.

وذكر في السير الكبير^(١) أنه يكون^(٢) مضمونا ولم يذكر فيه خلافا. وذكر شمس الأئمة الحلواني^(٣) وشمس الأئمة السرخسي [في شرح الجامع الكبير]^(٤) أن^(٥) الصحيح ما ذكر في السير الكبير^(٦)؛ لأنه لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء^(٧).

[وذكر في إيمان الجامع^(٨) رجلان لكل واحد منهما عبد فقال أحدهما إن كان فلان دخل هذه الدار أمس فعبدي حر وقال الآخر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار أمس^(٩) فعبدي حر ولا يدري أ دخل أم لا؛ ثم إن الموليين تقايضا بالعبدین وقبضا، ضمن كل [١٤١/د ب] واحد منهما قيمة عبد صاحبه وإن زعم كل واحد منهما^(١٠) أنه باع (عبدا بحر)^(١١) [(١٢).

(١) « الكبير » ساقط من « ج ». انظر: شرح السير الكبير، ١٨٩/٥ .

(٢) في « ب » « لا يكون ».

(٣) هو شمس الأئمة الحلواني، البخاري، تفقه على الحسين أبي علي النسفي وروى شرح معاني الآثار وتفقه عليه شمس الأئمة الزرنجيري والسرخسي، من تصانيفه المبسوط والنوادر. توفي سنة ٤٤٨ هـ وقيل غير ذلك. انظر: الفوائد البهية ص ٩٥ - ٩٦؛ الجواهر المضية ٤٢٩/٢؛ تاج التراجم، ٣٥؛ سير أعلام النبلاء ١٧٧/١٨ - ١٧٨؛ الأنساب ١٩٤/٤؛ كشف الظنون، ٤٦/١، ٥٦٨، ١٢٢٤/٢.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

(٥) « أن » ساقط من « أ ».

(٦) « الكبير » ساقط من « ب، د ».

(٧) انظر: شرح فتح القدير، والعناية معه ٤٠٤/٦ .

(٨) انظر: الجامع الكبير ص ٦٥ .

(٩) « أمس » ساقط من « أ، ب، د ».

(١٠) « منهما » ساقط من « ب ».

(١١) ما بين القوسين في « أ » عبد حر. وفي « د، هـ » عبده يجوز.

(١٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

رجل باع رطلين من شحم البطن برطل من الألية أو باع رطلين من لحم برطل من شحم البطن بأعيانهما جاز ؛ لأن اللحم والشحم والألية أجناس مختلفة لاختلاف صورها^(٢) ومنافعها فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لقوله عليه السلام: « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم »^(٣) وكذا لو باع بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين [٣٤/أ ب] أو ثمرة بثمرتين بأعيانهما جاز ؛ لأن ربا الفضل إنما يظهر عند اتحاد الجنس والقدر وهو الكيل أو الوزن وقد انعدم القدر ههنا، وإن كان أحدهما نسيئة لايجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء.

ولو باع فلسا بفلسين بأعيانهما جاز وهذه المسألة على وجوه ثلاثة:

إما أن يكونا عينين أو دينين أو أحدهما عينا والآخر ديناً، فإن كانا دينين أو أحدهما ديناً، لايجوز ؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء وإن كانا عينين جاز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله .

وقال محمد والشافعي لايجوز^(٤).

(١) « في بيع » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

(٢) في « أ، ب » « صورتهما ».

(٣) قال الزيلعي: « قلت: غريب بهذا اللفظ ، وروى الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: الذهب بالذهب ... وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد ». ٤/٤ ؛ وقال ابن حجر: لم أجده بهذا اللفظ، والذي وجدته في حديث عبادة بن الصامت في الأشياء الربوية: فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم، نعم أخرجه الدارقطني، من طريق الحسن عن عبادة وأنس عن النبي ﷺ قال: « ما وزن فمثل بمثل ، إذا كان نوعا واحدا، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به ». وإسناده ضعيف. الدراية ١٤٧/٢. أما لفظ فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم أخرجه الخمسة إلا البخاري، فأخرجه مسلم في كتاب البيوع، ١٤/١١ ؛ وابن ماجه ، في كتاب التجارات ٧٥٨/٢ .

(٤) وبه قال الإمام مالك. انظر: بدائع الصنائع، ١٨٥/٥، ٢٣٧ ؛ الهداية ٢٠/٧ ؛ المدونق ٣٩٦/٨ ، : ١١٥/٩ . وعند الحنابلة يجوز في رواية صحيحة، وعن أحمد في رواية أنه لايجوز. انظر: الانصاف، ١٥/٥ ؛ كشف القناع، ٢٥٢/٣ ؛ المغني، ٨/٤ . =

وهذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين؟

عند أبي حنيفة وأبي يوسف تتعين حتى لو هلكت العين قبل القبض ينتقض العقد، ولو أراد أن يدفع^(١) غيرها مكانها^(٢) لم يكن له ذلك، وقال محمد لا يتعين^(٣).

وجه قوله إن الفلوس - ثمن ألا ترى أنه إذا قوبل بجنس آخر كان ثمنا فكذلك إذا قوبل بجنسه ويبيع الثمن بجنسه واحدا بالاثنين لا يجوز ولا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه كان مثمنا في الأصل؛ لأنه صُفِرَ وإنما صار ثمنا باصطلاح الناس، فإذا أقدمنا على البيع ولا صحة لهذا البيع إلا بعد بطلان وصف الثمنية كان^(٤) ذلك إبطالا لوصف الثمنية فيعود مثمنا، إلا أنه عددي فيجوز بيع الواحد بالاثنين كالبيضة بالبيضتين وغيرها^(٥).

وكل شيء ينسب إلى الرطل فهو وزني مثل الأمناء^(٦) وتفسيره^(٧) أن يباع بالأواق

أما عند الشافعية، فلم أجد عندهم ما يدل على عدم الجواز بل إن النصوص الواردة في كتبهم تدل على الجواز، فقال الشريبي: « وعلة الربا في الذهب والفضة جنسية الأثمان غالبا، كما صححه في المجموع ويعبر عنها أيضا بجمهورية الأثمان غالبا وهي متفية عن الفلوس وغيرها من ساير العروض... واحترز بغالبا عن الفلوس إذا راجت فإنه لا ربا فيها كما تقدم... » وقال: الفلوس ليس من النقد، انظر: مغني المحتاج ١٧/٢، ٢٥؛ وقال النووي: « إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يجرم الربا فيها هذا هو الصحيح المنصوص، وبه قطع المصنف والجمهور، وفيه وجه شاذ أنه يجرم حكاة الخراسانيون ». المجموع، ٣٩٥/٩؛

(١) في « أ، ب، ج » يعطي.

(٢) « مكانها » ساقط من « ج ».

(٣) انظر: المبسوط، ١٨٣/١٢.

(٤) في « أ » « فكان ».

(٥) « وغيرها » ساقط من « أ » وفي « د » ونحوه.

(٦) « مثل الأمناء » ساقط من « د ».

(٧) في « د » زاد، وهو.

كالدهن ونحوه فهو وزني ؛ لأن الأواقي قدرت بالوزن فصار وزنيا ^(١).
وفائدة ذلك أن ما يباع بالأواقي إذا بيع مكايلة بكييل غير الأواقي سواء بسواء لا يجوز؛
لأنه ^(٢) باع الموزون بالموزون بالكييل الذي لم يقدر بالوزن فيكون مجازفة فيبطل.

رجل اشترى شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد وقبضه ثم باعه قبل أن يكيله أو يزنه أو
يعده فالبيع فاسد فيما يكال أو يوزن.

وإن اشترى ثوبا مدارعة وقبضه ثم باعه قبل الذرع جاز أما إذا اشترى مكيلا أو
موزونا فإن كان بعينه وقد اشتراه مجازفة وقبضه جاز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن ؛
لأنه لما اشتراه ^(٣) مجازفة ^(٤) ملك جميع ما كان مشارا إليه فكان متصرفا في ملك نفسه.

وإن اشتراه بشرط الكيل أو الوزن بأن قال اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة أو
كذا منا وقبضه لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن، لنهي النبي عليه السلام عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ^(٥) ولأن المشتري لم يملك إلا عشرة
أقفزة واحتمال الزيادة والنقصان ثابت قبل الكيل فلا يجوز له أن يتصرف فيه ^(٦) قبل الكيل
كي لا يكون ^(٧) متصرفا في مال الغير وقد مر قبل هذا ^(٨). فإن كان البائع كاله قبل البيع
بحضرة المشتري أو عند غيبته لا يكتفى به لما ذكرنا أن المشتري لم يملك إلا مقدارا معلوما ^(٩)

(١) والكييلي: كل ما لزمه اسم المختوم والقفيز والمكوك والمدُّ والصاع فهو كيل، وكل شيء نص
رسول الله ﷺ عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكييل. انظر: المبسوط، ١٤٢/١٢ ؛
الهداية، ١٤/٧ ؛ شرح فتح القدير، ١٧/٧ ؛ لسان العرب، ٦٠٥/١١.

(٢) في « د، هـ » زاد، لو.

(٣) في « ج » « اشترى ذلك ».

(٤) في « أ » زاد: « وقبضه جاز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن ؛ لأنه لما اشتراه مجازفة » .

(٥) سبق تخريجه في ص ٢٦٣ من هذا البحث.

(٦) « فيه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) في « هـ » لا يصير.

(٨) انظر: ص ٢٦٢ من هذا البحث.

(٩) « معلوما » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

واحتمال الزيادة والنقصان ثابت.

وإن كاله بعد البيع بحضرة المشتري ، قال بعضهم: يحتاج إلى الكيل ثانيا لظاهر النص وقال بعضهم: لا يشترط وهو الصحيح^(١)؛ لأن سبب وجوب الكيل هو البيع بشرط الكيل ولم يوجد إلا بيع واحد وبالكيل الواحد صار المبيع معلوما [أ/٣٥ أ] عند المشتري وقد ذكرنا أن الحديث محمول على ما إذا وجد عقدان^(٢) بشرط الكيل وصورة ذلك ما مر قبل هذا^(٣).

وإن كاله البائع بعد البيع عند غيبة المشتري ، اختلفوا فيه: والصحيح أنه يشترط الكيل مرة أخرى^(٤)؛ لأن الكيل في بيع المكايلة من تمام التسليم ؛ لأن تمييز المبيع من غير المبيع لا يحصل^(٥) إلا بالكيل، والتسليم من الغائب لا يتحقق فلا يصير المبيع معلوما عند المشتري. ولو باع شيئا بكيل^(٦) بمكيل أو موزون^(٧) في الذمة^(٨) وقبضه من غير كيل ووزن جاز^(٩) له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن ؛ لأن التصرف في الثمن قبل القبض جائز، [١٤٢/د أ] فقبل الكيل أولى.

وكذا إذا ملك مكيلا أو موزونا بجهة أو ميراث أو وصية أو استفاد من أرضه وباعه مجازفة ، جاز^(١٠) للمشتري أن يتصرف فيه قبل الكيل ؛ لأن سبب وجوب الكيل التمليك بشرط الكيل ولم يوجد. هذا^(١١) إذا كان المبيع مكيلا أو موزونا فإن كان مذروعا وقبضه

(١) وهو قول العامة. انظر: شرح فتح القدير، ٥١٧/٦ .

(٢) في « د » يعان.

(٣) « هذا » ساقط من « أ ».

(٤) في « أ، ب، ج » كيل آخر.

(٥) في « د، هـ » لا يمكن.

(٦) « بكيل » ساقط من « أ، ب ». (د)

(٧) في « ب، ج » زاد، على أنه كر.

(٨) « في الذمة » ساقط من « ب ».

(٩) « جاز » ساقط من « ج، د، هـ ».

(١٠) في « ج » كان.

(١١) « هذا » ساقط من « ب ».

جاز له ^(١) أن يتصرف فيه قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة أو على أنه عشرة أذرع؛ لأن المشتري ملك الثوب المشار إليه وإن كان ذرعانه أكثر؛ لأن الذرع صفة في المذروعات؛ إذ الصفة ما يتعين ^(٢) حال غيره به وهو متصل به ^(٣) وبزيادة الذرعان تزداد قيمة الجملة فكان الذرع صفة ولهذا لا ترد الزيادة على البائع ولا يرجع بالنقصان على البائع فكانت الزيادة مبيعا تبعا فلا يختلط المبيع بغير المبيع، بخلاف المكيل والموزون؛ لأن الزيادة في كل قفيز منها أصل وليس يتبع فيختلط المبيع بغير المبيع.

وإن كان المبيع عدديا واشتراه مجازفة وقبضه جاز له التصرف فيه قبل العد لما ذكرنا في الكيل والوزن ^(٤).

وإن اشتراه على أنه كذا ^(٥) وقبضه فباعه أو تصرف فيه قبل العد لم يذكر هذا في الكتاب ^(٦).

وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي. وعنه في رواية أخرى أنه يجوز وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ^(٧).

لهما أنه كما يجوز بيع الواحد بالاثني في المذروعات يجوز في العدديات ولا يجوز في المكيلات فكان العددي ملحقا بالمذروع ^(٨).

ولأبي حنيفة أن التصرف في المكيل والموزون إنما كان حراما قبل الكيل لاختلاط المبيع بغير المبيع والاختلاط هنا موجود، ألا ترى أن من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده أكثر لا تسلم له الزيادة، ولو كان أقل من الألف يسترد حصة النقصان من البائع فإذا اشتركا في العلة اشتركا في الحكم.

(١) « له » ساقط من « ج، د، هـ ».

(٢) في « أ، ج، د، هـ » يتغير.

(٣) « به » ساقط من « أ ». هكذا العبارة، والصحيح والله أعلم [حال غيرها بما وهي متصلة به].

(٤) في « أ، هـ » في الكيل والوزن.

(٥) في « ب » كرين بدل، كذا.

(٦) في « د، هـ » في هذا الكتاب.

(٧) انظر: المبسوط، ١٦٦/١٢؛ بدائع الصنائع، ٢٤٥/٥؛ النافع الكبير، ص ٣٣٦؛

(٨) في « ج » بالمذروعات.

رجل اشترى شيئا مما يكال أو يوزن وقبضه فوجد ببعضه عيبا أخذ كله أو رد كله^(١) وليس له أن يرد المعيب خاصة ؛ لأن تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب في المعيب لأن المعيب إذا كان مع غيره يشتري بأكثر مما يشتري عند الانفراد فلا يملك الرد بزيادة عيب. قالوا هذا إذا كان في وعاء واحد أما إذا^(٢) كان في وعائين له أن يرد المعيب خاصة [كما لو اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض جاز له أن يرد المعيب خاصة^(٣)]^(٤).

[٣٥/أ ب] وقيل التقييد بوعاء واحد أو وعائين قول أبي يوسف ومحمد.

أما على قول أبي حنيفة لا يرد المعيب خاصة، وإن كان في وعائين ؛ لأن عنده المكيل والموزون معني، شيء واحد^(٥) كذا روي عنه في النوادر^(٦).

ولو اشترى ثمرا في عدلين^(٧) فوجد بأحدهما عيبا يرد الكل أو يمسك الكل، وهذا إذا كان بعد القبض فإن كان قبل القبض رد الكل أو أمسكه، سواء كان في وعائين أو وعاء واحد ؛ لأن في رد البعض تفريق الصفقة قبل التمام^(٨).

وإن استُحق بعضه بعد القبض^(٩) ليس له أن يرد ما بقي بسبب الشركة ؛ لأن الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا.

وعن أبي حنيفة في رواية، له أن يرد ما بقي ؛ لأن الشركة فيها توجب مؤنة القسمة

(١) في « ج ، د » أخذه كله أو رده كله.

(٢) في « ب » فإن.

(٣) « جاز له أن يرد المعيب خاصة » ساقط من « ج ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « د ».

(٥) في « ب » بمعنى واحد. وفي « د » بمعنى شيء واحد.

(٦) في « د ، هـ » ذكره في النوادر رواية عنه. ولم أجد هذه الرواية وإنما ذكر الكاساني وابن الهمام أن

الطعام عند أبي حنيفة كشيء واحد ، وقال ابن نجيم أن الكيلي والوزني عندنا واحد. انظر: بدائع

الصنائع، ٢٩٠/٥ ؛ شرح فتح القدير، ٣٧٢/٦ ، ٣٨٨ ؛ البحر الرائق، ٦٩/٦ ؛ الفتاوى الخانية

؛ ١٨٩/٢

(٧) في « ب » وعائين.

(٨) في « ج ، د ، هـ » تمامه.

(٩) « بعد القبض » ساقط من « د ».

وفيه ضرر بالمشتري فكان له أن يرد ما بقي كما لو اشترى ثوبا وقبضه فاستحق بعضه.

وفي خيار الرؤية إن اشترى مكيلا أو موزونا في الوعاء فرأى بعضه ورضي به ^(١) لا يكون له أن يرد الباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين ، وهو الصحيح. وقال مشايخ بلخ في الوعاءين له أن يرد الآخر ^(٢) والأول أصح ^(٣) لأن برؤية أحدهما ^(٤) يعرف حال الآخر ^(٥).

رجل اشترى زيتا على أن ^(٦) يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد ؛ لأن مقتضى العقد أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسى أن ^(٧) يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر فإذا شرط أن يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فقد شرط شرطا يخالف مقتضى ^(٨) العقد فيفسد العقد ^(٩) ولو اشترى ^(١٠) على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز ؛ لأنه شرط ^(١١) يقتضيه العقد ^(١٢).

رجل اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد على قول أبي حنيفة ^(١٣). وقال أبو يوسف ومحمد البيع ^(١٤) جائز إذا كانت الدار مائة ذراع.

(١) في « ج » بذلك.

(٢) « الآخر » ساقط من « د ، هـ ».

(٣) « والأول أصح » ساقط من « د ».

(٤) في « ب ، د ، هـ » لا يعرف. والصحيح ما أثبت.

(٥) انظر: بدائع الصنائع، ٢٩٤/٥ ؛ البحر الرائق، ٣٢/٦ ؛ الفتاوى الخانية ١٨٩/٢ ؛ حاشية أحمد

شلي على التبيين ٢٦/٤ ؛ شرح فتح القدير، ٣٤٣/٦.

(٦) في « ج ، د ، هـ » أنه.

(٧) « أن » ساقط من « أ ، ب ، ج ، د ».

(٨) في « أ » موجب.

(٩) « العقد » ساقط من « د ».

(١٠) في « ج » زاد، منه.

(١١) « شرط » ساقط من « ب ».

(١٢) في « أ ، ب ، د » ما يقتضيه العقد. انظر: الفتاوى الهندية، ١٢٦/٣ .

(١٣) « على قول أبي حنيفة » ساقط من « أ ، ب ، ج ».

(١٤) « البيع » ساقط من « أ ، ب ، ج » وفيها: وهو.

لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع من الدار عشر الدار فيجوز كما لو قال بعث منك عشر الدار أو قال بعث منك عشرة أسهم من مائة سهم من الدار.

ولأبي حنيفة أن الذراع اسم لما يذرع به وهو الخشبة وقد يستعار للمسوح مجازا للحلول^(١) فعل الذراع فيه والشائع لا يحله الذراع^(٢) فقبل الذرع محل العقد معدوم أو مجهول فلا يجوز العقد بخلاف السهم ؛ لأنه اسم لجزء شائع.

وذكر الخصاف^(٣) أن العقد فاسد ؛ لجهالة^(٤) ذرعان الدار حتى لو عرفت جملة^(٥) الذرعان^(٦) جاز عنده، وجواب الكتاب مطلق ، وهو الصحيح [١٤٢/د ب] ووجهه ما ذكرنا. رجل اشترى دارا على ألف ذراع فوجدها أكثر من ذلك فهي كلها له لما ذكرنا أن زيادة الذرعان في المذروع بمنزلة الصفة فتستحق تبعا للجملة.

وإن اشترى دارا على ألف ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها أكثر فهو بالخيار إن شاء أخذها وزاد في الثمن بحسب ذلك وإن شاء ترك، وإن وجدها أنقص أخذها بحصته إن شاء؛ لأن الذرعان صفة في المذروع لما ذكرنا [٣٦/أ أ] إلا أنه يحتمل أن يكون مقصودا ؛ لأنه شيء منتفع في نفسه فإذا سمي لكل ذراع ثمنا فقد جعله مبيعا مقصودا ؛ لأن المبيع المقصود ما يقابله الثمن مقصودا^(٧) وإن لم يسم لكل ذراع ثمنا بقي تبعا فتسلم الزيادة للمشتري من غير ثمن ولا خيار له ؛ لأنه وجدته أكمل مما شرط له^(٨) فلا يخير كما لو اشترى عبدا على أنه أعمى فوجده بصيرا. وإن انتقص^(٩) كان له الخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده^(١٠) كما لو اشترى

(١) في « د » فجاز حلول.

(٢) في « أ، ب » الذرع.

(٣) انظر: البحر الرائق، ٣١٥/٥ ؛ حاشية ابن عابدين ٥٤٤/٤ ؛ شرح فتح القدير، ٢٧٦/٦ .

(٤) في « ج » زاد، جملة.

(٥) في « ب » جهالة.

(٦) في « ج » ذرعان الدار.

(٧) مقصودا « ساقط من « أ، ب، ج » .

(٨) في « ب » يشترط « له » ساقط من « أ، ب، د، هـ » .

(٩) في « د، هـ » نقص.

(١٠) في « أ، ب، ج » ترك.

عبدا على أنه بصير فوجده (١) أعمى.

وإن سمي لكل ذراع ثمنا فزاد يخير المشتري إن شاء أخذه وزاد في الثمن بحسابه وإن شاء ترك ؛ لأنه ربما لا يكون له ثمن الزيادة ولا يمكنه أخذ ما سمي إلا بزيادة الثمن فيخير. وإن انتقص كان له الخيار أيضا ؛ لأنه رغب في شرائه بشرط أنه طويل (٢) فإذا تغير عليه شرطه، يخير، فإذا (٣) اختار الأخذ يسترد حصة النقصان ؛ لأنه لما سمي لكل ذراع ثمنا أخذ كل ذراع قسطا من الثمن فيسترد حصة ما لم يسلم له.

فإن قيل: إذا وجدته أقل مما سمي وقد سمي لكل ذراع ثمنا وجب أن يفسد العقد في قول أبي حنيفة ؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في عقد واحد فيفسد العقد في الموجود كما لو اشترى ثوبين على أهما هرويان فإذا أحدهما هروي والآخر مروى فسد العقد عنده.

قلنا الذرع وإن صار أصلا بتسمية الثمن فهو وصف حقيقة فكان أصلا من وجه دون وجه فمن حيث أنه أصل لا تسلم له الزيادة إلا بعوض، ومن حيث أنه وصف لا يفسد العقد (٤) فيما وجد، بفواته (٥) كما لو فات وصف آخر، بخلاف تلك المسألة ؛ لأن ثمة كل واحد من الثوبين أصل من كل وجه وكذلك كل مذروع وممسوح.

وإن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف قال أبو حنيفة يأخذه بعشرة دراهم من غير خيار وقال أبو يوسف يأخذه بأحد عشر درهما إن شاء. وقال محمد يأخذه (٦) بعشرة ونصف إن شاء. وإن وجدته تسعة ونصف قال أبو حنيفة يأخذه بتسعة دراهم إن شاء. وقال أبو يوسف يأخذه بعشرة دراهم إن شاء وقال محمد يأخذه (٧) بتسعة ونصف إن شاء.

لمحمد رحمه الله أنه لما سمي لكل ذراع درهما كان كل نصف ذراع بنصف درهم.

(١) في « أ، ج » فإذا هو .

(٢) في « د، هـ » « أن يكون طويلا » .

(٣) في « أ، ب، ج » فإن .

(٤) « العقد » ساقط من « أ » .

(٥) « بفواته » ساقط من « ج » .

(٦) « يأخذه » ساقط من « د، هـ » .

(٧) « يأخذه » ساقط من « ج، د، هـ » .

ولأبي يوسف رحمه الله أنه لما صار كل ذراع أصلا صار^(١) كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة ففيما زاد على العشرة صار كأنه قال بعثك هذا بدرهم على أنه ذراع فإذا وجدته دون الذراع كان له الخيار إن شاء أخذه بدرهم وإن شاء تركه ولا يسقط شيء من الثمن كذلك هنا.

ولأبي حنيفة أن الدرعان صفة في الثوب وإنما يصير أصلا^(٢) ومقصودا بالتسمية وتسمية الثمن وجدت للذراع، لا لما دون الذراع، فلم يصر ما دون الذراع أصلا، فإذا وجدته عشرة ونصف يأخذ الزيادة بغير شيء وإذا وجدته تسعة ونصفا يخير إن شاء أخذه بتسعة، وإن شاء ترك لتغير شرط العقد.

قيل: هذا في ثوب تختلف جوانبه كالعمائم والأقبية^(٣) ونحوها^(٤)؛ لأن قطع البعض عن البعض^(٥) يوجب النقصان فيه. فأما إذا كان كرباسا أو ثوبا آخر لا تختلف^(٦) جوانبه فاشترى على أنه عشرة أذرع [أب/٣٦] ولم يذكر لكل ذراع ثمن^(٧) فوجدته أكثر^(٨) لا تسلم له الزيادة؛ لأن القطع في مثل هذا الثوب لا يوجب النقصان فكان بمنزلة المكييل والموزون؛ لأتهما أشياء في الحقيقة. وإنما اعتبرنا^(٩) شيئا واحدا باعتبار أن القطع وإفراز البعض عن البعض يوجب التعيب فإذا انعدم ذلك بقي على الحقيقة، وعلى هذا قالوا: إذا^(١٠)

(١) في « ج » يصار.

(٢) « أصلا » ساقط من « أ، ج ».

(٣) جمع القباء، الذي يلبس فوق الثياب. انظر: مختار الصحاح، للرازي، ص، ٥٢٠؛ المعجم الوسيط ٧١٣/٢.

(٤) في « ج » نحو هذا.

(٥) « عن البعض » ساقط من « د ».

(٦) في « ب، ج » لانتفاوت.

(٧) في « د، هـ » درهما.

(٨) في « أ » زاد « من ذلك ».

(٩) في « أ، هـ » اعتبرت.

(١٠) في « د، هـ » لو.

باع ذراعاً من هذا الكرباس يجوز البيع^(١)؛ لأنه يمكنه تسليم المبيع من غير ضرر^(٢).

رجل باع ذراعاً من ثوب من أوله على أن يقطعه البائع أو المشتري أو لم يذكر قطعا فالبيع باطل؛ لأن قطع الذراع يوجب نقصاناً في الباقي فلا يمكنه تسليم المبيع إلا بضـرر يلحقه^(٣) في غير المبيع فلا يجوز كما لو باع جذعاً في سقف فإن قطعه وسلمه قبل نقض البيع ينقلب العقد جائزاً لزوال المانع من التسليم.

وقيل ينعقد بينهما بيع بطريق التعاطي، وقيل هذا محمول على ثوب يعد^(٤) القطع فيه نقصاناً فإن كان لا يوجب نقصاناً يجوز، وكذا لو باع ذراعاً من موضع معين من الخشبة لا يجوز فإن قطع [١٤٣/د أ] وسلم ينقلب جائزاً.

رجل اشترى ثوباً كل ذراع بدرهم ولم يعلم جملة^(٥) الذرعان فالبيع فاسد فإذا علم بالذرع فهو بالخيار إن شاء أخذ كل ذراع بدرهم وإن شاء ترك.

وقال أبو يوسف ومحمد البيع جائز ويلزمه الثوب كل ذراع بدرهم علم، أو لم يعلم وهذه المسألة على^(٦) وجوه ثلاثة: ^(٧).

أحدها: أن يبين جملة الذرعان ولم يبين جملة الثمن، فقال: بعث منك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فهو جائز؛ لأن المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صار معلوماً ببيان الذرعان^(٨).

والثانية: أن يبين جملة الثمن ولم يبين جملة المعقود عليه، فقال: بعث منك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم، وهذا^(٩) جائز أيضاً؛ لأنه لما سمي لكل ذراع درهما وبين

(١) « البيع » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « د، هـ » ضرورة.

(٣) في « أ » يلزمه.

(٤) في « ب » أوجب.

(٥) في « أ » قدر. بدل، جملة. وساقط من « ج ».

(٦) في « أ » هي.

(٧) « ثلاثة » ساقط من « ج ».

(٨) في « ب، ج، د » ذرعان الثوب.

(٩) في « ج » وذلك.

جملة الثمن صار جميع^(١) الذرعان معلوما.

والثالثة: أن يقول بعث منك هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين^(٢) جملة الذرعان ولا جملة الثمن وهي مسألة الكتاب. على قول أبي حنيفة لا يجوز وعلى قولهما يجوز^(٣). وعلى هذا الخلاف إذا باع دارا كل ذراع بدرهم أو باع قطيعا من الغنم كل شاة بعشرة دراهم.

لهما أن المبيع معلوم^(٤) والثمن معلوم؛ لأن طريق المعرفة في يده وهو الذرع والعد وقيام طريق المعرفة في حق جواز البيع بمنزلة حقيقة المعرفة ولهذا لو باع شيئا بوزن هذا الحجر ذهباً بجوز.

ولأبي حنيفة أنه باع بثمن مجهول؛ لأن جميع ما يلزمه من الثمن في الحال مجهول^(٥) فلا يجوز، كما لو باع ثوبا برقمه، وبه^(٦) يتبين أن^(٧) قيام طريق المعرفة لا يكفي؛ إذ ما من جهالة إلا ولها طريق الدفع^(٨) في الجملة.

وأما إذا باع شيئا بوزن هذا الحجر ذهباً، فعن أبي حنيفة أنه لا يجوز [٣٧/أ أ]، ثم قال: وإذا علم ذلك صح ولو^(٩) لم يوقته بالمجلس، والصحيح أنه إذا علم بعد الافتراق لا يصح وإنما يصح إذا علم في المجلس؛ لأن ساعات المجلس كساعة واحدة فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد.

أما إذا افترقا تقرر الفساد لجهالة في الثمن فلا ينقلب جائزاً، بخلاف ما إذا كان الفساد بحكم شرط زائد كالأجل المجهول، وشرط الخيار أربعة أيام؛ لأن الفساد ثمة لم يتمكن في

(١) في «أ، ج، د» جملة.

(٢) في «د» لم يسم.

(٣) انظر: بدائع الصنائع، ١٥٩/د.

(٤) «معلوم» ساقط من «ج».

(٥) «مجهول» ساقط من «ج».

(٦) «وبه» ساقط من «أ».

(٧) «أن» ساقط من «أ» وفيه «وتبين طريق قيام المعرفة».

(٨) في «ب» بطريق الرفع.

(٩) «لو» ساقط من «أ، ب، ج».

صلب العقد فلا يتقيد بالمجلس ؛ لأن ثمة ^(١) لا يظهر في الحال وإنما يظهر أثر ^(٢) الفساد عند دخول اليوم الرابع ونحوه.

رجل اشترى طعاما كل قفيز بدرهم فاليوم وقع على قفيز واحد ^(٣) فإن كاله ودفعه ^(٤) إليه كل قفيز بدرهم جاز قبل الافتراق ^(٥).

وقال أبو يوسف ومحمد البيع جائز في جميع الطعام كل قفيز بدرهم. وهذه المسألة على وجهين:

إما أن قال: بعثك هذا الطعام كل قفيز بدرهم، أو قال: بعثك كل قفيز من هذا الطعام بدرهم، عندهما يجوز البيع في الوجهين في الكل، وعند أبي حنيفة في قفيز واحد.

ثم عندهما، لافرق بين الطعام وبين ^(٦) غيره [كالتطبخ والثوب وغير ذلك. وحجتهم ما ذكرنا في المسألة الأولى، وأبو حنيفة فرق بين الطعام وبين غيره] ^(٧) من المكيل والموزون ^(٨) فقال في المكيل والموزون يجوز في قفيز واحد وفي الشاة والثوب ونحوه لا يجوز أصلا ^(٩).

والفرق ^(١٠) لأبي حنيفة أن كلمة كل إذا دخلت على جملة لا يعلم متهاها، يتناول الواحد، ولهذا لو قال: لفلان علي كل درهم، يلزمه درهم واحد، وكذا لو أجر داره كل شهر بدرهم لزمه العقد في شهر واحد وكذا لو تكفل ^(١١) بنفسه امرأة عن

(١) في « ج » لأنه. و« ثمة » ساقط منه.

(٢) « أثر » ساقط من « أ ».

(٣) « واحد » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٤) في « ب، ج، د » دفع.

(٥) « قبل الافتراق » ساقط من « ج ».

(٦) « وبين » ساقط من « ب ».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٨) « من المكيل والموزون » ساقط من « ج ».

(٩) انظر: المبسوط، ٥/١٣؛ بدائع الصنائع، ٥/١٥٩؛ الهداية مع الفتح، ٦/٢٦٧.

(١٠) « والفرق » ساقط من « ج ».

(١١) في « أ، ب، ج، د » كفل.

زوجها كل^(١) شهر بدرهم لزمته الكفالة في شهر واحد، فكذلك في هذه المسائل ينصرف العقد^(٢) إلى واحد من الجملة؛ لأن جملة ذرعان الثوب وقفزان الطعام وعدد القطيع ليس بمعلوم، إلا أن بيع ذراع من الثوب وشاة من القطيع لا يجوز؛ لأن الذرعان مما يتفاوت وكذلك الشاة فيؤدي إلى المنازعة.

أما القفزان مما لا يتفاوت فجاز البيع في قفيز واحد وهما يقولان بأن^(٣) كلمة كل إذا دخلت على جملة غير معلومة يتناول الأدنى وهنا دخلت على جملة معلومة [بالإشارة فيتناول الكل كما لو دخلت] ^(٤) على جملة معلومة بالتسمية، وإذا جاز البيع في قفيز واحد عند^(٥) أبي حنيفة، كان له الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه، وكذا لو علم في المجلس بجملة الذرعان حتى جاز البيع في الكل، كان له الخيار؛ لما^(٦) قلنا في مسألة الثوب والقطيع.

وعندهما يجوز البيع في الكل في هذه المسائل^(٧) ولا خيار له؛ لأنه سلم له جميع ما اشترى. ولو قال بعثك هذه الرزمة^(٨) على أنها خمسون ثوبا بألف درهم^(٩) ولم يسم لكل ثوب ثمنًا فزاد أو نقص فسد العقد. أما إذا زاد؛ لأن الزيادة لم^(١٠) تدخل تحت البيع فتحجب ردها وأنها مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، وإن نقص فلأن حصة [٣٧/أ ب] النقصان تسقط عن المشتري وهي غير معلومة وجهالتها [أ]^(١١) توجب جهالة الباقي.

(١) « كل » ساقط من « أ ».

(٢) « العقد » ساقط من « ب ».

(٣) في « أ، ب، ج، د » بلى. بدل، بأن.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

(٥) في « د، هـ » على قول.

(٦) في « أ » كما.

(٧) في « أ » المسألة.

(٨) الرزمة: هي التي فيها ضروب من الثياب وأحلاط. أو الغرائر التي فيها الطعام. انظر: المغرب،

١٨٨؛ لسان العرب، ٢٣٩/١٢.

(٩) « درهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١٠) « لم » ساقط من « هـ ».

(١١) في النسخ كلها « جهالته » وهو الصحيح إذا كان الضمير راجعا إلى الثوب.

فرق بين هذا وبين ما إذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فزاد كانت الزيادة للمشتري. وإن نقص لا يسترد حصة النقصان ؛ لأن الذرعان صفة حقيقة^(١).
 أما بعض الثياب لا يكون تبعا^(٢) [١٤٣/د ب] للبعض، فالعقد^(٣) المضاف إلى عدد^(٤) لا يتناول غير ذلك العدد، فالثياب في الرزمة بمنزلة القفزان في الصبرة.

ولو قال بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبا بألف، كل ثوب بعشرين درهما فزاد فالبيع فاسد ؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت العقد فصار كما لو باع خمسين ثوبا من أحد وخمسين ثوبا^(٥) وذلك لا يجوز ؛ لمكان الجهالة.

فرق بين هذا وبين مسألة الثوب إذا باع ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فزاد، لا تسلم^(٦) الزيادة للمشتري من غير بدل ؛ لأن كل ذراع صار مقصودا ومع ذلك لا يفسد العقد^(٧) والفرق ما قلنا^(٨) أن الذراع وإن صار أصلا بتسمية الثمن^(٩) فهو وصف حقيقة ؛ لأنه عبارة عن طول الثوب فكان أصلا من وجه دون وجه^(١٠) فمن حيث أنه أصل لا تسلم له الزيادة بغير عوض، ومن حيث أنه وصف لا يكون^(١١) بائعا بعض الذرعان فلا يفسد العقد. أما^(١٢) بعض الثياب لا يكون تبعا للبعض فبقي المبيع^(١٣) مجهولا.

(١) « حقيقة » ساقط من « أ، ج ».

(٢) في « ب » يباع.

(٣) « فالعقد » ساقط من « د » وفيه مضافا.

(٤) في « ج، د، هـ » العدد.

(٥) « ثوبا » ساقط من « ج ».

(٦) في « د، هـ » ولم يسلم.

(٧) « العقد » ساقط من « ج ».

(٨) في « هـ » بينا.

(٩) « الثمن » ساقط من « أ ».

(١٠) « وجه » ساقط من « أ ».

(١١) « لا » ساقط من « هـ ».

(١٢) في « هـ » لنا أن.

(١٣) في « هـ » تبعا لبعض فبقي المبيع.

وإن نقص فوجده تسعة وأربعين ثوبا^(١) خير المشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك ؛ لأن الثمن معلوم إلا أنه تغير عليه شرط العقد فكان له الخيار^(٢). من المشايخ من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة يفسد العقد ؛ لأنه جمع بين المعدوم والموجود في صفقة واحدة^(٣) فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد، كما لو^(٤) جمع بين حر وعبد في صفقة^(٥) وسمى لكل واحد منهما ثمنا، عند أبي حنيفة^(٦) لا يجوز البيع في القن، وعندهما يجوز كذلك ههنا^(٧). ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل وإليه مال شيخ الإسلام شمس الأئمة السرخسي^(٨) فقال^(٩) لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد.

رجل اشترى سمنا في زق، فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع، الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري ؛ لأن الاختلاف وقع في المقبوض فكان القول قول القابض كالغاصب مع المغصوب [منه، إذا اختلفا في المغصوب فإن القول قول الغاصب]^(١٠) وكذا المودع مع صاحب الوديعة ولأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن وهو ينكر فيكون القول قول المشتري مع اليمين. والله أعلم.

(١) « ثوبا » ساقط من « هـ ».

(٢) انظر: التفصيل في شرح فتح القدير، ٢٧٣/٦ — ٢٧٤ .

(٣) « واحدة » ساقط من « ج ».

(٤) « لو » ساقط من « ب ».

(٥) في « ج » زاد « واحدة ».

(٦) في « ج » عنده.

(٧) انظر: بدائع الصنائع، ١٤٥/٥ ؛ شرح فتح القدير، ٤٥٦/٦ ؛ العناية، ٢٧٦/٦ .

(٨) انظر: المبسوط، ٢/١٣ — ٣.

(٩) في « د » الحلواني « فقال » ساقط من « د ».

(١٠) ما بين المعقوفين ساقط من « هـ ».

باب اختلاف البائع والمشتري في الثمن

رجل اشترى عبدين وقبضهما ، ومات أحدهما واختلفا في الثمن: فالقول قول المشتري مع اليمين إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له ^(١) وذكر في الأصل ^(٢) [٣٨/أ] إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا.

وقال أبو يوسف رحمه الله القول قول المشتري في حصة الهالك مع يمينه ويتحالفان على القائم ويترادان. وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد القائم وقيمة الهالك على البائع وهذا بناء على أن هلاك السلعة بعد القبض عندهما يمنع التحالف وعلى قول محمد ^(٣) والشافعي رحمه الله لا يمنع ^(٤) وتقوم قيمة المبيع [مقامه إن كان من ذوات القيم] ^(٥) أو مثله إن كان مثليا في حق التحالف.

حجته قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » ^(٦) ولأن كل واحد منهما يدعي عليه عقدا غير ما يدعيه صاحبه ^(٧) فيحلف كل واحد منهما على دعوى الآخر كما لو كانت السلعة قائمة.

ولهذا لو هلك أحدهما قبل القبض يتحالفان، وإذا حلفا ^(٨) لم يثبت أحد العقدين فيجب عليه رد المقبوض وقد عجز عن رده فيغرم قيمته.

ولهما أن التحالف بعد القبض أمر بخلاف القياس ؛ لأن الشرع أوجب اليمين على

(١) في « أ » زاد، من الهالك.

(٢) انظر: ٧٠/٥ .

(٣) في « ب » أبي يوسف والصحيح: محمد. انظر: بدائع الصنائع، ٢٦٠/٦ ؛ معرفة السنن، ١٣٩/٨

(٤) وبه قالت المالكية والحنابلة إلا في رواية عن الإمام مالك والإمام أحمد، يمنع التحالف. انظر:

المبسوط، ٢٠١/١٢ ؛ بدائع الصنائع، ٢٦٠/٦ ؛ حاشية الدسوقي، ١٨٨/٣ ؛ بداية المجتهد،

١٩٢/٢ ؛ المهذب، ٢٩٤/١ ؛ كشف القناع، ٢٣٦/٣ ؛ المغني، ١٤٦/٤ .

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٦) سيأتي تحريجه في الحديث الذي بعد هذا.

(٧) في « ج » الآخر.

(٨) في « ج » تحالفا. وفي « د » اختلفا.

المنكر وبعد القبض، المشتري وإن كان (١) مدعيا صورة فليس بمدع معني ؛ لأن المبيع سلم له رقبة ويذا فلم يكن البائع منكرا معني، وإنما (٢) البائع يدعي زيادة الثمن على المشتري والمشتري ينكر ذلك فوجب أن يكتفى بيمين المشتري. وإنما عرف التحالف بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم: « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا » (٣) شرط قيام السلعة والسلعة اسم للكل. ولأنه لو جرى التحالف بعد الهلاك فإذا حلفا يفسخ (٤) العقد بينهما ليعود كل واحد منهما إلى أصل حقه وفسخ العقد في الهالك لا يتصور، ولهذا لا يَحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب (٥).

ومن (٦) قال بأن القيمة تقوم مقام العين [١٤٤/د أ] ، لا يصح ؛ لأن القيمة غير واجبة قبل الفسخ وقبل (٧) الفسخ المبيع هالك لا إلى بدل.

(١) في « أ، ج » وإن كان المشتري.

(٢) في « أ، ب، ج » وأما.

(٣) أخرجه أصحاب السنن من حديث ابن مسعود ، فأخرجه الترمذي، في باب ما جاء في اختلاف المتبايعين ، ٥٧٠/٣ وقال: إنه مرسل. وأخرجه أبو داود، ٢٨٥/٣ ؛ والنسائي، ٣٠٢/٤ ؛ وابن ماجه، ٧٣٧/٢ ، في كتاب التجارات. والحاكم وصححه. انظر: المستدرک، ٤٥/٢ ؛ والبيهقي في المعرفة ١٤١/٨ . واختلف العلماء فيه ، فصححه بعضهم وضعفه آخرون. قال الشافعي: في القديم في رواية الزعفراني: هذا حديث منقطع لا أعلم أحدا يصله عن ابن مسعود وقد جاء من غير وجه. انظر: معرفة السنن والآثار، ١٤٠/٨ ؛ وقال البيهقي: وأصح إسناد روي في هذا الباب رواية أبي العميس عن عبدالرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس. انظر: معرفة السنن، ١٤١/٨ . وقال الزيلعي: قال المنذري في مختصره : وقد روي هذا الحديث من طرق عسن ابن مسعود كلها لا تثبت ... وفيه ابن أبي ليلي وهو ضعيف. وأيضا نقل عن ابن الجوزي، أن أحاديث هذا الباب مراسيل وضعاف. ثم نقل عن صاحب التنقيح أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل بل هو حديث حسن يحتج به، لكن في لفظه اختلاف. انظر: نصب الراية، ١٠٥/٤ — ١٠٧ وأعله ابن حزم بالإرسال. انظر: المحلى بالآثار ، ٢٥٧/٧ .

(٤) في « هـ » يفسد.

(٥) في « أ » بالغصب.

(٦) في « ج، د، هـ » وما. وفي « ب » ولا.

(٧) في « أ، ب » فقبل.

إذا ثبت هذا، فنقول^(١) عند محمد، قيام السلعة ليس بشرط للتحالف فيتحالفان، ويبدأ يمين المشتري بالله ما اشتريتها بالثمن الذي يدعي البائع ؛ لأن المشتري هو المبتدأ به في حقوق العقد وهو تسليم الثمن فكان هو البادئ بالإنكار^(٢) فإن نكل لزمه ما ادعاه البائع. وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه^(٣) المشتري فإن نكل ثبت دعوى المشتري، وإن حلف لم يثبت ما ادعاه أحدهما.

فإن اصطالحا على شيء تركا، وإن طلبا الفسخ^(٤) أو أحدهما، فسخ القاضي العقد بينهما لتعذر إمضاء العقد فيرد المشتري العبد القائم وقيمة المالك.

والقول في قيمة المالك قول المشتري ؛ لأن البائع يدعي عليه^(٥) زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول قوله مع اليمين كما لو اختلفا في قيمة المغصوب أو المقبوض بحكم عقد فاسد. وعند أبي يوسف يتحالفان على القائم ؛ لأنهما لو كانا قائمين يتحالفان عليهما ولو كانا هالكين لا يتحالفان، فإذا [٣٨/أ ب] كان أحدهما قائما يتحالفان في القائم ؛ لأن فائدة التحالف الفسخ وبعد هلاك أحد العبدتين يمكن فسخ العقد، ولهذا لو تقايلا بعد هلاك أحد العبدتين صحت الإقالة فيه.

وصورة التحالف عند أبي يوسف أن يحلف المشتري أولاً، بالله ما اشتريت العبدتين^(٦) منه بالثمن الذي يدعي البائع ، فإن نكل ثبت ما ادعاه البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعي المشتري فإن نكل ثبت ما ادعاه المشتري. وإن حلف لم يثبت فيفسخ العقد بينهما في القائم فيرد^(٧) القائم ويتقرر على المشتري حصة المالك من الثمن الذي يُقرُّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة المالك ؛ لأن وجوب القيمة بحكم^(٨) انفساخ العقد، والعقد

(١) في « أ، ب، ج » نقول.

(٢) في « ج » في الإنكار.

(٣) في « ب، ج، د، هـ » يدعي.

(٤) في « أ، ب، ج » فسخ العقد.

(٥) « عليه » ساقط من « هـ ».

(٦) في « هـ » العبد.

(٧) في « أ » ويرد. وفي « د » رد.

(٨) في « أ، ب، ج » حكم.

في الهالك لم يفسخ عند أبي يوسف رحمه الله.

وطريق معرفة حصة الهالك من الثمن أن يقسم الثمن الذي أقر^(١) به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فإن اتفقا أن^(٢) قيمتهما يوم القبض كانت واحدة^(٣) يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري وسقط عنه النصف^(٤) وإن تصادقا على^(٥) أن قيمتهما يوم القبض [كانت على التفاوت بأن تصادقا أن قيمة الهالك كانت]^(٦) على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن وكذا لو تصادقا على عكس هذا.

وإن اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة، وقال البائع لا^(٧) بل كان^(٨) على العكس، كان القول قول البائع مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على وجوب الثمن الذي أقر به المشتري ثم المشتري [بدعواه على هذا الوجه]^(٩) يدعي سقوط زيادة من الثمن، والبائع ينكر فيكون^(١٠) القول قول البائع مع يمينه. وأيهما أقام البينة قبلت بيته؛ لأنه نورّ دعواه بالحجة. وإن أقاما البينة فيينة البائع أولى.

ونظير هذا ما ذكر في الجامع^(١٢) رجل اشترى عبدين وقبضهما قبل نقد الثمن فوجد بأحدهما عيبا فرده وهلك الآخر عند المشتري يجب على المشتري حصة الهالك من الثمن. فإن اختلفا في

(١) في « أ » يقر.

(٢) في « أ » على.

(٣) في « أ » إن كانت واحدة وفي « ج، د، هـ » كان واحدا.

(٤) في « ب، ج، د » نصف الثمن.

(٥) « على » ساقط من « أ، ج ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « د ».

(٧) « لا » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٨) « كان » ساقط من « د، هـ » و« بل » ساقط من « ج ».

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

(١٠) في « ب، هـ » فكان. وفي « ج » ويكون.

(١١) في « هـ، د » فأيهما.

(١٢) انظر: الجامع الكبير ص، ٢٥٨. قريب منه.

قيمة الهالك فقال البائع كانت قيمة الهالك يوم القبض ضعف قيمة المردود، وانقسم الثمن^(١) عليهما أثلاثا. وقال المشتري بل كانت قيمة الهالك نصف قيمة المردود وسقط عني^(٢) ثلثا الثمن كان القول قول البائع مع يمينه ؛ لما قلنا^(٣).

[وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى (لأن بينة البائع تثبت زيادة)^(٤)] ولأن قبول البينة^(٥) يعتمد صورة الدعوى وقد وجد منهما، إلا أن بينة البائع تثبت زيادة في ذمة المشتري^(٦) وبينة المشتري تنفي تلك^(٧) الزيادة والبيانات شرعت للإثبات لا للنفي فما كان أكثر إثباتا كلن^(٨) أولى. ويجوز أن يكون القول قوله. وإن أقاما البينة كانت بينته أولى وقد ذكرنا هذا في فصل السلم.

ومن الناس من قال، على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يتحالفان على [٣٩/أ] هذا الوجه بل يتحالفان على القائم لا غير؛ لأن العقد يفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح ؛ لأن المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع، يحلف، فإن من اشترى شيئين بألفي^(٩) درهم إذا حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف^(١٠) كان^(١١) صادقا وكذلك البائع لو حلف بالله ما بعث القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري يحلف ويكون^(١٢) صادقا فيه، فلا يفيد التحالف، فيحلف على الوجه الذي ذكرنا.

(١) « الثمن » ساقط من « أ، ب، د ».

(٢) « عني » ساقط من « د ».

(٣) « لما قلنا » ساقط من « د ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « د » وما بين القوسين ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) في « أ » اليمين.

(٦) « المشتري » ساقط من « د، هـ ».

(٧) « تلك » ساقط من « ج ».

(٨) « كان » ساقط من « هـ ».

(٩) في « أ، ب، د، هـ » بألف. والصحيح والله أعلم، بألفي لوروده في المبسوط أيضا ٢٠٢/١٢.

(١٠) في « د » بخمسائة درهم.

(١١) في « د » يكون.

(١٢) في « ج » ولا يكون.

وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يتحالفان ؛ لأن التحالف بعد القبض عرف نصا والنص ورد حال قيام السلعة والسلعة اسم للكل، فإذا هلك البعض فات (١) الشرط الذي يتعلق (٢) به التحالف (٣) فلا يجري التحالف، ثم (٤) قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى [١٤٤/د ب] إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن (٥) الميت شيئا، واختلفوا في معناه:

قال بعضهم: أراد بذلك أنهما لا يتحالفان إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الحي على وجه الفسخ ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا (٦) فحينئذ يتحالفان ؛ لأن البائع إذا ترك الخصومة في الهالك صار كل المعقود عليه هو القائم فيتحالفان فيه. ويحلف كل واحد منهما على الوجه الذي ذكرنا، لأبي يوسف رحمه الله (٧).

وقال بعضهم: أراد بذلك أنهما لا يتحالفان (٨) ويكون القول قول المشتري مع يمينه إلا إذا رضي البائع أن يأخذ الحي ولا يخاصمه في الهالك فحينئذ لا يحلف المشتري (٩). واختلفوا أيضا في قوله ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا قال بعضهم: أراد بذلك أنه لا يأخذ شيئا بزعم نفسه بل يترك الخصومة في الزيادة ويأخذ ما يُقَرُّ به المشتري؛ لأن البائع لا يترك على المشتري ما هو مقر به (١٠).

رجل اشترى شيئا فمات البائع أو المشتري ووقع الاختلاف في الثمن بين الحي وورثة

(١) في « أ » فإن.

(٢) في « ب، د، هـ » تعلق.

(٣) في « أ » قد فات.

(٤) « ثم » ساقط من « د، هـ ».

(٥) « ثمن » ساقط من « د ».

(٦) « شيئا » ساقط من « ج، د ».

(٧) وهذا رأي مشايخ بلخ. انظر: تبين الحقائق، ٣٠٩/٤.

(٨) في « ج » زاد، في الهالك فحينئذ لا يحلف المشتري.

(٩) منهم الإمام خواهر زادة. انظر: تبين الحقائق، ٣٠٩/٤.

(١٠) منهم الإمام الكيساني. انظر: المبسوط، ٢٠١/١٢ — ٢٠٢؛ بدائع الصنائع، ٢٦١/٦ — ٢٦٢؛

تبين الحقائق، ٣٠٨/٤ — ٣١٠؛ شرح فتح القدير، ٢١٨/٨، ٢٢٥؛ مجمع الأثر، ٢٦٥/٢ —

الميت، إن مات البائع فإن كانت ^(١) السلعة في يد ورثته يتحالفان ؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ذكرنا أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فيتعدى إلى الورثة.

وإن كانت السلعة في يد المشتري لا يتحالفان عندهما ؛ لأن التحالف بعد القبض عرف نصا بخلاف القياس والنص ورد في المتعاقدين فلا يتعدى إلى الورثة.

وعلى قول محمد رحمه الله يتحالفان ؛ لما عرف من مذهبه، هذا إذا مات البائع.

أما إذا ^(٢) مات المشتري فإن كانت السلعة في يد البائع يتحالفان عند الكل، وإن كانت السلعة في يد ورثة المشتري عندهما لا يتحالفان، وعلى قول محمد يتحالفان وهلاك العاقد بمنزلة هلاك المعقود عليه.

رجل اشترى جارية بألف وتقابضا ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول، أراد به إذا تقايلا ولم يسلم الجارية إلى البائع بحكم الإقالة حتى اختلفا في الثمن ؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس فيتعدى إلى الإقالة.

