المملكة العربية السعودية
الجامعة الاسلامية
قسم الدراسات العليا
شعبة الفقه

كتاب الدعوى والشهادة

من الاسرار/لابى زيد عبيد الله بن عمر الدبوسى
المتوفى سنة ٤٣٠هـ

تحقيق ودراسة
على بن أحمد سبيع الغامدى
لنيل درجه العالمية «الماجستير»
اشراف فضيلة الدكتور

فيحان بن شالى المطيرى
الاستاذ المشارك بقسم الدراسات العليا
بالجامعة الاسلامية

١٤٠٨هـ

الجزء الأول

(بسم الله الرحمن الرحيم))

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب اليه ونعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد ان محمدا عبده ورسوله ارسله الله رحمه للعالمين فبلغ الرساله وأدى الامانه ونصح الامة وجاهد فى الله حق جهاده حتى اتاهُ اليقينُ فتركَ أُمَّتَهُ على المحجةِ البيضاءُ ليلُها كنهارها لا يزيغ عنها الا هالك صلى الله عليه وعلى آله واصحابه ومن تبعهم باحسان واقتفى اثرَهم الى يوم الدين . أما بعد :

فقد جاءت شريعةُ الاسلام كاملةً وتعاليمُها محكمةً راعت مصالحَ العبادِ واحوالَهُم وتكفلت برعايةِ الانسان ، ووضعت له الاحكام ، فأنارت له الطريق ، ومهدت له السبيل، والله عز وجل الذى انزل شريعته وأحكمها عالم بطبيعة البشر وغرائزهم وما جُبِلوا عليه من حب الذات والسير وراء الشهوات والطمع فى جمع المال وحب الانتقام من الغير فاقتضت حكمه الحق تبارك وتعالى الا يترك الانسان فريسةً لغرائزه وشهواته والسيرِ وراءَ تزيينِ الشيطانِ وأعوانِه فَسَنَّت الأحكامُ ووضعت الضوابطُ الشرعيه لحمايةِ الحقوق وحفظها حتى لا يستأثر الاقوياءُ بحقوق الضعفاء الذين لا حول لهم ولا قوة، وحتى لا يستبدَّ الظالمُ باموال المظلومين، وحتى لا تسفكَ الدماءُ وتنتهَكَ الأعراضُ دون مبرر شرعى .

وقد وجه الحق تبارك وتعالى الخطاب الى نبيه عليه الصلاة والسلام في أكثر من آية لأن يحكم بين الناس بالعدل وعلى وفق شريعته التى أنزلها وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولمن ولاه الله أمور الحكم بين المسلمين .

فقال تعالى : ((إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)) .(١)

وقال : ((واذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى)) .(٢)

وقال : ((وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهواءهم)) .(٣)

فالله تعالى بهذه الآيات وغيرها الدالة على وجوب الحكم بشرعه وجه الأنظار الى أن الفصل في الخصومات يكون على وفق المنهج الذي ارتضاه لأمته ، وهو بهذا يرسي قاعدة من قواعد فصل الخصومات ألا وهي قاعدة العدل .

وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم باعتبارها مصدرا تشريعيا فقد ورد فيها قواعد أخر لفصل النزاع ،فبين فيها رسول الهدى صلى الله عليه وسلم بوضوح من يلزم باقامة البينة ومن تكون عليه اليمين فقال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه) .(٤)

وفي رواية البيهقي :(ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر)(٥)

وعلى أساس هذه القاعدة يجري الفصل في المنازعات - وان خولفت في بعض المواطن - بالاضافة الى غيرها من وسائل الاثبات المتعددة التى يعتمد عليها القضاة في اصدار الأحكام .

---

(١) النساء ٥٨ .
(٢) الانعام ١٥٢ .
(٣) المائدة ٤٩ .
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٢/١٢ .
(٥) السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ .

ومع القول بأن القاضي يعتمد على هذه الوسائل الشرعية بعد سماعه لأقوال الخصوم وادلائهم بحججهم فان حكمه لا يجعل الحلال حراما أو الحرام حلالا ولذلك فان الرسول صلى الله عليه وسلم حذر من اخذ الحقوق عن طريق الدعاوى الباطلة والحجج الكاذبة فقال (انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحق أخيه فانما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها) .(١)

وباب القضاء من أهم ابواب الفقه الاسلامي وأكثرها اتصالا بحياة المجتمعات اذ أن الانسان لا غنى له عن التعامل مع غيره من افراد جنسه فحاجته تلجؤه الى الأخذ والاعطاء وتبادل المنافع والمصالح الى غير ذلك من شؤن الحياة المختلفة فهذا التبادل للمنافع والمصالح مع تعدد رغبات الناس واختلاف عاداتهم ، وحب كل انسان لنفسه وايثارها على الآخرين

ينشأ معه في الغالب الخلاف والنزاع ، ومن ثم كان لا بد من حسم لهذا الخلاف والنزاع ، وقد اهتم الفقهاء بهذا الباب قديما وحديثا وأفردت له مؤلفات كثيرة فصل العلماء فيها القول في جزئياته المختلفة .

والمؤلف كغيره من العلماء اسهم بجهود كبيرة في هذا الجانب فذكر الكثير من المسائل التي دار فيها الخلاف بين الأئمة وساقها بأدلتها من المنقول والمعقول غالبا وتعرض لبعض وسائل الاثبات وأهمها اذ أن هذه الوسائل الشرعية تعتبر الدرع الواقي لحماية الحقوق وتحقيق العدل بين الناس .

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح ٢٨٨/٥ .
صحيح مسلم بشرح النووي ٤/١٢ وهذا لفظ البخاري .

" أسباب الإختيـــــار "

***** ***** *****

من المعلوم أن الألتحاق بالدراسات العليا يتطلبُ القيامَ بتقديمِ بحثٍ علمـــى لينالَ الباحثُ الدرجةَ العلميةَ التى رغبَ فى تحصيلها .

وبعد الالتحاق بقسم الدراسات العليا بالجامعه كان لا بد لى من سلوك هذا الطريق وكان سبب اختيارى للتسجيل فى الاسرار لأبى زيد رحمه الله تعالى يتمثل فى امور اهمها :

الاول : إن العنايه بتراث الامه الاسلاميه الذى خلفه علماؤنا مسؤليـــةُ الباحثين من طلبةِ العلم لاخراجه للناس مع العنايه به لتتمَّ الاستفادةُ منـــــه وَيَعُمَّ نفعُه فأحببت أن أُسهِمَ بِجُهْدِي المقل راجياً الله تعالى أن ينفع به .

الثانى : إن كتاب الاسرار يعد من كتب الفقه الاصيله فى الفقه الحنفـــى اعتمد عليه علماء الحنفيه سرتبه المؤلف وهو جامع لمسائلَ مهمه كَثُرَ فيهـــا النزاع والخلاف بين علماء هذه الامه رحمهم الله ، والمؤلف بحكم تمكنـــــه عرض هذه المسائل بأسلوب علمى جيد مع الاستدلال للاقوال غالبا .

وقد ضمنه بعض الادله النقليةّ والعقليه مع بيان وجه الدلاله منها ومناقشتها وايراد الاعتراضات التى قد ترد على هذا الاستدلال الذى اورده مع الجواب عنهـــا باسلوب علمى جيد .

الثالث : إن الكتاب بالاضافه الى كونه مصدرا اصيلا فى فقه الحنفيـــــة ضم مسائل كثيرة تعرض فيها للخلاف مع الشافعيه والمالكيه احيانا فهو فقـــه مقارن فى غالبه ومصدر لمختلف الروايات فى فقه الحنفيه .

هذه الامورُ وغيرُها جعلت الدافع عندى قوياً للمسارعه فى تسجيل جزء منه يتصل كثيرا بحياه المجتمعات الاسلاميه وخصوصاً من يَحْكُمُ بشرع الله عز وجل . وكان هذا عاملا قويا شد من ازرى للاستمرار فى هذا البحث رغم ما فيه من الصعوبة والتعقيد . فاستعنت بالله تعالى على ذلك وطلبته العون سبحانه وأرجوه عزوجل أن يصلح نيتى وأن يوفقنى وجميع المسلمين لما فيه رضاه ...

" خطه البحث " :

اشتملت خطه البحث على قسمين هما :

القسم الدراسى .

القسم التحقيقى .

اولا : القسم الدراسى :- واشتمل على فصلين :

الفصل الاول - فيما يتعلق بالمؤلف رحمه الله وفيه سبعة مباحث :

المبحث الاول : فى اسم المؤلف ونسبه .

المبحث الثانى : مولده

المبحث الثالث : اسرته وشيوخه وتلاميذه .

المبحث الرابع : مؤلفاته .

المبحث الخامس: مكانته العلميه وثناء العلماء عليه .

المبحث السادس : عصر المؤلف وفيه اربعة مطالب :

المطلب الاول : بعض حكام بنى العباس فى عصر المؤلف .

المطلب الثانى : بلاد المؤلف .

المطلب الثالث: قيام الدوله السبكتكينيه .

المطلب الرابع : الحاله العلميه والاجتماعيه .

المبحث السابع : وفاته .

الفصل الثانى - فيما يتعلق بالكتاب وفيه اربعة مباحث :

المبحث الاول : اثبات نسبة الكتاب الى المؤلف .

المبحث الثانى : التعريف بالكتاب وبيان منهج المؤلف فيه

المبحث الثالث : نسخ الكتاب ووصفها ٠

المبحث الرابع : الملاحظات على الكتاب ٠

ثانيا : القسم التحقيقي وما يتعلق به على قسمين :

القسم الاول : فيما يتعلق باثبات المفارقات بين النسخ والتصحيح ٠

القسم الثاني : ما قمت به من عمل ومنهجي فيه ٠

القسم الاول :

بعد أن توفر لدى من الأسرار سبعُ نسخٍ قارنت بينها فوجدت أربعاً منها غيرُ صالحه، وقد اشرت إلى سبب استبعادها ثم اعتمدت على أقدم النسخ وهي مراد ملا وهي المشار اليها بالاصل ٠ وقد اتبعت الطريقه التاليه :

(١) اعتمدت على النسخه الاصل وأشرت الى المخالفات في الحاشيه ٠

إلا إذا كان الصوابُ في نسخةٍ ص ـ أو ـ أ ـ أثبته وأشرتُ الى ذلك بقولي المثبت من كذا ٠

(٢) فيحالة ما اذا وجد في احدى النسختين ص ـ أ و ـ أ ـ كلامٌ زائدٌ على ما في الاصل والمقامُ يتطلبُ إثباتَه في الصلب أثبتُّه وجعلتهُ بين قوسين وأشرت الى ذلك بقولي المثبت من نسخه كذا ٠ واعلل في الحال وقد أَسكتُّ عن التعليل لعدم الحاجه اليه ٠

(٣) عند نقصِ الكلامِ وعدمِ وجودِ ما يُكَمِّلُهُ في النسخ المعتمده مع الاصل اذكر في الحاشيه أن الكلام ناقصٌ والسياقُ يقتضي زيادة كذا ٠ كما أنه في حالة النقص ووجوده في النسخ التي لم تعتمد أشير الى أن الكلام ناقص وصحتهُ كذا كما في النسخ التي لم تعتمد {وذلك كما في ص ٤٨٢} وإذا كان في الكلام خطأٌ أقول هكذا في النسخ والصواب كذا وأُعلِّلُ لذلك أحياناً

(٤) إذا كان الكلام ناقصاً فى نسخةٍ ما وفى اثناء هذا الكلام ما يحتاج الـــــى تعليق فانى اجعل الرقم الذى يشير الى السقط فى أول الكلام عند القوس الاول ٠

(٥) فى حالة اعجام الكلمه فى نسخه او نسختين واهمالها فى نسخه او نسختين لم أعتبره فرقا ٠ أما فى حاله اهمال الكلمه فى نسخه والاعجام فى نسختين مع وجـــود الخلاف فانى اشير الى ذلك بقولى مثلا ـ فى الاصل مهمله وفى ص أو ـ أ ـ كذا والمثبت من كذا ٠

(٦) لم التزم باثبات الفوارق فى اخطاء النساخ فى الايات وإنما اصححها على وفق ما فى المصحف ٠ كذلك لم التزم باثبات الفوارق فى حالة الرمز فى كلمات الثنـــاء على اللّهِ تعالى أو الصلاة على الرسول صلى الله عليه وسلم أو الترضى عن الصحابـــه رضى الله عنهم ٠ وفي حالة وجود هذه الصيغ أثبتُ ما فى الاصل واشير الى ما فى غيرها فى الهامش ٠

(٧) أشرت الى بدايه الورقه من مخطوطه الاصل ٠

القسم الثانى : ما قمت به من عمل ومنهجى فيه :

(١) حررت أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى بقدرِ المستطاع سواءٌ كانـــت عند الحنفيه أم المالكيه ام الشافعيه أم غيرهم وذلك بالرجوع الى المصادر الاصليـه لكل مذهب فاذا لم أجده اعتذرت عنه ٠

(٢) اضفت مذهب المالكيه والحنابله فى المسائل التى تعرض المؤلف فيهـــا لذكر الخلاف بين ائمه الحنفيه والشافعيه ـ وهذا فى الغالب ـ وقد أُضيفُ فى بعـــض المسائلِ اقوالَ بعضِ الصحابه رضى الله عنهم والتابعين رحمهم الله ٠ كما تعرضـــت لذكر المذاهب الاربعه فى بعض المسائل الاستطراديه التى يذكرها المؤلفُ إتمامـــاً للفائـــدة ٠

(٣) أذكر من استدل بالادله التى يذكرُها المؤلفُ سواءٌ كانَ الاستدلال نصـــا أم أثرا أم اجماعا أم قياسا وذلك على قدر الطاقه والوسع فاذا لم أجد من استـدل به أذكر أنى لم أجد من استدل به أو اسكت عنه ٠

لذلك فانى عند ذكر السورة التى وردت فيها الاية والتى استدل بها المؤلـــــفه أو بعد تخريج الحديث أقول،وانظر كذا أو اقول وقد استدل به فلان فى كـــــذا رغبةً منى فى تسهيل الامر على من اراد الرجوع إلى ذلك الدليل ٠

(٤) أعدتُ الايات الكريمه إلى مواضعها فى سور القرآن الكريم ٠

(٥) خرجت الاحاديثَ والاثارَ وعزوتُها إلى مصادرها الحديثيه والمصنفـــاتِ ما استطعتُ الى ذلك سبيلا وأذكر اقوال اهل العلم فى الحديث اذا لم يكن فـــى الصحيحين أو احدهما واذا لم أجد لاهل الفن كلاما فى الحديث لم اتعرض لـــــه لا بتصحيح ولا تضعيف ٠

(٦) أكتفى احيانا بتخريج الحديث من الصحيحين أو أحدهما ٠

(٧) عند عدم وجود الاثار فى مظانـــــها أقول ذكره فلان أو «أنظر كـــــــذا ٠

(٨) اذا لم أجد نص الحديث أو الاثر الذى استدل به المؤلف أقول لـــــم أجده بلفظه واسوق اللفظ الذى اطلعت عليه وإن كان اللفظ مقاربا اكتفيت بالاحالـه إلى مظانـــه ٠

(٩) علقت على المسائل الاصوليه

(١٠) عرفت ببعض المصطلحات الفقهيه والاصوليه ٠

(١١) شرحت الالفاظ الغريبه حسب الامكان

(١٢) ترجمت لبعض الاعلام واكتفيت بالاحاله الى مصادر الترجمه فى البعض الاخـر

الصعوبات التى واجهتنى أثناء التحقيق :

من الامور المسلمه أن الدخول فى عملٍ ما لا بد أن يلحق صاحبه بعض الصعوبات، واعدادُ البحوث العلميهٌ وتحقيق المخطوطات يواجه الباحثُ فيها عقباتٍ كثيرة . لا سيما من كان فى منزلتى ممن بضاعتهم فى هذا الفن قليله محصورة . فالتعرف على مصطلحات الفقهاء ومعرفه ما يقصدون ليست سهله المنال وخصوصا كتابات المتقدمين ومنهم مؤلف الاسرار. رحمهم الله تعالى رحمه واسعه .

واثناء معايشتى لتحقيق هذا الكتاب واجهتنى عقبات وصعوبات كثيرة أشرت الى اساسها

أما الصعوبات الاخرى فانى ساجملها فى النقاط التاليه :

أ) ان المؤلف كثيرا ما يذكر احالات مبهمه كقوله على ما بينا أو على ما نذكر أو على ما مر وأحيانا يذكر الباب الذى عناه بالاحاله .

ب) يذكر احيانا على ما ورد فى الشرع او جاء به النص وهذا يتطلب البحث عما اراد بذلك .

ج) تساهله رحمه الله فى نقل الاحاديث والاثار اذ أنه قد يأتى بلفظ غير وارد فى الحديث وهذا يتطلب ايضا البحث عن هذه الروايه التى اوردها .

د) استطراده فى المسائل الفرعيه للتدليل على المسأله التى هو بصدد الحديث عنها ليحصل على هدفه من وراء هذا الاستطراد حتى أن القارئ ينسى رأس المسأله كما فى مسألهٌ شهادة الفساق، فقد أطال فيها إطالةً لم يسبقه اليها احد فيما أعلم - وكذا الحال فى شهادة المحدود فى القذفِ والشاهدو اليمين .

هـ) تمكنُ المؤلفِ من الادلةِ العقليةِ والقواعد الأُصوليةِ الذى جعل أسلوبَه صعبا

وهذا شكل لى عقبةً رئيسيه فى فهم النص ٠

****** ***** ****

هذا وانى اشكر الله عز وجل على نعمه التى لا تعد ولا تحصى وأسأله سبحانه أن يوفقنى لما يحب ويرضى ٠

واعترافاً بالجميل لاهله وعملاً بقول المصطفى صلى الله عليه وسلم " لا يَشْكُرُ اللهَ مَن لا يشكرِ الناس " [1] فإنى اتقدم بالشكر والتقدير لفضيله شيخى واستاذى الدكتور فيحان بن شالى المطيرى الاستاذ المشارك بقسم الدراسات العليا الذى تفضل مشكوراً بالاشراف على هذه الرسالة وقد وجدت منه التوجيه والارشادَ ورحابةَ الصدر فلم يأل جهدا فى سبيل انجازِ هذه الرساله ولم يقتصر على الأوقات الرسمية المحددة للاشراف سواءٌ فى القراءة الاولى أم الثانيه ولا املكُ إلا أن ادعو له بالتوفيق وأسأل المولى عز وجل أن يبارك له فى عمره ووقته وأن يسلك به سبيل العالِمين العامِلين وأن ينفع به الاسلام والمسلمين ٠

كما اشكر كل من مد لى يد المساعدةِ والمعاونةِ من الاساتذه الافاضل والأخوه الزملاء ، **وخصوصا الذين سبقونا في تحقيق الاسرار ، فقد استفدنا منهم جزاهم الله خيرا ووفهم لما يحب ويرضى ٠**

---

(١) سنن أبى داود ١٣ / ١٦٥ رقم ٤٧٩٠ ٠

(ل)

وهذا العملُ الذى اقدمه اليومَ استفرغت فيه وسعى وبذلت طاقتى ولم أدخر مـــــن ذلك شيئا وقد عانيت فى سبيل اخراجه الكثير منه الصعوبات .

فإن كنتُ قد وفقتُ فذلك فضل من الله عز وجل أسأله أن يوفقنى لشكره وان لـــم أصل الى ما ابتغيت فعذرى أنى بذلتُ كل ما فى وسعى ، والكمال لله وحـــــده وأسأل الله عز وجل أن يوفقنى وجميع المسلمين لما فيه رضاه وأن يصلـــــــح قلوبنا وأن يجعل اعمالنا خالصه لوجهه الكريم . وآخر دعوانا أن الحمد للـــه رب العالميـــــــــن .

((القســـم الدراســـي))

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول فيمايتعلق بالمؤلـف . والفصل الثاني : فيما يتعلق بالكتاب

الفصل الأول وفيه سبعةمباحث :

المبحث الأولـــ : اســـمه ونســـــبته

المبحث الثانـي : مولـــــــــــــــده

المبحث الثالـث : اسرته وشـيوخه وتلاميـــذه

المبحث الرابـع : مؤلفاتـــــــــــــــه

المبحث الخامس : مكانته العلمية وثناء العلماء عليه .

المبحث السادس : عصـره . وفيـه أربعـة مطالـــب :

المطلب الأولـــ : بعض حكام بنى العباس في هذا العصـــر

المطلب الثانـــي : بـلاد المؤلـــــف

المطلب الثالـــث : قيام الدولة السبكتكينيه .

المطلب الرابـــع : الحالة العلمية والاجتماعية .

المبحث السـابع : وفاتـــــه .

==========

((بسم الله الرحمن الرحيم))

تمهيد :

حظى أبو زيد الدبوسي رحمه الله بعنايه واهتمام الباحثين ممن تقدمونا وخصوصا في الجامعة الاسلامية ، وتناوله الباحثون من جوانب عده سواء الجوانب المتعلقة بتحقيق اسمه واسم كتابه ، أو مؤلفاته وعصره الذى عاش فيه ، وعقيدته ، واختياراته في الفقه والأصول ، ودراسة بعضها دراسة تفصيلية ، ومنهجه في كتابه وطريقة عرضه للأقوال وأمانته في النقل واستدلاله للمخالف إلى غير ذلك من الأمور المتعلقه بحياة مؤلفنا وكتابه .

واستقصاء من تقدم سهل ولم يدع مجالا لاضافة شيء جديد يفيد الباحثين لذا فان دراستى التى سوف أقدمها سأراعي فيها جانب الاختصار حرصا على الوقت وعدم اهدار الجهود لكتابة كلام مكرر لا يترتب على كتابته وتقديمه إلا التطويل وملل المطالعين له ، والنفور منه لعدم جدواه وفائدته . والجهود التى تبذل في الكتابة عن شخصية مؤلف واحد وهو ممن لم يساهم مساهمة كبيرة في جوانب مختلفه ستضيع هدرا .

ولو قدر لكتاب الأسرار الظهور إلى المكتبات فانه سيكتفى بجزء قليل من هذه الدراسات التى قدمت والبقيه ستطرح جانبا ،

لهذه الأسباب وغيرها سأقتصر على بعض الجوانب التى تعطى القارئ لهذه الرسالة فكرة موجزه عن المؤلف وكتابه ، وأتناول بشيء من التفصيل موضوع بحثى .

وطريقة عرض المؤلف للأقوال ودقته في العزو الى الأئمة رحمهم الله تعالى أسأل الله عز وجل أن أوفق في تقديم صورة كامله للقارئ عن هذه الأمور والله ولي التوفيق . .

المبحث الأول :

((اســـمه ونســـبته))

هو الإمام القاضي الفقيه الأصولي عبيد الله بن عمر بن عيســـى الدبوسي ويكنى بأبي زيد ، وهذا الاسم هو الذي اتفقت عليه مصـادر الحنفية التي ترجمت للمؤلف رحمه الله ووافقتها بعض المصادر فـي ذلـك. وقد صرح به في مقدمة الكتاب ، وعند كلامه على مسائل الخف قال :" قـال عبيد الله"[1] .

خالفت بعض المصادر في اسمه وذكرت أن اسمه عبد اللـه . (٢)

---

(١) انظر: الجواهر المضية : ٢/ ٤٩٩ و ٤/ ٤٧ ، تاج التراجم : ٣٦ الفوائد البهية : ١٠٩ ، كتائب أعلام الأخيار : ٤٧ ، كشف الظنون ١/ ٨٤ ، ١٦٨ ، ١٩٦ ، ٣٥٢ ، ٤٦٧ ، ٥٦٨ ، ٧٠٣ ، مفتاح السعادة : ٢/ ١٨٤ ، معجم البلدان لياقوت الحموى : ٢/ ٤٣٧. وراجع رسالة د / نايف العمرى ١/ ٢ - ٣ ، ورسالة الشيخ / سـلمي السحيمي ٤٠ وما بعدها .

(٢) الجواهر المضيه : ٢/ ٣١٩ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٥٢١ ، وفيات الأعيان : ٣/ ٤٨ ، كشف الظنون : ١/ ٣٣٤ ، شذرات الذهب ٣/ ٢٤٥ ، الأنساب : ٥/ ٣٠٥ ، اللباب في تهذيب الأنسـاب ١/ ٤٩٠ ، البداية والنهاية : ١٢/ ٥٠ ، الأعلام : ٤/ ١٠٩ معجم المؤلفين : ٦/ ٩٦ ، الفكر السامى : ٢/ ١٧٩ ، العبر : ٢/ ٢٦٣ الفتح المبين : ١/ ٢٣٦ ، تبصير المنتبه : ٢/ ٥٦٨ ، الفوائد البهيه ١٠٩ ، نقله عن ابن خلكان .

أما فؤاد سزكين فانه جمع بين الا سمين في كتابه تاريخ التراث ولكن هـذه المخالفة منه لا يعول عليها[1] .

والذى ترجح لي هو الا سم الأول لما يلى :-

١- إنه الا سم المصرح به في أغلب كتب الحنفية التى ترجمت للمؤلـــف رحمه الله تعالى . وهم أعلم باسماء علمائهم من غيرهم .

٢- إنه صرح به على بعض النسخ من الأسرار وكتابه تقويم أصول الفقـــه .

---

(١) تاريخ التراث العربي ، المجلد الأول الجزء الثالث : ١٢٤ المطبوع بمطابع جامعة الا مام محمد بن سعود .

نسبته :

ينسب المؤلف رحمه الله تعالى إلى " دبوسيه " بفتح الدال وضم الباء الموحده بعدها واو ساكنه ، أو دبوسه " (١)

وقد نسبه الذهبي إلى دبوسية وبخارى (٢)

ودبوسيه :

قال عنها ياقوت الحموى رحمه الله " بليدة من أعمال الصغد من ما وراء النهر " (٣)

وقال الحميرى " من بلاد الصغد مدينة حسنه كثيرة البساتين والثمار ولها قرى ومزارع وعمارات حسنه وفيها منبر واسواق كثيره وليس لها كبير قرى ولا رساتيق (*) ولها سور تراب وبها مياه جارية " (٤)

أما موقع هذه البلده :

فبعض من ترجم للمؤلف ذكر أنها بلدة بين بخارى وسمرقند (٥)

---

(١) الأنساب : ٥/٣٠٥ ، اللباب : ١/٤٩٠ ، شذرات الذهب ١/٢٤٥ - ٢٤٦ ، الفوائد البهية ، تاج التراجم : ٣٦ ، الجواهر المضيه : ٢/٥٠٠ ، وفيات الأعيان : ٣/٤٨ ، العبر : ٢/ ٢٦٣ مفتاح السعاده : ٢/١٨٤ .

(٢) سير أعلام النبلاء : ١٧/٥٢١ .

(٣) معجم البلدان : ٢/٤٣٧ ، وانظر مراصد الاطلاع : ٢/٥١٣ .

(٤) الروض العطار في خبر الأقطار : ٢٣٣ "

(٥) الأنساب : ٥/٣٠٥ ، اللباب : ١/٤٩٠ ، مفتاح السعادة ٢/١٨٤ الفتح المبين : ١/٢٣٦ ، وفيات الاعيان : ٣/٤٨ ، = = =

(*) الرستاق : معرب ويستعمل في الناحية التي هي طرف الأقليم . المصباح المنير ١/٢٢٦ .

وقيل إنها قرية بسمرقند (١)

ونقل ابن كثير عن ابن خلكان القول بأنها من أعمال بخارى (٢).

وفي كتاب بلدان الخلافه الشرقيه لكيلسترنج ما يدل على عدم بقاء هذه البلدة بهذا الاسم إذ أنه لما ذكر المدن التى تقع بين بخارى وسمرقند في ضفة السغد الجنوبية وهى ثلاث مدن كبيره في المئه الرابعة - العاشرة - قال " هى كرمينيه (ومازالت قائمه) والدبوسيه ورينجن " (٣)

فسكوته عن المدينتين الأخيرتين يدل - والله تعالى اعلم - على عدم بقائهما بهذا الاسم ولا أدرى بماذا تسم اليوم .

وينسب إلى هذه البلدة جماعه من المحدثين والفقهاء كابى الفتح ميمون بن محمد بن عبد الله بن ابى بكر الدبوسي الشافعي وابى القاسم على بن أبى يعلى بن زيد الدبوسي الشافعي وغيرهما . (٤)

---

(١) الفوائد البهية : ١٠٩ .

(٢) البداية والنهاية : ١٢ / ٥٠ .

(٣) بلدان الخلافه الشرقيه : ٥١١ .

(٤) اللباب في تهذيب الأنساب : ١ / ٤٩٠

وراجع رسالة الدكتور / نايف العمرى ١ / ٤ .

المبحث الثاني :

((مولـــــده))

أكثر المصادر التي ترجمت للدبوسي لم تذكر تاريخ ولادته لكنـــه يمكننا تحديدَها بناءً على ما ذكره قطلوبغا في تاج التراجم والقرشي فـي الجواهر المضيه والزركلي في الأعلام حيث ذكروا أنه توفي وله ثلاث وستون سـنه . (١)

فاذا نظرنا إلى أن الراجح في وفاته أنها كانت سنة ٤٣٠ هـ كما ذكرت ذلك مصادر ترجمته كما سيأتي بإذن الله أن ولادته كانت في هـذه السـنه أما على ما قيل بأن وفاته كانت سنة ٤٣٢ هـ فان ولادته ستكون سـنة ٣٦٩هـ.

---

(١) تاج التراجم : ٣٦ ، الجواهر المضيه : ٢/ ٥٠٠ ، الأعلام ٤/١٠٩

المبحث الثالث :

ـ((أسرته وشيوخه وتلاميذه))ـ

١- أســـــرته :

لم تذكر المصادر التي اطلعت عليها شيئا عن أسرة المؤلف لكنه أشار في كتابه الأسرار وتقويم أصول الفقه إلى ما يدل على أن والده كـــان عالما في الفقه والأصول مما يؤكد لنا أنه نشأ في أسرة كان لها اهتمـــام بطلب العلم ومجالسة أهله .

قال في الاسرار " سمعت أبى عمر بن عيسى يحكى عن أبى عمـــر غـــلام ثعلب ببغداد يحكى عن ثعلب أنه قال " البشره الجلدة التى تقـــى اللحم عن الأذى " (١)

وقال في تقويم أصول الفقه " قال بعض العلماء لا دليل حجة للنافـــي على خصمه ولا يكون حجه للمثبت وكان أبى رحمه الله يحكيه عن مشـــايخ العـراق " (٢)

٢- شيوخـــه :

اقتصرت بعض الكتب التى ترجمت للدبوسي على ذكر شيخ واحـــد هو الشيخ القاضي الأمام ابو جعفر بن عبد الله الأسروشنى . (٣)

---

(١) الأسرار للمؤلف : ١/١٩ ب .

(٢) تقويم أصول الفقه : ٦٤٦ .

(٣) انظر: الفوائد البهيه : ٥٧ - ٥٨ ، الجواهر المضيه : ٤/٣٢ الفتح المبين : ١/٢٣٦ ، وراجع رسالة الدكتور/ نايف العمـــرى ١/١٦ ، رسالة الشيخ / سلمى السحيمي : ٤٣ .

وهذا فيما اطلعت عليه

وذكر في كتابه الاسرار اسم شيخ آخر هو " اسحاق بن ابراهيم الحطيب"[1]

والمؤلف رحمه الله لا بد أنه أخذ العلم عن والده .

والنقل السابق يدل بوضوح على تلقيه العلم عنه .

تلاميـــذه :

المصادر التي اطلعت عليها لم تذكر من تلاميذ أبي زيد رحمه الله سوى اثنين وهذه القله في تلاميذه ترجع في نظري إلى أن كتـــب التراجم التي بين ايدينا اقتصرت على ذكر من برز منهم دون غيـــره . أو أن هناك بعضاً من تلاميذه ترجم لهم في كتب لم تصلنا .

اذ لا يعقل أن يكون تلاميذ هذا العلم اثنين فقط لأنه قد تبوأ مكانـــة علمية كبيرة في وقته ووصف بأنه شيخ تلك الديار وأنه من أذكياء الأمـــه ومن هذا شأنه حرى أن يتتلمذ عليه خلق كثير من أهل زمانه والله أعلـــم .

وأول تلاميذه :

١- ابو نصر أحمد بن عبد الرحمن بن اسحاق الريغذموني نسبة الـــى ريغذمون قرية من قرى بخارى .