ثم في فصل البيع إذا حلغا ^(٣) [٣٩/أ ب] وتعذر إمضاء البيع لتعذر الترجيح يفسخ العقد ليعود كل واحد منهما إلى أصل حقه، [فكذلك في الإقالة فقبل الإقالة كان حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع فإذا حلغا تفسخ الإقالة حتى ^(٤) يعود كل واحد منهما إلى أصل حقه] ^(٥) وإن كان المشتري سلم الجارية إلى البائع بحكم الإقالة ثم اختلفا في الثمن، عندهما لا يتحالفان ؛ لأن التحالف بعد القبض عرف نصا ^(٦) بخلاف القياس والنص ورد في البيع فلا يتعدى إلى الإقالة ؛ لأنها ليست ببيع من كل وجه، ويكون القول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عليه زيادة الثمن، وهو ينكر، وعلى قول محمد رحمه الله يتحالفان وتفسخ الإقالة وكذلك في الإجارة ، إذا اختلفا قبل استيفاء المنفعة والأجر، يتحالفان، وبعده لا.

رجل أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في رأس المال فالقول قول

(١) في « أ » وكانت.

(٢) في « أ » فإن. وفي « ب، ج » وإن، بدل، أما إذا.

(٣) في « أ » اختلفا.

(٤) « حتى » ساقط من « ج ».

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٦) « نصا » ساقط من « أ، ج، د، هـ ».

المسلم إليه مع يمينه ولا يعود السلم ؛ لأن رب السلم يدعي على المسلم إليه زيادة رأس المال وهو ينكر، أما المسلم إليه لا يدعي شيئا على رب السلم ؛ لأن المسلم فيه، سقط عنه (١) بالإقالة ؛ ولأن التحالف شرع للفسخ وإقالة السلم مما لا يحتمل الفسخ ؛ ألا ترى أن رأس المال لو كان عرضا وردّه (٢) بعيب على رب السلم ولم يسلم إليه حتى هلك في يده لا يعود السلم. ومثله لو اشترى عرضا فردّه (٣) بعيب ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده يبطل الرد ويعود البيع.

والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلو (٤) انفسخت الإقالة كان حكم انفساخها عود (٥) المسلم فيه ، والساقط لا يحتمل العود، ولو تصور لا يعود برأس المال الذي (٦) هو دين. أما الإقالة في البيع (٧) حكمها (٨) عود المبيع إلى ملك (٩) البائع فإذا (١٠) انفسخت الإقالة يعود إلى ملك المشتري وملك العين مما يحتمل العود. والله أعلم.

(١) « عنه » ساقط من « أ ».

(٢) في « أ » فردّه. وفي « ب » فيردّه.

(٣) في « ج » وردّه.

(٤) « فلو » ساقط من « أ » وفيه وانفسخت.

(٥) في « أ » لعود.

(٦) « الذي » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٧) في « أ » المبيع.

(٨) في « د، هـ » حكمها حكم.

(٩) « ملك » ساقط من « أ، ج ».

(١٠) في « أ، ب، هـ » وإذا.

باب خيار الرؤية وخيار الشرط

رجل اشترى طعاما لم يره فقال قد رضيت ثم رآه بعد ذلك ^(١) فله أن يرده ؛ لأن خيار الرؤية يثبت عند الرؤية، قال صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ^(٢) فالإبطال قبل الرؤية إبطال قبل الثبوت فلا يصح، وإن فسخ العقد قبل الرؤية صح فسخه ؛ لأن العقد غير لازم قبل الرؤية لمكان الخلل في الرضا ^(٣) فيصح فسخه.

وإن اشترى شيئا لم يره فوكل وكيفا بقبضه، فقبضه بعد ما نظر إليه لم يكن له أن يرده إلا من عيب، وإن أرسل رسولا يقبضه فقبضه الرسول ^(٤) بعد ما رآه ^(٥) كان له أن يرده.

وقال أبو يوسف ومحمد، الوكيل بمنزلة الرسول وله أن يرده. وحاصله أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية في ضمن القبض ولا يملك الإبطال مقصودا حتى لو قبضه مستورا ثم رآه وأبطل الخيار لا يبطل ^(٦).

لهما أنه وكله بالقبض لا بإبطال الخيار [١٤٥/د أ] فلا يملك الإبطال على كل حال ، كما لو كان رسولا في القبض، ولهذا قلنا إن الوكيل بالقبض لا يملك إبطال خيار الشرط وخيار العيب.

ولأبي حنيفة أن التوكيل بالشيء توكيل ^(٧) به وبما هو ^(٨) من تمام ذلك الشيء،

(١) « بعد ذلك » ساقط من « أ، ج ».

(٢) أخرجه الدار قطني، برقم (٢٧٧٩) ٥/٣ ؛ والبيهقي، في سننه الكبرى، ٢٦٨/٥ ؛ وأعلاه بالإرسال . كما ضعفه ابن حجر، انظر: تلخيص الحبير، ٩٤٩/٣ ؛ والدراية، ١٤٨/٢ ؛ نصب الراية، ٩/٤ .

(٣) « في الرضا » ساقط من « د » وفيه: قبل الرؤية. بدل، الرضا.

(٤) « الرسول » ساقط من « د ».

(٥) في « د » نظر إليه له أن يرده.

(٦) انظر: المبسوط، ٧٣/١٣ ؛ الهداية ٣٤٦/٦ ؛ الفتاوى الهندية، ٦٥/٣ .

(٧) في « أ، د، هـ » وكيل.

(٨) في « أ، ب، ج » كان.

[٤٠/أ] ولهذا قلنا إن الوكيل بالخصومة يملك القبض في ظاهر الرواية، وخيار الرؤية يمنع تمام القبض ألا ترى أنه لا يملك التفريق في خيار الرؤية بعد القبض كما لا يملكه قبل القبض فإذا وكله بالقبض مطلقا يملك القبض الكامل والناقص، فإذا قبضه وهو ينظر إليه والقبض مع النظر دلالة الرضا فقد اختار القبض الكامل فيبطل خيار الرؤية.

أما إذا قبضه مستورا فقد اختار القبض الناقص وانتهت الوكالة فلا يملك إبطال الخيول بعد ذلك ولا نص في خيار الشرط فيمنع ولئن سلمنا فنقول بأن خيار الشرط لا يمتثل إبطال^(١) مقتضى تمام القبض؛ ألا ترى أن الموكل لو قبضه وهو ينظر إليه لا يبطل خيار الشرط فكذلك الوكيل.

وأما خيار العيب: من المشايخ^(٢) من قال بأنه يبطل إذا علم به الوكيل وقبضه وحملوا قول محمد رحمه الله إلا من عيب على عيب^(٣) لم يعلم به الوكيل، ولئن سلمنا فنقول بأن^(٤) خيار العيب لا يمنع تمام القبض ولهذا لا ينفرد بالرد بعد القبض ويملك التفريق بعد القبض، بخلاف خيار الرؤية.

وأما الرسول سفير ومعبر^(٥) وليس بوكيل، قال الله تعالى: ﴿ قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ ﴾^(٦) نفى اسم الوكيل عنه، وإذا كان القبض مضافا إلى المرسل لم تكن الرسالة توكيلا بالقبض فكان تتميم القبض إلى المرسل. ولأن مبنى الرسالة على الخصوص فيقتصر على ما تلفظ به.

أما الوكالة مبناها على التعميم؛ لأنها تفويض ولهذا قلنا إن التوكيل بالقبض توكيل^(٧) بالخصومة والأمر بالقبض لا يكون توكيلا بالخصومة.

(١) في «أ، ب، د، هـ» البطلان.

(٢) هو الفقيه أبو جعفر، انظر: العناية ٣٤٦/٦.

(٣) «على عيب» ساقط من «أ».

(٤) «بأن» ساقط من «أ».

(٥) «سفير» ساقط من «أ، ب، ج» وفيها: وأما الرسول معتبر يده في القبض.

(٦) سورة الأنعام آية: ٦٦. وبداية الآية: وكذب به قومك وهو الحق قل...

(٧) في «د، هـ» وكيل.

رجل اشترى عدل زطي^(١) لم يره وقبضه فباع منه ثوبا أو وهب وسلم لم يرد شيئا منها إلا من عيب، وكذلك في خيار الشرط ؛ لأنه تعذر عليه رد ماباع فيتعذر^(٢) رد ما بقي^(٣)؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة؛ لأن تمام الصفقة يتعلق بالرضى والرضى لا يتم قبل الرؤية ؛ لأنه مجهول فرد البعض تفريق للصفقة قبل التمام وذلك باطل كالتفريق في القبول. وخيار الشرط في هذا كخيار الرؤية ، بل فوقه ؛ لأن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم وخيار الرؤية لا يمنع. وهذه جنس مسائل خيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب [وخيار الاستحقاق^(٤)، وكل ذلك على وجوه ثلاثة:

إما أن كان المشتري قبض المبيع أو قبض بعضه أو لم يقبض شيئا [^(٥) ففسي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال ما^(٦)؛ لأنه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب إن كان قبل القبض فكذلك ؛ لأن الصفقة لا تتم قبل القبض ؛ لأن تمام الصفقة إنما يحصل بانتهاء الأحكام والمقصود^(٧) وذلك لا يكون قبل التسليم [٤٠/أ ب] وثبوت ملك اليد، وإن كان قبض بعضه فكذلك ؛ لأن بتسليم البعض لا يتناهى حكم العقد.

وعن أبي يوسف إذا اشترى شيئين وقبض أحدهما فوجد^(٨) بالمقبوض عيبا يرد المعيب خاصة ؛ لأن الصفقة تمت في المقبوض فيجعل الآخر مقبوضا، وإن وجد العيب بغير المقبوض ردهما^(٩) ولا يرد المعيب خاصة ويجعل الآخر غير مقبوض، عملا بهما عند التعارض، والصحيح

(١) الرُّط جيل من الهند، إليهم تنسب الثياب الرطبية. انظر: المغرب ص ٢٠٨ ؛ القاموس المحيط ٨٦٣

(٢) في « ب » زاد « عليه ».

(٣) في « أ، ب، ج » الباقي.

(٤) هو الخيار الثابت للمشتري بسبب استحقاق المبيع كله أو بعضه. انظر: درر الحكام شرح مجلة

الأحكام ٣٠٨/١ المادة ٣٥١ ؛ الفقه الإسلامي وأدلته ٥٣٤/٤ ؛ الموسوعة الفقهية، ٦٠/٢٠ —

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « د ».

(٦) « ما » ساقط من « أ ».

(٧) في « أ » العقود.

(٨) في « د » بأحدهما وهو.

(٩) في « أ، ج، د، هـ » يردهما.

ما ذكر في ظاهر الرواية لما قلنا (١).

وإن قبض الكل فوجد ببعضه عيباً (٢) إن كان المبيع شيئاً واحداً كالثوب، والدار، والعبد يرد الكل أو يمسك الكل (٣) ولا يرد البعض؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، فلو رد المبيع خاصة يرده بعيب زائد وهو الشركة. وكذا لو كان المبيع مما يكال أو يوزن في وعاء واحد إذا (٤) وجد ببعضه عيباً (٥)؛ لأن تمييز المبيع عن غير المبيع يوجب زيادة نقصان في المبيع (٦) فيرد الكل أو يمسك الكل (٧) حتى لو كان في وعائين فوجد أحدهما معيباً يرد المبيع خاصة؛ لأنه قدر على رد المبيع كما قبض وإن كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدتين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المبيع خاصة؛ لأن العيب وجد بأحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة (٨) عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة، ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب (٩) بعد القبض إلا بقضاء أو رضاء وفي خيار الرؤية والشرط ينفرد بالرد.

وفي فصل الاستحقاق إن استحق بعض المبيع [قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع] (١٠) كان له أن يرد غير المستحق؛ لأن باستحقاق البعض تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام.

وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه، فإن كان المبيع عبداً (١١)

(١) انظر: الهداية، ٤٨٧/٦.

(٢) في « أ » بعضه معيباً وفي « ج » البعض.

(٣) « الكل » ساقط من « أ، ج ».

(٤) في « د، هـ » أو.

(٥) في « ج » لا يرد المبيع خاصة.

(٦) في « د، هـ » المبيع.

(٧) « يمسك الكل » ساقط من « ج ».

(٨) في « هـ » زاد، في المبيع.

(٩) في « د، هـ » ثانية.

(١٠) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(١١) في « أ، ب، ج » زاد: واحداً.

أوجارية^(١) أو ثوبا أو دارا واستحق بعضه، كان له أن يرد الباقي ؛ لأن الشركة في الأعيان
المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب.

وإن اشترى عبيد [١٤٥/د ب] أو ثوبين أو ما أشبه ذلك فاستحق أحدهما لا يرد
الباقي ؛ لأن الباقي غير معيب ولم تتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام بل الصفقة تمت فيما
كان ملك البائع، وكذا إذا كان المبيع مكيلا أو موزونا في وعاء واحد أو في وعاءين ؛ لأن
الشركة فيها لاتعد عيبا فلا يرد غير المستحق.

الأعمى إذا اشترى شيئا جاز شراؤه عندنا، خلافا للشافعي؛ لأن عنده شراء ما لم يره
لا يجوز^(٢). وعنه إن كان بصيرا فعمي^(٣) جاز تصرفه وإن كان أكمه^(٤) لا يجوز.
وإذا جاز شراؤه عندنا كان له خيار الرؤية، ورؤيته الجس^(٥) فيما يجس، والشم فيما
يشم، والذوق فيما يذاق؛ لأن هذه الأفعال، يعرف به^(٦) حال المعقود عليه لكن بصفة
النقصان فجاز أن يقام^(٧) مقام النظر في حق من يعجز عن النظر^(٨) كما يقام الإشارة في حق
الأخرس مقام النطق، فإن وجد شيء^(٩) منها، قبل الشراء لا يثبت له خيار الرؤية، وإن وجد
بعد الشراء بطل خيار^(١٠) الرؤية^(١١).

(١) « جارية » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) عند الشافعية وجهان: في وجه يصح وفي وجه لا . وعند المالكية والحنابلة يجوز بيعه وشراؤه .

انظر: المبسوط، ٧٧/١٣ ؛ حاشية الدسوقي، ٢٤/٣ ؛ المهذب، ٢٦٤/١ ؛ المجموع، ٣٠٢/٩

كشاف القناع، ١٦٥/٣ ؛ المغني، ١٥٨/٤ .

(٣) في « ج، د، هـ » ثم عمي.

(٤) الذي يولد أعمى. انظر: مختار الصحاح ٥٧٩ ؛ القاموس المحيط ١٦١٦ .

(٥) اللمس باليد. انظر: القاموس المحيط ٦٩٠ ؛ مختار الصحاح ١٠٤ .

(٦) « به » ساقط من « أ، ج، هـ ».

(٧) في « ج، د » يقوم.

(٨) في « هـ » النطق. بدل، النظر.

(٩) في « أ » شيئا.

(١٠) في « أ » يبطل خياره.

(١١) في « ج » زاد، إذا رضي به.

[٤١/أ] وإن اشترى عقارا أو ثمارا على رؤوس الأشجار قال بعضهم: ^(١) يُوكَّل إنسانا بالقبض فإذا قبض الوكيل وهو ينظر إليه بطل خيار الموكل عند أبي حنيفة رحمه الله ^(٢).
 وقال بعضهم: يوصفُ على وجه المبالغة ، فإذا قال رضيت بطل خياره، وعن أبي يوسف أنه يقام عند المعقود عليه في موضع لو كان بصيرا لراه ويوصف له، إذا قال رضيت بطل خياره ^(٣). وعنه في رواية أخرى أنه يلمس بيده ^(٤) الحائط والأشجار، فإذا قال رضيت بطل ^(٥) خياره ^(٦).

رجل اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره جاز شراؤه والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر. وجه القياس أن الخيار متى شرط في العقد يصير حقا من حقوق العقد فاشترطه لغيره يوجب فساد العقد كما لو شرط الملك لغيره أو الثمن على غيره أو التسليم على غيره ^(٧).

ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد [اشتراط للعاقدين ؛ لأنه لا وجه لإثبات الخيار لغير العاقد] ^(٨) بطريق الأصالة ويمكن إثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الأجنبي نائبا عن نفسه في التصرف بحكم الخيار اقتضاء تصحيحا لتصرف العاقد بقدر الإمكان. وزفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء. وإذا صح هذا ^(٩) الشرط فأيهما أجاز أو نقض جاز ، فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالسابق أولى، وإن خرج الكلام منهما معا، ذكر في البيوع من الأصل ^(١٠) أن تصرف الموكل أولى، نقضا كان ^(١١) أو إجازة. وذكر في المأذون أن

(١) منهم حسن بن زياد، انظر: المبسوط، ٧٧/١٣ ؛ بدائع الصنائع، ٢٩٨/٥ .

(٢) انظر: الهداية ٣٤٦/٦ ، ٣٤٩ .

(٣) وأنكر ذلك الكرخي، حيث قال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء. انظر: البحر الرائق، ٣٥/٦ .

(٤) « بيده » ساقط من « ج » .

(٥) في « أ، ب، ج » سقط .

(٦) وهذا رأي مشايخ بلخ. انظر: المبسوط، ٧٧/١٣ ؛ الهداية ٣٤٩/٦ .

(٧) انظر: المبسوط، ٤٧/١٣ ؛ بدائع الصنائع، ١٧٤/٥ ؛ الهداية ٣٢٠/٦ ؛ الاختيار، ١٤/٢ .

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » .

(٩) في « أ » جاز هذا الشرط، وفي « د، هـ » صح الشرط. وهذا ساقط منهما.

(١٠) لم أجده فيه.

(١١) « كان » ساقط من « د، هـ » .

النقض أولى فعَلَه الوكيل أو الموكل (١).

وجه رواية البيوع أن الموكل يتصرف بحكم الملك والأجنبي بحكم النيابة فيعتبر تصرف الموكل؛ لأن الموكل (٢) إنما يحتاج (٣) إلى النائب عند امتناعه (٤) عن التصرف بنفسه، لا عند اقتران تصرفه بتصرف النائب، والصحيح ما ذكر في المأذون؛ لأن (٥) النقض أقوى (٦) من الإجازة فإن النقض يرد على الإجازة والإجازة لا ترد على النقض والأدنى لا يعارض الأقوى كنكاح الحرة مع الأمة [إذا اجتمعا يصح نكاح الحرة؛ لأن نكاح الحرة يرد على نكاح الأمة] (٧) ونكاح الأمة (٨) لا يرد على نكاح الحرة، وقيل على قول محمد تصح الإجازة في النصف (٩) والفسخ في النصف ويخير العاقد الذي لا خيار له إن شاء رضي بذلك (١٠) وإن شاء رد الكل لتفرق الصفقة. وجعلوا هذه المسألة (١١) فرعاً لمسألة ذكرها في غير رواية الأصول (١٢) أن (١٣) الوكيل بالبيع إذا باع من رجل والموكل من رجل آخر ووقعا معاً، عند أبي حنيفة رحمهما الله يبيع الموكل أولى وعند محمد هما سواء (١٤) ويجوز بيع كل واحد منهما في النصف ويخير كل واحد من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء ترك.

(١) انظر: المبسوط، ١٨٨/٢٥؛ بدائع الصنائع، ٢٧١/٥.

(٢) «لأن الموكل» ساقط من «أ».

(٣) في «ب» فوض.

(٤) في «ج» إذا كان عاجزاً.

(٥) في «أ، ج، د، هـ» أن.

(٦) في «أ، ب» أولى.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «أ».

(٨) «ونكاح الأمة» ساقط من «ب».

(٩) «في النصف» ساقط من «أ، ب».

(١٠) «بذلك» ساقط من «أ».

(١١) «هذه المسألة» ساقط من «أ».

(١٢) انظر: بدائع الصنائع، ١٨٨/٥؛ الهداية ٣٢٣/٦.

(١٣) «أن» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

(١٤) انظر: الهداية ٣٢٢/٦.

وقيل على قول محمد تصرف الوكيل وتصرف الموكل^(١) سواء ، إذا لم يكن أحدهما نقضاً فإن كان أحدهما نقضاً فالتنقض أولى لقوته.

رجل باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقال في الأيام الثلاثة قد^(٢) رددته [٤١/أب] بغير محضر من المشتري، لم يكن نقضاً، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف والشافعي هو نقض^(٣). وإن أجاز بغير محضر من صاحبه [جاز عند الكل. وكذلك (لو كان الخيار للمشتري إن أجاز جاز، وإن فسخ بغير محضر من صاحبه) فهو على هذا الخلاف وكذلك^(٤) في خيار الرؤية.

والمراد من الحضرة العلم لا نفس الحضرة، فإن فسخ بغير محضر من صاحبه فبلغه قبل مضي المدة (٥) انتقض البيع وإن بلغه بعد مضي المدة^(٥) لا ينتقض والمسألة في المختلف^(٦) وإن كان الخيار للبائع فمات العبد عند المشتري في الأيام الثلاثة غرم المشتري قيمته، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يضمن شيئاً ؛ لأنه قبضه بإذنه فكان أميناً^(٧).

ولنا أنه رضي بقبضه بجهة البيع [٤٦/د أ] وقد انتقض البيع بموته في الأيام الثلاثة فيجب عليه رده وقد عجز عن رده فيغرم قيمته بمنزلة المقبوض على سوم الشراء.

وإن مات بعد مدة الخيار كان عليه الثمن ؛ لأن البيع قد^(٨) تم بمضي المدة فيجب عليه الثمن، وإن كان الخيار للمشتري فمات في الأيام الثلاثة عند المشتري كان عليه الثمن ؛ لأن

(١) في «أ، ب، ج» المالك.

(٢) «قد» ساقط من «ب، د».

(٣) وبه قالت الحنابلة. أما عند المالكية إذا أشهد على التنقض جاز وإلا فلا. انظر: الهداية ٣١٤/٦؛

المختلف للسمرقندي لوحة: ٦٩ مخطوط. ؛ حاشية الدسوقي، ١٠٠/٣ ؛ التاج والإكليل،

٤٢٠/٤ ؛ المهذب، ٢٥٩/١ ؛ مغني المحتاج، ٤٨/٢ ؛ كشف القناع، ٢٠٥/٣ .

(٤) ما بين المعوفين ساقط من «أ» وما بين القوسين ساقط من «د».

(٥) في «د، هـ» الأيام الثلاثة. بدل، المدة.

(٦) انظر: لوحة رقم: ٦٩ مخطوط.

(٧) انظر: المبسوط، ٤٦/١٣ ؛ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص، ١٧ .

(٨) «قد» ساقط من «أ، ب، د، هـ».

الموت لا يخلو عن سابقة عيب ويحدث (١) العيب يبطل خيار المشتري ؛ لأنه يعجز (٢) عن الرد كما قبض، أما خيار البائع لا يبطل بحدوث العيب عند المشتري. وإذا بقي خياره حتى مات انفسخ البيع (٣) فيجب رده (٤) على المشتري وقد عجز عن رده فيغرم قيمته.

وإن شرط الخيار أربعة أيام، فسد البيع، عند أبي حنيفة رحمه الله (٥) وهو قول زفر، وقال أبو يوسف ومحمد - وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله والشافعي (٦) يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، إذا كانت المدة معلومة، طال أو قصرت (٧).

لأبي يوسف ومحمد ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه باع ناقة بشرط الخيار شهرا (٨).

ولأبي حنيفة أن هذا شرط يخالف مقتضى العقد ؛ لأن قضية العقد للزوم وخيار الشرط يمنع الزوم، وإنما عرفنا جوازه بالنص، وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

(١) في « د، هـ » بحدوثه.

(٢) في « ب، د، هـ » عجز.

(٣) في « د، هـ » العقد.

(٤) في « د، هـ » الرد.

(٥) « عند أبي حنيفة رحمه الله » ساقط من « أ، ب، ج، د » لكن ذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وقول محمد فقط مع الشافعي. انظر: الهداية مع شرح فتح القدير، ٣٠٤/٦ - ٣٠٥.

(٦) « الشافعي » لم يرد في « أ » ولعله الصواب ؛ لأن عنده لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام. انظر: مغني المحتاج، ٤٧/٢ ؛ المجموع، ١٤٩/٩ ؛ وعند المالكية ليست للخيار مدة معلومة بل تختلف حسب المبيع، أما عند الحنابلة فيجوز أكثر من ثلاثة أيام. انظر: بداية المجتهد، ٢١٠/٢ ؛ حاشية الدسوقي، ٩١/٣ ؛ كشف القناع، ٢٠٢/٣، ٢٠٤.

(٧) انظر: المبسوط، ٤١/١٣ ؛ بدائع الصنائع، ١٧٨/٥ ؛ الفتاوى الخانية، ١٧٨/٢.

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة، ٣٠٥/٤ ؛ والدارقطني، ؛ والبيهقي، في السنن الكبرى ٢٢/٦، ٢٨٨/٨ ؛ أما في المعرفة للبيهقي، ورد بلفظ باع بعيرا بالبعيرين ٤٨/٨ - ٤٩. وقال ابن حجر: إسناده قوي. انظر: فتح الباري، ٤٨٩/٤.

لحبان بن منقذ^(١) « إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام »^(٢) والمعنى فيه^(٣) أن الخيار شرع لدفع الغبن ودفع الغبن يحصل بالثلاثة فيقتصر عليها فلو أنه شرط الخيار أربعة أيام ثم^(٤) أسقط الخيار قبل مضي الثلاثة ينقلب العقد جائزا، وقال زفر لا ينقلب^(٥).

وكذلك في الأجل المجهول إذا أسقط الأجل قبل تقرر الفساد ينقلب جائزا، عند أصحابنا رحمهم الله. وقال زفر والشافعي: لا ينقلب^(٦).

لزفر أن العقد انعقد بصفة الفساد فلا يتغير؛ إذ البقاء يكون على وفق الثبوت ولهذا لو أسقط الخيار بعد مضي^(٧) ثلاثة أيام لا ينقلب جائزا.

ولأبي حنيفة أن شرط الخيار أربعة أيام ما كان مفسدا للعقد^(٨) لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع، وتغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع لا يتحقق قبل دخول اليوم الرابع، وإنما فسد العقد في الحال بحكم الظاهر؛ لأن الظاهر دوامها على الشرط

(١) هو حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء الأنصاري، الخزرجي، له صحبة وشهد أحدا ومدا بعدها، واختلف في القصة هل وقعت له أو لأبيه منقذ بن عمرو. توفي في خلافة عثمان رضي الله عنهم. انظر: الإصابة في تمييز الصحابة ١١/٢؛ أسد الغابة، ٤٣٧/١.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع، ٦٣/٣ ومسلم في كتاب البيوع ١٧٦/١٠؛ بدون زيادة « ولي الخيار ثلاثة أيام ». وأخرجه بالزيادة المذكورة، ابن ماجه ٧٨٩/٢؛ قال البوصيري « هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق » مصباح الزجاجة، ٥٢/٣؛ والدارقطني، ٤٨/٣؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٢٧٣/٥؛ وسنده حسن. انظر: عون المعبود، ٢٨٧/٩.

(٣) في « أ » زاد، هو.

(٤) في « أ » زاد، أنه.

(٥) في « أ، ج » زاد: جائزا. وانظر المسألة في: بدائع الصنائع، ١٧٨/٥.

(٦) في « ج » جائزا. وبه قالت المالكية أيضا، وعند الحنابلة يلغى الشرط ويصح البيع ولمن فات غرضه الفسخ. انظر: بدائع الصنائع، ١٧٨/٥؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ٩٥/٣؛ بداية المجتهد، ٢١٣/٢؛ مغني المحتاج، ٤٧/٢؛ المجموع، ١٩٤/٩؛ كشاف القناع، ٢٠٣/٣.

(٧) « مضي » ساقط من « أ ».

(٨) « للعقد » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

فحكمتنا بفساد العقد بحكم^(١) الظاهر فإذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع [٤٢/أ أ] تبين أن الأمر^(٢) بخلاف الظاهر، فتبين أنه لم يكن فاسدا وكذلك في الأجل الفاسد.

رجل اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح، وإن وطئها فله أن يردّها. وقال أبو يوسف ومحمد يفسد النكاح، وإن وطئها لم يردّها.

وهذا بناء على أن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملك المشتري في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يمنع^(٣).

فإذا لم يملكها لم يفسد النكاح ويكون وطئا بملك النكاح، لا بملك اليمين فلا يطل خياره إلا إذا كانت بكرا أو ثيبا ونقصها الوطاء؛ لأن زوال العذرة بمنزلة العيب وتعييب المبيع عند المشتري يطل خيار المشتري^(٤).

وعندهما يثبت الملك للمشتري فيفسد النكاح بينهما فيكون واطئا بملك اليمين فيطل خياره^(٥).

ولهما أن الخيار^(٦) شرع نظرا لمن له^(٧) الخيار، ونظر المشتري في إثبات حق الفسخ له، لا في منع الملك، ولأن المبيع خرج عن ملك البائع بالإجماع، فلو لم يدخل في ملك المشتري يبقى الملك بلا مالك وذلك محال.

ولأبي حنيفة أن^(٨) المشتري لم يرض بحكم العقد حيث شرط الخيار لنفسه فلا يثبت حكم العقد^(٩) في حقه، ولهذا لم يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع ودخول السلعة في ملكه من

(١) « بحكم » ساقط من « أ ».

(٢) في « هـ » الأول. بدل، الأمر. « و أن » ساقط من « ب، ج، د ».

(٣) انظر: الهداية ٦/٣٠٧، ٣٠٩.

(٤) في « أ » خياره.

(٥) انظر: الهداية ٦/٣٠٧.

(٦) في « د » خيار الشرط.

(٧) « لمن له » ساقط من « د » وفيه: نظرا في الخيار.

(٨) « أن » ساقط من « ج ».

(٩) « العقد » ساقط من « أ ».

أحكام العقد ، ولأن فيه اجتماع البدلين بعقد المعاوضة في ملك شخص^(١) واحسد وذلك محال.

وقوله بأن^(٢) فيما قلتم إبقاء الملك بلا مالك. قلنا: ذلك جائز في الجملة ؛ ألا ترى أن من اشترى عبدا بمال الكعبة لخدمة الكعبة يجوز، وكذلك الأوقاف كلها ملك بلا مالك وثمرة هذا^(٣) الخلاف تظهر في مسائل:

منها: إذا اشترى قريبه على أنه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق في قول أبي حنيفة ولا يبطل خياره^(٤) وعندهما يعتق ويبطل خياره.

ومنها: إذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح، على أنه بالخيار ثلاثة أيام عند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له، ولا يبطل خياره وعندهما تصير أم ولد له، ويبطل خياره.

ومنها: إذا اشترى جارية على أنه بالخيار، وقبضها فحاضت حيضة واحدة في مدة الخيار أو حاضت بعض الحيضة في مدة الخيار، ثم تم البيع بينهما، لا يجتزىء بتلك الحيضة من^(٥) الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما [.... رضي الله عنهما، قال]^(٦) ولو فسخ البيع بحكم الخيار وعادت إلى ملك البائع، لا يجب الاستبراء على البائع [في قول أبي حنيفة، وعندهما إن كان الفسخ بعد القبض يجب الاستبراء [١٤٦/د ب] على البائع]^(٧) قياسا واستحسانا، وإن كان قبل القبض يجب قياسا ولا يجب استحسانا.

ومنها: أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع ثم أودعه البائع، في مدة الخيار فهلك العبد عند البائع في مدة الخيار أو بعد مضيها، يهلك على البائع، ويبطل البيع في قول أبي حنيفة؛ لأن المشتري لم يملك المبيع فلم يصح إيداعه فجعل نقضا للقبض، وإذا انتقض القبض

(١) « شخص » ساقط من « ب » .

(٢) « بأن » ساقط من « ب، د » .

(٣) « هذا » ساقط من « ج، د، هـ » .

(٤) « ولا يبطل خياره » ساقط من « أ، ج » .

(٥) في « د، هـ » في حق .

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج » .

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « هـ » .

صار الحال بعد القبض كالحال قبله (١).

وعندهما يهلك على المشتري [٤٢/أ ب] ويتقرر عليه الثمن؛ لأنه (٢) أودع ملسك نفسه فصح إيداعه فكان هلاكه عند البائع كهلاكه عند المشتري.

ومنها: إذا اشترى المأذون له (٣) في التجارة شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع عن الثمن قبل سقوط الخيار صح الإبراء، استحساناً ولا يبطل خياره عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أجاز البيع وأخذ السلعة بغير ثمن، وإن شاء فسخ.

وعندهما يبطل خياره؛ لأنه ملك المبيع عندهما فلو رده على البائع يردّه (٤) بغير ثمن فيكون تبرعاً، والعبد المأذون (٥) لا يملك التبرع، فإذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة.

وعند أبي حنيفة خياره يمنع (٦) ثبوت الملك له، فكان الرد بحكم الفسخ امتناعاً، عن التملك والعبد يملك ذلك كما يملك الامتناع عن قبول الهبة (٧).

رجل باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد. وهذه المسألة على وجوه أربعة:

أحدها أن لا يُعَيَّنَ الذي فيه الخيار ولا يبين (٨) ثمن كل واحد منهما، وهو فاسد لجهالة المبيع والثمن.

أما جهالة المبيع؛ فلأن حكم البيع لا يثبت فيما شرط فيه الخيار، ويثبت في الآخر، وما يثبت الحكم فيه، غير معلوم في الحال فكان المبيع مجهولاً.

وأما جهالة الثمن فلأنه لو ثبت حكم العقد في الذي لا خيار فيه يثبت بحصته من

(١) في «أ» قبل القبض.

(٢) في «هـ» زاد، إذا.

(٣) «له» ساقط من «ج، د».

(٤) في «أ، ب» لردّه.

(٥) «المأذون» ساقط من «أ، ج».

(٦) في «أ، ب، هـ» منع.

(٧) انظر، في المسائل المذكورة، المبسوط، ٦٦/١٣ - ٦٧؛ شرح فتح القدير والهداية ٣٠٩/٦ -

(٨) في «د» لا يعين.

الثلث وهي غير معلومة، وجهالة المبيع أو الثمن توجب فساد العقد فجهالتها أولى.
والوجه الثاني إذا عيّن الذي فيه الخيار ولم يبين ثمن كل واحد منهما، فقال بعت منك
هذين العبدین بألف على أني بالخيار، في هذا العبد^(١) بعينه ثلاثة أيام^(٢) فهو فاسد لجهالة
الثلث.

والوجه الثالث أن يبين ثمن كل واحد منهما ولم يعين الذي فيه الخيار فقال بعت منك
هذين العبدین بألف، كل واحد منهما بخمس مائة على أني بالخيار في أحدهما، ثلاثة أيام فهو
فاسد أيضا لجهالة المبيع.

والوجه الرابع أن يعين الذي فيه الخيار ويبين ثمن كل واحد منهما، فقال بعت منك
هذين العبدین كل واحد منهما بخمس مائة على أني بالخيار ثلاثة أيام في هذا العبد^(٣) بعينه،
ففي هذا الوجه جاز العقد؛ لأن المبيع معلوم والثلث معلوم.

رجلان تبايعا عبدا وأحدهما بالخيار ثلاثة أيام فصدقة الفطر على من يصير العبد له
والقياس أن يجب الفطر على من كان الملك له يوم الفطر، وهو قول زفر؛ لأنها مؤنة الملك
فتجب على المالك وقت الوجوب^(٤).

وجه الاستحسان أن الملك قبل سقوط الخيار متردد، وإذا تقرر يستند إلى وقت البيع
فكذلك ما ينبني عليه وهو الصدقة.

رجل اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو
جائز وكذلك في^(٥) الثلاثة وإن كانت الثياب أربعة فهو فاسد والقياس أن يفسد في الثوبين
والثلاثة أيضا [٤٣/أ] وهو قول زفر؛ لأن المبيع مجهول فلا يجوز^(٦). كما لو قال بعت منك
أحد هذين الثوبين ولم يذكر الخيار، وكما لو كانت الثياب أربعة وذكر الخيار، أو لم

(١) « العبد » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) « ثلاثة أيام » ساقط من « د، هـ ».

(٣) « العبد » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) انظر: بدائع الصنائع، ٧١/٢.

(٥) « في » ساقط من « أ ».

(٦) انظر: المبسوط، ٥٥/١٣؛ الهداية ٣٢٥/٦.

يذكر^(١).

وجه الاستحسان أن جواز البيع بشرط الخيار ثبت لمساس الحاجة إلى دفع الغبن وقد تحققت الحاجة ههنا، والنظر إلى الثوبين أو الثلاثة، لاختيار الأجدد والأوفق طريق لدفع الغبن فالشرع الوارد ثمة، يكون واردا هنا، وما قال من الجهالة قلنا هذه^(٢) جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن تعيين المبيع مفوض إلى من له الخيار، بخلاف ما إذا لم يفوض إليه التعيين وإنما لا يجوز في الأربعة، لانعدام الحاجة، فإن الحاجة إلى الاختيار إنما تثبت لاختلاف الأوصاف والأوصاف ثلاثة جيد، ووسط، وورديء وجميعها توجد في الثلاث، فلا حاجة إلى الأربعة؛ ولأن في الأربعة يتفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة^(٣).

وضع محمد رحمه الله المسألة هنا فيما إذا بين مدة الخيار، فقال يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام. وهكذا ذكر في المأذون ووضع المسألة في الجامع وغيره^(٤) على أن يأخذ أيهما شاء بكذا ولم يذكر الزيادة.

واختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة؛ لأن خيار التعيين مما لا يتوقت [١٤٧/د أ] فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة وذكر هذه الزيادة في الكتاب وقع اتفاقا^(٥).

وقال أكثر المشايخ: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما، ثلاثة أيام فما دونها في قول أبي حنيفة، والزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن القياس يأبي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وإنما جاز استحسانا بطريق الإلحاق، بموضع السنة وهو شرط الخيار ثلاثة أيام^(٦) فلا يصح بدونه^(٧). فإن شرط ذلك يثبت له خيار الشرط

(١) «أو لم يذكر» ساقط من «ج، د، هـ».

(٢) في «د، هـ» هو.

(٣) في «أ» فتكون الجهالة أكثر.

(٤) انظر: الجامع الكبير ص ٢٣٠ «فيه عبيد بن بدل ثوبين»؛ المبسوط، ٥٥/١٣؛ الهداية مع

الفتح، ٣٢٦/٦—٣٢٧؛ تبين الحقائق، ٢١/٤؛ درر الحكام شرح غرر الأحكام، ١٥٥/٢.

(٥) انظر: البحر الرائق، ٢٤/٦.

(٦) «ثلاثة أيام» ساقط من «أ، ب، ج».

(٧) انظر: العناية ٣٢٦/٦.

مع خيار التعيين فإن ردهما بخيار الشرط في الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك أيضا (١) وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط فلا يملك ردهما (٢) ويبقى خيار التعيين فيرد أحدهما.

وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى للوارث خيار التعيين فلا يردهما الوارث، وله أن يرد أحدهما (٣).

ولو هلك أحد الثوبين قبل الاختيار أو أصابه عيب يلزمه ثمن الهالك ويتعين القائم للرد؛ لأنه لا يملك تعيين المعيب والهالك للرد؛ لأن فيه إضرارا بالبائع والمفوض إليه التعيين لا إلحاق الضرر بالبائع، فإذا عجز عن رد الهالك تعين القائم للرد (٤) ضرورة.

وإن ماتا (٥) معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ لأن أحدهما مبيع والآخر أمانة فإذا هلكا معا شاع الضمان والأمانة فيهما فيلزمه نصف ثمن (٦) كل واحد منهما وهذه المسألة على وجوه ثلاثة:

أحدها: أن يقول: اشتريت منك ثوبا [٤٣/أ ب] واحدا من هذين الثوبين بعشرة دراهم (٧) على أبي بالخيار آخذ أيهما شئت.

والثاني: أن يقول اشتريت منك هذين الثوبين على أبي بالخيار آخذ (٨) أيهما شئت بعشرة دراهم وأرد الآخر، ففي هذين الوجهين المشتري أحدهما.

أما في الوجه الأول؛ فلأنه أضاف الشراء إلى أحدهما، وأما في الوجه الثاني؛ فلأنه وإن أضاف الشراء إليهما لكن لما قال آخذ أحدهما (٩) وأرد الآخر لا محالة، تبين أنه اشترى

(١) « أيضا » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) في « هـ » رد أحدهما.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية، ٥٥/٣.

(٤) للرد « ساقط من « أ، ج » وفي « ج » تعين المبيع.

(٥) في « ج » هلكا.

(٦) ثمن « ساقط من « أ ».

(٧) دراهم « ساقط من « د، هـ ».

(٨) آخذ « ساقط من « أ ».

(٩) في « هـ » أيهما.

أحدهما ؛ لأن رد الآخر لا محالة، إنما يكون إذا كان المشتري أحدهما.

والوجه الثالث: أن يقول اشترت منك هذين الثوبين على أني بالخيار في أحدهما فقسي هذا الوجه، المشتري كلاهما جميعا، فإن بين ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار يجوز وإلا فلا، لما قلنا.

رجل اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار يجنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر؛ لأن عنده خيار المشتري يمنع دخول السلعة في ملكه فلا يكون جارا^(١) ما لم يسقط خياره، والإقدام على الشفعة يكون إسقاطا للخيار^(٢).

وأما على قولهما فلأن الأخذ بالشفعة دلالة استبقاء الملك ؛ لأن حق الشفعة شرع لدفع ضرر الدخيل والإنسان لا يدفع ضرر الجار عن نفسه في دار يريد الرد^(٣).

رجلان اشترى غلاما^(٤) على أنهما بالخيار فرضي أحدهما، فليس للآخر أن يرده. وقال أبو يوسف ومحمد له أن يرده وكذلك في خيار الرؤية وخيار العيب^(٥).

لهما أن الخيار يثبت حقا لهما وحق كل واحد منهما مميز^(٦) عن حق الآخر فلا يطل بإبطال الآخر.

ولأبي حنيفة أن حق الرد يثبت على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه^(٧) إضرار بالبائع ؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب.

رجل اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو جائز والقياس أن لا يجوز أصلا وهو قول زفر^(٨).

(١) في « د » خيارا.

(٢) في « ب، ج، د » زاد، سابقا عليه.

(٣) انظر: الهداية ٦/٣٣٠.

(٤) في « هـ » دارا. بدل، غلاما.

(٥) انظر: المبسوط، ٥٠/١٣ ؛ الهداية ٦/٣٣١.

(٦) في « أ، ب، ج، هـ » ممتاز.

(٧) في « د » بصفته.

(٨) انظر: المبسوط، ٥٠/١٣ ؛ بدائع الصنائع، ١٧٥/٥ ؛ شرح فتح القدير، ٣٠٣/٦.

وجه القياس، أن هذا بيع شرط^(١) فيه إقالة معلقة بعدم النقد فلا يجوز كما لو باع بشرط الإقالة.

وجه الاستحسان، ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه باع ناقصة بهذا الشرط^(٢) وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم مقدم على القياس^(٣)، ولأن هذا في معنى البيع بشرط الخيار؛ لأن تفسير الخيار أنه إن رضي يمسك وإن لم يرض يرد ويفسخ العقد وهذا^(٤) إنما أخذه بهذا الشرط وجعل ترك النقد في الأيام الثلاثة دليل الرد.

وإن شرط ذلك أربعة أيام فسد العقد في قول أبي حنيفة اعتبارا بالملحق به^(٥) وعند محمد، يجوز أربعة أيام وأكثر، اعتبارا بالملحق به، وقول أبي يوسف رحمه الله مضطرب، في بعض الروايات قوله مثل قول محمد اعتبارا بالملحق به^(٦) وفي بعض الروايات مثل قول أبي حنيفة، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بينه وبين البيع بشرط الخيار^(٧).

والفرق أن القياس يأبي جواز العقد بهذا الشرط [٤٤/أ أ] كما قال زفر وإنما تركنا القياس لما روينا من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والنص ورد في الثلاثة فيقتصر عليها فإن نقد الثمن^(٨) في الأيام الثلاثة يصير جائزا اعتبارا بالملحق به.

رجل اشترى دارا فرأى خارجها أو اشترى ثيابا فرأى ظاهرها^(٩) لم يكن له خيار الرؤية؛ لأن الشرط رؤية بعض المعقود عليه لا رؤية الكل^(١٠) ولكن إنما يكتفى^(١١) برؤية

(١) « شرط » ساقط من « د ».

(٢) سبق تخريجه في ص، ٣٢٢.

(٣) انظر: تأسيس النظر، ص ١٠٣؛ المبسوط، ١٠/٦؛ قواعد الفقه، ٤٣.

(٤) في « ب، ج، هـ » وهو.

(٥) في « ج » وهو خيار الشرط.

(٦) « اعتبارا بالملحق به » ساقط من « ج ».

(٧) انظر: العناية ٦/٣٠٤ — ٣٠٥.

(٨) « الثمن » ساقط من « د، هـ ».

(٩) في « ب، ج، هـ » ظهورها.

(١٠) في « د » كله.

(١١) في « د » اكتفينا.

البعض إذا كان يعرف حال الباقي، ففي العبد والجارية رؤية الوجه [١٤٧/د ب] تُعرَّف الباقي. وفي المكييل والموزون إذا كان في وعاء واحد^(١) أو أوعية فرأى البعض لا يكون له خيار الرؤية.

وقال مشايخ بلخ رحمهم الله برؤية أحد الوعاءين لا يبطل خياره. والصحيح هو الأول؛ لأن برؤية البعض يُعرف حال الباقي، فإن تغير الباقي كان له أن يردده^(٢).

وأما الثياب والطعام المختلف فرؤية البعض لا تعرف حال الباقي وفي الثوب الواحد إذا رأى موضع الطّيّ بطل خياره؛ لأنه شيء واحد فرؤية البعض يعرف الباقي، وبرؤية بعض الجوز والبيض لا يبطل الخيار؛ لأنه يتفاوت من حيث الصغر والكبر فرؤية البعض لا يعرف الباقي.

وأما الدار ذكر في الكتاب أنه^(٣) إذا رأى خارجها، أو اشترى كرمًا^(٤) فرأى رؤوس الأشجار بطل خياره.

وقيل: هذا في عرفهم؛ لأن دورهم على تقطيع واحد فرؤية الخارج يعرف حال الداخل [أما في عرفنا، الدور مختلفة فلا يكتفى برؤية الخارج]^(٥) وكذلك في الكرم لا يكتفى برؤية الخارج من رؤوس^(٦) الأشجار. والله أعلم.

(١) «واحد» ساقط من «أ، ب» وفي «هـ» أو وعاءين.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، ٢٩٤/٥؛ شرح فتح القدير، ٣٤٣/٦.

(٣) أنه «ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٤) الكرم: شجر العنب. ويأتي بمعنى العنب أيضا. انظر: مختار الصحاح ص ٥٦٨؛ المعجم الوسيط ٧٨٤/٢.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من «أ».

(٦) «رؤوس» ساقط من «د».

باب المراجعة والتولية^(١)

رجل اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه ثانياً^(٢) فإن باعه مراجعة بعد ذلك طرح عنسه كل ربح ربحه قبل ذلك، فإن كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مراجعة، وقال أبو يوسف ومحمد يبيعه مراجعة على الثمن الأخير.

وصورة المسألة^(٣) رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم^(٤) وقبض فباعه من غيره بخمسة عشر وتقابضا ثم اشتراه بعشرة، فإن^(٥) أراد أن يبيعه مراجعة فإنه يحط^(٦) عن الثمن الثاني الربح الذي ربح فيه وهو خمسة دراهم فيبيعه مراجعة على خمسة ويقول قام عليّ بخمسة. وعندهما يبيعه مراجعة على عشرة وإن كان الربح يستغرق الثمن الثاني بأن اشترى بعشرة فباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فعند أبي حنيفة لا يبيعه مراجعة من غير بيان وعندهما يبيعه مراجعة على عشرة^(٧).

لهما أن البيع الثاني بيع^(٨) صحيح بثمن معلوم، فيجوز بناء المراجعة عليه كما لو باعه المشتري من غيره ثم إن البائع الأول اشتراه من ذلك الغير وكما لو اشترى ثوبا بعشرة فباعه بعرض يساوي خمسة عشر ثم اشتراه بعشرة حل له أن يبيعه مراجعة على عشرة. ولأبي حنيفة أن يبيع المراجعة بيع أمانة تنفى عنه كل همة وخيانة؛ ألا ترى أن من

(١) المراجعة: « بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل » المصطلحات الاقتصادية. ٢٤٥؛ وقال القونوي:

« والمراجعة: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ». أنيس الفقهاء ٢١١؛ والتولية: « نقل جميع المبيع من البائع إلى المولى بما قام عليه بلفظ ولتلك من غير زيادة ولانقصان ». المصطلحات الاقتصادية، ١٠٩؛ وانظر: التعريف: في التعريفات ص، ٧١؛ أنيس الفقهاء ٢١١.

(٢) « ثانياً » ساقط من « أ، ج ».

(٣) « المسألة » ساقط من « أ ».

(٤) « دراهم » ساقط من « د، هـ ».

(٥) « فإن » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) في « أ » يطرح.

(٧) انظر: المبسوط، ٨٢/١٣؛ الهداية ٥٠١/٦.

(٨) « بيع » ساقط من « هـ ».

اشترى شيئاً بثمن مؤجل لا يبيعه مراجعة من غير بيان؛ لأن الأجل معنى يزداد في (١) الثمن لأجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الأجل فلو باعه مراجعة يصير كأنه اشترى شيئين (٢) بثمن وباع أحدهما مراجعة على جميع الثمن.

وكذا لو اشترى ثوبين [٤٤/أ ب] فباع أحدهما مراجعة على حصته من الثمن لايجوز؛ لأن حصة أحدهما من الثمن لا تعرف إلا بالحزْر (٣) والظن، ويجري فيه العَلْط. وكذا لو كان له على رجل عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لايبيع الثوب مراجعة على عشرة؛ لأن الصلح مبناه على التجوز، ولو وجد الحط حقيقة لايبيعه مراجعة فكذا إذا تمكنت الشبهة فثبت أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المراجعة وفي مسألتنا الربح الذي استفاده بالعقد الأول كان على شرف السقوط بأن يرد عليه يعيب فإذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد في بعض (٤) المواضع حكم الإيجاب ألا ترى أنهم لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول يضمنون نصف المهر لتأكيد ما كان على شرف السقوط فإذا اعتبرنا (٥) التأكيد إيجاباً يصير البائع في مسألتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة فتكون الخمسة بإزاء الخمسة، ويبقى الثوب بخمسة دراهم فيبيعه مراجعة على خمسة.

وإن باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة يصير مشترياً ثوباً وعشرة دراهم بعشرة دراهم فيبقى الثوب بلا ثمن، بخلاف ما إذا اشترى من الثالث؛ لأن التأكيد حصل ببيع المشتري من الثالث.

عبد مأذون له (٦) عليه دين يحيط برقبته اشترى ثوباً بعشرة (٧) وباعه من المولى بخمسة عشر [يبيعه المولى مراجعة على عشرة، وكذلك] (٨) لو كان المولى اشتراه

(١) « في » ساقط من « أ، د ».

(٢) في « أ » ثوبين.

(٣) الحزْر: التقدير والحزْر. القاموس المحيط، ٤٧٩.

(٤) « بعض » ساقط من « ج ».

(٥) في « أ، ب، ج » اعتبر.

(٦) « له » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٧) في « ج » زاد، دراهم.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

بعشرة دراهم^(١) وباعه من [عبده بخمسة عشر يبيعه]^(٢) العبد مرا بحة على عشرة ؛ لأن يبيع للمولى من عبده المأذون المديون والمكاتب^(٣) ويبيعهما من المولى وإن كان جائزا فله شبهة العدم؛ لأن مال العبد لا يخلو عن حق السيد، ولهذا كان للمولى أن يبيع^(٤) كسب العبد^(٥) لنفسه ويقضي الدين من مال نفسه ، والمكاتب إذا عجز وُرِدَّ في الرق كان كسبه لمولاه^(٦) فكان بائعا من نفسه من وجه ويبيع الإنسان [٤٨/د أ] من نفسه باطل ويعتبر^(٧) العبد والمكاتب^(٨) بمنزلة الوكيل عن المولى، فإذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرا بحة على الثمن^(٩) المذكور في البيع الثاني وإنما يبيع على الثمن المذكور في العقد الأول.

وكذلك رجل دفع عشرة دراهم إلى رجل مضاربة بالنصف فاشترى المضارب^(١٠) بها ثوبا وباعه من رب المال بخمسة عشر، باعه رب المال مرا بحة على اثني عشر درهما ونصف ؛ لأن يبيع المضارب من رب المال له شبهة العدم في حصة رب المال ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة دراهم ولا في حصة المضارب من الربح وهي درهمان ونصف، فيبيعه مرا بحة على اثني عشر ونصف. وقال زفر:^(١١) لا يصح بيع المضارب من رب المال، ولا يبيع رب المال من المضارب [ويبيع رب المال من المضارب]^(١٢) بمنزلة يبيع الإنسان من وكيله، والمسألة في كتاب المضاربة^(١٣).

(١) « بعشرة دراهم » ساقط من « د » .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « د » .

(٣) « المكاتب » ساقط من « د، هـ » وفيهما: ويبيعه.

(٤) في « ج، د » يمنع.

(٥) في « أ، هـ » من نفسه.

(٦) في « أ، ب، ج » للمولى.

(٧) في « ب » إذ تعبير.

(٨) « والمكاتب » ساقط من « أ » .

(٩) « الثمن » ساقط من « ب، ج، د، هـ » .

(١٠) « المضارب » ساقط من « ج » .

(١١) انظر: شرح فتح القدير، ٥٠٤/٦ .

(١٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ب، ج، د » .

(١٣) انظر: ص ٥٢٠ من هذا البحث.

ولو اشترى ممن لا تقبل شهادته له لايبيعه مراجعة من غير بيان في قول أبي حنيفة خلافا
لأبي يوسف [٤٥/أ] ومحمد^(١).

لهما أن الأملاك مختلفة متباينة فيصح شراؤه من كل وجه، ولأبي حنيفة أن منافع
الأملاك مشتركة^(٢) بينهما فتتمكن شبهة المساهلة والمساخمة^(٣).

إذا اشترى جارية فأعورت أو كانت ثيبا فوطئها كان له أن يبيعه مراجعة من غير بيان.
وإن فقاً^(٤) المشتري عينها أو فقأها أجنبي وأخذ الأرش أو وطئها وهي بكر، لايبيعهها^(٥).
مراجعة حتى يبين.

أما في الإعورار فلأن الفئات لايقابله^(٦) الثمن، ألا ترى أن المبيعة إذا أعورت قبل
القبض لايسقط شيء من الثمن وإذا بقي ما يقابله البدل من كل وجه كان له أن يبيعه مراجعة
من غير بيان بخلاف الفقهاء^(٧) لأن العين صارت مقصودة بالإتلاف فصار له قسط من الثمن،
ولهذا إذا فقئت عين^(٨) المبيعة قبل القبض يسقط نصف الثمن وكذلك إذا فقأها أجنبي وأخذ
الأرش؛ لأن العين صارت مقصودة وقام الأرش مقام العين.

وإن اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر، أو حرق نار فهو بمنزلة الإعورار، وإن تكسر
بنشره وطيه فهو بمنزلة الفقهاء^(٩).

وأما وطء الثيب فلأن المستوفى بالوطء لايقابله البدل فيكون بمنزلة الاستخدام
بخلاف إزالة العذرة؛ لأنها إتلاف العضو بمنزلة قطع اليد؛ لأنها جزء حقيقة.

(١) في « ب، ج » هما.

(٢) في « أ » زاد، فيما.

(٣) انظر: المبسوط، ١٣/٨٨ — ٨٩.

(٤) فقاً العين: شقها فخرج ما فيها. انظر: المعجم الوسيط، ٦٩٦.

(٥) في « ب » يبيع.

(٦) في « د، هـ » عوض وهو.

(٧) في « أ » الإعورار.

(٨) « عين » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٩) في « أ » الإعورار.

رجل اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه مراوحة^(١) بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه وإن علم بعد ما هلك في يده يلزمه ألف^(٢) ومائة ؛ لأن الأجل معنى يزداد في الثمن لأجله فكانت له شبهة المبيع فيلحق بحقيقة المبيع احتياطا ويصير كأنه اشترى شيئين بألف^(٣) وباع أحدهما مراوحة على ألف^(٤) وثمة بخير، إن كان قائما، ويلزمه كل^(٥) الثمن إن كان هالكا ؛ لأن بيع المراوحة بيع أمانة فكان ظهور الخيانة فيها بمنزلة العيب كذلك ههنا فيخير إن كان قائما وإذا هلك^(٦) وتعذر الرد لا يرجع بشيء من الثمن ؛ لأن الأجل لا حصة له من الثمن حقيقة.

ولو اشتراه بألف مؤجلة فولاه بألف حالة فعلم المشتري كان له الخيار إن شاء أخذه بألف حالة وإن شاء تركه وإن هلك في يده لزمه ألف حالة ؛ لأن التولية بيع بمثل ما قام عليه فكان ظهور الخيانة فيها بمنزلة العيب.

وعن أبي يوسف في النوادر إذا علم بذلك بعد الهلاك كان له أن يرد قيمة المبيع ويسترد الثمن وهو بمنزلة ما لو كان له^(٧) على رجل جياذ فأوفاه زيوفا ولم يعلم بذلك حتى أنفقها، عند أبي يوسف يرد زيوفا مثل زيوفه ويرجع بالجياذ وكان الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقول يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما^(٨).

ولو اشترى ثوبا بعشرة فقال اشتريته بإثني عشر وباعه مراوحة بربح درهم فعلم المشتري بذلك فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك [٤٥ / أ ب] في قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى ، وعن محمد وهو قول أبي يوسف يحط قدر الخيانة وحصلتها من الربح وذلك درهمان وسدس درهم ويلزمه الباقي.

(١) « مراوحة » ساقط من « أ، ج ».

(٢) في « ج » زاد، درهم.

(٣) في « د، هـ » زاد، درهم.

(٤) في « د، هـ » زاد، درهم.

(٥) « كل » ساقط من « ج ».

(٦) في « أ، ب، د » بطل.

(٧) « له » ساقط من « أ، هـ ».

(٨) انظر: شرح فتح القدير والهداية ٥٠٨/٦ — ٥٠٩ ؛

ولو كان ذلك في التولية بأن اشترى ثوبا بثمانية دراهم^(١) فقال لغيره: اشتريته بعشرة دراهم^(١) ووليتك بمثل ما قام علي ثم علم المشتري، عند أبي حنيفة وأبي يوسف تحط الخيانة فيأخذه بثمانية ولا يخير المشتري، وعند محمد يخير إن شاء أخذه بعشرة وإن شاء ترك فأبو يوسف سوى بين المراجعة والتولية فقال في الفصلين يحط قدر الخيانة ولا يخير، ومحمد سوى بينهما فقال يخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك^(٢).

وأبو حنيفة فرق بينهما فقال في المراجعة يخير كما قال محمد وفي التولية يحط قدر الخيانة ولا يخير كما قال أبو يوسف.

وجه قول أبي يوسف أن المراجعة بيع بما قام عليه وزيادة ربح والتولية بيع بمثل ما قام عليه وعند الخيانة لا تبقى بيعا بما قام عليه فيحط [٤٨/د ب] قدر الخيانة لتبقى بيعا بما قام عليه. وجه قول محمد أن المشتري رضي بالثمن المسمى في الفصلين إلا أن ظهور الخيانة بمثلة العيب فيخير.

ولأبي حنيفة أن التولية بيع بما قام عليه وبعد الخيانة لا تبقى بيعا بما قام عليه فيحط ليصير البيع تولية ولا كذلك المراجعة؛ لأن المراجعة تبقى مراجعة بعد الخيانة لكن يزداد الربح فيجوز العقد بما سمي ويخير؛ لأنه تغير عليه شرط عقده فكان تغيير الشرط بمثلة العيب^(٣).

رجل ولى رجلا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بما^(٤) قام عليه فالبيع فاسد؛ لجهالة الثمن فإن أعلمه بذلك جاز العقد ويخير المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أراد به إذا أعلمه^(٥) في المجلس؛ لأن هذا فساد تمكن في صلب العقد إلا أن ساعات المجلس كساعة واحدة، ولهذا كان القبول في آخر المجلس كالقبول عند الإيجاب فإذا أعلمه في المجلس كان ذلك بمثلة الإعلام عند العقد، بخلاف ما بعد المجلس؛ لأن الفساد قد تقرر فلا يجوز إلا بالتحديد، كما لو باع شيئا برقمه إن^(٦) أعلمه في المجلس جاز ويخير المشتري لتمكن الخلل في الرضا؛ لأن الرضا

(١) «دراهم» ساقط من «أ، ب، ج».

(٢) انظر: الهداية ٥٠٠/٦.

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٥٠٠/٦.

(٤) في «د، هـ» بكم.

(٥) في «ج» زاد، بذلك.

(٦) في «د» إذا وفي «أ» علم.

لا يتحقق مع جهالة الثمن كما لا يتحقق مع جهالة أوصاف المبيع وثمة يشبث له خيار الرؤية عند العلم كذلك هنا. والله أعلم.

باب العيوب (١)

رجل اشترى جارية بالغة (٢) فوجدها لا تحيض أو وجدها مستحاضة أو زانية أو ذمية فهو عيب، والزنا ليس بعيب في الغلام.

أما عدم الحيض والاستحاضة فلأن العادة (٣) الأصلية في التي خلقت على السلامة الحيض في أوانه والمعاودة على وجه لاتدوم فإذا جاوزت أقصى مدة (٤) الحيض وهي سبع عشرة سنة ولم تحض أو حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب، فإن أنكر البائع ذلك، لاترد عليه إلا بحجة.

وقيل يقبل فيه قول الأمة ضرورة أنه لايقف عليه غيرها فإن كان (٥) ذلك بعد القبض لاترد بقولها ؛ لأن على قول هذا القائل شهادة الأمة بمتزلة شهادة النساء [٤٦/أ أ] فيما لايطلع عليه الرجال يثبت العيب في حق سماع الدعوى ولايكفي للرد فيستحلف البائع فإن نكل ترد عليه بنكوله. فإن كان ذلك قبل القبض فكذلك في ظاهر الرواية لاترد بشهادة النساء [ولا بشهادة الأمة هنا].

وعن أبي يوسف أنه ترد بشهادة النساء قبل القبض [(٦) ؛ لأن العقد لم يتأكد قبل القبض فجاز أن يفسخ بشهادة النساء فعلى قياس تلك الرواية جاز أن يفسخ بقول الأمة عند من يجعل قولها حجة.

وأما إذا وجدها ذمية أو اشترى عبدا فوجده كافرا كان له أن يرد ؛ لأن الكفر عيب

(١) العيب في اللغة: الوصمة والرداءة. وفي الشرع: هو نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة ، مما يعد به ناقصا. وعند الفقهاء: هو ما نقص العين أو المالية أو الرغبة في الشيء. انظر: المعجم الوسيط ٦٣٩/٢ ؛ أنيس الفقهاء ص ٢٠٧ ؛ معجم المصطلحات الاقتصادية ٢٠٥ ؛ وانظر: أيضا، ص ٥٠٩ من هذا البحث.

(٢) في « د » زاد، بألف.

(٣) في « ب » العدة.

(٤) « مدة » ساقط من « أ، ب » وفي « ج » آوان.

(٥) « كان » ساقط من « ب ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

فاحش ؛ لأن المسلم لا يرغب في صحبة الكافر ولا يعتمد عليه للعداوة الدينية. وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يريد عليه عندنا^(١).

وقال الشافعي رحمه الله يرد ؛ لأن الكافر قد يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمتزلة العيب^(٢).

وإننا نقول اشتراه على أنه معيب، فوجده سليماً (٣). وما قال قلنا: منفعة المسلم أكثر، ولهذا لو اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً كان له أن يرد.

ولو اشترى شيئاً على أنه معيب فوجده سليماً^(٤) لا يرد. وأما إذا وجد الأمة زانية كان له أن يردها ؛ لأن الأمة قد يقصد منها الولد والزنا يفسد الفراش فيخل بالعرض، وكذا لو كانت ولد الزنا ؛ لأن ذلك يمنع من الاستيلاء عادة فيخل بالعرض.

ولو وجد العبد زانياً أو ولد الزنا، لا يرد ؛ لأن الزنا لا يعد عيباً في العبيد وهو بمتزلة البحر يعد عيباً في الجارية ولا يعد عيباً في^(٥) الغلام^(٥) وإن كان أمرداً ؛ لأن الغلام^(٥) يشتري للكسب والاستخدام خارج البيت والزنا ونحو ذلك لا يخل بهذا الغرض هذا إذا زنى مرة أو مرتين فأما إذا كثر يكون عيباً يرد به ؛ لأن ذلك يعجزه عن بعض الأعمال ويضعفه وترادف الحدود يوجب نقصاناً في عينه وقيمه^(٦).

وعن أبي القاسم الصفار^(٧) أن الزنا عيب في الغلام وإن كان مرة ؛ لأنه لا يؤتمن على الأهل. والصحيح ما قلنا.

(١) انظر: المبسوط، ١٠٦/١٣ ؛ الهداية ٣٦٢/٦ .

(٢) وكذلك يرد عند المالكية، أما عند الحنابلة فلا يفسخ العقد. انظر: مواهب الجليل، ٤٢٧/٤ ؛

المهذب، ٢٨٧/١ ؛ كشف القناع، ١٩٠/٣ ؛ المغني، ١١٨/٤ .

(٣) في « د، هـ » فإذا هو سليم.

(٤) « ولا يعد عيباً في » ساقط من « ب » وفيه: دون

(٥) في « أ، ج » العبيد.

(٦) في « د » بثمنه.

(٧) وهو أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار أخذ عن نصير بن يحيى بن سماعة عن أبي يوسف وكان

إماماً كبيراً إليه يرتحل يبلغ مات، سنة ٣٣٦ هـ وقيل ٣٢٦ هـ انظر: الفوائد البهية، ص ٢٦؛

الجواهر المضيئة، ٢٠٠/١ ؛ تاج التراجم، ص ٢٢٣ . ولم أجد قوله بعد البحث.

والإباق والبول في الفراش عيب مادام صغيرا والجنون في الصغير عيب (١) أبدا أراد به إذا جن عند البائع في الصغير ثم جن (٢) عند المشتري كان له أن يرد سواء جن عنده في الصغير أو بعد (٣) الكبر.

ومن المشايخ من قال: إنه (٤) أراد بذلك أنه (٥) إذا جن عند البائع كان للمشتري أن يرده وإن لم يعاوده عند المشتري وهو خلاف الروايات الظاهرة.

أما إذا أبق أو سرق عند البائع في صغيره ثم فعل ذلك عند المشتري في الصغير كان له أن يرده وإن فعل (٦) عند المشتري بعد البلوغ لا يرده، وكذلك البول في الفراش إن بال عند البائع في فراشه بعد ما كان رباعيا أو خماسيا ثم بال عند المشتري [١٤٩ د/أ] في الصغير رده. وإن بال عنده (٧) بعد البلوغ [٤٦ أ/ب] لا يرد؛ لأن المشتري إنما يرد بالعيب الذي كان عند البائع لا بعيب (٨) حدث عنده واتحاد العيب إنما يعرف باتحاد سببه ففي الجنون سبب العيب في الحالين واحد وهو الخلل في الدماغ وهو (٩) إذا تمكن قل ما يزول والمعاودة تدل على القيام.

أما البول في الفراش في الصغير سببه ضعف المثانة وبعد البلوغ (١٠) داء في باطنه فكان الثاني غير الأول، وكذا الإباق والسرقة في الصغير لقلة المبالاة والعقل وبعد البلوغ لخبث في اعتقاده فكان الثاني غير الأول.

رجل اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر المشتري على نقد الثمن حتى يحلف البائع

(١) في « أ » زاد: مادام.

(٢) « جن » ساقط من « أ ».

(٣) « بعد » ساقط من « ج ».

(٤) « إنه » ساقط من « ج ».

(٥) « أنه » ساقط من « أ، هـ ».

(٦) في « هـ » زاد، ذلك.

(٧) « عنده » ساقط من « أ ».

(٨) في « د » بسبب.

(٩) « وهو » ساقط من « أ، ج ».

(١٠) في « د، هـ » بعد الكبر.

أو يقيم المشتري بينة. وقال ابن أبي ليلى يجبر المشتري على نقد الثمن ؛ لأن حقه ثابت فلا يؤخر لأمر موهوم^(١).

ولنا أن القاضي مأمور بصيانة قضاياه عن البطلان ولو أجبره القاضي على نقد الثمن فإذا ثبت العيب يأمره بالرد فيحتاج إلى نقض قضاياه وفيه اشتغال بما لا يفيد، هذا إذا قال المشتري شهودي في المصر^(٢) فإن قال شهودي بالشام استحلف البائع فإن حلف يجبر على^(٣) دفع الثمن ولا ينتظر حضور الشهود؛ لأن فيه إبطال حق البائع بتأخيره، لا إلى غاية معلومة، وليس في نقد الثمن إبطال حق المشتري بل هو على حجته إن أقام البينة بعد ذلك يسترد الثمن، وعلى هذا إذا ادعى على رجل مالا والمدعى عليه يدعي الإبراء فإن قال المدعى عليه شهودي في المصر^(٤) يؤجله القاضي إلى المجلس الثاني، وإن قال لا بينة لي أو قال شهودي عُيبٌ يستحلف المدعي ويؤمر بدفع المال إليه^(٥).

المشتري إذا ادعى بالمبيع عيبا فهو على وجوه أربعة:

أحدها أن يدعي عيبا ظاهرا كالعمى والإصبع الزائدة والسن الشاغية^(٦) أو باطنا لا يعرفه إلا الأطباء أو عيبا يطلع عليه النساء دون الرجال أو يدعي عيبا لا يعرف إلا بالتجربة والاختبار كالإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون ففي الوجه الأول يسمع القاضي دعوى المشتري ولا يكلفه إثبات العيب لسماع الدعوى؛ لأنه ثابت عيانا.

وإذا^(٧) سمع دعواه فإن كان عيبا لا يحدث أصلا، أو لا يحدث فيما مضى من الزمان بعد البيع فإن القاضي يرده على البائع ؛ لأن القاضي تيقن بوجود العيب عند البائع فيرده إلا

(١) انظر: الهداية ٣٧٨/٦ ؛ تبين الحقائق، ٣٩/٤ ؛ البحر الرائق، ٦٢/٦ ؛ لم أقف عليه عن ابن أبي ليلى.

(٢) في « أ » البصرة.

(٣) في « أ، ب، ج » يجب عليه.

(٤) في « أ » البصرة.

(٥) « إليه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) السن الشاغية: المختلفة في الطول والقصر والدخول والخروج. انظر: المعجم الوسيط، ٤٨٦/١ ؛

القاموس المحيط، ١٦٧٧ .

(٧) « وإذا » ساقط من « أ ».

إذا ادعى البائع الرضا أو الإبراء وأثبت ذلك بالبينة، وإن لم تكن له بينة يستحلف المشتري^(١) على ما ادعى؛ لأنه ادعى عليه معنى، لو أقر به يلزمه، فيحلف لرجاء النكول، فيحلف بالله ما علمت به قبل الشراء ولا رضيت به بعد ما اشتريت ولا عرضته على بيع، بعد ما علمت به أبدا.

وأكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقه في الرد، بهذا العيب من الوجه الذي يدعي [٤٧/أ] البائع، لاصريحا ولا دلالة؛ لأن الأسباب المبطلّة كثيرة^(٢) لا يمكن حصرها، فيحلف على هذا الوجه، وكذا لو ادعى البائع أن المبيع ليس بمملوك له في الحال^(٣) حلفه القاضي على ذلك، ولو أن البائع لم يدع شيئا من ذلك هل يحلفه القاضي من غير دعوى؟ في ظاهر الرواية لا يحلفه وعن أبي يوسف أنه يحلفه نظرا للبائع^(٤).

وأجمعوا على أن القاضي يُحلف من يدعي على الميت دينا وإن لم يدع على^(٥) الوارث أو الوصي، هذا إذا كان العيب عيبا لا يحدث عند المشتري، فإن كان يتصور حدوثه عند المشتري، فإن القاضي إذا سمع دعوى المشتري يقول للبائع هل كان هذا العيب عندك؟ فإن قال نعم يرده عليه إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء، ويكون هذا والوجه الأول سواء.

وإن أنكر البائع أن يكون عنده كان القول قوله، ولا يرد عليه^(٦) إلا بحجة، فإن أقام المشتري بينة يرده عليه ويصير هذا بمنزلة الوجه الأول وإن لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وسلمه إليه^(٧) وما به هذا العيب، وذكر في الاستحلاف بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع وما به هذا العيب.

وذكر عن بشر بن الوليد أنه يستحلف على الحاصل، بالله ما له حق الرد، بهذا العيب

(١) في « ج » زاد، بالله.

(٢) في « ب، هـ » في الأسباب المبطلّة كثيرة.

(٣) في « ب، د، هـ » للحال.

(٤) انظر: المبسوط، ١١١/١٣.

(٥) « على » ساقط من « أ، ب، ج، هـ ».

(٦) « عليه » ساقط من « أ ».

(٧) « إليه » ساقط من « أ، ب، ج ».

الذي يدعي عليه (١) وعليه الفتوى.

وجملة هذه الروايات ودلائلها المذكورة في الجامع (٢) فإن حلف لا يرد عليه وإن نكل يرد عليه. وإن كان العيب باطنا، لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال ونحو ذلك فإن كان البائع مقرا بقيام العيب للحال يقول القاضي للبائع هل كان هذا العيب عندك فإن قال نعم أو أنكرا فاستحلف فنكل أو أقام المشتري بينة على أنه كان عنده، رده عليه إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء على الوجه الذي ذكرنا.

[١٤٩/د ب] وإن أنكرا البائع قيام العيب للحال يريه أهل العلم بذلك، فإن أخبر بذلك رجل واحد ثبت العيب في حق سماع الدعوى وتوجه اليمين على البائع، لا في حق الرد فيقول القاضي للبائع هل كان به (٣) هذا العيب عندك فإن قال نعم أو أقام المشتري بينة قضى عليه بالرد وإن لم تكن له بينة يستحلف البائع إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء.

وإن ثبت هذا (٤) العيب بشهادة عدلين مسلمين فإن كان قبل القبض يرد على البائع، وكذا إذا كان بعد القبض إلا أنه (٥) لا يَحْتَمَلُ الحدوث عند المشتري [لأن العيب يثبت بما هو حجة فيرد، وإن كان يَحْتَمَلُ الحدوث عند المشتري] (٦) وأنكر البائع أن يكون عنده يخلف البائع على الوجه الذي ذكرنا، فإن حلف انقطعت الخصومة وإن نكل يرد عليه.

وإن كان عيبا، لا يطلع عليه الرجال كالقَرْنِ والرَّقِ والعَفْلَةِ (٧) فإن القاضي يريها

(١) « عليه » ساقط من « ب، ج، د ».

(٢) انظر: الجامع الكبير، ص ٢١١ .

(٣) « به » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٤) « هذا » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٥) في « أ » لأنه.

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٧) القَرْنُ في الفرج، مانع يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتتقة أو عظم.

والرَّق: انسداد الرحم بعظم ونحوه والمرأة الرتقاء التي لا ينصل إليها زوجها.

و العفل في النساء كالأدرة في الرجال. عن الشيباني: شيء مدور يخرج بالفرج. عفلت المرأة عفلا

فهي عفلاء وكذلك الناقة وهي شيء يخرج في فرجها شبه الأدرة. وقال قاضيخان: والعفل في

النساء عيب وهو ورم في الفرج يمنع الجماع. وقيل هي التي يكون مسلكها واحدا. انظر: المغرب =

النساء والواحدة تكفي والاثنتان أحوط فإن قلن بما، هذا العيب للحال، يثبت العيب في حق [٤٧/أ ب] توجه الخصومة.

ثم المسألة على وجهين:

إن كان بعد القبض لا يرد بشهادة النساء بالاتفاق، لكن يحلف البائع فإن حلف لا يرد وإن نكل يرد عليه بنكوله وإن كان ^(١) قبل القبض ذكر الخصاص أن على قول أبي يوسف يرد من غير يمين البائع وقال محمد لا يرد حتى يحلف البائع ^(٢).

وجه قول محمد رحمه الله أن شهادة النساء حجة ضعيفة جعلت حجة لمكان الضرورة فتجعل حجة في حق سماع الدعوى دون الرد ^(٣).

ولأبي يوسف أن شهادة النساء وإن كانت حجة ضعيفة إلا أن العقد ضعيف قبل القبض حتى ينفرد المشتري بالفسخ عند ظهور العيب فجاز أن يفسخ بشهادة النساء. وعن محمد في النوادر وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال يصلح حجة للرد وإن كان بعد القبض ^(٤).

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرد بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال. وأما في الوجه الرابع وهو الإباق والسرقه والبول في الفراش والجنون، فإن ^(٥) القاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود ^(٦) هذه [العيوب عند المشتري، إلا أن في الإباق والسرقه والبول في الفراش] ^(٧) [يعتبر مع ذلك اتحاد الحال لصحة] ^(٨) الدعوى.

٣٢٠ ، ٣٨٠ ؛ لسان العرب، ٣٣٥/١٣ ؛ القاموس المحيط، ١١٤٣ ؛ أنيس الفقهاء، ١٥١ ؛ الفتاوى الخانية، ١٩٥/٢ .

(١) في «أ» فإن نكل.

(٢) انظر: أدب القاضي للخصاف، ص ٥٦٢ — ٥٦٣ ؛ شرح أدب القاضي، ٤٧٩/٣ .

(٣) انظر: المبسوط، ١١١/١٣ ؛ شرح فتح القدير، ٣٦٣/٦ ، ٣٧٢/٧ — ٣٧٤ .

(٤) انظر: شرح فتح القدير، ٣٦٢/٦ — ٣٦٣ .

(٥) «فإن» ساقط من «أ» .

(٦) «وجود» ساقط من «د، هـ» .

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «د» .

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من «هـ» .

وفي الجنون لايعتبر اتحاد الحالة لما ذكرنا، فإن أقام المشتري بينة أنه أبق عنده أو جنن أو سرق أو بال في الفراش^(١) سمع دعواه، ويقول القاضي للبائع، هل كان هذا العيب عندك في الحالة التي كان عند المشتري؟ فإن قال نعم رده عليه إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء.

وإن أنكر أن يكون عنده أو ادعى عليه^(٢) اختلاف الحالة في الإباق والسرقة والبول في الفراش يقول القاضي للمشتري: ألك بينة [فإن قال نعم^(٣) وأقامها عليه رده عليه إلا إذا ادعى الرضا أو الإبراء وإن لم تكن له بينة]^(٤) على ذلك يستحلف البائع على البتات، على الوجه الذي ذكرنا، فإن نكل رده عليه وإن حلف انقطعت الخصومة. هذا إذا ثبت العيب عند المشتري بالبينة فإن لم تكن له بينة وأراد استحلاف البائع بالله ما يعلم أن هذا العيب^(٥) أبق عند المشتري، وكذلك في السرقة والجنون والبول في الفراش وغير ذلك من العيوب التي يدعيها المشتري هل يستحلفه القاضي؟

على قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله يستحلفه.

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة، قال بعضهم: لا يستحلف^(٦) وهكذا ذكر في كتاب التزكية^(٧) وكتاب الاستحلاف^(٨).

لهما أنه ادعى عليه معني لو أقر به يلزمه فإذا أنكر يُستحلف لكن يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

(١) « في الفراش » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) « عليه » ساقط من « أ، ج ».

(٣) « قال نعم » ساقط من « أ ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٥) في « ج » زاد، قد.

(٦) قال الزيلعي: « فقال بعضهم: يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم: لا يحلف وهو الأصح ». انظر: تبيين الحقائق، ٣٩/٤ .

(٧) في « ب » الشركة. ولم أعرف هل المراد بـ « كتاب التزكية » هو للصدر الشهيد حسام الدين عمر، الذي مات سنة ٥٣٦ هـ أم غيره . انظر: كشف الظنون، ١٤٠٤/٢ .

(٨) أيضا لم أعرف المراد بـ « كتاب الاستحلاف » الذي هو لأبي حازم القاضي، الذي شرحه القدوري. أم غيره ، وانظر: شرح فتح القدير، ٢١٠/٨ .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن اليمين شرعت لقطع الخصومة لا لإنشائها^(١) وفي هذه اليمين إنشاء الخصومة فإن البائع لو استحلف فنكل، لا تنقطع الخصومة بل يحلف مرة أخرى، بخلاف سائر الدعاوي [٤٨/أ أ]، ولأن الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة. وإنما تصح دعوى المشتري إذا ثبت^(٢) العيب عنده ولم يثبت، وإذا استحلف عندهما فنكل، يحلف البائع^(٣) مرة أخرى على البتات.

وفي الجنون يحلف البائع في ظاهر الرواية بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما جن قبل ذلك قط وفيما سوى الجنون يحلف^(٤) بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق أو ما سرق أو ما بال منذ بلغ مبلغ الرجال لما ذكرنا من الفرق.

رجل اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري هي ثيب فالقاضي يريها النساء؛ لأن البكارة مما لا يعرفها إلا النساء، فإن قلن هي بكر انقطعت الخصومة؛ لأن البكارة أصل^(٥) فتأيدت شهادتهن بمؤيد^(٦) وإن قلن هي ثيب تتوجه الخصومة على البائع فيحلف البائع^(٧) بالله [١٥٠/د أ] لقد بعته وسلمتها إليه^(٨) وهي بكر فإن حلف انقطعت الخصومة وإن نكل ردت عليه بإقراره، وإن ادعى بها الحبل فالقاضي يريها النساء فإن قلن لا حبل بها، لزم المشتري؛ لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد؛ لأن الأصل عدم الحبل، وإن قلن أنها حامل يحلف البائع بالله لقد بعته منه وسلمتها إليه^(٩) وما بها هذا الحبل.

ومن الناس من قال: لا يثبت الحبل بشهادة النساء؛ لأن المرأة لا تعرف حبل

(١) في « د، هـ » الخصومة.

(٢) في « ج، د، هـ » زاد، هذا.

(٣) « البائع » ساقط من « د، هـ ».

(٤) في « أ » زاد، البائع.

(٥) « لأن البكارة أصل » ساقط من « ب ».

(٦) في « هـ » بشهادتهن. بدل، بمؤيد.

(٧) « البائع » ساقط من « أ ».

(٨) في « أ » إليك.

(٩) « وسلمتها إليه » ساقط من « أ ».

(١٠) « قال » ساقط من « د ».

نفسها فكيف تعرف حبل غيرها، وهذا قول مهجور، لا يؤخذ^(١) به فإن من النساء من يعرف الحبل بالعلامة^(٢).

رجل اشترى جارية وقبضها فوجد بما عييا فقال البائع بعثك هذه وأخرى معها وقال المشتري لا بل بعثتها وحدها فالقول قول المشتري ؛ لأن حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض فيكون القول قول القابض ؛ لأنه ينكر قبض غيرها.

رجل اشترى بيضا، أو بطيخا، أو قثدا^(٣) أو قثاء، أو خيارا، أو جوزا، فكسره فوجده فاسدا فإن كان لا ينتفع به كالقرع إذا وجده مرا أو البيض إذا وجده مذرة^(٤)، فإنه يرجع عليه^(٥) بجميع الثمن لأن محل البيع مال منتفع به، إما في الحال أو في الثاني^(٦) فإن كان لا ينتفع به أصلا، لا يكون محلا للبيع، فيبطل البيع، وكذلك إذا وجد الجوز خاويا؛ لأن المقصود هو اللب دون القشر، ولو كان القشر مقصودا أيضا^(٧) فالقشر على حاله لم يتغير فيرد القشر ويسترد كل الثمن. هذا^(٨) إذا وجد الكل فاسدا، فإن وجد البعض فاسدا، فإن كان الفاسد قليلا، لا يخلو عنه غالبا [لم يكن للمشتري أن يخاصم البائع ؛ لأن ما لا يخلو عنه غالبا]^(٩) لا يعتبر.

وإن كان الفاسد كثيرا يبطل البيع في الفاسد، وإذا فسد البيع فيه يفسد في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما جملة ولم يذكر في الكتاب حد القلة والكثرة. وذكر شمس الأئمة السرخسي الجوزة الواحدة في المائة يسيرة لاتعتبر وكذا البيضة^(١٠).

(١) في « د، هـ » لا تأخذ.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين، ٣١/٥ .

(٣) « قثدا » ساقط من «أ، ب» وهو: الخيار أو نوع منه. انظر: المغرب، ٣٧٢ ؛ القاموس المحيط، ٣٩٣.

(٤) مذرة: أي فاسدة، انظر: المغرب ص ٤٢٥ .

(٥) « عليه » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٦) في « ج » الباقي.

(٧) « أيضا » ساقط من « أ ».

(٨) « هذا » ساقط من « د ».

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(١٠) انظر: المبسوط، ١١٥/١٣ .

هذا إذا كان الفاسد مما لا ينتفع به، فإن كان الفاسد شيئا ينتفع به وله قيمة كالبطيخ والفاكهة عندنا لا يرد ويرجع بنقصان العيب؛ لأن البيع صادق محلا هو مال [٤٨/أ ب] فيصح، وبالكسر يُعيبُ المبيع بعيب زائد فيمتنع الرد ويرجع بالنقصان.

وقال الشافعي رحمه الله يرد؛ لأن الكسر حصل بتسليط البائع فلا يمنع الرد^(١).
وإننا نقول البائع رضي بكسر المشتري ملك نفسه لا ملك البائع فيجب مراعاة الحقيين وذلك في الرجوع بنقصان العيب.

رجل اشترى عبدتين في صفقة^(٢) فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما وليس له أن يرد المعيب خاصة؛ لأن تمام الصفقة إنما يحصل بقبض جميع المعقود عليه ولم يوجد هنا وتفريق الصفقة قبل التمام باطل؛ لأن تفريق الصفقة قبل التمام بمنزلة تفريق القبول وقد ذكرنا هذا في باب خيار الرؤية وخيار الشرط بحمد الله تعالى^(٣).

رجل اشترى جارية ووجد بها قرحا فداواها فهو رضا وكذا لو اشترى دابة فوجد بها عيبا فركبها في حاجته؛ لأن مداواة دليل الرضا؛ لأنها^(٤) لإزالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكّن من الرد فكانت المداواة دليل الإمساك ودليل الرضا بالعيب [وكذلك الركوب في حاجة نفسه بعد العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب]^(٥) بخلاف ما إذا ركبها في خيار الشرط فإن الركوب في خيار الشرط لا يبطل خياره؛ لأن خيار الشرط شرع

(١) وعند المالكية رأيان: في رأي لا يمنع الرد بل يغير بين رده ودفع أرش العيب الحادث بالكسر، والتماسك به وأخذ أرش القدم وهذا هو الطريق المعتمد. والطريق الثاني أنه ليس له الرد بل التماسك وأخذ أرش العيب القدم. وعند الحنابلة إن كان للمكسور قيمة كبيض النعامة وجوز الهند، خير المشتري بين الرد والإمساك مع الأرش، وإن كسره كسرا لا يبقى معه قيمة يعين الأرش ويسقط الرد. انظر: حاشية الدسوقي، ١١٣/٣؛ مغني المحتاج، ٥٩/٢ - ٦٠؛ المجموع، ٢٧٥/١٢؛ كشف القناع، ٢٢٤/٣.

(٢) في «د، هـ» زاد، واحدة.

(٣) «بحمد الله تعالى» ساقط من «أ، ب، ج». انظر: ص ٣١٦ من هذا البحث.

(٤) في «أ، ب، ج» المداواة.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من «أ».

للاختبار وذلك لا يحصل إلا بالركوب فلا يبطل خياره بالركوب^(١).

أما خيار العيب لم يشرع للاختبار فيكون مبطلا للخيار، وإن ركبها في خيار العيب للسقي والرد، لا يبطل خياره؛ لأنه إذا كان لا يقدر على الرد إلا بالركوب كان الركوب من ضرورات الرد، وكذلك الركوب للسقي، من ضرورات الرد؛ لأنه لا يتمكن من الرد إلا على اعتبار البقاء ولا بقاء إلا بالسقي، وكذا إذا ركبها لحمل العلف؛ لأن العلف إذا كان في وعاء واحد لا يمكنه حمله إلا بالركوب، والعلف يُحتاج إليه للرد بمتزلة السقي، حتى لو كان العلف في عدلين أو في وعاءين وركب كان الركوب دليل الرضا؛ لأن حمل العلف ممكن بدون الركوب.

رجل اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه ثم وجد^(٢) به عيبا يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك، فإنه يرده ولا يرجع بنقصان العيب؛ لأن المشتري استحق صفة السلامة بمطلق العقد فإذا علم بالعيب بعد القطع وبالقطع يعيب المبيع بعيب^(٣) زائد فقد عجز عن رده كما قبض فيرجع بنقصان العيب نظرا لهما، فإذا قال البائع أنا أقبله كذلك فقد رضي بالقطع فزال المانع من الرد وهو حق البائع فيرد.

ولو قطعه قميصا وخاطه ثم علم بالعيب [١٥٠/د ب] كان له أن يرجع بنقصان العيب لما قلنا، فإن قال البائع أنا أقبله كذلك ولا أرد النقصان ليس له ذلك^(٤)؛ لأن المانع من الرد هنا حق الشرع؛ لأن الخياطة زيادة والزيادة تمنع من الرد حقا للشرع فلا يرتفع المانع برضا البائع، بخلاف الفصل الأول؛ لأن القطع نقصان ولهذا لو غصب ثوبا فقطعه قميصا لا ينقطع حق المالك ولو خاطه قميصا ينقطع^(٥) وكذلك لو اشترى [٤٩/أ أ] ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر ثم علم بالعيب يرجع بالنقصان فإن قال البائع أنا أقبله كذلك ليس له ذلك؛ لأن الصبغ زيادة بمتزلة الخياطة.

ولو اشترى ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه حتى باعه ثم علم بعيب كان عند البائع، ليس

(١) انظر: تبين الحقائق، ٤١/٤ - ٤٢ .

(٢) في « أ » فوجد.

(٣) في « د، هـ » آخر.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية، ٧٦/٣ .

(٥) في « أ » حق المالك.

له أن يرجع بالنقصان ؛ لأن من حجة البائع أن يقول أنا أقبله كذلك، وإمساك المشتري الثاني^(١) حصل بتسليط الأول.

ولو كان الثوب المقطوع في يد الأول وأمسكه لا يرجع بنقصان العيب كذلك ههنا. وإن قطعه وخاطه أو صبغه أحمر ثم باعه ثم علم بالعيب كان له أن يرجع بنقصان العيب ؛ لأن امتناع الرد بعد الخياطة كان بسبب الزيادة لا بسبب الإمساك من الثاني فكان الحال بعد البيع كالحال قبله وقبل البيع له أن يرجع بنقصان العيب على كل حال كذلك ههنا.

وكذا لو اشترى ثوبا فقطعه قميصا لولده الصغير وخاطه ثم علم بعيب لا يرجع بنقصان العيب، ولو كان كبيرا يرجع ؛ لأنه لَمَّا قطعه قميصا لولده الصغير فقد وهبه لولده الصغير ويد الواهب يقوم مقام يد الصغير^(٢) فتمت الهبة بنفس الإيجاب، فكانت^(٣) الخياطة بعد الهبة والتسليم^(٤) فلا يرجع كما لو وهب لأجنبي وسلم ثم علم بالعيب.

أما إذا كان الولد كبيرا لا تتم الهبة إلا بالتسليم فكانت الخياطة على ملكه ويكسبون امتناع الرد^(٥) بسبب الخياطة لا بحكم الهبة، فيرجع بالنقصان.

وطريق الرجوع بنقصان العيب أن يُقَوِّمَ صحيحا لالعيب به^(٦) ويُقَوِّمَ وبه عيب، فإن كان العيب ينقصه ثلث الثمن^(٧) يسترد ثلث^(٨) الثمن وإن كان النقصان أقل من الثلث أو أكثر فهو على هذا القياس.

رجل إشتري عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطعت يده عند المشتري فله أن يردده ويسترد

(١) « الثاني » ساقط من « أ، ب، د، هـ » .

(٢) في « هـ » ولده الصغير .

(٣) في « د، هـ » ولو كانت .

(٤) « والتسليم » ساقط من « ب » .

(٥) « الرد » ساقط من « ب، د » .

(٦) في « د، هـ » فيه .

(٧) « الثمن » ساقط من « أ، ب، ج » .

(٨) في « د، هـ » الثلث من .

كل الثمن. وقال أبو يوسف ومحمد يُقَوِّمُ سارقا وغير سارق فيرجع بفضل^(١) ما بينهما ولا يرد^(٢). وعلى هذا الخلاف، إذا اشترى عبدا حل دمه بقصاص أو ردة أو قطع طريق فقتل بذلك عند المشتري، عند أبي حنيفة يسترد كل الثمن وعندهما يُقَوِّمُ معصوماً ويُقَوِّمُ حلال الدم فيرجع بفضل^(٣) ما بينهما، فعند أبي حنيفة ظهور هذا بمثلة استحقاق العبد وعندهما بمثلة العيب وما ذكر في الكتاب اشترى ولم يعلم مذهبهما؛ لأن المشتري إذا علم بالعيب عند الشراء لا يكون له حق الرد، وأما عند أبي حنيفة لَمَّا كان هذا بمثلة الاستحقاق، لا يختلف بين العلم والجهل^(٤).

لهما أن العبد بعد السرقة والخيانة مال متقوم مادام حيا يرغب الناس في شرائه فيكون محلا للبيع إلا أنه معيب وقد تعيب بعيب آخر عند المشتري فيرجع بالنقصان كما لو اشترى جارية حاملا فولدت^(٥) فماتت في نفاسها عند المشتري فإنه لا يسترد كل الثمن بل يرجع بنقصان الحبل إن لم يعلم بذلك^(٦) كذلك هنا.

ولأبي حنيفة [٤٩/أ ب] أن القتل والقطع حصل بسبب كان عند البائع وفوات المالية من لوازم القتل فيضاف إلى ما أضيف إليه القتل وإذا أضيف إليه صار كأنه وجد عند^(٧) البائع فيرجع بجميع الثمن، كمن غصب عبدا فقتل عنده إنسانا أو سرق ثم رده^(٨) على مولاه فقتل عند المولى أو قُطعت يده كان للمولى أن يرده ويرجع على الغاصب بجميع قيمته كذلك هنا. وكذا لو اشترى عبدا فوجده مديونا فبيع في^(٩) الدين كان للمشتري أن يرجع على البائع بجميع الثمن.

(١) في «د، هـ» بنقصان.

(٢) انظر: المبسوط، ١١٧/١٣؛ الهداية ٦/٣٩٢.

(٣) في «د، هـ» بنقصان.

(٤) انظر: المبسوط، ١١٥/١٣.

(٥) « فولدت » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) « بذلك » ساقط من « د، هـ ».

(٧) « عند » ساقط من « ب ».

(٨) في « ب » لم يرده.

(٩) في « د، هـ » با.

وأما مسألة الحامل قيل ذلك قولهما ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت المرض المتلف والمرض المتلف حصل عند المشتري. ولا يلزم على هذا إذا غصب جارية فحبلت عند الغاصب فردها على المولى فماتت عنده في الولادة كان له أن يرجع على الغاصب بجميع القيمة ؛ لأن ثمة الواجب على الغاصب ردها ^(١) كما قبض وقد قبضها ^(٢) فارغة وردها مشغولة فلا يخرج عن الضمان.

وإن سرق عند البائع ثم سرق عند المشتري فُقطعت يده في جميع ذلك عندهما لا يختلف ^(٣) الجواب وعند أبي حنيفة يرجع على البائع بربع الثمن [١٥١/د أ] ، ولا يسرد إلا أن يرضى البائع ^(٤) فإن قبله البائع مقطوع اليد ^(٥) يرجع المشتري عليه بثلاثة أرباع الثمن. ولو باعه المشتري من غيره فُقطعت يده عند المشتري الثاني أو قُتل عنده ^(٦)، عندهما لا يرجع المشتري الأول على البائع كما في سائر العيوب وعند أبي حنيفة يرجع كما في الاستحقاق. وإن أعتقه المشتري ثم قطعت يده أو قتل، عندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعند أبي حنيفة لا يرجع ؛ لأن القطع والقتل لم يتضمن تفويت المالية هنا لانعدام المالية يوم القطع والقتل.

رجل اشترى عبدا فباعه من غيره فوجد الثاني به عيبا فرده على الأول بقضاء ، كان للأول أن يخاصم بائعه سواء رده عليه بالبينة أو بالنكول أو بالإقرار؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ ؛ لأن القاضي لا يجبر على البيع فإذا تعذر أن يجعل بيعا كان فسخا فإذا انفسخ البيع الثاني كان له أن يرده ^(٧) على بائعه وإن رده على الأول بإقراره بغير قضاء فإن كان عيبا يحدث في تلك المدة ليس له أن يخاصم بائعه ؛ لأن الرد بغير قضاء، بيع في حق الثالث، ولو اشتراه من الثاني ليس له أن يخاصم بائعه كذلك ههنا.

(١) في « د، هـ » الرد.

(٢) في « أ، ج » قبض الجارية.

(٣) في « هـ » زاد، فيه.

(٤) « البائع » ساقط من « أ ».

(٥) « اليد » ساقط من « أ، ب، ج » وفيها: مقطوعا.

(٦) في « ج » بسبب كان عند البائع.

(٧) في « د، هـ » يرجع.

وإن كان عيبا لا يحدث مثله^(١) فكذلك في عامة الروايات، وعلى قياس ما ذكر في بعض روايات البيوع له أن يخاصم بئعه وسيأتي بعد هذا في آخر الباب الذي يلي هذا^(٢).
 رجل اشترى عبدا فأعتقه على مال ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب؛ لأنه حابس عوضه وحبس العوض كحبس المعوض، فلا يرجع كما لو باعه، وكذا لو قتله ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب؛ لأن القتل فعل مضمون لو حصل في ملك الغير يلزمه الضمان [٥٠/أ أ] فكان سلامة^(٣) الضمان بمنزلة أخذ العوض والبيع.
 وإن أعتقه على غير مال أو دبر أو استولد يرجع بنقصان العيب والقياس أن لا يرجع وهو قول زفر^(٤).

وجه^(٥) القياس، أنه امتنع الرد بزوال المبيع عن ملكه فلا يرجع بنقصان العيب كما لو امتنع ببيع أوهبة. وجه الاستحسان أنه لم يرض بالعيب ولم يصل إليه بدل الجزء الفاتت فوجب أن يرجع كما لو مات.

أما لم يصل إليه بدل الجزء الفاتت؛ فلأنه لم يأخذ عوض المبيع، حتى يكون^(٦) البعض بمقابلة البعض^(٧) الفاتت، بخلاف البيع^(٨) وبخلاف ما إذا وهب؛ لأن الموهوب له تشبث^(٩) بالمبيع بتسلط من قبله مع إمكان الرد فصار كما لو تشبث^(١٠) المشتري بنفسه^(١١) أما هنا خرج المبيع من أن يكون محلا للفسخ، ومثل هذا، لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، كما لو مات.

(١) « مثله » ساقط من « أ، ب ».

(٢) « الذي يلي هذا » ساقط من « د، هـ ». انظر: ص ٣٦١ من هذا البحث.

(٣) في « أ » ملازمة.

(٤) انظر: المبسوط، ١٠١/١٣.

(٥) « وجه » ساقط من « ب ».

(٦) في « د، هـ » ليكون.

(٧) « البعض » ساقط من « أ، ج ».

(٨) « بخلاف البيع » = ساقط من « هـ ».

(٩) في « أ، ب » تسبب. التشبث: التعلق بالشيء والتمسك به. انظر: المعجم الوسيط، ٤٧٠/١.

(١٠) في « أ، ب، د » تسبب.

(١١) في « د » بتشبيته. بدل، بنفسه. انظر: مجمع الضمانات ص ٢٢١.

باب الوكالة بالبيع والشراء

رجل دفع إلى غيره ^(١) دراهم فقال اشتر لي بما طعاما فهو على الخنطة ودقيقها والقياس أن يتناول كل مطعوم ^(٢) لأن الطعام اسم عام يتناول كل مطعوم ولهذا لو حلف لا يأكل طعاما يحنث بأكل الكل.

وجه الاستحسان أن الطعام في البيع والشراء ينصرف إلى الخنطة والدقيق عرفا ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الخنطة والدقيق في عرفهم سوق الطعام ولا عرف في الأكل فيبقى على ^(٣) الحقيقة.

وقال الفقيه أبو جعفر إن كثرت الدراهم فهو على الخنطة وإن قلت فهو ^(٤) على الخبز وإن كانت بينهما فهو على الدقيق ^(٥).

رجل أمر رجلا ببيع دار أو عبد له فباع نصفها جاز، وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز حتى يبيع النصف الآخر ^(٦). وإن أمر إنسانا أن يشتري له دار فلان بعينها فاشترى نصفها، لم يجز، وإن اشترى شقصا شقصا حتى اشترى الكل جاز، وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله ^(٧) الوكيل بالبيع ^(٨) يملك البيع بغبن فاحش، فلما جاز له بيع الكل بهذا القدر مسن الثمن فبيع البعض ^(٩) أولى.

أما الوكيل بالشراء لا يملك التصرف على وجه الضرر لاحتمال أنه اشتراه لنفسه

(١) في « د، هـ » رجل. بدل، غيره.

(٢) في « أ » طعام.

(٣) « على » ساقط من « أ ».

(٤) « فهو » ساقط من « ب ».

(٥) انظر: نتائج الأفكار، (تكملة فتح القدير)، ٣٣/٨.

(٦) انظر: المبسوط، ٤٣/١٩؛ الهداية ٨٥/٨ — ٨٦.

(٧) في « ج، د، هـ » زاد، أن.

(٨) « بالبيع » ساقط من « د ».

(٩) في « د، هـ » الجزء.

فإذا (١) ظهر فيه الغبن (٢) يجعله للموكل فإذا كان متهما تقيدت الوكالة (٣) بما لا ضرر فيه فلا يملك شراء النصف ؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة (٤) غيب فإذا اشترى الباقي قبل أن يرد الموكل شراء (٥) النصف، زال العيب فجاز، ولأن الدار قد تكون لجماعة فلا يتفق شراؤها جملة فإذا اشتراها شقفا شقفا كان شراء البعض عند شراء الباقي وسيلة إلى مقصود الأمر.

وعندهما الوكيل بالبيع [بمثلة الوكيل بالشراء] (٦) لا يملك البيع بغبن فاحش ؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يطلب الضرر وإنما يطلب النفع فلا ينصرف التوكيل إلى الغبن [١٥١/د ب] الفاحش، وإذا لم يملك البيع بغبن فاحش لا يملك بيع البعض ؛ لأن الأشفاص لا تُشترى بما يُشترى الكل، فإن لم ينقض الموكل بيعه حتى باع الباقي جاز، استحسانا ؛ لأنه عسى لا يتفق له بيع الكل فإذا باع البعض صار بيع الباقي (٧) وسيلة إلى مقصود الأمر.

[٥٠/أ ب] رجل أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الأمر اشتريته لنفسك فالقول قول الأمر. وهذه المسألة على وجهين:

إما أن كان الثمن منقودا أو لم يكن، وكل ذلك على وجهين:

إما أن وكله بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل ذلك على وجهين:

إما أن كان العبد قائما أو هالكا، فإن كان الثمن منقودا فالقول قول الوكيل في جميع الوجوه ؛ لأنه يدعي خروج نفسه عن عهدة الأمانة وإن لم يكن الثمن منقودا للوكيل فإن كان العبد هالكا كان (٨) القول قول الأمر ؛ لأن الوكيل يدعي عليه الثمن وهو ينكر، فكان القول قول الأمر.

(١) في «أ، ج» فلما.

(٢) في «ب» العيب فيه.

(٣) «الوكالة» ساقطة من «ج، د، هـ».

(٤) في «هـ» المشتركة.

(٥) «شراء» ساقط من «أ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من «أ».

(٧) في «د، هـ» البعض.

(٨) «كان» ساقط من «ج».

وإن كان العبد قائما فإن ^(١) كان وكيلا بشراء عبد بعينه كان القول قول الوكيل ؛ لأنه أخير عما يملك إنشاؤه وهو غير متهم.

وإن كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه فعلى قول أبي يوسف ومحمد ^(٢) رحمهما الله القول قول الوكيل ^(٣)؛ [لأنه أخير عما يملك إنشائه ^(٤) في الحال وعلى قول أبي حنيفة، القول قول الأمر ^(٥) ولا يقبل قول الوكيل ؛ لأنه متهم] ^(٦) يحتمل أنه اشتراه لنفسه فإذا لم يعجبه يجعله للموكل فيكون متهما ^(٧) بخلاف ما إذا كان وكيلا بشراء عبد بعينه ؛ لأن الوكيل بشراء شيء ^(٨) بعينه محجور عن الشراء لنفسه، وبخلاف ما إذا كان الثمن منقودا؛ لأن الوكيل يدعي الخروج عن [عهدة الأمانة فيقبل] ^(٩) قوله.

ولو دفع الدراهم إلى رجل وأمره أن يسلمها له في طعام ففعل، فهذه المسألة على وجوه أربعة:

إن تصادقا أنه أسلم للأمر كان السلم للأمر سواء كان نقد رأس المال من مال نفسه أو من مال الأمر؛ لأنهما تصادقا أن العقد وقع له فلا يتغير بعد ذلك وكذا لو تصادقا أنه أسلم لنفسه كان السلم له ؛ لأنهما تصادقا على وقوع العقد له ^(١٠) والوكيل بالسلم لا يكون محجورا عن العقد لنفسه ؛ لأنه وكيل بشراء شيء بغير عينه.

وإن قال الوكيل أسلمتُ لنفسي وقال الموكل أسلمتَ لي، يُحكّم النقد، إن نقد من مال نفسه يكون للوكيل، وإن نقد من مال الأمر يكون للأمر، وإن تصادقا أنه لم تحضره النية

(١) « فإن » ساقط من « أ ».

(٢) في « ج » قولهما.

(٣) في « أ » الموكل.

(٤) في « ب، د، هـ » الإنشاء.

(٥) « القول قول الأمر » ساقط من « ب، ج ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٧) انظر: الهداية ٥٢/٨ .

(٨) في « ب » عبد.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « د ».

(١٠) « له » ساقط من « ج ».

وقت العقد، قال أبو يوسف يحكم فيه النقد كما لو تكاذبا^(١) في النية. وقال محمد: السلم يكون للوكيل ولا يُحكم فيه النقد.

وجه قوله إن^(٢) الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه فلا يجعل عاملا لغيره إلا بدليل وهو إضافة العقد إلى مال الغير أو النية فإذا انعدم بقي عاملا لنفسه فلا يتحول إلى غيره بعد ذلك، بخلاف ما إذا تكاذبا في النية؛ لأن نقد رأس المال من مال الوكيل دليل على أنه نواه للآمر^(٣)؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا ينقد من^(٤) مال الغير فيما يعقد لنفسه، أما هنا تصادقا أنه لم ينو العقد لغيره فبقي عاملا لنفسه.

ولأي يوسف أن هذا العقد دائر بين أن يكون للوكيل وبين أن يكون للموكل فإذا نقد من مال الأمر يُجعل العقد واقعا للآمر حملا لأمره على الصلاح وصونا له عن الغصب. وإن وكله بشراء شيء^(٥) بغير عينه فاشترى وتصادقا أنه لم تحضره النية لم يذكر هذا في الكتاب^(٦).

واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: هذا وفصل [أ/أ] السلم فيه^(٧) سواء. ومنهم من قال: لا يحكم النقد هنا بالاتفاق. وفرقوا لأي يوسف بين هذا وبين^(٨) السلم. والفرق^(٩) أن تعجيل رأس المال أمر يتعلق به تمام السلم فجاز أن يجعل هذا من نفس العقد^(١٠) فيحوز تحكيمه، ولا كذلك الثمن في باب البيع. رجل قال لغيره: بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره

(١) في «أ» تصادقا.

(٢) «إن» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

(٣) في «أ» مال الأمر.

(٤) «من» ساقط من «ب، ج».

(٥) في «أ» عبد. وفي «ج» زاد، يعني.

(٦) انظر: الهداية مع نتائج الأفكار، ٤٩/٨ — ٥٠.

(٧) «فيه» ساقط من «أ، ب، ج، د».

(٨) «وبين» ساقط من «ج». انظر: تبين الحقائق، ٢٦٥/٤.

(٩) في «أ» زاد، وهو.

(١٠) في «ب» السلم.