ولد في شوال سنة ٤١٤ هـ وتوفي في رمضان سنة ٤٩٣ هـ كـــان إماما فاضلا ولي قضاء بخارى . (٢)

٢- القاضي على علاء الدين المروزى (٣)

صاحب أبي زيد أخذ الفقه عنه .

---

(١) الاسرار : ١/ه ل أ - ب .

(٢) الفوائد البهيه : ٢٣ - ٢٤ ، الجواهر المضيه : ١/١٨٦ ، ٤/٢١٦ - ٢١٧ ، اللباب في تهذيب الانساب : ٢/٤٨ الطبقات السنيه : ١/٣٧٧ .

(٣) الجواهر المضيه : ٤/٤١٦ ، الفوائد البهية : ١٤٤ .

المبحث الرابع :

ـ((مؤلفاتـــه))ـ

ترك الدبوسي رحمه الله تعالى ثروة علمية كبيره في الفقه والأصول خاصه ومؤلفاته التى نصت عليها كتب التراجم أو نص عليها علماء الحنفيـــة في كتبهم سأذكرها مع المصادر التى نسبتها اليه :

١- الأســـرار :

وسيأتي مزيد بيان عنه في الفصل الخاص بدراسة الكتاب ان شاء الله تعالـــى .

٢- تأسيس النظر (١)

وهو أول كتاب طبع من مؤلفاته وهذا الكتاب يبحث في سر منشـــــأ الخلاف بين الأئمة وقد اشتمل على ثمانية أقسام :

خمسة أقسام منها بين علماء الحنفية .

والقسم السادس : في الخلاف بين الحنفية والمالكية

والقسم السابع في الخلاف بين الحنفية وابن أبي ليلى

والقسم الثامن في الخلاف بين الامام وصاحبيه وبين الامام الشافعي ثـــم ذكر في آخر هذه الأقسام قسما آخر ذكر فيه أصولا يشتمل كل أصل علـــى مسائل خلافيه متفرقه .

وقد اهتم المؤلف في كتابه هذا ببيان الأصول التى يرجع اليها مرد اختـلاف الفقهاء رحمهم الله فيذكر الأصل ثم يذكر المسائل التى تنبنى على هـــذا

---

(١) الأعلام : ٤/ ١٠٩ ، معجم المؤلفين : ٦/ ٩٧ ،تاريخ التـــراث العربي المجلد الأول الجزء الثالث : ١٢٥ ، الفتح المبين ١/ ٢٣٦

الأصل ووقع فيها الخلاف . (١)

٣- تقويم أصول الفقه (٢)

حقق منه باب القياس الى آخره في الجامعة الاسلامية . وذكر محققه أن بعضه حقق في جامعة الأزهر . (٣)

وله نسخة بالجامعة تحت رقم ١٨٢٢

٤- الأنوار في أصول الفقه (٤)

٥- التعليقه في الخلاف (٥)

له نسخه بمصر . بمكتبة تيمور برقم ٣٥٩ ، ونسخة بتركيا بمكتبة عاطف ٢/٦٦٠ من ورقة ٢٣٩ - ٢٨٧ ، تاريخ النسخ ٩٦٦ هـ . وكلاهما ناقصة .

٦- خزانة الهدى (٦)

---

(١) راجع تأسيس النظر ص ٥ وما بعدها و ص : ٦١

(٢) الفوائد البهيه : ١٠٩ ، سير أعلام النبلاء : ١٧/ ٥٢١ ، الاعلام ٤/ ١٠٩ ، معجم المؤلفين : ٦/ ٩٧ ، كشف الظنون : ١/ ٤٦٧ البداية والنهاية : ١٢/ ٥٠ ، اللباب في تهذيب الأنساب ١/ ٤٩٠ مفتاح السعاده : ٢/ ١٨٤ ، الفتح المبين : ١/ ٢٣٦ .

(٣) انظر: رسالة الدكتوراه المقدمه من الشيخ عبد الرحيم صالح الافغاني ١/ ١٤٣ .

(٤) كشف الظنون : ١/ ١٩٦ ، معجم المؤلفين : ٦/ ٩٧ ، هدية العارفين : ١/ ٦٤٨ .

(٥) مقدمة ابن خلدون : ٤٥٧ ، كشف الظنون : ١/ ٧٢١ ، هدية العارفين : ١/ ٦٤٨ ، تاريخ التراث العربي : ١/ ٣/ ١٢٦ .

(٦) كشف الظنون : ١/ ٧٢١ ، هدية العارفين : ١/ ٦٤٨ ، الأمد الأقصى للمؤلف : ٤٩ ، جامع أحكام الصغار : ٢/ ٧٨ ، تقويم الأدله : ٣ .

٧- شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن . (١)

٨- النظم في الفتاوى (٢)

٩- الأمـــد الأقصـــى (٣)

وهو كتاب في الوعظ والارشاد والزهد والتصوف وذكر فيه بعض مباحث العقيدة كالايمان واسماء الله تعالى وصفاته .

ومن خلال هذا الكتاب يتبين لقارئه أن المؤلف مضطرب فـــي بعض مباحث العقيده وسيأتي معنا من الأمثله ص ٩١؟ تعريفه للايمان رحمه الله تعالى فقد أفضى الى ما قدم وقد أفاد الشيخ سلمي بما فيه الكفاية عن مباحث الكتاب وما اشتمل عليه .

نسب للمؤلف كتابات أحدهما ذكره حاجي خليفه والآخر ذكره صاحب الفتاوى الهنديه وهما :

* تجنيس الدبوســي (٤)

* كشـــف المشـــكل

---

(١) كشف الظنون : ١/٥٦٨ ، هدية العارفين : ١/٦٤٨ .

(٢) الفوائد البهيه : ١٠٩ ، الفتح المبين للمراغي : ١/٢٣٦ ، الفكر السامي : ٤/١٧٩ .

(٣) تاج التراجم : ٣٦ ، سير اعلام النبلاء : ١٧/٥٢١ ، الاعلام ٤/١٠٩ معجم المؤلفين : ٦/٩٧ ، كشف الظنون : ١/١٦٨ ، تقويم الادلة ٣ ، تاريخ التراث العربي : ١/٣/١٢٤ ، هدية العارفين ١/٦٤٨ مفتاح السعاده : ٢/١٨٤ ، الفتح المبين : ١/٢٣٦ .

(٤) كشف الظنون : ١/٣٥٢ .

ذكره في الفتاوى الهنديه : ٣/٤٣٣ ،حيث قال " وذكر القاضـــــي أبو زيد في كشف المشكل "

ولم أطلع على الكتاب رقم ((٤، ٥ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، وما نسبه اليه حاجي خليفه وصاحب الفتاوى الهنديه .

كما أن الزركشي نسب له كتابا آخر اسمه التأويلات في تفسير القرآن .

انظر المعتبر في تخريج أحاديث المنهاج ، والمختصر ٢٧٦ تحقيق حمـــــدي السلفي - دار الأرقم ط أولى ١٤٠٤ هـ .

المبحث الخامس :

-((مكانته العلمية وثناء العلماء عليه))-

كان الدبوسي رحمه الله تعالى فقيهاً أصولياً

يشهد بذلك مصنفاته في هذين المجالين ويعد كتابه الاسرار من المصادر الفقهيه الأصيله التى اعتمد عليها علماء الحنفيه من بعده وهو حسب علمي أول كتاب كتب بهذه الطريقه - في الفقه المقارن - من ناحية عرض الأقوال والاستدلال للمخالف وافتراض الاعتراضات والرد عليها مما يدل على تمكن المؤلف وذكائه وسعة علمه .

أما كتابه التقويم فهو كتاب أصول اعتمد عليه الحنفيه من بعده أيضا فالمطالع مثلا لكتاب كشف الأسرار وميزان الأصول يدرك مدى أهمية هذا الكتاب وأن علماء الحنفيه اكثروا من النقل عنه وتناقلوا اراء مؤلفه في كتبهم مع ابداء وجهة النظر في بعضها والاعتراض عليها .

والمؤلف له اختيارات في الفقه والأصول - نبه على كثير منها البخارى في كشف الأسرار والسمرقندى في ميزان الأصول[1] وقد تبعه في اختياراته أكثر متأخرى الحنفيه .

وقد ينشأ سؤال عن مؤلفنا هل بلغ رتبة الاجتهاد أو أنه كان مقلدا . وبالاطلاع على الفتره التى عاش فيها المؤلف قل أن يخرج عالم منهم عن اتباع مذهب من المذاهب الأربعه . (٢)

قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى الأصل أن كل آية تخالف قول

---

(١) راجع رسالة الدكتور / نايف العمرى : ١/ ٢٩ وما بعدها .
ورسالة الشيخ سلمي السحيمي : ٧٢

(٢) راجع رسالة الدكتور / نايف العمرى ١/ ١٣ ، وما بعدها .
ورسالة الشيخ سلمى السحيمي : ٤٩ .

أصحابنا فانها تحمل على النسخ أو على الترجيح والأولى أن تحمل على التأويل من جهة التوفيق " (١)

لكن أبا زيد رحمه الله كتب في مقدمة كتابه الاسرار ما يدل على محاربته للتقليد كما أنه ذكر في تقويم أصول الفقه ما يدل على عدم رضاه بمسلك التقليد والمقلدين (٢) ورغم شهرة المؤلف رحمه الله تعالى وبروعه في فنى الفقه والأصول وتشجيعه على عدم التقليد فقد عده أحد علماء الحنفيه المتأخرين من الطبقة الرابعه أصحاب التخريج من المقلدين . (٣)

والذى أراه أن المؤلف رحمه الله مجتهد في دائرة المذهب . اذ أنه أحيانا يرجح بين الأقوال في مذهبه انظر ص ١٢٧ - ٣٠٢ - ٢٩٧ وراجع رسالة الدكتور نايف العمرى ١/ ٥٠ - ٥١ .

٢- ثناء العلماء عليه :

أثنى العلماء على أبى زيد وشهدوا له بالتقدم في العلم وأنه من أذكياء الأمة وأنه عالم ما وراء النهر .

وانه ممن يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج والرأى .

وقد اثنى ابن خلدون عليه خاصة وقال، بأن كتابته وتأليفه من أحسن كتابات المتقدمين . (٤)

---

(١) أصول الكرخي المطبوع مع تأسيس النظر : ١١٦

(٢) الأسرار للمؤلف : ١/ل ١ -أ تقويم أصول الفقه : ٨٢٣ - ٨٢٦
وراجع رسالة الدكتور نايف العمرى : ١/ ١٣ .

(٣) القواعد الفقهيه لمحمد عميم : ٥٦٩ .

(٤) انظر: سير اعلام النبلاء : ١٧/ ٥٢١ ، مفتاح السعاده : ٢/ ١٨٤
الانساب : ٥/ ٣٠٦ ، وفيات الأعيان : ٣/ ٤٨ ، اللباب : ١/ ٤٩٠
= = =

المبحث السادس : عصر المؤلف :

المطلب الأول : بعض حكام بنى العباس في هذا العصر

عاش المؤلف رحمه الله في أواخر القرن الثالث الهجرى وأوائل القرن الرابع الهجرى حيث أنه ولد كما سبق سنة ثمان وستين وثلاثمائة وتوفى سنة ثلاثين وأربعمائة من الهجرة ، وهذه الفترة التاريخية تعرف بدور البويهيين (١) في دولة بنى العباس من سنة ٣٣٢ أو ٣٣٤ الى ٤٤٧هـ (٢) وهو يمثل الدور الثالث للخلافة العباسية (٣)

وخلفاء هذا العصر هم :

١- المتقى لله ابراهيم بن المعتمد بن أبى أحمد بويع بالخلافة في ٢٠ من ربيع الأول سنة ٣٢٩ هـ ولم يزل خليفة حتى خلع فى ٢٠ صفر سنة ٣٣٣ هـ . (٤)

٢- أبو القاسم المستكفي بالله عبد الله بن المكتفى بن المعتضد ولم تدم مدة خلافته الا سنة واربعة أشهر ويومين وتوفى سنة ٣٣٨ هـ (٥)

(=) شذرات الذهب : ٣/ ٢٤٥ ، البداية والنهاية : ١٢/ ٥٠ ، مقدمة ابن خلدون : ٤٥٥- ٤٥٦ ، وراجع رسالة د /نايف ١/ ٣٧ ومابعدها

(١) راجع فيما يتعلق بأمر نسبهم تاريخ الاسلام السياسي لحسن ابراهيم ٣/ ٣٧ .

(٢) انظر: البداية والنهاية : ١١/ ٢٢٥ ، تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٣٧ ، تاريخ الامم الاسلامية - الدولة العباسية - ٣٧١ .

(٣) قسم المؤرخون الدولة العباسية الى أربعة عصور :
١) عصر القوة أو العصر الذهبي ١٣٢ - ٢٣٢ هـ
٢ عصر النفوذ التركي من ٢٣٢ - ٣٣٢ هـ
٣) عصر البويهيين من ٣٣٢ - ٤٤٧ هـ
٤) عصر السلاجقه من ٤٤٧ - ٦٥٦ هـ
انظر تاريخ الأمم الإسلامية للخضرى ٤٨٤-٤٨٦

(٤) الكامل في التاريخ ٨/ ٣٦٨ و ٤١٨ ، البداية والنهاية ١١/ ٢١١ و ٢٢٣ ، تاريخ الخلفاء للسيوطي ٣٩٤ ، تاريخ الامم الاسلامية ٣٦٨

(٥) الكامل في التاريخ : ٨/ ٤٢٠ ، و ٤٥٠ - ٤٥١ و ٤٨٤ ---

٣- المطيع لله الفضل بن المعتضد بويع بالخلافة في ١٢ من جمادى الآخره سنة ٣٣٤هـ - ٣٦٣ هـ ولم يكن له من الأمر شيء والنفوذ في عهده للملوك من آل بويه . (١)

٤- أبو الفضل الطائع لله عبد الكريم بن المطيع بن المعتضد بويع بالخلافه بعد خلع ابيه المطيع ٣٦٣ - ٣٨١ هـ
وكان السلطان بالعراق في عهده لبني بويه (٢)

٥- أبو العباس القادر بالله أحمد بن اسحاق بن المقتدر بن المعتضد بويع عام ٣٨١ - ٤٢٢ هـ . (٣)

٦- أبو جعفر القائم بأمر الله عبد الله بن أحمد القادر بالله .
بويع بالخلافة بعهد من أبيه سنة ٤٢٢ - ٤٦٧ هـ (٤)
وقد عاصر الأمام الدبوسي الطائع لله والقادر بالله ، والقائم بأمر الله في أول خلافته .

(=) البداية والنهاية : ١١/ ٢٢٦ و ٢٣٦ ،تاريخ الأمم الاسلامية : ٣٧١ ٣٨٠ .

(١) الكامل : ٨/ ٤٥١ و ٦٣٧ ، البداية والنهاية : ١١/ ٢٢٦ و ٢٩٤ تاريخ الخلفاء للسيوطي : ٣٩٨ ، تاريخ الأمم الاسلامية : ٣٨٠

(٢) البداية والنهاية : ١١/ ٢٩٤ ، الكامل : ٨/ ٦٣٧ ،تاريخ الخلفاء ٤٠٥ ، تاريخ الأمم الاسلامية : ٣٩٣ .

(٣) البداية والنهاية : ١١/ ٣٢٩ ،الكامل : ٩/ ٨٠ ،تاريخ الخلفاء ٤١١ ، تاريخ الأمم الاسلامية : ٣٩٩ .

(٤) البداية والنهاية : ١٢/ ٣٣ ، الكامل : ٩/ ٤١٤ ،تاريخ الخلفاء ٤١٧ ، تاريخ الأمم الاسلامية : ٤١٠ .

وقد ضعف أمر الخلفاء من بنى العباس عند قيام دولة بنى بويه يقول ابو الريحان محمد بن أحمد البيروني في وصف حالهم آنذاك " إن الدولة والملك قد انتقلا في آخر أيام المتقى وأول أيام المستكفى من آل العباس الى آل بويه والذى بقى في أيدى الدولة العباسية انما هو امر ديني اعتقادى لا ملك دنيوى القائم من ولد العباس الآن هو رئيس الاسلام لا ملك " (١)

وهذا الضعف الذى دب في خلفاء الدولة العباسيه في دورها الثالث كان سببا في حدوث أمور من أهمها :

١- ظهور دول مستقله تنازعهم أمر الخلافه .

كالدولة الأموية بالأندلس من ١٣٨ أو ١٣٩ - ٤٢٢ هجرية (٢).

والدولة الفاطمية بمصر والمغرب من ٢٩٦ أو ٢٩٧ - ٥٦٧ هجرية (٣).

وكانت العلاقة بينها وبين كل واحده من هاتين الدولتين تقوم على العداء الشديد والكراهية .

٢- تمزق الدولة العباسية داخليا فقد كانت منقسمه الى دويلات صغيره قامت باسم الملك تاركة اسم الخلافة لبنى العباس وكانت في نفس

---

(١) الآثار الباقيه عن القرون الخاليه : ١٣٢ .

(٢) المختصر في أخبار البشر : ٢/٢ ، الكامل : ٤٨٩/٥ ، تاريخ الخلفاء : ٥٢٢ ،تاريخ الاسلام السياسي : ١٦٨/٣ .

(٣) المختصر في أخبار البشر : ٣/٢ ، الكامل : ٢٤/٨ ،تاريخ الاسلام السياسي : ١٤٢/٣ . تاريخ الخلفاء : ٥٢٤ .

متصارعه . كالدولة الغزنويه في غزنه من سنة ٣٥١ أو ٣٦٦ - ٥٨٢هـ[1] والدولة السامانيه بخراسان وما وراء النهر من ٢٦١ - ٣٨٩ . (٢)

٣- استخفاف بنى بويه بخلفاء بنى العباس حتى أنه لم يكن لهم من الأمر شيء وما فعله البويهيون ببعض خلفاء بنى العباس كالمستكفى وغيره أمور لسنا بصدد الحديث عنها واستطراد ما حدث في هذه الفتره في الخلافة العباسية .

المطلب الثاني :

بلاد المؤلف : بخارى[3] ، وسمرقند[4] وبلاد ما وراء النهر . (٥)

---

(١) الكامل في التاريخ : ٦٨٣/٨ ، البداية والنهاية : ٣٠٤/١١ تاريخ الاسلام السياسي : ٨٣/٣ و ٨٥ .

(٢) الكامل في التاريخ : ٢٧٩/٧ و ١٤٨/٩ ، تاريخ الاسلام السياسي ٧١/٣ .

(٣) بخارى من أعظم مدن ما وراء النهر . . . وكانت قاعدة ملك السامانيه انظر: معجم البلدان : ٣٥٣/١ ، الروض المعطار : ٨٢ ومابعدها بلدان الخلافة الشرقيه : ٥٠١ وما بعدها .

(٤) مدينة من خراسان ويقال ان شمر بن افريقس غزا أرض الصغد حتى وصل الى سمرقند فهدمها ثم ابتناها ويقال انها بنيت ايام الاسكندر الروض المعطار : ٣٢٢ ، معجم البلدان : ٢٤٦/٣ ، بلدان الخلافة الشرقية : ٥٠٦ .

(٥) بلاد ما وراء النهر يراد بها ما وراء نهر جيحون بخراسان فما كان في شرقيه يقال له بلاد الهياطله وفي الاسلام سموه ما وراء النهر وما كان في غربيه فهو خراسان وولاية خوارزم .

كانت هذه البلاد في أوائل حياة المؤلف رحمه الله تحكم من قبل السامانيين(١) وقد كان الملك آنذاك لنوح بن منصور الذى تولى بعد والده منصور بن نوح الساماني وذلك من عام ٣٦٦ - ٣٨٧ هـ (٢) وتولى الملك وعمره ثلاث عشرة سنة واستمر احدى وعشرين سنة وتسعة أشهر . (٣)

وبوفاة هذا الأمير في رجب عام ٣٨٧ هـ اختل بموته ملك آل سامان وضعف امرهم ضعفا ظاهرا وطمع فيهم أصحاب الأطراف فزال ملكهم بعد مدة يسيره أى في عام ٣٨٩ هـ . (٤)

وقد كان عهده مليئا بالثورات والحروب الأهلية بسبب صغر سنه وتدخل النساء والوزراء في الحكم وطمع امراء الأطراف واستئثارهم بالسلطة وطمع بنى بويه والأتراك في بلادهم وقيام المنافسه بين افراد البيت السامانى نفسه . (٥)

ولما توفي قام بالملك ابنه ابو الحرث منصور بن نوح ، وقام بأمر دولته وتدبيرها القائد التركي في الدولة السامائيه بكتوزون .

(=) معجم البلدان : ٥/ ٤٥ ، بلدان الخلافة الشرقية ٤٧٦ ومابعدها .

(١) تنسب هذه الدولة الى أسرة فارسيه عريقه في المجد يرجع أصلها الى بهرام جور وقد نال السامانيون حظوه كبيره عند الخليفة المأمون فولاهم بلاد ما وراء النهر ورفع من شأنهم . تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٧٣ .

(٢) انظر: الكامل في التاريخ : ٨/ ٦٧٣ و ٩/ ١٢٩ ، البداية والنهاية ١١/ ٣٠٤ و ٣٤٥ ، تاريخ الاسلام السياسي : ٣/ ٧٩ .

(٣) البداية والنهاية : ١١/ ٣٤٥ ، تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٧٩ و ٨٠

(٤) انظر: الكامل : ٩/ ١٢٩ و ١٤٨ .

(٥) انظر: تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٨٠ و ٨١ .

ولما بلغ خبر موته الى ايلك خان[1] سار الى سمرقند وانضم اليه فائق الخاصه[2] فسيره جريدة[3] الى بخارى فلما سمع الامير منصور بن نوح بمسيره تحير في أمره واعجله عن التجهز فسار عن بخارى وقطع النهر ، ودخل فائق بخارى ، وأظهر أنه انما قصد المقام بخدمة الامير منصور رعاية لحق اسلافه عليه اذ هو مولاهم ، ثم ارسل الى الأمير منصور واعطاه المواثيق فعاد الى سمرقند وولى فائق أمره وحكم في دولته، وولي بكتوزون إمرة الجيوش بخراسان . (٤)

وفي هذه الفتره كان محمود بن سبكتكين مشغولا بأمر أخيه اسماعيل وماحدث بينهما على الملك بعد أبيهما . (٥)

---

(١) قائد تركي تولى قيادة الترك بعد وفاة والده شهاب الدولة هارون بن سليمان ايلك المعروف ببغراخان . وصفه ابن الأثير بأنه كان خيرا عادلا حسن السيره محبا للدين وأهله معظما للعلم وأهله محسنا اليهم . الكامل : ٩/ ٢٤٠ .

(٢) أحد قادة جيش الدوله السامانيه .

(٣) قال في لسان العرب" وقيل جريدة لا رجّالة فيها ويقال ندب القائد جريدة من الخيل اذا لم ينهض معهم راجلا " ٣/ ١١٨ .

(٤) الكامل في التاريخ : ٩/ ١٢٩ ، تاريخ الامم الاسلامية : ٤٠٥

(٥) انظر: الكامل في التاريخ ٩/ ١٢٩ - ١٣٠ و ١٣٩ .

وفي سنة ٣٨٨ هـ بدأ النزاع بين الأمير منصور ومحمود وساءت العلاقه بينهما بسبب تولية بكتوزون على خراسان فثار غضب محمود من ذلك وطلب إعادتها إليه فلم يلبّ الأمير منصور طلبه . (١)

وعلى اثر ذلك سار محمود بن سبكتكين الى نيسابور وملكها من بكتوزون .

ولما سمع الأمير منصور بن نوح بذلك سار عن بخارى نحو نيسابور فلما علم محمود بذلك سار عن نيسابور الى مرو الروذ ونزل عند قنطرة راهول ينتظر ما يكون منهم حيث قبض على الأمير منصور على يد بكتوزون وفائق وملكا أخاه عبد الملك بن نوح (٢)

وكانت ولاية منصور سنة وسبعة اشهر . (٣)

وهذه الاضطرابات في الدولة السامانية أتاحت الفرصة لمحمود بن سبكتكين للاستيلاء على نيسابور وبخارى واستقر في هذه السنه أى - ٣٨٩- ملكه بخراسان وزال نفوذ السامانيين عنها وخطب فيها للخليفة القادر بالله .

ووقعت بلاد ما وراء النهر(٤) في يد ايلك خان . (٥)

---

(١) انظر: الكامل في التاريخ : ٩/ ١٣٩ - تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٨١ .

(٢) انظر: الكامل في التاريخ ٩/ ١٣٩ و ١٤٥ .

(٣) الكامل في التاريخ ٩/ ١٤٥ ومابعدها ، تاريخ الاسلام السياسي ٣/ ٨١ . تاريخ الامم الاسلامية : ٤٠٥

(٤) هى الان تركستان الشرقيه وتحكمها الصين ، وتركستان الغربيه وتحكمها روسيا السوفيتيه .

(٥) انظر: الكامل في التاريخ ٩/ ١٤٥ ،تاريخ الاسلام السياسي : ٣/٨١ تاريخ الأمم الاسلامية : ٤٠٥ .

وفي هذه السنه - ٣٨٩ هـ - انقرضت دولة السامانيين على يد محمود ابن سبكتكين وايلك خان[1] وكانت نهاية عبد الملك بن نوح على يد ايلك خان[2].

والمؤلف رحمه الله عاصر من امراء الدولة السامانيه

نوح بن منصور من ٣٦٦ - ٣٨٧ هـ ومنصور بن نوح الذى دام ملكه سنة وسبعة أشهر . وعبد الملك بن نوح الذى لم يدم ملكه الا بضعه أشهر.

المطلب الثالث :

((قيام الدولة السبكتكينيه "الغزنويه"))

تنسب هذه الدولة الى سبكتكين وكان ابتداء أمره أنه كان غلاما لأبى اسحاق ابن البكتين صاحب جيش غزنه للسامانيه وكان سبكتكين مقدما عنده وكان أول قدومه الى بخارى أيام ملك منصور بن نوح ، وعرف عندهم بالعقل والعفة والصرامة ، وعاد مع أبى اسحاق الى غزنه فلما توفي ابو اسحاق لم يُخَلِّف من يصلح للتقدم واجتمع امر عسكره بعد خلاف على سبكتكين فقدموه عليهم وولوه أمرهم وحلفوا له وأطاعوه فوليهم وأحسن السيرة فيهم وساس أمورهم سياسة حسنة وجعل نفسه كأحدهم .

وبعد أن تم له الأمر سار نحو الهند مجاهدا ووقعت بينه وبين الهنود حروب وتم له الاستيلاء على بست وغيرها . (٣)

---

(١) انظر: الكامل في التاريخ : ٩/ ١٤٨ ، البداية والنهاية ١١/ ٣٤٧

(٢) انظر: الكامل في التاريخ : ٩/ ١٤٨ - ١٤٩ .

(٣) انظر: تفاصيل هذه الأمور في الكامل للتاريخ : ٨/ ٦٨٣ ومابعدها

توفي سبكتكين سنة ٣٨٧ هـ (١) وعهد بالملك من بعده لابنه اسماعيل الذى كان مقيما بغزنه وكان محمود وهو الأخ الاكبر لاسماعيل بخراسان بمدينة بلخ ، فلما بلغه نَعْىُ أبيه كتب الى أخيه اسماعيل يلاطفه في القول ويطلب منه مقاسمته الأموال وأن يبقى بغزنه وهو بخراسان فأبى اسماعيل ثم خرج محمود الى هراه وجدد مكاتبة أخيه ولكنه ازداد إباءً فدعا محمود عمه بغراجق فأجابه ووافقه . . . ثم قصد غزنة معقل أخيه فحاصرها وتم له فتحها وانحاز اسماعيل الى قلعتها ثم تلطف في طلب الأمان من أخيه فأجابه واكرمه . (٢)

وسار محمود بن سبكتكين في السامانيين ورعاياه سيرة حسنه عادله وعظم أمره وكان يحب أهل الخير والدين والصلاح ويحسن اليهم لقبه الخليفة القادر بالله بيمين الدولة .

توفى سنة ٤٢١ هـ (٣) بعد أن دام ملكه ثلاثا وثلاثين سنة .

وقام بأمر الملك من بعده ولده محمد بوصية من أبيه واجتمعت عليه الكلمة

(=) البداية والنهاية : ١١/ ٣٠٤ ، وفيات الأعيان : ٥/ ١٧٥ ، تاريخ الاسلام السياسي : ٣/ ٨٥ ، تاريخ الأمم الاسلامية : ٤٠٦ .

(١) الكامل في التاريخ : ٩/ ١٣٠ ، تاريخ الامم الاسلامية : ٤٠٧

(٢) وفيات الأعيان : ٥/ ١٧٦ - ١٧٧ ، تاريخ الامم الاسلامية : ٤٠٧

(٣) انظر : وفيات الأعيان : ٥/ ١٧٧ ، الاعلام : ٧/ ١٧١ ، شذرات الذهب : ٣/ ٢٢٠ ، الجواهر المضيه : ٣/ ٤٣٨ ، الكامل في التاريخ : ٩/ ٣٩٨ و ٤٠١ ، البداية والنهاية : ١٢/ ٢٩ .

وغمرهم بانفاق الأموال عليهم ثم لم يلبث طويلا حتى تم الأمر لأخيه مسعود بن محمود الى أن قتل سنة ٤٣٢ هـ وقيل ٤٣٠هـ . (١)

وقد كانت هذه الفترة التاريخيه مليئة بالاحداث الحربيه والتقلبات السياسيه الا أنه لم يؤثر عن مؤلفنا تجاه هذه الأحداث شئ يذكر. وهذه الصراعات التى حصلت انما كانت لأجل السلطه وتولى مقاليد الحكم. وكانت بلاده آمنه مطمئنة وخصوصا اثناء حكم محمود بن سبكتكين ٣٨٧ - ٤٢١ هـ .

---

(١) وفيات الأعيان : ٥/١٨١ ، الكامل في التاريخ : ٩/٣٩٨-٣٩٩ البداية والنهاية : ١٢/٣٠ ، تاريخ الاسلام السياسي ٣/٩٦ تاريخ الأمم الاسلامية : ٤٠٨ .

المطلب الرابع :

ـ((الحالة العلمية والاجتماعية))ـ

سبق الكلام عن عصر المؤلف رحمه الله وبعض ما جرى في تلك الفترة ، الا أن ما حدث لم يؤثر على حركة التأليف ونشاط العلماء رحمهم الله تعالى .

والحالة العلمية هى أكثر الحالات تأثيرا في تكوين شخصية أبى زيد رحمه الله وبروزه في التأليف والمناظرات .

فالعلوم كانت في هذا العصر مزدهرة وكثر فيه التأليف في كل العلوم[1] وان كان علماء هذه الفتره لم يخرجوا عن مذاهب أئمتهم ،اذ أن الفترة التي عاشها المؤلف فترة ركود مال العلماء فيها الى العكوف على مذاهب العلماء المجتهدين السابقين .

وقد ذكر من كتب في تاريخ التشريع عند تقسيمات أدوار الفقه أن بدء فترة الركود تبدأ من منتصف القرن الرابع الهجرى . (٢)

يقول الزرقاء عند حديثه على مزايا هذا الدور : " وقد بلغ النتاج الفقهى في مدى هذا الدور وسابقه على أيدى كبار المؤلفين المذهبيين مبلغا يجل عن التحديد والتصوير .

وكانت في هذا الدور رغم توقف الاجتهاد جهود كبرى في تنظيم تلك

---

(١) راجع رسالة الشيخ سلمي السحيمي ٢٨ ومابعدها ، القاضي ابو يعلي وكتابه الاحكام السلطانية ص: ٦٩

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام : ١/ ١٧٦ ،المدخل الوسيط: ١٣٥

المذاهب وجمع شتاتها ثم في تعليل مسائلها وتخريج الحوادث الجديده على أصولها وفي ترجيح الآراء والأقوال التى يختلف فيها ضمن المذهب[1].

أما الحالة الاجتماعية :

والتى يقصد بها الظواهر السائدة فى عصرٍ ما كحالة السكان في الغنى والفقر والعلاقه الشائعة بين أفراده أو بين فئاته المختلفه ، الى غير ذلك من الظواهر .

فنظرا لقلة الفائدة العلميه في الحديث عن هذه الأمور فاني سأكتفى بالإحالة الى من سبقنى في الكتابة عن هذا الموضوع . (٢)

---

(١) المدخل الفقهى العام : : ١/١٨٣ .

(٢) رسالة الدكتور / نايف العمرى : ١/١٠ ، رسالة الشيخ : سلمي السحيمي ص ١٧ ، القاضي ابو يعلى وكتابه الأحكام السلطانيه ٥٧ ، رسالة الشيخ عبد الله جمعان : ١/٤٨ وما بعدها .

المبحث السابع :

ـــ((وفاتـــــه))ـــ

اختلفت مصادر ترجمة المؤلف رحمه الله تعالى في تاريخ وفاتـــه واكثرها تنص على أنه توفي سنة ٤٣٠ هـ . (١) ودفن بمقبرة القضاة السبعة قرب بخـــارى . (٢)

أما بعض المصادر فانها تذكر أن وفاته كانت سنة ٤٣٢ هـ . (٣)

---

(١) الأنساب : ٣٠٦/٥ ، الفوائد البهيه : ١٠٩ ، الجواهر المضيـه ٥٠٠/٢ ، سير أعلام النبلاء : ٥٢١/١٧ ، شذرات الذهـــب ٢٤٥/٣ ، معجم المؤلفين : ٩٦/٦ ، تاج التراجم : ٣٦ ، وفيات الأعيان : ٤٨/٣ ، البداية والنهايه : ٥٠/١٢ ، العبر: ٢٦٣/٢ مفتاح السعاده : ١٨٤/٢ ، الفتح المبين : ٢٣٦/١ .

(٢) الجواهر المضيه : ٧/١ .

(٣) الجواهر المضيه : ٥٠٠/٢ ، تاج التراجم : ٣٦ ، هدية العارفين ٦٤٨/١ .

((الفصل الثاني))

فيما يتعلق بالكتاب :

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : اثبات نسبة الكتاب الى المؤلف

المبحث الثاني : التعريف بالكتاب وبيان منهج المؤلف فيه

المبحث الثالث : نسخ الكتاب ووصفها

المبحث الرابع : الملاحظات على الكتاب

==========

((المبحث الأول))

إثبات نسبة الكتاب للمؤلف :

من المعلوم أن الاعتماد على نسبة كتاب الى شخصٍ ما إنما يكون على كتب التراجم التى تهتم بهذا الشأن ،أو بما ينقله العلماء عن هذا المؤلِّفِ ونسبته إلى صاحبه .

وقد اجتمع هذان الدليلان في كتابنا هذا

فقد نسبه الى المؤلف الذهبي (١) وابن خلكان (٢) وحاجي خليفة (٣) والسمعاني (٤) وابن كثير (٥) والقرشي (٦) والكتوى (٧) وابن قطلوبغا (٨) وفؤاد سزكين . (٩)

ونقل عنه غير واحد من العلماء من أئمة الحنفيه والشافعيه وغيرهم ونسبوه إليه . (١٠)

---

(١) سير أعلام النبلاء : ١٧ / ٥٢١

(٢) وفيات الاعيان : ٣ / ٤٨ .

(٣) كشف الظنون : ١ / ٨٤ .

(٤) الأنساب : ٥ / ٣٠٦ ...

(٥) البداية والنهاية : ١٢ / ٥٠ .

(٦) الجواهر المضيه : ٢ / ٤٩٩

(٧) الفوائد البهيه : ١٠٩

(٨) تاج التراجم : ٣٦ .....

(٩) تاريخ التراث : ١ / ٣ / ١٢٥ ،

(١٠) انظر: كشف الأسرار للبخارى : ٣ / ١٥ ، ٣ / ١٣٨ ، ٣٠ / ٣٧٦ ، ٤ / ٧ ، ٤ / ٨٨ ، ٤ / ١٢٦ ، ٤ / ١٢٨ ، ٤ / ١٤٣ ، ٤ / ٢٢١ ، كشف الاسرار للنسفي : ٢ / ٥٢٤ . الاصطلام للسمعاني : ٢ / ل ٢٠٨ أ ، التفسير الكبير للرازى : ٦ / ١٠٣ .

" المبحث الثاني "

التعريف بالكتاب ومنهج المؤلف فيه :

المؤلف سمي كتابه الاسرار والسر في اللغة ما يكتمه الانسان ويخفيه على غيره ولا يبديه لكل واحد .(١)

والظاهر أن المؤلف اشتق هذا الاسم لمنشأ الخلاف بين الأئمة ، اذ أنه خفي لا يدركه الا من كان على درجة كبيرة من العلم .

والمؤلف كثيرا ما يشير الى سبب الخلاف ويعبر عنه بسر المسألة ، أو الحرف كما في ص ١٧٨ ، ٣١٦ ، ٦٣٤ ، ٦٤٩ .

وبمقارنة هذا الكتاب ببعض الكتب المماثلة له في المذهب كالمبسوط للسرخسي وبدائع الصنائع للكاساني رحمهما الله تعالى نجده يتفوق عليهما في أمور أهمها :

١) حسن التنظيم للفصول والمسائل التي يبحثها .

٢) عرض الأقوال وحسن ترتيبها والاستدلال لها سواء كانت أقوال المذهب أم أقوال المخالف له .

٣) الاسهاب في الاستدلال من المنقول والمعقول وايراد الاعتراضات التي قد ترد والاجابة عنها .

وهذا العرض والتنظيم قل أن تجده في غيره من الكتب التي تهتم بذكر مسائل الخلاف .

والسرخسي في المبسوط - فيما يبدو لي - استفاد من اسلوب المؤلف رحمه الله ، الا أن الفارق بينهما ملحوظ لمن طالع الكتابين فالمسائل التي تعرض لها المؤلف وأولاها السرخسي بينها فارق كبير .

---

(١) انظر : (المصباح المنير ١ / ٢٧٣ ، لسان العرب ٤ / ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، المغرب ١ / ٣٩٢) .

أما اذا خرجنا عن كتب المذهب الى كتب اخرى تهتم بذكر الخلاف بين الائمة كالمغني لابن قدامة رحمه الله تعالى فان هذا الكتاب يفوق الاسرار من ناحية اعتماده على النصوص والوقوف عندها وهو جيد التنظيم سهل العبارة دقيق في نسبته الاقوال الى الأئمة .

والاسرار يمكن أن يقال عنه بأنه كتاب جمع فيه الخلاف عند جمهور الأئمة الاربعة ومختلف الرواية عند أئمة الحنفية .

فهو على نوعين :

النوع الأول :

يذكر فيه الخلاف بين الحنفية والشافعية وذكر مذهب الامام مالك رحمه الله تعالى في مسألتين تصريحا - مسألة شهادة أهل الاهواء ، وشهادة الأعمى ، ومسألة شهود الفرع وعددهم ص٦١٩

وفي شهادة الصبيان التى تعرض لها استطرادا لم يصرح بذكره وانما قال : وكما قال بعض الناس .

واهتمامه في كتابه ينصب على المسائل التى دار فيها الجدل واحتدم فيها الخلاف واشتهر بعد اكثر من غيره، فالمسائل التى تعرض لها تعد من امهات المسائل الخلافية بين العلماء .

اما مذهب الامام احمد رحمه الله فانه لم يتعرض له عندى لا من قريب ولا من بعيد وغالب ظني انه في بقية الكتاب على هذا المنوال .

النوع الثاني : يذكر فيه الخلاف بين ائمة الحنفيه الا أن ذكره لزفـــــر رحمه الله قليل جدا .

ويبدأ بعد العنوان بفصل ـ أو مسألة بعرض الأقوال ويقدم قول علمـــاء الحنفية ويعقبه بقول الشافعية في المسائل الخلافيه بينهم .

ثم يبدأ بالاستدلال للقول المخالف بالأدلة ويذكر الأدلة مرتبة فيقـــدم الاستدلال بالكتاب ثم السنه ثم الاجماع حسب منهجه والآثار ثم الاستدلال بالأدلة العقلية وغالبا ما يذكر وجه الدلالة من الأدلة التى يذكرهـــا .

ثم يعقب ذلك بالاستدلال لمذهبه ثم يتناول في الغالب أدلة المخالـــف ويردها دليلا دليلا بطريقة تدل على عمقه وسعة علمه وان كان في بعـــض الردود يتعسف وكان ينبغي عليه أن يسلم بها ولا يصادمهـــا بالردود والمناقشات الواهيه .

يذكر أحيانا الشبه والاعتراضات التى قد ترد على ما استدل به ويردهـــا واحدا بعد الآخر وهذا الأسلوب الذى ينتهجه في الاستدلال للمخالف وايراد الشبه والاعتراضات يسلكه عند حصره للخلاف بين ائمة الحنفية فـــي المسائل الخلافية بينهم .

ويتعرض أحيانا للترجيح بين الأقوال كما فعل في مسألة لا يستحلف في النكاح وذلك ص ١٢٧-١٢٨ ومسألة رد السلم والمسلم اليه ص : ٢٧٥

وله مناهج يطول ذكرها وايرادها لا فائدة منه لأن المطالع لكتابه يدرك ذلك بنفسه . (١)

---

(١) راجع رسالة الدكتور / نايف العمرى : ١ / ٥٠ ، ورسالة الشيخ سلمي السحيمي : ٩٢ .

((المبحث الثالث))

نسخ الكتاب ووصفها :

يوجد لكتاب الأسرار نسخ عده في أنحاء متفرقه من العالم وكتبت في قرون مختلفه (١) ونظرا لكثرتها فاني سأقتصر على النسخ التى يوجد بها كتاب الدعوى والشهادات وسأذكر المعتمد منها والتى لم أعتمدها مشيرا إلى سبب استبعادها .

١- نسخة مراد ملا : (٢)

وهى النسخة الأم - الأصل -

وتعتبر أقدم النسخ التى بين أيدينا للأسرار وكان الفراغ من نسخها في يوم الثلاثاء الثاني من شهر رجب سنة ٤٨٧ هـ .

وتحمل رقم ٧٥٠ - ٧٥١ بمكتبة مراد ملا باستانبول .

وتتكون من جزئين عدد أوراق الأول ٢٧٠ والثاني : ٣٤٤

وقد فصل الدكتور / نايف القول في وصفها والأبواب التى تشتمل عليها (٣) وهى من أجود نسخ الأسرار قليلة الأخطاء واضحه ومقروءة في الجملة

---

(١) انظر تاريخ التراث العربي : ١/٣/١٢٥ - ١٢٦ ، رسالة الدكتور: نايف العمرى : ١/٧٥ ، وله نسخ عده في الجامعة الاسلامية بالارقام التالية : ١٤٧١-١٤٧٦ ومن ٣٣٩٠-٣٣٩٢ ومن ٨٥٤٠-٨٥٥

(٢) انظر: تاريخ التراث العربي ١/٣/١٢٥ .

(٣) انظر رسالة الدكتور : نايف العمرى ١/٧٥ .

٢) نسخة أحمد الثالث بتركيا رقم ١١٠٦ (١)

كتبت في القرن التاسع الهجرى بخطوط مختلفه وعدد أوراقها " ٣٠٢ " وهى نسخة جيده مقابله بغيرها اذ أنه يوجد في الهوامش ما يدل على ذلك وغالبا ما تتفق هذه الزيادات مع نسخة أيا صوفيا ١٠١٩ التى سيأتي الكلام عنها، نقص منها بعض المسألة الأخيرة في كتاب الدعوى وبها طمس في مسألتين ، وهى نسخه جيده خطها واضح في أغلبه .

وقد اعتمدت عليها ورمزت لها بالحرف ـ أ ـ

٣) نسخة أيا صوفيا ١٠١٩ (٢) وعدد أوراقها ٨١٤

نسخت في القرن الثاني عشر الهجرى ، نقص منها لوحة كاملة في الشهادات أشرت الى بدايتها ونهايتها في موضعه من الرسالة ، وهى نسخه جيده لولا ما فيها من المسح وعدم الوضوح أحيانا ، اعتمدت عليها ورمزت لها بالحرف " ص " .

٤) نسخة أيا صوفيا ١٠٢١ (٣)

نسخت عام ٩٥٤ هـ

٥) نسخة الحميديه رقم ٤٤٤ (٤)

نسخت في القرن الحادى عشر .

---

(١) تاريخ التراث : ١/٣/١٢٥ .

(٢) تاريخ التراث العربي : ١/٣/١٢٦ .

(٣) المصدر السابق : ١/٣/١٢٦ .

(٤) المصدر السابق .

٦) نسخة عارف حكمت بالمدينة المنورة (١)

نسخت في القرن الثامن الهجـــرى .

وقد استبعدت هذه النسخ للأسباب التالية :

١) كثرة الأخطاء والمخالفـــــات

انظر على سبيل المثال لا الحصر فصل النكول في بداية كتاب الدعوى .

٢) اسقاط بعض الفصول والمسائل وهى :

أ) الزوجان اذا اختلفا في متاع البيت

ب) مسألة من كتاب الغصـــــــب

ج) فراش النكاح .

ولا مجال للسقط في الأماكن التى سقطت منها .

٧) نسخه داماد ابراهيم رقم ٤٩٠ (٢)

نسخت في القرن التاسع الهجـــرى .

وقد استبعدتها للأسباب التاليـــة :

١) كثرة الأخطـاء والمخالفـــــات

٢) نقص كتاب الدعوى فيهـــــا

فقد بدأ بمسألة من كتاب الشفعة التى تقع ص ٢٧٦ بعد مسألة اذا

---

(١) تاريخ التراث العربي : ١/٣/١٢٥ .

(٢) المصدر السابق . : ١/٣/١٢٦ .

أقر بعبد لهذا ولهذا وحلف لهما ثم أرادا أن يأخذاه بينهما لم يكن لهما ذلك عند أبي يوسف .

ولا مجال للسقط لأن المسألتين تقعان في لوحة واحده .

٢- عدم ذكر مسألة الغصب ، ولا مجال للسقط أيضا .

٣- عدم ذكر فصل - فراش النكاح وبدأ بفصل - الشرط ولا مجال للسقط أيضا .

٤- عندما بدأ بمسألة اذا استولد جارية ابنه لم يغرم العقر عندنا خلافا بمسألة اذا غاب الرجل عن امرأته فنعى اليها فتزوجت فولدت منه كان الولد للأول تقدم ذلك وأما الأب اذا استولد جارية ولده لم يغرم العقر عندنا ، والفارق بين المسألتين كبير .

وهذه أسباب في نظري أنها كافية لاستبعاد مثل هذه النسخه ، كما يلاحظ أيضا شبه اتفاق بينها وبين النسخ الثلاث الأولى التي لم اعتمد عليها في التحقيق .

والنسخ الأولى اضطررت الى الرجوع اليها في مواضع قليلة جداً وأشرت الى ذلك في الهامش ولم أضعه في الصلب - اذ أن التصحيح منها في نظري يعد أقرب الى الصواب . والله تعالى أعلم .

((المبحث الرابع))

الملاحظات على الكتاب :

المؤلف رحمه الله تعالى كتب كتابه الاسرار وحسن الظن فيه يجعلنا ندرك أنه لا يريد من وراء ذلك الا الخير فتأليفه له لم يكن لنيل شيء من حظوظ الدنيا . وقد اجتهد المؤلف في كتابته ، وهو كغيره من البشر يعتريه النقص والنسيان والكمال لله وحده والعصمة لمن عصم .

وهذه الملاحظات التي لاحظتها سأكتفي بأهمها رغبة في الاختصار لأنني أثناء التحقيق نبهت على مسائل عده كحصره الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وعدم تعرضه لمذهب الامام في بعض المسائل لأن هذه أمور هينه لا يترتب على ذكرها كثير فائده ، والمؤلف رحمه الله تعالى فيما يظهر لي أنه كان يكتب من حفظه ولم يراجع ما كتب وهذا من الأسباب التي نشأ عنها بعض الأخطاء العلميه - كما أن بعض الأخطاء قد يكون السبب فيها جهل النساخ وأوهامهم - والملاحظات التي أريد عرضها في هذه العجالة هي :

١- استدلاله على الحكم بالنكول ص ٦٤ بالاجماع مع أنه وجد من خالف في ذلك من الصحابة والتابعين ممن يعتد برأيهم في الاجماع.

وهذه ملاحظه عامه على الكتاب وهي أن المؤلف يكثر من نقل الاجماع ويتساهل في اطلاقه وقد سبب لي هذا الاطلاق التعب والمشقه في الحصول عليه وفي كثير من الأحيان لا أجده . واحيانا أخرى أتركه لصراحته .

٢- استدلاله بما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه ص ٦٦ أن امرأة ادعت على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك " فحلف عمر الزوج ..."

وأنه شـــاور علياً .

والمروى في ذلك ليس فيه ذكر النكول فيمـــــــــا اطلعت عليـــــه .

٣- ذكر أن ابن أبى مليكه كان قاضيا بالبصره ص٦٨ ٦٩ وبينت ما ترجـح لي في ذلك وأنه لم يتول قضاء البصرة .

٤- استدلا له بما روى عن ابن ابى مليكه ص ٦٩ على القضـاء بالنكـول وقد بينت أن المروى عن ابن ابى مليكه بهذا اللفظ لم أجـــــده وأن المروى عنه في هذه المسألة محتمل في دلالته .

وهذه ملاحظه عامه قد لاحظها الزملاء من قبلى وهى أن المؤلـــف يخلط كثيرا في بعض الأحاديث والآثار .

٥- الاجمال في بعض المسائل كما في مسألة الحكم على الغائب ص : ١٦٧ وكذا مسألة شهادة الأعمى ونسبته الى الامام مالك القول بجـــواز شهادته اذا كان أعمى عند التحمل . انظر ص : ٥٧٩ - ٥٨٠

وكذا في مسألة الاقرار بالنسب ص ٤٣٠ وما بعدها

٦- قال في مسألة الحكم على الغائب ص : ١٦٩ نقلا عن الشافعية وكذلك اذا حضر معه الخصم فالسماع والقضاء صحيح قبل سؤاله " مـــــع أن الشافعيه لا يقولون بهذا .

٧- في ص ٣٢٢ ، قال " ألا ترى اذا كان مع أحد الأبوين ابنة رد عليه بعد فرض البنت ما يفرغ عن مزاحمة البنت " والمعروف أن من شـــروط الرد عدم وجود عاصب وهذا في حالة ما اذا قلنا ان الوارث أب أما في حالة اذا كان الوارث أما فان كلامه يوهم أنه لا يرد على البنت وانما

يرد على الأم وهذا غير صحيح .

٨- قال في ص : ٣٨٦ مسألة " قال أبو يوسف لا يثبت النسب من الحاضر اذا ولدت لاكثر من سنتين من وطء الثاني وقال محمد يثبت منه اذا ولدت لستة أشهر من وطئه " وهذا عكس ما قاله في كتابه تأسيس النظر وقد ذكرت ذلك في مكانه .

وهذا في نظرى بعد من أوهام النساخ والله تعالى أعلم .

٩- اعتماده على قول ضعيف عند الشافعيه وهو أن السلطان ينعزل بالفسق والأصح عندهم أنه لا ينعزل ص ٤٦٨

١٠- في ص٤٦٩ نقل عن الشافعيه عدم انعزال الوكيل بالفسق بينما الشافعيه فيما اطلعت عليه ذكروا انعزال الوكيل بالفسق فيما اذا وكل في شيء العدالة فيه شرط .

١١- الاستدلال بما حدث بين الصحابه رضى الله تعالى عنهم ص : ٥٩٤ واطلاق القول بأن قتال بعضهم كان باطلا وهذا الباطل هوى وهو انما يقصد به معاويه ومثل هذا الكلام نبهت عليه وأن الواجب الكف عن اطلاق هذا الكلام على ما حدث بين علي ومعاوية رضى الله تعالى عنهما . .

١٢- اقتصاره في الاستدلال بأقوال بعض التابعين في مسألة شهادة أهل الذمه على الروايات التى تشهد لمذهبه دون الاشاره الى الروايه المخالفه ص ٥١٣

١٣- استدلاله للمخالف بأدلة قد لا يستدل بها وهذا يستقيم اذا كانت

الا دلة قوية ظاهرة الدلا لة على المذهب الذى يستدل لـــه لكنه يستدل أحيانا بأدلة ضعيفه واهيه للمخالف فمثلاً استدل للشافعيه ص ٥٧١ على جواز شهادة الزوج لزوجته بما أثـــر أن عليا وأم أيمن شهدا لفاطمة على ادعائها فدك - والشـــافعيه فيما اطلعت عليه لم يستدلوا بهذا والسمعاني رحمه الله مـــن ألف في الرد على الدبوسي لم يذكر هذا الدليل .

١٤- في ص ٦٣٦ نقل الاجماع على أن الترتيب في قوله " فان لـم يكونا رجلين فرجل وامرأتان " غير مراد بالاجماع مع أن المســألة فيها قولان .

وتبعه في نقل هذا الاجماع بعض الفقهاء كما بينته في محلـــه

١٥- في ص ٦٦٢ قال عن الشافعيه " . . . وحدود الله على الخلـــوص تبطل بالتقادم " وقد وضحت أن الشافعية لا يقولون بهذا .

١٦- خلطه في مسألة استفراض المقداد رضي الله عنه من عثمان بن عفـــان رضي الله عنهما فجعل عثمان منكرا - المدعى عليه - مع أنه المدعـــى في الأصل ونكوله انما كان عن يمين مردوده ص ٧٤٦

هذه بعض الملاحظات التى رأيت وغلبة ظني أن المؤلف رحمه اللـــه تعالى لم يحالفه الصواب في نسبتها أو كان ينبغى له عدم ذكرهـــا .

أما ما يتعلق بمذهب الحنفيه فقد سبق أن قلت إنى نبهت علـــى مسائل عده فيه ويلتمس للمؤلف العذر في النسبة الى علماء مذهبه . نظرا لتعدد الروايات في المذهب الحنفي فقد يكون صوبا وغيـــره

المخطىء والعكس وارد أيضا .

وتسجيلي لهذه الملاحظات لا يعد انتقاصا لقدر المؤلف وابداء أنه غير عمدة في مذهبه وانما كان الهدف منها بيان الحق والصواب هذا ما أردت واستغفر الله تعالى ان كنت قد أخطأت في ذلك .

والله تعالى أعلم.

الا العطية الاسم وقد جاءت هذه الصدقة الموقوفة ليكون وقفها بين الامم لا يزال لا بزوال لا يشترط الا القبض وفي
الصدقة الملوكة الا القبض خلافا و عن شريح لا تصح الصدقة الا مقبوضة معلومة مما روي عن ابي بكر مثل قولنا قلنا
لعله اقر لا بعلة ولا يجوز معارضته بقول لا خلاف بيننا وبينكم وعلى انا وبينا الالفاظ مفتقرة وهذه رواية مجملة
لا لفظ فيها البتة ما فيها ولا يجوز معارضة المفسر بالمبهم والله اعلم بالصواب الهبة بحمد الله وعونه

كتاب الدعوى

بسم الله الرحمن الرحيم

الدعوى تنقسم نوعين دعوى حق ودعوى البراءة وبدا بعضهم الحنفي بدعوى الحقوق والاملاك وانما الاثبات الا بالحجة وهي انواع
انواع البينة واليمين واليد والنكول اما البينة واليمين فقد مر في كتاب الشهادات وقد ذكرنا هنا النكول واليد ونذكر
كيفية الحجة وشرطها وحكمها ثم نذكر الدعوة وما ينبني عليها من الحكم وسبب صحة الدعوة

فصل النكول وحكمه

قال علماؤنا النكول حجة يقضى بها وقال الشافعي لا يكون حجة
واحتج بقول النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر جعل فصل الخصومات بالبينة او اليمين فمن فصل
بالنكول فقد فصل بغير المشروع ولان النكول سكوت فلا يكون حجة قياسا على السكوت عن جواب المدعي ولان اليمين حجة المنكر
فلا ما فيه منها الا عاجز عن حجته كالامام المدعي شيئا عاجز عن اقامة البينة ولان السكوت في نفسه (علم) لا يكون حجة ولانه
يحتمل انه قد يتحمل الحجة تاعيا عن الكذب وقد يتحمل تورعا وتوقيا كما نقل عن عمر وقال انما انا ما فقهه قتنا فقال ان عثمان
حلف كاذبا وانما اجمل الكل حجة لان اليمين حجة المتحرج عن الكذب ولا يجوز ان يقال بان اليمين حجة المدعي بدليل قول النبي عليه السلام
للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فجعل اليمين له لا عن البينة وهو ليل انه لا يستوي (ولنا به) واستعجلنا من حيث
جعلت لا حجة يثبت به فثبت انه حجة له من حيث ينقل ذلك لانا جعلنا اليمين حقا له بقول النبي وليلا انه سوقه بطلب
بعد الامر المال الذي يدعيه لا عن البينة (ان) النبي عليه السلام قال له الك بينة لنا خذ حقك لا يبلى فقال لا فقال لك يمينه بدلا
عن المال لتخلصه باليمين الفاجرة كما من اهلك ما لك بالاتكال لقابل المال كما بالاملاك او يجوز عن الاستيفاء بعينه وهذا الشرع
القضاء يرجع فلا يعد الا كما بالملاك لتاوض العجز عن استيفا عن الحق ان مثله حجة يجب فاذا منعه هذا الحق وهو اليمين
وجد الظاهر للمدعي امكنه اثبات اصل الحق بيمينه لا من حيث ينقل بالحق لا ان حجة المدعي من جانب المدعى عليه او به طريق حل
النكول حجة لنا من هذا الوجه ولو جاء به اقرار الماحي الرجوع عنه وبالاجماع صح قبل القضاء وكذلك لا يبطل ان المدعى استحق
على المدعى عليها بفصل الخصومة وذلك الا اقرار او الانكار او اليمين لان الفصل عندنا بالاقرار او باليمين او بالنكول من المدعي
وقد حصل ولنا في المسألة اجماع الصحابة روي عن حماد بن زيد عن كثير ابن (حماد عن) عطاء عن عمر ان امرأة ادعت على زوجها انه قال
لها حبلك على غاربك فحلف الزوج بالله ما اراد ثلاثا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكان ذلك بمحضر علي وعن عبد الله
بن عمر انه باع جارية فطعن المشتري بعيب فاختصما الى عثمان فحلف عبد الله بن عمر فنكل فقضى عليه بالرد وعن ابن ابي مليكة
انه كان قاضيا بالبصرة فاختصم اليه امرأتان اصابت احداهما عين صاحبتها بالاشفى فكتب الى ابن عباس فيه فكتب اليه ان
اجبر المدعى عليها واقرأ عليها ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم الآية ثم حلفها فان حلفت برئت وان نكلت
فالزمها الدية وهو مذهب ابن مسعود وعن شريح ان المدعى عليه طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل
فقال المدعي قال قال الورى هو اشبت بالزوجية ولان النكول حجة برد اليمين لو يريد اليمين فضل ما النكول ولا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشهادة

الشهادات على أصلنا أربعة أنواع شهادة برجال وشهادة بنساء وشهادة بنساء وشهادة على الشهادة وذلك الشاهد هو حر والحاسبة شاهد ومبرز على ما ذكر وسيد أسماء الباب فقول الرجال أنواع أربعة في الشهادة نوع لا شهادة له ونوع له شهادة ولا يقبل ونوع له شهادة ويقبل ونوع له شهادة يجب العمل بها

فصل

في بيان من له شهادة ومن لا شهادة له ومن لا شهادة له أصلا

قال علماؤنا الفاسق له شهادة وقال الشافعي لا شهادة له كالعبد وبيان ذلك من وجوه أحدها أن الفاسق عندنا يصلح قاضيا وعنده لا يصلح والقاضي يستفاد على سبيل التحري عند فقد الفساق عندنا وعنده لا ينفذ ولو شهد أربعة فساق بالزنا على رجل يجد الشهود عندنا كالوكلاء وعنده يحدون كالعبد وذلك لأنهم لما كانوا شهودا دخلوا تحت قوله والذين يرمون المحصنات ثم لما تابوا بأربعة شهداء فارتفع وجوب الحد أو تمحض شبهة العدم وجد القذف يسقط بالشبهة وذلك الفاسق يلي على عندنا دون العبد فكون لما يلي الحد شرف فيه والعادل إذا شهد له أربعة فساق لا يجد عندنا وعنده يحد والحجة على الشهادة لما عرفت حجة على العمى بالشرع ولهذا لا يكون حجة إلا بعد ذكره الشرع وشروطها شرع الشرع فيجب العمل في الشهود في الأكثر والطلق في البعض فيجب حمل المطلق على المقيد والحجة قوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة وإنما يكون إصابة بجهالة إذا اعتمد عملا بخبره وقال عليه السلام ألا لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل والمطلق منها يحمل على المقيد والمعنى أصله أنه فاسق فلا يكون له شهادة كالكافر فإنه لا شهادة له على المسلمين بالإجماع ولا خلاف أنه لا يعقد نكاح المسلمين بشهادة الكافر ولا معنى عليه بما ونفسيره قولنا فاسق أنه خارج عن حد الشرع بغير تأويل يستحق به شرعا حتى إذا اعتاد شرعا لا يعتبر به لم يكفر به لم يسقط عند الأئمة الأربعة إلى بعض الصحابة فالفسق في اللغة هو الخروج والكافر خارج بغير عن الحد لأنه خرج اعتقادا وهذا انتقاض شيء ولا يلزم صاحب العقل إذا ما لم يعتقد فقد عنينا بأوله شرعا وقيد بقيد التعبير فاشتمل من الفعل في قولنا ويلزم يعتقد بخلاف الأمر الفعل إذا لم يعتقد وعرفنا بقيد التعبير وكذلك لو وجب قضاء على رجل فشهد له فاسقان يقضي لوجوبات لم شهادة له لكن الشبهة بشهادتهم وعدالة الولي ليست بشرط حتى يكون حجة على العبد كالأداء والإخبار وفي شرح مختصر الطحاوي غير أن الشرع جعل الشهادة حجة لصلاح مصلح من أجل العقوق حلفت بها كانت كرامة من الله تعالى للشاهد بإظهار صاحبه قوله حجة وفظ المشهود له إجابة حجة فلا يثبت كرامة للشاهد زيادة كرامة على أصل كرامات الآدميين وزيادة نظر للمشهود له لم يصلح الفاسق للأداء لما فيه من معنى الديانة فإنه أداء شهادة لا تأويل فيستوجب الزجر والعزير وبالرد عن ذلك فلا يؤدي إهلاكا لم يؤد الكرامات للزهو غاية البعد وبعد بكمال الحال حتى يستحقها الصبي والعبد فجرت بقضاء يجري دون الفسق ولما فاته نظر المشهود له على سبيل الأمانة لم يصلح لها الفاسق الذي هتك أمانة الله تعالى بلا تأويل فيلزم الفاسق هذا البعد بعدم الوصف الذي صلح سببا لاستحقاقها كما زال بالأمر الحدود والقذف على الصغر الذي بقيت شهادته مقبولة على القذف بعد وجود سبب الاستحقاق وزوال الخلاف ثابت في الولاية وعندنا الفاسق لا يزوج

كتاب الشهادات

الشهادات على اصولنا اربعة انواع شهادة رجال وشهادة رجال ونساء وشهادة نساء والشهادة على الشهادة وقال ان في رحمه الله هي خمس والخامسة شاهد ويمين على ما ذكر في شهادة الرجال فنقول ان الرجال اربعة في الشهادة نوع لا شهادة لهم ونوع لهم شهادة سماعا واداء ونوع عالم شهادة اداء ولهم شهادة سماعا ونوع لهم شهادة بحب العمل بها فنبدأ في بيان من لهم شهادة في الاصل ومن لا شهادة لهم اصلا فنقول علماؤنا الفاسق له شهادة وقال الشافعي لا شهادة له كالعبد وبيان ذلك مسائل منها ان الكافر عندنا ينعقد بشهادته وعندهما لا ينعقد ولو قضى القاضي بشهادة الفساق على رجل صدقهم نفذ قضاؤه عندنا وعندهما لا ينفذ ولو شهد اربعة فساق بالزنا على رجل لم تجب الحد عندنا كما لو كانوا عبدا وعندهما يحدون كالعبيد وذلك لانهم لما كانوا شهودا دخلوا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فلم يتم سبب وجوب الحد ولكن سبب اللعن وحد القذف يسقط بالشبهة وكذلك الفاسق يلاعن عندنا دون العبد فكون الفاسق والعدل سواء فيه والفاسق اذا شهد اربعة فساق لا حد عندنا وعندهما يحد واحتج بان الشهادة انما عرفت حجة على الغير بالشرع ولهذا لا تكون حجة الا بعد ذكر الشرع وشروطه بينما الشرع والشرع قيد بالعدالة امر الشهود في الاكثر والمطلق في البعض فيجب حمل المطلق على المقيد واحتج بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة وانما تكون اصابته بجهالة اذا كان عالما بفسقه وقال عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والمطلق منها يحتمل على المقيد والمعنى في المسئلة انه فاسق فلا تكون له شهادة كالكافر فانه لا شهادة له على المسلمين باجماع الخلائق انه لا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكفار ولا يقضى عليهم بخبر قول فاسق انه خارج عن حد الشرع سعين بلا تاويل معتبر شرعا حتى اذا كان متأولا معتبرا بحيث لا نكفره به لم يسقط بعد انهم كاهل البغي وامن الصحابة فالفسق في اللغة عبارة عن الخروج والكافر خارج بيقين عن الحد الا انه خرج اعتقادا واهل البغي خارجون والتزام صاحب الهوى لا نأمن تكفيره فقد اعتبرنا تاويله شرعا وكذلك بقي في الدين ما نسب من الفاسق فسوقا عن تاويل معتبر فمثل اهل البغي اما الفعل عن تاويل وعدالتهم وكذلك لو وجب قصاص على رجل شهد له فاسقان بالعفو لا يسقط القصاص لو كانت لهم شهادة لسقط القصاص بشهادتهم وهذا لان قول الغير انما يصير حجة على الغير كالاقرار والاخبار انما يصير مجلس القضاء غير ان الشرع جعل الشهادة حجة لضرب مصالح من احياء الحقوق تعلقت بها فكانت كرامة من الله تعالى للشاهد بان صار قوله حجة وفظا للمشهود له باحياء حقه فلما شرفت كرامة للشاهد زيادة كرامة على اصل كرامات الآدميين وزيادة تعظيم للمشهود له باحياء حقه فلما لم يصلح لها الفاسق بلا تاويل له معتبر ديانة فانه اذا صار فاسقا بلا تاويل استوجب الزجر والتوبيخ وما يؤدي الى ذلك فلا يليق باهل الولايات الكرامات التي هي نهاية النعمة وعلقت بكمال الحال حتى لم يستحق الصبي والعبد لنقصان في ذلك ولان الفسق والمطلوب منه نظر المشهود له على سبيل الاستيفاء فلا يصلح لها الفاسق الذي هو كالمانع الله تعالى بلا تاويل فوجد الفسق هذه النعمة الوصلة الذي يصلح سببا للاستحقاق فكان اشد حالا من الحدود ولهذا العفو على اصلكم الذي ردت شهادته عقوبة على القذف بعد وجوب سبب الاستحقاق وان الخلل ثابت في الولاية فعندنا الفاسق لا يزوج ابنته ولا ابنة ابنه ولا ابنة الصغير في مال ولده والولاية على الغير من اعظم كرامات عظماء الناس انبت الله تعالى لصالح الولد عليه وانه لا يثبت مع الفسق وينعدم به اكثر ما ينعدم بالصبا والرق وانبت الكرامة الى ولاية الامامة ونائبها ولاية الانبياء عليهم السلام والفاسق كالبعد العصمة عن الخلق والتي هما شيء من ولاية الله لا يثبت للفاسق وان يثبت لمن يجوز عليه الفسق وكذلك لا ولاية امامة الناس في صلوتهم ولا ولاية اقامة الحدود ولا القصاص لنقصان حاله في درجة العدالة دون حال الرجال الذي قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة بيان ذلك ان ثبت للفاسق ولاية دون الحر العدل اولى واذا ثبت هذا في الولاية على الناس ثبت

-((بسم الله الرحمن الرحيم))-

** كتاب الدعوى (١) **

---

(١) الدعوى اسم من الادعاء وهو المصدر أى اسم لما يدعيه الشخص وتطلق الدعوى لغة على عدة معان هى :-

١- الطلب والتمنى وهذا كما في قوله تعالى ((لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)) يس : ٥٧ .