بذلك ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك كان له أن يأخذ العبد ؛ لأن قوله يعني لفلان إقرار منه بأنه وكيل منه ^(١) في هذا الشراء، فالإنكار منه ^(٢) بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح. وإن قال فلان: إني ^(٣) لم أمره بذلك لم يكن لفلان أخذه ^(٤) إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعا وتكون العهدة عليه ؛ لأن فلانا لما أنكر التوكيل أولا، فقد رد إقرار المشتري فيبطل إقراره وصار ملكا للمشتري فإذا سلمه إليه ^(٥) وأخذه انعقد بينهما بيع ^(٦) بالتعاطي، كمن اشترى لغيره بغير أمره ولم يضيف الشراء إلى الغير لزم المشتري فإن طلبه المشتري له وأخذه كان بيعا [١٥٢/د أ] بالتعاطي كذلك هنا، وثبت بهذا أن البيع بالتعاطي كما انعقد بالأخذ والإعطاء انعقد بالتسليم على وجه البيع والتملك قبل إعطاء الثمن، وفيه دليل على أن بيع التعاطي كما انعقد في الأشياء الخسيسة انعقد في الأشياء النفيسة وإذا انعقد البيع بالتعاطي فعهدة الأخذ تكون على المشتري.

رجل أمر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه ^(٧) وقبض الثمن أو لم يقبض حتى وجد المشتري به عيبا فإنه يردده على الوكيل بالحجة ؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد وإذا رده عليه هل يكون ذلك ردا على الموكل هذه المسألة على وجوه: إما إن رد عليه بالبينة أو بالنكول أو بالإقرار فإن كان بالبينة فهو ردا على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رده وخصومته سواء كان عيبا ^(٨) يحدث مثله أو لا يحدث، في مدة شهر أو أكثر لكن القاضي، لم يعرف تاريخ البيع ؛ لأن البينة حجة مطلقة فيظهر قضاء القاضي وفسخه في حق الكل فصار كأن البيع لم يكن وكذلك إذا رد عليه بنكوله ؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يعلم بعيوب ملك الغير فكان مضطرا في النكول وهذا الاضطراب جاء لمعنى من جهة

(١) « منه » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٢) « منه » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٣) « إني » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٤) « أخذه » ساقط من « أ، ب، د ».

(٥) « إليه » ساقط من « أ » وفي ج، له.

(٦) في « هـ » عقد.

(٧) « سلمه » ساقط من « أ ».

(٨) « عيبا » ساقط من « أ ».

الآمر فكان الرد عليه ردا على الموكل.

وإن رد عليه بإقراره بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل ؛ لأن إقراره لا يصلح أن يكون (١) حجة عليه (٢) لكن له أن يخاصم الموكل فيرد على الموكل (٣) بالبينة أو بنكوله؛ لأن القاضي رده عليه بغير رضاه فتعذر جعله ييعا فكان فسخا إلا أن هذا فسخ بدليل قاصر، فلقصور الحجة لا يكون الرد عليه ردا على الأمر، ومن حيث أنه فسخ كان له أن يخاصم الموكل [وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء لا يكون ردا على الموكل لما قلنا وليس له أن يخاصم الموكل] (٤) لأن هذا رد حصل بالتراضي فكان ييعا.

ولو اشتراه من المشتري ثم وجد به عيبا [ليس له أن يخاصم الموكل ؛ لأن هذا ملك حادث غير ذلك الملك (٥) فكذلك هنا، هذا إذا كان عيبا] (٦) يحدث مثله، فإن كان عيبا [أ/ب] لا يحدث مثله فرد عليه بإقراره بقضاء القاضي يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات ؛ لأن القاضي فسخ البيع (٧) بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقرار الوكيل فيلزم الأمر كما لو رده بالبينة.

وإن رده عليه بإقراره بغير قضاء ذكر في عامة الروايات أنه لا يلزم الأمر وليس للوكيل أن يخاصمه في ذلك وذكر في كتاب (٨) البيوع أنه يكون ردا على الموكل؛ لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي، لو رفع الأمر إليه فإنهما لو رفعوا الأمر إلى القاضي في عيب لا يحدث أصلا أو لا يحدث في تلك المدة، فإن القاضي يرده عليه ولا يكلفه بإقامة البينة (٩) على ذلك فيكون ردا على الموكل كذلك هنا.

(١) في د، لا يكون حجة. و« أن يكون » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) « عليه » ساقط من « ج ».

(٣) في « أ » عليه.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٥) « الملك » ساقط من « ب، ج، د ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٧) في « ج » العقد.

(٨) « كتاب » ساقط من « أ، ج، د، هـ ». انظر في المسألة : ص ٣٥٥ من هذا البحث.

(٩) في « ب، ج » الحجة.

وجه عامة الروايات أن الرد بغير قضاء القاضي^(١) بمتزلة البيع المبتدأ، ولو اشتراه منه حقيقة لا يرده.

وقوله أهما^(٢) فعلا عين ما يفعله القاضي، قلنا هذا الرد حصل تملكاً وتملكاً^(٣) بالتراضي، وليس باستيفاء لعين الحق^(٤)؛ لأن حق المشتري في الجزء الفائت لا في الرد فيكون يباع ما أمكن، وإنما يجعل فسخا إذا تعذر جعله يباع وفيما إذا كان بقضاء تعذر جعله يباع؛ لانعدام الرضا.

رجل قال لعبد الغير اشتر لي نفسك من مولاك، فقال العبد^(٥) نعم، فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا فباع^(٦) فهو للأمر.

وإن قال العبد^(٧) بعني نفسي ولم يقل لفلان فباع فهو حر، أما توكيل العبد بشراء نفسه صحيح؛ لأنه أجنبي عن مالية نفسه فيصح هذا التوكيل، كما لو وكل^(٨) أجنبيا إلا أن بينه وبين الأجنبي^(٩) فرقا، وهو أنه لو وكل أجنبيا فاشترى الوكيل فإن الشراء يكون للأمر، وإن لم يضاف العقد إلى الأمر، وفي حق العبد لا بد، من الإضافة إلى الأمر لوقوع العقد للأمر. وجه الفرق بينهما أنه وكله بالشراء، وتصرف الأجنبي يكون شراء سواء كان مشتريا لنفسه أو للأمر فإذا وقع شراء وقع امتثالا.

أما بيع العبد من نفسه إعتاق ومن الأجنبي بيع، فعند الإطلاق يحتمل أن يكون يباعا ويحتمل أن يكون إعتاقا، فلا يكون امتثالا بالشك فشرطنا الإضافة إلى الموكل ليكون امتثالا.

(١) « القاضي » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « ب، ج، د » بأهما.

(٣) « تملكاً » ساقط من « أ ».

(٤) « الحق » ساقط من « أ ».

(٥) « العبد » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) « فباع » ساقط من « د ».

(٧) « العبد » ساقط من « أ، هـ ».

(٨) « وكل » ساقط من « د » وفيه: كان.

(٩) في « أ، ب، د، هـ » الأجنب.

رجل وكل رجلا بقبض^(١) دين له على رجل فأقام الوكيل^(٢) بينة على المديون فادعى الغريم أن صاحب^(٣) المال قد استوفى دينه ، فإنه يدفع المال إلى الوكيل [١٥٢/د ب] ويتبع رب المال فيستحلفه ؛ لأن الوكيل أثبت لنفسه حق القبض والغريم بدعواه الإيفاء يريد إبطال حقه فلا يصدق إلا بحجة، وأمكن الجمع بين الحقين فيؤمر بدفع المال إلى الوكيل ثم يتبع الموكل.

ولو اشترى جارية فطعن بعيب ووكل وكيلا بالرد وغاب ، فقال البائع: إن المشتري قد رضي بهذا العيب، قال لايردها^(٤) حتى يحضر المشتري فيحلف أنه لم يرض.

فرق بين هذه المسألة^(٥) والمسألة الأولى. والفرق في المسألتين أن حق الوكيل^(٦) ثبت من حيث الظاهر لكن احتمال الصدق في كلام المدعى عليه ثابت [ولو ظهر صدق الغريم]^(٧) في المسألة [٥٢/أ أ] الأولى يمكن التدارك بأخذ المال من الموكل.

أما في مسألة^(٨) الرد بالعيب لو ظهر صدق الغريم^(٩) بعد الرد لايمكنه التدارك ؛ لأن قضاء القاضي في العقود والفسوخ^(١٠) ينفذ ظاهرا وباطنا وإن ظهر بطلان الحجة ، فلا يمكن إعادة البيع^(١١)؛ ألا ترى أن عند محمد لما لم ينفذ قضاء القاضي باطنا في العقود والفسوخ كانت المسألة الثانية والمسألة الأولى سواء.

وعند أبي يوسف رحمه الله لو كان المشتري حاضرا وأراد أن يرد بالعيب لا يرد

(١) في « أ، ب، ج » زاد، مال أراد به بقبض.

(٢) في « أ » الموكل.

(٣) في « أ » رب.

(٤) في « ج، د » لأرده.

(٥) « المسألة » ساقط من « أ » وفي ب، ج وبين.

(٦) في « ب، د، هـ » أن في المسألتين حق الوكيل . وفي « ج » أن حق الوكيل في المسألتين.

(٧) ما بين المعقوفين في « ج » هكذا: « لو ثبت صدق المدعى عليه ».

(٨) « مسألة » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٩) في « هـ » البائع.

(١٠) « الفسوخ » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(١١) في « د » البينة.

القاضي ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب، وإن كان البائع لم يدع، فإذا كان المشتري غائبا ومن مذهبه أنه لا يرد إلا بعد اليمين لا يرد حتى يحضر المشتري ويحلف صيانة للقضاء عن البطلان^(١). والله أعلم.

(١) انظر: تكملة شرح فتح القدير، ١٣١/٨ - ١٣٥.

باب الحقوق (١)

رجل اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه، فهذه ثلاث مسائل:

الدار، والبيت، والمنزل:

إن اشترى دارا يدخل فيها العلو وإن لم يذكر الحقوق والمرافق.
وإن اشترى بيتا، لا يدخل فيه العلو وإن ذكر الحقوق والمرافق أو قال بكل قليل وكثير هو فيه أو منه.

وإن اشترى منزلا إن قال بحقوقه أو بمرافقه أو قال بكل قليل وكثير هو فيه أو منسه، يدخل فيه العلو وإلا فلا.

أما الدار فلأفها (٢) اسم لما أدير عليه الحائط (٣) والحائط أدير على العلو فيدخل فيه العلو.

أما البيت فهو (٤) اسم لمسقف واحد، يُبات فيه، والعلو في ذلك بمنزلة السفلى والشيء لا يستتبع مثله، والمنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلا أو نهارا، والعلو وإن كان

(١) الحق لغة: « اسم من أسمائه تعالى ، والثابت بلاشك ». المعجم الوسيط ، ١ / ١٨٨ ؛ القاموس المحيط ، ١١٢٩ ؛ وقال القونوي: « والحق: في لسان أهل اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي اصطلاح أهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتماله على ذلك ويقابله الباطل » أنيس الفقهاء، ص ٢١٦ ؛ وانظر: التعريفات، ٨٩ .
وفي الاصطلاح: « يستعمله الفقهاء بمعان عديدة ومواقع مختلفة، وكلها ترجع إلى المعنى اللغوي للحق ». معجم المصطلحات الاقتصادية ص ١٢١ .

ويختلف معناه باعتبار ما أسند إليه، فيراد به النصيب الواجب للفرد أو الجماعة. وحقوق الله: ما يجب علينا نحوه. وحقوق الدار: مرافقها. انظر: المعجم الوسيط، ١٨٨ .

(٢) في « ب، ج، د، هـ » فلأن الدار.

(٣) في « أ » الحوائط، والحائط إذا أدير على العلو يدخل فيه العلو.

(٤) « فهو » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

محلا للنزول فهو دون السفلى في احتمال السكنى ؛ لأن السفلى يحتمل السكنى لنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل الدواب فكان أصلا من وجه، فرعا (١) من وجه.

فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل فيه (٢) وإلا فلا ؛ ليكون منزلته دون منزلة الدار وفوق منزلة البيت. وقيل هذا في عرفهم، أما في عرفنا العلو يدخل في البيع (٣) في المسائل الثلاثة ؛ لأن الكل يسمى خانة (٤).

والمربط والمطبخ يدخل في بيع الدار وإن لم يذكر الحقوق والمرافق (٥) وفي بيع (٦) المنزل لا يدخل على كل حال ؛ لأن الحقوق عبارة عما يقصد لغيره، لا لعينه وهذه الأشياء مقصودة بنفسها فلا تعد من الحقوق والمرافق.

وإن اشترى دارا (٧) بمحدودها يدخل فيه الكنيف (٨) والشارع (٩) ولا يدخل فيه الظلّة (١٠) في قول أبي حنيفة وهي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحها في الدار، ما لم يقل بكل حق هو، لها، أو قال بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها.

وقال أبو يوسف ومحمد يدخل [٥٢/أ ب] وإن لم يذكر الحقوق (١١) والمرافق (١٢).
لهما أن الظلة من توابع الدار ؛ لأن قرارها بالدار فيدخل على كل حال كالكنيف

(١) في « هـ » من كل وجه. وفي « أ، ب، ج » تبعا.

(٢) فيه « ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

(٣) في « هـ » البيت. وفي د، المبيع.

(٤) خانة: كلمة فارسية ، بمعنى البيت.

(٥) في « د » زاد، وقت البيع.

(٦) « بيع » ساقط من « ب، د ».

(٧) في « أ » زاد، بمحقوقها أو. وفي الجامع الصغير، بمحدودها.

(٨) الكنيف: له معان، منها: السترة ، الساتر. والمرحاض. انظر: القاموس المحيط، ١٠٩٩ ؛ المعجم

الوسيط، ٨٠١/٢ ؛

(٩) « الشارع » ساقط من « ج ».

(١٠) « الظلة شيء كالصّفّة يستتر به من الحر والبرد ». القاموس المحيط، ١٣٢٩ .

(١١) في « ج » الحدود.

(١٢) انظر: الهداية ٤٢/٧ .

والشارع.

ولأبي حنيفة إن الظلة من حيث إن قرار أحد طرفيها على الدار، إن (١) كانت تبعا، فمن حيث إن قرار الطرف الآخر على الدار الأخرى أو على الأسطوانات لا يكون تبعا للدار المبيعة فكانت تبعا من وجه دون وجه، فإن ذكر الحقوق أو المرافق، أو قال (٢) بكل قليل أو كثير هو (٣) فيها أو منها يدخل ؛ لأنها من الدار.

وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق [أو المرافق أو قال بكل قليل وكثير هو فيها أو منها] (٤) لأنه ليس من الدار المبيعة لكنه من حقوق هذه الدار (٥) فلا يدخل إلا بذكر الحقوق.

فإن ذكر الحقوق ، فقال البائع: ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فإن المشتري [١٥٣ د أ] لا يستحق الطريق من غير حجة لكن له أن يردها بالعيب، وكذا لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فإن كانت الجذوع للبائع يؤمر البائع بالرفع وإن كانت لغيره كان عيبا، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق أو مسيل ماء (٦) لدار أخرى، فإن كانت تلك (٧) الدار للبائع لم يكن للبائع أن يمر في الدار المبيعة ؛ لأنه باعها من غير استثناء وإن كانت تلك الدار لغير البائع كان عيبا.

وإن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يستحق الطريق إلا أن يشتريه بكل حقوقه أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير؛ لأن الطريق خارج عن الحدود (٨) إلا أنه من توابع الحدود فلا يدخل إلا بذكر التوابع.

(١) « إن » ساقط من « د، هـ ».

(٢) في « ب، د » بكل حق هو له أو.

(٣) « هو » ساقط من « أ ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ج ».

(٥) في « ج » حقوقها.

(٦) « ماء » ساقط من « ب ».

(٧) « تلك » ساقط من « هـ ».

(٨) في « أ، هـ » الحدود.

فرق بين البيع وبين (١) الإجارة، إذا استأجر دارا يدخل فيها الطريق والمسيل والشرب في الأرض (٢) وإن لم يذكر الحقوق والمرافق؛ لأن الإجارة تملك المنافع (٣) ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة (٤) والمهر (٥) الصغير ونحو ذلك، والانتفاع بالدار بدون الطريق لا يكون، فمست الحاجة (٦) إلى إدخالها في الإجارة.

أما البيع تملك العين لا تملك المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة ونحوها، فلما جاز البيع بدونها، لا تدخل إلا بالذكر (٧). والله أعلم.

(١) « بين » ساقط من « ب، ج، هـ ».

(٢) « في الأرض » ساقط من « أ ».

(٣) في « أ، ب، د » المنفعة.

(٤) أرض ذات نرّ وملح. انظر: قاموس المحيط، ٣٢٣.

(٥) في « هـ » النهر. والمهر: بضم الميم ولد الفرس. انظر: قاموس المحيط، ٦١٥.

(٦) في « أ، ب، د، هـ » الضرورة.

(٧) في « أ » بذكرها.

باب الاستحقاق (١)

رجل اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها، لرجل لم يأخذ^(٢) ولدها؛ لأن البينة حجة مطلقة كاسمها، مبيّنة، فتُظهر ملكَ الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة له^(٣) فيكون له، ولهذا ترجع الباعنة بعضهم على البعض.

أما الإقرار حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير فيثبت الملك مقصورا على الحال ولهذا لا ترجع الباعنة بعضهم على بعض، وهو أقر^(٤) بالجارية، فلم يجعل إقرارا بالولد وفيما إذا كان الاستحقاق بالبينة هل يكون القضاء بالجارية قضاء بالولد أو يشترط القضاء بالولد؟ اختلفوا فيه: قال بعضهم: لا يشترط ويكون القضاء بالجارية، قضاء بالولد؛ لأنه لما ظهر [٥٣/أ] ملك الجارية من الأصل يظهر في الأولاد.

وقال بعضهم: يشترط القضاء بالولد^(٥).

وذكر محمد رحمه الله ما يدل على ذلك؛ فإنه قال: لو لم يعلم القاضي بالولد أو كان الولد في يد رجل غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد^(٦).

رجل اشترى غلاما فشهد رجل على ذلك وختم [أي كتب على الصك] ^(٧) فليس ذلك بتسليم وهو على دعواه وكذا لو شهد لغيره تقبل شهادته؛ لأنه شهد على البيع صورة لاعمى فإن بيع مال الغير بغير إذنه بيع صورة، والشهادة على البيع صورة لا تكون شهادة على صحته ونفاذه فلم تكن كتابة الشهادة على الصك منه إقرارا بكون الغلام ملكا للبائع، فإذا ادعاه لنفسه بعد ذلك أو شهد به لغيره جازت شهادته وسمع دعواه.

(١) الاستحقاق: « هو ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير ». المصطلحات الاقتصادية ص ، ٥١ .

(٢) في « هـ » لم يدخل.

(٣) « له » ساقط من « د، هـ ».

(٤) في « د » اقرار.

(٥) قال الزيلعي: وهو الأصح. انظر: تبين الحقائق، ٤/١٠٠؛ العناية ٧/٤٥؛ البحر ٦/١٥٦.

(٦) انظر: الهداية ٧/٤٤ — ٤٥.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « ج ».

قال مشايخنا رحمهم الله : هذا إذا لم يكن في الصك ما يدل على صحته ونفاذه. أما إذا كتب فيه ما يدل على صحته ونفاذه بأن كتب فيه باعه وهو يملكه أو باعه يبعه باتا (١) فكتب شهادته (٢) عليه لاتسمع دعواه ولا شهادته لغيره، كما لو شهد لغيره بين يدي القاضي ولم يقض بشهادته، ثم ادعاه لنفسه، أو شهد لغيره (٣) لاتقبل شهادته إلا أن تكتب شهادته في الصك على إقرار العاقدين بذلك فلا تبطل دعواه وخصومته.

رجل اشترى عبدا فإذا هو حر، وقد قال العبد للمشتري اشترني فأني (٤) عبد (٥) فإن كان البائع حاضرا أو غائبا (٦) غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء، وإن كان البائع غائبا لا يُدْرَى مكانه رجع المشتري على العبد، بالثمن ثم يرجع العبد بذلك على البائع. وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد على كل (٧) حال؛ لأن الرجوع عليه إما أن يكون بحكم العقد أو بحكم الكفالة وشيء من ذلك لم يوجد (٨).

وجه ظاهر الرواية أن المشتري إنما أقدم على الشراء معتمدا على كلام العبد فصار بمنزلة المغرور من جهته والغرور في (٩) المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض، يُجْعَل سببا للضمان، دفعا للغرور بقدر الإمكان، فإذا ظهرت حرية العبد وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤخذ بذلك، كالمولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدي قد أذنت له في التجارة، فباعوه ولحقه ديونٌ ثم ظهر أنه كان (١٠) حرا [١٥٣/د ب]، رجعوا عليه بديونهم بحكم الغرور كذلك هنا.

(١) في « هـ » تاما.

(٢) في « د » فكتبت شهادتي.

(٣) « أو شهد لغيره » ساقط من « هـ ».

(٤) في « د، هـ » فأنا.

(٥) في « ج » زاد، له.

(٦) في « أ » زاد، عنه.

(٧) في « ج » بكل حال.

(٨) انظر: الهداية ٤٧/٧ .

(٩) في « أ » زاد، سلامة.

(١٠) « كان » ساقط من « أ ».

ولا يلزم على هذا ما إذا قال العبد لغيره ارتقني من هذا فأني عبده فأرتقن ثم تبين أنه كان حراً، لا يرجع المرثن على العبد؛ لأن الرهن لا يقتضي سلامة العوض؛ لأنه ليس بمعاوضة، فلا يجعل ضامناً، وإنما جعلناه ضامناً في كل عقد يقتضي السلامة.

وقول محمد في الكتاب فإذا العبد حر، محتمل^(١) يحتمل حرية الأصل، ويحتمل الحرية بعناق عارض، فإذا أراد به حرية الأصل فلقبول بينة العبد وجهان:

أحدهما ما قال عامة المشايخ إن الشهادة القائمة على [٥٣/أ ب] حرية الأصل تقبل من غير دعوى العبد عندهم جميعاً؛ لأنها قائمة على حرية الأم وحرمة الفرج^(٢) إنما الخلاف في الشهادة القائمة على حرية العبد بعناق عارض، عند أبي حنيفة لا تقبل من غير دعوى العبد وعندهما تقبل^(٣).

والوجه الثاني: ما قاله بعض المشايخ أن الدعوى وإن كانت شرطاً أيضاً في حرية الأصل عند أبي حنيفة إلا أن التناقض في دعوى الحرية^(٤) لا يمنع الدعوى لما يذكر، وإن أراد به العتق المبتدأ فلقبول بينة العبد وجه واحد، وهو أن التناقض في دعوى العتق لا يمنع الدعوى؛ لأنه أمر لا يحتمل النقض بعد الوقوع^(٥) ويجري فيه الخفاء، والتناقض في مثله لا يمنع الدعوى.

رجل ادعى حقاً في دار فصالحه الذي في يده الدار على مائة درهم ثم استحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من بدل الصلح، ولو كان المدعي ادعى كل الدار (٢) فصالحه المدعى عليه على شيء والمسألة بحالها رجع المدعى عليه على المدعي بحسابه منها.

والفرق أن في المسألة الأولى المدعي ادعى حقاً مجهولاً والصلح من المجهول على المعلوم جائز، فإذا استحق بعض الدار كان من حجة المدعي أن يقول كان حقي من الدار ما بقسي في يدك فلا يرجع بشيء.

(١) « محتمل » ساقط من « د، هـ ».

(٢) « وحرمة الفرج » ساقط من « هـ ».

(٣) انظر: الهداية مع الفتح ٤/٥٠٦، ٤٨/٧؛ بدائع الصنائع، ٤/١١٠.

(٤) في « ب » في ذلك. بدل، دعوى الحرية.

(٥) في « ب » الرجوع.

أما إذا ادعى كل الدار^(١) فإنما أخذ المائة بدلا، عن كل الدار، وأجزاء
البدل^(٢) تنقسم على أجزاء المبدل، فإذا استحق البعض يرجع بحصة المستحق من بدل الصلح.
رجل باع عبدا قد ولد عنده فباعه الثاني من غيره ثم إن البائع الأول ادعى^(٣) أنه ابنه،
قال هو ابنه وبطل البيع الأول والثاني، والقياس أن لاتصح دعواه^(٤)؛ لأن الإقدام على البيع
إقرار منه بأنه مملوكه فإذا ادعى أنه ابنه كان متناقضا فلا تسمع دعواه.
وجه الاستحسان أنه ادعى أمرا يُصدِّقُه الظاهر؛ لأن ولادة الجارية في ملكه دليل
ظاهر^(٥) على كون الولد منه؛ إذ الظاهر من حالها عدم الزنا فإذا ادعى أمرا يصدقه الظاهر
يقبل قوله، وكونه متناقضا في كلامه لا يمنع^(٦) من الدعوى؛ لأن النسب أمر خفي لا يَحتمل
القطع والنقض، والتناقض في مثله لا يمنع كالمراة إذا اختلعت من زوجها ثم أقامت البينة أنه
كان طلقها ثلاثا قبل الخلع، قبلت بينتها؛ لما ذكرنا من المعنى، وإذا سمع دعواه ظهر أنه باع
الحر فيبطل البيعان.

(١) « الدار » ساقط من « أ ».

(٢) في « ب » الدار.

(٣) في « أ » زاد، البائع الأول.

(٤) في « أ، ب، هـ » دعوته.

(٥) « ظاهر » ساقط من « أ ».

(٦) في « ب، هـ » لا يمنع.

باب بيع عبد الغير

رجل غصب عبدا وباعه من رجل آخر فأعتقه المشتري ثم أجاز المولى بيع الغاصب جاز عتقه وهو قول أبي يوسف، والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر رحمهما الله^(١).
ولو قطعت يده عند المشتري وأخذ المشتري^(٢) أرشها، ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للمشتري ويتصدق بما زاد على نصف الثمن^(٣).

ولو أن المشتري [٥٤/أ] لم يعتق العبد ولكن باعه من رجل ثم أجاز المولى بيع الغاصب لم يجز البيع^(٤) الثاني بالاتفاق.

وحاصل الخلاف راجع إلى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم ؛ لانعدام الولاية فكان الإعتاق حاصلًا في ملك الغير فيبطل كما لو باعه المشتري الأول، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف ؛ لأن الأصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي^(٥) إلى وقت الإجازة^(٦) لدفع الضرر عن المالك، والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجهه، لا يظهر أثره في^(٧) التصرفات الضارة، فإعتاق المشتري صادق ملكًا موقوفًا فيتوقف، وإنما لا ينفذ^(٨) البيع الثاني ؛ لأن المولى إذا أجاز البيع الأول ثبت الملك للمشتري الأول على وجه البتات وطريان الملك البات^(٩) يبطل الملك الموقوف، وهذا لا يوجد في الإعتاق، فينفذ إعتاق المشتري ويكون الولاء له، كالراهن إذا باع المرهون وأعتقه المشتري

(١) انظر: المبسوط، ٦٣/١١ ؛ بدائع الصنائع، ١٤٥/٧

(٢) « المشتري » ساقط من « أ ».

(٣) كتب في هامش « ج » قوله يتصدق بما زاد ؛ لأنه ربح ما لم يضمن ؛ لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك. من الهداية.

(٤) « البيع » ساقط من « د ».

(٥) « التراخي » ساقط من « هـ ».

(٦) في « أ » زاد، وإنما كان.

(٧) في « ج » زاد، حق.

(٨) في « ب، د » لا ينعقد.

(٩) في « ب » الثاني. بدل، البات.

ثم أجاز المرقن ينفذ [١٥٤/د أ] إعتاق المشتري.

وهذا بخلاف ما إذا مات (١) العبد أو قُتِل قبل الإجازة ثم أجاز المولى حيث لا تصح (٢) إجازته ؛ لأن شرط صحة الإجازة بقاء العقد وبعد الموت لا يتصور بقاءه لفوات المحل، بخلاف القطع فإنه لا يُبطل العقد فتصح الإجازة، وإذا صحت الإجازة كان القطع حاصلًا في ملك المشتري فيكون الأرش له.

وهذا بخلاف ما إذا غضب من آخر عبداً فقطعت يده وأدى الغاصب ضمانه حيث لا يكون الأرش للغاصب ، وإن ملك المضمون عند أداء (٣) الضمان من وقت الغصب؛ لأن الغصب لم يوضع سبباً للملك وإنما يثبت للملك (٤) في المضمون مستنداً لمكان الضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في (٥) المنفصل.

وأما البيع فسبب موضوع للملك فجاز أن يعمل في المنفصل والمتصل (٦) ويتصدق المشتري بما زاد على نصف الثمن لمكان شبهة الربا.

وإن كان المشتري أعتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للعبد ؛ لأن الحرية استندت إلى وقت العتق فكان القطع حاصلًا بعد الحرية، أو لأن هذا العبد بمنزلة المكاتب ؛ لأنه متردد بين الرق والحرية فكان الأرش له.

رجل باع عبد رجل بغير أمره فأقام المشتري بينة على إقرار البائع أنه باعه (٧) بغير أمر المالك وأراد رد البيع لم تقبل بينته ؛ لأنه متناقض في هذه (٨) الدعوى ؛ لأن الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والتناقض يمنع الدعوى والشهادة، وإن أقر البائع بذلك عند القاضي

(١) « مات » ساقط من « ب » .

(٢) في « ب » لاتصلح .

(٣) في « أ » بأداء .

(٤) « الملك » ساقط من « د » .

(٥) في « ب » زاد، حق .

(٦) « والمتصل » ساقط من « ج » .

(٧) في « باعه » ساقط من « ب » .

(٨) « هذه » ساقط من « أ » .

أبطل^(١) البيع إذا طلب المشتري ذلك ؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فإن من أنكر شيئاً ثم أقر يصح إقراره ؛ لأن^(٢) الإقرار حجة في حق المقر خاصة فإذا وافقه المشتري نفذ إقراره.

وذكر بعد هذا مسألة غصب المدير وجعله مضموناً على الغاصب [٥٤/أ ب] ولم يجعل أم الولد مضمونة على الغاصب في قول أبي حنيفة ، وهي مضمونة عندهما^(٣) وذكر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة، وذكر بعد هذا باباً في مسائل الشفعة نذكرها في كتاب^(٤) الشفعة من هذا الكتاب إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

(١) في « ج » القاضي.

(٢) في « أ، ب، د، هـ » إلا أن.

(٣) انظر: الهداية ٣٦٨/٩ .

(٤) في « ج » مسائل.

باب في العبد المأذون يبيعه المولى أو يعتقه

عبد مأذون له ^(١) عليه دين يحيط برقبته، باعه المولى وقبضه المشتري وغيّبه فالغرماء بالخيار إن شاءوا ضمنوا البائع قيمته وإن شاؤوا ضمنوا المشتري قيمته ؛ لأن حق الغرماء كان متعلقا برقبة العبد يباع بديونهم إذا لم يقض المولى ديونهم أو يكسب فيقضي ديونهم من كسبه وبعد البيع لا يمكنهم ذلك فإذا باعه المولى ^(٢) وسلمه صار المولى جانيا عليهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب، فكان لهم الخيار إن شاؤوا ضمنوا البائع وإن شاؤوا ضمنوا المشتري وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا ثمنه ؛ لأن لهم حق استيفاء الدين من الثمن فكان لهم حق الإجازة وقبل الإجازة البيع فاسد وليس بموقوف نص عليه في المأذون ؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فلا يجوز كبيع الآبق والجذع في السقف، فإن ضمنوا البائع قيمة العبد ثم وجد المشتري به عيبا ورده عليه، كان للبائع أن يدفع العبد إلى الغرماء ويسترد القيمة ؛ لأن سبب الضمان كان هو البيع الفاسد ^(٣) فإذا انفسخ البيع ارتفع سبب الضمان فيبطل الضمان كالغاصب إذا باع المغصوب وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له أن يرده على المالك ويسترد منه القيمة كذلك ههنا.

عبد مأذون له ^(٤) قيمته ألف درهم وعليه ألف درهم دين اشترى عبدا قيمته ألف درهم ^(٥) فأعتق المولى العبد المشتري جاز إعتاقه، وإن كان الدين مثل قيمتهما لم يجوز عتقه، وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إعتاقه في الوجهين ^(٦).

وأصل المسألة أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون، إذا كان ^(٧) الدين

(١) « له » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٢) « المولى » ساقط من « ج ».

(٣) « الفاسد » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٤) « له » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٥) « درهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) انظر: البحر الرائق ١٠٦/٨ ؛ نتائج الأفكار، ٣٠١/٩.

(٧) في « ب » زاد، عليه.

مستغرقا لرقبة المأذون^(١) والكسب جميعا، [في قول أبي حنيفة وعندهما يملك . فإن لم يكن الدين مستغرقا لرقبة المأذون^(٢) والكسب جميعا]^(٣) كان أبو حنيفة يقول أولاً بأنه لا يملك أكسابه وإن قل الدين ثم رجع وقال: بأنه يملك^(٤).

لهما أن الكاسب بعد لحوق الدين باق على ملك المولى حتى لو أعتقه^(٥) ينفذ إعتاقه ولو كانت جارية حل للمولى وطئها، وملك الكاسب علة لملك الكسب فإذا بقيت^(٦) العلة بقي المعلول فينفذ إعتاقه ويضمن قيمته كالراهن إذا أعتق المرهون.

ولأبي حنيفة أن العبد آدمي مكلف فيكون أهلا للملك إلا أن الشرع سلب أهليته وجعل أكسابه للمولى، إما لحاجة [١٥٤/د ب] المولى واستغناء العبد، أو ترجيحاً لحاجة المولى على حاجة العبد^(٧) فإذا أذن له المولى بالتجارة مع علمه أن الناس لا يبايعونسه إذا لم يكن متمكناً من أداء ديونه^(٨) من كسبه فقد أزال حق نفسه وجعله أحق^(٩) بمكاسبه [٥٥/أ أ] فما^(١٠) لم يفضل كسبه عن دينه لا يملكه المولى وإذا لم يملكه^(١١) لا ينفذ إعتاقه وكان ينبغي أن يكون الدين القليل مانعاً إلا أن المأذون لا يخلو عن قليل دين فسقط اعتبار ذلك كما قلنا في دين الميت إن^(١٢) قليله لا يمنع وقوع الملك للوارث وكثيره يمنع فحال المولى مع العبد بمنزلة حال الوارث مع المورث. والله أعلم.

(١) « المأذون » ساقط من « أ » .

(٢) « المأذون » ساقط من « ب » وفيه: المديون.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » .

(٤) انظر: بدائع الصنائع، ١٩٩/٧ ؛ حاشية ابن عابدين، ١٦٣/٦ .

(٥) في « د » المولى.

(٦) في « أ » انتفت.

(٧) في « أ، ب » حاجته.

(٨) في « أ، ب، ج » قضاء الدين.

(٩) في « ج » أحص.

(١٠) في « أ » فإن.

(١١) في « ج » زاد، المولى.

(١٢) « إن » ساقط من « ب، ج، هـ » .

باب مسائل متفرقة

رجل قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة درهم من الثمن سوى الألف فباعه جاز ويأخذ المولى^(١) الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن، وإن قال: على أني ضامن لك خمسمائة درهم^(٢) سوى الألف ولم يقل من الثمن فباع جاز يبعه بألف ولا شيء له^(٣) على الضامن.

وقال زفر والشافعي في الفصل الأول يجوز البيع بألف ولا شيء على الضامن؛ لأن شرط وجوب الثمن على الأجنبي لا يصح وما لا يفيد من الشروط لا تعتبر، فصار كأنه لم يذكر، كما لو باع شيئاً على أن يقرضه فلان الأجنبي ألف درهم لا يصح، ولا يفسد العقد^(٤).

ولنا أنه قد^(٥) التزم الخمسمائة ثمناً وأمكن تصحيحه بطريق الزيادة في الثمن فإن الزيادة في^(٦) الثمن من الأجنبي جائزة؛ لأن الزيادة في الثمن مال يقابلها المبدل^(٧) صورة لامعنى إذ المشتري لا يستفيد بالزيادة ملكاً لم يكن، فالتزام هذا المال من الأجنبي جائز كالتزام بدل الخلع، أما إذا لم يقل من الثمن لا يمكن^(٨) إيجابه بطريق الزيادة، فبقي التزام المال بطريق الرشوة لبيع عبده من الغير والرشوة حرام.

رجل اشترى جارية بألف درهم وقبضها ثم أقال البائع بخمسمائة أو بألف وخمسة مائة

(١) « المولى » ساقط من « ب، د ».

(٢) « درهم » ساقط من « د، هـ » وفيهما: الخمسمائة.

(٣) « له » ساقط من « أ، ب ».

(٤) عند الشافعية فيه وجهان: حيث يصح في وجه ولا يصح في آخر، والأصح فساد البيع،

وكذلك يفسد البيع عند الحنابلة. انظر: العناية مع شرح فتح القدير، ١٢٢/٧ - ١٢٣؛ المهذب،

٣٤١/١؛ المجموع، ٣٧٥/٩؛ كشف القناع، ٣٨٢/٣؛ المغني، ١٧٥/٤.

(٥) « قد » ساقط من « أ، ج ».

(٦) « في » ساقط من « أ ».

(٧) « د » الثمن.

(٨) « أ » لم يكن.

درهم^(١) فالإقالة بالثمن الأول، وإن كان حدث في الجارية عيب، فتقايلًا بأقل من الثمن الأول جازت الإقالة بما تقايلًا^(٢) وإن تقايلًا بأكثر من الثمن الأول فالإقالة بالثمن الأول. وأصل^(٣) هذا أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بمثل الثمن الأول^(٤) [سواء سميا مثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر أو جنسا آخر]^(٥) قبل القبض أو بعده.

وتبطل الزيادة والنقصان واشترط بدل آخر فإن تعذر جعلها فسخا^(٦) لزيادة المبيع ونحوه تَبْطُل. وعن أبي يوسف الإقالة بيع مبتدأ على كل حال سواء وقعت الإقالة بمثل الثمن الأول^(٧) أو بأكثر منه أو بأقل منه^(٨) أو بنوع آخر، فإن تعذر جعلها بيعا كما في المنقول قبل القبض تجعل فسخا، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة^(٩).

وعن أبي يوسف في رواية في المنقول قبل القبض تعتبر الإقالة بيعا فاسدا كما لو تلفظ بلفظ البيع.

وقال محمد: إن تقايلًا بمثل الثمن الأول أو بأقل منه فالجواب كما قال أبو حنيفة، وإن تقايلًا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنس الأول، فالجواب كما قال أبو يوسف، إلا أن عنده العقار قبل القبض بمنزلة المنقول. وقال زفر: الإقالة فسخ في حق الكل حتى لا تتعلق به الشفعة^(١٠).

لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن البيع مبادلة المال بالمال عن تراض وقد أتيا بذلك إلا أنهما [٥٥/أ ب] تلفظا بلفظ الإقالة والعبرة للمعنى دون اللفظ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة

(١) « درهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) « بما تقايلًا » ساقط من « ج ».

(٣) في « د » فالحاصل.

(٤) « الأول » ساقط من « ب، ج ».

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) « فسخا » ساقط من « أ ».

(٧) « الأول » ساقط من « أ، ب، ج، د » انظر: الهداية ٤٨٧/٦ .

(٨) « منه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٩) انظر: المبسوط، ١٦٦/٢٥ ؛ البحر الرائق، ١١١/٦ ؛ حاشية ابن عابدين، ١٢٧/٥ .

(١٠) انظر: بدائع الصنائع، ٣٠٦/٥ ؛ الاختيار ١١/٢ .

الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، فكانت الإقالة بيعا، وإنما لاتعتبر تسمية الثمن في الإقالة ؛ لأن الثمن معلوم فلا يشترط تسميته ^(١) كالبيع تولية وأخذ الدار بالشفعة وإنما لاتصير ^(٢) بيعا في المنقول قبل القبض في رواية ؛ لأنها لو جعلناه بيعا لا يصح ولو جعلناه فسخا يصح، فيجعل فسخا تصحيحا للتصرف، ومحمد يقول الإقالة رفع في اللغة، يقال في الدعاء اللهم أقلني عثراتي أي ارفعها، فيجعل رفعها ما أمكن.

وفيما إذا سمي أكثر من الثمن الأول أو جنسا آخر تعذر جعلها فسخا ؛ لأن الفسخ يكون بالثمن الأول فيجعل بيعا صيانة لكلامه عن الإلغاء، أما في الأقل ^(٣) أمكن جعله فسخا؛ لأنه لو سكت عن جميع الثمن صحت الإقالة فكذا إذا سكت عن البعض وكذا إذا تقايلا بثمان مؤجل تصح الإقالة ويبطل الأجل.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن ^(٤) الإقالة رفع في اللغة والرفع لا يحتمل الابتداء فإذا تعذر جعلها رفعها تبطل.

إذا عرفنا هذا نقول في مسألتنا: لا تصح الزيادة [١٥٥/د أ] والنقصان ويكون فسخا بالثمن الأول إلا إذا حدث بالمبيع عيب فيجعل فسخا ويجعل النقصان بمقابلة الجزء المحتبس عند المشتري.

وقبول الإقالة يقتصر على المجلس ؛ لأنها لا تصح من غير قبول والقيام عن المجلس دليل الإعراض ^(٥) والرد.

وتصح الإقالة بلفظ الأمر من أحد الجانبين ؛ لأنها لا تكون إلا بعد تأمل ونظر فتكون بمنزلة النكاح.

وعند محمد لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي كالبيع. ولا تصح بعد هلاك المبيع؛ لأنها رفع العقد فيستدعي بقاء العقد والعقد لا يبقى بعد هلاك ^(٦) المعقود عليه.

(١) في « ب، ج، د، هـ » تسمية الثمن.

(٢) في « أ، ب » لاتعتبر.

(٣) في « ب » في الأول. بدل، الأقل.

(٤) « أن » ساقط من « ب، ج ».

(٥) في « ج » دلالة الإعراض.

(٦) في « أ » المبيع.

رجل أسلم جارية (١) في كُرٍّ (٢) حنطة فهلكت الجارية (٣) عند المسلم إليه ثم تقايلا السلم صحت الإقالة ؛ لأن المعقود عليه في فصل السلم هو المسلم فيه والمسلم فيه قائم فتصح الإقالة، وترد قيمة الجارية. وكذا لو تبايعا عبدا بجارية وتقابضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما صحت الإقالة ؛ لأن العقد يبقى ببقاء أحدهما فإذا صحت الإقالة وجب رد الهالك فيجب عليه قيمته.

رجل في يده دار أقام البينة أنه اشتراها من فلان بألف درهم (٤) ونقده الثمن وأقام فلان البينة أنه اشتراها منه بألف ونقده الثمن، فهي للذي في يده ، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد هي للمدعي والألف بالألف قصاص (٥).

لمحمد أن العمل بالبينتين واجب ما أمكن ، وأمکن العمل بهما (٦) بأن يجعل كأن صاحب اليد اشتراها من المدعي بألف وقبضها ثم باعها من البائع بألف ولم يسلم فيؤمر بالتسليم إلى المدعي فيقضى بالعقدين على هذا الوجه، ولا يقضى بالعقدين بتقديم شراء الخارج ثم بيعه من صاحب اليد؛ لأننا لو جعلناه كذلك، وقبض الخارج لم يثبت لا عيانا ولا بالشهادة فيصير بائعا قبل القبض ويبيع العقار قبل القبض عندي لا يجوز (٧).

[٥٦/أ أ] ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنهما اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد والقضاء بالعقدين بدون الدعوى ممتنع والترجيح متعذر (٨) لعدم الأولوية فتعين القول بالتهاتر فبطلت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك (٩) ولأن كل بائع مقر بالملك للمشتري باعتبار الأصل فصار كأن كل واحد منهما أقام البينة على إقرار صاحبه له بالملك، ولو أقام كل واحد

(١) في « أ، ج » ولو أسلم جارية.

(٢) « كر » ساقط من « ب، ج ».

(٣) « الجارية » ساقطة من « أ ».

(٤) « درهم » ساقط من « أ ».

(٥) انظر: المبسوط، ١٦٢/١٦ ؛ شرح الجامع الصغير للسرخسي، لوجه رقم: ٢٠٢ مخطوط.

(٦) « بما » ساقط من « د، هـ » وفي « ب » بها.

(٧) انظر: المبسوط، ٦٠/١٧ — ٦١ .

(٨) في « أ » ممتنع.

(٩) في « ب، هـ » للترك.

منهما البينة على إقرار صاحبه له بالملك بطلت البيتان ، كذلك هنا .

وقوله الألف بالألف قصاص، قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ؛ لأن عندهما إذا لم يقض بالعقدين بقي قبض الثمن بغير حق، فيجب على كل واحد منهما رد المقبوض إن كان قائما، وتقع المقاصة إن كان هالكا، فأما على قول محمد إذا قضى بالعقدين بقي المقبوض ثمنا، فلا معنى لوقوع المقاصة. هذا إذا شهدوا بالبيع ولم يشهدوا بالقبض فإن أقام كل واحد منهما البينة على البيع والقبض فكذلك الجواب، عندهما تهاوت البيتان. وعلى قول محمد يقضى بالعقدين ويجعل كأن الخارج اشترى أولاً وقبض ثم باعها من ذي اليد وسلم ويجعل القبض المعين، قبضا لآخر العقدين [لأن القبض إذا كان مشهودا به أمكن القضاء بالعقدين مع تقرير القبض] ^(١) فلا تُنقض يدُ صاحب اليد من غير دليل بخلاف الفصل الأول.

رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها من رجل جاز النكاح ؛ لأنه تصرف في ملك نفسه وإنما المنهي بيع المبيع قبل القبض، والنكاح ليس في معنى البيع ؛ لأن النكاح لا يفسخ بهلاك المعقود عليه والبيع يفسخ، ولهذا لا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالآبق ونحوه ويجوز نكاح الآبقة، فالنهي الوارد في البيع لا يكون واردا هنا، وإذا جاز هذا النكاح فالقياس أن ^(٢) يصير قابضا وفي الاستحسان لا يصير قابضا ما لم يطأها الزوج.

وجه القياس أن النكاح ^(٣) تعيب وبالتعيب يصير قابضا. وجه الاستحسان أن النكاح ليس بعيب حقيقة [بل هو عيب شرعا فلا يصير به قابضا كما لو أقر على عبد اشتراه، بالدين] ^(٤) وإنما يصير قابضا بالتعيب حقيقة ^(٥)؛ لأنه استيلاء على المحل ولم يوجد الاستيلاء ^(٦) هنا، وإذا وطئها الزوج وجد الاستيلاء من الزوج بتسليط المشتري فيصير قابضا. رجل اشترى عبدا ولم ينقد الثمن حتى غاب وأقام البائع بينة أنه باعه إياه فإن كان المشتري غائبا غيبة معروفة لا يباع العبد في دين البائع.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » .

(٢) « أن » ساقط من « أ، ب، ج » وفيها: في القياس.

(٣) في « د » قبض لأنه تعيب.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، د، هـ » .

(٥) في « د » زاد، وهو الوطاء.

(٦) في « أ » الاستيلاء.

وإن كان غائبا لا يُدرى مكانه ^(١) وطلب البائع بيع العبد من القاضي فإن القاضي يبيع العبد ويوفي الثمن فإن فضل من الثمن شيء [١٥٥/د ب] أمسكه حتى يحضر المشتري فيدفع إليه وإن انتقص الثمن الثاني عن الأول كان النقصان على المشتري الأول ^(٢) لأن العبد في يد البائع والقول قول الإنسان فيما ^(٣) في يده ؛ ألا ترى أنه ^(٤) لو ادعى أنه ملكه كان القول قوله فإذا أقر بالبيع فقد أقر للغائب بالملك على وجه يكون مشغولا بحقه ؛ لأن ^(٥) للثمن تعلقا بالمبيع وإنما أقام البينة لإظهار الأمر عند القاضي ونفي التهمة، لا لإثبات الملك للغائب [٥٦/أ ب] والدين عليه، إلا أن المشتري إذا كان غائبا يُدرى مكانه أمكن استيفاء الثمن منه فلا يحتاج إلى (البيع وإذا كان لا يدرى مكانه، تعذر استيفاء الثمن) ^(٦) فمست الحاجة إلى البيع ولا يكون هذا قضاء على الغائب بل هذا اعتبار قول صاحب اليد.

رجلان اشترى عبدا صفقة واحدة وغاب أحدهما فللحاضر أن ينقد كل الثمن ويقبض العبد، فإذا حضر الغائب، لم يأخذ نصيبه من العبد حتى ينقد لشريكه ما أدى عنه من الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وقال أبو يوسف: إذا نقد الحاضر كل الثمن لم يقبض من العبد إلا نصيبه ويكون متبرعا فيما أدى عن صاحبه فلا يرجع عليه. أما لا يأخذ كل العبد ؛ لأنه أجنبي عن نصيب الشريك فيكون متطوعا بما ^(٧) أدى عن الشريك ؛ لأنه قضى دين شريكه بغير أمره ^(٨).

ولهما أنه محتاج إلى قبض نصيبه ولا يمكنه ذلك إلا بقبض الكل ؛ لأن قبض البعض تفريق الصفقة على البائع في حق اليد ولا يمكنه قبض الكل إلا بنقد جميع الثمن فكان مضطرا في نقد نصيب الغائب وهذا الاضطرار إنما جاء من قبل صاحبه فيجعل وكيلا عنه كمعير

(١) في « أ » بحيث لا يدرى أين مكانه.

(٢) « الأول » ساقط من « أ ».

(٣) « الإنسان فيما » بياض في « ب ».

(٤) « أنه » ساقط من « ج ».

(٥) في « أ، ب، ج » فإن.

(٦) ما بين القوسين غير واضح في « أ ».

(٧) في « أ، ب، ج » فيما.

(٨) انظر: الهداية ١٢٧/٧ .

الرهن إذا قضى دين الراهن لا يكون متبرعا.

وكذلك علو لرجل وسفل لآخر انهدما وامتنع صاحب السفل عن البناء فبناه صاحب

العلو كان له أن يرجع عليه ؛ لأنه لا يمكنه التوسل إلى حقه إلا ببناء السفل فلا يكون متبرعا.

رجل تزوج (١) امرأة زوجها منه (٢) رجل بغير أمرها، فظاهر منها ثم أجازت النكاح جاز النكاح، والظهار باطل ؛ لأن الظهار لم يجعل تحريما إلا في المنكوحة جزاء لكذبه وهو تشبيه المحللة بالحرمة وهنا الحل ما كان ثابتا وقت التشبيه، وهذا بخلاف ما إذا اشترى جارية من فضولي فأعتقها ثم أجاز المولى بيع الجارية ينفذ إعتاق المشتري في قول أبي حنيفة، والفرق ما مر، أن بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف فتوقف العتق فإذا نفذ البيع (٣) نفذ العتق (٤).

أما الظهار إنما صار تحريما جزاء لتشبيهه، هو كذب محض ولم يوجد ؛ لأن النكاح الموقوف لا يفيد الحل أصلا.

رجل اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان خمسمائة من فضة وخمسمائة من الدنانير ؛ لأنه أضاف الألف إليهما والإضافة المطلقة توجب التسوية.

رجل له على آخر عشرة دراهم جياذ، فقضاه زيوفا ولم يعلم بذلك حتى أنفقها أو هلكت فهو قضاء قياسا، ولا شيء عليه وهو قول محمد، وفي الاستحسان يرد زيوفا مثل زيوفه ويرجع بالجياذ وهو قول أبي يوسف (٥) [وقال عيسى بن أبان (٦) رجوع محمد إلى قول

(١) رجل زوج.

(٢) « منه » ساقط من « ب » .

(٣) في « أ، ب، ج » الملك. بدل، البيع.

(٤) انظر: الهداية ٥٧/٧ .

(٥) انظر: الهداية مع الفتح، ١٢٩/٧ — ١٣٠ .

(٦) هو عيسى بن أبان بن صدقة أبو موسى قاضي البصرة ، تفقه على محمد بن الحسن، وممن تفقه عليه أبو حازم القاضي استاذ الطحاوي وبكار بن عتبية ، من مؤلفاته كتاب الحج، مات سنة ٢٢١ هـ — انظر: الفوائد البهية ص ١٥١ ؛ سير أعلام النبلاء ٤٤٠/١٠ الجواهر المضيئة ٤٠١/١ ؛ أخبيلر أبي حنيفة وأصحابه ص ١٤١ ؛ تاج التراجم ص ١٧٠ — ١٧١ .

لأبي يوسف أن حقه في الجياد فإذا قبض الزیوف كان قابضا غير حقه فإن شاء تجوز به، وإن شاء طالبه بحقه ويرد مثل ما قبض، كما لو قضاه ستوقا أو رصاصا فإنه لا يطل حقه في الجودة.

ولأبي حنيفة ومحمد أنه استوفى أصل حقه ؛ لأن حقه في الدارهم، والزیوف من جنس الدارهم، بقي حقه في الجودة والجودة بانفرادها، لا قيمة لها فلا يمكن الوصول إلى الجودة (٣) [٥٧/أ أ] إلا بضمان الزیوف والإنسان في قبض حقه لا يكون ضامنا، لما فيه مسن إيجاب الضمان لنفسه على نفسه وذلك باطل.

طير أفرخت في أرض إنسان أو باضت، فهو لمن أخذه ؛ لأن الفرخ صيد والبيض أصل الصيد ولهذا إذا كسر المحرم بيض صيد (٤) كان عليه الجزاء إلا أن أخذ البيض ممكن من غير حيلة وبهذا لا يخرج من أن يكون صيدا فيكون للآخذ، كصيد انكسر رجله في أرض إنسان كان لمن أخذه وكذلك الظبي إذا تكنس (٥) في أرض إنسان كان لمن أخذه ولا يكون لصاحب الأرض ؛ لأنه لم يأخذه كمن نصب خيمة أو شبكة للجفاف فتعقل (٦) بها صيد، لا يكون له | فإن كان صاحب الأرض أعد في أرضه موضعا لفراخ الصيد فأفرخت روي عن محمد أنها تكون لصاحب الأرض لأنه يكون آخذا حكما كمن نصب شبكة فتعقل (٦) بها صيد يكون له وكذا [(٧) إذا بسط ذيله للدراهم المنثورة والسكر [١٥٦/د أ]، فما وقع فيه يكون له، وكذا إذا هيا مكانا لسرقين الدواب فما وقع (٨) فيه يكون له (٩) عند البعض.