قال في المصباح المنير : " دعوى فلان كذا أى قوله ، وادعيت الشيء تمنيته ، وادعيته طلبته لنفسي " ١٩٥/١ .

٢- وتستعمل بمعنى الدعاء كما في قوله تعالى ((دعواهم فيها سبحانك اللهم وتحيتهم فيها سلام)) يونس : ١٠

لسان العرب : ٢٥٧/١٤ ، المصباح المنير : ١٩٤/١ .

٣- وتطلق على الزعم ، قال في لسان العرب " ادعيت الشيء زعمته لى حقا كان أو باطلا " ٢٦١/١٤

وهذا المعنى لا يطلق على القول المدعوم بالحجة ، بل يصير حينئذ حقا ، وصاحبه محقا لا مدعيا فيقال لمسيلمه مدعى النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يدعى النبوة لأنه قد أثبت نبوته بالمعجزة .

انظر: المبسوط: ٢٩/١٧ ، روضة القضاة : ١٦٣/١ ، نظرية الدعوى : ٩٥/١ .

٤- الإخبار عن أمر من الأمور . يقال فلان يدعى بكرم فعاله أى يخبر عن نفسه بذلك .

لسان العرب : ٢٦٠/١٤ ، المصباح المنير : ١٩٥/١ . . .

وجمع الدعوى - الدعاوى بكسر الواو وفتحها - والبعض قال الفتح أولى للتخفيف .

وبعضهم قال الكسر أولى لأنه ثبت أن ما بعد الف الجمع لا يكون إلا مكسورا وما فتح منه مسموع .

المصباح المنير : ١٩٥/١ ، وهذه المعاني إنما هى باعتبار المعنى اللغوى

. . . . . .

(=) أما المعنى الاصطلاحي فقد عرفها الفقهاء بتعاريفَ كثيره متباينـــه .
فعند الحنفية عرفت بأنها قول مقبول يقصد به طلب حقٍ قبـل غيـــره أو دفعه عن حق نفسه .
حاشية قرة عيون الاخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار٧/٣٩٨
وانظر: شرح العناية على الهداية : ٨/١٥٢ ، الدرر الحكـــام ٢/٣٢٩ .
وراجع تعريفها عند المالكية والشافعية والحنابلة في المصادر التالية
الفروق : ٤/٧٢ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٦١ ، المغنى : ٩/٢٧١
وفي نظرى أن ما عرفها به الدكتور / محمد نعيم ياسين يعد اشـــمل تعـــريف للدعوى حيث قال« الدعوى قول مقبول أو ما يقوم مقامه فـــي مجلس القضاء يقصد به الانسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايتـــه» نظرية الدعوى : ١/١٠١ .

الدعوى نوعان[1] : دعوى حق ، ودعوى الولد[2] .

وبدأ محمد بن الحسن[3] بدعوى الحقوق والأملاك وأنها

---

(١) تقسيم المؤلف - رحمه الله - للدعوى هنا إنما هو باعتبار الشيء المدعى به ، والدعوى بهذا الأعتبار لا تخرج عن هذين النوعين :
قال البابرتي في شرح العناية :
" وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لأن المدعى به إما أن يكون راجعاً إلى النوع أو الشخص " .
شرح العناية على الهداية : ٨/ ١٥٣ ، وانظر نتائج الأفكار أيضا الجزء والصفحة المذكورة سابقا .
وقد قسم الكاساني الدعوى الى ثلاثة أنواع هي :-
١- دعوى الملك ٢- دعوى اليد ٣- دعوى الحق .
ثم قال : وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب.
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٢ .
ومن علماء الحنفيةمن قسم الدعوى الى صحيحه وفاسدة وهذا التقسيم عائد إلى مدى صحة الدعوى .
انظر: تحفة الفقهاء : ٣/ ١٨١ ، معين الحكام ص : ٥٤ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ٣ .

(٢) المقصود بدعوى الولد دعوى النسب ، وسيعقد له المؤلف فصلا خاصا به سيأتي إن شاء الله تعالى ص : ٣٢٩ وانظر ص ٢١٢

(٣) انظر: ترجمته في المصادر التالية :
الجواهر المضية : ٣/ ١٢٢ ، الفوائد البهية : ١٦٣ ، سير أعلام النبلاء : ٩/ ١٣٤ ، العبر : ١/ ٢٣٤ ، وفيات الأعيان : ٤/ ١٨٤ شذرات الذهب : ١/ ٣٢١ .
وقول المؤلف وبدأ محمد بن الحسن . . . " الخ لم أجد في كتب محمد بن الحسن الموجودة لدى هذا التقسيم ، وظنة مثل هذا النقل من كتب القضاء سواء أكانت كتبا مستقله أم ضمن كتاب يضم أبواب الفقه وقد قال الصدر الشهيد رحمه الله في كتابه شرح أدب القاضي ١/ ٢١٥ حينما ذكر خطاب عمر الى ابى موسى الأشعرى رضى الله عنهما قال : " أورد محمد هذا الحديث في كتابه أدب القاضي "

لا تثبت الا بحجة[1] وهي أربعة أنواع .

(=) وتكرر ذكر كتاب أدب القاضي لمحمد بن الحسن في الجزء الأول ص : ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٣٤ .
وفي الجزء الثاني : ٧٢ ، وفي الثالث : ١٠٣ ، ٢١٩ .
والسرخسي في أصوله ذكر أدب القاضي لمحمد بن الحسن ٣/١١٣ ، ١٣٣ ، وكذا فؤاد سزكين ذكر أن من آثار محمد بن الحسن كتاب " أدب القاضي " تاريخ التراث : ١/٣/٧٦ - الفقه .
الا أن حاجي خليفة عند الكلام على المبسوط لمحمد بن الحسن قال " وهو المراد حيث ما وقع في الكتب قال محمد في كتاب فلان (المبسوط) كذا . كشف الظنون : ١/١٥٨١ .
كما أن محيى هلال السرحان رجح عدم وجود كتاب مستقل لمحمد في أدب القاضي . انظر : حاشية شرح أدب القاضي : ١/٢١٥ .
وعلى أي حال فان كان المؤلف نقل هذا التقسيم من كتاب المبسوط أو من كتب محمد الأخرى فهو غير موجود فيما اطلعت عليه منها . وان كان من كتاب مستقل في أدب القاضي فهو غير موجود أيضا حسب علمي . والله أعلم .

(١) الحجة لها معنى لغوى ومعنى اصطلاحي
فالمعنى اللغوى هو البرهان - وقيل ما دفع به الخصم .
وقال الأزهرى : الحجة الوجه الذى يكون به الظفر عند الخصومة "
لسان العرب : ٢/٢٢٨ .
وفي الاصطلاح : عرفها الجرجاني بأنها ما دل به على صحة الدعوى

وقيل الحجه والدليل واحد . التعريفات : ص : ٨٢
ونقل هذا التعريف صاحب التعريفات الفقهية ص : ٢٦٠ ثم قال : " هى بينه عادله أو اقرار . . . الخ "

وقد نقل ابن عابدين عن ابن الغرس أن الحجه هى " البينه " أو الأقرار أو اليمين أو النكول عنها ، أو القسامه ، أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به ، أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به " حاشية ابن عابدين : ٥/٣٥٤ ، الدر المختار : ٥/٥٥٠ .

البينـــة . (١)

(=) وما ذكر عن ابن الفرس في تفسير الحجه أشمل من تفسير غيـــره لها ، لأن بعض علماء الحنفية اقتصر على تفسير الحجه ببعـــض ما ذكره ابن الفرس . انظر المصادر التالية :
المبسوط : ١٦/١١٩ ، تحفة الفقهاء : ٣/٣٧٠ ، نتائج الافكار ٨/١٥٤ ، شرح أدب القاضي : ٢/٢٥٤ ، البحر الرائـــق ٧/٢٠٥ ، البنايه : ٧/٣٨٧ ، الأشباه والنظائر ص : ٢٩٣ ، طبعة دار الفكر .
ومن هذا التقسيم عن ابن الفرس يتبين أن ما ذكره المؤلف عـــن محمد بن الحسن بأن الحجه أربعة أنواع ومنها اليد داخلة ضمـــن القرائـــن .

(١) البينة لغة توضيح الشيء وتفصيله .
قال في المصباح المنير : " بان الأمر يبين فهو بيّن وجاء باثن علـى الأصل ، وأبان ابانه وبين كلها بمعنى الوضوح والانكشاف ، والاسم البيان ، وبان الشيء اذا انفصل فهو باثن وأبنته فصلته " .
وقال ابن فارس " بان الشيء اتضح ، وأبان فهو بين وبين ، والبيان الكشف عن الشيء " .
المصباح المنير : ١/٧٠ ، مجمل اللغة : ١/١٤١ ، وانظـــر لسان العرب : ١٣/٦٧ .
أما البينة في اصطلاح الفقهاء : فقد اختلفوا في تفسيرها : فبعض الفقهاء كالشافعية وبعض الحنابله قالوا : إن البينة إذا أطلقـــت لا يراد بها الا الشهود وسمى الشهود بذلك لأن بهم يتبين الحق .
انظر: مغنى المحتاج : ٤/٤٦١ ، نهاية المحتاج : ٨/٣٣٣ أسنى المطالب : ٤/٣٨٦ . فتح الوهاب : ٢/٢٢٧ . الروض المربع ٤٨١ ، منتهى الأرادات : ٢/٦٢٨ ، نيل المآرب : ٢/٤٦٥ .
وبعض الباحثين يذكر أن هذا مذهب الجمهور . انظر وســـائل الاثبات : ٢٥ ، ٦٧٣ ، من طرق الاثبات ص : ٥ علم القضاء : ١/١١ السلطة القضائية في الاسلام : ١٩٦

. . . . . .

(=) ولعل الذى حملهم على قصر البينه على الشهود أن البينة تطلق في لسان الشرع على الشهود في غير موضع ومن ذلك ما أخرجه البخارى عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم البينة أو حد في ظهرك "
صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ٥/٢٨٣.

والبينة التى يثبت بها الزنا أربعة شهود فهذا يدل على أن مراد الرسول صلى الله عليه وسلم من البينة خصوص الشهود .
ومن ذلك أيضا قوله عليه الصلاة والسلام في خصومة الحضرمي والكندى " ألك بينه "
وقد فسرتها الرواية الواردة في نفس الواقعة بأن المراد الشهود فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم " شاهداك أو يمينه " رواه مسلم: ٢/١٥٨. انظر: من طرق الاثبات لأحمد البهى ص : ٥ - ٧.
وابن مودود نقل الاجماع على أن المراد بالبينة في قوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى " الشهادة . الاختيار : ٢/١٣٩
أما ابن حزم - رحمه الله - فمع اطلاقه البينة على الشهود لكنه ضد الاستدلال على جواز قضاء القاضي بعلمه ضمن البينه ايضا علم القاضي .
المحلى : ٩/٤٢٨ ، من طرق الأثبات : ص : ٧.

أما الفريق الثالث فقالوا إن البينه اسم لما يبين الحق ويظهره وليست مقصورة على الشهود .
وهم ابن مودود ، وابن تيمية ، وابن القيم ، وابن فرحون ، والطرابلسي والزيلعي وحسن خان ، والزبيدى - رحمهم الله تعالى - .
انظر: الأختيار : ٢/١٠٩ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣٥/ ٣٩٤.
الطرق الحكميه ص ١٥ ، إعلام الموقعين : ١/٩٠ ، تبصرة الحكام ١/٢٠٢ ، معين الحكام ص ٦٨ ، تبيين الحقائق : ٤/١٩١ ، السلطة القضائية في الاسلام ص ١٩٦ ، وما بعدها . من طرق الاثبات ص: ٧.
عقود الجواهر المنيفه : ٢/٢٥ ، وسائل الاثبات ص ٢٦ ، ص ٦٧٢
ظفر اللاظى ص ٦٨.

واليمين . (١)

(=) وعندى أن الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة لا يترتب عليه كثير فائدة ولا ثمرة له ،لأن الشهادة جزء من البينه .
قال الدكتور / احمد البهى :" إن جمهور الفقهاء لا يقصدون من تفسير البينه بالشهود حصر طرق الاثبات أيضا في الشهادة لا غير وانما مرادهم من هذا التفسير أن البينة اذا اطلقت لا تنصرف الا الى الشهود بدليل أنهم ذكروا طرقا أخرى للاثبات غير شهادة الشهود كالاقرار وقضاء القاضي بعلمه الا أن هذه الطرق لا تسمى عندهم بينه وانما تسمى باسمائها فيقولون القضاء بالاقرار اذا كان الاثبات بالاقرار . . . في حين أن ابن تيميه ومن وافقه يرون انتظام البينة لكل ما يقضى به " من طرق الاثبات ص : ١١ - ١٢ .

وما ذكره صحيح فإننا نجد طرق القضاء كثيره لا تنحصر في الشهادة فقط،فعند المالكيه ذكر القرافي بأن الحجج التى يقضى بها القاضى سبع عشرة حجه . الفروق ٤/ ٨٣ .

وعند الحنفية كما ذكره ابن الفرس وغيره بأن الحجج ثمان . وان وقع الخلاف في بعضها . انظرص : ٤٥، وابن القيم ذكر طرقا كثيره في كتابه الطرق الحكميه بلغت ستا وعشرين . الا أن بعض هذه الحجج التى يذكرها الفقهاء تعتبر مرجحه لا حجة قاطعة .
وبهذا يتضح أن الخلاف خلاف في إطلاق البينه فهل تطلق على كل ما يوضح الحق ؟
أو هى قاصرة على الشهود ؟ مع اتفاق الكل على وجود طرق للقضاء غير الشهادة . والله تعالى أعلم .

(١) اليمين لغة : الجهة والجارحه

وأيمان ويمين الحلف ، وتجمع على أيمن وأيمان .
قال ابن الأنبارى " قيل سمى الحلف يمينا لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم بيمينه على يمين صاحبه فسمى الحلف يمينا مجازا واليمين القوة والشدة " المصباح المنير : ٢/ ٦٨٢ ---

. . . . . .

(=) وفي الاصطلاح : تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفه من صفاته روضة الطالبين : ٣/١١ ، الدر المختار ٣/٧٠٢ .

وهذا التعريف لليمين عام ولما كان مجال بحثنا يتعلق باليمين التي تقع أمام القاضي لفصل الخصومات فيمكن تعريفها بأنها :

" تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"

وسائل الأثبات ص : ٣١٩ ، الفقه الاسلامي : ٦/٥٨٨ .

واليمين عند فقهاء الحنفية : وضعت لدفع الدعوى وليست للأستحقاق

يقول السمناني :" واليمين ليست عندنا بينه ولا تجرى مجرى البينه في اثبات الحقوق وانما وضعت لدفع الدعوى . . . " روضة القضاة ١/٢٨٠ .

فاليمين عندهم حجة للمدعى عليه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم بين على من تكون اليمين في عدة أحاديث .

انظر: المصدر السابق ص ٢٧٨ وما بعدها .

كما أن الكاساني قرر هذا المعنى حيث قال : "إن اليمين لا تصلح حجه مظهرة للحق وانما تصلح حجة للمدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر"

بدائع الصنائع : ٦/٢٢٥ ، وانظر المبسوط : ١٧/٣٥ .

ولهذا نجد علماء الحنفية لا يقولون باليمين مع الشاهد ، ولا يردون اليمين على المدعى في حالة نكول المدعى عليه عنها ، وأيمان القسامة تكون على المدعى عليهم لنفي ما وجه اليهم .

وذلك بناء على مذهبهم في أن اليمين لا تكون إلا من قبل المدعى عليه لأنهم قالوا : إن الرسول صلى الله عليه وسلم قسم الحجج بين المدعى والمدعى عليه والقسمه تنافي الشركه .

انظر: نصب الراية : ٤/٩٦ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٤ .

واليـــد (١) والنكول (٢)

أما البينه واليمين فمرتا في كتاب الشهادات (٣) فنذكر هاهنا النكول واليـد ، فنذكر (٤) كيفية الحجه (٥) وشروطها . (٦)

---

(١) سيأتي الكلام عن اليد في فصل مستقل إن شاء الله ص : ١٣٢-١٤٣

(٢) النكول لغة : ـ الرجوع والامتناع .

لسان العرب : ٦٧٧/١١ ، المصباح المنير : ٦٢٥/٢

وفي الاصطلاح :

عرف بتعاريف متعدده . انظر أدب القاضي للماوردى : ٣٥٥/٢ . المنهاج ومغنى المحتاج : ٤٧٨/٤ ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٢٩٦/٤ ، روضة القضاة : ٢٧١/١ ، المدخل الفقهي للزرقاء : ١٠٦٥/٢ .

وفي نظرى : أن تعريف ابن عرفه له أشمل لأنه يتناول النكول من قبل المدعى عليه والمدعى فعرفه بقوله :" امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها " الحدود بشرح الرصاع ص ٤٧٢ .

وسيأتى الكلام عنه قريبا ان شاء الله تعالى ص : ٥٤ وستعرف المزيد من أحكامه .

(٣) اختلفت النسخ التى اعتمدتها في ترتيب الأبواب ، فالنسخة الأصل وكذا نسخة (أ) ذكرت كتاب الدعوى أولا ، أما نسخة ص فقدمت كتاب الشهادات .

ولا غرابة في هذا الأمر فكتب الحنفية المتداوله الآن يوجد فيها مثل هذا الاختلاف والتباين ففي بدائع الصنائع مثلا قدم كتاب الدعوى على الشهادات ثم قال المؤلف " وطائق البينه قد مر ذكرها في كتاب الشهادات " ٢٢٥/٦ .

وهذا الاختلاف راجع الى عمل النساخ إذ أنه لا يظن بالمؤلف مع سعة علمه أن يقع منه مثل هذا فهو أعلم بما كتب .

(٤) في (أ) فذكر . ولو قال ونذكر ـ لكان أحسن لاستقامة الكلام .

(٥) سيذكر المؤلف تفصيل الخلاف في حجية كل من النكول واليد عند الحنفية والشافعية ص : ٥٤ و ١٣٢

(٦) الشرط بسكون الراء ـ الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ===

. . . . . .

(=) والجمع شروط . وبفتح الراء - العلامه والجمع اشراط - .

لسان العرب : ٧/ ٣٢٩ .

واصطلاحا : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

شرح الكوكب المنير ١/ ٤٥٢ ، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي ٤٣ .

والمؤلف رحمه الله لم يتعرض لشروط حجية الحكم بالنكول واليد وتفصيلها الا أنه ذكر شرطاً للنكول وهو أنه لا يصح إلا في مجلس القاضي ص : ١٠٦ وهذا الشرط هو الشرط الوحيد الذى تذكره المصادر الفقهية نصا فيما اطلعت عليه .

انظر: الدرر الحكام : ٢/ ٣٣٢ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٦ . الفتاوى الهندية : ٤/ ١٤ ، الأصول القضائيه لقراعه ص : ٢٤٧- ٢٤٨ .

أما الشروط الأخرى التى سأذكرها ، فان الفقهاء لم ينصوا عليها صراحة كشروط للحكم بالنكول ، ولكن من خلال قرآتى تبين لى أن الحكم بالنكول لا يكون الا بتوفرها وهى بالاضافة الى الشرط الذى نص عليه المؤلف :-

١- امتناع المدعى عليه عن اليمين الموجهه اليه أو سكوته عنها .
٢- أن يكون سكوته أو امتناعه لغير آفة تمنعه عن الجواب .
٣- أن يكون سكوته بغير دهشه أو غباوة .

انظر: شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٦٦ ، روضة القضاة : ١/ ٢٧٥ ، أدب القاضي للماوردى : ٢/ ٣٥٥ ، مغنى المحتاج : ٤/ ٤٦٨ .

وهذه الشروط التى ذكرت بعضها عند الحنفية وبعضها عند الشافعية وحكم النكول عندهم مختلف فهو يوجب تسليم المدعى به عند الحنفية بينما الشافعية يردون اليمين على المدعى فى حالة نكول المدعى عليه عنها كما سيأتي .

أما شروط حجية اليد فان المؤلف رحمه الله لم يتعرض لها لا من قريب ولا من بعيد واليد عندهم تعتبر دافعه ولا توجب استحقاقا كما أنى لم أجد - فيما اطلعت - من نص على شروطها وأهم شرط في نظرى هو : أن تكون اليد محقه لا مبطله . والله تعالى أعلم

وحكمها (١) ثم نذكر الدعوة (٢) وما يبتنى عليها من الحكم (٣) وسبب صحة الدعوة . (٤)

(١) هكذا في النسخ والصواب وحكمهما لأن الكلام عن النكول واليد .
وقد اختلف الأصوليون في تعريف الحكم - ومن تعاريفه - هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا - أما عند الفقهاء فالحكم هو اثر هذا الخطاب .
فتح الغفار بشرح المنار : ١/ ١٢ ، التلويح على التوضيح ١/ ١٤
شرح التوضيح على التنقيح : ١/ ١٥ ، السبب عند الأصوليين ١/ ٦٠ - ٦٢ ، الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان : ٢٥
ومراد المؤلف بالحكم هنا هو الأثر المترتب على كل من الحكم بالنكول واليد .

(٢) الدعوه - بتشديد الدال وفتحها وكسرها وضمها الدعوة الى الطعام والدعوة بتشديد الدال وكسرها وفتحها دعوى النسب .
لسان العرب : ١٤/ ٢٦٠ - ٢٦١ ، المصباح المنير : ١/ ١٩٥
القاموس المحيط : ٤/ ٣٢٩ ، المغرب : ١/ ٢٨٨ . عنوان الشرف الوافي ٢٠٣ الاكمال والاعلام ١/ ٢١٧
وانظر : طلبة الطلبه : ٢٧٥ ، أنيس الفقهاء : ٢٤١ .
ولو قال هنا - الدعوى - لكان أنسب للمقام اذا لا يقصد هنا دعوة النسب وانما يريد ما هو أعم ودعوى النسب عقد لها بخاصا ص ٣٢٩ قصرة

(٣) إذا صحت الدعوى لدى القاضي فحكمها ما يلي :
إحضار الخصم - ووجوب الجواب لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع إلا بالجواب فكان واجباً - واليمين في حالة الأنكار وبعض فقهاء الحنفية جعل احضار الخصم شرطا ولم يجعله من أحكامها .
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢٤ ، المبسوط : ١٧/ ٣٠ ، البحر الرائق ٧/ ١٩٢ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ٢ - ٣ .

(٤) الذى يظهر لي أن المؤلف رحمه الله يقصد شروط صحة الدعوى وحسب علمي أن السبب والشرط لا يطلق أحدهما على الآخر .
والسبب لغة - كل شيء يتوصل به الى غيره - لسان العرب ١/ ٤٥٨
واصطلاحا : هو ما يتوصل به الى الحكم من غير أن يثبت به .
--

. . . . . .

(=) ميزان الأصول : ٦١٠ ، أصول السرخسي : ٢/ ٣٠١ .

وشروط الدعوى لم يتعرض لها المؤلف وهي كما يلي :

١- عقل المدعي والمدعى عليه .

٢- أن يكون المدعى به معلوما لتعذر القضاء والشهادة بالمجهول .

٣- حضور الخصم .

٤- عدم التناقض في الدعوى .

٥- أن تكون في مجلس القاضي .

٦- أن يتعلق بها حكم على المطلوب .

٧- أن يكون المدعى مما يحتمل الثبوت .

بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢٢ - ٢٢٤ ، نتائج الأفكار : ٨/ ١٥٣

تحفة الفقهاء : ٣/ ١٨١ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ٢ .

-((فصـــل))-

النكول[1] وحكمـه :

مسألة (٢) قال علماؤنا النكول حجه يقضى بها (٣) وقال الشافعي[4] لا يكون حجة (٥)

---

(١) تقدم تعريفه ص : ٥٠

(٢) مثبته من ص :

(٣) انظر : قول الحنفية في المصادر التالية :
الهداية ونتائج الافكار وشرح العنايه : ٨/ ١٧٦ شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/ ٢٦٠ ، مختصر الطحاوى ص ٣٣٤ ، الغـــرة المنيفة ص ١٩٠ ، البحر الرائق : ٧/ ٢٠٥ ، روضة القضاة للسمناني ١/ ٢٧١ ، المبسوط : ١٧/ ٣٤ ، .
وهو المذهب عند الحنابله واختاره عامة الأصحاب ، الأنصاف ١١/ ٢٥٤ المحرر : ٢/ ٢٠٨ ، المغنى : ٩/ ٢٣٥ .
وممن روى عنه القضاء به من الصحابة : عمر وابن عباس ، وعلى ، وعثمان وأبو موسى الأشعرى ، وابن عمر - رضى الله عنهم - .
ومن التابعين : الشعبي ، وشريح في رواية عنه .
شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٢٩ وص ٢٥٩ ، المبسوط: ١٧/ ٣٤ ، المحلى : ٩/ ٣٧٣ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠ ، نصب الرايـــة ٤/ ١٠١ ، الجوهر النقى مع السنن الكبرى : ١٠/ ١٨٤ ، الطـــرق الحكميه ص ١٦١ ، حاشية الشلبي : ٤/ ٢٩٥ ، الغرة المنيفة ص : ١٩٠ .

(٤) انظر ترجمته في المصادر التالية :
سير أعلام النبلاء : ١٠/ ٥ ، تاريخ بغداد : ٢/ ٥٦ ، الأعـــلام ٦/ ٢٨ ، وفيات الأعيان : ٤/ ١٦٣ ، شذرات الذهب : ٢/ ٩- ١١

(٥) انظر قول الشافعي في أدب القاضي للماوردى : ٢/ ٣٥٥ ، روضـــة الطالبين : ١٢/ ٤٣ ، المنهاج ومغنى المحتاج : ٤/ ٤٦٨ و ٤٧٧ أسنى المطالب : ٤/ ٤٠٤ ، الاصطلام ٢ ل ٢٢٨ ب
وهو قول المالكية ، ورواية للامام احمد اختارها أبو الخطاب

===

واحتج بقوله عليه السلام " البينة على المدعى[1] واليمين على من انكـــر[2]"

(=) وكذا روى عن عمر ، وزيد بن ثابت ، والمقداد ، وأبيّ بـــن كعـــب ، وعثمان ، وعلى وابن عمر ، والأوزاعي ، وابن سيرين ، والنخعـــى وشريح في رواية اخرى عنه .
المدونة الكبرى : ٥/١٧٤ ، تبصرة الحكام : ١/١٩٠ ، بداية المجتهد : ٢/٥٠٢ ، الانصاف : ١١/٢٥٤ ، المغنى ٩/٢٣٥
السنن الكبرى : ١٠/١٨٤ .
وللعلماء أقوال أخرى في الحكم بالنكول . انظر:
المحلى : ٩/٣٧٢ ، الانصاف : ١١/٢٥٤ ، المحرر: ٢/٢٠٨
الطرق الحكميه : ١٦٠ ، ١٦٦ - ١٦٨ ، الفروع : ٦/٤٧٧ ، مختصر الفتاوى المصريه : ٦٠٧ . وسائل الاثبات : ٣٩٠ ، السلطه القضائية : ٢٤٧ ، الاثبات بالقرائن : ٢٢١

(١) للعلماء في تعريف المدعى والمدعى عليه اراء متعددة منها : أن المدعى من إذا ترك الخصومه لا يجبر عليها ، والمدعى عليه مـــن اذا ترك الجواب يجبر عليه .
بدائع الصنائع : ٦/٢٢٤ ، المبسوط : ١٧/٣١ ، الدرر الحكام ٢/٣٢٩ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٤/٤٦٤ ، نهاية المحتاج ٨/٣٣٩ ، تحفة المحتاج : ١٠/٣٩٢ ، مختصر من قواعد العلائي ٢/٦٢٥ ، شرح حدود ابن عرفه : ٤٧٠ ، الفواكه الدواني : ٢/٢٩٨ ، المغنى : ٩/٢٧١ ، كشاف القناع : ٦/٣٨٤ ، نيل المآرب : ٢/٤٦٥ .

(٢) رواه البيهقي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو يعطى الناس بدعواهم . . . ولكن البينه على المدعى واليمـــن على من انكر" السنن الكبرى : ١٠/٢٥٢ .
ورواه الدارقطني عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قـال : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة "
سنن الدارقطني : ٣/١١٠ - ١١١ .
ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " البينة . . . " الحديـــث
= = =

فمن فصل بالنكول فقد فصل بغير المشروع . (١)

(=) سنن الدارقطني : ٤/٢١٨ ، السنن الكبرى : ٨/١٢٣
قال الزيلعي والحديث في الصحيحين بلفظ " لكن اليمين على المدعى عليه " نصب الراية : ٤/٩٦ .
وقال ابن حجر : إن له أصلا في الصحيحين . انظر الدراية ٢/١٧٥
وفي معناه أحاديث كثيره .
انظر: صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ٥/١٤٥، وص ٢٨٠
٥/٢٤٧ - ٢٤٨ ، ٨/٢١٣ ، صحيح مسلم مع شرح النووى ١٢/٣
سنن أبى داود : ١٠/٤٧ ،الترمذى : ٣/٦١٧ ،ابن ماجه
٢/٤٠ ، سنن الدارقطني : ٤/٢١٨ ،السنن الكبرى : ١٠/٢٥٢
وسيأتي حديث الحضرمي والكندى ص : ٥٨ بلفظ " ألك بينه فقال : لا فقال لك يمينه "

(١) هذا هو وجه الدلالة من الحديث .
وهذا الحديث الذى أورده المؤلف دليلا لمذهب الشافعي لم أجد في كتب الشافعية التى اطلعت عليها من ينص على الاستدلال به على عدم القضاء بالنكول .
والامام الشافعي - رحمه الله - في معرض رده على من خالف في رد اليمين قال (. . . فان كانت بينه أعطى بها المدعى واذا لم تكن أحلف المدعى عليه وليس فيما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين على المدعى عليه أنه ان لم يحلف أخذ منه الحق "
الأم : ٧/٣٨ - ٣٩ .

وهذا الحديث أيضا يستدل به الحنفية على رد مذهب الشافعية في رد اليمين حيث قالوا إن الرسول صلى الله عليه وسلم قسم الحجج بين المدعى والمدعى عليه والقسمة تنافي الشركه .
تبيين الحقائق : ٤/٢٩٤ ، نصب الراية : ٤/٩٦ ،الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/١٧٢ .
والشيرازى في كتابه النكت بعد أن ذكر أدلة الشافعية على ---

ولأن النكول سكوت ، فلا يكون حجة قياسا على السكوت عن جواب[1] المدعى[2].

ولأن اليمين حجة المنكر ،فلا يلزمه شيء بالأعراض عن حجته ،كما لا يلزم المدعى[3] شيء بالاعراض عن اقامة البينه . (٤)

ولأن السكوت في نفسه عدم فلا يكون حجة ، ودلالته (٥) محتمله ، لأنه

(=) اليمين مالٌ" فان احتجوا -أي الحنفيه- بقوله صلى الله عليه وسلم " البينه على المدعى واليمين على من أنكر فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه قلنا نحمله على يمين النفي " ل ٢٩٧ ب.

(١) في (أ) حق .

(٢) الأصطلام للسمعاني : ٢/ل ٢٢٨ ب ، الفروق : ٤/٩٣ الحاوى ٢٢/ل ٦٦ب .
وسكوت المدعى عليه عن الجواب ليس معناه أنه يعفى من المطالبة بل المعنى أنه لا يحكم بمجرد سكوته .

فالشافعية قالوا : " في حالة سكوت المدعى عليه عن الأقرار أو الأنكار يقول له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا ويستحب أن يكرر ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا ثم ترد اليمين على المدعى ويأخذ ما ادعاه .

أدب القاضي : ٢/٣٤٢ فقره ٣٣٩٦ ، المهذب : ٢/٣٠٤
أدب القضاء : ١/٤٨٩ - ٤٩٠ ، أسنى المطالب : ٤/٣٩٥ ، فيض الاله المالك : ٢/٣٤٥.

(٣) غير واضحه في ص :

(٤) أدب القاضي للماوردى ٢/٣٤١ ، فقره رقم : ٣٣٨٥ - ٣٣٨٦
الأصطلام ٢/ل ٢٢٨ ب ، الفروق : ٤/٩٣ .

(٥) في الأصل دلالة والمثبت من ص-أ - اذ هو المناسب لاستقامة الكلام .

قد ينكل تحرجاً عن الكذب ، وقد ينكل ترفعا (١) وتورعا ، كما نكل عثمان (٢) وقال : أخاف أن يوافقه قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذباً (٣) ولما احتمل لم يكن حجة (٤) ولم يتعين جهة التحرج عن الكذب ولا معنى بأن يقال بأن (٥) اليمين حجة المدعي (٦) بدليل قول النبي عليه السلام للمدعى : ألك بينه فقال : لا

---

(١) في ص ـ أ ـ تبرعا وهو خطأ .

(٢) انظر ترجمة عثمان رضي الله عنه في المصادر التالية :
الاصابة : ٤٦٢/٢ ، العبر : ٢٦/١ ، طبقات ابن سعد ٥٣/٣ ، حلية الأولياء : ٥٥/١ ، شذرات الذهب : ٤٠/١

(٣) روى هذا القول عن عثمان رضي الله عنه ـ عند ما افترض منه المقداد رضى الله عنه مالا ـ وقيل إنه كان قد أدعى عليه مال فافتدى يمينه وقال هذه المقاله . السنن الكبرى : ١٧٧/١٠ .
البناية : ٤٣٣/٧ ، ٤٣٤ ، روضة القضاة : ٢٨٨/١ ، المغني ٦٨٠/٨ ، ٢٣٣/٩ ، الأصطلام : ٢/ل ٢٢٨ ب ، موسوعة فقه عثمان رضى الله عنه : ٣٠٢ ، المهذب : ٣٠٢/٢ ، .
وهذه القصة التى حدثت سيورد ها المؤلف رحمه الله عند استدلا له للشافعي لرد اليمين على المدعى ص : ٧٤٦
وايراده لها هنا على لسان الشافعية لبيان أن النكول لا يكون دليلا على البذل وانما يكون لمعان كما حدث من عثمان والا فنكول عثمان رضي الله عنه عن يمين مردودة كما سيأتي لا عن دعوى توجهت عليه فالمنكر هو المقداد وسيأتي أن المؤلف وهم في هذه القضية فجعل عثمان منكرا .

(٤) الأصطلام : ٢/ق ٢٢٨ ب ، النكت : ٢٩٧ ب ، أسنى المطالب ٤٠٤/٤ .

(٥) في ص ـ ان وفي (أ) اثبت الناسخ فوقها ـ له ـ

(٦) انظر : الاصطلام : ٢/ق ٢٣٠ .

فقال لك يمينه "[1] فجعل اليمين له بدلا عن البينه .

وبدليل أنه[2] لا يستوفى الا بطلبه . [3]

وليست[4] بحجة له[5] من حيث يحلف[6] لأن حقه يفوت به . [7]

---

(١) الحديث رواه مسلم وغيره عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كنده الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبنى على أرض كانت لأبى فقال الكندى هي أرضى وفي يدى أزرعها ليس له بها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي الك بينه قال : لا قال فلك يمينه " وهذا لفظ مسلم .

مسلم بشرح النووى : ٢/١٥٩ ، سنن أبى داود : ١٠/٥١-٥٢ سنن الترمذى : ٣/٦١٦ ، البيهقي : ١٠/١٤٤ ، ٢٥٤ .

وفي رواية الترمذى والبيهقي الثانية " غلبني على أرض كانت لي"

(٢) أى حلف المدعى عليه .

(٣) هذان الدليلان أوردهما المؤلف كاعتراض من الشافعية بأنه لا معنى لقول من قال من الحنفية ان اليمين حجة المدعى أو استدلا لا بحديث الحضرمي والكندى - أو استدلا بتوقفها على طلبه -

انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٢٦ ، شرح أدب القاضي : ١/٣٢٤ المبسوط : ١٦/١١٦ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٤ ، الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية : ٨/١٦٨ ، اللباب في شرح الكتاب ٤/٢٩ . وانظر: الأصطلام ٢/ق ٢٣٠ أ .

(٤) أى اليمين .

(٥) أى للمدعي .

(٦) المدعى عليه .

(٧) في ص به يفوت - والضمير في - به - يعود الى الحلف .

والمعنى أن اليمين ليست بحجه المدعي في الأصل وانما هى حجة المدعى عليه لأن حقه يفوت بها إذا أداها المدعى عليه والحجه ما يستحق بها صاحبها شيئا على غيره .

فثبت أنه[١] حجة لـه[٢] من حيث ينكل[٣] وذلك لأنا نجعل اليمين حقا لـه[٤] بقول النبي[٥] .

---

(١) أي الحلف .

(٢) أي للمدعي .

(٣) أي المدعى عليه عن اليمين .

(٤) أي للمدعي .

(٥) المراد بقول النبي صلى الله عليه وسلم ما رواه الحاكم ، والبيهقي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق "

المستدرك : ٤/ ١٠٠ ، السنن الكبرى : ١٠/ ١٨٤ .

وقال الحاكم انه صحيح الأسناد ولم يخرجاه وابن حجر في التلخيص ذكر أن فيه محمد بن مسروق لا يعرف واسحاق بن الفرات مختلف فيه .

التلخيص الحبير : ٤/ ٢٠٩ .

والاتفاق حاصل على أن اليمين حق للمدعي على المدعى عليه يملك مطالبته بها ولا يجوز للقاضي احلافه الا بطلبه لكونها حقا لـه فلا تستوفى الا بطلبه .

انظر: المهذب : ٢/ ٣٠١ ، أدب القاضي للماوردي : ٢/ ٣٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨/ ٣٥٩ ، حاشية البيجوري : ٢/ ٣٤٥ ، فيض الاله المالك : ٢/ ٣٤٤ ، المبسوط : ١٧/ ٣١ ، البحر الرائق ٧/ ٢٠٣ ، الدر المختار : ٥/ ٥٤٨ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٤ .

تبصرة الحكام : ١/ ٤٦ - ٤٧ ، مواهب الجليل : ٦/ ١٣٠

الكافي : ٤/ ٤٦٠ ، كشاف القناع : ٦/ ٣٣٧ ، منتهى الارادات : ٢/ ٦٠٠ ، وسائل الاثبات : ٣٥٢ ، نظام القضاء في الشريعة الاسلامية : ٢٠٤ .

وبدليل أنه[1] يستوفيه[2] بطلبه بدلا عن المال الذى يدعيه لا عن البينه[3] كأن النبي عليه السلام قال له " ألك بينه " لتأخذ حقك الأصلى فقال لا فقال لك يمينه بدلا عن المال لتهلكه باليمين الفاجره " كما[4] لو " أهلك مالك بالأنكار لتقابل[5] اهلاكا ان عجزت " عن[6] " الاستيفاء " بعينه[7] ". وهذا كما شرع القصاص[8] في قتل العمد[9] اهلاكا باهلاك لما وقع العجز عن استيفاء عين الحق أو مثلة حياة بحياة . (١٠)

فاذا منعه[11] هذا الحق وهو اليمين وصار الظاهر للمدعي أمكنه اثبات أصل الحق بيمينه . (١٢)

---

(١) في ص ـ أو ـ

(٢) أى المدعي

(٣) أى الحلف

(٤) في ص ـ أ ـ ان كان هو ـ

(٥) في ـ أ ـ ليقابل

(٦) في ص ـ و ـ

(٧) غير واضحه في ص .

(٨) القصاص لغة المساواة والمماثله .

المغرب في ترتيب المعرب : ٢ / ١٨٢ ، لسان العرب : ٧ / ٧٦ ، القاموس المحيط : ٢ / ٣٢٥ .

واصطلاحا ـ هو فعل مجنى عليه أو وليه بجان مثل فعله أو شبهه " نيل المآرب : ٢ / ٣٢٠ ، وانظر التعريفات : ١٧٦ .

(٩) في ـ ص ـ العين وهو خطأ . وسيأتي بيان موجب القتل العمد ص

(١٠) في ـ أ ـ لحياة وهو خطأ .

(١١) أى المدعى عليه .

(١٢) أى اذا امتنع المدعى عليه من اداء اليمين يمكّن المدعى من الحلف وهو ما يسمى باليمين المردوده فاجتمع نكول المدعى عليه وحلف المدعي فحق له اخذ ما ادعى . انظر : الام : ٧ / ٣٩ .

× (١) لا من حيث يقضى له بالحق . (٢)

ولأن حجة المدعى من جانب المدعى عليه اقراره . (٣)

(=) وقد اختلف القول عن الامام الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ هل اليمين المردودة كالبينة أو كالاقرار والصحيح أنها بمنزلة الأقرار لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت عليه وله فصار كاقراره .

المهذب : ٢/٣٠٢ ، أسنى المطالب : ٤/٤٠٥ ، حاشية البيجوري : ٢/٣٥٧ ، مختصر من قواعد العلائي وكلام الاسنوى ٢/٦٢٧ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٤/٣٥٠ ، الاقناع للشربيني : ٢/٣١١ .

(١) في ـ ص ـ فيبطل حقه في اليمين كما لو قدر على البينه أو نقول اليمين حقه من حيث ينكل فيتمكن من اثبات الحق بيمينه ـ وفي ـ أ ـ فيبطل حقه في اليمين كما لو قدر لا من حيث ينكل فيتمكن " .

(٢) أى بمجرد نكول المدعى عليه .

انظر: المهذب : ٢/٣٠٢ ، حاشية البيجوري : ٢/٣٥٧ ، أسنى المطالب : ٤/٤٠٤ ، الاقناع للشربيني : ٢/٣١١ .

(٣) الاقرار لغة : الاذعان للحق والاعتراف به . .

لسان العرب : ٥/٨٨ ، القاموس المحيط : ٢/١٢٠ .

واصطلاحا : اخبار عن حق ثابت على المخبر

مغنى المحتاج : ٢/٢٣٨ ، نهاية المحتاج : ٥/٦٤ ، فيض الاله المالك ٢/١٠٢ .

والاقرار حجة على المقر بنص الكتاب والسنة واتفاق الأمه عند توفر الشروط في المقر والمقر له .

انظر: بداية المجتهد : ٢/٥٠٤ ، الافصاح : ٢/١٤ ، رحمة الأمة ٢٠٩ ، مغنى المحتاج : ٢/٢٣٨ ، وراجع وسائل الاثبات للزحيلى ٢٤١ وما بعدها .

فلو جعل النكول حجه لصار من هذا الوجه ولو صار اقرارا لما صح الرجوع منه (١) وبالاجماع يصح (٢) قبل القضاء . (٣)

---

(١) اختلف الفقهاء في حكم الرجوع من الأقرار .
فالجمهور ذهبوا الى صحة الرجوع عن الأقرار في حقوق الله المحضه التى تسقط بالشبهة كالزنا .
أما حقوق الله تعالى التى لا تسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة وحقوق الآدمى فلا يصح الرجوع عنها ، واتفق المالكية مع الجمهور في القول بعدم صحة الرجوع عن الاقرار فيما يتعلق بحقوق الآدميين .
أما حقوق الله تعالى كالزنا والشرب فقالوا : ان رجع الى شبهة قبل منه - وان رجع الى غير شبهة ففيه قولان :

انظر: تحفة الفقهاء : ٣/١٩٥ ، الأختيار : ٤/٨٢ ، بدائع الصنائع : ٧/٢٣٢ - ٢٣٣ ، المهذب : ٢/٣٤٤ ، ٣٤٦ ، كفاية الأخيار : ١/٥٤٢ - ٥٤٣ ، حاشية البيجورى : ٢/٣ - ٤ .
الكافي لابن قدامة : ٤/٥٨٧ . القوانين الفقهية : ٢٧١ ، تبصرة الحكام : ٢/٤١ .

(٢) أى الرجوع عن النكول .

(٣) انظر المسألة في المصادر التالية :
شرح أدب القاضي للصدر الشهيد : ٢/٢٦٩ ، الأختيار : ٢/١١١ أدب القاضي للماوردى ٢/٣٥٦ ، أدب القضاء : ١/٤٨٧ حاشية البيجورى : ٢/٣٥٧ ، روضة الطالبين : ١٢/٤٤ ، أسنى المطالب ٤/٤٠٥ .
والحنابلة وافقوا الشافعية والحنفية في صحة الرجوع قبل الحكم لكن في مجلس آخر قال في المحرر " ومن بذل منهما اليمين بعد نكوله لم يسمع منه الا في مجلس آخر بشرط عدم الحكم " المحرر : ٢/٢٠٩ وانظر المغنى : ٩/٢٣٦ .
والمالكية شددوا أكثر في هذا الباب فقالوا اذا تم نكوله بالنطق

وكذلك لا نسلم أن المدعى استحق على المدعى عليه جوابا يفصل به الخصومه .

وذلك[1] الأقرار أو الانكار واليمين [2] لأن الفصل عندنا بالأقرار أو باليمين أو بالنكول ويمين المدعي وقد حصل . (٣)

ولنا[4] في المسألة اجماع[5] الصحابة . (٦)

(=) أو الامتناع فأراد أن يحلف لم يقبل منه الا أن يشاء خصمه .
تبصرة الحكام : ١/ ١٩١ ، شرح حدود ابن عرفه للرصاع : ٤٧٢ .
وذكر الرصاع عن ابن نافع ما يدل على صحة الرجوع .

(١) أي الجواب .

(٢) في -ص- أ - وذلك .

(٣) معنى دليل الشافعية هذا أن فصل الخصومة لا يتوقف على الأقرار أو الانكار وأداء اليمين فحسب بل ان الفصل يكون بهما أو بالنكول ويمين المدعي . .
انظر: الأصطلام : ٢/ق ٢٢٨ ب .

(٤) هذا شروع من المؤلف رحمه الله في عرض أدلة مذهبه في القضاء بالنكول .

(٥) الاجماع - لغة - العزم والاتفاق .
المغرب : ١/ ١٥٩ ، المعجم الوسيط : ١/ ١٣٤ - ١٣٥ ، المصباح المنير : ١/ ١٠٩ .
واصطلاحا : اتفاق مجتهدي الأمة في عصر على أمر ولو كان الأمر فعلا اتفاقا كائنا بعد النبي صلى الله عليه وسلم . شرح الكوكب المنير ٢/ ٢١١ ،
وانظر : مذكرة أصول الفقه ١٥١ ،

(٦) ذكر الكاساني أن شريحا قضى على رجل بالنكول ولم يكن قضاء شريح هذا يخفى على الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول . بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠ .
وانظر: المعتصر من المختصر من مشكل الآثار : ٢/ ٩ ، تبيين الحقائق ٤/ ٢٩٥ - ٢٩٦ ، شرح العناية : ٨/ ١٧٧ ===

روى عن حماد بن زيد[(١)] عن كثير بن جمهان[(٢)]

(=) وفي حاشية الشلبي ذكر اسماء الصحابة الذين روى عنهم الحكم بالنكول وهم : عمر ، وعثمان ، وعلى ، وابن عمر ، وابن عباس وابو موسى الاشعرى - رضي الله عنهم -
حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٥ ، الغرة المنيفة ١٩٠ وهذا الاجماع الذى أورده المؤلف رحمه الله وتبعه بعض علماء الحنفية من بعده اجماع سكوتي - والاحتجاج به مختلف فيه الا أنه حجة عندهم .
انظر : أصول السرخسي : ١/ ٣٠٣ ، المغنى للخبازى : ٢٧٤ ميزان الأصول : ٥١٥ ، كشف الأسرار : ٣/ ٢٢٨ .
وانظر ارشاد الفحول : ٨٤ ، وما بعدها ، المنخول : ٣١٨ الوصول الى الأصول : ٢/ ١٢٤ وما بعدها ، التبصرة للشيرازى : ٣٩١ شرح الكوكب المنير : ٢/ ٢١٢ ، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ٢٩٥ ، مذكرة اصول الفقه للشنقيطي : ١٥٨ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي : ٣٣٠ - ٣٣١ .
وبالاضافة الى أنه سكوتي فقد روى عن عمر وعلى وغيرهما كما سبق عدم القضاء بالنكول كما أن الصدر الشهيد أشار الى وجود الخلاف في المسألة بين السلف . شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٥٩ ، وعليه فلا يكون الاجماع المذكور حجة لوجود الخلاف فيه ، والله تعالى أعلم

(١) حماد بن زيد بن درهم الحافظ الثبت محدث الوقت أبو اسماعيل الأزدى مولى آل جرير بن حازم البصرى الأزرق الضرير أحد الأعلام أصله من سجستان سبى جده درهم منها - ولد سنة ٩٨ هجرية وتوفى سنة ١٧٩هـ .
سير أعلام النبلاء : ٧/ ٤٥٦ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ٢٢٨ ، تهذيب التهذيب : ٣/ ٩ ، ذكر اسماء التابعين : ١/ ١١٠ ، الجمع بين رجال الصحيحين : ١/ ١٠٢ ، تقريب التهذيب : ١٧٨ ، تاريخ الثقات : ١٣٠ ، طبقات خليفة : ٢٢٤ .

(٢) في الأصل - و - أ - جهمان والمثبت من ص كما هو في تهذيب التهذيب والتقريب وهو كثير بن جُمْهان - بضم أوله وسكون الميم -

= = =

عن عطاء[١] عن عمر[٢] أن امرأة ادعت على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك[٣] فحلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكان شاور عليا " [٤]

(=) ويقال الأسلمي ابو جعفر الكوفي ، روى عن ابي هريرة وابن عمر وأبي عياض وعنه عطاء بن السائب وليث بن أبي سليم قال أبو حاتم: شيخ يكتب حديثه وذكره ابن حبان في الثقات .
تهذيب التهذيب : ٨/ ٤١٢ ، تقريب التهذيب : ٤٥٩ .
الجرح والتعديل ٧/ ١٤٩

(١) عطاء بن ابي رباح مكي تابعي ثقة كان مفتي أهل مكة في زمانه حدث عن عائشة ، وأم سلمة وأم هانئ ، وأبي هريرة ، وابن عباس وغيرهم .
ولد في اثناء خلافة عثمان وتوفي سنة ١١٤هـ وقيل ١١٥هـ وقيل : ١١٧هـ . سير أعلام النبلاء : ٥/ ٧٨ ، العبر للذهبي ١/ ١٠٨ ، تاريخ الثقات : ٣٣٢ ، ذكر اسماء التابعين ١/ ٢٧٥ تهذيب التهذيب : ٧/ ١٩٩ ، طبقات خليفة : ٢٨٠ .

(٢) انظر ترجمة عمر رضى الله عنه في :
الاصابة : ٢/ ٥١٨ ، تهذيب التهذيب : ٧/ ٤٣٨ ، طبقات ابن سعد ٣/ ٢٦٥ .

(٣) الغارب ما بين العنق والسنام وفي أمثالهم حبلك على غاربك أى اذهبي حيث شئت وأصله في الناقه " المغرب : ٢/ ٩٩ ، لسان العرب : ١/ ٦٤٤ ، المصباح المنير : ٢/ ٤٤٤ .

(٤) انظر ترجمة على بن أبي طالب رضي الله عنه في المصادر التالية : الاصابة : ٢/ ٥٠٧ ، الطبقات لابن سعد : ٣/ ١٩ ، الاعلام ٤/ ٢٩٥ .
وهذا الأثر لم أجده في كتب السنة كما أورده المؤلف رحمه الله وقد ذكره الصدر الشهيد وغيره كلفظ المؤلف . انظر:
شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٣٠ ، المبسوط : ١٧/ ٣٤ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٦ ، الغرة المنيفه : ١٩١ . ===

. . . . . .

(=) والمروى عن عمر وعلى رضي الله عنهما ليس فيه ذكر النكـــــول .
فقد روى البيهقي عن عطاء بن أبى رباح أن رجلا قال لا مرأتـــه حبلك على غاربك قال ذلك مرارا فأتى عمر رضي الله عنه فاستحلفه بين الركن والمقام ما الذى أردت بقولك قال أردت الطلاق ففـرق بينهمـا " .
وفي رواية عن أبى الحلال العتكى قال جاء رجل الى عمـــر بـــن الخطاب رضي الله عنه فقال إنه قال لا مرأته . . . فقال له عمـــر واف معنا الموسم فأتاه الرجل في المسجد الحرام فقص عليـــــه القصة فقال ترى ذلك الأصلع يطوف بالبيت اذ هب اليه فسله ثم ارجع فاخبرني بما رجع اليك فذهب اليه فاذا هو علي رضي اللـــه عنـــه فقال من بعثك اليّ فقال أمير المؤمنين قال إنه قال لا مرأته حبلك على غاربك فقال استقبل البيت واحلف بالله ما أردت طلاقا فقـــال الرجل وأنا أحلف ما أردت الا الطلاق فقال : بانت منك امرأتـــك .
فالمروى كما ترى ليس فيه ذكر للنكول .
السنن الكبرى : ٣٤٣/٧ ، ١٧٦/١٠ ، وانظر: الموطأ : ٢٩١
سنن ابن منصور : ٢٨٠/١ ، مصنف عبد الرزاق : ٣٦٩/٦- ٣٧٠
كنز العمال : ٦٦٦/٩ ، المحلى : ١٩٥/١٠ .

أما وقوع الطلاق بهذه الكناية فانظر تفصيله في المصادر التاليـــة :-
بدائع الصنائع : ١٠٥/٣ - ١٠٦ ، الاختيار : ١٣٢/٣ - ١٣٣ ، القوانين الفقهية : ١٩٨ ، الرسالة لابن زيد : ٢٠٢ ، الفواكـــه الدواني : ٦٢/٢ ، المهذب : ٨٢/٢ ، رحمة الأمة : ٢٨٤ التنبيه ١٧٤ ، المغني : ١٢٧/٧ ، الأنصاف : ٤٧٩/٨ ، الأفصـــاح ١٥٠/٢ .

وعن عبد الله بن عمر[1] أنه باع جارية فطعن المشترى بعيب[2] فاختصما الى عثمان فحلف عبد الله بن عمر فنكل فقضى عليه بالرد . (٣)

وعن ابن أبي مليكة[4] أنه كان قاضيا

---

(١) انظر ترجمة عبد الله بن عمر في المصادر التالية :
الاصابة : ٢/ ٣٤٧ ، سير أعلام النبلاء : ٣/ ٢٠٣ ،تاريخ بغداد ١/ ١٧١ ، التاريخ الكبير : ٥/ ٢ - ٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ٢٧٨ .

(٢) ساقطه من ص

(٣) المروى عن عبد الله بن عمر أنه باع عبدا أو غلاما وقد روى هذا الأثر عنه مالك في الموطأ : ٣٢٧ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣٢٨ . وعبد الرزاق في مصنفه : ٨/ ١٦٢ - ١٦٣ ، وابن ابى شيبة : ٦/ ٥٠٤ ، ٢١٢ ، وابن حزم في المحلى ٩/ ٣٧٣ .
وصححه الشيخ ناصر الدين الالباني . ارواء الغليل : ٨/ ٢٦٣ .
وانظر شرح أدب القاضي للصدر الشهيد : ٢/ ٢٦١ ، وتهذيب أدب القاضي للناصحى ١/ ٢٤٤ ، روضة القضاة : ١/ ٢٧١ ، الغرة المنيفه للغزنوى : ١٩١ .

(٤) هو عبد الله بن عبيد الله بن ابى مليكه الامام الحجه الحافظ ابو بكر وأبو محمد القرشي التيمى المكى القاضي المؤذن كان أحولا . ولد في خلافة علي أو قبلها . توفى سنة ١١٧ هـ تابعى ثقة من الطبقة الثالثة ، روى عن طائفة من الصحابة ، وروى عنه بعض التابعين من أقرانه وغيرهم .
سير أعلام النبلاء : ٥/ ٨٨ ، طبقات خليفة : ٢٥٧ ،ذكر اسماء التابعين : ١/ ١٩٠ ، تذكرة الحفاظ : ١/ ١٠١ ،تاريخ الثقات : ٢٦٨ ، الجمع بين رجال الصحيحين : ١/ ٢٥٥ الجرح والتعديل : ٥/ ٩٩ ، شذرات الذهب : ١/ ١٥٣ ،العبر للذهبي : ١/ ١١١ ، الأعلام : ٤/ ١٠٢ ، تهذيب التهذيب ٥/ ٣٠٦ ، تقريب التهذيب : ٣١٢ .

بالبصرة[١] فاختصم اليه امرأتان أصابت احداهما[٢] عين صاحبتها بالأشفى[٣] فكتب الى ابن عباس فيه فكتب "إليه"[٤] أن احضر المدعى عليها واقرأ عليها "إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم"[٥] ثم حلفها[٦] فان حلفت برئت وان نكلت فالزمها الدّية[٧]

---

(١) الذى ترجح لدى - والله أعلم - أن ابن ابى مليكه لم يتول قضاء البصرة كما ذكر المؤلف وانما تولى قضاء مكة زمن ابن الزبير وكذا قضاء الطائف وبالاضافة الى المصادر السابقه ينظر في أخباره ما يلى :
أخبار القضاة : ١/ ٢٦١ ، وقد ذكره من قضاة مكة . التاريخ الكبير ٥/ ١٣٧ ، التاريخ الصغير : ١/ ٣١٩ ،
العقد الثمين : ٥/ ٢٠٤ ، طبقات الحفاظ للسيوطي : ٤٨ ،
الطبقات الكبرى لابن سعد : ٥/ ٤٧٢ ، طبقات الفقهاء للشيرازى ٥٨ ، غاية النهاية في طبقات القراء لابن الجزرى : ١/ ٤٣٠
فكل هذه المصادر لم تذكر ما يدل على ما أورده المؤلف والمصدر الذى تابع المؤلف فيما قاله هو المبسوط : ١٧/ ٣٤ ، والله أعلم.

(٢) فى - ص - أ - أحديهما .

(٣) الاشفى المثقب والمخرز .
لسان العرب : ١٤/ ٤٣٨ ، المغرب : ١/ ٤٥٠ .

(٤) في ص - أ - عليه وهو خطأ ، الا اذا أراد أنه كتب على خطاب ابن ابي مليكه .

(٥) الآية : ٧٧ من سورة آل عمران - وفى ص - اكمل كلمة " قليلا " . .

(٦) في الأصل - يحلفها والمثبت من ص - أ - لأن المقام مقام أمر لابن ابى مليكه .

(٧) هذا الأثر الذى أورده المؤلف عن ابن عباس لم أجده بلفظه هذا وفي بعض كتب الحنفيه ما يقرب من هذا اللفظ .
فقد أورده الناصحى كدليل للحنفية عن ابن مليكه عن ابن عباس لكنه ذكر التحليف والنكول ولم يذكر القصة كما ذكرها المؤلف - - -

. . . . . .

(=) تهذيب أدب القاضي : ١/ ٢٤٣ - ٢٤٤ .
وكذا أورده السرخسي في المبسوط الا أنه ذكر أن الخصومة كانت في سوار والمكتوب اليه أبو موسى الأشعرى رضي الله عنه ١٧/ ٣٤ .
وفي مصنف ابن أبى شيبة عن ابن ابى مليكه أن ابن عباس أمره ان يستحلف امرأة فأبت فألزمها ذلك " المصنف : ٦/ ٥٠٣- ٥٠٤ .
والقرا المحلى : ٩/ ٣٧٣ .
وأورده أيضا الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٦٠ ، والسمناني في روضة القضاة : ١/ ٢٧١ .
ولم يتضح لي الأمر في اسم الاشاره - هل الزمها الدية بسبب نكولها عن اليمين فاذا كان كذلك يكون شاهدا لما أراده المؤلف .
أو أن اسم الاشارة يعود الى الألزام باليمين كما قاله ابن حزم في المحلى : ٩/ ٣٧٦ ، كما أنه ابن حزم أجاب عما روى بأنه في حالة عدم الحلف تضمين المحلى ٩/ ٣٧٦
وفي الصحيحين وغيرهما قصة قد تكون هذه القصه أو مشابهه لها لما كان ابن ابى مليكه قاضيا لابن الزبير على الطائف - وهى ما روى عن ابن جريج عن ابن ابى مليكه أن امرأتين كانتا تخرزان في بيت - أو فى الحجرة - فخرجت احداهما وقد أنفذ باشفى في كفها فرفع الى ابن عباس فقال ابن عباس : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم ، ذكروها بالله واقرؤا عليها " ان الذين يشترون بعهد الله " فذكروها واعترفت فقال ابن عباس قال النبي صلى الله عليه وسلم " اليمين على المدعى عليه " وهذا لفظ البخارى .
صحيح البخارى مع الفتح : ٨/ ٢١٣ ، اللؤلؤ والمرجان : ٢/ ١٩٢ .
سنن النسائي : ٨/ ٢٤٨ ، السنن الكبرى : ١٠/ ١٧٩ ، مصنف عبد الرزاق : ٨/ ٢٧٣ - ٢٧٤ ، أخبار القضاة : ١/ ٢٦١ .