(١) انظر: المبسوط، ١١٧/٢١ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ب، ج » .

(٣) « الجودة » ساقط من « أ » .

(٤) في « أ، ب، ج، د » بيضه .

(٥) أي استتر. انظر: المغرب ص ٤١٦ ؛ وفي « ج، هـ » انكسر .

(٦) في « د » فتعلق .

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « ج » .

(٨) « وقع » ساقط من « ب » .

(٩) في « ج » زاد، هذا .

فرق بين الصيد وبين العسل، فالنحل إذا عسل في أرض إنسان يكون لصاحب الأرض على كل حال ؛ لأن العسل ليس بصيد بل هو ^(١) قائم بالأرض بمنزلة الشجر. عبد بين شريكين ^(٢) فاشترى أبو العبد نصيب أحدهما وهو موسر فللشريك الذي لم يبع أن يضمن الأب عندهم ؛ لأن شراء القريب إعتاق عندنا ^(٣) فيصير الأب معتقا عبدا بينه وبين غيره فيضمن إذا كان موسرا. رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم ^(٤) وقبضها ثم باعها منه بخمسمائة قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا، خلافا للشافعي ^(٥) وقد مرت المسألة قبل هذا ^(٦). والله أعلم.

(١) في « أ » لأنه بدل، بل هو.

(٢) في « ب، ج، د » رجلين.

(٣) « عندنا » ساقط من « ج ».

(٤) « درهم » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) انظر: مغني المحتاج، ٦٨/٢ ؛ معرفة السنن والآثار، ١٣٥/٨ .

(٦) راجع ص ٢٨٥ من هذا البحث.

باب الكفالة بالنفس

رجل أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم لقيه فأخذ منه كفيلاً آخر بنفسه فهما كفيلاًن ولا يبرأ الكفيل الأول ؛ لأن الكفالة شرعت للتوثق (وضم الكفيل إلى كفيل) (٢) آخر يوجب الزيادة في التوثيق فجازت الثانية مع بقاء الأولى. وعند الشافعي الكفالة بالنفس باطلة والمسألة معروفة (٣).

رجل كفّل بنفس رجل ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ؛ لأنه التزم تسليم النفس وقد سلم فيبرأ ، وإن لم ينص عليه كالغاصب إذا رد المغصوب إلى المالك ولم يقل شيئاً.

ولا كفالة في الحدود والقصاص ، أي لا يجبر على إعطاء الكفيل. وقال أبو يوسف: لا بأس به. وقول محمد مضطرب (٤).

لأبي يوسف أن الكفالة لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على من عليه القصاص.

(١) الكفالة، لغة: بمعنى الضم، قال الله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾. سورة آل عمران، آية: ٣٧. أي ضمّها إليه. انظر: فتح القدير للشوكاني، ١/٣٣٥، وبمعنى الضمان: يقال: كفله أي ضمّنه. وبمعنى التحمل والالتزام. انظر: القاموس المحيط، ١٣٦١؛ المعجم الوسيط، ٢/٧٩٣؛ المصطلحات الإقتصادية ٢٣٢.

وفي الاصطلاح: « ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة » أنيس الفقهاء ٢٢٢—٢٢٣؛ وانظر في التعريف: المغرب ص ٤١٢؛ التعريفات ص ١٨٥؛ المطلع ص ٢٤٩؛ تبين الحقائق، ٤/١٤٦.

(٢) ما بين القوسين في « أ، ب، ج » وأخذ كفيلاً.

(٣) عند الشافعية: قولان: في قول لاتصح وهي في حدود الله، وهو المذهب. وفي آخر، تصح في حق من عليه عقوبة لأدمي كالقصاص وحد القذف. أما عند المالكية والحنابلة فهي صحيحة. انظر: حاشية الدسوقي، ٣/٣٤٤؛ بداية المجتهد، ٢/٢٩٥؛ مغني المحتاج، ٢/٢٠٣؛ المجموع، ٤١/١٤؛ كشف القناع، ٣/٣٧٥—٣٧٦؛ المغني، ٤/٤١٥.

(٤) انظر: القدوري مع اللباب، ٢/١٥٤، ١٥٧؛ الهداية ٧/١٧٧، ١٩٧.

ولأبي حنيفة أن الحدود والقصاص يحتال لدرئهما فلا يليق بها الجبر على التوثيق فإن أعطى كفيلاً من غير جبر صحت الكفالة؛ لأن الكفيل التزم^(١) تسليم النفس وتسليم النفس واجب، وكما لا يجبر على إعطاء الكفيل لا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران^(٢) أو شاهد عدل يعرفه القاضي؛ لأن بمجرد الشهادة لا يثبت الحق.

وإنما يجبس بشهادة المستورين أو بشهاد الواحد العدل؛ لأنه يثبت نوع تهمة^(٣) فيحبس لمكان [٥٧/أب] التهمة؛ لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «حبس رجلاً بالتهمة»^(٤).

ومن الناس من قال لا يجبس القاضي بشهادة المستورين كما لا يجبس به شهادة الفاسقين. والأصح هو الأول؛ لأن العدالة فيهما محتمل الثبوت.

الرهن والكفالة جائزان في الخراج؛ لأنه دين يطالب به كسائر الديون. رجل له على آخر، مائة درهم^(٥) فكفل رجل بنفسه على أنه إن لم يوافق به غدا فعليه المائة فالكفالتان جائزتان^(٦). وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان^(٧).

أما الكفالة بالنفس عنده لا تجوز، وأما تعليق الكفالة الثانية باطل؛ لأنه تعليق سبب وجوب المال فلا يصح تعليقه بالشرط^(٨) كتعليق البيع، وكما لو قال إذا دخلت الدار فأنا كفيل لك^(٩) بما لك على فلان.

(١) في «أ» لأن الكفالة التزام.

(٢) المستور: هو الذي لم تظهر عدالته ولا فسقه. التعريفات ص، ٢١٢.

(٣) في «د، هـ» لأن شهادتهما تلحقه (ملحقة بنوع) نوع تهمة.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٠٦/٨؛ وأبو داود، في كتاب الأفضية، ٣١٤/٣؛ والترمذي،

في الديات، وقال حديث حسن. ٢٠/٤؛ والحاكم، في المستدرک، ١٠٢/٤ وصححه.

(٥) «درهم» ساقط من «أ» وفيه: فكفل له.

(٦) وكذلك عند المالكية والحنابلة. انظر: مختصر القدوري مع اللباب، ١٥٤/٢؛ الهداية ١٧٤/٧؛

حاشية الدسوقي، ٣٣٣/٣، ٣٤٤؛ كشف القناع، ٣٧٧/٣.

(٧) انظر: المجموع، ٤٦/١٤ — ٤٧.

(٨) «تعليقه بالشرط» ساقط من «أ، ج».

(٩) «لك» ساقط من «ب، ج، د، هـ».

ولنا قوله تعالى: ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(١) علق الكفالة بالشـرط وهو المحيء بالصاع وشريعة من قبلنا تلزمننا قبل النسخ^(٢)؛ ولأن الكفالة بالمال تبرع ابتداء بمتلة الوصية حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة، معاوضة في الثاني؛ لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما كفل بعد الأداء إذا كفل بأمره فيكون بيعا في الزمان الثاني، والبيع لا يـحتمل التعليق والوصية تحتل ذلك^(٣) فعملنا بالشبهين، فقلنا بأنه يـحتمل التعليق بالشـرط المتعارف ولا يـحتمل التعليق بما ليس بمتعارف، كدخول الدار، وتعليق الكفالة بعدم الموافاة شرط^(٤) متعارف فإذا لم يوافق به غدا يلزمه المائة.

رجل كفل بنفس رجل على أنه^(٥) إن لم يوافق به^(٦) فعليه^(٧) المال فمات المكفول عنه، ضمن الكفيل؛ لأنه علق الكفالة بالمال^(٨) بعدم الموافاة وقد تحقق^(٩).
 رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار^(١٠) [سودا أو بيضا وبين قدرها أو لم يبين أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا]^(١١) فقال له رجل دعه فأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافقك به فعلي مائة دينار، فلم يوافق به، غدا^(١٢) فعليه المائة دينار، في الوجهين إذا ادعى صاحب الحق، أنه^(١٣) له وهو قول أبي يوسف. وقال محمد رحمه الله إن لم يبينها حتى

(١) سورة يوسف، آية: ٧٢ .

(٢) انظر: شرح فتح القدير، ١٨٢/٧؛ الأقوال الأصولية للكرخي، ١٠١ .

(٣) « ذلك » ساقط من « ب، ج، د، هـ » .

(٤) « شرط » ساقط من « أ، ج » .

(٥) « على أنه » ساقط من « أ، ب، ج » .

(٦) في « ج » زاد، غدا .

(٧) في « د » فعلي .

(٨) « بالمال » ساقط من « د » .

(٩) انظر: الباب ٤/١٥٤؛ النافع الكبير ص ٣٧٠ .

(١٠) في « أ، ب، ج » أو لزمه ولم يدع عليه مائة دينار .

(١١) ما بين المعرفين ساقط من « أ، ب، ج » .

(١٢) « غدا » ساقط من « هـ » .

(١٣) « أنه » ساقط من « أ » .

كفل له ثم بين لم يلتفت إلى دعواه^(١).

لمحمد وجهان:

أحدهما ما قاله الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالى^(٢) أنه لما قال علي مائة دينار ولم يضيف الكفالة إلى المال^(٣) المدعى به يحتمل أنه التزم مالا مبتدأ ، فيكون رشوة ، [١٥٦/د ب] ويحتمل أنه أراد به التزام^(٤) ماعلى الأصيل ، فلا يكون رشوة ، والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا ، وإن ادعى عليه مالا معلوما لا تصح الكفالة^(٥).

والوجه الثاني ما اختاره^(٦) الكرخي أنه إذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة بالمال ؛ لأنها بناء على الأولى ، فعلى هذا إذا كان المدعى به^(٧) معلوما وقت الدعوى تصح الكفالة ، وتنصرف الكفالة إلى المال المدعى به^(٨).

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن هذه كفالة بالمال المدعى به^(٩) عند الوجوب.

أما إذا كان المال معلوما عند الدعوى فلأن الكفالة بالنفس صحت والكفالة الثانية بناء عليها والبناء على الأولى^(٩) يفيد الكفالة بالمال المدعى به عرفا.

(١) انظر: شرح فتح القدير، ١٧٥/٧ — ١٧٦ .

(٢) هو محمد بن محمد بن محمود أبو منصور الماتريدي إمام المتكلمين ، تفقه على أبي بكر أحمد الجوزجاني وتفقه عليه الحكيم القاضي إسحاق بن محمد السمرقندي وغيره ، ومن مؤلفاته كتاب التوحيد ، وكتاب المقالات ، وكتاب أوهام المعتزلة ، ورد الأصول الخمسة لأبي محمد الباهلي ، ورد الإمامة لبعض الروافض ، والرد على القرامطة ، ومأخذ الشرائع في الفقه ، والجدل في أصول الفقه ، مات سنة ٣٣٣ هـ . انظر: الفوائد البهية ص ١٩٥ ؛ الجواهر المضية، ٣٦٠/٣ ؛ تساج التراجم ٢٠١٢ — ٢٠٢ .

(٣) « المال » ساقط من « هـ » .

(٤) « التزام » ساقط من « أ » .

(٥) انظر: شرح فتح القدير، ١٧٦/٧ .

(٦) في « أ » قاله . بدل ، اختاره .

(٧) « به » ساقط من « أ » . انظر: شرح فتح القدير، والعناية، ١٧٦/٧ .

(٨) « المدعى » ساقط من « ب » .

(٩) في « أ » عليها . بدل ، الأولى .

وأما إذا لم يكن المال معلوما عند الدعوى فالأمر العادة فيما بين الناس أنهم يحملون الدعوى في غير مجلس القضاء ويبينون عند القاضي دفعا لحيل الخصوم ويريد الكفيل بالمائة المطلقة المائة التي يدعيها المدعي كأنه قال إن كانت لك [٥٨/أ أ] عليه مائة فأنا كفيل بتلك المائة، أو نقول لو جعل هذا التزاما للمال المطلق لا يصح، ولو جعل^(١) التزاما للمال المدعي به يصح فيجعل كذلك تصحيحا فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي^(٢) ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا، ويكون^(٣) القول قوله في هذا البيان؛ لأنه يدعي صحة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته، فلما حضر الغائب، قال إنك قد أقررت لي بالكفالة حال غيبي^(٤) وقال الكفيل لا، بل كان ذلك ابتداء كفالة كانت في غيبتك ولم تصح، كان^(٥) القول فيه قول الغائب^(٦) لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد. والله أعلم.

(١) في «أ، ب، د، هـ» هذا.

(٢) «عند القاضي» ساقط من «ج».

(٣) «ويكون» ساقط من «أ».

(٤) في «د، هـ» في الحال الذي كنت غائبا.

(٥) «كان» ساقط من «د».

(٦) في «أ، ب، ج» الطالب.

باب الكفالة بالمال

رجل عليه مال حال، فكفل به رجل حالا، ثم أن صاحب المال أخر الذي عليه الأصل بالمال^(١) فإن ذلك^(٢) يكون تأخيرا عن الكفيل، وإن أخر الكفيل دون الأصيل كان له أن يأخذ الذي عليه الأصل بالمال حالا؛ لأن الكفيل تحمّل المطالبة عن الأصيل وأصل الدين في ذمة الأصيل لاستحالة أن يصير^(٣) الدين الواحد دينين، فتأخير الأصيل تصرف في أصل الدين فيتعدى ذلك إلى الكفيل.

أما تأخير الكفيل تصرف في المطالبة لاغير، فلا يتعدى إلى الأصيل، ألا ترى أن إبراء الكفيل لا يكون إبراء الأصيل وإبراء الأصيل يكون إبراء لهما، فكذلك التأخير اعتبارا للإبراء الموقت بالإبراء المؤبد، ولو أخر عن الكفيل فرد الكفيل تأخيره بطل التأخير، ولو أبرأ الكفيل فرد الكفيل إبراءه لا يبطل.

والفرق أن إبراء الكفيل إسقاط محض والإسقاط يتم بالمسقط^(٤) وأما التأخير فليس بإسقاط، بل هو خالص حق المطلوب فيبطل بالرد.

رجل كفل عن رجل بألف بأمره، فقضاه الألف قبل أن يعطيها صاحبها فليس له أن يستردها منه؛ لأن الأصيل إنما دفع المال إلى الكفيل ليصير حقا له إذا أدى الكفيل حق الطالب من مال نفسه فما لم يبطل ذلك الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه^(٥) حق الطالب لا يكون له أن يسترد، كمن اشترى شيئا بشرط الخيار فنقد الثمن قبل سقوط الخيار، ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع لا يملك؛ لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير ثمنا عند سقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال لا يكون^(٦) له أن يسترد ذلك^(٧) كذلك ههنا، فإن تصرف الكفيل في

(١) « بالمال » ساقط من « ب ».

(٢) « ذلك » ساقط من « أ » وفيها: فإنه.

(٣) في « ج » يكون.

(٤) في « هـ » بالمسقوط.

(٥) في « د » في.

(٦) في « أ » ليس.

(٧) « ذلك » ساقط من « أ، ج ».

المقبوض و ربح ، ثم إن الأصيل أدى دين الطالب كان له أن يرجع على الكفيل لما ذكرنا، وطاب للكفيل ما ربح فيه. وهذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن يدفع إلى الكفيل على وجه الرسالة، [أو على وجه الاقتضاء، (فإن دفع على وجه الرسالة)] ^(١) بأن قال للكفيل ^(٢) خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب فأخذ وتصرف فيه و ربح ^(٣) لا يطيب له الربح ^(٤) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء كان المال ^(٥) من النقود أو من العروض. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له الربح ^(٦)؛ لأن المال أمانة في يده بمثلة الوديعة، والمودع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة [٥٨/أ ب] أو في الغصب و ربح، عندهما لا يطيب له الربح وعند ^(٧) أبي يوسف يطيب له ^(٨) لما يذكر بعد هذا ^(٩).

وإن دفع إليه ^(١٠) على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه ، وقال: إني لا آمن ^(١١) أن يأخذ الطالب منك حقه فأنا أقضيك قبل أن يؤدي فقضاه فتصرف فيه و ربح، فإن أخذ الطالب بعد ذلك حقه من الكفيل سلم للكفيل ما أخذ من الأصيل وطاب له الربح في قولهم ^(١٢).

وإن أخذ [١٥٧/د أ] الطالب حقه من الأصيل وجب على الكفيل رد ما قبض، وهل يطيب له الربح ؟ فإن كان المقبوض مما لا يتعين بالتعيين ^(١٣) يطيب له الربح في قولهم ؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من « ج » وما بين القوسين ساقط من « هـ ».

(٢) « للكفيل » ساقط من « د، هـ ».

(٣) في « هـ » زاد، فيه.

(٤) « الربح » ساقط من « ج ».

(٥) « المال » ساقط من « أ ».

(٦) « له الربح » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٧) في « أ، ب، ج، د » وعلى قول.

(٨) « له » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٩) انظر: بدائع الصنائع، ١٤/٦ . وانظر: ص ٦١٢ من هذا البحث.

(١٠) في « ج » المال.

(١١) في « ب » أمر.

(١٢) انظر: الهداية ٢٠٩/٧ .

(١٣) « بالتعيين » ساقط من « أ ».

الكفيل ملك المقبوض بالأخذ^(١) ولا يلزمه رد ما قبض فبقي متصرفا في ملك نفسه فيطيب له الربح. وإن كان المقبوض مما يتعين بالتعيين فكذلك في قول أبي يوسف ومحمد^(٢).

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة، في رواية كتاب البيوع يطيب الربح للكفيل، وذكر في هذا الكتاب وكتاب الكفالة من الأصل أنه لا يطيب له الربح إلا أن في رواية هذا الكتاب يرد الربح على الأصيل وفي رواية كتاب الكفالة يتصدق به^(٣).

لأبي يوسف ومحمد أن عقد الكفالة يوجب دينين، ديننا للطالب على الكفيل وديننا للكفيل على الأصيل، ولهذا لو وهب الكفيل الدين للأصيل^(٤) قبل أدائه حق الطالب صحت هبته حتى لو أدى حق الطالب بعد ذلك لم يرجع بشيء^(٥) على الأصيل فيثبت أن الكفالة أوجبت دينين إلا أن مال^(٦) الطالب على الكفيل حال ومال^(٦) الكفيل على الأصيل مؤجل إلى وقت أداء الكفيل حق الطالب؛ لأنه قبل أداء^(٧) حق الطالب لا يرجع على الأصيل، وصاحب الدين المؤجل إذا أخذ حقه قبل حلول الأجل يصح الاستيفاء فكان الربح حاصلًا له في ملك نفسه فيطيب له.

ولأبي حنيفة أن ملك الكفيل في الحال متردد، إن أخذ الطالب حقه من الكفيل يتقرر، وإن أخذ الطالب حقه من الأصيل ينتقض ملك الكفيل في المقبوض، فكان الملك^(٨) قاصرا ولو انعدم الملك أصلا كان الربح حبيثا، فإذا كان قاصرا تتمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيب له فيتصدق به في رواية؛ لأن سبيل الخبث التصديق وفي رواية يرده على الأصيل؛ لأن الخبث ثبت لحقه، فإن رده عليه، فإن كان الأصيل فقيرا طاب له، وإن كان غنيا، ففيه روايتان: والأشبه أن يطيب له؛ لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه.

(١) « بالأخذ » ساقط من « أ، ج ».

(٢) انظر: الهداية ٤٧٣/٦ — ٤٧٥ ؟.

(٣) انظر: المبسوط، ١٧٢/١٢ — ١٧٣ .

(٤) في « ب » من الأصيل.

(٥) « بشيء » ساقط من « أ، ج ».

(٦) في « أ، ب، ج، د » ما للطالب وما للكفيل.

(٧) في « د، هـ » لأنه أدى... فلا يرجع.

(٨) « الملك » ساقط من « ج ».

رجل قال لكفيل ضمن له مالا بأمر المكفول عنه: برئت إلي من المال ، رجع الكفيل على المكفول عنه ؛ لأن الطالب أقر ببراءته بفعل يكون ابتداءه من الكفيل وانتهاءه من الطالب وذلك بإيفاء الدين ، فصار كما لو (١) أقر بالاستيفاء صريحا.

وإن قال للكفيل: أبرأتك ، لم يرجع الكفيل على الأصيل ؛ لأنه أقر ببراءته بفعل باشره الطالب والبراءة بهذه الصفة [٥٩/أ أ] لا تكون إلا بالإسقاط فلا يرجع ؛ لأن الكفيل إنما يرجع على الأصيل عند أدائه حق الطالب أو تملك ما في ذمته ولم يوجد، فلا يرجع، كما لو قال أبرأتك عن الكفالة ويأخذ الطالب حقه من الأصيل ؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل.

ولو قال للكفيل: برئت (٢) من المال ولم يقل: إلي ، على قول محمد رحمه الله لا يرجع الكفيل على الأصيل (٣) [كما لو قال أبرأتك من الكفالة ، ويأخذ الطالب حقه من الأصيل؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل] (٤) وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يرجع (٥). لأبي يوسف أنه أضاف البراءة إليه فيقتضي وجود الفعل منه وليس ذلك إلا الأداء (٦). لمحمد أن براءة الكفيل قد تكون بالأداء وقد تكون بالإسقاط فلا يثبت حق الرجوع بالشك، وهذا إذا كان الطالب غائبا فإن كان حاضرا يرجع في البيان إليه؛ لأن الإجمال (٧) جاء من جهته (٨).

رجل كفل عن رجل بمال (٩) بأمره فقال المكفول عنه للكفيل نعين علي حريرا ففعل فإن الشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع على الكفيل.

(١) في « هـ » كأنه.

(٢) في « هـ » أبرأتك.

(٣) « الكفيل على الأصيل » ساقط من « د، هـ ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) انظر: الهداية ١٩٥/٧ .

(٦) في « د، هـ » بالأداء.

(٧) في « د » الاحتمال.

(٨) في « ب » من قبله.

(٩) « بمال » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

قوله تَعَيَّنَ عليَّ حريرا معناه اشتر شيئا ببيع العينة. واختلف الناس في صورة العينة، قال بعضهم: صورة العينة ^(١) أن يأتي الرجل تاجرا، فيستقرضه ويقبل له الربح ويعلمان حرمة الربا، فيبيع التاجر منه ما يساوي عشرة بخمسة عشر نسيئة، ليبيعه المشتري في السوق بعشرة فيصل إليه ^(٢) العشرة ويجب للبائع عليه خمسة عشر فيطالبه بذلك إذا حل الأجل ^(٣).

وقال بعضهم: صورة ^(٤) العينة أن يقرضه خمسة عشر ثم يبيع المقرض من المستقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الدراهم المدفوعة ثمنا، ثم يشتري المقرض الثوب الذي باعه بعينه بخمسة عشر ^(٥) بعشرة ويدفع إليه العشرة فيبقى للمقرض عليه خمسة عشر التي أقرضها أولاً ^(٦) سمي عينةً؛ لأنه إعراض عن الدين إلى بيع العين، وكلا الوجهين جائز في الحكم؛ إلا أنه مكروه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا تبايعتم بالعينة واتبعتهم أذئاب البقر ذللتهم وظفر عليكم عدوكم» ^(٧) ولأنه إعراض عن أمر مندوب وهو القرض قال صلى الله عليه وسلم: «[١٥٧/د ب] الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بشمانية عشر» ^(٨) وفيه إظهار البخل والامتناع عن القيام بحاجة المسلم وذلك مذموم.

(١) في «ج» صورته.

(٢) في «أ، ب، د، هـ» إلى.

(٣) في «أ، ب، ج» عند حلول الأجل.

(٤) في «أ» صورة المسألة في...

(٥) «بعينه بخمسة عشر» ساقط من «أ، ب، ج».

(٦) في «ج» ولم يخرج عن ملكه إلا عشرة.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب النهي عن العينة، ٢٧٤/٣ — ٢٧٥. بشيء من اختلاف

في لفظه، ضعفه ابن حجر، انظر: الدراية، ١٥١/٢؛ والمنذري، في مختصره ٩٩/٥؛

والشوكاني في نيل الأوطار، ٢٠٧/٥؛ وصححه ابن القطان في كتابه، الوهم والإيهام، ٢٩٤/٥؛

وانظر: نصب الراية، ١٧/٤.

(٨) أخرجه ابن ماجه، في كتاب الصدقات، باب القرض، ٨١٢/٢. وإسناده ضعيف لأن فيه خالد

بن أبي يزيد وهو ضعيف. انظر: مصباح الزجاجة، ٧٠/٣؛ وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير

وفيه عتبه بن أبي حميد وثقه ابن حبان وغيره وفيه ضعف. انظر: مجمع الزوائد، ١٢٦/٤؛

والحديث في المعجم الأوسط، ١٦/٧؛ نيل الأوطار، ٢٢٩/٥.

وعن محمد بن سلمة ^(١) رحمه الله تعالى أن بيع العينة خير ^(٢) من البياعات في زماننا ^(٣).

إذا عرف هذا، فنقول إذا قال المكفول عنه للكفيل تعين علي حريرا لم يكن توكيلا
بالشراء؛ لأنه ما قال تعين لي وإنما قال تعين علي وهي كلمة الضمان، لا كلمة الوكالة مع أن
هذا القدر من التوكيل لا يصح؛ لأن المذكور أجناس مختلفة، وجهالة الجنس تمنع التوكيل
ومعنى كلمة الضمان أنه أمره بأن يشتري ثوبا باثني عشر، ليبيعه في السوق بعشرة فيقضي ^(٤)
الدين بالعشرة على أنه إن لحقه خسران فالخسران عليه وهذا ضمان باطل كمن قال لغيره ^(٥)
بايع في السوق على أن ما أصابك من الخسران فأنا ضامن لذلك، أو كفل لرجل بعبده إن أبق
وإذا لم تصح هذه الكفالة كان المشتري للكفيل [٥٩/أ ب] والربح الذي ربحه ^(٦) للبائع عليه.
رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضي له عليه من حق فغاب
المكفول عنه وجاء المدعي بالكفيل وأقام البينة أن له على المكفول عنه ألف درهم لا تقبل بينته
على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه؛ لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فما
لم يصير المال بهذه الصفة لا يكون كفيلا فلا يكون خصما، ألا ترى أنه لو أقر الكفيل على
الأصيل بمال للطالب لا يلزمه لما ذكرنا، حتى لو ادعى أن قاضي بلد كذا قضى له على الأصيل
بعد عقد الكفالة ^(٧) بألف درهم وأقام البينة على ذلك قبلت ^(٨).
وكذا قوله بما ذاب لك على فلان؛ لأن الذوب عبارة عن الوجوب ^(٩) وإنما كفل بمال

(١) سبقت ترجمته في ص ٧٣ وانظر: الفوائد البهية ص ١٦٨؛ تاج التراجم، ص ٣٢٣؛ سير أعلام النبلاء، ٤٩/٩.

(٢) في «د» جزء. بدل، خير.

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٢١٣/٧؛ البحر الرائق، ٢٥٦/٦.

(٤) في «هـ» فقضاء.

(٥) «لغيره» ساقط من «ج».

(٦) في «أ، ب، د، هـ» يربح وفي «ب، ج، د، هـ» البائع.

(٧) في «د» الكفيل.

(٨) في «ج، د» بينته.

(٩) انظر: القاموس المحيط ١١٠؛ مختار الصحاح، ٢٢٥.

يجب على المكفول عنه بعد الكفالة فإذا أقام المدعي بينة أن له على الغائب ألف درهم يَحْتَمِلُ أن يكون واجبا بعد (١) الكفالة، [ويَحْتَمِلُ أن يكون واجبا قبل الكفالة] (٢) فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة وأقام البينة قبلت بينته ؛ لأنه ادعى عليه، مالا دَخَلَ في الكفالة.

وقال أبو يوسف ومحمد إذا كفّل عن رجل بمال بأمر الأصيل فغاب الأصيل وجاء الطالب بالكفيل وأقام البينة أن له على فلان الغائب كذا وأنه كفّل له بأمر فلان، قبلت بينته ويُقضى له على الكفيل والمكفول عنه (٣).

ذكر قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة؛ [لأن قوله يخالف قولهما، بل لأنه لم يحفظ قول أبي حنيفة رحمه الله] (٤) ولو كانت الكفالة بغير أمر المكفول عنه قضى على الكفيل (٥) ولم يكن ذلك قضاء على الغائب (٦).

أما قبول البينة على الكفيل على كل حال، بخلاف ما تقدم ؛ لأن فيما تقدم (٧) ادعى عليه الكفالة بمال موصوف وهو أن يكون مقضيا به بعد الكفالة، فما لم تثبت تلك الصفة، لا يكون كفيلا فلا يكون خصما، وهنا ادعى عليه الكفالة بمال مطلق، ألا ترى أن في الفصل الأول لو صدّقه وقال كفلت لك بما قضى لك عليه وليس لك عليه (٨) شيء لا يلزمه، وهنا لو قال كفلت لك عنه بألف ولكن ليس لك عليه شيء ، أجبر على الأداء ولا يُلتفت إلى كلامه.

(١) في « هـ » قبل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « د، هـ ».

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٢١٤/٧ .

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٥) « قضى على الكفيل » ساقط من « أ ».

(٦) انظر: النافع الكبير ص ٣٧٣ .

والقضاء على الغائب غير جائزة عند الحنفية إلا لضرورة وهي في خمس مسائل. انظر: التفصيل في

حاشية ابن عابدين ٤١٤/٥، ٤١٥ ؛ البحر الرائق ١٨/٧ .

(٧) « فيما تقدم » ساقط من « أ » وفيها: لأنه.

(٨) في « أ » عليّ.

وأما الفرق بين الكفالة بأمر الأصيل وبغير أمره أن الكفالة بأمره كما^(١) توجب الدين على الكفيل توجب الدين للكفيل^(٢) على الأصيل أيضا وهي معاوضة في الزمان الثاني والكفالة بغير أمره، محض تبرع فكان بينهما مغايرة، فإذا ادعى الكفالة بأمر، لا يمكن القضاء بكفالة أخرى، ومن ضرورة القضاء بالكفالة بأمر^(٣)، القضاء على الغائب؛ لأن أمر الأصيل بالكفالة عنه، إقرار بالمال.

وأما إذا ادعى الكفالة بغير أمر، لم يكن من ضرورة القضاء بها القضاء على الغائب، كما لو قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل، يطالب بها الكفيل ولا يرجع على الأصيل؛ ولأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولو ثبت أمره بالكفالة عيانا كان الحكم ما قلنا فكذا إذا ثبت بالبينة.

وقال زفر: [أ/٦٠] لا يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأن الكفيل يزعم أن الطالب ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره. وإنا نقول لما قضى القاضي عليه فقد كذبه فيما زعم، فبطل زعمه كمن اشترى شيئا وأقر أن البائع باعه ملكه^(٤) ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة كان له أن يرجع على البائع بالثمن^(٥).

رجل له على رجل ألف درهم^(٦) وبها كفيل فصالح الكفيل الطالب [د/١٥٨] من الألف على خمسمائة، برئ الأصيل والكفيل عن الخمسمائة؛ لأن أصل الدين على الأصيل وإنما يطالب الكفيل بطريق التحمل عن الأصيل، فإذا أضاف الصلح إلى الألف فقد أضافه إلى ما على الأصيل فبرئ الأصيل عن الخمسمائة، وإذا برئ الأصيل برئ الكفيل وتبقى الخمسمائة فإذا أداها الكفيل رجع على الأصيل.

وإن صالحه مطلقا أو أبراه عن الخمس مائة بطلت المطالبة عن الكفيل وتبقى على الأصيل.

(١) « كما » ساقط من « أ » وفي ج، بأمر الأصيل.

(٢) « للكفيل » ساقط من « أ ».

(٣) في « د » بأمره.

(٤) في « أ، ب، ج، د » باع ملك نفسه.

(٥) انظر: المبسوط، ١١٥/٢٠؛ الهداية ٢١٦/٧.

(٦) « درهم » ساقط من « أ، ب ».

رجل باع دارا وكفل إنسان بالدرك^(١) فهو تسليم، أراد بذلك أنه لو ادعاها الكفيل بعد ذلك^(٢) لا تسمع دعواه ؛ لأنه لو صحت دعواه رجع المشتري عليه بحكم الكفالة فلا يفيد البيع^(٣) ولأن البيع لو كان بشرط الكفالة، كان تمام البيع معلقا بقبول الكفيل، فلو سمع دعواه يصير ساعيا في نقض ما تم به^(٤) ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفيعته ، فعلى هذا إذا لم تكن^(٥) الكفالة شرطا في البيع لا تكون تسليما، وجواب الكتاب مطلق ووجهه ما ذكرنا أولاً. والله أعلم.

(١) الدرك: أن يأخذ المشتري من البائع رهنا بالثمن الذي أعطاه خوفا من استحقاق المبيع. التعريفات،

١٠٣ ؛ وانظر: المصطلحات الاقتصادية ، ١٨٣ .

(٢) « ذلك » ساقط من « ج » .

(٣) « البيع » ساقط من « أ، ب، ج، هـ » .

(٤) في « ب » بعض ما تم له .

(٥) في « أ » كانت .

باب الرجلين يكون عليهما مال فيقضي

أحدهما أو يرى صاحب المال أحدهما

متفاوضان افترقا ، فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين ؛ لأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه بما عليه مقتضى عقد المفاوضة على ما يذكر في موضعه فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين، النصف بحكم الأصالة [٦٠/أ ب] والنصف بحكم الكفالة، وإذا أدى أحدهما شيئا، لا يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لوجهين: أحدهما: أن المؤدى إلى النصف كما يصلح أن يكون بجهة الكفالة يصلح بجهة الأصالة وحمله على جهة الأصالة أولى ؛ لأن الأداء بجهة الأصالة أداء لحقيقة الدين والأداء بجهة الكفالة أداء بحق المطالبة.

والثاني: أن المؤدى إذا كان نصفاً أو دونه لا يفيد الرجوع على صاحبه؛ لأنه لو رجع على شريكه بحكم الكفالة كان لشريكه أن يقول أداؤك عني^(١) بحكم الأمر والكفالة كأدائي بنفسي ولو كنت أديت بنفسي كان لي أن أرجع عليك فلا يفيد الرجوع. وأما إذا أدى أكثر من النصف لو رجع على شريكه بذلك لا يكون لشريكه أن يرجع عليه ، إذ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف فيفيد الرجوع.

رجلان اشتريا عبدا بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف، النصف بحكم الأصالة والنصف بحكم الكفالة عن الشريك ، فإذا أدى أحدهما شيئا لا يرجع^(٢) على شريكه حتى يكون المؤدى أكثر من النصف ؛ لما قلنا . رجلان كفلا عن رجل بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأدى أحدهما شيئا كان له الخيار إن شاء رجع بنصف ذلك على الكفيل الآخر، وإن شاء رجع بجميع ذلك^(٣) على المكفول عنه ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن الأصيل بجميع الألف وعسن صاحبه بما التزم بحكم^(٤) الكفالة فكان كل واحد منهما مطالباً بحكم الكفالة لا بحكم

(١) في « د » عليّ.

(٢) في « د » لا يكون له أن يرجع.

(٣) في « د » زاد، وهو الألف.

(٤) في « أ » من حكم.

الأصالة. فإذا أدى أحدهما شيئا إن شاء رجع على شريكه بنصف ذلك ؛ لأتقيا يستويان في الكفالة فيستويان في الغرم، وإن شاء رجع على الأصيل بجميع ذلك ؛ لأنه أدى دينه بأمره فيرجع عليه، بخلاف ما تقدم ؛ لأن ثمة كل واحد منهما مطالب بالنصف بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة. ولو أبرأ الطالب أحد الكفيلين أخذ الآخر بجميع الألف بحكم الكفالة عن الأصيل.

رجل كاتب عبديته كتابة واحدة بألف على أن ^(١) كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز هذا العقد ؛ لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما باطل.

وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتل الصحة بأن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة، بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما ؛ لأن عتق كل واحد منهما معلق ^(٢) بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق فيجب تصحيحه على هذا الوجه ويجعل كل واحد منهما في حق المولى كأن المال عليه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وإذا أدى أحدهما شيئا ^(٣) يرجع على شريكه بنصف ذلك تحقيقا للاستواء، ولأن الكتابة ^(٤) على هذا الوجه متعارف، وغرض المولى من هذا الشرط أن يأخذ كل واحد منهما بجميع الألف وأن لا يعتق أحدهما ^(٥) مالم [١٥٨/د ب] يصل إليه كل الألف وعند العجز، يردان إلى الرق.

ولو جعلنا على ^(٦) كل واحد منهما خمسمائة، وما أدى أحدهما إلى النصف، يكون واقعا عنه خاصة ^(٧) فصاحبه ^(٨) يعتق عند أداء الخمسمائة، فلا يحصل له هذا الغرض.

(١) « على أن » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) في « ج، ب، د » تعلق.

(٣) « شيئا » ساقط من « ب ».

(٤) في « أ » الكفالة.

(٥) في « هـ » كل واحد منهما.

(٦) « على » ساقط من « أ ».

(٧) « خاصة » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٨) « فصاحبه » ساقط من « أ، ج ».

وإن أعتق أحدهما صح لقيام الملك ويسقط نصف البدل ؛ لأننا جعلنا المال على أحدهما وعلقنا عتق الآخر بأدائه.

فإن كان المال على الذي أعتقه يسقط كله ، وإن كان ^(١) على الآخر لا يسقط شيء ، وكل واحد منهما متردد بين أن يكون أصلا ^(٢) وبين أن يكون تبعاً فيسقط نصفه وتبقى حصة الآخر، وللمولى أن يأخذ بالنصف الباقي أيهما شاء ؛ لأن كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف، والباقي بعض الألف، [٦١/أ] فيبقى على تلك الصفة ؛ لأن البقاء يكون على وفق الثبوت، فإن رجع على المعتق وأخذ منه رجع المعتق بما أدى على شريكه ؛ لأنه أدى دينه بأمره، وإن رجع المولى على غير المعتق لا يرجع هو على المعتق ؛ لأنه أدى دين نفسه فلا يرجع على غيره.

متفاوضان كفل أحدهما بمال، لزم صاحبه، في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه ؛ لأن الكفالة تبرع، حتى لا تصح ممن لا يملك التبرع وما يجب على أحد المتفاوضين بغير التجارة لا يلزم الآخر، كأرش الجناية والمهر والقرض وغير ذلك ^(٣).
ولأبي حنيفة أن دين الكفالة دين تجارة يفيد الملك في البدل فإذا وجب على أحدهما يطالب به الآخر كالغصب ^(٤).

وما قالوا بأن الكفالة تبرع، قلنا: الكفالة ^(٥) تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء [إذ لو لم يكن كذلك لما رجع الكفيل] ^(٦) على الأصيل عند الأداء ، إذا كانت الكفالة بأمره فاعتبر تبرعاً ابتداء، حتى لا تصح ممن لا يصح منه ^(٧) التبرع واعتبر معاوضة انتهاء ولهذا قلنا إن المريض مرض الموت إذا كفل بمال يعتبر من الثلث.

ولو أقر في مرضه بكفالة كانت في الصحة يعتبر من جميع المال ؛ لأن الإقرار يصادف

(١) في « أ، د، هـ » زاد، المال.

(٢) في « أ، هـ » أصيلاً.

(٣) انظر: المبسوط، ٦٥/٢٠ ؛ بدائع الصنائع، ٧٣/٦ ؛ الهداية ١٦٢/٦ .

(٤) في « أ » كالغاصب.

(٥) « الكفالة » ساقطة من « د، هـ ».

(٦) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ج » وفيهما: لأنه يرجع.

(٧) في « أ، ب » لا يملك. بدل، لا يصح منه.

البقاء فنبت أن الكفالة لها حكم التجارة في حال البقاء، ولزوم الكفالة صاحبه إنما يكون في حال البقاء ولها حكم التجارة في هذه الحالة فيلزم صاحبه كئمن المبيع وغير ذلك. أما القرض في ظاهر الرواية لايلزم صاحبه ^(١) وعن أبي حنيفة في رواية أنه يلزمه بمترلة الكفالة ^(٢).

(١) في « هـ » زاد، وروي.

(٢) انظر: الهداية، ٦/١٦٣ .

باب كفالة العبد

رجل ادعى على عبد مالا، فكفل إنسان بنفس العبد فمات العبد برئ الكفيل^(١). وإن ادعى رجل رقبة العبد، فكفل رجل بنفسه فمات العبد فأقام المدعي بينة، أن العبد كان له، ضمن الكفيل قيمته؛ لأن في الفصل الأول التزم تسليم نفس العبد لجواب الخصومة وقد سقط ذلك عن العبد بموته فيبرأ الكفيل.

وفي الفصل الثاني، كفل عن المدعى عليه بتسليم نفس العبد عند الاستحقاق ولايسقط ذلك بموته، بل انتقل إلى القيمة وقامت القيمة مقام العبد في حق المدعى عليه فكذلك في حق الكفيل.

عبد كفل عن مولاه بمال فعُتِقَ، ثم أدى المال لايرجع على المولى وكذلك لو كان المال على العبد فكفل عنه المولى بأمره فأدى المولى بعد عتق العبد لايرجع على العبد.

وقال زفر: يرجع كل واحد منهما على الآخر^(٢)؛ لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو الكفالة بأمر والامتناع كان يحكم الرق وقد زال فيرجع كالراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في قيمته^(٣) فإنه يرجع بذلك^(٤) على المولى^(٥).

ولنا أن هذه كفالة انعقدت غير موجبة للرجوع؛ لأن أحدهما، لايستوجب ديننا على الآخر، فلايتغير بعد ذلك؛ لأن البقاء لايتخالف الثبوت كمن كفل عن رجل بمال بغير أمره، [٦١/أ ب] ثم إن المكفول عنه أجاز الكفالة، فأدى الكفيل، لايرجع على الأصيل؛ لأن الكفالة انعقدت لازمة غير موجبة للرجوع فلا يتغير بعد ذلك كذلك ههنا، بخلاف مسألة الرهن؛ لأن ثمة العبد ما كان مطالباً قبل العتق وإنما صار مطالباً بعد العتق فجاز أن يرجع على المولى. والله أعلم.

(١) انظر: الفتاوى الهندية، ٢٨٥/٣.

(٢) «على الآخر» ساقط من «أ، ج».

(٣) «في قيمته» ساقط من «أ، ج».

(٤) «بذلك» ساقط من «أ».

(٥) انظر: المبسوط، ١٢/٢٠؛ شرح فتح القدير، ٢٣٥/٧.

كتاب الحوالة (١)

رجل أحال رجلا بألف على رجل ثم قال المحيل هو مالي وقال المحتال (٢) هو مالي فالقول قول المحيل، معناه أن المحيل قال للمحتال بعد ما قبض المال: ما كان لك عليّ شيء، وإنما استوفيت مالي من غريمي بأمرني فادفعه إليّ وقال المحتال لا بل كان لي عليك (٣) ألف (٤) فأحلتني بها عليه فالقول (٥) قول المحيل؛ لأن المحتال يدعي عليه ديناً وهو ينكر والحوالة قد تستعمل في الوكالة، ألا ترى أن محمداً جمداء ذكر في كتاب [١٥٩/د أ] المضاربة لو أن مال المضاربة صار ديناً على الناس وليس في المال ربح وامتنع المضارب عن الاستيفاء والتقاضي يقال له: أحل رب المال على الغرماء، أي وكّله، فلما كانت الحوالة مستعملة في الوكالة لم يكن لفظ الحوالة إقراراً بالدين فإذا أنكر الدين (٦) كان القول قوله.

ويحتمل أن يكون معنى المسألة أن المحيل باع متاعاً من المحال (٧) عليه بألف درهم فيقول المحتال إن المتاع كان ملكي (٨) وكنت وكيل في البيع، فالثمن مالي وقال المحيل كان المتاع ملكي وإنما بعته لنفسه فيكون القول قول المحيل؛ لأن الأصل أن يتصرف لنفسه، لا لغيره.

(١) قال الجرجاني: «هي مشتقة من التحول بمعنى الانتقال، وفي الشرع: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه» التعريفات ص ٩٣؛ وانظر: في التعريف: المغرب ص ١٣٤؛ أنيس الفقهاء، ٢٢٤؛ المطلع ص ٢٤٩؛ تبين الحقائق، ١٧١/٤؛ كشاف القناع، ٣٨٢/٣؛ معجم المصطلحات الاقتصادية، ١٢٢.

(٢) في «ج» المحال له. وفي «هـ» زاد، كان.

(٣) في «أ» عندك.

(٤) في «أ» زاد، درهم.

(٥) في «أ، ب، ج، د» وإنما كان القول.

(٦) «الدين» ساقط من «هـ». انظر: الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص ٤٢١.

(٧) في «أ، ج، د» المحتال.

(٨) في «ب، ج، د، هـ» كان المتاع ملكي.

وإن وقع الخلاف ^(١) بين المحيل والمحتال عليه بعد ما أدى المحتال عليه المال إلى المحتال فقال المحيل كان لي عليك ألف درهم فأحلتها بما لي عليك فليس لك أن ترجع عليّ، وقال المحتال عليه ما كان لك عليّ ^(٢) شيء وقد قضيت دينك بأمرك، ولي أن أرجع عليك ^(٣) فالتقول قول المحتال عليه ؛ لأنه قضى دينه بأمره فكان له أن يرجع عليه إلا إذا ثبت دينه ولم يثبت.

رجل أودع رجلا ألفاً ثم أحال بها ^(٤) عليه فهو جائز ؛ لأن الحوالة المطلقة جائزة فالمقيدة أولى، فإن هلكت الوديعة بطلت الحوالة ولا شيء على المودع ؛ لأنه التزم ^(٥) الأداء من الوديعة لامن غيرها فيتعلق الدين بها كالزكاة، بخلاف ما لو كان الألف غصبا عند المحتال عليه وقبيل ^(٦) الحوالة بها فهلكت الألف ^(٧) الغصب، لا تبطل الحوالة ؛ لأنها هلكت إلى خلف وهو المثل في ذمة الغاصب، فكانت باقية حكماً. ولأن المحتال له قام مقام المحيل وهلاك الوديعة يبطل حق المحيل فيبطل حق المحتال له بخلاف الغصب. والله أعلم.

(١) في « ب، ج، د، هـ » الاختلاف.

(٢) « عليّ » ساقط من « هـ ».

(٣) في « ب » عليه.

(٤) « بها » ساقط من « هـ ».

(٥) في « أ » لأنها لازم.

(٦) في « ج » وقيد.

(٧) « الألف » ساقط من « ب، د ».

رجل باع لرجل ثوبا بأمره وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب ، إذا ضمن لرب المال ثمن ما باع، لا يصح ؛ لوجهين:

أحدهما أن الوكيل أمين فلا يصير ضامنا بالشرط كالمودع والمستعير.

[٦٢/أ] والثاني (٣) أن الثمن وجب حقا للعاقده، ألا ترى أنه اختص بالمطالبة، ولهذا لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا.

ولو حلف ما للوكيل (٤) عليه شيء كان كاذبا (٥) فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه عن نفسه، وذلك باطل، بخلاف الوكيل بالنكاح من قبل المرأة إذا ضمن المهر عن الزوج حيث يصح ؛ لأنه سفير محض فلا ترجع إليه الحقوق فلو صح الضمان لا يصير ضامنا لنفسه.

وكذلك رجلان باعا عبدا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لا يصح ضمانه ؛ لأن الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان إما أن يصح في النصف مطلقا أو في حصة الشريك ولا وجه إلى الأول لأن ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما فيصير ضامنا لنفسه، ولا وجه إلى الثاني ؛ لأن (٦) قسمة الدين قبل القبض

(١) في « ج، د، هـ » باب.

(٢) الضمان لغة: « الكفالة والالتزام » المعجم الوسيط، ١/٥٤٤ ؛ ويقال: ضمن الشيء وضمن به ، أي كفله. انظر: القاموس المحيط، ١٥٦٤ .

وفي الاصطلاح: استعمله الفقهاء بمعان ثلاثة: فاستعمله المالكية والشافعية والحنابلة بمعنى الكفالة، واستعمله الحنفية، بمعنى الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير. واستعمله جل الفقهاء، بمعنى تحمل تبعة الهلاك وهو المدلول المقصود في القاعدة الفقهية « الخراج بالضمان ». انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية ، بتصرف ص، ١٨٢ .

(٣) في « ج » زاد، وهو.

(٤) في « هـ » للرجل.

(٥) في « ج » جانيا. بدل، كاذبا.

(٦) في « ج » لأنه.

الأجل ؛ لأن الكفيل التزم ما على الأصيل، وما ^(١) على الأصيل مؤجل فلا يؤخذ به الكفيل [١٥٩/ د ب] في الحال.

رجل ضمن عن رجل ^(٢) خراج أرضه ونوائبه وقسمته فهو جائز.

أما الخراج فلأنه دين واجب حقا للعباد يطالب به ويجبس ويؤخذ من تركته بعد موته كسائر الديون، [٦٢/ أ ب] بخلاف ما لو كفل بالزكاة بعد وجوبها في الأموال الظاهرة والباطنة حيث لا تصح ؛ لأن الزكاة ليست بدين ^(٣) بل هي عبارة عن تملك المال ولهذا لا تؤخذ من تركته بعد موته فلا تصح الكفالة بخلاف الخراج ؛ لأنه دين واجب بدلا عن الحفظ، والدين مال واجب بدلا عن شيء كضمان المتلف وثن المبيع ونحوه.

وتكلموا في النوائب : قال بعضهم: أراد به أجرة الحارس وكري النهر المشترك وكل ما فيه ^(٤) صلاح المحلة ؛ لأن ذلك واجب شرعا.

وقال بعضهم: أراد به ما ليس من الرواتب لكن وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز جيش لقتال المشركين ولم يكن في بيت المال مال أو احتاج إلى فداء أسارى المسلمين فوظف على الناس ^(٥) مالا لأجل ذلك فهو واجب ؛ لأن فيه طاعة الإمام فيما فعله لمصلحة المسلمين فإذا ضمن عن رجل نصيبه من ^(٦) ذلك صح.

وأراد بالقسمة نصيبه من الرواتب قال الله تعالى: ﴿ وَبَنِيهِمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٧) وأراد به النصيب. وأراد بالنوائب غير الرواتب.

وقال بعضهم: أراد بالنائبة أن الأسير إذا أراد الفداء فضمن ذلك رجل بأمره صح ضمانه وإن أداه بأمره من غير ^(٨) ضمان يرجع به عليه.

(١) « وما » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) في « أ » عن آخر. بدل، رجل.

(٣) في « ج » زاد، عليه.

(٤) في « أ، هـ » زاد، من.

(٥) في « د، هـ » المسلمين.

(٦) « من » ساقط من « ج ».

(٧) سورة القمر، آية: ٢٨ . وثمام الآية: ﴿ كُلُّ شَرِبٍ مُحْتَضَرٌ ﴾.

(٨) « من غير » ساقط من « هـ » وفيها: عن ضمان.

وأما الجبايات التي يوظفها السلطان على الناس، قال بعضهم: تصح الكفالة بها ؛ لأنه مطالب بها حسا^(١) فكانت بمنزلة الدين الواجب ، وعلى هذا قالوا: من^(٢) قضى نائبة غيره بأمره^(٣) وهو غير مكره في الأمر يرجع به عليه وإن لم يشترط الضمان، والأصح أنه لا يصح الضمان بها^(٤).

ولو أداه بأمره ولم يشترط الضمان لا يرجع ؛ لأنه ظلم في حق الآخذ والمأخوذ منه فلا تصح بها الكفالة.

رجل قال لآخر: لك علي ألف^(٥) درهم إلى شهر ، فقال: لا، ولكنها^(٦) حالة فالقول قول المقر له.

ولو قال: كفلت لك عن فلان بألف درهم إلى شهر وقال المكفول له هي حالة فالقول قول المقر^(٧).

وقال الشافعي رحمه الله^(٨) القول قول المقر في الفصلين ؛ لأن المال قد يكون حالا وقد يكون مؤجلا فالإقرار بأحدهما، لا يكون إقرارا بالآخر كما لو قال لك علي كُرُّ حنطة رديئة، وقال المقر له بل هي جيدة فالقول قول المقر.

(١) في « هـ » حيناً. وهذا رأي فخر الإسلام علي البزدوي. انظر: تبين الحقائق، ١٦٥/٤ - ١٦٦ ؛ شرح فتح القدير، ٢٢٢/٧ ؛ البحر الرائق، ٢٦٠/٦ .

(٢) في « د، هـ » متى.

(٣) في « أ، ب، د » بإذنه.

(٤) وهذا رأي صدر الإسلام البزدوي أخي فخر الإسلام المذكور. انظر: تبين الحقائق، ١٦٥/٤ - ١٦٦ ؛ شرح فتح القدير، ٢٢٢/٧ ؛ البحر الرائق، ٢٦٠/٦ .

(٥) في « أ، ب، ج » مائة. بدل، ألف.

(٦) في « أ » وقال المقر له هي.

(٧) في « د » الكفيل.

(٨) عند الشافعية في المسألة قولان: في قول ، القول قول المقر، وفي آخر لا. وعند المالكية القول قول المقر مع يمينه، إلا القرض ، فالقول فيه قول المقرض. أما عند الحنابلة، القول قول المقر وهو مدعي الأجل. انظر: الهداية، ٢٢٣/٧ ؛ التاج والاكلييل، ٢٢٧/٥ ؛ المدونة، ٢٥٤/١٠ - ٢٥٥ ؛ المهذب، ٣٥١/٢ ؛ مغني المحتاج، ٢٥٥/٢ ؛ كشف القناع، ٤٧١/٦ ؛ الانصاف، ١٨٦/١٢ .

ولنا أن الأجل في الديون الواجبة^(١) لا بعقد الكفالة كالقرض وثن المبيع والمهر، وقيم المتلفات ونحوها عارض، لا يثبت إلا بالشرط ولهذا يجب حالا عند الإطلاق فإذا أنكر الأجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله، بخلاف الكفالة فإن الأجل يثبت في الكفالة من غير شرط ولهذا لو كان الدين مؤجلا على الأصيل فقال الكفيل: كفلت لك عن فلان بألف درهم كان كفيلًا بالمؤجل لأن الكفالة، لالتزام ما على الأصيل فكان الأجل في الكفالة من باب التنوع^(٢) فالكفالة بأحد النوعين لا تكون كفالة بالآخر، وكذلك الجودة والرداءة [٦٣/أ] في الحنطة نوع فالإقرار بأحدهما لا يكون إقرارا بالآخر.