وهو مذهب أبي موسى . (١)

وعن شريح (٢) أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل (٣) فقال له على قالون

---

(١) هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب أبو موسى من بني الأشعر من قحطان صحابي من الشجعان الولاة الفاتحين وأحد الحكمين ولد في زبيد باليمن وقدم مكة عند ظهور الاسلام وهاجر الى الحبشة استعمله الرسول صلى الله عليه وسلم على زبيد وعدن وولاه عمر البصرة سنة ١٧هـ ، له من الأحاديث ٣٥٥ حديثا توفي سنة ٤٤ هـ .

الأعلام : ٤/ ١١٤ ، شذرات الذهب : ١/ ٢٩ ، التاريخ الكبير ٥/ ٢٢ ، تهذيب التهذيب : ٥/ ٣٦٢ ، الطبقات الكبرى ٤/ ١٠٥ العبر : ١/ ٣٧ ، وانظر مذهبه في المصادر التالية :

المبسوط : ١٧/ ٣٤ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٦ ، المحلى ٩/ ٣٧٣ .

(٢) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي أبو أميه من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الاسلام أصله من اليمن ولي قضاء الكوفة زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية واستعفى أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧هـ مات بالكوفة واختلف في سنة وفاته فقيل : ٧٦ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨٢ ، ٨٧ .

الاعلام : ٣/ ١٦١ ، وفيات الأعيان : ٢/ ٤٦٠ ، الطبقات الكبرى لابن سعد : ٦/ ١٣١ ، شذرات الذهب : ١/ ٨٥ ، أخبار القضاة ٢/ ١٩٨ ، العبر : ١/ ٦٦ ، طبقات خليفة : ١٤٥ .

(٣) لم أجده بلفظه وقد روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الحارث قال نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى شريح عليه فقال الرجل أنا أحلف فقال شريح قد مضى قضائي " ٦/ ٥٠٣

والمحلى : ٩/ ٣٧٣ ، وانظر : المبسوط : ١٧/ ٣٤ ، شرح أدب القاضي : ٢/ ٢٥٩ ، تهذيب أدب القاضي : ١/ ٢٤٥ ===

وهـو[1] أصبت بالروميه . (٢)

ومن " لم[3] يـر النكول حجة يـرد[4] اليمين ومن لم يـرد اليمين فصـل بالنكول ولا (١٧١ ب) يعطل المنازعه .

والمعنى في المسألة[5] : أن العدل هو الحق في فصل كل خصومـه ومنازعه والعدل الثابت شرعا في دعاوى المال وما يستباح بالبذل[6] أن للمدعى[7]

(=) روضة القضاة : ٢٧٢/١ ، بدائع الصنائع : ٢٣٠/٦ ، شرح العناية ١٧٧/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٩٦/٤ .

(١) في الأصل - هو والمثبت من ص - أ -

(٢) قال في لسان العرب " قال غير واحد من أهل العلم قالون بالروميه معناها أصبت " ٣٤٧/١٣ ، وفي المغرب : ١٩٣/٢ ، " قالون أى أصبت بالروميه "
وراجع المبسوط : ٣٤/١٧ ، تبيين الحقائق : ٢٩٦/٤ ، شرح العناية وحاشية سعدى جلبي : ١٧٧/٨ .

(٣) ساقطه من ص

(٤) في ص - أ - رد

(٥) أى الأستدلال الفقهي والعقلي .

(٦) في - أ - بالبدل وهو خطأ .
والبذل لغة : ضد المنع - بذله يبذله ويبذله بذلا اعطاه وجاد بـه وكل ما طابت نفسه باعطاء شيء فهو باذل له .
لسان العرب : ٥٠/١١ ، المصباح المنير : ٤١/١ ، المعجم الوسيط : ٤٥/١ .
واصطلاحا : هو ترك المنازعة والأعراض عنها - وقيل ترك المنـع
تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ، البحر الرائق : ٢٠٧/٧ ، نتائج الأفكار ١٨٤/٨ .

(٧) في - أ - المدعى وهو خطأ .

حق أخذ ما يدعيه لنفسه اذا لم يكن مع ذلك الشيء مانع .
فاذا أنكر المدعى عليه حقه وكذب به " فيما " (١) قال حتى منع المدعى " عنه "(٢) بانكاره نقل الشرع حق المدعي عن " أخذ "(٣) " ما ادعى الى يمين المنكر فصارت اليمين حقا له بانكاره بدلا عما ادعاه فاذا نكل ومنعه اليمين صار ظالما بمنع ما لزمه بالانكار " خلفاً "(٤) " عما "(٥) " ادعاه .
فوجب على القاضي ازالة ظلمه برد المدعي الى أصل حقه اذا لم يمكنه الا يفاء بعين الواجب وهو اليمين . (٦)
كالمرأة اذا تزوجت فمنعها الزوج الامساك بالمعروف فانه يصير ظالما ويجب على القاضي القضاء بالتسريح بالاحسان لأن حقها الأصلي (ان كانت مالكه نفسها وفات بعض المالكيه بالنكاح الى خلف وهو الامساك بالمعروف فاذا منعها الزوج ذلك صار ظالما ولزم القاضي ازالة الظلم برد ها الى حقها الأصلي)(٧) برفع النكاح لتعذر الايفاء من حيث الجماع .
وكذلك المشترى اذا وجد السلعة معيباً ورفع الأمر الى القاضي (لزم القاضي)(٨) أن يرد البيع .

---

(١) في ص - فيه .
(٢) في - أ - عليه وهو خطأ .
(٣) في - أ - أحد وهو خطأ .
(٤) في ص - وخلفا .
(٥) غير واضحة في ص .
(٦) انظر المبسوط ١٧ / ٣٥ .
(٧) ما بين القوسين مثبت من ص لأن الكلام لا يستقيم الا به وفي - أ - اتفق مع ص في الزيادة لكن الكلام وضع في الهامش وفيه نقص .
(٨) ما بين القوسين مثبت من ص - أ - لأن الكلام لا يستقيم الا به .

لأن أصل حق المشترى رأس ماله (١) وفات عنه بالبيع الى مبيع سليم عن العيوب فاذا مَنَع البائع سلامة المبيع صار ظالما بحق المبايعه فلزم القاضي " عند تحقق "(٢) عجزه عن ايفاء السلامة رد المشترى الى رأس ماله برد البيع . (٣)

وهذا(٤) لمعنيين(٥) مؤثرين(٦) :

أحدهما : أن القاضي نصب لازالة الظلم بأيسر ما يمكن على سبيل الولاية(٧) على(٨) المظلوم بتولية الشرع فالشرع (نصبه(٩) لازالة) الظلامات بقدر الممكن ولما تعذر على القاضي النيابة عن المظلوم بايفاء(١٠) ما(١١) انتقل اليه من اليمين والامساك بالمعروف وسلامة المبيع وأمكن النيابه بالرد الى

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ مال ـ والمثبت من ص .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) مراد المؤلف رحمه الله من ايراد هذين المثالين القياس عليهما فالمرأة التى حصل لها الضرر من زوجها ومنعه لحق من حقوقها وكذلك المشترى اذا مُنع من حقه وهو سلامة المبيع الذى اشتراه وحيث انه يجب على القاضي رد أصل حقهما اليهما فكذلك في حالة امتناع المدعى عليه من اداء حق المدعي لزم القاضي الذى نصّب لفصل الخصومات أن يوصله الى حقه الذى ادعاه اذا نكل خصمه

(٤) أى ما يلزم القاضي فعله ازاء المرأة المتضرره والمشترى المظلوم بمبيع معيب والمدعى الذى منع من حقه .

(٥) في ص ـ أ ـ المعنيين .

(٦) غير واضحة في ص .

(٧) في ص ـ النيابه .

(٨) في ص ـ عن .

(٩) ما بين القوسين غيّر واضح في ص .

(١٠) مثبته من ص ـ أ ـ لاستقامة الكلام.

(١١) في الأصل ـ بما ـ والمثبت من ص ـ أ ـ .

الأصل ناب فيما قبل النيابه (ليصل[1] ذو) الحق الى حقه للحـــال بلا تأخيـر .

والثاني :

أن القاضي[2] لما صار نائبا له بدلا عن الأول شرعا ليكون عدلا فاذا منعه البدل[3] وأبطل عدل الشرع عاد الى الأصل على ما هو الأصل في المبادلات التى تحتمل الفسخ[4] ولهذا قلنا الحوالة[5] تبطل بالافلاس.

---

(١) غير واضحة في ص .

(٢) في ص - الثاني - والظاهر لي أنه الصواب ويكون المراد به الحق الثاني الامساك بالمعروف وسلامة المبيع واليمين . والله أعلم.

(٣) في الأصل البذل - والمثبت من ص - أ - لأن كلام المؤلف من البدل لا عن البذل -

(٤) غير واضحة في ص .

(٥) الحوالة - لغة : الزوال والنقل .

انظر المصباح المنير : ١٥٧/١ ، المغرب : ٢٣٥/١ .

واصطلاحا : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . الأختيار : ٣/٣ ، وانظر عقود الجواهر المنيفة : ١٧/٢ الجوهرة النيره : ٣٨٠/١ .

وبطلانها بالافلاس اختلف فيه الفقهاء رحمهم الله .

فمذهب الحنفية كما نقله المؤلف - وهو أن المحال له الرجوع على المحيل في حالة الافلاس - وشرط الصاحبان ان يحكم الحاكم بفلسه قبل موته . بدائع الصنائع : ١٨/٦ ، مختصر الطحاوى ١٠٢-١٠٣ الجوهره النيره : ٣٨١/١ .

القول الثاني : مذهب الشافعي وأحمد حيث قالا اذا صحت الحواله بشروطها برىء المحيل من الدين ، فان تعذر الايفاء من المحال عليه لموت أو فلس حادث لم يكن له الرجوع ---

لأن الذمة[1] الثانيه بدل عن الأولى فاذا لم[2] يُسْلِم منها (عاد الى[3]) الأول[4] وانما قلنا حق المدعي أخذ ما ادعى في

(=) انظر: روضة الطالبين : ٤/ ٢٣١ ، رحمة الأمة ص : ٢٠١ ، فيض الاله المالك : ٢/ ٤١ ، الافصاح : ١/ ٣٨٤ ، الكافي ٢/ ٢٢١ - ٢٢٣ نيل المآرب : ١/ ٣٨٣ .
وللامام أحمد في حالة رضى المحال بالحواله مع الجهل بحال المحال عليه روايتان كما أن الشافعية اختلفوا فيما اذا شرط المحال ملاءة المحال عليه - .
انظر: مختصر من قواعد العلائي ٢/ ١٠٩ - ٣١٠ ، روضة الطالبين : ٤/ ٢٣٢ .
القول الثالث للامام مالك وأصحابه .
فقالوا بعدم الرجوع ايضا الا اذا غره المحيل فأحاله على عديم بداية المجتهد : ٢/ ٣٣٢ . الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/ ١٥٤ ، القوانين الفقهية : ٢٨٠ .

(١) الذمه لغة : العهد والأمان والضمان والكفاله .
المصباح المنير : ١/ ٢١٠ ، لسان العرب : ١٢/ ٢٢١ ، المعجم الوسيط : ١/ ٣١٥ ، النهاية في غريب الحديث : ٢/ ١٦٨ .
واصطلاحا : وصف يصير الشخص به أهلا للايجاب له أو عليه .
شرح القواعد الفقهية للزرقاء : ٥٩ ، التعريفات الفقهية : ٣٠٠ التعريفات : ١٠٧

(٢) غير واضحه في ص .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٤) في ص - الأولى - أى الى الذمه الأولى -

دعوى المال ونظيره ، لأن[1] المال خلق بذله لنا في الأصل فانه مباح الأخذ[2] قبل احراز الناس ومنازعتهم فصار بأصل الخلقة حقا لمن يدعيه[3] (أنه له بايجاب[4] الله) .

له ولا يسقط[5] أخذه بأن خلقه له ولولا المنازعة من ذى اليد لأطلق له[6] الأخذ فلما[7] خلق الحر مالك نفسه خلق مالك ما يدعي[8] من جملة ما خلق مباحا للناس .

وانما يفوت حق الأخذ بمنازعة ذى اليد وانكاره[9] والشرع لم يفوته أصلا بل نقله الى اليمين قال النبي عليه السلام للمدعى ، الك بينه فقال : لا فقال لك يمينه . (١٠)

---

(١) سيبدأ المؤلف رحمه الله في سياق الأدلة على تملك المال وغيره مما يستباح بالبذل .

وقد قرر الزيلعي هذا المبدأ وأن للانسان الحق في أخذ ما ادعاه ما لم يوجد منازع فاذا ابطله المنكر بالمنازعه جعل الشرع له يمين هذا المنازع فان أبى من أدائها عاد الى الأصل . تبيين الحقائق ٤ / ٢٩٧ .

(٢) في ص - الأصل .

(٣) في ص - يدعيهم وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) في الأصل و - أ - ولأنه - والمثبت من ص - لأنه المناسب للمقام.

(٦) في ص - حق .

(٧) في - أ - فكما .

(٨) في - أ - يدعيه .

(٩) غير واضحه في ص .

(١٠) سبق تخريجه ص : ٥٩

ولأن القاضي لا يستحلفه الا بطلبه وهذا[1] علامة الاستحقاق فثبت أنه[2] نظير ما قلنا من النكاح[3] والشراء . (٤)

ولأن[5] الدعوى خبر مثل الأنكار سواء في احتمال الصدق والكذب فلا يجوز ترجيح أحدهما[6]، ووجب اثبات المعارضه وبقى كل واحد صادقا في حق نفسه كاذبا في حق الآخر فجعل الشرع (البينة[7] على المدعى) ليثبت على[8] المنكر فان عجز جعل له يمينه بالعدل ، كأنه يقول له ان كنت صادقا وأتوى[9] المنكر مالك[10] بالانكار جعلتُ لك يمينه حتى ان حلف كاذبا بوء اثما فيكون بوأ (١١) ببواء (١٢) كما في القتل قصاصا

(١) في ص - هذه .

(٢) في - أ - أن وهو خطأ .

(٣) في ص - نكاح .

(٤) مراد المؤلف أن تحليف المدعى عليه متوقف على طلب المدعي استحلافه فهذا دليل على استحقاقه اليمين وقد سبق أن قررنا هذا ص ٦٠ فاذا منعه هذا الحق حق له أخذ ما ادعى رجوعا الى الأصل كحال المرأة ، والمشترى عند عدم التمكن من الايفاء بالواجب عاد كل واحد منهما الى حقه الأصلي .

(٥) في - ص - وهذا . وفي - أ - وهذا ولأن .

(٦) غير واضحه في ص

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٨) في ص - عن وهو خطأ .

(٩) في ص - غير واضحه .
ومعنى أتوى - أهلك -
انظر: لسان العرب : ١٤/١٠٦ ، القاموس المحيط : ٤/٣٠٩ ، المغرب : ١/١١٠ .

(١٠) غير واضحة في ص .

(١١) غير واضحة في ص -

(١٢) في ص سوى - مهملة . قال في لسان العرب : " وباء بذنبه وباثمه يبوء بوءا وبواء احتمله وصار المذنب مأوى الذنب وقيل اعترف به " . ١/٣٦ .
ويحتمل أن تكون الكلمة تواء بتواء أي : هلاكا بهلاك . والله أعلم .

اتلاف باتلاف . (١)

وان نكل عاد حقك الذى تدعيه لتصل الى عين حقك أو المجازاة (٢) (على (٣) ما قلنا ويقول) للمنكر .

ان كنت صادقا أصبت ثواب الله بأن أطعت الشرع في الحضور ، وان نكلت (٤) حتى قضى عليك كنت مختارا في التزامه فالشرع أطلق لك اليمين (٥) صادقا فلم يكن ما لحقك ضرر من جهة الشرع فهذا هو العدل البليغ من قاض لا يعرف الغيب فصارت اليمين حجة للمنكر من حيث يدفع (٦) المدعى عنه وحقا للمدعى من الوجه الذى قلناه (٧) حتى كان عدلا من الجانبين . ولأنه ثبت بها (٨) قلنا أن اليمين صار حقا للمدعى اذا عدم البينه وليست (٩)

---

(١) انظر: المبسوط : ١١٦/١٦ ، تبيين الحقائق : ٢٩٤/٤ ، نتائج الافكار : ١٦٨/٨ . شرح العناية : ١٦٩/٨ .

(٢) غير واضحة في ص - وفي - أ - المجازات - وهو خطأ .

(٣) ما بين القوسيم غير واضح في ص .

(٤) في ص - أ - والجواب واليمين بلا ضرر لحقك "

(٥) في - أ - الملك وهو خطأ .

(٦) في ص اندفع .

(٧) راجع ص : ٧٨ عند قوله " ولان القاضي لا يستحلفه الا بطلبه ... "

(٨) في ص - بها .

(٩) أى اليمين .

بأصل لأنه لا يدعيها فثبت أنه[1] خلف[2] عن أصل والأصل ما ادعاه[3] .
وليس هذا كنكول المرأة عن أيمان اللعان . (٤)

---

(١) الضمير في ـ أنه ـ يمكن ارجاعه الى الحلف واذا عاد الى اليمين فكان المناسب أن يقول ـ انها ـ ليستقيم مع ما قبله من قوله " لا يدعيها " .

(٢)

(٣) انظر: المبسوط ١٧ / ٣٥ .

(٤) اللعان ـ مأخوذ من اللعن وهو الطرد والابعاد .
لسان العرب : ١٣ / ٣٨٧ ، المغرب : ٢ / ٢٤٦ ، المصباح المنير ٢ / ٥٥٤ ، القاموس المحيط : ٤ / ٢٦٩ .

واصطلاحا : عند الحنفية :

شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها .
التعريفات : ١٩٢ ، وانظر الاختيار : ٣ / ١٦٧ ، أنيس الفقهاء ١٦٣ ، بدائع الصنائع : ٣ / ٢٤١ ، التعريفات الفقهية لمحمد السيد عميم : ٤٥٤ .
ومعنى كلام المؤلف رحمه الله :
أن النكول الحاصل في دعوى المال وما يستباح بالبذل ليس كنكول المرأة عن أيمان اللعان فنكول المرأة عن أيمان اللعان عند الحنفية يترتب عليه الحبس حتى تقر أو تلاعن . ولا يحكم عليها بسبب نكولها بأن يقام عليها الحد ، بخلاف النكول عن اليمين فانه يمكن الاباء بدونها وذلك بأن نحكم للمدعي بما ادعاه اعتمادا على النكول لكونه حجة .
وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم نكول المرأة عن أيمان اللعان على النحو التالي :
ذهب مالك والشافعي وبعض الحنابلة ، وأبو عبيد ، وأبو ثور وابن المنذر وغيرهم الى أنه في حالة نكولها عن أيمان اللعان أنه يجب عليها الحد .

. . . . . .

(=) ثم اختلف علماء الحنفية فيما يجب بالنكول عن هذه الأيمـــان . فعند الأمام اذا نكل عن اليمين في النفس يحبس الى أن يحلف وفي الطرق يقضى بالقصاص . وعند ابى يوسف ومحمد اذا نكل عن اليمين في النفس يقضى بالدية وفيما دونها بالأرش. أما زفر - رحمه الله - فذهب الى عدم التفريق بين النفس وماد ونها فقال يقضى بالنكول فيهما ولا فرق قياسا على المال وبه قـــال الطحاوى .

انظر: شرح أدب القاضي : ٢٦٨/٢ ، الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية ١٩٠/٨ ، مختصر الطحاوى : ٣٣٤ ،روضـــة القضاة : ٢٧٤/١ . بدائع الصنائع : ٢٢٦/٦ ،المبســـوط ١١٧/١٦ .

ومراد المؤلف بقوله " وكذلك اليمين . . " قياس النكول عن اليمين في دعوى القصاص على النكول عن أيمان اللعان فكما أن النكـــول عن ايمان اللعان لا يترتب عليه الحكم بالحد عند الحنفية فكذلك النكول عن الايمان في دعوى القصاص لا يقضى به تعظيما لأمـــر الدماء .

كما أن للمؤلف والله أعلم مرادا آخر وهو التفريق بين النكول عـــن اليمين في المال وغيره مما يستباح بالبذل وبين النكول عن ايمـان اللعان والقصاص - ففى الأول دلل على امكان الايفاء بـــدون اليمين بأن نرد المدعى الى الأصل . وأما في اللعان فلا يمكن الأيفاء بدون الأيمان والقصاص لا يحتمل البذل - كما دلل عليـه رحمه الله تعالى .

لأن المدعى عليه[1] لو قال إني لا أعرف ما تقول ولا أنازعه فيما يدعي لم يمكنه القاضي من القتل لعصمة أوجبها الله حقا للآدمي عن التناول الا بذنب بخلاف المال فان ذا اليد لو قال انى لا أعرف ما تقول ولكنى لست بمنازع اياك على أخذك مَكّن القاضي المدعى من[2] أخذه[3] فثبت أن اليمين في دعوى القصاص لم يجب خلفا عن حق له في القتل ولكن وجب أصلا للمدعى بنفس الدعوى بلا (١٧٢ أ) بينه .

تعظيما لأمر الدم (٤) كما في قتيل محلة (٥) تجب القسامة (٦) مع الدية[7]

---

(١) أخذ المؤلف يدلل على صحة ما قال من عدم القضاء بالنكول في حالة امتناع المدعى عليه من اليمين في دعوى القصاص حفاظا على الدماء من الأهدار دون ذنب فهى لا تحتمل البذل بخلاف المال .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ عن ـ وهو خطأ والمثبت من ص .

(٣) انظر: نتائج الأفكار : ٨/ ١٨٥ .

(٤) في ص ـ أ ـ الدماء .

(٥) في ص ـ المحلـــه .

(٦) القسامة ـ لغة : اسم من القسم وضع موضع الاقسام .
وقال ابن الأثير القسامه بالفتح اليمين كالقسم .
المغرب : ٢/ ١٧٨ ، لسان العرب : ١٢/ ٤٨١ ، المصباح المنير ٢/ ٥٠٣ .
وفي الاصطلاح : حلف معين عند التهمة بالقتل على الاثبات أو النفي.

فتح البارى : ٧/ ١٥٦ .
وراجع بدائع الصنائع : ٧/ ٢٨٦ ، نتائج الأفكار وشرح العناية ١٠/ ٣٧٣ .

(٧) بدائع الصنائع : ٧/ ٢٨٦ الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ١٠/ ٣٧٢ - ٣٧٣ ، الأختيار : ٥/ ٥٣ ، الجوهرة النيره : ٢/ ٢٣١ مجمع الأنهر : ٢/ ٦٧٧ ، الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ١٧٢ .

ولما وجب أصلا لم يمكن[1] الأيفاء الا بها عينها فيحبس حتى يحلف[2] ولهذا[3] قلنا في مانع[4] الزكاة[5] ان القاضي يحبسه حتى يؤدى ولا يأخذ بنفسه لأن الزكاة لا تتأدى بمثله . (٦)

---

(١) في ص - مكن - باهمال الحرف الأول .

(٢) في ص - لما لم يجز فيه النيابة من القاضي ، وكذا في - أ - الا كلمه النيابه ففى - أ - نيابه .
وانظر :
مجمع الأنهر : ٦٧٧/٢ ، شرح العناية : ٣٧٣/١٠ ، الأختيار ٥٥/٥ ، الجوهرة النيره : ٢٣٢/٢ ، الهداية ونتائج الأفكار ٣٧٧/١٠ ، اللباب في شرح الكتاب : ١٧٢/٣ .
والحبس لمن أبى الحلف انما هو في حالة ما اذا ادعى الولى أن القتل كان عمدا وأما اذا ادعى الخطأ فانه يحكم بالدية عند النكول .

(٣) في ص - وهذا .

(٤) في ص - كما .

(٥) في ص - مانعي وهو لا يصح بالنظر لما بعده من قوله يحبسه حتى يؤدى "

(٦) الزكاة لغة النماء والزيادة وتطلق على الطهارة .
المصباح المنير : ٢٥٤/١ ، المغرب : ٣٦٦/١ ، لسان العرب ٣٥٨/١٤ .
واصطلاحا : عبارةعن ايجاب طائفة من المال في مال مخصوص لمالك مخصوص .
التعريفات : ١١٤ ، الأختيار : ٩٩/١ .

(٧) نص ابن هبيره والدمشقي على الاجماع بأن اخراج الزكاة لا يصح الا بنيه خالف الأوزاعي فقال : ان اخراجها لا يفتقر الى نيه .
الافصاح : ٢١٠/١ ، رحمة الأمة : ٩٥ .
وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم من امتنع من ادائها . ===

. . . . . .

(=) فالحنفية اختلف مذهبهم في هذه المسألة وهو كما يلي :

١- يحبس حتى يؤديها كما ذكر المؤلف .

٢- يأخذها الامام كرها فاذا وضعها في موضعها أجزأه

قال ابن نجيم بعد عرضه لهذه الأقوال والمفتى به التفصيل ان كان في الأموال الظاهرة يسقط الفرض عن أربابها بأخذ السلطان أو نائبه فان لم يضعها عرضها لم يبطل أخذه عنه .

وان كان في الأموال الباطنه لا يسقط الفرض عنهم لأنه ليس للسلطان ولاية أخذ زكاة الأموال الباطنه .

البحر الرائق : ٢/٢٢٧ ، الاختيار : ١/١٠٤ ، مختصر الطحاوى ٤٥ ، حاشية ابن عابدين : ٢/٢٦٨ ، بدائع الصنائع : ٢/٥٣ اعلاء السنن : ٩/٤٥ ، وراجع الأسرار للمؤلف كتاب الزكاة تحقيق الشيخ أحمد حسن ص :٣٤٧ ، تحفة الفقهاء : ٢/٣١٢ .

ومذهب الشافعي في القديم : تؤخذ منه قهرا وشطر ماله تعزيرا وهو قول أبي بكر من الحنابله .

وذكره المجد رواية للحنابلة .

رحمة الأمة : ٩٥ ، المسائل الفقهية لابن كثير : ١١٢ ، المجموع: ٥/٣٣٤ ، المهذب : ١/١٤٨ ، حلية العلماء : ٣/١٠ - ١١ .

الكافي : ١/٢٧٧ ، الانصاف : ٣/١٨٩ .

وقال في الجديد تؤخذ منه ويعزر وهو قول المالكية الا أن بعض المالكية لم يذكر التعزير .

رحمة الامة : ٩٥ ، المسائل الفقهية : ١١٣ ، المهذب ١/١٤٨ الفواكه الدواني : ٢/٢٧٦ ، القوانين الفقهية : ٨٧ ، أسهل المدارك : ١/٣٦٦ . حاشية العدوى : ١/٤١٦ .

أما الحنابله فقالوا : يأخذها الامام ويعزره وكذا الحال فيمن كتم ماله حتى لا تؤخذ زكاته ولا يأخذ منه زيادة .

فان قاتل الامام ففي كفره روايتان .

انظر: الكافي : ١/٢٧٧ - ٢٧٨ ، المغني : ٢/٥٧٣ ، ---

فان قيل الواجب على الزوج الامساك بالمعروف أو التسريح بالاحسان نصا فخيره [1] بين أحد أمرين [2] فاذا أبى أحدهما تعين الآخر [3].

قلنا : قول الله " فإمساك بمعروف أو تسريح [4] " ليس على التخيير ولكن على معنى أنه ليس له منع الأمرين ، وأن عليه الامساك بالمعروف عينا فان لم يفعل لزمه الآخر على الترتيب (٥)

(=) الافصاح : ١/٢١٩ ، الانصاف : ٣/١٨٨ - ١٨٩ ، نيل المآرب ١/٢٦٠ . المحرر : ١/٢٢٦ .
وايراد المؤلف لهذه المسألة عطفا على المسألة التى قبلها وهى مسألة النكول عن أيمان القسامه مجرد تدليل على أن الشيء الواجب إذا لم يتأد الا من جهة من تعلق به والنيابة فيه غير ممكنه لزمه فان امتنع حبس حتى يؤديه . والله أعلم .

(١) في ص - أ - الله .

(٢) في - أ - الأمرين

(٣) ذكر بعض العلماء رحمهم الله أن الوارد في هذه الآية تخيير .
انظر: الكشاف للزمخشرى : ١/١٣٨ ، تفسير ابن كثير : ١/٤٠٠
كشف الأسرار للبخارى : ١/٨٩ ، البحر المحيط : ٢/١٩٣ .

(٤) الآية : ٢٢٩ البقره

(٥) هذا المذهب الذى ذهب اليه المؤلف لم أجد حسب اطلاعي من ذكره من علماء الحنفية أو غيرهم وقد إشار الى هذا المعنى في تقويم أصول الفقه بقيل ص٣١١ .
كما أنه ليس من معاني - أو - ما يدل على الترتيب كما ذكره المؤلف رحمه الله .
انظر: كشف الأسرار للبخارى : ٢/١٤٣ ، أصول السرخسي ١/٢١٣
المغنى للخبازى : ٤١٦ ، كشف الأسرار للنسفى : ١/٣٠٨ .
البرهان : ١/١٨٦ ، المنخول : ٩٠ ، الاحكام للآمدى : ١/٥٣
العده لابى يعلى : ١/١٩٩ ، التمهيد : ١/١١٠ ، شرح الكوكب المنير : ١/٢٦٣ ، المعتمد لابى الحسين البصرى : ١/٣١ ===

للعلـــة[1] التى قلنا . (٢)

وتلك العلة[3] موجـــــودة فيمـــــا نحـــــن (فيـــه)[4] فيجـــب

(=) معاني الحروف لأبى الحسين على الرماني : ٧٧ .

(١) العلة في اللغة : تطلق على المرض ، وعلى الحدث يشغل صاحبه عن حاجتـــه وعلى السبب ، وعلى العقبة الثانية ، لسان العرب ٤٧١/١١ ، والمصباح المنير ٤٢٦/٢ .

واصطلاحا : هي الوصف المشتمل على الحكمة الباعثة على تشريع الحكم .

مذكرة اصول الفقه لفضيلة الشيخ محمد الامين ٢٧٥ ، وراجع مباحث العلـــة ٧٠ وما بعدها .

(٢) راجع ص ٧٣

وهدف المؤلف من ايراد هذا الاعتراض والرد عليه واضح من خلال كلامه وهو القول بأن ـ أو ـ دالة على الترتيب كما ذهب اليه ثـــم يبنى على هذا الأختيار رد المظلوم الى أصل حقه عند عدم التمكن من الأيفاء بالواجب .

فالمدعى عليه يتعين عليه أداء اليمين المستحقه عليه فاذا امتنـــع من أدائها لزمه بذل المدعى به للمدعى ، كحال المرأة يتعين على زوجها امساكها بالمعروف فاذا لم يتحقق ذلك وجب على القاضي الحكم عليه بالتسريح بالاحسان دفعا للضرر .

(٣) المراد بالعله التضرر بمنع الحق في مسألة المرأة .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ

والضمير في " فيه " يعود إلى دعاوى العال وما يستباح بالبـــذل .

كذلك[1] قياسا[2] على النص[3] أو يراد به هذا[4] مجازا على أن الثابت للزوج أحدهما وهو كقولك لا صلاة إلا بوضوء أو تيمم لكن على الترتيب دون التخيير .

ولا براءة للغاصب الا برد العين أو مثله لكن على الترتيب دون التخيير[5]

---

(١) في ـ أ ـ ذلك وهو خطأ .

(٢) القياس في اللغة ـ التقدير ـ

قال في لسان العرب : " قاس الشيء يقيسه قيسا وقياسا واقتاسه وقيسه اذا قدره على مثاله " لسان العرب : ٦/ ١٨٧ .

واصطلاحا : حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما .

المختصر لابن اللحام ١٤٢ ، مذكرة اصول الفقه للشنقيطي ٢٤٣ ، وانظر : شرح الكوكب المنير ٤/ ٦ .

أصول الشاشي ٣٢٥ ، الوصول الى الأصول : ٢/ ٢١٦ مباحث العلة في القياس ٢٥ وما بعدها . المحصول للرازي ٢/ ٢/ ٩ وما بعدها .

(٣) أي يجب بذل المال المدعى به في حالة النكول عن اليمين قياسا على وجوب التسريح بالاحسان في حالة عدم الامساك بالمعروف

(٤) اسم الاشارة يعود الى التخيير .

(٥) انظر : الأختيار : ٣/ ٥٩ ، بدائع الصنائع : ٧/ ١٤٨ ، الكتاب مع شرحه اللباب : ٢/ ١٨٨ . رحمة الأمة : ٢١٧ ، المنهاج ومغني المحتاج : ٢/ ٢٧٦ - ٢٧٧ ، القوانين الفقهية : ٢٨٢ ، بداية المجتهد : ٢/ ٣٤٩ ، الأفصاح : ٢/ ٢٨ ، المغني : ٥/ ٢٣٨ . والمؤلف أراد بهذا أيضا قياس حال المدعى عليه الناكل، على الغاصب فكما ان الغاصب لا يبرأ الا برد العين المغصوبه فان لم توجد ضمنها بمثلها ان كانت مثليه أو بقيمتها ان كانت من ذوات القيم على الترتيب دون تخيير فكذلك المدعى عليه لا يبرأ إلا باداء اليمين الواجبه عليه أو بذل المال ـ والله أعلم .

ويقال للمدعى " شاهداك أو يمينه " (١)

---

(١) هذا طرف من حديث سبق تخريجه ص : ٥٨-٥٩

والظاهر لي أنه أراد به هنا القول بأنه لا خيار في الحجج والانتقال الى رد اليمين بل يلزم الشهود فان لم يوجد انتقل الى اليمين على المدعى عليه فاذا امتنع وجب بذل المال المدعى به ولا حكم غير هذا . اهـ .

وردت زيادة في ص ـ أ ـ بعد قوله " أو يمينه " وهي :

" فان قيل المنكر اذا حلف ثم جاء المدعي بالبينه ليستوفى حقه وقد استوفى اليمين قلنا لحال ضرورة عدم الوصول الى عين ماله نقله الشرع الى اليمين ليتلفه باليمين كما اتلف هو بالانكار ماله لا بدلا عن ماله فما في اليمين مماثله بالمال فاذا أصاب حجة المال وهو غير مستوف كان له الاستيفاء وبقى له وبال اليمين على الحالف ان كانت فاجره لأنه شيء التزمه باختياره وكان الحق عليه أن لا يحلف ويبذل المال كرجل يفدى عن الصوم ثم يقدر فانه يعيد لأن الفدية ليست بصوم ولا مثله معنى ولكن اكتفى بها لضرورة العجز فاذا زال لزمه الأصل لأنه لم يؤد بعد ولا مثله ، بخلاف من أدى الكفارة بالصوم ثم قدر على المال لم يقض لأن الواجب كفاره والصوم يحصل كفارة فلما أدى يمين الواجب بالبذل لم يجب بالأصل كمن أدى ضمان الغصب بالقيمة لا يجب بالأصل مع قيام القيمة مؤداة وفيما نحن الواجب مال وباليمين لم يؤده ولا بدله ، كما اذا وجب الصوم لا صوم كفاره فأدى بالمال لزمته الاعاده اذا برأ لأنه ما أدى الصوم بوجه ولا مثله "

وهذه الزيادة في هامش ـ أ ـ مع اختلاف مع ص في الكلمات التالية :

في ص ـ	في أ
نقلـه	نقـل
مـن	ما اذا
بالبذل	بالبدل
ضمان	زمـان

فان قيل، إنما صار اليمين حقا للمدعي ليستحلفه لينكل فيصير يمينه[1] حجه وقد ثبت . [2]

قلنا هذا احالة الى مذهبك بلا[3] دليل ونحن ننكر هذا فلا يلزمنا وأما على أصلك فقد أبطلناه نحن عليك[4] في موضعه . [5]

ثم الجواب أن ما قلناه قياس صحيح[6] لأنا وجدنا له شواهد على الأتفاق وما قلته أنت لا شاهد لك على أصلك[7] مما نتفق[8] عليه .

---

(١) أى يمين المدعي .

(٢) أى رد اليمين

وسيأتي مزيد بيان لرد اليمين في كتاب الشهادات ص : ٧٤٦

(٣) في ص ـ بغير .

(٤) في ص نعليك وهو خطأ .

(٥) انظر ص ٧٤٨ من كتاب الشهادات .

(٦) قاس المؤلف حال المدعي الممنوع من اليمين الواجبه على المنكر، على الحالات التاليه :

أ) المرأة التى منعها زوجها الامساك بالمعروف .

ب) المشترى الذى وجد المبيع معيبا .

ج) غاصب مال الغير .

ففي الحالتين الأوليين لما مُنع كل واحد منهما البدل عن حقه عاد الى أصل حقه فكذلك المدعي اذا منع من اليمين عاد الى الأصل وهو استحقاق ما ادعاه وفي الحالة الثالثه .

لما كانت براءة الغاصب تكمن في رد المغصوب ان كان باقيا بعينه أو مثله أو قيمته فكذلك المدعى عليه لا مخرج له من هذه الدعوى الا بأن يحلف اليمين المستحقه فاذا امتنع كان للمدعى الحق في أخذ ما ادعاه . والله أعلم .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ أصلنا والمثبت من ص لان المؤلف يتكلم عن مذهب الشافعي في رد اليمين .

(٨) في الأصل الحرف الأول والثاني مهملان وفي ـ أ ـ يتفق والمثبت من ص

فيكون ما قلناه أولى

ولأن ما قلناه قياس صحيح مطرد في باب المعاوضات أجمع وما قلته لا نظير له، لأن يمين المدعى لم تكن حجة له في الأصل بطل بالانكار الى يمين المنكر ليعود[1] اليه اذا منعه هذه اليمين الثابته . (٢)

وانما ثبتت يمينه " حجة الآن[3] ابتداء " وانا لا نجد في الأصول نظيرا (له)[4] فقد ذكرنا أن يمين المنكر حق المدعى (٥) وقد منعه بالنكول ومن منع حقا وجب عليه ، لم يكن ذلك المنع سببا لصيرورة ما لم يكن حجة للمظلوم حجه (بمنعه وظلمه)[6] بل الظلم بالمنع سبب لثبوت ولاية القاضي عليه في ازالة الظلم عن المظلوم بقدر الممكن إما بايفائه عين[7] الحق أو بدله[8]

---

(١) في ص - لتعود .

(٢) مراد المؤلف القول بأن اليمين لم تكن حجة للمدعي في الأصل حتى يمكننا القول بأنها بطلت بالانكار من قبل المدعى عليه فوجبت يمين المنكر فاذا منعه ذلك عادت اليه ليحلف هو ويستحق المتنازع عليه .

ويريد أن يصل من وراء هذا الى القول بأن يمين المنكر لما كانت حقا للمدعى وامتنع من الحلف عاد الى الأصل وهو الشيء المدعى به فيأخذه . والله تعالى أعلم .

(٣) في ص - الآن حجه ابتداء .

(٤) مثبته من ص - أ - ليستقيم الكلام .

(٥) انظر ص : ٧٣ و٦٠

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٧) غير واضحه في ص .

(٨) في الأصل - بذله والمثبت من ص - أ -

(على ما ذكرنا أو حبسه ليخرج عن الحق اذا لم يقدر القاضي بنفسه)[1]
ولأن الشرع جعل[2] عين[3] اليمين[4] حقه[5] وأنت[6] تجعله[7] الى سبب آخر وهو أخذ الحق بيمينه .

ويمثل هذا المعيار[8] يتبين صحيح " القياس[9] (من فاسده)[10]

---

(١) ما بين القوسين في ص أو جنسه ليخرج عن الحق اذا لم يقدر القاضي بنفسه على ما ذكرنا " .

(٢) غير واضحه في ص

(٣) غير واضحه في ص ـ وفي ـ أ ـ عن وهو خطأ . (٤) غير واضحة في ص

(٥) يشير المؤلف الى قوله صلى الله عليه وسلم في حديث الحضرمي والكندى " ألك بينه فقال لا فقال لك يمينه "
وانظر تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٤ ، شرح أدب القاضي : ١/ ٣٢٤
المبسوط : ١٦/ ١١٦ .

(٦) الخطاب هنا موجه للشافعي رحمه الله تعالى .

(٧) الضمير يعود في قوله تجعله " الى " الحلف باليمين ولو قال تجعلها لعاد الى اليمين .

(٨) الظاهر لي أنه يقصد بالمعيار جعل الشرع اليمين حق المدعى على المنكر .

(٩) غير واضحه في ص .
سبق تعريف القياس الصحيح ص : ٨٨
أما القياس الفاسد فهو ما كان على خلافه أو ما يكون في مقابلة النص .

(١٠) مابين القوسين ساقط من ص .

فلا قياس للخصم في الباب يعارضنا في هذا المحل سوى انكار أن النكول[1] ليس بحجه لأنه سكوت ونحن لم نجعله حجه لأنه سكوت لكن للوصف الذى قلناه (٢) وقد عدم ذلك (٣) في السكوت عن جواب الخصم فالجواب ليس ببدل عن شيء هو للمدعي .

ولأنا جعلنا السكوت انكارا (٤) فحصل الجواب الذى استحقه بالدعوى . والنكول هاهنا ليس بيمين ولا حق استحقه المدعي بانكاره . (٥)

وكذلك لا يقضى به من حيث أنه اعرض عن حجته بل لأنه منعه حقه الثابت[6] بدلا عن حق آخر (٧) فيعود الى الأصل . (٨)

وكذلك لم نجعله (٩) حجة بالدلالة المحتمله (١٠)

---

(١) في ـ أ ـ له وهو خطأ

(٢) وهو قوله ص ٧٣ فاذا نكل ومنعه اليمين صار ظالما بمنع ما لزمه بالانكار خلفا عما ادعاه . "

(٣) أى ذلك الوصف .

(٤) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٢٥ - ٢٢٦ ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٦ .
ولعلماء الحنفيه تفصيل في حالة السكوت . انظر تفصيله :
في شرح ادب القاضي ٢/ ٢٦٦ - ٢٦٧ ، معين الحكام : ٩٧ ، البنايه : ٧/ ٤٠٧ .

(٥) أى بانكار المدعى عليه .

(٦) وهو اليمين .

(٧) وهو الشيء المدعى به .

(٨) انظر المبسوط : ١٧/ ٣٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٧ .

(٩) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يجعله والمثبت من ص

(١٠) انظر:
المبسوط : ١٧/ ٣٥ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠ ..

فثبت أن الخصم ليس [(١)] الا على انكار أنه ليس بحجه فمتى أقمنا دلالة صحته حجة من (الوجه الذى قلنا لم يبق) [(٢)] له شيء .

وأما الحديث [(٣)] (ففيه) [(٤)] أن الفصل ببينة (٥) المدعى ان وجدت أو يمين (٦) المنكر (٧) ان وجدت وان عدما فلا ذكر له (٨) فوجب طلب الفاصل (٩) بالرأى . (١٠)

فان قيل الحق في أخذ عين مكان عين لا اتلاف باتلاف .

قلنا : وقد شرع الاتلاف عند العجز كما في القصاص"

---

(١) لو أضيف كلمة معتمدا لاستقام الكلام .
أو يقال " فثبت أن الخصم ليس له دليل الا انكار . . . " والله أعلم.

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٣) أى حديث " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " ص٥٥

(٤) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

(٥) في الأصل و ـ أ ـ بينه والمثبت من ص

(٦) في ـ أ ـ بيمين .

(٧) في ـ أ ـ المدعى وهو خطأ .

(٨) أى للنكول .

(٩) في ـ أ ـ الفاضل وهو خطأ .

(١٠) الرأى في اللغة ـ الاعتقاد والعقل والتدبير والنظر والتأمل .
المعجم الوسيط : ١/ ٣٢٠ المغرب : ١/ ٣١٤ ،
والظاهر لي أن المؤلف أراد به القياس وقد سبق أن قاس النكول من المدعى عليه على حال المرأة وكذا المشترى الذى وجد المبيع معيبا والغاصب
فهو يقول للشافعية في حالة عدم الاقتناع بالأدلة المذكورة من الاجماع والآثار المرويه عن الصحابه فقد وجد دليل آخر الا وهو القياس على أمور نتفق عليها فتكون مُسْتَنَداً للقضاء بالنكول .
والله تعالى أعلم .

" في النفوس[١] شرع (اتلاف باتلاف لما تعذر أخذ الحياة[٢]) عوضا مكان حياة . اهـ .

---

(١) في ص - بالنفوس .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

-((مسألة))-

قال أبو حنيفة[١] لا يستحلف في النكاح[٢] والنسب[٣] والرق[٤]

---

(١) انظر ترجمته في المصادر التالية :
الجواهر المضيه : ١/ ٤٩ ، التاريخ الكبير : ٨/ ٨١ ،تاريخ بغداد ١٣/ ٣٢٣ ، اللباب : ١/ ٣٦٠ ، وفيات الأعيان : ٥/ ٤٠٥

(٢) النكاح لغة : الضم والتداخل والاختلاط ويطلق على الوطء والمخامرة والغلبه .
المصباح المنير : ٢/ ٦٢٤ ، المعجم الوسيط : ٢/ ٩٥١ ،المغرب ٢/ ٣٢٦ ، لسان العرب : ٢/ ٦٢٥ - ٦٢٦ .
واصطلاحا : عقد يرد على تمليك منفعه البضع قصدا
التعريفات للجرجاني : ٢٤٦ ، وانظر التعريفات الفقهية : ٥٣٤ ، أنيس الفقهاء : ١٤٥ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ٣.

(٣) النسب لغة : القرابه .
القاموس المحيط : ١/ ١٣٦ ، لسان العرب : ١/ ٧٥٥ ، المعجم الوسيط ٢/ ٩١٦ .
واصطلاحا : عرف بما يلى هو اتصال بين انسانين في ولادة قريبة أو بعيده . العزيز الفائض ١/ ١٩
التحقيقات المرضيه : ٣٧ ، تسهيل الفرائض : ١٥ .
وهذا التعريف عام .
أما الشوكاني فعرفه بقوله " النسب ما يحرم نكاحه " فتح القدير ٤/ ٨٢
وهذا التعريف في نظرى أقرب الى مراد المؤلف .

(٤) الرق لغة : الملك والعبودية .
لسان العرب : ١٠/ ١٢٣ ،المصباح المنير : ١/ ٢٣٥ ،المعجم الوسيط : ١/ ٣٦٦ .
==

والولاء (١) . وقال أبو يوسف (٢) ومحمد يستحلف (٣) ويقضي بالنكول بما ادعاه المدعي . (٤)

(=) واصطلاحا : عجز حكمي شرع في الأصل جزاء من الكفر .

التعريفات : ١١١ ، التعريفات الفقهية : ٣٠٨ .

(١) الولاء لغة : الملك والقرب والقرابه والنصرة والمحبه .
المعجم الوسيط : ١٠٥٨/٢ ، وانظر المصباح المنير : ٦٧٢/٢
المغرب : ٣٧٢/٢ .
واصطلاحا : قرابه حكميه حاصلة من العتق أو من الموالاة .

التعريفات الفقهية : ٥٤٧ ، التعريفات : ٢٥٤ ، أنيس الفقهاء ٢٦١ .

(٢) انظر ترجمته في المصادر التاليه :
الجواهر المضية : ٦١١/٣ ، تاريخ بغداد : ٢٤٢/١٤ ، وفيات الأعيان : ٣٧٨/٦ ، سير أعلام النبلاء : ١٤١/١٢ ، شذرات الذهب : ١٢٦/٢ .

(٣) غير واضحه في -أ-.

(٤) المؤلف رحمه الله اقتصر على أربعة أمور لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة رحمه الله -
وقوله هذا فيه اجمال وقد ذكر الجصاص أيضا أنها ثلاث اجمالا ثم فصلها وهي بالتفصيل كما يلي :
النكاح ، والرجعه ، والفيء في الإيلاء ، والنسب ، والرق ، والولاء والاستيلاد .
وكذلك لا يستحلف عنده وعند الصاحبين في الحدود واللعان .
انظر : مختصر الطحاوى : ٣٣٣ ، الجامع الصغير : ٣١٨ ، شرح أدب القاضي : ٢١٥/٢ ، بدائع الصنائع : ٢٢٦/٦ ، البحر الرائق : ٢٠٧/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٩٦/٤ ، أدب القاضي بشرح الجصاص : ٩٣ - ٩٤ ، المبسوط : ١١٧/١٦ ، تهذيب أدب القاضي للناصحى : ١٤٣/١ - ١٤٥ ، الدرر الحكام : ٣٣٣/٢

لقول النبي عليه السلام " البينة على المدعى واليمين على من أنكـــر "[1] بلا تفصيل بين دعوى ودعوى . (٢)

(=) وذكر ابن نجيم أنه لا يستحلف في احدى وثلاثين مسألة منهـــا هذه السبع . البحر الرائق : ٢٠٩/٧ ، وفي خزانة الفقه قـــال لا يستحلف في عشرين خصله ل ١٠٢ أ

واختار بعض علماء الحنفية قول الصاحبين، وبعض المتأخرين يقـــال « إن كان المدعى عليه متعنتا حلّفه القاضي أخذاً بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة رحمه الله »

انظر تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ، ٢٩٨ ، الأختيار : ١١٣/٢ اللباب : ٣١/٤ ، الجوهرة النيره : ٣١٣/٢ ، نتائج الأفكـــار ١٨١/٨ - ١٨٢ ، كشف الحقائق : ١٠٧/٢ ، الدرر الحكـــام ٣٣٣/٢ .

واستثنى من الحدود حد السرقه فانه يستحلف فيه فان نكل قضـــى عليه بالمال دون القطع . انظر: المبسوط : ١١٧/١٦ ، بدائع الصنائع : ٢٣١/٦ ، البحر الرائق ٢٠٨/٧ ، روضة القضاة ٢٨٣/١ . أدب القاضي بشرح الجصاص : ٩٣ ، شرح أدب القاضي للصدر ٢١٤/٢ .

وأما حد القذف ففي ظاهر الرواية كما نقله الكاساني أنه يستحلف فيه قال رحمه الله : " وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف في ظاهـــر الرواية لأنه ليس من الحقوق المتمحضه حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فأشبه التعزير وفي التعزير يحلف كذا هذا " بدائع الصنائع ٢٢٦/٦ ، ٢٣١ . وانظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١٨٠/٢

(١) سبق تخريجه ص : ٥٥

(٢) الحديث كما ذكر المؤلف رحمه الله دال على ما ذهب اليه الصاحبـــان فهو عام ولم يفرق بين دعوى ودعوى . ---

والمعنى فيها ـ أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات[1] فيقضى فيها[2] بالنكول قياسا على الأموال[3] والوكالات[4] والوصايا[5] .

(=) وقد ذكره ابن قدامة رحمه الله دليلا لمن قال بالاستحلاف .
انظر: المغنى ٩/٢٧٢ .
لكن يشكل على القول بالعموم الذى أراده المؤلف أن السرخسي في المبسوط قال بأن قوله صلى الله عليه وسلم (واليمين على المدعى عليه) عام دخله الخصوص وهو ما لا يجرى فيه الاستحلاف من الحدود وغيرها " ١٧/٣٠ .

(١) الشبهة لغة : الالتباس . لسان العرب : ١٣/٥٠٤ ، المصباح المنير : ١/٣٠٤ .
واصطلاحا : ما يشبه الشيء الثابت وليس بثابت" بدائع الصنائع ٧/٣٦ ، البحر الرائق : ٥/١٢ ، الأشباه والنظائر : ١٤٢ التعريفات الفقهية : ٣٣٣ . شرح فتح القدير ٥/٤٩٢

(٢) في الأصل ـ و ـ أ ـ بها والمثبت من ص

(٣) تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ ، تهذيب أدب القاضي : ١/٢١٦ المغنى ٩/٢٧٢ .

(٤) الوكالة ـ بفتح الواو وكسرها لغة : التفويض والاعتماد .
المصباح المنير : ٢/٦٧٠ ، المغرب : ٢/٣٦٩ ، المعجم الوسيط ٢/١٠٥٤ .
واصطلاحا : استنابة في حال الحياة في العقود والتصرف .
روضة القضاة : ٢/٦٣٠ .

(٥) الوصية لغة : العهد إلى الغير وجعل الشيء له .
قال في لسان العرب" أوصى الرجل ووصاه عهد اليه . . . وأوصيت له بشيء وأوصيت اليه اذا جعلته وصيك" ١٥/٣٩٤ ، المعجم الوسيط : ٢/١٠٣٨ .

وعكسها[1] الحـــدود (٢) والقصاص (٣)

(=) واصطلاحا : تمليك مضاف الى ما بعد الموت . التعريفات ٢٥٢ التعريفات الفقهية : ٥٤٤ ، والمؤلف أراد أن النكول عن اليمين في دعوى المال والوكالة والوصية يوجب الحكم بالمدعى بـــه . فكذلك هذه الأشياء السبعة .

والجامع بينها أن هذه الأمور السبعه يصح الأقرار بها والنكـــول عندهما بدل الاقرار لكنه اقرار فيه شبهة وهذه الأمور تثبت مـــع الشبهات كقبول كتاب القاضي فيها .

انظر : معين الحكام : ١٢٠ .

(١) غير واضحة في ص

(٢) غير واضحة في ص .

والحد في اللغة : المانع والحاجز بين شيئين

المغرب : ١٨٦/١ ، لسان العرب : ١٤٠/٣ ، المصباح المنيـــر ١٢٤/١ .

واصطلاحـــا : عقوبة مقدرة وجبت حقا لله عز وجل

التعريفات : ٨٣ ، أنيس الفقهاء : ١٧٣ ، التعريفات الفقهية ٢٦١ تبيين الحقائق : ١٦٣/٣ ، وانظر المبادئ الشرعية : ٥٠ ومابعدها

(٣) غير واضحة في ص .

بعض الفقهاء في تعريفه للحد يدخل فيه القصاص لكن الحنفية كما هو واضح من تعريفهم السابق للحد أخرجوه من التعريف لكونه حقـــا لأولياء المقتول .

ومن الفروق بين الحد والقصاص ما يلي :

١- العفو عن القصاص يصح وفي الحدود لا يصح .

٢- الشفاعه جائزه في القصاص بخلاف الحدود .

٣- الدعوى لازمه في القصاص ولا تلزم في الحدود ما عدا القـــذف فيلزم فيه الدعوى .

الأشباه والنظائر لابن نجيم - قاعدة الحدود تدرأ بالشبهات : ١٤٥

وهذا لأن النكول بمنزلة الأقرار[1] لكن فيه شبهة لأنه سكوت في[2] نفسه فيكون حجه (فيما لا يسقط بالشبهة)[3] دون ما يسقط[4] كشهادة النساء مع الرجال . (٥)

ولأنه[6] حجه بدل صريح الاقرار[7] فجرى مجرى الشهادة على

(=) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٦/٥٤٩ - ٥٥٠ ، الفقه الاسلامي : ٦/٢٦٣ ، المبادئ الشرعية : ٦٦
وقول المؤلف " وعكسها الحدود والقصاص " أى فلا تثبت مع الشبهات احتياطا لأمر الدماء وامتثالا للأمر بالستر في الحدود . .

(١) في الأصل و ـ أ ـ اقرار والمثبت من ص .

(٢) مثبته من ص ـ أ ـ لان الكلام لا يستقيم الا بها .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٤) انظر تحفة الفقهاء : ٣/١٨٣ ، شرح العناية : ٨/١٨١ ، الهداية ونتائج الأفكار : ٨/١٨٢ .

(٥) فانها تقبل فيما يسقط بالشبهات دون مالا يسقط وسيأتي تفصيلها في كتاب الشهادات ٦٢٥

(٦) أى النكول .

(٧) ذكر ابن الهمام اختلاف الصاحبين في هذا فعند أبى يوسف ليس ببدل عن صريح الاقرار وعند محمد نعم . شرح فتح القدير : ٦/٣٧٦ ، وانظر: البحر الرائق : ٧/٢٠٧ ، البناية : ٧/٤١٠ الأختيار : ٢/١١١ ، الهداية ونتائج الأفكار : ٨/١٨٢ ، روضة القضاة : ١/٢٧٣ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ .
وبعض كتب الحنفيه عند الاستدلال لمذهب الصاحبين تقول لأنه اقرار أو بدل عنه .

الشهادة (١) والدليل " عليه " (٢)
أن المدعى بنفس الدعوى من غير بينة يستحق على المدعي جوابا يفصل به خصومته (٣) « × » (٤) (وذلك بالاقرار (٥)) أو بالانكار .

ومتى أقر ارتفعت الخصومة ومتى أنكر لم يفصل الا ببينة . (٦)
فصار (أصل حقه الثابت (٧)) بالدعوى الجواب الذى يفصل الخصومة وذلك باليمين اذا أنكر بدلا عن الاقرار على (٨) ما يوجب (٩) دعواه لولا المنازعه فمتى منعه اليمين لزمه الاقرار فان لم يقر قضى به القاضي عليه

(١) أى في كونه محتملا للشبهه مثل الشهادة على الشهادة وهى تقبل في هذه الأشياء .

(٢) ساقطه من ص والضمير في " عليه " أى كونه بدلا .

(٣) في ص الخصومة .

(٤) في ص ـ أ ـ بدليل أن القاضي يستحضره ويكلفه الجواب الذى (يفصل به الخصومه) وما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) نتائج الأفكار وشرح العناية : ٨ / ١٨٣ .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٨) غير واضحه في ص .

(٩) غير واضحه في ص وفي ـ أ ـ تقتضيه .

(فصار النكول)[١] اقرارا من هذا الوجه[٢] لكن فيه ضرب شبهه لا توجد[٣] في صريح الاقرار (وكان كالبدل أيضا)[٤] .

ولأن) النكول حجة من قبل المدعى عليه وأصل حجته من قبله الاقرار .[٥]

قالا :[٦]

(ولهذا قلنا انه اذا ادعى على آخر)[٧] قصاصا في النفس أو ما دونه[٨] فأنكر أنه يحلف[٩] لعموم هذا الخبر الذى رويناه . (١٠)

واذا نكل قضينا بالمال (١١) لأن الشبهة مانعه من الوجوب (١٢) وانما

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) انظر :

المبسوط : ١٧/ ٣٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٧ .

(٣) في ص يوجد .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) ذكر السرخسي رحمه الله أن حجة المدعى البينة أو اقرار الخصم أو نكوله . المبسوط : ١٦/ ١١٩ .

والمؤلف يريد هنا جعل النكول بدل الأقرار اذ أنهما صادران من قبل المدعى عليه فاذا تعذر الوصول الى الأقرار صار النكول بدلا عنه . والله أعلم .

(٦) أى أبو يوسف ومحمد .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٨) أى ما دون القصاص في النفس .

(٩) في ص أنكر وهو خطأ .

(١٠) يشير المؤلف الى حديث (البينة على المدعى . . .) وقد سبق وأن ذكره دليلا لهما

(١١) سبق عرض مذهب الصاحبين في دعوى القصاص في النفس أو ما دونها ص : ٨١ - ٨٢

(١٢) أى أن الشبهة في النكول مانعه من وجوب استيفاء القصاص احتياطا لأمر الدماء .

جاءت[١] من قبل المدعى عليه فينقلب[٢] مالا .

كما اذا ادعى قتل عمد فأقر بالقتل خطأ أو بقتل شبهة[٣] فانه يجب المال[٤] بخلاف الشبهه التى[٥] جاءت في البينة لا تقبل . (٦)

لأن القصاص[٧] لا ينقلب مالا من قبله (٨) ومتى لم ينقلب مالا والقضاء بالقصاص غير ممكن مع الشبهة لم يقض أصلا .

فيصير الكلام حجة على أبى حنيفة أيضا في القصاص في الأطراف فانه يقضى به[٩] بالنكول وأنه[١٠] دون الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع (١١) الرجال . ألا ترى أنها حجه بالاجماع في الأموال (١٢) والنكول

(١) أى الشبهه المانعه .

(٣) في ص - بشبهة .

(٤) انظر: البحر الرائق : ٧/ ٢١٠ ، البنايه : ٧/ ٤١٦ . الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ١٩١ ، تبيين الحقائق ٤/ ٣٠٠ الاختيار : ٢/ ١١٣ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣١ .

(٥) ساقطه من ص .

(٦) كما اذا أقام شاهدا واحدا أو امرأتين أوكانت شهادة على شهادة فانه لا يقضى بشئ لوجود الشبهه .
انظر: نتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ١٩١ .

(٧) ساقطه من ص -

(٨) أى من قبل المدعي .

(٩) أى بالقصاص .

(١٠) أى النكول .

(١١) في الأصل -أ- على والمثبت من ص .

(١٢) لا خلاف بين الفقهاء في جواز الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في الأموال وسيأتي تفصيل ذلك في فصل مستقل ان شاء الله تعالى ص ٦٢٢ وما بعدها

مما اختلف فيه[١] . ولا يلزم ما ذكر في الجامع في رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي « » فوجد[٢][٣] المشترى (به)[٤] عيبا فخاصمه في النصف الأول وأنكر[٥] البائع ونكل عن اليمين فرد عليه[٦] ثم خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه[٧] ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا للزمه النصف الآخر كما لو أقر أول مره . (٨)

وذلك لان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار[٩] بقدر الحاجة على الخصوص . (١٠)

---

(١) المؤلف لا يريد الخلاف بين علمائهم وانما يريد الخلاف بينهم وبين غيرهم من الفقهاء .

(٢) في ص ثم .

(٣) في ص وجد

(٤) ساقطة من ـ أ ـ

(٥) في ص فأنكر .

(٦) أى النصف الأول من العبد .

(٧) أى النصف الثاني بسبب نكوله الأول .

(٨) انظر الجامع الكبير لمحمد بن الحسن : ٢٢٧ ، تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ، نتائج الأفكار : ١٨٣/٨ ، شرح العناية : ١٨١/٨ البنايه : ٤١٠/٧ .

(٩) في ص ـ أ ـ لوجوب فصل الخصومه بالاقرار أو باليمين إنما يلزمه الفصل بقدر الدعوى فيقوم النكول مقام الاقرار .

(١٠) انظر :

شرح فتح القدير : ٣٧٥/٦ - ٣٧٦ ، البناية للعينى : ٤١٠/٧ وراجع ص ١٠١ تعليق رقم ٧ .

ألا ترى أنه[١] لا يصح الا في مجلس القضاء[٢] لأنه يثبت[٣] بقدر حاجة القاضي اليه .

فأما الاقرار فحجه لا لوجوب فصل الخصومه فانه لو أقر في غير مجلس القضاء وقبل الدعوى صح فثبت عاما لا بقدر الوجوب بالدعوى كما لو أقر قبل الوجوب. ويجعل النكول فيما وراء الوجوب[٤] كأنه نكل في غير[٥] مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه . (٦)

ولا يلزم[٧] الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في[٨] المبيع واستحلف فنكل[٩] فانه يلزم[١٠] الموكل[١١] ولو جعل اقرارا للزم الوكيل . (١٢)

---

(١) أي النكول .

(٢) أنظر : تبيين الحقائق : ٤/٢٩٦ ، الفتاوى الهندية : ٤/١٤ تكملة حاشية ابن عابدين : ٧/٤٣٤ .

(٣) في ـ أ ـ ثبت .

(٤) أي ثبوت ولزوم الدعوى .

(٥) مثبته من ص ـ أ ـ

(٦) أي فلا يكون حجه يقضى بها والحالة هذه بخلاف الاقرار.

(٧) أي ولا يلزم بأن النكول بدل الاقرار لا يلزم من هذا القول به هنا وسيذكر المؤلف التعليل .

(٨) مثبته من ص ـ أ ـ ليستقيم الكلام .

(٩) في ص ـ وستحلف وهو خطأ .

(١٠) في ص يلزمه وهو خطأ .

(١١) إذا رد المبيع على الوكيل بعيب لا يحدث مثله رده على موكله سواء كان بسبب البينه أو بنكول الوكيل او باقراره عند القاضي .
وكذا يرده على الموكل في العيب الذى يحدث مثله في هذه المده ان كان القضاء ببينة أو نكول عن اليمين فقط .
انظر: مجمع الأنهر ، وبدر المنتقى بهامشه ٢/٢٣٨ - ٢٣٩ ، فتح القدير : ٦/٣٧٥ .

(١٢) شرح العناية: ٨/١٨٢ ، نتائج الأفكار : ٨/١٨٣ ، البنايه ٧/٤١٠

وذلك[١] لأنه وان كان كالاقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل أدخله فيه فعليه أن يخرجه منه[٢] كما لو استحق المبيع بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع على الموكل .