رجل اشترى جارية وكفل له إنسان بالدرك فاستحقت الجارية، ليس للمشتري أن يرجع على الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع؛ لأن بمجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع الذي جرى بينهما لاحتمال أن يبيح المستحق فلا يعود الثمن إلى ملك المشتري، ولهذا لو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد استحقاقها نفذ إعتاقه، وكذا لو كان المشتري باعها من غيره^(٣) فاستحقت من يد الثاني، لم يكن للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري^(٤) الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد وما لم يجب الثمن على البائع لا يرجع على الكفيل.

رجل اشترى شيئا وضمن له إنسان بالعهد فالضمان باطل؛ لأن العهدة مجهولة، تذكر ويراد بها الصك القديم، وأنها ملك البائع ولا يجب تسليمها إلى المشتري، وتذكر ويراد بها حقوق العقد، وتذكر ويراد بها الدرك، فما لم يبين لا يجوز، وهذه ثلاث مسائل:

(١) في «أ، ج» الدين الواجب.

(٢) في «أ، د، هـ» النوع. وفي «ب» الترع.

(٣) في «د» رجل غيره.

(٤) «المشتري» ساقط من «أ، ج، هـ».

ضمان العهدة^(١) وضمان الدرك^(٢) وضمان الخلاص.

فضمان العهدة باطل بالاتفاق لما قلنا. وضمان الدرك جائز بالاتفاق.

[١٦٠/د أ] واختلقوا في ضمان الخلاص: عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الخلاص باطل. وعند أبي يوسف ومحمد^(٣) جائز؛ لأن تفسيره ضمان تسليم المبيع إن قدر عليه وتسليم الثمن إن عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك.

وأبو حنيفة يقول تفسير ضمان الخلاص تخليص المبيع وتسليمه إلى المشتري على كل حال^(٤) وذلك باطل؛ لأنه التزم شيئاً لا يقدر عليه^(٥).
مسلم كسر لمسلم بربطاً، أو طبلاً، أو دفاً، أو مزماراً، فهو ضامن ويبيع هذه الأشياء جائز.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٦) لا يضمن متلفها، ولا يجوز بيعها؛ لأنها أعدت للمعصية فإتلافها يكون نهيًا عن المنكر فلا يكون ضامناً كما في الخمر^(٧).
ولأبي حنيفة أن هذه الأشياء مع أنها أعدت للمعصية تصلح لغير المعصية فيجوز الانتفاع بها من^(٨) هذا الوجه، فلا يبطل تقومها كالجارية المغنية والحمامة الطيارة ونحوهما.
وإذا ضمن عنده يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية، في الدف يضمن قيمته دفاً، يوضع

(١) قال الشيخ نظام: « وصورهما أن يشتري عبداً من رجل مثلاً فضمن للمشتري رجل بالعهدّة » .
الفتاوى الهندية، ٢٨٧/٣ . وقال د. نزيه حماد نقلاً عن الأزهرى: « كفالة العهدة: ضمان عيب كان معهوداً عند البائع، أو استحقاق يجب بيئته تقوم لمستحقها، فتسلم السعلة إليه، ويرجع المشتري على البائع بما أدى إليه من الثمن » معجم المصطلحات الاقتصادية، ١٨٤ .

(٢) هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول تكفلت بما يدركك في هذا المبيع. التعريفات ١٣٨؛ المصطلحات الاقتصادية، ١٨٣ .

(٣) في « ب، ج » وعندهما. ونقل ابن الهمام عن الصدر الشهيد « أن تفسير الخلاص والدرك والعهدّة واحد، عند أبي يوسف ومحمد، يعني فيكون صحيحاً » شرح فتح القدير، ٢٢٧/٧ .

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٢٨٧/٣؛ العناية ٢٢٧/٧؛ معجم المصطلحات الاقتصادية، ١٨٢ .

(٥) انظر: شرح فتح القدير، والعناية، ٢٢٦/٧ — ٢٢٧ .

(٦) « محمد » ساقط من « ج » .

(٧) انظر: الهداية ٣٦٧/٩ .

(٨) في « د » غير هذا الوجه. وفي « ب، ج » ذلك.

فيه القطن ونحوه وفي اليربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد. وكذا لو أهرق على مسلم سكرًا^(١) أو منصفًا^(٢) أو باذقا^(٣) كان ضامنا ويبيعها جائز.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن متلفها^(٤) ولا يجوز بيعها^(٥).

[لهما قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»^(٦) فيحرم بيعها وأخذ

ثمنها]^(٧) لقوله عليه السلام: في الخمر^(٨) «إن الذي حرم شرهما حرم بيعها وأكل ثمنها»^(٩)

ولأبي حنيفة أن العلماء رحمهم الله اختلفوا في حرمة هذه الأشياء لاختلاف الآثار فيها،

على قول بشر^(١٠) ومن تابعه يحل شرهما^(١١) فأخذنا بالاحتياط وقلنا بأنه لا يحل شرهما، أما

المالية والتقوم كان ثابتا فلا يطل بالشك. والله أعلم.

(١) السكر: عصير العنب إذا اشتد وقذف بالزبد. انظر: المغرب ص، ٢٢٩؛ التعريفات ص ١٢٠.

(٢) المنصف: هو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب نصفه. التعريفات ص، ٢٣٥؛ وانظر: ص، ٦٩٦ من هذا البحث.

(٣) الباذق: من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا. المغرب، ٣٨؛ وانظر: ص، ٦٩٥ من هذا البحث.

(٤) «متلفها» ساقط من «أ، ب، ج».

(٥) انظر: الهداية ٣٦٧/٩؛ وبدائع الصنائع، ١١٥/٥.

(٦) أخرجه أبو داود في كتاب الأشربة، ٣٢٧/٣؛ والترمذي في كتاب الأشربة، ٢٥٨/٤ وقال: هذا حديث حسن غريب؛ وابن ماجه في الأشربة، ١١٢٥/٢؛ وقال ابن حجر: حسنه الترمذي ورجاله ثقات. انظر: تلخيص الحبير، ١٣٩٤/٤.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، ج».

(٨) «في الخمر» ساقط من «ج، ه».

(٩) أخرجه مسلم، بدون لفظ «وأكل ثمنها» انظر: صحيح مسلم ٤/١١؛ وابن حبان ٣١٩/١١ من غير الزيادة. وقال ابن حجر: أخرجه مسلم بمعناه. انظر: الدراية ١٦١/٢، ٢٤٧؛ وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير، ٣٣٩/١٠ ورجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد، ٩٠/٤.

(١٠) هو بشر بن غياث المريسي. انظر: المبسوط، ٤/٢٤. وانظر: ترجمة بشر في ص ٤٩٥.

(١١) انظر: المبسوط، ٤/٢٤؛ وبدائع الصنائع، ١١٥/٥.

كتاب القضاء^(١)

رجل في يده صغير لا يعبر عن نفسه فيقول الرجل هو عبدي فشبه^(٢) الغلام وقال أنا حر [٦٣/أ ب] فالقول قول الذي^(٣) في يده وهو عبد له. وإن كان صغيرا يعبر عن نفسه أو كان كبيرا وهو في يده فالقول قول الذي ادعى أنه حر؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه بمنزلة الثوب والبهيمة؛ لأنه لا يقدر على حفظ نفسه، ولا يد له على نفسه فكان القول فيه قول صاحب اليد، وبعد ما ثبتت يده عليه لا تزول إلا بحجة.

أما الكبير والصغير الذي يعبر عن نفسه له يد على نفسه؛ لأنه يقدر على حفظ نفسه وله عبارة صحيحة فيما ينفعه نحو الإسلام وقبول الهبة، والحرية مما ينفعه فيقبل قوله في دفع الملك، وإن كان كبيرا أو صغيرا يعبر عن نفسه فقال: أنا عبد فلان وصدقه فلان في ذلك^(٤) والذي في يده يقول هو عبدي كان القول فيه قول ذي اليد؛ لأنه لما أقر على نفسه بالرق، فقد أقر أنه لا يد له على نفسه، وإنما يشهد بالملك لغيره وشهادة الفرد لا تقبل خصوصا إذا كان عبدا فكان القول فيه قول ذي اليد.

رجل ادعى حائطا وهو موصول^(٥) بينائه، وآخر عليه هرادي^(٦) فهو لصاحب الاتصال أراد به الاتصال على وجه التربيع بأن يكون أنصاف لبن كل واحد منهما في الآخر؛ لأن الاتصال على هذا الوجه لا يكون إذا بنى كل واحد من الحائطين على حدة وإنما يتحقق إذا

(١) القضاء في اللغة: الحكم، والأداء، وعمل القاضي. انظر: المعجم الوسيط، ٧٤٣/٢. «وشرعا: إلزام على الغير ببينة أو اقرار». ومعنى «فصل الخصومات وقطع المنازعات» أنيس الفقهاء ص ٢٢٨؛ وانظر: في التعريف: القاموس المحيط، ١٧٠٨؛ المغرب ص، ٣٨٦؛ التعريفات ١٧٧؛ المطلع ص ٣٩٣.

(٢) في «أ» فسلب. وفي «د» فسل.

(٣) في «د» ادعى أنه عبده.

(٤) في ذلك «ساقط من «أ».

(٥) في «أ، ج» هو متصل.

(٦) المرادي: جمع المرديّة، وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم. انظر: المغرب، ص ٥٠١؛ شرح فتح القدير، ٢٨٤/٨.

بناهما واحد، دفعة واحدة ووضَعُ المرادي يكون بعد البناء، وكذا لو كان لأحدهما اتصال
وللآخر عليه جذوع، فصاحب الاتصال أولى لما قلنا، إلا أن في الفصل الأول إذا قضي بالحائط
لصاحب الاتصال يؤمر الآخر برفع المرادي.

وفي الفصل الثاني، لا يؤمر برفع الجذوع ؛ لأن وضع الجذوع مقصود ببناء الحائط
لأجله فجاز أن يكون حقا مستحقا لصاحب الجذوع في حائط غيره فأما وضع المرادي ليس
بمقصود ببناء الحائط لأجله فلا يجوز أن يكون حقا مستحقا له ^(١) في ملك الغير فيؤمر بالرفع.
ولو كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه مرادي وليس لأحدهما اتصال فالحائط
لصاحب الجذوع.

وقال الشافعي الحائط بينهما ^(٢). له في ذلك أن الجذوع إنما توضع بعد البناء فلا يستدل
به على أصل البناء بخلاف الاتصال.

ولنا أن صاحب الجذوع مستعمل للحائط فيما هو مقصود ؛ لأن الحائط يبني لوضع
الجذوع، أما صاحب المرادي صاحب تعلق، لا استعمال له فكان صاحب الجذوع أولى
كرجلين تنازعا في دابة ولأحدهما عليها حمل وللآخر مخللة معلقة كانت الدابة لصاحب
الحمل.

فهو لرجل إلى جنبه ^(٣) مسناة ^(٤)، ولرجل آخر خلف المسناة أرض تلتزقها ليس بينهما
شيء وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض ولا يحفرها حتى يسيل الماء.
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر حرما يلقي عليها ^(٥) طينه

(١) « له » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٢) وبه قالت الحنابلة. أما المالكية فقالوا: إذا تنازع رجلان في جدار فهو لمن يشهد له العرف إما
بوجه الآخر والطاقت أو معاقد القمط أو غيره إلى جهة أحدهما، فإن لم تكن أمانة فهو بينهما.
انظر: شرح فتح القدير، ٢٨٤/٨ ؛ مواهب الجليل، ١٥٠/٥ ؛ التاج والاكلييل، ١٤٧/٥ ؛
القوانين الفقهية، ص ٢٩١ ؛ المجموع، ٢٠١/٢٠ ؛ كشف القناع، ٣٨٧/٦ ؛ المغني، ٣٨١/٤

(٣) في « أ، ج » جانبه.

(٤) المسناة: ما يبني للسيل ليرد الماء. المغرب، ص ٢٣٧ .

(٥) « عليها » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

وغير ذلك^(١). ومن أصحابنا [١٦٠/د ب] من جعل هذه المسألة فرعاً لمسألة أخرى^(٢) رجل حفر نهراً في أرض موات^(٣) هل يستحق للنهر حرماً كما يستحق للبئر؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يستحق وعلى [٦٤/أ] قولهما يستحق^(٤).

ومنهم من قال: هذه مسألة مبتدأة وللنهر حریم في قول أبي حنيفة استدلالاً بالبئر. واختلفوا في مقدار الحریم المستحق، قال بعضهم: مقدار عرض بطن النهر من الجانبين من كل جانب نصفه^(٥). وقال بعضهم: مقدار بطن النهر من كل جانب^(٦). وموضع الخلاف إذا لم تكن المسناة مشغولة بحق أحدهما وتكون موازية للأرض فإن كانت مشغولة بأن كان عليها غراس لأحدهما فهي لصاحب الشغل.

لهما أن النهر لا يستغني عن الحریم ولا ينتفع به بدونه فكان الظاهر شاهداً لصاحب النهر فيقضى له ولهذا كان له حق^(٧) إلقاء الطين عليها ويمنع صاحب الأرض من هدم المسناة ورفعها.

ولأبي حنيفة أن المسناة تشبه الأرض صورة ومعنى، أما صورة فلأنها من جنس الأرض وموازية للأرض. وأما معنى؛ فلأنها تصلح لما تصلح له الأرض من الغرس والزرع ونحوه فيقضى له عند الاشتباه، كالأجر مع المستأجر، إذا اختلفا في لوح موضوع في الدار ومثله^(٨) في السقف يقضى به لصاحب الدار، وكذا لو اختلفا في مصراع باب موضوع في الدار، ومثله منصوب على الحائط فإنه يقضى به لصاحب الدار.

وقوله صاحب النهر محتاج إلى الحریم، قلنا الحاجة الأصلية وهي حاجة تسهيل الماء

(١) انظر: الفتاوى الهندية، ٩٥/٤.

(٢) في «أ» وهي.

(٣) الموات: «ما لا مالك له ولا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها أو لغيرها مما يمنع الانتفاع بها». التعريفات ص ٢٣٦.

(٤) انظر: المبسوط، ٣١/١٥، ١٧٦/٢٣، بدائع الصنائع، ١٩١/٦.

(٥) وهو ما اختاره الطحاوي. انظر: تبين الحقائق، ٣٩/٦؛ البحر الرائق، ٢٤٢/٨.

(٦) وهذا اختيار الكرخي. انظر: المراجع السابقة.

(٧) «حق» ساقط من «د، ه».

(٨) في «أ» منصوب على الحائط فإنه يقضى به لصاحب الدار. وفي «أ، ب، ج، د» على السقف.

تدفع بدون الحريم مع أن الحاجة لا تدل على الملك، ألا ترى أن صاحب العلو يحتاج إلى السفلى ثم لا يقضى له بالسفلى عند المنازعة، وعدم ولاية الرفع لا يدل على عدم الملك، لجواز^(١) أن يُمنع صاحبُ الملك من التصرف لتعلق حق الغير به لما يأتي^(٢).

واختلف المشايخ في ولاية إلقاء الطين عليها لصاحب النهر:

قال بعضهم: ليس له ذلك في قول أبي حنيفة بل ينقل إلى مكان آخر. وقال بعضهم: له ذلك ما لم يفحش^(٣).

وهل لصاحب الأرض أن يمنع صاحب^(٤) النهر من المرور عليها؟ قال بعضهم: له ذلك. وقال بعضهم: ليس له ذلك، وإنما الخلاف في حق الغرس والزرع فعندهما ذلك لصاحب النهر وعند أبي حنيفة لصاحب الأرض، وكذا لو كان عليها غراس لا يعرف له غراس، عندهما لصاحب النهر وعند أبي حنيفة لصاحب الأرض^(٥).

دار عشرة أبيات منها في يد رجل وبيت في يد^(٦) آخر، اختلفا في الساحة فالساحة بينهما؛ لاستوائهما في الحجة وهو استعمال الساحة؛ لأن استعمالها إنما يكون بالمرور، ووضع الأمتعة وكسر الحطب وهما يستويان في ذلك فيقضى بينهما^(٧) على أن^(٨) أصل اليد يكفي للاستحقاق، ألا ترى أنهما لو تنازعا في ثوب طرف منه في يد أحدهما وعامته في يد الآخر فإنه يقضى بينهما نصفان.

أرض ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما؛ لأن القاضي لا يقضى إلا بحجة واليد على العقار مما لا يشاهد

(١) في «ب» لأنه يجوز.

(٢) «لما يأتي» ساقط من «ب، ج» وفي «هـ» كما يأتي.

(٣) انظر: بحر الرائق، ٢٤٢/٨.

(٤) «صاحب» ساقط من «هـ».

(٥) انظر: الهداية، ٧٨/١٠.

(٦) في «أ» زاد، رجل.

(٧) «فيقضى» ساقط من «أ» وبينهما، ساقط من ب.

(٨) «أن» ساقط من «ب».

[٦٤/أب] ولايعاين^(١) ولعل أنها في يد غيرهما، فلا يقضى.

وكذا لو أقر أحدهما أنها في يد صاحبه لا يجعلها القاضي في يده؛ لاحتمال أنها في يد غيرهما فيقر بذلك كاذبا احتيالا، لكن يمنع المقر من أن يزاحم المقر له فيها؛ لأن إقراره حجة في حقه.

وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده تجعل في يده؛ لأنه نور دعواه بالحجة وهذه بينة قامت على الخصم؛ لأن الآخر ينازعه في اليد فيقضى له باليد ويجعل الآخر خارجا. وإن أقاما البينة أنها في أيديهما يقضى باليد لهما؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، وبينة كل واحد منهما قامت على الخصم؛ لأن كل واحد منهما ينازع صاحبه في اليد، فإن طلبا القسمة من القاضي، لا يقسمها القاضي ما لم يقيما البينة أنها لهما^(٢)، وكل شيء في أيديهما سوى العقار إذا ادعى أنه لهما وطلبا القسمة فإن القاضي يقسم، وإن لم يقيما البينة على الملك.

قالوا: هذا قول أبي حنيفة، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله القاضي يقسم العقار أيضا، وإن لم يقيما البينة على الملك وهي^(٣) مسألة كتاب القسمة^(٤). دار في يد ورثة زعموا أنها ميراث لهم عن أبيهم وطلبوا القسمة من القاضي، فإن القاضي لا يقسمها في قول أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على الميراث، وعلى قولهما يقسم ويشهد أنه قسمها بإقرارهم^(٥).

لهما أن إقرارهم صح بحكم اليد والثابت بالإقرار الصحيح كالثابت بالبينة فيقسمها بينهم بإقرارهم كما يقسم المنقول [١٦١/د أ]، وكما لو قالوا والدار في أيديهما اشتريتاها من فلان وطلبا القسمة فإن القاضي يقسمها^(٦) بينهما وإن لم يقيما البينة على الشراء.

(١) في «أ» لا يعارض.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية، ٢١٠/٥.

(٣) في «د، هـ» وهذه.

(٤) انظر: الهداية مع شرح فتح القدير، ٤٣٠/٩ — ٤٣٢، العناية، ١٩١/٨.

(٥) انظر: المبسوط، ٩/١٥.

(٦) في «د، هـ» يقسم.

ولأبي حنيفة أن إقرارهما (١) تضمن شيئين:

أحدهما (٢) قيام ملك الميت ؛ لأن التركة مبقاة على حكم ملك الميت حتى (٣) تُقضى منها ديونه وتُنفذ منها وصاياه ولو حدثت فيها زيادة بعد الموت كانت الزيادة من مال الميت بمنزلة الأصل.

والثاني ثبوت ولاية إبطال ملك الميت ونقل مال الميت إليهما للقاضي وذلك قضاء لهما فلا يثبت إلا بينة، بخلاف ما إذا قالا اشتريتاها من فلان ؛ لأن المبيع بعد البيع لا يبقى على حكم ملك البائع فلم تكن القسمة إبطالا للملك البائع.

وذكر شمس الأئمة السرخسي (٤) أن في فصل الشراء لا يقسم أيضا في إشارة هذا الكتاب ما لم يقيما البينة على الشراء ؛ لأنهما أقرأ بأصل الملك للبائع وقسمة العقار يفتقر إلى الملك فلا يقسم، وكذا لو ادعى ملكا مطلقا لا يقسمها القاضي ما لم (٥) يقيما البينة على الملك لأن بمجرد الدعوى، لا يثبت الملك لهما، وربما يكون الملك لغيرهما وهما غاصبان فإذا حضر المعضوب منه يحتجان عليه بقسمة القاضي ويثبتان القسمة عند قاض آخر بخلاف المنقول ؛ لأن المنقول يقسم لأجل الحفظ والتحسين (٦) ولهذا كان للمودعين قسمة المنقول [٦٥/أ] لأجل الحفظ، أما العقار محصن بنفسه (٧) فالقسمة فيه تكون لتتميم المنفعة فيعتمد قيام الملك. فإن كان أحدهما قد لبّن في هذه الأرض أو بنى أو حفر بئرا فهي للذي (٨) في يده ؛ لأنه ظهر استعماله ومن ضرورة الاستعمال (٩) ثبوت اليد فيقضى له باليد.

(١) في « أ، ب، د، هـ » إقرارهم.

(٢) « أحدهما » ساقط من « د ».

(٣) « حتى » ساقط من « ب، ج ».

(٤) انظر: المبسوط، ٩/١٥ — ١١ .

(٥) في « د، هـ » حتى.

(٦) « والتحسين » ساقط من « د ».

(٧) في « ب، ج، د، هـ » محصنة بنفسها.

(٨) للذي « ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٩) في « ج » ضرورته.

ثوب في يد رجل وطرف منه^(١) في يد آخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان ؛ لأن اليد على البعض في كونها حجة بمترلة اليد على الكل، ألا ترى أن الجالس على البساط يقضى له باليد، وإن كان الجلوس على البعض، فإذا كان الثوب في أيديهما استويا في أصل الحجة ووجدنا زيادة في حق الآخر وزيادة من جنس الحجة لا توجب زيادة في الاستحقاق^(٢) كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر^(٣) أربعة فإنه^(٤) يقضى بينهما على السواء.

علو لرجل وسفله لآخر فليس لصاحب السفل أن يتدّ فيه وتداء، ولا أن ينقب كوة^(٥) إلا برضا صاحب العلو^(٦).

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يصنع فيه، ما لا يضر بالعلو، وكذا لو تصرف صاحب العلو في حائط العلو عندهما، لا يمنع إلا للضرر^(٧).

ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرا أو ما أشبه ذلك عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلو الضرر.

لهما أن حائط السفل ملك صاحب السفل فكان الأصل هو الإطلاق والمنع بعراض الضرر فلا يمنع عند الإشتباه كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كاتب نصيبه من العبد المشترك كان لشريكه حق الفسخ.

ولأبي حنيفة أن لصاحب العلو حقا في حائط السفل ؛ لأن قراره عليه، ولهذا يمنع من الهدم وتعلق حق الإنسان بملك الغير يمنع المالك^(٨) عن التصرف أصلا، كما قلنا في الرهن، ولأن فتح الكوة نقض بعض الجدار والظاهر أنه يوهن البناء في الثاني^(٩) وإن كان لا يوهنه في

(١) في « ج » طرفه. ومنه ساقط منها.

(٢) « الاستحقاق » ساقط من « ج ».

(٣) في « أ، ب » وأقام الآخر.

(٤) « فإنه » ساقط من « أ ».

(٥) الخرق في الجدار يدخل منه الهواء والضوء. المعجم الوسيط ٨٠٦/٢ .

(٦) في « أ، ب، ج » زاد، ولا ينقب. وفي « ج » فيه كوة.

(٧) في « أ » لضرورة. انظر: الهداية ٣٢١/٧ .

(٨) في « د » الملاك.

(٩) في « د » الباقي.

أما ساحة السفلى خالص حق المالك لاحق لصاحب العلو فيها فكان له أن يتصرف فيها أي تصرف شاء.

زائغة (٢) مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى فإن كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزم طرفاها كان لهم أن يفتحوا بابا ؛ لأن في الفصل الأول الزائغة القصوى سكة أخرى وصحنها حق لأهلها خاصة، ليس لأهل الزائغة العليا فيها حق المرور، ولهذا لو بيعت دار في الزائغة القصوى لم يكن لأهل الزائغة العليا فيها حق الشفعة وكانت الشفعة لأهل الزائغة القصوى بسبب الشركة في الطريق فإذا أراد واحد من أهل الزائغة العليا أن يتخذ لنفسه طريقا يمنع.

وأما الزائغة المستديرة فإنها (٣) ليست بسكة على حدة ؛ لأنها ليست على هيئة السكة بل هي فضاء واتساع (٤) للزائغة المستطيلة والكل سكة واحدة غير نافذة، ولهذا [١٦١/د ب] لو بيعت دار في [٦٥/أ ب] الزائغة المستديرة كان لأهل الزائغة العليا حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق.

ومن المشايخ من قال في الفصل الأول: لا يمنع من فتح الباب أيضا وإنما يمنع من المرور في الزائغة القصوى ؛ لأن فتح الباب لا يكون إلا بنقض (٥) بعض الجدار والجدار (٦) ملكه فلا يمنع من نقض البعض كما لا يمنع من نقض الكل، ولهذا لو نقض كوة لا يمنع. والأصح أنه يمنع من تركيب الباب على الحائط في الزائغة القصوى ؛ لأنه إذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي حق المرور في الزائغة القصوى، ويستدل بذلك الباب فيجعل القول قوله.

(١) انظر: المبسوط، ٩١/١٧ ؛ شرح فتح القدير، ٢٣٤/٦ .

(٢) زائغة، بمعنى الطريق. زاغ عن الطريق زوغا وزيفا : عدل . والزيف : الميل . وأزاعه عن الطريق أي أماله . وزاغت الشمس تزيف زيوغا فهي زائغة: أي مالت . وقال ابن نجيم: زائغة، الطريق الذي حاد عن الطريق العظيم. انظر: لسان العرب، ٤٣٢/٨ ؛ البحر الرائق، ٣١/٧ .

(٣) « فإنها » ساقط من « ج » وفي ب، فلاها .

(٤) في « د » وإنشاء الزائغة .

(٥) في « أ، ب، ج » ليس إلا نقض .

(٦) في « أ » الحياط . وفي « ب، ج » الحياط . وغير واضح في « هـ » .

ولكل واحد من أهل الزائغة القصوى أن يفتح لنفسه بابا في الزائغة العليا في الفصلين لأن الزائغة العليا ممر الكل^(١).

عبد في يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده غصبه منه^(٢) الذي في يده، وأقام الآخر، البينة أنه عبده^(٣) أودعه الذي في يده فإنه يقضى به بينهما ؛ لأنهما استويا في إثبات الملك واليد.

رجل ادعى دعوى في دار فأنكر الذي في يده ثم صالحه فهو جائز عندنا خلافا ، للشافعي رحمه الله ، والمسألة معروفة^(٤).

رجل ادعى دارا في يد رجل، أنه وهبها له في وقت كذا، فسئل البينة فقال جحدي الهبة فاشتريتها وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي ادعى فيه الهبة لم تقبل ؛ لأنه لما قال جحدي الهبة، فاشتريتها، فقد ادعى شراء لاحقا، فإذا أقام البينة على الشراء السابق كان متناقضا فلا تقبل.

دار في يد رجل ادعى رجل أنه اشتراها من فلان وأقام^(٥) بينة، وقال الذي في يده الدار: فلان ذلك، أودعنيها، فلا خصومة بينهما ؛ لأنهما توافقا على وصول الدار إليه من جهة فلان^(٦) الغائب إما بحق أو بغير حق فكانت يده يد غصب أو ودعيعة والغاصب والمودع لا يكون خصما لمدعي الملك المطلق.

(١) في « ب » للكل. « ممر » ساقط من د، وفيها: بين الكل.

(٢) « منه » ساقط من « د ».

(٣) « البينة » ساقط من « د » و « عبده » ساقط من « أ ».

(٤) وهي مسألة الصلح على الإنكار، حيث يصح عند الحنفية و المالكية والحنابلة. ولا يصح عند الشافعية. انظر: شرح فتح القدير، ٣٢٧/٧ ، ٤٠٥/٨ وما بعدها ؛ حاشية الدسوقي، ٣١١/٣ — ٣١٢ ؛ القوانين الفقهية، ص ٢٨٩ ؛ بداية المجتهد، ٢٩٤/٢ ؛ المهذب، ٣٣٣/١ ؛ مغني المحتاج، ١٨٠/٢ ؛ كشف القناع، ٣٩٧/٣ — ٣٩٨ ؛ المغني، ٣٥٧/٤ ؛ الموسوعة الفقهية، ٣٣٥/٢٧ — ٣٣٦ .

(٥) في « أ، ب، ج » وأن له.

(٦) « فلان » ساقط من « أ، ج، د ».

وذكر في الشهادات: لو قال المدعي: ^(١) اشتريتها من فلان وأمرني بقبضها منك لاتدفع الخصومة ؛ [لأنه لما ادعى الأمر فقد ادعى القيام مقام الغائب فسلا تندفع الخصومة] ^(٢) كما لو ادعى أنه أمره بالقبض ولم يدع الشراء.

رجل قال لغيره: اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الشراء، فأجمع البسائع على ترك الخصومة، وسعه أن يظأها ؛ لأن جحود الشراء فسخ للعقد ؛ لأنه ينكر العقد بينهما فيما سبق، ومن ضرورته انتفاء العقد في الحال فيجعل كلامه رفعا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة وإمساك الجارية فقد ساعده في الفسخ، فتم ^(٣) الفسخ بتراضيهما فيحل له الوطاء.

رجل أقر أنه اقتضى ^(٤) من فلان عشرة دراهم ثم جاءه فزعم أنها زيوف أو نبهرجة صدق، ولو قال وجدتها ستوقه أو رصاصا ^(٥) لا يصدق ؛ لأنه أقر بقبض الدراهم والزيوف ^(٦) والنهرجة من جنس الدراهم إلا أنها معيبة فلم يكن متناقضا في كلامه [أ / ٦٦] فيقبل قوله لإنكاره قبض حقه، كما لو قال غصبت من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف أو نبهرجة قبل قوله لما قلنا أنه ما أقر بقبض الجياد.

أما الستوقه ليست من جنس الدراهم فلا يصدق، ولو أقر بقبض الجياد أو أقر بقبض حقه أو أقر بالاستيفاء ثم ادعى أنها زيوف أو نبهرجة، لا يقبل ؛ لأنه متناقض.

أما إذا أقر بقبض الجياد فظاهر، وكذا إذا أقر بقبض حقه ؛ لأن حقه في الجياد بالإقرار بقبض الحق إقرار بقبض الجياد، وكذا إذا أقر بالاستيفاء ؛ لأن الاستيفاء عبارة عن قبض الحق. رجل قال لغيره: لك علي ألف درهم، فقال المقر له لا شيء لي ^(٧) عليك، ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم، لم يكن ^(٨) له عليه شيء ؛ لأن الإقرار بحال الص

(١) في « د » المشتري.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٣) في « ج » فقد تم.

(٤) في « أ » قبض.

(٥) رصاصا « ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) والزيوف « ساقط من « د، هـ ».

(٧) لي « ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٨) في « أ، ب، ج » فليس.

حق^(١) المقر له، فيتمكن من إبطاله وإذا كذبه فقد أبطله فإذا عاد إلى التصديق عاد بعد ما بطل الإقرار فبقي مدعياً فلا يقبل قوله من غير حجة، بخلاف ما إذا أقر بالبيع فكذبه ثم أقر في مكانه بالبيع حيث يصح؛ لأن البيع حقهما فلا يفسخ ببحود المشتري، فإذا عاد إلى التصديق عاد والبيع قائم فيصح تصديقه.

رجل ادعى على رجل مالا، فقال المدعى عليه ما كان لك عليّ شيء قط، فأقام المدعى^(٢) بينة على المال ثم أقام المدعى عليه بينة على القضاء قبلت بينته، وقال ابن أبي ليلى لا تقبل لأنه متناقض؛ لأنه أنكر وجوب المال أولاً والقضاء أداء الواجب فيكون متناقضاً^(٣). ولنا أن التوفيق ممكن بأن يقول ما كان له عليّ شيء قط^(٤) وقد ادعى قبل هذا باطلا فقضيته دفعا للشغب، أو يقول صالحته على مال دفعا للخصومة أو فداء عن اليمين وقضيته بعد الصلح^(٥).

وهذه ثلاثة مسائل: إحداها: هذه.

والثانية: أن يقول المدعى عليه أولاً: [١٦٢/د أ] ليس لك عليّ شيء، فأقام المدعى بينة على المال ثم أقام المدعى عليه بينة على القضاء أو الإبراء قبلت بينته؛ لما قلنا، بل أولى؛ لانعدام التناقض أصلاً.

والثالثة: أن يقول المدعى عليه: ما كان لك عليّ شيء قط ولا أعرفك فأقام المدعى بينة على المال ثم أقام المدعى عليه بينة على القضاء أو الإبراء، لا تقبل بينته؛ لعدم إمكان التوفيق، فإنه لا يتصور أن يكون بين الرجلين خصومة ومصالحة وقضاء وإبراء وأحدهما لا يعرف الآخر.

(١) «حق» ساقط من «أ».

(٢) «المدعى» ساقط من «ج».

(٣) انظر: المبسوط، ١٦٣/٣٠؛ مختصر اختلاف العلماء ٢٣٧/٤؛ شرح فتح القدير، ٣٣٥/٧.

(٤) في «ب» عليه. و«قط» ساقط من «ج، د».

(٥) «وقضيته بعد الصلح» ساقط من «ب».

وروى القُدوري رحمه الله^(١) عن أصحابنا أنه تقبل بينته أيضا ؛ لإمكان التوفيق فإن الرجل قد يدعي على رجل محتجب مالا^(٢) ويؤديه بالشغب، على بابه فيأمر بعض وكلائه بالقضاء دفعا للشغب، فعلى هذا قالوا: إن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لاتقبل بينته ودلت هذه المسائل^(٣) على أنه إذا أمكن التوفيق بين الكلامين يوفق من غير دعوى التوفيق^(٤).

[وذكر في بعض المواضع وشرط دعوى التوفيق]^(٥) لقبول البينة وسنذكر ذلك إن شاء الله.

رجل ادعى على رجل أنه باعه جارية فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى^(٦) [٦٦/أ ب] البينة على الشراء فوجد بها إصبعا زائدة، وأراد أن يردّها فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لاتقبل ؛ لمكان التناقض ؛ لأن البراءة عن العيب تغيير العقد من اقتضائه صفة السلامة إلى غيرها، وتغيير صفة العقد بدون العقد، لايتصور، فيبطل دعواه فلا تقبل بينته بخلاف ما تقدم ؛ لأن ثمة التوفيق ممكن من الوجه الذي ذكرنا.

وعن أبي يوسف أنه تقبل بينة البائع^(٧) كما في فصل الدّين^(٨). والله أعلم.

(١) انظر: شرح فتح القدير، ٣٣٥/٧ ؛ النافع الكبير ص ٣٨٧.

(٢) « مالا » ساقط من « أ ».

(٣) في « د » المسألة.

(٤) انظر: الهداية وشرح فتح القدير، ٣٣٥/٧ ؛

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٦) « المدعى » ساقط من « ب، ج ».

(٧) في « أ » بينته.

(٨) في « د » الرهن. انظر: الهداية ٣٣٦/٧.

باب القضاء في الأيمان

لا يمين في حد، إلا أن السارق يُستحلف، فإن نكل ضمن، ولا يُقطع؛ لأن فائدة الاستحلاف^(١) النكول والنكول بذل، أو إقرار فيه شبهة وذلك لا يصلح حجة في الحدود؛ لأنها بنيت على الدراة؛ ولأن من الحدود ما لو رجع فيه عن الإقرار صح رجوعه فلا يُقضى عليه بالنكول، إلا أن السارق يستحلف فإن نكل قضى عليه بالمال دون القطع؛ لأن المقصود من دعوى السرقة استخراج المال والنكول يصلح حجة في المال فيقضى بالمال كما لو ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين يقضى بالمال ولا يُقطع.

ولا يمين في نكاح، ولا رجعة، ولا فيءٍ في إيلاء، ولا رق^(٢) ولا ولاء، ولا ادعاء نسب، ولا لعان، والمسألة معروفة^(٣).

[عند أبي حنيفة الاستحلاف لا يجري في الأشياء الستة^(٤) ويكون القول قول المدعى عليه من غير يمين] ^(٥).

[وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله]^(٦) إلا اللعان^(٧) وصورة ذلك^(٨)

(١) في « د، هـ » الاستحقاق.

(٢) « ولارق » ساقط من « ج، د، هـ ». والمثبت هو الصحيح.

(٣) « والمسألة معروفة » ساقط من « أ ».

(٤) وهي المذكورة ما عدا اللعان.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) ما بين المعقوفين في « د » وعندهما يجري. وفي « ب، ج، هـ » وفي ذلك كله يمين. انظر: البحر

الرائق، ٢٠٧/٧؛ الفتاوى الهندية، ١٥/٤. ونسب النسفي « صاحب الكتر » والشيخ نظام في

الفتاوى الهندية إلى قاضي خان في شرح للجامع الصغير هذا، أن الفتوى على قولهما، ولكنني لم

أجده في النسخ الموجودة لدي. انظر: تبين الحقائق، ٢٩٧/٤؛ البحر الرائق، ٢٠٨/٧؛ الفتاوى

الهندية، ١٥/٤.

(٧) وفي « د » إلا في اللعان إذا ادعت المرأة على زوجها قذفا موجبا للعان وهذا إذا تجرد الدعوى عن المال.

(٨) « صورة ذلك » ساقط من « د ».

بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك أو ادعت المرأة ذلك ^(١) وأنكر الزوج ^(٢) أو ادعى الرجل بعد الطلاق ^(٣) وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدة وأنكرت المرأة ذلك ^(٤) أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج أو ادعى الزوج ^(٥) بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء، إليها في المدة وأنكرت المرأة ذلك ^(٦) أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الرجل ^(٧) أو ادعى على مجهول النسب ^(٨) أنه عبده أو ادعى المجهول ذلك ^(٩) أو اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة أو ولاء ^(١٠) الموالاة أو ادعى ^(١١) على رجل أن المدعى عليه ولده، ^(١٢) أو ادعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه هذا الولد، أو ادعت أنها ولدت منه ولدا وقد مات الولد، وأنها أم ولد له، عند أبي حنيفة، لا يستحلف المنكر وعندهما يستحلف، فإذا نكل يقضى بالنكول ^(١٣).

وفي اللعان لأيستحلف في قولهم، وصورته: إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفا موجبا للعان وأنكر الزوج، لا يستحلف. وهذا كله إذا لم يكن المقصود مسالا، فإن كان المقصود دعوى المال بأن ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها ولها عليه نصف المهر، وأنكر، يستحلف في قولهم جميعا ^(١٤) فإن نكل، قضى عليه بنصف المهر وكذا لو

(١) « ذلك » ساقط من « ب، ج » وفيهما: النكاح.

(٢) في « ب، ج » الرجل.

(٣) « الرجل...الطلاق » ساقطا من « د ».

(٤) « ذلك » ساقط من « ب، ج ».

(٥) « أو ادعى الزوج » ساقط من « أ ».

(٦) « المرأة ذلك » ساقط من « أ، د ».

(٧) في « أ، د، هـ » الزوج.

(٨) « النسب » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٩) « ذلك » ساقط من « ج ».

(١٠) « ولاء » ساقط من « أ ».

(١١) في « أ » مولاها أنها ولدت منه.

(١٢) « أ، ب، ج » أو والده.

(١٣) انظر: المبسوط، ١١٧/١٦ .

(١٤) « جميعا » ساقط من « ب، د، هـ ».

ادعى علي رجل أن المدعي^(١) أخ المدعى عليه، مات أبوهما وترك مالا، في يد المدعى عليه، وطلب من [٦٧/أ] القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة، فإنه يستحلف على النسب، بالإجماع، فإن حلف برئ وإن نكل يقضى بالمال ولا يقضى بالنسب^(٢).

وكل شيء ادعى علي رجل من عمد فيما^(٣) دون النفس فنكل يقتصر، وإن نكل في النفس يجبس حتى يُقرَّ أو يحلف، وقال أبو يوسف ومحمد في النفس وغيرها إذا نكل يقضى عليه بالأرض ولا يقتصر وهي تعرف في المختلف^(٤).

رجل ورث عبدا فادعاه آخر يستحلف على علمه، وإن وهب له عبد وقبضه أو اشترى عبدا وادعاه آخر فإنه يستحلف على البتات؛ لأن التحليف إنما يكون بقدر العلم، وأصله حديث القسامة^(٥). والمشتري والموهوب له مَلَك [١٦٢/د ب] المال^(٦) بسبب موضوع للملك وعند قيام سبب الملك يحصل له العلم بأنه ملكه فيحلف على البتات. أما الوارث لا علم له بما صنع المورث ولعل المال كان أمانة في يده فلو حلف على البتات يتضرر، فيحلف على العلم به^(٧).

رجل ادعى علي آخر^(٨) مالا فافتدى يمينه بعشرة دراهم أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبدا.

أما جواز الصلح والفداء عن اليمين مروى عن عثمان رضي الله عنه^(٩) وحذيفة بن

(١) « المدعي » ساقط من « ج » وفيه: أن المدعى عليه أخوه.

(٢) انظر: الهداية ٢٠٠/٨ .

(٣) « فيما » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٤) انظر: كتاب الدعوى، لوحة رقم: ٨٠ مخطوط.

(٥) وهو: « بالله ما قتلتموه ولا تعرفون له قاتلا » أخرجه البخاري، انظر: فتح الباري ٢٣٩/١٢ ؛

مسلم ١٤٧/١١ .

(٦) « المال » ساقط من « أ ».

(٧) « به » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٨) في « أ، ج » رجل. بدل، آخر.

(٩) هو عثمان بن عفان، أمير المؤمنين الخليفة الثالث. معروف. انظر: تقريب التهذيب ص ٣٨٥.

اليمان رضى الله عنه^(١) أو لأن المدعى عليه بذل المال^(٢) لدفع القيل والقال والمدعى أخذه عوضاً عن إسقاط حقه ، وهو اليمين فيجوز، وإن لم يكن الحق مالا كما لو صالح عن القصاص، وإذا بطل حقه في اليمين لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك وبه فارق الشراء، فإنه لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجوز وكان له أن يستحلفه ؛ لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليس بمال. والله أعلم.

(١) لم أجد الرواية عن حذيفة وإنما نقل عن عثمان . انظر: مصنف عبدالرزاق، ٧٥/١٠ ؛

البيهقي ١٧٧/١٠ ؛ الهداية وشرح فتح القدير، ٢٠٣/٨ .

(٢) في « ج » الثمن.

باب القضاء في الشهادة

رجل في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له ؛ لأن اليد دليل الملك لا يعرف الملك إلا به، فإن الإنسان وإن عاين البيع^(١) وغير ذلك لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع، وإنما يعلم ملك البائع باليد فلو لم يجز أداء الشهادة بحكم اليد ينسد باب الشهادة والشهادة حجة بالإجماع^(٢) ولا يشترط انضمام التصرف إليها ؛ لأن يد التصرف قد تكون بغير ملك أيضا فيجعل نفس اليد دليلا إلا في العبد والأمة^(٣)؛ لأن الحر قد يخدم الحر كأنه عبده ، وأمكن إزالة هذا الاحتمال بتحكيم الإقرار بالرق فلم يسقط اعتبار الاحتمال فيهما حتى لو عرف أنه رقيق وسعك أن تشهد بحكم اليد أنه ملكه ؛ لأن الرقيق لا يد له على نفسه، فلا يعتبر إقراره.

وإذا حلت الشهادة بحكم اليد^(٤) فإنما تقبل شهادته إذا أطلق الشهادة ولم يضيفها إلى اليد فإن أضاف الشهادة^(٥) إلى اليد^(٦) فقالوا نشهد أن هذا ملك فلان ؛ لأننا رأيناه في يده لا تقبل ؛ لأن اليد مع أنها محتملة جعلت حجة للشهادة لمكان الضرورة، [٦٧/أ ب] فإذا نسبت الشهادة إلى اليد والشهادة محتملة أيضا يزداد^(٧) الاحتمال فلا تقبل. ولو كان القاضي عاين يده في حال قضائه حل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد.

(١) في « د، هـ » المبيع.

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر، ص ٦٣.

(٣) في هامش « أ » « قوله إلا في العبد والأمة: معناه العبد والأمة اللذان يعبران عن أنفسهما فإن كانا لا يعبران عن أنفسهما تجوز الشهادة بالملك باعتبار اليد ؛ لأنه كالمناخ والآنية .. على نفسيهما، ذكر هذا الحكم في شهادات الهداية ». انظر: الهداية مع الفتوح، ٣٩٦/٧.

(٤) « اليد » ساقط من « أ ».

(٥) في « ب » أضافها.

(٦) « إلى اليد » ساقط من « أ ».

(٧) في « د، هـ » يرد.

رجلان شهدا أن أباهما أوصى إلى هذا الرجل ^(١) والوصي يدعي فهو جائز وهذه خمس

مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: إذا شهد الموصى لهما، أن الميت أوصى إلى هذا الرجل.

والثالثة: إذا شهد غريمان، لهما على الميت دين، أن الميت أوصى إلى هذا الرجل.

والرابعة: إذا شهد غريمان، عليهما للميت دين، أن الميت أوصى إلى هذا الرجل فإن

كان الموت ^(٢) معروفا والوصي يدعي الوصاية جازت شهادتهما استحسانا ولا تجوز قياسا ^(٣).

وجه القياس أن هذه الشهادة قامت للشاهد أو لأبيه فلا تقبل كما لو كان الوصي

يجحد الوصاية أو لم يكن الموت معروفا، ولهذا لو شهدا أن أباهما وكل هذا بقبض ديونه

بالكوفة لا تقبل سواء ^(٤) يدعي الوكيل ذلك أو يجحد.

وجه الاستحسان أن القاضي يملك نصب الوصي إذا كان الموت ظاهرا والوصي يدعي

ذلك ^(٥) فما أثبتنا للقاضي ولاية لم تكن، بل أسقطا مؤنة تعيين الوصي عن القاضي ^(٦) بخلاف

الوكالة؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبتت الوكالة ^(٧) إنما تثبت بهذه

الشهادة وقد تمكنت التهمة ^(٨) في هذه الشهادة، بخلاف ما إذا كان الوصي يجحد أو لم يكن

الموت ظاهرا ^(٩)؛ لأنه لا يملك نصب الوصي وتعيين هذا الشخص جبرا، فلا يثبت بهذه

الشهادة لمكان التهمة إلا في الغريمين ^(١٠) عليهما للميت دين؛ لأنهما أقررا على أنفسهما بثبوت

(١) في « د، هـ » فلان.

(٢) في « هـ » الميت.

(٣) « ولا تجوز قياسا » ساقط من « ب ».

(٤) في « أ، ج » زاد، كان.

(٥) « ذلك » ساقط من « أ، ج ».

(٦) « عن القاضي » ساقط من « أ ».

(٧) في « أ، ب، ج » الولاية.

(٨) في « أ » الشبهة.

(٩) في « ج » معروفا.

(١٠) في « أ » زاد، إذا كان.

ولاية القبض فانتفت التهمة عن شهادتهما.

المدعى عليه إذا (١) أقام بينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل ؛ لأن الشهادة جعلت حجة لمكان الضرورة لإحياء حق الشرع أو حق العبد والشهادة على الجرح المجرد لا توجب القضاء بحق من الحقوق حتى لو تضمن بأن قال هم زناة أو قال صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليّ بهذه الشهادة ودفعت إليهم المال قبلت ؛ لأن فيه إيجاب رد المال .

ولو قال لم أَدفع إليهم (٢) المال لا تقبل لما قلنا ولأن هذا يؤدي إلى التهاثر وسد باب الشهادة بأن يقيم الخصم بينة على أن المدعى عليه استأجر شهوده فلا تقبل .
وذكر الخصاص أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة (٣) ولذلك تأويلان :

أحدهما أن يقيم البينة على إقرار المدعى بذلك أو كانت شهود [١٦٣/د أ] الجرح (٤) يصلحون للتركية فيصير ذلك بمنزلة شاهد، زكاه نفر وجرحه نفر فكان الجرح أولى (٥).

شهادة العمال جائزة، من المشايخ من قال أراد بذلك عمال السلطان، وهم الذين يعينون (٦) السلطان في أخذ الحقوق الواجبة [٦٨/أ أ] كالخراج وزكاة السوائم ونحوه .
وأما الذي بعثه (٧) على أخذ الحرام لا تقبل شهادته .

ومن المشايخ من قال إذا كان العامل وجيها ذا مروءة لا يجازف في كلامه جازت شهادته ؛ لأن الظاهر من حاله أنه يأنف عن الشهادة الباطلة (٨) .

وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم ؛ لأن من الناس من

(١) « إذا » ساقط من « ج، د، هـ » .

(٢) في « د » ولو قال له .. إليه .

(٣) انظر: أدب القاضي، ٢٩٦ .

(٤) « الجرح » ساقط من « ب » .

(٥) انظر: المبسوط، ١٠/١٦٥ .

(٦) في « أ » وهو الذي تعين . وفي « ب » وهو الذي تعينه . وفي « د، هـ » وهو الذي بعثه .

(٧) في « ب » تعينه .

(٨) في « أ » زيادة: الكاذبة .

قال: ^(١) لا تقبل شهادة هؤلاء وإنما أورد هذه المسألة ردا على ذلك القائل ؛ لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: « أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده » ^(٢) فلا يوجب ذلك جرحا.

وشهادة العميان باطلة ؛ لأنه لا يميز ^(٣) بين المدعي والمدعى عليه.
رجل شهد ولم يبرح عن مكانه ^(٤) حتى قال أوهمت في بعض شهادتي فإن كان عدلا ظهرت عدالته عند القاضي، أو سأل عنه فقيل: إنه عدل جازت شهادته فيما بقي ^(٥)؛ لأن الشاهد قد ينسى بعض شهادته أو يجري على لسانه ما لم يكن عنده لمهابة مجلس القاضي فإذا تدارك في مجلسه ^(٦) وهو عدل، صدق، فعلى هذا قالوا لو نسي بعض الحدود أو بعض النسب ثم تدارك في مجلسه قبلت شهادته.

وإن برح عن مكانه ثم قال أوهمت لا تقبل لاحتمال أن المدعي لَقَّنه تلك الزيادة فكان متهما. وهذا إذا كان الموضوع موضع الشبهة فإن لم يكن [موضع الشبهة بأن لم يكن كلامه شهادة بدون الزيادة] ^(٧) فلا بأس بإعادة الكلام أصلا، كما

(١) « قال » ساقط من « د ». وذكر الصدر الشهيد. أن شهادة الرئيس وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل... والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعروفون في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضممان الجهات في بلادنا ؛ لأنهم كلهم أعوان على الظلم. انظر: شرح فتح القدير، ٤٢٣/٧ ؛ حاشية أحمد شليبي، على التبيين ٢٢٦/٤ — ٢٢٧ ؛ درر الأحكام شرح غرر الأحكام ٣٧٧/٢ .

(٢) لم أجده بهذا اللفظ وإنما أخرجه البخاري، بلفظ: (ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده وأن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده)، ١٢/٣ ؛ ورواه الطبراني، بلفظ: (أفضل الكسب عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور) قال الهيثمي: رجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد، ٦١/٤ ؛ وروى الترمذي، في كتاب الأحكام، بلفظ: (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم) وقال: حديث حسن صحيح. ٦٣٩/٣.

(٣) في « لا » سقط من « ب ».

(٤) « عن » ساقط من « أ، ب، د، هـ » و« مكانه » ساقط من « ب، د ».

(٥) « فيما بقي » ساقط من « د ».

(٦) « في مجلسه » ساقط من « د » وفيه: ذلك.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « د، هـ ».

لو ترك^(١) لفظ الشهادة ونحوها جازت شهادته، وإن برح عن مكانه إذا كان عدلا.
 رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم وشهد أحدهما أنه قد^(٢) قضاها، وقال
 المدعي لم يقض جازت شهادتهما على القرض فيقضي القاضي^(٣) عليه بألف درهم.
 وقال زفر: لا يقضى بهذه الشهادة وبه أخذ الطحاوي^(٤)؛ لأن في زعم أحد
 الشاهدين أنه لاشيء على المدعى عليه في الحال، ولأن المدعي كذب أحد شاهديه فبطلت
 شهادته^(٥).

ولنا أنهما اتفقا على الدين وتفرد أحدهما بالقضاء فيقضى بما اتفقا عليه ولا يقضى بما
 تفرد أحدهما؛ لأن شهادة الواحد شطر الحجة، وقوله بأن المدعي كذب أحد شاهديه، قلنا لم
 يكذب أحد^(٦) شاهديه فيما شهد له وإنما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدر في شهادته.
 شاهدان شهدا على رجل بمال فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي
 يقول لم يكن لي عليه إلا ألف درهم، فشهادة من شهد بألف وخمسمائة باطلة؛ لأن المدعي
 كذبه في بعض ما شهد له، وتكذيب الشاهد تفسيق، فيكون مبطلا للشهادة، بخلاف ما إذا
 كذب المقر في بعض ما أقر حيث يصح إقراره بالباقي؛ لأن في^(٨) تكذيب المقر وإن كان

(١) في «أ» تذكر.

(٢) «قد» ساقط من «د، هـ».

(٣) «القاضي» ساقط من «أ».

(٤) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي المصري الطحاوي إمام جليل القدر مشهور في
 الآفاق، ولد سنة ٢٢٩ هـ وقيل سنة ٢٣٠ هـ، كان يقرأ على نخاله المزني الشافعي ويكثر
 النظر في كتب أبي حنيفة وكان إماما في الأحاديث، من تصانيفه أحكام القرآن معاني الآثار،
 مشكل الآثار والمختصر وشرح الجامع الصغير والكبير وغيره. مات سنة ٣٢١ هـ انظر: الفوائد
 البهية، ص ٣١؛ تاج التراجم ص ٨؛ أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص ١٦٢ — ١٦٣؛ سير
 أعلام النبلاء، ٢٧/١٥ — ٣٣.

(٥) انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٥٥؛ النافع الكبير ص ٣٩٢.

(٦) انظر: الهداية ٧/٤٤٢.

(٧) «أحد» ساقط من «د» وفيه: شاهده.

(٨) «في» ساقط من «أ، ج».

تفسيقا إلا أن الفسق لا يمنع صحة الإقرار.

ولو قال المدعي بعد هذه الشهادة كان لي عليه ألف وخمسمائة [٦٨/أب] إلا أني أبرأته عن الخمسمائة، أو استوفيتها جازت شهادتهما على الألف لانعدام التفسيق، ولو سكت المدعي بعد هذه الشهادة ولم يقل شيئا، لا تقبل؛ لأن تكذيبه ثابت^(١) ظاهرا فلا يقبل من غير توفيق.

وإن ادعى ألفا وخمسمائة [فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسمائة]^(٢) جازت شهادتهما على الألف؛ لأنهما اتفقا على الألف وتفرد أحدهما بالزيادة فثبت ما اتفقا عليه؛ لأنه لا تكذيب فيه.

فرق بين هذا وبين ما إذا^(٣) ادعى خمسة عشر فشهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر حيث لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الموافقة من حيث اللفظ شرط بين الشهادتين^(٤) ولم توجد؛ لأن خمسة عشر تُذكر من غير حرف العطف فكانت كلمة واحدة وهي غير العشرة فلم توجد الموافقة.

أما الألف وخمسمائة تُذكر بحرف العطف فكانتا كلمتين فقد وجدت الموافقة في كلمة واحدة^(٥).

وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله على كل حال؛ لأن الألف غير الألفين فلم توجد الموافقة.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد إن كان المدعي يدعي أقل المالين فكذلك؛ لأن المدعي كذب أحد شاهديه في الزيادة. وإن كان المدعي يدعي أكثر المالين جازت شهادتهما على الألف؛ لأن في الألفين ألف وزيادة، وقد اتفقا على الألف فيثبت ما اتفقا عليه^(٦).

ولأبي حنيفة أنهما اختلفا في المشهود به؛ لأن الألف غير الألفين فلم تتم الشهادة على شيء.

(١) « ثابت » ساقط من « أ ».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٣) « إذا » ساقط من « أ ».

(٤) في « أ » الشاهدين.

(٥) انظر: الهداية، ٤٤٠/٧.

(٦) انظر: الهداية ٤٣٦/٧؛

وقولهما: في الألفين ألف وزيادة، قلنا نعم، إذا ثبت الألفان يثبت الألف في ضمنه، وإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه كما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية [د/ب] ١٦٣ وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية هذا إذا لم يدع عقدا فإن كان ذلك في دعوى (١) العقد فهي ثمان مسائل:

البيع، والإجارة، والكتابة (٢) والرهن، والعتق على مال، والخلع، والصلح، عن دم العمد، والنكاح (٣).

أما في البيع إذا شهد أحدهما أنه اشترى عبد فلان بألف درهم (٤) وشهد الآخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة لم تقبل هذه الشهادة (٥) سواء كان المدعي يدعي الشراء (٦) بألف أو بألف وخمسمائة، وسواء وجد الدعوى من البائع أو من المشتري؛ لأن دعوى الشراء قبل التسليم دعوى العقد والعقد بألف غير العقد بألفين فإذا لم يتفقا على الثمن لم يثبت أحد العقدين.

والإجارة قبل استيفاء المنفعة ومضي المدة بمتلة البيع قبل التسليم، وإن كان ذلك بعد مضي المدة واستيفاء المنفعة فهو دعوى الدين والكلام فيه (٧) قد مضى.

والكتابة بمتلة البيع إن كانت الدعوى من العبد؛ لأنه يدعي العقد [أ/أ] ٦٩ وإن كانت الدعوى من المولى، لا تقبل؛ لأن العقد غير لازم في حق العبد بل هو (٨) متمكن من الفسخ بالتعجيز.

وفي الرهن إن كانت الدعوى من الراهن لم تقبل شهادتهما؛ لأنه غير لازم في حق

(١) « دعوى » ساقط من « ب ».

(٢) في « أ » زاد، الكفالة.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية، ٥٠٥/٣.

(٤) « درهم » ساقط من « أ، هـ ».

(٥) « هذه الشهادة » ساقط من « ب ».

(٦) « الشراء » ساقط من « هـ ».

(٧) « فيه » ساقط من « هـ ».

(٨) « هو » ساقط من « ج، د، هـ ».

المرتهن فلا تقبل^(١). وإن كانت الدعوى^(٢) من المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين؛ لأن الرهن لا يكون إلا بعد تقدم الدين، وعقد الرهن غير لازم في حق المرتهن فتقبل البيعة في حق ثبوت الدين ويثبت الرهن بألف ضمنا وتبعاً للدين.

وفي العتق على مال والخلع، إن كانت الدعوى من العبد والمرأة، فهو دعوى العقد، وإن كانت الدعوى^(٣) من المولى والزوج فهو دعوى الدين؛ لأن العتق والطلاق وقع بإقرار المولى والزوج فبقي مدعياً عليه المال^(٤) فكان بمنزلة دعوى الدين. والصلح عن دم العمدة بمنزلة الخلع.

وفي النكاح من المشايخ من ذكر^(٥) في هذا الكتاب إذا شهد أحد الشاهدين بالنكاح بألف والآخر بألف وخمسمائة على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى بالألف وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا يقضى وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير^(٦).

لهما أنهما اختلفا في بدل العقد فلا يقبل كما في البيع. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقصود من النكاح ملك البضع، والمال فيه تبع، ولهذا يصح من غير ذكر المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال، وقد اتفق الشاهدان على ملك البضع فيقضى بما اتفقا عليه. ومن المشايخ من قال إن^(٧) على قولهما لا تقبل هذه الشهادة، وعلى قول أبي حنيفة الجواب فيه^(٨) على التفصيل إن كان المدعي هو الزوج لم تقبل وإن كانت الدعوى من قبل المرأة تقبل^(٩).

(١) في «د» فلا يفيد.

(٢) في «د» الشهادة.

(٣) «الدعوى» ساقط من «أ».

(٤) في «ب» المولى.

(٥) في «د، هـ» زاد «في الجامع الصغير».

(٦) انظر: لوحة رقم ٢١٢ كتاب القضاء مخطوط؛ الهداية ٤٥٠/٧.

(٧) «إن» ساقط من «أ، ب، ج».

(٨) «فيه» ساقط من «أ».

(٩) في «ج» إذا كانت تدعي ألفاً وخمسمائة في رواية هذا الكتاب.

وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط (١).

شاهدان أقرأ أهما شهدا بزور وباطلٍ قال لا أضربهما، وقال أبو يوسف ومحمد:
يعزرهما؛ لأهما ارتكبا (٢) كبيرة يتعدى ضررها إلى الناس وليس فيها حد مقرر (٣) فيعزرا
ليكون مانعا من العود إليها، ولأبي حنيفة ما روي عن شريح رضي الله عنه (٤) أنه كان يُشَهَّرُ
ولا يضرب (٥).

وصورة الشهرة أن يبعث القاضي به إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى محلته إن لم يكن
سوقيا، ويقول: (٦) القاضي يقرئكم السلام، ويقول: إن هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا
الناس منه.

والمروي عنه، كالمنقول عن عمر رضي الله عنه (٧) وعلي رضي الله عنه (٨) لأنه كان
قاضيا في زمنهما؛ ولأن المقصود دفع هذا النوع من الفساد وذلك يحصل بالتشهير؛ لأنه إذا

(١) انظر: المبسوط، ١٦٠/١٦؛ تبين الحقائق، ٢٣٥/٤ - ٢٣٦.

(٢) في «أ، ب، ج، د» لأنه ارتكب.

(٣) في «ب» معلوم.

(٤) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية قاضي الكوفة ويقال شريح بن شراحيل أو ابن
شرحيل، يقال هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن وانتقل منها زمن الصديق، ولآه عمر قضاء
الكوفة، وقد قضى البصرة ويقال له قاضي المصريين، وعزله ابن الزبير، فلما ولي الحججاج رده،
عاش ١٢٠ وقيل ١٠٨ سنة وتوفي سنة ٧٨ هـ انظر: سير أعلام النبلاء ١٠٠/٤؛ طبقات ابن
سعد ٩٠/٦؛ أخبار القضاة، ١٨٩/٢؛ البداية والنهاية، ٥٦٢/٢، ٧٧/٣؛ الحلية، ١٣٢/٤؛
(٥) أخرج الأثر، محمد بن الحسن في الآثار ص ١٤١؛ عبد الرزاق في مصنفه ٣٢٦/٨؛ ابن أبي
شيبه ٥٥٠/٤ "مكتبة الرشد". وانظر: الدراية، ١٧٣/٢؛ نصب الراية ٨٨/٤؛ وانظر:
المسألة في المبسوط، ١٤٥/١٦؛ الهداية ٤٧٥/٧ - ٤٧٧؛ اللباب في شرح الكتاب ٧١/٤؛
النافع الكبير ص ٣٩٢.

(٦) «ويقول» ساقط من «ب».

(٧) هو الخليفة الثاني، أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه. انظر: تقريب التهذيب ص ٤١٢

(٨) وعلي رضي الله عنه ساقط من «أ». هو الخليفة الرابع أمير المؤمنين علي بن أبي طالب. انظر: تقريب التهذيب

صار معروفا عند الناس بذلك لا يعتمد على شهادته ولا يستشهد ولا يُسَخَّم^(١) وجهه؛ لأنه يخل^(٢) بالتشهير، ولا يعزره؛ لأنه لما أقر بالشهادة الباطلة طائعا [٦٩/أ ب] فقد تاب عما فعل فالظاهر أنه لا يعود فلا يعزر^(٣) لجزره وفيه منع الغير عن الرجوع عن الشهادة الباطلة. شاهدان شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قبلت شهادتهما ويقطع. وقال أبو يوسف ومحمد لا تقبل شهادتهما^(٤).

قال الكرخي هذا في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة أو الحمرة والصفرة، وأما في اللونين اللذين^(٥) لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة في قولهم، وغيره من المشايخ جعل الكل على الاختلاف^(٦).

لهما أهما شهدا بسرقتين مختلفتين؛ لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة، أو اختلفا في قيمة البقرة أو شهدا على غضب البقرة واختلفا في لونها.

ولأي حنيفة رحمها الله أهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله والتوفيق ممكن فلا يمنع القبول كما لو اختلفا في ثياب السارق عند السرقة، وإنما قلنا ذلك؛ لأهما لو سكتا عن اللون [١٦٤/د أ] جازت شهادتهما بخلاف^(٧) القيمة؛ لأن ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها كانت نصابا أم لا؟ والتوفيق ممكن؛ لأن البقرة قد يجتمع فيها لوان فيكون أحد طرفيها أسود والآخر أبيض فوقع نظر^(٨) كل واحد منهما على جانب آخر^(٩) وقد مست الحاجة إلى التوفيق؛ لأن تحمل الشهادة على السرقة يكون في ظلمة الليالي من بُعد، بخلاف الذكورة والأنوثة؛ لأهما

(١) السخّم: السواد. القاموس المحيط، ص ١٤٤٦.

(٢) في «أ» لا يخل.

(٣) «فلا يعزر» ساقط من «د».

(٤) انظر: الهداية ٤٤٤/٧.

(٥) «الذين» ساقط من «أ، ب».

(٦) انظر: شرح الجامع الصغير، للسرخسي، كتاب القضاء لوحة رقم: ٢٠٦.

(٧) في «أ، ج» بيان.

(٨) في «أ، ب، ج» بصر.

(٩) في «ج» على أحد الجانبين.

لاجتمعان في ذات واحد، وبخلاف الغضب ؛ لأن الغضب يكون بالنهار والشاهد يكون قريبا من الغاصب فلا يشتهبه عليه.

شهادة الرجال مع النساء والشهادة على الشهادة^(١) جائزة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص^(٢).

وقال الشافعي رحمه الله: لاتقبل شهادة الرجال مع النساء إلا في المال وما كان تبعا للمال حتى لاتقبل في النكاح^(٣).

وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص عند الشافعي^(٤).

أما الكلام في الفصل الأول فمعروف في المختلف^(٥). أما الكلام في الفصل الثاني أن الشهادة على الشهادة شهادة الرجال، فتقبل في الحدود والقصاص كشهادة الأصول.

ولنا أن^(٦) في الشهادة على الشهادة زيادة تهمه وهي تهمه عدم الإشهاد من الأصول مع احتمال الكذب في شهادة الأصول فلا تقبل في الحدود والقصاص كشهادة النساء.

ولا تجوز الشهادة على الشهادة إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضا لايسـتطيع أن يحضر مجلس القضاء أو يكون غائبا^(٧) مسيرة ثلاثة أيام وليالها، أو يكون ميتا لما ذكرنا، أن في الشهادة على الشهادة زيادة تهمه فلا يتحمل ما لم يعجز الأصول عن الأداء وذلك فيما قلنا.

(١) صورة الشهادة على الشهادة: أن يقول شاهد الفرع أشهد أن فلانا، شهد عندي أن لفلان على فلان كذا درهما، وأشهدني على شهادته فأنا أشهد على شهادته بذلك. انظر: ص ٤٤٢ من هذا البحث.

(٢) انظر: المبسوط، ١١٣/١٦ — ١١٥ .

(٣) وبه قالت المالكية والحنابلة. انظر: بداية المجتهد، ٤٦٥/٢ ؛ حاشية الدسوقي، ١٨٧/٤ — ١٨٨ ؛ أحكام القرآن للشافعي، ١٣٤/٢ ؛ الأم، ٢٦٠/٦ ، ٨٩/٧ ؛ كشاف القناع، ٤٣٤/٦ ؛ وسائل الإثبات، ص ١٦٨ — ١٦٩ .

(٤) وبه قالت المالكية أيضا. أما عندالحنابلة فلا تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص. انظر: المدونة، ٤٣/٦ ، ١٥٩/١٣ ؛ الكافي ٤٦٦/١ ؛ المهذب، ٣٣٧/٢ ؛ كشاف القناع، ٣٦١/٦ ، ٤٣٨ ؛ المغني، ١٨٧/١٠ .

(٥) انظر: لوحة رقم: ٣٠٠ .

(٦) « أن » ساقط من « أ ».

(٧) « غائبا » ساقط من « أ، ب، ج » وفيها: زاد، على.

وعن أبي يوسف رحمه الله إذا كان الأصل في مكان أو حضر لأداء الشهادة لا يبيت في منزله، [٧٠/أ أ] جازت الشهادة على الشهادة صيانة لحقوق الناس^(١) وتحريزا عن إلحاق الضرر^(٢).

وعن محمد رحمه الله أنه تجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا في المصر؛ لأن الشهادة على الشهادة توكيل فيجوز على كل حال^(٣).

وجه ظاهر الرواية ما قلنا ولأن الأصل إذا كان صحيحا في المصر يلزمه الحضور لأداء الشهادة فإذا امتنع يصير فاسقا فلا يجوز تحمل الشهادة منه.

رجل قال أشهدي فلان على نفسه بكذا لا ينبغي لمن سمع ذلك منه أن يشهد على شهادته إلا أن يقول اشهد على شهادتي بذلك؛ لأن شاهد الفرع لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره، عند محمد رحمه الله بطريق التوكيل حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول عند محمد، ولو رجع الأصول والفروع جميعا يخير المشهود عليه إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع فلا يصير وكيفا إلا بأمره.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن لم تكن الشهادة^(٤) توكيلا حتى لو أشهد إنسانا على شهادته ثم منعه عن الأداء لا يصح منعه، وكان لشاهد الفرع أن يشهد على شهادته ولو رجع الأصول لا يجب الضمان عليهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أن شهادة الأصول إنما تصير حجة بالنقل إلى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الأصول، فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره فلا يشهد على شهادته إلا بإشهاده.

وصورة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل أشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهد على شهادتي بذلك.

وصورة أداء الفرع أن يقول شاهد الفرع أشهد أن فلانا شهد عندي، أن لفلان على فلان كذا^(٥) درهما وأشهدني على شهادته، فأنا أشهد على شهادته بذلك لهذا المدعي على

(١) « الناس » ساقط من « أ ».

(٢) انظر: الهداية، ٤٦٨/٧ .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين، ٤٩٩/٥ .؛ الفتاوى الخانية، ٤٨٦/٢ .

(٤) في « ب، ج، د » الإشهاد.

(٥) « كذا » ساقط من « ج ».

هذا المدعى عليه.

ولو قال شاهد الفرع أمرني فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا^(١) درهما فأنا أشهد على شهادته بذلك لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، ينبغي أن يصح^(٢). وإن قال رجل لرجل إشهد على شهادتي فسمعها رجل آخر لا يجوز له أن يشهد على شهادته بذلك؛ لأن تحمل الشهادة لا يصح إلا بأمره؛ لما قلنا، وشاهد الأصل لم يأمر السامع بالشهادة كصاحب الملك إذا وكل إنسانا بالتصرف فسمع غيره لا يصير السامع وكيلا. فرق بين هذا وبين ما إذا سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه؛ لأن قضاء القاضي حجة ملزمة، ومن عاين الحجة حل له أن يشهد من غير إشهاد كما لو عاين الإقرار أو البيع أو غير ذلك، فأما الشهادة في غير مجلس القضاء غير ملزمة، فكانت الإنابة بالنقل ولم توجد الإنابة [١٦٤/د ب] في حق السامع. ولا يسأل القاضي عن الشهود حتى يطعن المشهود [٧٠/أ ب] عليه^(٣) وإذا طعن^(٤) فيهم^(٥) سأل عنهما في السر وزكاهما في العلانية، إلا شهود الحدود والقصاص فإنه يسأل عنهم في السر ويزكيهم في العلانية طعن الخصم أو لم يطعن. وقال أبو يوسف ومحمد يسأل في^(٦) ذلك كله، طعن الخصم، أو لم يطعن، والحاصل أن القضاء بظاهر العدالة واجب في قول أبي حنيفة، وعندهما ليس بواجب^(٧). لهما أن احتمال الكذب والفسق ثابت وهذا احتمال يمكن تقليله بالتزكية فيجب. ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا ﴾^(٨) أي عدلا.

(١) « كذا » ساقط من « أ » وفيه: دراهم.

(٢) في « أ » أن لا يصح. انظر: تبين الحقائق مع الحاشية ٢٣٩/٤ - ٢٤٠؛ البحر الرائق، ١٢١/٧.

(٣) في « ج » الخصم.

(٤) في « د، هـ » زاد، المشهود عليه.

(٥) في « أ » فيه.

(٦) في « د، هـ » عن.

(٧) انظر: المبسوط، ٨٨/١٦؛ الهداية ٣٧٨/٧.

(٨) سورة البقرة، آية: ١٤٣. انظر: تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ١٥٧/١. وتكملة

الآية: ﴿ لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا ﴾.

وقال عليه السلام : «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف أو مجلودا في جريمة»^(١) ولأن الظاهر هو العدالة والظاهر حجة لتعذر الوقوف على الحقيقة فيجب القضاء إلا إذا طعن الخصم ؛ لأن ثمة عارضه ظاهر آخر وهو طعن الخصم فإن الظاهر، أن لا يطعن كذبا فيجب الترجيح بالسؤال والتزكية، بخلاف الحدود والقصاص فإن ثمة يسأل قبل الطعن احتيالا للدرء.

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ، فأبو حنيفة كان في قرن عدلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «خير الناس قرني»^(٢) ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب»^(٣) وأبو حنيفة كان في القرن الثالث^(٤)، وهما كانا في القرن الرابع فأفتى كل واحد^(٥) بما عاين في زمانه والفتوى على قولهما^(٦).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية ١٧٢/٦ ، ٦٩٨ . وقال الزيلعي: ومثله عن عمر. إلا أنه ضعف الرواية عن عمر لأجل عبدالله بن أبي حميد. انظر: نصب الراية، ٨١/٤ - ٨٢ ؛ وسكت عليه ابن حجر في الدراية ١٧١/٢ . وقال ابن حزم: إنه خير فاسد.. وهذه صحيفة وحجاج هالك. انظر: المحلى بالآثار، ٥٣٢/٨ .

(٢) في «ب، ج، د، هـ» زاد، الذين أنا فيهم.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، ٢٠٣/٣ وفي كتاب الرقاق ، ٢٢٢/٧ وكتاب الأيمان والنذور، ٢٩٥/٧ ؛ ومسلم في كتاب فضائل الصحابة، ٨٤/١٦ - ٨٩ ؛ والطبراني في الأوسط، ٣٥١/٥ .

(٤) هكذا ذكره السرخسي، وابن الهمام وأحمد شلبي واللكنوي. وقال ابن الهمام وأحمد شلبي: إن فيه نظرا ؛ لأن أبا حنيفة توفي سنة خمسين ومائة. انظر: المبسوط، ١٦٦/١٩ ؛ شرح فتح القدير ٣٧٩/٧ ؛ حاشية أحمد شلبي على التبيين ٢١١/٤ ؛ النافع الكبير ص ٣٩٤ . قلت: ربما أراد بالقرن غير القرن المعروف حاليا وهو مائة سنة ؛ لأن القرن يطلق على ٤٠ سنة أو ١٠ سنوات أو ٢٠ سنة أو ٣٠ سنة أو ٥٠ سنة أو ٦٠ سنة أو ٧٠ سنة أو ٨٠ سنة أو ١٠٠ سنة أو ١٢٠ سنة. انظر: القاموس المحيط ١٥٧٨ . وإلا فأبو حنيفة توفي في سنة ١٥٠ هـ أي في القرن الثاني. وصحح النووي: أن قرنه صلى الله عليه وسلم الصحابة والثاني التابعون والثالث تابعوهم. انظر: شرح النووي ٨٥/١٦ . والله أعلم.

(٥) في «هـ» زاد، منهم.

(٦) انظر: المبسوط، ٨٨/١٦ ؛ الهداية، ٣٧٩/٧ ؛ حاشية ابن عابدين ٤٦٦/٥ .

وإذا وجب السؤال عن الشهود يسأل عنهم في السر سترًا على المسلم ثم يزكي في العلانية وهو أن يجمع بين المزكي والشاهد الذي زكاه فيقول المزكي هذا الذي زكيتته كي لا يتسمى أحد باسم غيره^(١) وفي زماننا يزكوا تزكية السر^(٢) احترازًا عن وقوع العداوة بين المزكي والشاهد، وكى لا يُخدع المزكي بمال. فإن سأل عنهم فقبل هم عدول أجاز^(٣) شهادتهم.

وقيل هذا القدر لا يكفي حتى يقول هو عدل جائر الشهادة؛ فإن العبد قد يكون عدلاً غير جائر الشهادة^(٤). والصحيح هو الأول، هكذا قاله شمس الأئمة السرخسي^(٥)؛ لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية والإسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية وإسلامه وإنما يسأل عن عدالته.

ثم فرع أبو حنيفة فقال على قول من يرى المسألة عن الشهود، إذا قال المشهود عليه هو عدل، لا يكتفى بذلك ويسأل عنه؛ لأن المدعى عليه جحد ما شهد به الشهود^(٦) فإذا جمعنا بين الكلامين يصير كأنه قال هو عدل إلا أنه أوهم في هذه الشهادة كي لا يبطل صريح كلامه وجحوده؛ ولأن في زعم الشهود والمدعى أن المدعى عليه كاذب في الجحود، فاسق، فلا يصح تعديله، وبهذا [٧١/أ أ] اللفظ يستدل من يقول في الفصل الأول أن المزكي إذا قال هو عدل لا يكتفى القاضي^(٧) بذلك كما لا يكتفى من الخصم^(٨).

ومنهم من فرق بينهما، فقال: إن^(٩) المزكي، ما نصب للثناء على الناس وإنما نصب

(١) في «د» آخر.

(٢) في «ب» العدالة وفي «ج، د» العلانية.

(٣) في «ج، د» جازت.

(٤) في «أ، ب، ج» ولا تجوز شهادته.

(٥) المبسوط، ٨٨/١٦ — ٨٩.

(٦) «الشهود» ساقط من «ب» وفي «أ، ج» ما شهد به عليه الشهود.

(٧) «القاضي» ساقط من «د، هـ».

(٨) انظر: تبين الحقائق، ٢١٢/٤.

(٩) «إن» ساقط من «أ، ب، ج، هـ».

لِيُظْهِرَ مِنْ تَجَوُّزِ شَهَادَتِهِ وَمَنْ لَا تَجَوُّزَ شَهَادَتِهِ، فَإِذَا قَالَ هُوَ عَدْلٌ صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ هُوَ ^(١) جَائِزُ الشَّهَادَةِ.

وأما المدعى عليه، غير منصوب لذلك، والجحود السابق تصريح منه ببطان هذه الشهادة حتى لو كان ساكتا غير جاحد، فقال هو عدل فهو تعديل، إلا أن عند أبي يوسف رحمه الله يكتفى به للقضاء.

وعند أبي حنيفة يقضى بظاهر العدالة، عند عدم الطعن من الخصم فلا حاجة إلى هذا. وعند محمد يُضْمُّ إليه آخر حتى يتم التعديل، بناء على أن العدد في المزكي شرط في قول محمد وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف ليس بشرط على ما يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى ^(٢).

هذا إذا كان المدعى عليه عدلا يصلح مزكيا فإن كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه، وقال هم عدول لا يصح ^(٣) هذا التعديل؛ لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل ولم يوجد.

وعند محمد أن القاضي يسأل المدعى عليه، أَشْهَدُوا عَلَيْكَ بِحَقِّ أَوْ بغيرِ حَقِّ؟ فَإِنْ قَالَ بِحَقِّ فَهُوَ إِقْرَارٌ، وَإِنْ قَالَ بغيرِ حَقِّ لَا يَقْضِي بِشَيْءٍ، فَإِنْ قَالَ المدعى عليه في هذه الفصول كلها هم عدول صدقوا فهو إقرار بما ادعاه المدعي.

ولو شهد شاهدان عند القاضي بشيء والقاضي يعرف عدالة أحدهما، ولا يعرف عدالة الآخر، فعده هذا العدل، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يصح تعديله كما لو عدله رجل آخر [١٦٥/د أ] وقال بعضهم: لا يصح تعديله؛ لأنه يريد ^(٤) تنفيذ ^(٥) شهادة نفسه بهذا التعديل ^(٦) فكان متهما فلا يصح تعديله ^(٧).

(١) في «هـ» زاد، عدل.

(٢) انظر: المبسوط، ٨٩/١٦؛ بدائع الصنائع، ١١/٧؛ الهداية ٣٨١/٧.

(٣) في «ب» لا يصلح.

(٤) في «أ» يرد. وفي «أ، ج، هـ» زاد، به.

(٥) «به» ساقط من «ب، د» وفي «أ» تعديل، بدل، تنفيذ.

(٦) «بهذا التعديل» ساقط من «أ».

(٧) انظر: مجمع الأنهر ٢١٣/٢؛ درر الأحكام شرح غرر الأحكام، ٣٨٩/٢.

رجلان شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم فيقولان قد
أخبرانا^(١) أنهما يعرفانها قد رأيناها^(٢) حين أقرت ولكننا لا ندري أن هذه التي حضرت هي^(٣)
تلك المرأة أم لا ؟

يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه فلانة بنت فلان الفلانية بعينها،
لأقضي^(٤) عليها ؛ لأن شهادة الفروع ثبتت بشهادة الأصول بإثبات الحق على فلانة بنت فلان
الفلانية^(٥) لكن لم يثبت عند القاضي أن هذه التي حضرت فلانة بنت فلان الفلانية، فلا يمكنه
القضاء عليها، [كما لو قال لفلان بن فلان علي ألف درهم فجاء رجل بهذا الاسم وادعى
المال فقال المقر عنيُّتُ به رجلا آخر يصدق في القضاء^(٦) ولا يقضى عليه، ذكره الإمام
المعروف بخواهر زاده^(٧) في كتاب الطلاق في باب الشهادة فهنا كذلك]^(٨). فإذا أقام
المدعي شاهدين أن هذه التي حضرت فلانة بنت فلان الفلانية ثبت عنده ذلك فيقضى عليها.
كما لو أقام البينة على محدود وذكر الحدود، وأنكر الخصم أن يكون حدود ما في يده ذلك،
يحتاج المدعي إلى أن يأتي بشاهدين آخرين أن حدود ما في يده ذلك، وكذلك كتاب القلضي
إلى القاضي^(٩)؛ لأن كتاب القاضي شهادة على الشهادة [٧١/أب] إلا أن القاضي يحكم
الولاية ينفرد بنقل شهادة الشهود بكتابه.

(١) في « أ » أخبارنا.

(٢) في « » رايانها وفي « ب » رايها.

(٣) « هي » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٤) في « أ » لا يقضى.

(٥) « الفلانية » ساقط من « أ، ب، د ».

(٦) « في القضاء » ساقط من « هـ ».

(٧) هو محمد بن الحسين بن محمد بن الحسين البخاري المعروف ببيكر خواهر زاده شيخ الحنفية بما وراء
النهر، كان إماما فاضلا وله تصانيف منها : المختصر والتجنيس. توفي عام ٤٣٣ هـ وقيل غير
ذلك. انظر: سير أعلام النبلاء، ١٩/١٤ ؛ الفوائد البهية، ص ١٦٣ ؛ تاج التراجم ص ٦٢ .

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٩) « إلى القاضي » ساقط من « أ، ج ».

ثم قال أبو حنيفة: وإن قالوا في هذين البابين (١) فلانة بنت فلان التميمية لم تجز شهادتهما حتى ينسبها إلى فخذها ؛ لأن بني تميم (٢) لا يحصون فيكثر فيهم وجود مثلها بهذا الاسم والنسب، فلا يحصل به التعريف، وقوله تميمية وآدمية سواء وإنما يحصل التعريف بالنسبة إلى الفخذ (٣) ؛ لأنه لا يكثر وجود مثلها بذلك الاسم والنسب (٤) في الفخذ. وفي ديارنا النسبة إلى سمرقند وبخارى نسبة عامة (٥).

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي (٦) وكذا لو قالوا فرغانية، لا يجوز حتى يقولوا أوزجندية.

ذكر حق كُتِبَ في أسفله إن شاء الله تعالى فهو باطل. وكذا لو كتب على صك (٧) الشراء وذكر في آخره فما أدرك فلانا فيه من درك، فعلى فلان خلاصه، إن شاء الله تعالى. أو كتب ذكر إقرار على نفسه وذكر في آخره فمن قام بذكر هذا الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى، أراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى.

قال أبو حنيفة رحمه الله الصك باطل والاستثناء منصرف إلى الكل. وقال أبو يوسف ومحمد الشراء صحيح والمال لازم والاستثناء منصرف إلى ضمان الدرك وإلى من قام بذكر

(١) في « هـ » الكنايين.

(٢) قبيلة عظيمة تنسب إلى تميم بن مر بن أد بن طابخة بن الياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان. منازلهم بأرض نجد دائرة من هنالك على البصرة واليمامة حتى يتصلوا بالبحرين، ولهم بطون كثيرة وتاريخ حربي في الجاهلية والإسلام منها: حروبهم مع خالد بن الوليد في البطاح وقتالهم الحسين وشيعته، وقتل منهم يوم الجمل ٥٠٠ نفس. انظر: معجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر كحالة ١٢٦-١٣٢ ؛ تاريخ الطبري ٤/١١٨ ؛ معجم ما استعجم ٢/٥٤٢ ؛ نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب للقلقشندي ١٧٧.

(٣) في « د، هـ » فخذها.

(٤) « بذلك الاسم والنسب » ساقط من « أ، ج »

(٥) انظر: الهداية، ٧/٤٧٣.

(٦) انظر: شرح الجامع الصغير، له: لوجه رقم: ٢٠٢ ؛ في كتاب القضاء، مخطوط.

(٧) « على » ساقط من « أ، ب، ج » و « صك » ساقط من « ب ».

الحق (١).

لهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، خصوصا إذا قامت الدلالة عليه (٢) وقد قامت الدلالة (٣) هنا ؛ لأن الصك إنما يكتب لأجل التوثيق وصرف الاستثناء إلى الكل يبطل التوثيق. ولأبي حنيفة أن الكلمات معطوفة (٤) بعضها على بعض، فانصرف الاستثناء إلى الكل، كما لو قال امرأته طالق، وعنده حر، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى، إن شاء الله تعالى، فإنه لا يلزمه شيء.

وما قالا من العادة، قلنا: العادة في الكتب أن يترك فرجة بين فصل وفصل أو يكتب بخط على حدة فإن فعلوا كذلك لا ينصرف الاستثناء إلى الكل وإنما ينصرف إلى ما يليه ؛ لأن الفرجة في الصكوك بمنزلة السكوت حالة النطق.

(١) انظر: الهداية، ٣٣٧/٧ .

(٢) « عليه » ساقط من « أ » .

(٣) « الدلالة » ساقط من « هـ » .

(٤) في « أ » الكلام معطوف.

باب القضاء في المواريث والوصايا^(١) وغيرها^(٢)

نصراني مات فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة ولا ميراث لها.

وقال زفر القول قولها ؛ لأن إسلام المرأة حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات فلا يقبل قول الورثة إلا بحجة^(٣).

ولنا أنها تدعي الميراث وسبب الحرمان ظاهر وهو اختلاف الدين، واختلفوا في الماضي فيجعل الحال حكماً في الماضي، كرب الطاحون مع المستاجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه يجعل الحال حكماً، وكذلك لو^(٤) مات مسلم فجاءت امرأته مرتدة وقالت كنت مسلمة وقت الموت وادعت الميراث لا يقبل قولها.

فرق بين هذا وبين مسلم له امرأة نصرانية فمات المسلم فجاءت امرأته مسلمة وقالت [١٦٥/د ب] أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته^(٥) لا يقبل قولها ولا يجعل الحال حكماً.

والفرق وهو^(٦) أن تحكيم^(٧) الحال حجة من حيث الظاهر فيصلح للدفع والتأكيد

(١) الوصايا جمع وصية: قال المطرزي: « والوصاية بالكسر مصدر الوصي وقيل: الإيضاء طلب شيء ممن غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته ». المغرب، ص ٤٨٦ — ٤٨٧ . وقيل إنها بمعنى وصل واتصل. قال البعلي: « وصيت الشيء بالشيء: وصلته » وقال: « قال الأزهرى: وسميت الوصية وصية ؛ لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته ». المطلع ص ٢٩٤ .

والمراد بها هنا: « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع » أنيس الفقهاء ص ٢٩٧ ؛ وانظر التعريفات ص ٢٥٢ .

(٢) « الوصايا » ساقط من « د، هـ » « وغيرها » ساقط من « أ، ب، د ».

(٣) انظر: الهداية ٣٣٩/٧ .

(٤) « لو » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) في « أ، ب » فإنه.

(٦) « وهو » ساقط من « ب، ج، د، هـ ».

(٧) « تحكيم » ساقط من « د ».

دون الإثبات، [٧٢/أ أ] وحاجة الورثة إلى الدفع، فصلح الظاهر شاهدا لهم، وحاجة المرأة إلى الإثبات فلا يصلح الظاهر حجة لها.

ولا يلزم على ما قلنا، مسألة الإجارة، إذا كان الماء جاريا وقت الخصومة يجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة، في إيجاب الأجر؛ لأننا نقول ثمة اتفاقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح حجة للتأكيد وإبقاء ما كان على ما كان^(١).

وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر شاهدا لها.

رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المودع لرجل، هذا ابن الميت الذي، أودعني، لا وارث له غيره فإن القاضي يأمره بأن يدفع المال إليه؛ لأنه أقر له بملك ما في يده؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في أملاكه رقبة ويदा.

وإن قال هذا ابنه وآخر وقال المقر له: ليس له ابن غيري قضى القاضي^(٢) بجميع المال له؛ لأنه أقر له بسبب استحقاق الكل وهو البنوة، ولو انتقص إنما ينقص بالمزاحم والمزاحم غير معلوم.

فرق بين هذا وبين ما إذا أقر^(٣) المودع لرجل أنه وكيل صاحب المال، بقبض الوديعة وصدقه المقر له، حيث لا يؤمر بالتسليم إليه؛ لأنه لما أقر بقيام المودع فقد | أقر ببقاء الوديعة على ملكه فلا يصح إقراره لغيره بحق القبض، أما هنا ما |^(٤) أقر ببقاء الملك، بخلاف ما إذا أقر المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين بقبض الدين، حيث^(٥) يؤمر بالدفع؛ لأن الديون تقضى بأمتالها لا بأعيانها فكان إقرار المديون إقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض.

ميراث قُسم بين الغرماء وبين الورثة، قال لا يأخذ من الغريم كفيلا ولا من الورثة كفيلا، وهذا شيء احتاط فيه بعض^(٦) القضاة وهو ظلم.

(١) « على ما كان » ساقط من « ج ».

(٢) « القاضي » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٣) في « د » ادعى.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٥) « حيث » ساقط من « ج، هـ ».

(٦) « فيه » ساقط من « ب، ج، د، هـ » و « بعض » ساقط من « أ، ب، د ».

وقال أبو يوسف ومحمد يأخذ كفيلا ؛ لأنه ربما يظهر له غريم أو وارث آخر والقاضي
مأمور بالنظر، فيأخذ كفيلا نظرا للغائب، كراد الآبق أو الملتقط إذا رد الآبق أو اللقطة على
صاحبها، فإنه يأخذ منه كفيلا احتياطا كذلك ههنا (١).

ولأبي حنيفة أن حق الحاضر معلوم وحق الآخر (٢) غير معلوم (٣) عسى يكون وعسى
لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر، لأمر محتمل لا أمانة عليه.

أما مسألة الآبق واللقطة فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه لا يأخذ،
وهذا إذا دفع اللقطة بالبينة، لا بحكم العلامة، فإن كان الدفع بحكم العلامة أو رد الآبق بإقرار
العبد، فإنه يأخذ كفيلا في قولهم ؛ لأن حق (٤) الحاضر ليس بثابت، ولهذا كان له أن لا يدفع
إليه المال.

دار في يد رجل أقام رجل البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه الغائب
فلان، فإن القاضي يقضي له بالنصف ويترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يستوثق (٥) منه
حتى يحضر الغائب.

وقال أبو يوسف ومحمد إن كان المدعى عليه جاحدا للدعوى، له أخذ نصيب الغائب
منه ويضعه على يد عدل حتى يحضر الغائب وإن كان مقرا [٧٢/أ ب] فكما قال أبو حنيفة (٦).
لهما أن صاحب اليد إذا كان جاحدا، لا يمتنع عن التصرف، فكان نظر الغائب في
أخذ المال منه، بخلاف ما إذا كان مقرا ؛ لأنه لم تظهر خيانتة فكان الترك أولى.

ولأبي حنيفة أن القاضي عرف قيام اليد له، فلا ينقض إلا بخضم لأنه مأمور بفصل
الخصومات لا بإنشائها، وما قالا من الاحتياط والنظر (٧) قلنا: يحتمل أنه جحد لمكان الاشتباه

(١) « كذلك ههنا » ساقط من « أ ». وانظر: أدب القاضي للخصاف، ٣٩٨ ؛ الهداية ٣٤٤/٧ .

(٢) في « أ » الغائب.

(٣) في « أ، ب » موهوم. بدل، غير معلوم.

(٤) « حق » ساقط من « ج، هـ ».

(٥) في « ب » لا يستوفي.

(٦) انظر: الهداية ٣٤٧/٧ .

(٧) في « أ » البصر.

(١) وقد زال ذلك بقضاء القاضي فلا يتصرف فيه.

وضع المسألة في الدار، من المشايخ من قال في العروض: يؤخذ منه نصيب الغائب عند الكل؛ لأن العروض تحتاج إلى الحفظ وغيره بالحفظ أولى منه (٢) والعقار لا يحتاج إلى الحفظ، ألا ترى أن الوصي (٣) يملك بيع العروض على الكبير الغائب ولا يملك بيع (٤) العقار (٥). [وكذلك وصي الأخ والعم يملك بيع العروض (٦) ولا يملك بيع العقار] (٧).

ومنهم من جعله على الاختلاف فإن كان على الاختلاف فكلام أبي حنيفة رحمه الله في العروض أظهر، لأنه لو ترك في يده كان مضمونا عليه، ولو أخذ منه، لا يكون مضمونا على الآخذ، فإذا حضر الغائب يأخذ النصف الباقي [١٦٦/د أ] ولا يكلف إعادة البيعة. وروى الخصاص عن أصحابنا رحمه الله أنه يحتاج إلى إعادة البيعة، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية (٨)؛ لأن القضاء بالميراث قضاء بملك الميت حتى تقضى منه ديونته وتنفذ وصاياه وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت، وإنما لا يأخذ الكل؛ لأنه في الأخذ عامل لنفسه دون الميت فلا يأخذ إلا نصيب نفسه، كما لو أقام البيعة بدين للميت يقضى بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه.

دار في يد رجل أقام رجل البيعة أهما كانت لأبيه أعمارها للذي في يده أو أجرها أو أودعها إياه فهو جائز ولا أكلفه إقامة (٩) البيعة أنه مات وتركها ميراثا له، وهذا على أصل أبي يوسف ظاهر؛ لأن عنده متى ثبت ملك الميت يقضى للوارث ولا يحتاج إلى إثبات الانتقال

(١) في «ب» الاستيفاء.

(٢) «منه» ساقط من «أ، ج».

(٣) في «أ» القاضي.

(٤) «بيع» ساقط من «ج» وفيه: زاد، في.

(٥) شرح فتح القدير، ٤/٤٢٤؛ حاشية أحمد شلبي على التبيين ٦/٢١٢.

(٦) في «ب» وصي الأخ والأم والعم يملك بيع العروض على الصغير.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «ه».

(٨) انظر: المبسوط، ١٧/٤٨؛ والعناية ٧/٣٤٩؛ من غير ذكر الخصاص. وجاء في شرح أدب القاضي

أنه ليس عليه إعادة البيعة، ٣/٢٥١.

(٩) «إقامة» ساقط من «ه».

إلى الوارث^(١). وعندهما مجرد ملك الميت وإن كان^(٢) لا يكفي ولا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود أن أباه مات وتركها ميراثا له^(٣)؛ لأن ملك الوارث متحدد في الميراث ولهذا لو كانت التركة صدقة للمورث يطيب للوارث وإن كان غنيا، ولو لم يتحدد كانت صدقة فلا يحل له ويجب الاستبراء، والملك الجديد لا يثبت من غير إثبات، إلا أن في مسألتنا لما^(٤) شهد الشهود على الإعارة والإيداع والإجارة ويد هؤلاء يد صاحب المال، فقد شهدوا بقيام يد الميت عند الموت، والشهادة على اليد عند الموت شهادة على الملك والانتقال إلى يد^(٥) الوارث.

وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان، مات وهي في يده، جازت الشهادة لما ذكرنا أن الشهادة على اليد عند الموت شهادة على الملك عند الموت؛ لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأنها لو كانت يد ملك تبقى كذلك، ولو كانت غصبا فبالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له، وكذا لو كانت أمانة [٧٣/أ]؛ لأنه لما مات محملا للوديعة يصير ضامنا ويملك المضمون فيثبت أن الشهادة على اليد عند الموت شهادة على الملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقضى للوارث ما لم يشهدوا على الانتقال نصا^(٦) أو على الملك عند الموت، [أو على ما يقوم مقام الملك وهو اليد عند الموت] ^(٧).

ولو شهدوا لرجل حي أنها كانت في يده منذ أشهر لم تقبل، وعند أبي يوسف أنها تقبل؛ لأن اليد حق مقصود كالملك^(٨).

[ولو شهدوا أنها كانت له تقبل، وكذا لو شهدوا أنها كانت في يد فلان يوم مات أو

(١) انظر: شرح أدب القاضي، ٢٤٨/٣.

(٢) في «د، هـ» زاد، ملك الميت.

(٣) «له» ساقط من «هـ».

(٤) «لما» ساقط من «هـ».

(٥) «يد» ساقط من «أ، ب، ج».

(٦) «نصا» ساقط من «د، هـ» وفيهما: عند الموت.

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «هـ».

(٨) انظر: الهداية، ٤٥٩/٧.

شهدوا أن المدعى عليه أقر أنها كانت في يد المدعي [(١) ولو شهدوا أنه أخذها من المدعي جازت شهادتهم وكذا لو أقر المدعى عليه أنها كانت في يد المدعي يؤمر بالدفع (٢) إليه.

ولأي حنيفة ومحمد أنهم شهدوا بيد، عرف القاضي زوالها وأنها محتملة مجهولة يَحْتَمَلُ أنها كانت بحق فيؤمر بالإعادة، ويحتمل أنها كانت بغير حق فلا يجب إعادتها بالشك بخلاف الشهادة على الملك (٣) وبخلاف ما لو شهدوا باليد عند الموت ؛ لأنها شهادة على الملك عند الموت وبخلاف الشهادة على الأخذ ؛ لأنهم شهدوا على السبب الموجب للرد شرعا وهو الأخذ، وبخلاف ما لو شهدوا على إقرار المدعى عليه أنها كانت في يده ؛ لأنهم شهدوا على إقراره باليد وإقراره (٤) معلوم، وإنما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عليه عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان، وكذا لو عاين القاضي إقراره باليد يأمره بالإعادة حتى يثبت لنفسه حقا لما قلنا.

رجل قال: مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة ، وهذا استحسان، والقياس أن ينصرف إلى كل مال ؛ لأنه اسم عام لكل ما يتمول فيتناول الكل كما لو أوصى بثلاث ماله لرجل ينصرف إلى (٥) الكل.

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وإيجاب الله تعالى الصدقة في المال ينصرف إلى مال الزكاة، فكذلك إيجاب (٦) العبد فيه، بخلاف الوصية ؛ لأنها خلافة ووصية من قبل الميت فتعتبر بالوصية والخلافة الثابتة بإيجاب الله تعالى فإنها تعم الكل.

وإن كانت له أراض خراجية لا يلزمه التصديق بها ؛ لأنها ليست من مال الزكاة وكذلك الأراضي العشرية في قول محمد، [وعند أبي يوسف يلزمه التصديق بها ؛ لأن العُشْر في معنى الصدقة. وعلى قول محمد هي] (٧) مؤنة أو الغالب فيها معنى المؤنة فالأرض العشرية

(١) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(٢) في « ج » بالتسليم.

(٣) « على الملك » ساقط من « د » وفيه: عليه. وفي « ب » بالملك.

(٤) في « ج » باليد.

(٥) « إلى » ساقط من « هـ ».

(٦) « إيجاب » ساقط من « هـ ».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

عنده بمثلة عبید الخدمة.

ولو قال جميع ما أملك صدقة في المساكين، من المشايخ من قال هذا يتناول كل مال قياسا واستحسانا، وهو رواية عن أبي [١٦٦/د ب] يوسف؛ لأن الملك أعم من المال فإن الملك كما يثبت في المال يثبت في غيره كالقصاص والنكاح وغيره والأصح أنهما سواء^(١).
وذكر في كتاب الهبة من المبسوط، في باب الصدقة، إذا قال جميع ما أملك صدقة في المساكين فإنه يتصدق بجميع [٧٣/أ ب] ما يملك من مال التجارة من الصامت^(٢) والسوائم ويمسك قوته فإذا أصاب بعد ذلك شيئا فإنه يتصدق بمثل ما أمسك ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا دل أن هذا والأول سواء، والقياس والاستحسان فيهما واحد^(٣).
ثم قال في الكتاب ويمسك قوته ولم يبين مقدار القوت؛ لأنه يختلف بقلّة العيال وكثرته. وقيل: إن كان محترفاً يمسك قوت يومه، وإن كان صاحب غلة يمسك قوت شهر، وإن كان دهقاناً يمسك قوت السنة، وإن كان تاجراً يمسك قدر ما يرجع إليه ماله.
رجل أوصى إلى رجل ولم يعلم أنه أوصى إليه حتى باع شيئاً من التركة فبيعه جائز، والقياس أن لا يجوز بيعه قبل العلم [وهو رواية عن أبي يوسف]^(٤) وهو قول زفر^(٥).
وجه القياس أن هذه وكالة بعد الموت؛ لأنها إثبات الولاية بعد الموت فتعتبر بالوكالة في حياته، ولو وكل رجلاً ببيع ماله في حياته^(٦) ولم يعلم به الوكيل حتى باع لا يجوز بيعه^(٧) فكذلك الوصي^(٨).

(١) انظر: الهداية، ٣٥١/٧ - ٣٥٣.

(٢) الصامت: خلاف الناطق، ويراد به الذهب والفضة. انظر: المغرب ٢٧١؛ لسان العرب ٥٥/٢.

(٣) في «ج» سواء. وانظر: المبسوط، ٩٣/١٢.

(٤) ما بين المعقوفين في «ج» هكذا: وعن أبي يوسف أن الوكيل إذا باع قبل العلم بالوكالة لا يجوز بيعه كالوصي.

(٥) انظر: شرح الجامع الصغير للسرخسي كتاب القضاء لوحة رقم ٢٠٦؛ مخطوط؛ الهداية، ٣٥٤/٧، ٤٩٨/١٠.

(٦) «في حياته» ساقط من «أ، ب، ج».

(٧) «بيعه» ساقط من «ه».

(٨) في «د، ه» فكذلك لو أوصى به.

وجه الاستحسان أن الإيصاء إثبات الولاية في حال عجزه عن التصرف فوجب أن لا يتوقف على العلم، كالوكالة الثابتة بطريق الإرث، ولو ثبتت الولاية بطريق الوراثة بأن مات أبو اليتيم ولم يعلم به الجد، حتى باع شيئاً من مال اليتيم جاز بيعه، وكذلك بيع الوارث في أملاك المورث كذلك ههنا، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى الصيانة والحفظ عن الضياع. أما الوكالة إثبات الولاية حال قدرة الأصل فلو توقف على العلم به ^(١) يبقى مصوناً بولاية الأصل، وإذا جاز بيع الوصي، لا يملك رد الوصاية بعد ذلك؛ لأنها تأكدت بحكم الشرع.

اتفقت الروايات على أن الوكالة إذا ثبتت قصداً، لا تثبت بدون العلم، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة؛ لأن الإذن مشتق من الأذان، وهو الإعلام، فلا يتصور بدون العلم. أما إذا كانت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف، بأن قال لغيره إشتري لي ^(٢) عبداً ^(٣) من فلان هل يثبت بدون العلم؟ فيه روايتان. وكذا الإذن بالتصرف بأن قال بايعوا عبدي فيه روايتان.

وأما العزل إن كان قصداً لا يثبت بدون العلم، وإن كان حكماً، كموت الموكل ونحوه، يثبت بدون العلم وكذلك الحجر.

إذا ثبت أن الوكالة القصدية لا تثبت بدون العلم فإن أخبره بذلك واحد ^(٤) أو أتاه كتاب بالوكالة يصير وكيلاً ولا تشترط عدالة المخبر وكذلك الحرية والبلوغ.

واختلفوا في العزل القصدية: قال أبو حنيفة: لا يثبت بقول الواحد، وقال أبو يوسف ومحمد ^(٥) يثبت، وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني إذا أخبره واحد بالجناية فباع أو أعتق هل يصير مختاراً للفداء؟ عند أبي حنيفة، لا يكون مختاراً ^(٦) وعندهما يكون مختاراً، وكذا الشفيع إذا أخبر بالبيع فسكت، والبكر إذا أخبرت بإنكاح [٧٤/أ] الوالي فسكتت، وكذا

(١) « به » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) « لي » ساقط من « أ، ب ».

(٣) في « أ، ب، ج، » عبدي.

(٤) « واحد » ساقط من « د، هـ ».

(٥) في « أ » وقالوا.

(٦) « مختار » ساقط من « ج ».

المسلم الذي لم يهاجر إلينا إذا أخبر بالشرائع والعبد المأذون إذا أخبر بالحجر^(١).
لهما أن هذا من باب المعاملات تكثر وقوعها بين الناس فتثبت بقول الواحد كما في
إيصال الهدية إلى المهدي إليه^(٢) وكما قلنا في الوكالة، ولهذا لو كان المخبر رسولا من جهة
الموكل أو الآذن لا يشترط فيه العدد والعدالة فكذا إذا كان فضوليا.

ولأبي حنيفة أن العزل والحجر تصرف في ملك نفسه وفيه إلزام الغير ؛ لأنه منع له عن
التصرف وجعل العين^(٣) مضمونا عليه^(٤) بالتصرف ولو كان^(٥) إلزاما من كل وجه يراعى
فيه جميع شرائط الشهادة^(٦) من لفظة الشهادة ونحوها، ولو لم يكن إلزاما أصلا لا يراعى فيه
شيء، فإذا كان إلزاما من وجه دون وجه يراعى فيه العدد، ولا يراعى فيه لفظة الشهادة
بخلاف الخبر بالوكالة ؛ لأنه ليس بإلزام ، بل هو إثبات الولاية للوكيل ، إن شاء فعل وإن شاء
لم يفعل، وكذلك إيصال الهدية.

وعن أبي حنيفة في رواية أن الوكالة لا تثبت بقول الواحد الفاسق وإنما تثبت بتصديق
الوكيل، فعلى هذا، لا فرق بين الوكالة والعزل.

وإن أخبره بالعزل فاسقان: اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة: قال بعضهم: لا ينعزل
وقال بعضهم: ينعزل ولا تُشترط العدالة. والله أعلم.

(١) انظر: بدائع الصنائع، ٣٧/٦ ، ٢٦٥/٧ ؛ المبسوط، ٤٠/٢٧ .

(٢) « إليه » ساقط من « ج » وفي « أ » له .

(٣) في « ب » فعل الغير . وفي « أ » العتق .

(٤) « عليه » ساقط من « أ » .

(٥) في « أ » فيه .

(٦) في « د، هـ » الشرائط التي يشترط في الشهادة .

وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول.

وقال أبو يوسف آخرا وهو قول محمد وزفر والشافعي، لا يكون والمسألة معروفة^(٢). إن قضاء القاضي في العقود والفسوخ^(٣) بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وعندهم لا ينفذ في الباطن.

ويُقرض القاضي أموال اليتامى قال هكذا ينبغي له أن يصنع، بقرضها ويكتب ذكر الحقوق.

وإن أقرض الوصي ضمن؛ لأن القرض^(٤) تبرع ابتداء؛ لأنه إزالة الملك ببدل في ذمة المفلس ولهذا يحل محل الصدقة في الثواب قال عليه السلام: «الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر»^(٥) ويصير معاوضة في الثاني فاعتبر بيعا في حق القاضي، تبرعا في حق الوصي؛ لأن القاضي يتمكن من استخراج المال بنفسه، وبقرضه يصير معصوما عن التوي والتلف، أما الوصي لا يتمكن من استخراج المال بنفسه وليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل. أما الأب هل يملك القرض؟ اختلفوا فيه:

قال بعضهم: يملك؛ لأنه يملك التصرف في النفس والمال جميعا^(٦) فكان بمنزلة القاضي، [وقال بعضهم: لا يملك؛ لأنه لا يتمكن من استخراج المال بنفسه فكان بمنزلة الوصي] ^(٧)

(١) «قرضه» ساقط من «د» وفيه: ووصيته. بدل، قرضه.

(٢) وبه قالت المالكية والحنابلة، أيضا. انظر: المبسوط، ١٨٠/١٦؛ المختلف، لوحة رقم ١٥٠؛ العناية، ٣٠٦/٧؛ بداية المجتهد، ٤٦١/٢؛ حاشية الدسوقي، ١٨٩/٣؛ الزرقاني على الموطأ، ٤٨٦/٣؛ مغني المحتاج، ٣٩٧/٤؛ كشف القناع، ٣٣٧/٥، ٤٢٢، ٣٥٨/٦.

(٣) في «هـ» دون الفسوخ.

(٤) في «هـ» لأنه.

(٥) سبق تخريجه في ص ٣٩٦.

(٦) «والمال جميعا» ساقط من «أ».

(٧) ما بين المعقوفين ساقط من «ج».

ولهذا قلنا إن الأب لو أخذ مال ولده الصغير^(١) قرضا جاز ؛ لأنه لا يهلك عليه.

أما الوصي إذا أخذ مال اليتيم قرضا ذكر في « المتقى » [٧٤/أ ب] أنه لا يجوز له ذلك^(٢) في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف^(٣) ومحمد لا بأس به إذا كان مليا قادرا على الوفاء^(٤).

ولا يجوز للقاضي أن^(٥) يأمر إنسانا أن يقضي بين اثنين^(٦) إلا أن يكون الخليفة ولى القاضي وأمره^(٧) أن يُوكِّي القضاء ؛ لأن القاضي يتصرف بحكم التفويض والأمر، فيملك قدر ما فوض إليه والإمام فَوْضَ إليه القضاء دون التقليد [فلا يملك التقليد (كالوكيل لا يملك التوكيل إلا بإذن الموكل)]^(٨) بخلاف المأمور بإقامة الجمعة فإنه يملك الاستخلاف ؛ لأن الجمعة موقته^(٩) تفوت بمضي الوقت فكان إذنا له بالاستخلاف دلالة، بخلاف القضاء ؛ لأنه يحتمل التأخير.

فإن ولاة الخليفة ، وقال له: ولّ من شئتَ كان له أن يُوكِّي غيره، ويكون الثاني قاضيا من جهة الخليفة، لا من جهة القاضي حتى لا يملك القاضي الأول عزله إلا أن يقول له الخليفة^(١٠) ولّ من شئتَ واستبدل من شئتَ، فحينئذ يملك عزل الثاني، وهذا كالوكيل لا يملك التوكيل إلا إذا قال له الموكل اعْمَلْ فيه برأيك، أو قال وكلّ بذلك من شئتَ أو من أحببت، كان له أن يوكل، فإن [وكل الوكيل وكيلا ثم]^(١١) مات الموكل الأول ينعزل

(١) في « أ، ب » مال اليتيم. وفي « د » مال الصغير. وفي « هـ » ابنه.

(٢) « له » ساقط من « ج، هـ » « ذلك » ساقط من « ج » فقط.

(٣) « أبو يوسف » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٤) انظر: أدب القاضي، ٤٩٤ ؛ مختصر الطحاوي، ١٦٣ .

(٥) « أن » ساقط من « ب، د ».

(٦) في « أ » الناس.

(٧) « وأمره » ساقط من « ج » وفي « د » وأذن له.

(٨) ما بين المعقوفين ساقط من « أ » وما بين القوسين ساقط من « ج ».

(٩) في « أ » زاد، بوقت.

(١٠) « له » ساقط من « هـ » و« الخليفة » ساقط من « د ».

(١١) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

الوكيلان، ولو مات الوكيل الأول أو انعزل لا ينعزل الثاني. [وكذا لو عزل الوكيل الأول لا ينعزل]^(١).

وذكر في « المنتقى » عن محمد أنه لو مات الموكل الأول لا ينعزل الثاني، وكذا لو مات الوكيل الأول^(٢) ولو عزل الوكيل الأول ينعزل. وقال هذا بخلاف المضاربة والمفاوضة، فإن^(٣) المضارب إذا وكل إنسانا بشراء شيء بمال^(٤) للمضاربة يصح^(٥) فإن مات المضارب ينعزل وكيله^(٦) وفي الوكالة إذا مات الوكيل الأول لا ينعزل وكيله.

[ووجه الفرق أن الشريك المفاوض والمضارب بمنزلة رب المال من وجه حتى لا يملك رب المال تهيئه عن التصرف بعد ما صار المال عرضا، أما الوكيل الأول نائب من كل وجه فلا ينعزل الوكيل الثاني بموته.

ولو وكل إنسانا بالشراء وقال له وكل فلانا بالشراء^(٧) ففعل لم يكن للوكيل الأول أن يعزل الثاني^(٨) [^(٩) فإن لم يكن القاضي مأذونا بالاستخلاف فقلد غيره فإن قضى بحضرة الأول أو قضى عند غيبته فرفع ذلك إلى القاضي فأجازه فهو جائز ؛ لأن إجازته قضاء الثاني بمنزلة الإنشاء، كالوكيل إذا لم يكن مأذونا بالتوكيل فوكل غيره فباع الثاني بحضرة الأول أو باع عند غيبته، فأجاز الأول جاز؛ لأنه نفذ برأي الأول فكذا هنا، هكذا^(١٠) ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير^(١١).

(١) ما بين المعقوفين ساقط من « هـ » انظر: الهداية ١٠٠/٨ .

(٢) في « هـ » زاد، لا ينعزل الثاني.

(٣) في « د، هـ » فأما.

(٤) في « هـ » من مال.

(٥) « يصح » ساقط من « د ».

(٦) في « د، هـ » زاد، في المضاربة.

(٧) في « ب، ج » بذلك.

(٨) في « ج » أن يعزله.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « أ ».

(١٠) « هكذا » ساقط من « د ».

(١١) انظر: لوحة رقم ٢٠٤ ؛ مخطوط.

وما اختلف فيه الفقهاء إذا قضى به قاض ثم رفع ذلك إلى قاض آخر، يرى غير ذلك، فإنه يُمضي قضاء الأول ولا يبطله؛ لأنه نقض الاجتهاد بالاجتهاد، ولأننا لو قلنا بأنه لا ينفذ قضاء الأول، لا ينفذ قضاء الثاني أيضاً، وللتالث أن يبطل قضاء الثاني فيؤدي إلى ما لا ينهاه [د/ب] والذي يؤيد هذا، ما روي عن عمر رضي الله عنه «أنه قضى بقضية فرفع إليه مثل تلك القضية فقضى بخلافه فقبل له في ذلك، فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضت»^(١) ولم يبطل القضاء الأول.

وروي عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزید بن ثابت^(٢) فقضى زيد بن ثابت^(٣) بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال: إن زيدا قضى علي يا أمير المؤمنين. فقال له عمر رضي الله عنه «لو كنت لقضيت لك، فقال: ما يمنحك يا أمير المؤمنين، الساعة فاقض لي، فقال عمر رضي الله عنه: [أ/٧٥] لو كان هنا نص لقضيت لك ولكن هنا رأي والرأي مشترك»^(٤) أشار إلى ما قلنا.

إذا قال القاضي قضيت على هذا بالرحم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه، وسعك أن تفعل؛ لأننا أمرنا بالطاعة^(٥) قال الله تعالى: ﴿وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٦) فيجب العمل بقوله، ولأنه أمين عن جماعة المسلمين، فكان إخباره بمثلة إخبار الجماعة، ولهذا

(١) أخرجه عبدالرزاق، ٢٤٩/١٠؛ ابن أبي شيبة، ٢٥٥/١١؛ البيهقي في السنن الكبرى، ٢٥٥/٦، وقال: ومعهنا قال البخاري، وسكت عليه ابن حجر في التلخيص، ٨٦/٣.

(٢) هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن لوزان الأنصاري النجاري أبو سعيد وأبو خارجة، صحابي مشهور من كتاب الوحي، قال مسروق: كان من الراسخين في العلم. مات سنة خمس أو ثمان وأربعين. وقيل بعد الخمسين. انظر: طبقات ابن سعد ٣٥٨/٢؛ الاستيعاب، ٥٣٧/٢؛ سير أعلام النبلاء ٤٢٦/٢؛ تقريب التهذيب ٢٢٢.

(٣) «ثابت» ساقط من «أ، ج، د».

(٤) أخرجه ابن شبة في تاريخ المدينة المنورة، ٦٩٣/٢؛ العناية ٣٠٤/٧؛ أعلام الموقعين ٦٥/١.

(٥) «أ، ب، د» بطاعته.

(٦) سورة النساء، آية: ٥٩. والآية كاملة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾.

كان كتاب القاضي إلى القاضي حجة. وعن محمد أنه لا يسعه ذلك ما لم ^(١) يعاين القضاء؛ لأنه غير معصوم عن الكذب والغلط ^(٢). قال مشايخنا رحمهم الله هذا حسن، وإنما يقبل قوله في ظاهر الرواية إذا كان القاضي عدلا عالما؛ لأن عدله يمنعه عن الجسور وعلمه يوصله إلى الصواب فإن كان عدلا جاهلا، يستفسر، فإن بين على الوجه ^(٣) يؤخذ بقوله، وإن كان فاسقا لا يعتمد على كلامه حتى يعاين الحجة ^(٤).

قاضي عُزِلَ فقال لرجل أخذت منك ألف درهم ودفعتها إلى فلان قضاء قضيت له عليك وقال الرجل، لا ^(٥) بل أخذتها مني ظلما في حالة القضاء، فالتقول قول القاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق ^(٦) كان القول فيه، قول القاضي؛ لأن المأخوذ منه لما صدقه أنه فعل ذلك في حالة القضاء، فقد أقر له بشهادة الظاهر؛ لأن الظاهر أن ما يفعله القاضي في حالة القضاء يكون على وجه القضاء، فيقبل قوله، ولا يجب الضمان على أحد لثبوت القضاء ^(٧) من حيث الظاهر.

وإن قال: المأخوذ منه فعلت ذلك بعد العزل أو قبل التقليد لا يضمن القاضي؛ لأنه بالإضافة إلى تلك الحالة ينكر الضمان أصلا، ويضمن الآخذ والقاطع في هذا الفصل إذا صدق القاضي؛ لأنه لم يثبت القضاء عند تكذيب الخصم، وإنما قبلنا قول القاضي في حسب نفي الضمان عنه، لا في ^(٨) إبطال الضمان عن الغير وسقوط العصمة.

ورسول القاضي الذي يسأل عن الشهود، إن كان واحدا جاز ويُعْمَلُ بقوله في الرد والتعديل، والاتقان أحوط، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تثبت التزكية

(١) في «أ» إلا أن.

(٢) انظر: شرح الجامع الصغير للسرخسي، لوحة رقم ٢١١؛ مخطوط؛ الهداية ٣٥٩/٧.

(٣) في «ج، د، هـ» الذي.

(٤) في «ب، د» القضاء. بدل، الحجة.

(٥) «لا» ساقط من «أ».

(٦) في «أ، ب» في حق.

(٧) في «د» القصاص.

(٨) في «أ» حق.

حتى يخبر بذلك رجلان عدلان، أراد بالرسول، رسول القاضي إلى المزكي^(١).
وعلى هذا الخلاف العدد في المزكي والمترجم، عندهما ليس بشرط، وعنده شرط، وهو
رجلان فيما يثبت بشهادة رجلين والأربع فيما يشترط فيه شهادة الأربعة.
وجه قول محمد أن التزكية والترجمة شهادة معني؛ لأن ما هو المقصود وهو العلم
لا يحصل إلا بهما، ولهذا يشترط فيه أهلية الشهادة من العدالة والحرية والبلوغ والعقل والبصر
وأن لا يكون محدودا في قذف فلا بد من العدد.
ولهما أنها ليست بشهادة من كل وجه حتى لا يشترط فيها لفظة الشهادة ومجلس
القضاء^(٢) واعتبار العدد في الشهادة عرف نصابا بخلاف القياس؛ لأن خبر الواحد والاثنين في
العلم سواء فلا يتعدى إلى ما ليس بشهادة من كل وجه.
رجل أقر بدين عند القاضي حبسه، ثم يسأل عنه فإن كان موسرا حبسه حتى
[٧٥/أب] يقضي دينه وإن كان معسرا حلى سبيله، قالوا: هذا إذا ظهر عند^(٣) القاضي
جحوده، ومطله عند غيره^(٤) فإن لم يكن كذلك لا يحبسه بل يأمره بقضاء الدين فإن لم يقض
فأعيد إلى مجلس القاضي^(٥) ثانيا، حبسه؛ لأن الحبس جزاء الظلم فما لم يظهر عنده ظلمه لا
يحبسه، وكان شريح يحبس بالإقرار مرة احتياطا وصيانة كما لو ثبت الدين بالبينة^(٦) وعلى
قول الخصاف في البينة أيضا، لا يحبسه في أول الوهلة، والصحيح ما قلنا^(٧).
وفي كل موضع يحبسه لا يحبسه إلا عن طلب المدعي^(٨) وقال شريح يحبسه من غير

(١) انظر: الهداية ٣٨١/٧.

(٢) في «أ» القاضي.

(٣) في «أ، ب» زاد، هذا.

(٤) في «ج» غير القاضي.

(٥) «القاضي» ساقط من «أ، ب، ج» في «أ، ج» فأعيد إليه في المجلس الثاني. وفي «ب» فأعيد
المجلس الثاني.

(٦) انظر: شرح أدب القاضي، ٣٥٣/٢.

(٧) انظر: أدب القاضي، ٢٥٤.

(٨) في «هـ» بطلب الخصم.

طلبه^(١). والصحيح ما قلنا ؛ لأن الحبس حق المدعي فلا يستوفى^(٢) إلا بطلبه كما لا يستحلف من غير طلبه.

وإذا توجه الحبس لايسأل القاضي [١٦٨/د أ] من المدعى عليه ألك مال ؟ وقال الخصاص لايجبسه حتى يسأل عنه^(٣) وهكذا ذكر بعض أصحابنا في النوادر، أنه يسأل المدعى عليه ولايسأل المدعي. وقال أبو هريرة^(٤) يسأل المدعي^(٥) وعندنا لايسأل من المدعي إلا إذا طلب المدعى عليه من القاضي أن يسأل المدعي عن ذلك فحينئذ يسأله بالإجماع^(٦) فإن أقر أنه معسر لايجبسه ولا يمنعه من الملازمة عند عامة العلماء.

وإن قال المدعي هو موسر وقال المدعى عليه^(٧) أنا معسر، فإن كان الدين بدلا عما هو مال كالقرض وثن المبيع كان القول فيه قول صاحب الدين ؛ لأننا عرفناه موسرا بملك المبدل فلايقبل قوله في العسرة^(٨) وكذا لو كان الدين واجبا بعقده والتزامه كالمهر المعجل بالنكاح، والمال الواجب بالكفالة لأن التزامه دليل على^(٩) القدرة. وفيما سوى ذلك كضمان المتلفات وأرش الجنائيات ونفقة الأقارب والزوجات والضمان الواجب^(١٠) بإعتاق عبد مشترك، القول فيه قول المديون ؛ لأنه متمسك بالأصل ؛ لأن الفقر أصل والغنى عارض.

وإذا حبسه يجبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه^(١١) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة

(١) انظر: شرح أدب القاضي، ٣٦٠ .

(٢) في « أ » فلايجبس.

(٣) انظر: شرح فتح القدير، ٢٧٩/٧ .

(٤) هو عبدالرحمن بن صخر الدوسي، الصحابي الجليل حافظ الصحابة واختلف في اسمه، مات سنة سبع وقيل سنة ثمان وقيل تسع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة. انظر: تقريب التهذيب، ٣٤٣ ، ٦٨١ . والله أعلم.

(٥) انظر: شرح أدب القاضي، ٣٥٢/٢، ٣٦١ .

(٦) انظر: شرح أدب القاضي، ٣٦١/٢ .

(٧) في « ب، ج، د » المديون. بدل، المدعى عليه.

(٨) في « د » وقال يخلف كل واحد منهما، لكن يخلف المديون على البتات وصاحب الدين على العلم.

(٩) « على » ساقط من « هـ ».

(١٠) « الواجب » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١١) في « أ » سأل عن حاله.

أربعة أشهر^(١).

وفي رواية الطحاوي^(٢) ستة أشهر^(٣) والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي ، يجسه مدة يقع في أكبر رأيه أنه لو كان قادرا على قضاء الدين لضجر، ثم يسأل عن حاله ، فإن شهد عنده اثنان من أهل الشهادة أنه موثر قادر على قضاء الدين حبسه إلى أن يقضي الدين ؛ لأنه ظالم متعنت، وإن شهدا^(٤) أنه معسر خلى سبيله لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾^(٥) ولا يمنعه من الملازمة ؛ لما قلنا.

وإن رأى القاضي أن يسأل عنه بعد الحبس قبل انقضاء^(٦) مدة الحبس^(٧) كان له ذلك، والبينة على الإفلاس بعد الحبس مقبولة بالإجماع^(٨).

أما إذا قامت البينة على إفلاسه قبل الحبس ، فيه روايتان، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول بأنها تقبل. وقال عامة المشايخ لا تقبل وهو الصحيح^(٩). وإذا حبسه بالدرهم وله دنانير فالقاضي يبيع الدنانير ويقضي دينه، فإن كان له عروض لم يبعها.

(١) انظر: أدب القاضي، ٢٥٦—٢٥٧ .

(٢) حكاها عنه أيضا السرخسي في شرح الجامع الصغير، انظر: لوحة رقم ٢٠١ ؛ مخطوط ؛ ونجم الدين الطرطوسي في أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل ص، ٣٤٦ ؛ ومحمد بن عبد الله أحمد في كتاب: حكم الحبس في الشريعة ص، ٢٢٧ ؛ ولكن روي عنه في شرح أدب القاضي، مدة شهر، ٣٦٨/٢ ؛ وكذلك فتح القدير، ٢٨٢/٧ والفتاوى الهندية، ٤١٥/٣ ؛ ولم يذكر الطحاوي نفسه، المدة المذكورة في مختصره، بل حكاها عن أصحابه، قال فيه: « قال أصحابنا يجبس شهرين أو ثلاثة»، انظر: مختصر الطحاوي، ٣٩٤/٣ ؛ كما لم يذكرها في كتابه « الشروط الصغير ». انظر: الشروط الصغير ، ١١٤٦/٢ .

(٣) في « ب، ج، د » سنة.

(٤) في « أ، ب، ج، د » شهدوا.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٨٠ . وتام الآية: ﴿ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ .

(٦) في « ب، ج » القضاء.

(٧) « الحبس » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٨) انظر: شرح أدب القاضي، ٣٦٧/٢ ؛ الفتاوى الهندية، ٤١٧/٣ .

(٩) انظر: شرح فتح القدير، ٢٨٣/٧ .

وقال أبو يوسف ومحمد يبيع [٧٦/أ] العروض والعقار وكل شيء، وأصل هذا أن الحجر على الحر بسبب السفه أو بسبب الدين باطل في قول أبي حنيفة، جائز عندهما، ويبيع ماله بغير رضاه حجر عليه فيكون على الاختلاف^(١).

لهما أن المديون امتنع عما هو مستحق عليه، وهو قضاء الدين، فناب القاضي منابه، كما في طلاق العينين، ويبيع العبد المأذون المديون^(٢) ويبيع مكاسبه.

ويؤيد ما قلنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ألا إن أسيفع^(٣) جُهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال له سبق الحاج وأنه قد أذان معرضاً وقد دين عليه فمن كان له عليه دين فليغد إلينا فأنا بائع ماله، قاسم بين غرمانه»^(٤).

ولأبي حنيفة أن القاضي يقوم مقامه فيما يتعين طريقاً لإيفاء الحق ودفع الظلم، ويبيع ماله لم يتعين طريقاً لقضاء دينه؛ لأنه متمكن من قضاء الدين بالاستقراض ونحوه.

والقياس أن لا يبيع الدنانير بالدرهم، وإنما يبيع استحساناً؛ لأن الدنانير مع الدراهم جنس واحد من حيث الثمنية، ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر، ولهذا قلنا: إن من له على آخر دنانير إذا ظفر بدراهم مديونه كان له أن يأخذها في رواية، فكان يبيع الدنانير إعانة لسه على استيفاء الحق، فلا يكون بيعاً، وأما يبيع العبد المأذون ويبيع مكاسبه فالأذن المولى لما أذن له في التجارة فقد رضي به.

(١) انظر: المبسوط، ١٨٩/٥، ١٤٥/١٨، ٤٩/٢٣.

(٢) «المديون» ساقط من «ه».

(٣) هو الجهني كان يسبق الحاج ولقب بسابق الحاج أدرك النبي صلى الله عليه وسلم، فغلبته الديون فباع عمر رضي الله عنه ماله. انظر: الإصابة ٢٠٠/١؛ الإكمال ٨٩/١؛ نزهة الألباب في الألقاب، ٢٥٥/١.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، ٧٧٠/٢؛ وقال ابن حجر: إسناده منقطع. انظر: تلخيص الحبير ٤٠/٣؛ وقال في الإصابة وحديثه وصله الدارقطني؛ كما أخرجه ابن أبي شيبة ٥٣٦/٤ «مكتبة الرشد»؛ وقال الزرقاني: وقد وصله الدارقطني وابن أبي شيبة من طريق عبيد الله بن عمر عن ابن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر. انظر: شرح الزرقاني على الموطأ، ٧٥/٤؛ وأخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، ٤٩/٦، ١٤٠/١٠؛ وابن حزم في المحلى بالآثار، في كتاب المدائبات والتفليس، ٤٧٩/٦ وقال: المحفوظ عن عمر مثل قولنا. وقال الصنعاني: رواه مالك بسند منقطع ثم قال: ورواه الدارقطني في غرائب مالك بسند متصل انظر: سبل السلام ٥٧/٣.

رجل مات وعليه ألف درهم لرجل وترك عبدا يساوي مائة فأمر القاضي الوصي ببيع العبد لأجل الدين فباع الوصي، وقبض الثمن وضاع من يده قبل قضاء الدين، ثم استحق العبد أو مات قبل التسليم إلى المشتري، فإن المشتري يرجع بالثمن على الوصي، ثم الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد والعاقد هو الوصي فيرجع عليه، ثم الوصي يرجع بذلك على الغريم؛ لأنه باع لأجله فكان حكم العقد واقعا له.

وإن كان البائع هو القاضي أو أمينه والمسألة بحالها فإن المشتري يرجع بالثمن على الغريم ولا يرجع على القاضي ولا (١) أمينه؛ لأن القاضي نُصِبَ ناظرا للمسلمين فلو رجعت إليه الحقوق، لا يخرج عن الضمان أبدا (٢).

فإذا تعذر الرجوع على (٣) القاضي يرجع على الغريم ابتداء؛ لأن حكم العقد واقع له، كما قلنا في (٤) الوكيل بالبيع، إن كان حرا عاقلا بالغاً ترجع (٥) الحقوق إليه، وإن كان عبدا محجورا أو صبيا محجورا (٦) لا ترجع إليه (٧) وترجع إلى الموكل.

والبيع لنفقة الوارث بمثلة البيع [١٦٨/د ب] لقضاء الدين في جميع ما ذكرنا (٨). ويكره تلقين الشاهد (٩) [على قول أبي حنيفة ومحمد] (١٠) وصورة ذلك أن يقول القاضي للشاهد أتشهد (١١) بكذا وكذا ونحو ذلك.

(١) في «ب، ج» على.

(٢) «أبدا» ساقط من «ه».

(٣) في «ب، د» إلى.

(٤) «ما قلنا في» ساقط من «أ، ب، ج».

(٥) في «د» فلا ترجع.

(٦) «أو صبيا محجورا» ساقط من «ب».

(٧) «لا ترجع إليه» ساقط من «د، ه».

(٨) «في جميع ما ذكرنا» ساقط من «أ، ج».

(٩) في «د» الشهادة.

(١٠) ما بين المعقوفين ساقط من «أ، ب، ج».

(١١) في «د، ه» «إشهد. والقاضي: ساقط منهما.

وعن أبي يوسف أنه حين ابتلي بالقضاء رخص للقاضي أن يلقنه ^(١) بكلمة أو كلمتين [أو يقول أتشهد بكذا وما أشبه ذلك] ^(٢).

[وجه قول أبي يوسف رحمه الله] ^(٣) أن لمجلس القضاء من المهابة ما يمنعه عن أداء ^(٤) الشهادة على حسب ما تحمل، فالتلقين بكلمة أو كلمتين ^(٥) في هذا الموضع من باب ^(٦) إحياء حقوق الناس والقاضي نصب لإحياء الحقوق ^(٧).

ولهما ^(٨) أنه إعانة لأحد الخصمين ^(٩) [٧٦/أ ب] وسبب لتهمة القاضي إلى ^(١٠) الميل فلا يباح، كتلقين المدعي؛ ولأنه لو رخص له في ^(١١) ذلك فرما يلقنه بما لا يكون من شهادته، فيتلقن ويشهد به إحتشاما كما هو عادة الجهال [أن المحتشم إذا لقن أحدهم يساعده ^(١٢) عليه من غير علم ^(١٣) والله أعلم.] ^(١٤).

(١) « للقاضي أن يلقنه » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج » وانظر المسألة في: المبسوط، ٨٧/١٦؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٧٢/٣؛ الهداية، ٢٧٦/٧.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج » وفيها: لأن لمجلس.

(٤) « أداء » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٥) « بكلمة أو كلمتين » ساقط من « د ».

(٦) « في هذا الموضع من باب » ساقط من « أ، ب ».

(٧) « والقاضي نصب لإحياء الحقوق » ساقط من « أ، ب ».

(٨) في « أ، ب، ج » وجه ظاهر الرواية. بدل، ولهما.

(٩) « إعانة لأحد الخصمين » في « د » وقع بعد قوله: الميل.

(١٠) « القاضي إلى » ساقط من « أ، ب، ج ».

(١١) « له في » ساقط من « ج، د، هـ ».

(١٢) في « د » زاد، لحشمته.

(١٣) « عليه من غير علم » ساقط من « د ».

(١٤) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ب، ج ».

باب مسائل متفرقة

ويجبر ذو الرحم المحرم على النفقة على قدر موارثهم. اعلم بأن النفقة تجب بأسباب: منها الرَّحِم.

وقال الشافعي رحمه الله لا تجب لغير الوالدين والمولودين ^(١) وقال ابن أبي ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو لم يكن ^(٢).

[وعندنا لا تجب النفقة بحكم القرابة على غير ذوي الرحم المحرم كأولاد الأعمام وهو قول عبدالله ^(٣) بن مسعود رضي الله عنه ^(٤) ومن الناس من قال تجب وهو قول عمر رضي الله عنه لظاهر] ^(٥) قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٦).

ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: « وعلى الوارث ذي الرحم المحرم منه مثل ذلك » ^(٧) فإن لم يثبت كونه قرآنا؛ لفقد شرطه وهو التواتر ^(٨) فلا أقل من أن يكون خيرا ^(٩).

ولأن هذه صلة فتعلق بالقرابة التي يُفترضُ وصلُّها كالعتق وحرمة المناكحة وحرمة الرجوع في الهبة وغير ذلك. وعلى قول الشافعي كما لا يستحق العتق إلا بالولاد لا يستحق

(١) وبه قالت المالكية أيضا. انظر: حاشية الدسوقي، ٥٢٢/٢ - ٥٢٤؛ القوانين الفقهية، ص ١٩٣ المجموع، ٢٩٧/١٨.

(٢) وبه قالت الحنابلة أيضا. انظر: المبسوط، ٢٢٣/٥؛ شرح فتح القدير، ٤١٩/٤؛ المغني، ٢١٧/٨.

(٣) « عبدالله » ساقط من « ب ».

(٤) انظر: مصنف عبدالرزاق، ٦٠/٧؛ المحلى بالآثار، ٢٦٩/٩.

(٥) ما بين المعقوفين ساقط من « أ، ج ». رواه ابن أبي شيبة بسنده عن سعيد بن المسيب: جاءوا يتيم إلى عمر فقال: أنفق عليه، قال: لو لم أجد إلا أقصى عشيرته لفرضت عليهم. مصنف ابن أبي شيبة ١٦٦/٤؛ وروى ابن حزم بسنده أيضا عن عمر رضي الله عنه أنه حبس عصابة صبي أن ينفقوا عليه الرجال دون النساء. المحلى بالآثار، ٢٦٩/٩؛ وانظر: المغني، ٢١٧/٨.

(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٣.

(٧) انظر: تفسير روح المعاني، ١٤٧/٢.

(٨) « وهو التواتر » ساقط من « أ ».

(٩) انظر: شرح فتح القدير، ٤٢٠/٤؛ العناية، ٤١٩/٤.

النفقة إلا بالولاد وإذا اعتبرت المحرمة عندنا لا يشترط الوراثة.

صغير له خال وابن عم، عندنا تجب النفقة على الخال دون ابن العم، وإن كان الميراث لابن العم، عندنا تعتبر المحرمة وأهلية الميراث^(١) لا حقيقة الوراثة حتى لو لم يكن أهلاً للميراث بأن كان بينهما اختلاف الدين لا تجب النفقة. وإذا وجدت المحرمة وأهلية الميراث واليسار تُوزَّع النفقة عليهم على قدر مواريتهم.

بيان ذلك صغير له أخ وأخت وهما موسران كانت^(٢) النفقة عليهما أثلاثاً على قدر الميراث، وإن اجتمع الموسر والمعسر في الوراثة كانت النفقة على المياسير على قدر مواريتهم. بيان ذلك: صغير له أم وثلاث أخوات متفرقات إلا أن الأم والأخت لأب وأم موسرتان وبقية الورثة معسرون فقراء^(٣) كانت النفقة على الأم والأخت لأب وأم على أربعة أسهم على قدر مواريتهما.

ولو كان الكل مياسير كانت النفقة عليهن على ستة أسهم على^(٤) الأخت لأب وأم ثلاثة أسهم، وسهم على^(٤) الأخت لأب^(٥) تكملة للثلثين وعلى الأم سهم واحد، وعلى الأخت^(٦) لأم سهم فإذا اجتمع المعسر والموسر يعتبر المعسر لمعرفة مقدار ما يجب على الموسر ثم يجب الكل على المياسير على قدر سهامهم.

صغير له عم وخال وهما موسران كانت النفقة على العم؛ لأنه أقرب من حيث الحكم، ثم عند الاستواء في الدرجة، يعتبر الوارث بمزلة الأقرب. وإن كان العم معسراً والخال موسراً، كانت النفقة على الخال ويجعل المعسر بمزلة الميت. ولو كان له خال وابن عم، كانت النفقة على الخال؛ لأنها لا تجب على ابن العم عندنا.

(١) في «د، هـ» الوراثة.

(٢) «كانت» ساقط من «أ» وفيها: فالنفقة.

(٣) «معسرون» ساقط من «أ، ج» و«فقراء» ساقط من «ب، د».

(٤) «على» ساقط من «أ، ب».

(٥) في «أ» لأب وأم.

(٦) «على» ساقط من «أ، ب، د» وفيها: للأخت.

صغير له عمّة وخالة وابن عم، كانت النفقة^(١) على الخالة الثلث، وعلى العمّة الثلثان، ولا شيء على ابن العم؛ لأنه ليس من أهل الوجوب فيكون بمنزلة الميت.

والموسر فيه من يملك مالا، تجب فيه الزكاة ومن لا يملك ذلك فهو معسر.

ومن الأسباب: الولادة؛ لأنها فوق الأولى^(٢) فتجب عليه نفقة والديه إذا كانا محتاجين، مسلمين كانا أو ذميين.

والجد، أب الأب وإن علا بمنزلة الأب إذا كان الأب ميتا [٧٧/أ] أو محتاجا، وكذا الجد من قبل الأم بمنزلة الأم إذا كانت الأم ميّة أو محتاجة، وكذا الجدات وإن علون من قبل الآباء والأمهات.

محتاج له ابن وبنت وهما موسران، كانت النفقة عليهما على السواء في ظاهر الرواية؛ لاستوائهما في الولادة، وكذا لو كان له ابنان موسران أحدهما مسلم والآخر ذمي [ولو كانت له بنت وأخ وهما موسران [١٦٩/د] كانت النفقة على البنت وكذا في^(٣) الابن مع الأخ]^(٤) ولو كان له ابنة وابن ابن وهما موسران كانت النفقة على البنت؛ لأنها أقرب ولا يعتبر الميراث.

محتاج له أولاد صغار محاويع وله ابن كبير موسر يجبر الابن الكبير^(٥) الموسر، على نفقة^(٦) أبيه وأولاده الصغار.

أما نفقة الأب فلما قلنا، وأما نفقة الإخوة؛ فلأن الأب إذا كان محتاجا كان بمنزلة الميت، وإن كانت للأب المحتاج أم ولد أو زوجة ليست بأولده الكبير، لا يجبر الولد الكبير^(٧) على نفقتها؛ لأنه لا قرابة بينها وبينه، إلا إذا كان بالأب علة لا يقدر على خدمة نفسه، ويحتاج إلى من يخدمه ويقوم بشأنه، فحينئذ تجب على الولد نفقة من يخدمه، زوجة كانت أو

(١) « النفقة » ساقط من « أ، ب، ج، د ».

(٢) في هامش « ب » أي الأسباب الأولى وهي ذات الرحم المحرم.

(٣) « في » ساقط من « ج ».

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٥) « الكبير » ساقط من « أ، ب، ج ».

(٦) في « أ، ب، ج، د » أن ينفق على.

(٧) « الكبير » ساقط من « أ، ب، ج ».

أم ولد له ؛ لأن الأب إذا كان يحتاج إلى الخادم كانت نفقتها كنفقته، وفي بعض الروايات أوجب نفقة الخادم ولم يشترط الحاجة. هذا الذي ذكرنا ^(١) إذا كان الأب فقيرا به زمانة أو لم يكن به زمانة والابن موسر، فإن كان الابن فقيرا كسوبا ينظر القاضي في كسبه إن كان يكتسب بقدر ما ينفق على نفسه وعياله ويفضل، أجبره القاضي على أن ينفق من الفضل ^(٢) على أبيه لوجود القدرة على الإنفاق، وإن كان لايفضل كسبه عن قوته وعياله لاشئ عليه في القضاء، وفي الديانة ينبغي أن يضم الأب إلى عياله، وكما تجب على الرجل نفقة أبويه، تجب عليه نفقة أولاده الصغار ذكورا كانوا أو إناثا إذا لم يكن لهم مال، يجبر على ذلك ويجبس ^(٣) بخلاف سائر ديون الولد.

فإن كان معسرا لا يقدر على النفقة ويقدر على الكسب يفترض عليه النفقة. وإن كان لا يقدر على الكسب، فإن كان للأولاد أم موسرة، يأمرها القاضي [بالإنفاق والاستدانة عليهم، وترجع بذلك على الوالد إذا أسر، وكذا لو كان الأب موسرا وتمرد وامتنع عن الإنفاق وطلبت المرأة أن يأمرها] ^(٤) بالاستدانة أمرها القاضي ^(٥) بذلك، وترجع عليه ؛ لأن أمر القاضي كأمره.

فإن كان الأولاد ذكورا بلغوا حد الكسب ولم يبلغوا الحلم فأراد الأب أن يؤجرهم أو يسلمهم في عمل له ^(٦) ليكتسبوا وينفق من ذلك عليهم، كان له ذلك ؛ لأنه يدفع ^(٧) المؤنة عن نفسه بما فيه منفعة للصغير، وفي الإناث ليس له ذلك ؛ لأن المستأجر يخلو بها [٧٧/أب] وذلك حرام [حتى لو أجرهن ^(٨) من محرم لهن أو من امرأة ثقة جاز له ذلك] ^(٩) ولا يسقط

(١) « الذي ذكرنا » ساقط من « أ ».

(٢) « من » ساقط من « د، هـ » و « الفضل » ساقط من « د ».

(٣) في « ب » زاد، به.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من « ب ».

(٥) « القاضي » ساقط من « أ ».

(٦) « له » ساقط من « ب، د، هـ ».

(٧) في « د » رفع. وفي « هـ » يرفع.

(٨) في « أ، د » أجرها.

(٩) ما بين المعقوفين ساقط من « ب، ج ».

عن الأب^(١) نفقة الإناث بعد البلوغ لبقاء العجز، ويسقط نفقة الذكور لثبوت القدرة على الإنفاق، حتى لو كان الابن زماً كان على الوالد نفقته؛ لأنه عاجز عن الكسب، فكان بمنزلة الصغير.

قالوا ومن لا يقدر على الكسب لخرقه أو لكونه من أهل البيوتات، أو طالب علم فهو بمنزلة الزمن، إلا أن قبل البلوغ نفقة الأولاد يكون على الأب لا يشاركه في ذلك أحد، وأما بعد البلوغ فكذلك في ظاهر الرواية.

وذكر الخصاص رواية الحسن عن أبي حنيفة أن نفقة الابن الزمن البالغ والبنت البالغة تكون على الأبوين أثلاثاً ثلثها على الأب وثلثها على الأم^(٢).

ومن الأسباب: الزوجية تجب على الرجل نفقة امرأته مسلمة كانت أو كافرة^(٣) غنية أو فقيرة، صحيحة أو مريضة، حرة أو أمة، إذا^(٤) بوأها المولى بيتاً، ما يكفيها من المأكول والملبوس والسكنى.

أما المأكول فالدقيق والدهن، فإن قالت لا أخبز ولا أطبخ لا تجبر المرأة^(٥) على ذلك وعليه أن يأتيها بخبز وإدام، قال الله تعالى: ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾^(٦) والطعام ما يمكن تناوله والدقيق والحنطة لا يمكن تناولهما. قالوا هذا إذا كانت بها علة أو كانت من بنات^(٧) الأشراف، أما إذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم نفسها ليس على الزوج أن يأتيها بطعام مهيناً.

والكسوة درع وخمار وملحفة في كل ستة أشهر وفي الشتاء مع ذلك جبة ولا يجب الخف والمكعب ولم يذكر السراويل.

(١) في « ب » الآباء.

(٢) انظر: أدب القاضي، ٢٧١، ٦٧٢؛ شرح أدب القاضي، ٣٠٢/٤.

(٣) « أو كافرة » ساقط من « ب، ج ». وفي « أ، د، هـ » زاد، أو ذمية.

(٤) « إذا » ساقط من « أ، ب ».

(٥) « المرأة » ساقط من « أ ».

(٦) سورة المائدة، آية: ٨٩. وتمام الآية: أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك

كفارة أيمانكم إذا حلفتهم واحفظوا أيمانكم كذلك بين الله لكم آياته لعلكم تشكرون.

(٧) في « ج » ذوات. بدل، بنات.

وذكر الخصاص السراويل في كسوة الشتاء وكل ذلك على قدر يساره وعسرتة^(١)
 لقوله تعالى: ﴿ عَلَى الْمُسِيرِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾^(٢) وعلى قول الخصاص يعتبر حالهما في
 ذلك حتى لو كان الزوج من الأشراف يأكل الخبز الحواري^(٣) والطير المشوي والباجات^(٤)
 والمرأة فقيرة تأكل خبز الشعير في أهلها يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين.
 ولو كانا موسرين كان لها نفقة الموسرين لا إسراف فيها، ولو كانا معسرين كان لها
 نفقة المعسرين لا تقتير فيها.

وإن كانت المرأة موسرة والزوج معسر، يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين يتكلف
 لذلك، ومن الكسوة الفراش الذي تنام عليه^(٥) وفي الشتاء اللحاف تغطي به.
 وكما تستحق نفقة نفسها تستحق نفقة خادمها [د/١٦٩/ب]، وعن أبي يوسف
 تستحق نفقة خادمين^(٦) إلا أن خادم المرأة إذا امتنعت من الخبز والطبخ، لا تستحق النفقة على
 زوج مولاتها، بخلاف نفقة^(٧) المرأة فإن نفقة المرأة تجب بالاحتباس ونفقة الخادم تجب^(٨)
 بسبب الخدمة، وخادم المرأة تستحق الإزار والخف والمكعب؛ لأنها تحتاج إلى ذلك لأجل
 الخروج.

والمنكوحه إذا كانت أمة لا تستحق نفقة الخادم؛ لأن الأمة [أ/٧٨/أ] خادمة تخدم
 نفسها. والمسلم والذمي والحر والعبد الذي تزوج بإذن مولاه في نفقة المرأة سواء، ويبيع العبد
 بنفقة امرأته كما يبيع بسائر الديون.

-
- (١) انظر: أدب القاضي، ٦٤٧-٦٤٨؛ شرح فتح القدير، ٣٨٨/٤.
 (٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٦. وتام الآية: متاعا بالمعروف حقا على المحسنين.
 (٣) الذي نخل مرة بعد مرة، قال الأزهري: الدقيق الأبيض وهو لباب الدقيق. انظر: القاموس المحيط،
 ٤٨٧؛ المعجم الوسيط ٢٠٦/١.
 (٤) الباجة: كلمة فارسية بمعنى مقادم وكوارع الغنم. انظر: فرهنك كوجك حليم فارسي/الانجليزي
 ص ١١٧؛ قاموس الفارسية ص، ١٢٢.
 (٥) في «د» فيه.
 (٦) انظر: بدائع الصنائع، ٢٤/٤.
 (٧) «نفقة» ساقطة من «ب، ج، د».
 (٨) «تجب» ساقطة من «ج».

والناشزة^(١) لا تستحق النفقة وهي التي خرجت من منزلها بغير إذنه بغير حق، ولو كان الزوج ساكنا في بيت المرأة فمنعته من الدخول عليها كانت ناشزة إلا إذا سألته أن يحولها إلى منزله أو يكتري لها ومنعته من الدخول كانت لها النفقة، ولو كانت مقيمة في بيت الزوج لكنها تمنع نفسها ولا تُمكن كان^(٢) لها النفقة؛ لأنه يقدر على قضاء الشهوة ظاهرا إذا كانت في بيته، وللزوج أن يطأها على كره منها إذا لم يكن الامتناع لأجل المهر.

وتجب نفقة^(٣) المرأة الرتقاء^(٤)؛ لأنه يمكن الانتفاع بها فيما دون الفرج، وكذلك إذا مرضت في بيت الزوج، وإن زفت إليه وهي مريضة لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا هي والأول سواء.

وعن أبي يوسف إذا زفت إليه وهي مريضة لا نفقة لها، قالوا إنما تجب النفقة للمريضة إذا كانت بحال يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه^(٥).

وأما الصغيرة إذا كانت بجماع مثلها فلها النفقة، وإن كانت لا تحتمل الجماع، لانفقة لها. وتجب على الصغير نفقة امرأته الكبيرة؛ لأن العجز جاء من قبله.

ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع^(٦) لا نفقة لها؛ لأن العجز جاء من قبلهما، وكذا المحبوب إذا تزوج صغيرة لا تحتمل^(٧) الجماع لا تجب عليه^(٨) نفقتها حتى تحتمل الجماع، وكما تجب على الرجل نفقة^(٩) المنكوحه تجب عليه نفقة المعتدة لبقاء الاحتباس إلا إذا اختلعت من زوجها على أن لا نفقة لها فلا تستحق النفقة، وكذا لو خرجت من بيت العدة سقطت النفقة،

(١) (نشرت المرأة) على زوجها فهي ناشزة، إذا استعصت عليه وأبغضته. المغرب ص ٤٥٢ .

(٢) « كان » ساقط من « أ، ج » وفيهما: فلها.

(٣) « نفقة » ساقط من « أ، ج ».

(٤) « الرتق بفتح التاء انسداد الرحم بعظم ونحوه . والمرأة الرتقاء التي لا يصل إليها زوجها ». أنيس الفقهاء، ص ١٥١ .

(٥) انظر: المبسوط، ١٩٢/٥؛ بدائع الصنائع، ١٩/٤ .

(٦) في « أ » لا يستطيعان. و« الجماع » ساقط من « هـ ».

(٧) في « أ » لا يستطيع.

(٨) « عليه » ساقط من « أ ».

(٩) « الرجل نفقة » ساقط من « أ » وفيها: المرأة.

فإن عادت كان لها النفقة كالمنكوحه إذا نشزت ثم تابت ^(١) وعادت إلى بيت الزوج. وإذا طلبت من القاضي أن يفترض لها النفقة ويأمرها ^(٢) بالاستدانة أجبها القاضي إلى ذلك ؛ لأنها أنصفت فيما طلبت، فإن فرض لها القاضي فاستدانت أو أنفقت من مالها رجعت بذلك على الزوج ؛ لأن نفقتها تصير دينا بالقضاء.

وإن مات أحدهما قبل القبض سقط المفروض ؛ لأنها صلة من وجه، وإن فرض لها القاضي وأمرها بالاستدانة فاستدانت ثم مات الزوج كان لها، أن ترجع بذلك في تركته في الصحيح من الجواب ؛ لأن أمر القاضي بالاستدانة كأمر الزوج.

ولو صالحها الزوج من النفقة على شيء فهو بمنزلة فرض القاضي ؛ لأن ولايتهما على أنفسهما فوق ولاية القاضي فكان فعلهما كفعل القاضي.

امرأة معسرة لها زوج معسر وابن موسر ^(٣) من زوج آخر فإن نفقتها تكون على الزوج لكن القاضي يأمر الابن بالإنتفاق عليها ثم يرجع بذلك على الزوج إذا أيسر؛ لأنه لو لم يكن لها زوج كانت نفقتها على الابن فعند وجود الزوج كان الابن أولى بالاستدانة.

ومن الأسباب: [٧٨/أ ب] الملك فإن كان المملوك آدميا قادرا على الكسب يكتسب وينفق على نفسه من كسبه، وإن كان عاجزا عن الكسب بأن كان صغيرا ونحوه يجير المولى على النفقة ويقال له إما أن تنفق عليه ^(٤) أو تبيع.

وإن كان المملوك دابة كان على المالك نفقتها ويأثم بتركها، لكن لا يجيره القاضي على نفقة الدابة ؛ لأن الجير قضاء يعتمد سابقة الدعوى، والدعوى تتحقق من الآدمي ولا تتحقق من الدابة، ولكن يأثم بترك الإنتفاق ؛ لأنه إضاعة المال.

(١) « تابت » ساقط من « هـ ».

(٢) في « هـ » لم يأمرها.

(٣) في « أ » معسر.

(٤) « عليه » ساقط من « أ، ب، د، هـ ».

جئنا ^(١) إلى مسائل هذا الكتاب.

رجل اشترى جارية، فولدت عنده ولدا فاستحقها رجل بيينة ^(٢) أخذ الجارية، وقيمة الولد من المشتري ؛ لأن المشتري استولدها بناء على ظاهر الملك فكان مغرورا وولد المغرور حر بالقيمة لقضاء عمر وعلي رضي الله عنهما ^(٣) ولأن الاستيلاء لما كان بناء على ظاهر الملك كان المستولد مستحقا للنظر، ومستحق الجارية استحق ^(٤) الجارية بجميع أجزائها والولد من أجزائها فكان مستحقا للنظر أيضا فجعلنا الولد حرا ^(٥) من الأصل [١٧٠/د أ] في حق المستولد وجعلناه عبدا في حق المستحق، وقلنا بوجوب الضمان على المستولد مراعاة للجانبين، وتعتبر قيمة الولد ^(٦) يوم الخصومة ؛ لأن الوالد صار ضامنا بمنع الولد من المستحق والمنع وجد وقت الخصومة ؛ لأن المنع لا يتحقق قبل الطلب ولهذا لو هلك الولد قبل الخصومة لا يضمن شيئا كما في ولد المغصوبة.

فإن مات الولد وترك عشرة آلاف درهم ثم جاء المستحق واستحق الجارية كان ميراثه للمستولد ؛ لأنه عُلق حرا في حق المستولد، ولا يغرم قيمة الولد ؛ لأنه لم يمنع الولد من المستحق، والميراث ليس يبدل عن الميت حتى يجعل بقاء المال في يد الأب كبقاء الولد ومنعه كمنعه ^(٧).

وإن قُتل الولد كان على القاتل دية ؛ لأنه حر الأصل ويكون ذلك ميراثا للأب بمثلية

(١) في « أ » رجعنا.

(٢) « بيينة » ساقط من « أ، ب، ج » وفيها: ثم جاء رجل فاستحقها.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة، في البيوع، ٣١٤/٤، ٣٦١ ؛ البيهقي في السنن الكبرى، ٢١٩/٧، ٧٤/٩؛ وانظر: نصب الراية، ١١٠/٤ ؛ الدراية، ١٧٩/٢ ؛ المسبوط، ٥١/١١، ٧٩ ؛ حاشية ابن عابدين، ١٩٨/٥ ؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٥٥/٢ .

(٤) « استحق » ساقط من « أ ».

(٥) في « أ، هـ » جزء.

(٦) في « د » الأم.

(٧) « كمنعه » ساقط من « ج ».

كسبه، ويغرم المستولد قيمة الولد المستحق^(١)؛ لأن الدية بدل المقتول فصار بقاء الدية في يده وقت الخصومة كبقاء الولد، وإن لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لم يمنع الولد لاحقيقة ولا حكما فلا يغرم قيمته.

رجل زعم أن فلانا وكله بقبض ماله على فلان وصدقه الغريم يؤمر بدفع المال إليه. فرق بين هذا وبين ما لو ادعى أنه وكيل فلان بقبض الوديعة وصدقه المودع فيه فإنه لا يؤمر بدفع الوديعة إليه^(٢) وقد روي عن أبي يوسف^(٣) أنه يؤمر بدفع الوديعة إليه وقد مرت المسألة قبل هذا^(٤).

فإن دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أراد^(٥) أن يسترده لا يملك ذلك سواء صدقه في الوكالة أو كذبه أو دفع المال إليه، ولم يصدقه ولم يكذبه. أما إذا صدقه فلأن القبض^(٦) وقع حقا. وفي الوجهين الآخرين احتمال الوكالة ثابت، فلا ينتقض القبض بالشك، فإن ضاع المال في يد الوكيل ثم جاء صاحب المال^(٧) وأنكر الوكالة كان القول^(٨) قوله مع اليمين؛ لأن الغريم يدعي عليه البراءة بقبض الوكيل وهو ينكر، [٧٩/أ] فيكون القول^(٨) قوله مع اليمين، فإذا حلف لم تثبت البراءة فيأخذ ماله من الغريم، ثم هل يرجع الغريم على الوكيل؟ فهو على وجوه أربعة: إما أن صدقه ودفع المال إليه^(٩) ولم يضمنه، أو صدقه وضمنه، أو كذبه في الوكالة ودفع المال إليه، أو لم يصدقه^(١٠) ولم يكذبه ودفع المال إليه.

(١) في «أ، ب، ج» للمستحق.

(٢) «إليه» ساقط من «ب، ج».

(٣) في «هـ» أبي مسعود. والصحيح أبو يوسف. انظر: حاشية ابن عابدين، ٣٤١/٨، ٣٧٩.

(٤) انظر: ص ٤٥١ من هذا البحث.

(٥) في «هـ» الوكيل.

(٦) في «هـ» المقبوض.

(٧) في «د، هـ» الحق.

(٨) في «هـ» زاد، فيه.

(٩) «إليه» ساقط من «أ».

(١٠) في «أ» وضمنه.

ففي الوجه الأول، لا يرجع؛ لأنه يزعم أن القابض^(١) كان وكيلا إلا أن الطالب ظلمي في الإنكار ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وفي الوجه الثلاثة له أن يرجع. أما إذا صدقه وضمنه، ومعناه أن يقول الغريم للوكيل^(٢) بلى أنت وكيلى إلا أنى لا آمن أن يحضر الطالب وينكر الوكالة فيأخذ المال منى ظلما، فإن فعل ذلك فهل أنت كفيل بما يأخذ منى ظلما؟ فإذا كفل كان له أن يرجع عليه بحكم الكفالة، كما لو قال إن غصب فلان مالك فأنا ضامن بذلك.

وفي الوجهين الآخرين له أن يرجع أيضا؛ لأنه إنما دفع إليه المال من غير تصديق رجاء أن يجيز الطالب، فإذا لم يجز وأخذ المال^(٣) كان له أن يرجع. متفاوضان أذن أحدهما لصاحبه أن يشتري جارية يطأها^(٤) ففعل فهي له بغير شيء. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع عليه بنصف الثمن؛ لأنه اشترى الجارية لنفسه بدليل حل الوطاء، وأدى الثمن^(٥) من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما لو اشترى طعاما رزقا لأهله ونقد^(٦) الثمن من مال الشركة^(٧).

ولأبي حنيفة أن شراء الجارية كان داخلا في عقد الشركة فلا يتغير إلا لضرورة ولا ضرورة لإمكان حل الوطاء بالهبة فيجعل المشتري^(٨) مشتركا بينهما ويجعل الآذن^(٩) واهبا نصيبه لصاحبه^(١٠) بعد الشراء، فلا يكون له أن يرجع، بخلاف شراء الطعام؛ لأنه من الحوائج الأصلية فكان مستثنى عن عقد الشركة فلا يكون المشتري^(١١) مشتركا بينهما. والله أعلم.

(١) في «د، هـ» القاضي.

(٢) في «هـ» الوكيل للغريم.

(٣) «المال» ساقط من «هـ».

(٤) في «د» ويطأها. وفي «هـ» فيطأها.

(٥) في «هـ» المال.

(٦) في «هـ» ويعد.

(٧) انظر: الهداية، ١٩٨/٦.

(٨) في «أ» الشراء.

(٩) في «أ» بالإذن. وفي «هـ» الإذن.

(١٠) في «ب، د، هـ» من صاحبه.

(١١) في «ب» الشراء.