فأما اذا أقر[٣] فهو شيء لزمه باختياره الاقرار فانه كان ينقضي عن الدعوى بالسكوت والنكول فلزمه[٤] كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع .

ألا ترى أن أبا حنيفة يجعل النكول بذلا[٥] واذنا بالقضاء عليه ولو أذن[٦] بالفسخ صريحا يلزمه دون الموكل[٧] وفي النكول يرجع[٨] لما ذكرنا[٩] لأبي حنيفة .[١٠]

---

(١) ساقطه من ص

(٢) البنايه للعيني ٧/٤١٠ .

(٣) أي الوكيل .

(٤) البنايه : ٧/٤١٠ ، مجمع الأنهر وبدر المنقى ٢/٢٣٩ ، شرح فتح القدير : ٦/٣٧٥ .

(٥) في ـ أ ـ بدلا وهو خطأ .
وانظر : مذهب أبي حنيفة في جعله النكول بذلا .
تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ ، الهداية والبنايه : ٧/٤١١ ، شرح العنايه : ٨/١٨٣ ، نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ .

(٦) أي الوكيل .

(٧) أي اذا أذن الوكيل بالبيع بفسخ البيع دون قضاء القاضي لزمه ولا يرجع على الموكل لأنه فسخ للبيع بالتراضي فيكون بيعا جديدا في حق غيرهما والموكل غيرهما .
مجمع الأنهر : ٢/٢٣٩ ، فتح القدير : ٦/٣٧٦ .

(٨) أي على الموكل .

(٩) انظر الصفحة السابقة .

(١٠) هذا شروع من المؤلف في سياق أدلة أبي حنيفة على عدم الاستحلاف في الأشياء السبعة . النكاح والنسب . . . الخ .

أن هذه حقوق لا يستباح تناولها بالاذن ابتداء فلا يقضى بهـــا بالنكول قياسا على القصاص في النفس[١] وعلى عكسه الأموال[٢].

وتفسير هذا الكلام (٣) :

أن رجلا لو قال للقاضي أنا حر ولكن هذا الرجل يؤذيني بالدعـوى فأبحت له أن يسترقني[٤] لم يحل . (٥)

وكذلك " اذا[٦] " قال انـي[٧] ابن فلان ولكنـه[٨] [٩] يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يديني . (١٠)

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ، البناية : ٤١١/٧ .

(٢) أي فيصح بذلها وأخذها بالاذن فيجري فيها الاستحلاف والقضاء بالنكول .
انظر : تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ،نتائج الأفكار : ١٨٥/٨ .. تهذيب أدب القاضي للناصحي ٢١٤/١ .

(٣) أي الكلام السابق وهو أن هذه الحقوق لا يستباح تناولها بالاذن ابتداء .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ يسترق والمثبت من ص

(٥) البناية : ٤١١/٧ ، نتائج الأفكار : ١٨٥/٨ ،شرح العنايـــة ١٨٤/٨ .

(٦) في ص ـ لو ـ وساقطه من ـ أ ـ

(٧) في ص ـ أنا ـ

(٨) في ص ـ أ ـ ولكن .

(٩) في ص ـ زيادة " هذا "

(١٠) أي لم يحـــل .
انظـــر :
البناية : ٤١١/٧ ، نتائج الأفكار : ١٨٥/٨ ،شرح العنايـــة : ١٨٤/٨ .

وكذلك اذا قال لست بمولى له وأنا حر الأصل أو معتق لفلان[1] ولكن أبحت له[2] لم تثبت الاباحة . [3]

وكذلك المرأة اذا قالت أنا لست بأمرأة له ولكن أبحت له الامساك بالنكاح[4] ولو قال هذا المال ليس له ولكني[5] أبحت له تناوله حل[6] .

وكذلك اذا قال جعلت له بازاء[7] ما ادعى جاز وكان صلحا[8] " على الانكار " [9] وكذلك اذا قال لم أوكله بما فعل ولكن أذنت للحال .

---

(١) في ص ـ فلان .

(٢) في ص ـ لهذا .

(٣) في ص بالاباحة

(٤) أى لم يحل أيضا .

انظر :

البناية للعينى : ٤١٢/٧ ، نتائج الأفكار : ١٨٥/٨ ، شرح العناية : ١٨٤/٨ .

(٥) في ص ولكن .

(٦) البنايه : ٤١٢/٧ ، نتائج الأفكار : ١٨٥/٨ .

(٧) الازاء هو المحاذاة والمقابله .

لسان العرب : ٣٢/١٤ ، المصباح المنير : ١٣/١ ، المعجم الوسيط : ١٦/١ .

(٨) الصلح لغة : اسم من الصالحه وهو التوفيق .

المصباح المنير : ٣٤٥/١ ، المعجم الوسيط : ٥٢٠/١ ، المغرب ٤٧٨/١ .

واصطلاحا : عقد وضع لرفع المنازعه بالتراضي .

أنيس الفقهاء : ٢٤٥ ، التعريفات : ١٣٤ ، التعريفات الفقهية ٣٥٤ .

(٩) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ لبيان نوع الصلح هنا .

والصلح على الأنكار قال به الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة وانكره الشافعية .

وكذلك[1] كل ما جعل للمنكر[2] أن يثبته باذنه[3] ليتبين[4] أن المُدَّعَى كان ممنوعا بحجره ومنعه[5] وكان التناول حقه[6] في الأصل ففات[7] بمنعه الى اليمين فعاد اليه (٨) بمنعه (٩) اليمين (١٠) شرعا وثبت له حق

(=) انظر:
الأختيار : ٣/٥ ، كشف الحقائق : ٢/١٢٨ ،بداية المجتهد ٢/٣٢٦ ، بلغة السالك والشرح الصغير : ٢/١٤٦ ، الانصاف ٥/٢٤٣ ، المغني : ٤/٥٢٧ ،الاقناع للشربيني : ٢/٣٠ المنهاج ومغني المحتاج ٢/١٧٩ - ١٨٠ ، تخريج الفرع على الأصول للزنجاني : ١٧٣.

(١) المؤلف رحمه الله يريد بيان القول فيما يقضى فيه بالنكول إجمالا عند أبي حنيفة وقد ذكر السمناني رحمه الله أن مذهب أبي حنيفة في النكول فرع على توجه اليمين فما لا يمين فيه لا يقضى فيه بالنكول وهو مراد المؤلف هنا وسيشير اليه هو ص ١١٣
وانظر روضة القضاة: ١/٢٧٣ - ٢٧٤.

(٢) الظاهر لي أن الصواب المدعى لأنه هو المطالَب بالاثبات دون المنكر الذي هو المدعى عليه .

(٣) أي باذن المدعى عليه . أو باذن القاضي .

(٤) في ص ليتبين .

(٥) أي بمنع وحجر المدعى عليه " المنكر " .

(٦) أي حق المدعي .

(٧) في الأصل و - أ - فغاب والمثبت من - ص - لأنه المناسب للمقام.

(٨) أي الحق المدعى به .

(٩) في ص بمنع .

(١٠) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

التناول بكونها على الاباحة لولا المنع من العباد لكن لما ثبت بمنعه اليمين جعل القاضي نائبا عنه في الايفاء فأما ما لا يباح تناوله مع اذن المنكر وعدم منازعته علم (١) أنه ممنوع عنه شرعا بمعنى في الحق نفسه بأن لم يجعل عرضة للتناول ابتداء .

فلا يجب اليمين على (٢) المنكر بدلا عن الذى ادعاه (٣) ولا منعه اليمين يصير سببا للأصل(٤)

والنسب والولاء وابتداء الرق لا يثبت باذن مبتدأ وملك النكاح لا يثبت أيضا باذن وانما يثبت بعقد مبتدأ وذلك انما يكون بولي (٥)

---

(١) في ص ـ أ ـ تبين .

(٢) في ص ـ عن وهو خطأ .

(٣) في ص ـ ادعى .

(٤) أى أن امتناع المدعى عليه من أداء اليمين الموجهة اليه فيما اذا أُدعى عليه شيء لا يباح تناوله بالاذن لا يكون هذا الامتناع سببا لوصوله الى ما أدعاه بخلاف ما يباح تناوله وتملكه بالاذن .

(٥) الولي شرط لصحة نكاح الصغير والمجنون والرقيق ، وأما الكبيرة العاقلة فهى تملك العقد عند الامام ولا تملكه عند محمد الا باذن الولي واختلف القول عن أبى يوسف . انظر تفصيل ذلك في :
الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٣/٥٥ ، البحر الرائق : ٣/١١٧ الأختيار : ٣/٩٠ ، تحفة الفقهاء : ١/١٤٩ ، ١٥٢ ، تبيين الحقائق : ٢/١١٧ ، الأسرار للمؤلف : ١/١٣٣ ، تحقيق الدكتور نايف العمرى .
أما الأئمة الثلاثة فقالوا باشتراط الولي لعقد النكاح .
انظر: رحمة الأمه : ٢٦٣ ، مغنى المحتاج : ٣/١٤٧ ، المهذب ٢/٣٦ ، القوانين الفقهية : ١٧٢ ، بداية المجتهد : ٢/١٠ المغنى : ٦/٤٤٩ ، الافصاح : ٢/١١١ .

ومهـــر (١) وشهود (٢) ولو أقرت بالتزويج والعقد صح أيضا . (٣)

---

(١) المهر هو الصداق .
لسان العرب : ٥/ ١٨٤ ، المصباح المنير : ٢/ ٥٨٢ .
واصطلاحا : ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا .
مغني المحتاج : ٣/ ٢٢٠ ، وانظر التعريفات الفقهية : ٥١٦ ،
نيل المآرب : ٢/ ١٨٦ ، أحكام الأسرة في الاسلام لمحمد شلبي
٣٣٩ .
وانظر : مذهب الحنفية في المهر واشتراطه لجواز النكاح .
بدائع الصنائع : ٢/ ٢٧٤ ، تحفة الفقهاء : ١/ ١٣٥ ، الاختيار :
٣/ ١٠١ .

(٢) اختلف الأئمة في الاشهاد على عقد النكاح هل هو شرط أو لا .
فذهب الأئمة الثلاثة الى عدم صحة النكاح بغير شهادة
وعند الامام مالك لا يجب في العقد ويجب عند الدخول وهو شرط
كمال في العقد ، وشرط جواز في الدخول .
الاسرار للمؤلف : ١/ ١٠٦ ، تحفة الفقهاء : ١/ ١٣١ ، الاختيار
٣/ ٨٣ ، البحر الرائق : ٣/ ٩٤ ، رحمة الأمة : ٢٦٨ ، مغني
المحتاج : ٣/ ١٤٤ ، المهذب : ٢/ ٤١ ، المغني : ٦/ ٤٥٠
الافصاح : ٢/ ١١٥ ، الانصاف : ٨/ ١٠٢ ، القوانين الفقهية ١٦٩
الفواكه الدواني : ٢/ ٢٣ ، الخرشي : ٣/ ١٦٧ .

(٣) مجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٥ ، موجبات الأحكام : ٢٨٨ ، روضة القضاة
٣/ ٩١٥ ، فتاوى ابن الصلاح : ٢/ ٦٥٧ ، أسنى المطالب ٤/ ٤٢٩
المنهاج ومغني المحتاج : ٣/ ١٤٨ ، الأنصاف : ١٢/ ١٥١ المغني
٩/ ٢٩٤ ، المقنع : ٣/ ٧٣٣ ، المحرر : ٢/ ٣٩٤ .

فهذا تفسير هذا الكلام أن كل محل يقبل الاباحة باذن[1] ابتداء من قبله قضى عليه به[2] بنكوله ومالا فلا . [3]

وكان هذا[4] اولى من أن تجعله [5] اقراراً لأن الخصومه كما ينقطع[6] بالاقرار[7] تنقطع بالبذل[8] والتمليك بلا اقرار. كما يجوز الصلح على الانكار وهو تمليك بدل[9] الأصل . [10]

فثبت أنه[11] جائز في الأصل مثله[12] وبه ينفصل[13] .

وهذا الحكم[14] أخذ من وجوب الخروج من دعواه لفصل[15] (الخصومه وبرأ)[16]

---

(١) في ص بالاذن .

(٢) ساقطه من ص

(٣) البحر الرائق : ٧/٢٠٧ .

(٤) أى جعل النكول بذلا .

(٥) في ـ أ ـ يجعله .

(٦) في ص ـ أ ـ تنقطع .

(٧) غير واضحة في ص .

(٨) في الاصل و ـ أ ـ بالبدل ـ والمثبت من ص ـ

(٩) في ص ـ بذل .

(١٠) انظر تحفة الفقهاء : ٣/٢٥٠ ، الاختيار : ٣/٥ ، اللباب في شرح الكتاب ٢/١٦٣ ـ ١٦٤ ، الجوهرة النيره : ٢/٣ .

(١١) أى البذل .

(١٢) أى مثل الاقرار .

(١٣) النزاع والتخاصم .

(١٤) أى جعل النكول بذلا .

(١٥) في ص لينفصل وفي ـ أ ـ لتنفصل .

(١٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .

والقاضي - ١٧٣ أ - يخرج عن العهدة بفصل الخصومة والفصل يقع بالاقرار والايجاب مبتدأ[1] ، والايجاب ابتداء أقرب الى انكاره .

والكلام في رجل منكر يلزم موافقة على سكوته بحكم وجوب الفصل عليه أو ايصال[2] المدعى الى ما يدعيه بتركه[3] منازعته فيلزمه[4] الأدنى[5] وما يقرب من انكاره وذلك بالايجاب ابتداء أو ترك المنازعه ليبقى هو في[6] انكاره محقا . (٧) وحل الأخذ للمدعي بدعواه (كان ما ادعاه حق)[8] ومتى جعل (٩) اقرارا كنا جعلنا المنكر كاذبا (في حقه أيضا)[10] وهو يقول انى صادق بلا دليل[11] للمدعى بكذبه (١٢)

فالنكول قد يكون للتحرج عن اليمين الصادقه على ما مر . (١٣)

---

(١) الايجاب ابتداء المقصود به البذل من جهة المدعى عليه للشيء المدعى به بمجرد الدعوى .

(٢) في الأصل مهمله وفي - أ - اتصال والمثبت من ص .

(٣) في ص لتركه .

(٤) في ص فيلزم .

(٥) غير واضحه في ص .

(٦) أى المدعى عليه .

(٧) انظر :
تبيين الحقائق : ٢٩٧/٤ ، البحر الرائق : ٢٠٧/٧ ، الاختيار ١١٢/٢ - ١١٣ .

(٨) ما بين القوسين لم يتضح لي معناه والكلام يستقيم بدونه وكلمة " ما ادعاه " غير واضحه في ص .

(٩) أى النكول .

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(١١) في ص ولا دليل .

(١٢) مثبته من ص - أ - ليستقيم الكلام .

(١٣) لم يسبق أن أشار الى هذا المعنى في كتاب الدعوى الا في معرض استدلاله للشافعية .

فهما[1] نظرا الى الفصل بالجواب من طريق القول فهو الظاهر فالواجب عليه اما اقرار أو انكار والقاضي يقول ماذا تقول[2] ولا يقول له ماذا تفعل[3] وأبو حنيفة نظر إلى ما يمكنه دفع الاقرار به وان لم (يتوجه[4] عليه) "[5] " وببذل المال يندفع عنه الاقرار ولما اندفع به[6] لم يصر الاقرار مستحق الوجوب بل صار الذى لا بد منه البذل فانه بعد الاقرار يلزمه البذل ومتى بذل اندفع عنه الاقرار .

فان قيل : لو كان هذا[7] بذلا مبتدأ وكالهبة[8] من قبل المقضى عليه

(=) انظر: تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ . نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ ، شرح العناية : ٨/١٨٥ .

(١) أى أبو يوسف ومحمد .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ يقول والمثبت من ص ـ لأن المقام مقام خطاب

(٣) في الأصل ـ مهمله وفي ـ أ ـ يفعل والمثبت من ص .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) في ص ـ أ ـ الدفع .

(٦) أى ولما اندفع الاقرار بالبذل . (٧) أى الحاصل بسبب النكول

(٨) الهبه لغة : العطيه الخالية عن العوض .

لسان العرب : ١/٨٠٣ ، المصباح المنير : ٢/٦٧٣ ، المعجم الوسيط : ٢/١٠٥٩ .

واصطلاحا : تمليك العين بلا عوض .

التعريفات : ٢٥٦ ، أنيس الفقهاء : ٢٥٥ .

(كما في الصلح على الانكـار)[1] لقيل : اذا أُستُحِقّ (ما أدى بقضاء الدين لا)[2] يضمن شيئا آخر كما لو صالح على انكار فاستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن (المدعي يرجع الى الدعوى)[3][4] ×

قلنا : لأن بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعـاد الحكم الى الأصل (وهو الدعوى)[5]

فأما هاهنا فالمدعى يقول أنا[6] آخذ هذا بازاء ما وجب لي عليه في ذمته بالقضاء فاذا استحق (رجعت بما فـي[7] الذمه) .

---

(١) الصلح عن السكوت أو الانكار معاوضه في حق المدعى لأنه من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وانه محق في دعواه وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين .الاختيار: ٣/٥-٦ ، الجوهره النيره : ٢/٣ .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٤) نتائج الأفكار وشرح العنايه : ٨/١٨٤ .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ ان والمثبت من ص .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص .

ومراد المؤلف بهذا الرد التفريق بين ما ثبت من الحق بسبب الصلح على الأنكار وبين ما ثبت بسبب النكول .

ففى حالة ما اذا استُحِقّ المصالح عليه في الصلح على الانكار رجع المدعى الى الدعوى كما ذكر المؤلف لأنه ما ترك الدعوى الا ليسلم به المصالح عليه فاذا لم يسلم رجع الى الأصل وهو دعواه .

انظر:

نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ ، شرح العناية : ٨/١٨٥ و ٤١١

الاختيار : ٣/٦ ، بدائع الصنائع : ٦/٥٥ .

أما ما ثبت بسبب النكول وقضى القاضي بتسليمه فهو يلزم المدعى عليه حتى وان استحق من جهة أخرى غير الخصم .

انظر:

شرح العناية : ٨/١٨٥ ، نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ .

فان قيل فالايجاب في الذمة ابتداء لا يصح .

قلنا ـ يصح بالكفالة[1] والحواله، فالذمة تقبل "الشغل"[2] بالديـــن والحقوق بسبب صحيح وهو الحوالة ، وكذلك بالمداينات كلها تشـــغل ابتـــداء .

(فالوجوب في الذمة)[3] بمنزلة وجوب الملك الجديد في الأعيان المملوكة[4]

فان قيل : من اشترى شيئا ثم باعه ثم رد (عليه بعيب)[5] قديم بنكولـــه رد المشترى الأول على بائعه كما لو لم يبعه[6] ولورد عليه بأن أمر القاضـي

---

(١) الكفالة لغة : الضم والتحمل والالتزام عن الغير .

انظر:

المصباح المنير : ٢/٥٣٦ ، لسان العرب : ١١/٥٨٨ ،المعجم الوسيط : ٢/٧٩٣ ، المغرب : ٢/٢٢٧ .

واصطلاحـاً : ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبه .

أنيس الفقهاء : ٢٢٣ ، التعريفات الفقهية : ٤٤٤ ، التعريفـات ١٨٥ .

(٢) غير واضحة في ص

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٤) انظـر :

شرح العناية : ٨/١٨٤ - ١٨٥ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ ....

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) انظر:

اللباب في شرح الكتاب : ٢/٢٣ ، مجمع الأنهر : ٢/٤٨ ،الجوهرة النيره : ١/٢٤٣ ، الجامع الصغير : ٢٩٠ ،الهداية وشرح فتـــح القدير وشرح العناية : ٦/٣٧٤ .

بالفسخ[١] (عليه ابتداء)[٢] لا يمكنه الرد على الأول كما لو اشترى شراء مبتدأ . [٣]

قلنا : اذا أمر القاضي بالفسخ (لم يكن)[٤] قضاء فان القاضي إن شاء لم يفعل وكان اذا فعل وكيلا منه[٥] كغير القاضي (فيصير إقاله)[٦] برضاه فلا ينفذ[٧] رضاه على غيره فيصير في حق غيره بيعا جديدا .

فأما هاهنا[٨] فيلزم القاضي القضاء بالفسخ (على سبيل القضاء)[٩] والفسخ اذا ثبت بقضاء كان فسخا في حق الناس أجمع كما لو أقر بالعيب

---

(١) الفسخ لغة : الرفع والنقض .

انظر: المصباح المنير : ٢/ ٤٧٢ ،لسان العرب : ٣/ ٤٤ - ٤٥

واصطلاحا : رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان

التعريفات الفقهية : ٤١٢ .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) انظر:

اللباب في شرح الكتاب : ٢/ ٢٣ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٦/ ٣٧٦ ، الأختيار : ٢/ ٢١ ، مجمع الأنهر ٢/ ٤٨ ، الجوهرة النيره : ٢٤٣١ .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) هكذا في النسخ والصواب عنه .

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .

والاقالة لغة : فسخ البيع وتركه ورفعه . لسان العرب : ١١/ ٥٧٩-٥٨٠ ، المصباح المنير : ٢/ ٥٢١ ،القاموس المحيط : ٤/ ٤٣

واصطلاحا : رفع عقد البيع وازالته . الجوهرة النيره : ١/ ٢٥٢ .

التعريفات الفقهية : ١٨٦ ، أنيس الفقهاء :٢١٢ ، اللباب في شرح الكتاب : ٢/ ٣١ .

(٧) غير واضحه في ص .

(٨) أى في مسألة الرد بالعيب .

(٩) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(ولم يقبل حتى فسخ القاضي وهذا)[١] اذا[٢] رد بعيب لا يحدث مثله، ان كان بقضاء يكون فسخا في حق الناس أجمع (وان كان برضا[٣]) (بعد القبض كان بيعا جديدا)[٤] في حق ثالث . (٥)

فان قيل : الوجوب على القاضي يدل على أنه اقرار لا بذل[٦] لان[٧] البذل[٨] (يبيح الأخذ للمدعي)[٩] ولكن لا يلزم القاضي أن يقضى به كالصلح على الانكار[١٠] .

قلنا : اذا كان البذل (١١) صريحا فهو بذل[١٢] من العبد فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بذل (١٣) بحق الشرع لما ذكرنا أن المدعى يستحق

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .
(٢) في ص ـ أ ـ كالرد .
(٣) ما بين القوسين ساقط من ص .
(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .
(٥) انظر: شرح فتح القدير وشرح العناية : ٦/٣٧٦ .
(٦) في الأصل ـ وأ ـ البدل والمثبت من ص .
(٧) غير واضحه في ص .
(٨) غير واضحه في ص وفي الأصل و ـ أ ـ البدل والصواب ما أثبته .
(٩) ما بين القوسين غير واضح في ص .
(١٠) نتائج الأفكار وشرح العنايه : ٨/١٨٤ .
(١١) في الأصل و ـ أ ـ البدل والمثبت من ص .
(١٢) في ـ أ ـ البدل وهو خطأ .
(١٣) في الأصل و ـ أ ـ بدل والمثبت من ص .

أخذ هذه الحقوق بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيده أو بذمته[٢].
وبالمنازعه يبطل[٣]. والشرع ابطله الى اليمين فاذا منعه اليمين عاد الى الأصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعه والتمكين منه . [٤]
وكذلك ما ذكر هاهنا من الفصل فالفصل لزمه بحق الشرع ليتمكن القاضي من الانصاف والانتصاف ببذل[٥] ما يدعيه والتسليم اليه اذا لم يقر «فاذا[٦] لم يسلم وأنكر انتقل الفصل عنه الى اليمين فاذا منعه اليمين والقاضي لا يمكنه استيفاؤه منه جبراً انتقل بالشرع الى الأصل فلزم القاضي القضاء بالأصل لما انتقل اليه بالشرع .
ولا يلزم العبد المأذون[٧] فانه يقضى عليه بالنكول وكذلك الصبى المأذون وبذلهما[٨] باطل .[٩]

---

(١)
(٢) المنازعه بالذمة الظاهر لي أن المؤلف يشير به الى القاعدة " الأصل براءة الذمه " فالذمم خلقت بريئة غير مشغوله بحق من الحقوق لكن هذا الأصل لما عورض بالنكول قدم عليها .
انظر: معين الحكام : ١٦٧ ، شرح القواعد الفقهية : ٥٩ ، ٦٣ وراجع ص : ٧٦-٧٧ فقد ذكر المؤلف أن المدعى يستحق أخذ هذه الحقوق ودلل على ذلك .
(٣) أى يبطل حقه في أخذ ما ادعى بسبب المنازعه .
(٤) انظر: نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ ، شرح العناية : ٨/١٨٥ .
(٥) في الأصل و ـ أ ـ ببدل والمثبت من ص .
(٦) في ص ـ فافاذا وهو خطأ .
(٧) الاذن الاعلام والاجازة
انظر: المغرب : ١/٣٣ ، لسان العرب : ١٣/٩ ، المعجم الوسيط ١/١١ - ١٢ ،
واصطلاحا : فك الحجر واطلاق التصرف لمن كان ممنوعا شرعا .
التعريفات الفقهية : ١٦٧ ، وانظر: تبيين الحقائق : ٥/٢٠٣ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٩/٢٨١ .
(٨) في ـ أ ـ بدلهما وهو خطأ .
(٩) المراد بهذا الرد على الاعتراض الوارد على جعل النكول بذلا ===

و(١) ذلك " لأنا(٢) " عللنا لبيان المحال التي يستحق(٣) بالبذل(٤) ابتداء والتي لا تستحق ، لا للباذلين(٥) على أن المأذون يصح بذله بقدر ما دخل تحت الاذن من الاطعام واهداء(٦) المأكول والاعارة(٧) ونحوها . والبذل(٨) بالنكول مما دخل تحت الاذن فانه يستحلف في الخصومات ويقبل نكوله ولا يجبر على اليمين .

فان قيل : يقضى بالقصاص في الأطراف بالنكول ولا يعمل فيها البدل(٩) .

(=) اذ لو كان كذلك لما صح من العبد والصبي لأنه في معنى التبرع وهما لا يملكانه فيقال هذا لا يلزمنا لأن بذلهما داخل تحت الاذن لهما بالتصرف في الأشياء اليسيره وبذله بسبب النكول داخل تحت الأذن فهو صحيح في هذه الحالة . .

انظر: شرح العناية : ٨/١٨٤ - ١٨٥ ، الهداية ونتائج الأفكار ٨/١٨٥ - ١٨٦ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ ، البحر الرائق ٧/٢٠٧ ، شرح فتح القدير : ٦/٣٧٥ .

(١) الواو ساقطه من ـ أ ـ

(٢) ساقطه من ص .

(٣) أي التي يستحق المدعى اخذها بالبذل .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ البدل والمثبت من ص .

(٥) أي ولم تعلل للباذلين أنفسهم .

(٦) في ص أو اهداء .

(٧) الاعارة لغة : المداوله يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه

المصباح المنير : ٢/٤٣٧ ، لسان العرب : ٤/٦١٨ ، المغرب ٢/٨٩ .

واصطلاحا : تمليك المنافع بغير عوض مالي .

التعريفات للجرجاني : ٣٠ ، التعريفات الفقهية : ١٨٣ .

(٨) في الأصل و ـ أ ـ والبدل والمثبت من ص .

(٩) هكذا في النسخ والصواب البذل ـ بدليل ما صرح به بعده . ===

قلنا : البذل[١] عامل اذا كان مفيدا نحو أن يقول لآخر اقطع يدى وبها الأكلة[٢] فقطعها حل ولم يأثم[٣] وبغير اذنه يأثم ولا يحل ، فجاز القضاء بالاستحقاق كذلك[٤] بنكوله أيضا لأنه مفيد إذ يحترز به عن اليمين الصادقه وقد جعل له ذلك وان كان صادقا . (٥)

(=) وهذا الاعتراض أورد على مذهب أبى حنيفة في جعله النكول بذلا ولو كان كذلك لعمل في الأطراف اذا أباحها صاحبها كعمله في حالة دعوى القصاص فيها ونكوله عن اليمين وقد سبق ص ٨٢ ذكر مذهب أبى حنيفة في القضاء بالقصاص في الأطراف اعتمادا على النكول ..

(١) في ص ـ أ ـ البدل وهو خطأ .

(٢) الأَكِلة ـ بكسر الكاف ـ داء يقع في العضو فيأتكل منه ...
لسان العرب : ١١/٢٢ .

(٣) ينظر نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ و ١٩١ ، شرح العناية : ٨/١٨٥ البحر الرائق : ٧/٢١٠ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ و٣٠٠ ، بدائع الصنائع ٦/٢٣٠ ، المبسوط : ١٦/١١٧ ، الهداية والبنايه : ٧/٤١٦-٤١٧ .

(٤) في ص ـ أ ـ وكذلك .

(٥) أنظر: نتائج الأفكار : ٨/١٨٤ - ١٨٥ ، شرح العناية : ٨/١٨٥ تبيين الحقائق : ٤/٢٩٧ .
وقد نص علماء الحنفيه على عدم اعتبار الأحتمال في النكول وهل نكل تورعا أولا وانما يقولون نحن نقضي عليه بهذا النكول ولا عبرة للاحتمالات التى قد ترد وله الاحتراز عن اليمين حتى ولو كانت صادقه ولكن اختلفوا في تفسير النكول الناتج عن هذا التحرز هل هو بذل أو اقرار .
راجع المبسوط: ١٧/٣٥ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٣٠ ، عقود الجواهر المنيفه : ٢/٢٧ ، تبيين الحقائق : ٤/٢٩٦ .

(١٢٣)

فأما اذا قال جزافا[١] اقطع يدى فلا يحل لأنه مفسقه[٢] اذ لا فائدة فيه وكله ضرر كما اذا قال[٣] أحرق طعامي وغرق مالي ونحوها[٤] مما هو سفه في نفسه ضرر بلا فائدة فأما في النفس *** ١٧٣ ب - فلا يباح أخذها باباحة صاحبها (٥)

فعلمنا أنها محترمة بنفسها لا تباح الا بسبب شرعي[٦] وبالنكول لا يثبت ذلك وكذلك الوطء لا يباح الا بسبب وهو الملك (٧) وكذلك السرق

---

(١) قال في المصباح المنير "الجزف" الأخذ بكثرة كلمة فارسية ويقال لمن يرسل كلامه ارسالا من غير قانون جازف في كلامه فأقيم نهج الصواب مقام الكيل والوزن .
١/ ٩٩ ، وانظر : لسان العرب : ٩/ ٢٧ ، المعجم الوسيط : ١/ ١٢١ .

(٢) في الأصل متسقة وفي - أ - متسفة والمثبت من ص .

(٣) في ص - أ - لآخر .

(٤) نتائج الأفكار : ٨/ ١٩١ .

(٥) نتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ١٩١ ، الهداية والبناية : ٧/ ٤١٦
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٠ .

(٦) الأسباب الموجبه لقتل النفس ورد بعضها في قوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأنى رسول الله الا باحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والمفارق لدينه التارك للجماعة) .
رواه البخارى ومسلم واللفظ للبخارى . صحيح البخارى مع فتح البارى : ١٢/ ٢٠١ ، صحيح مسلم بشرح النووى : ١١/ ١٦٤ .
وقد اطال ابن حجر رحمه الله الكلام على الحديث والخلاف في الحصر الوارد فيه . انظر: فتح البارى : ١٢/ ٢٠١ - ٢٠٤ ، وكذا النووى على مسلم : ١١/ ١٦٥ .

(٧) سواء كان ملك نفس أو ذات أو ملك متعه ومنفعه .
بدائع الصنائع : ٢/ ٢٧٥ و ٣٣١ .

الا بكفر[١] وكذلك الولاء الا باعتاق والنسب الا بفراش . (٢)

واذا كان النفس من هذه الجملة (٣) لم يكن النكول حجة فيها[٤] واستحلف لأن الشرع يعظم أمر الدماء، جعل[٥] اليمين حقا للمدعى مقصودة ليهلك المنكرين بها ان كذبوا ألا ترى أن[٦] في القتيل في المحلة يحلفهم خمسين يمينا ويغرمهم الديه مع ذلك . (٧)

فكذلك اذا ادعى (٨) القتل خاصا على رجل استحق اليمين مقصودة ألا ترى أن[٩] القتل اذا تحقق كان الواجب في[١٠] الأصل فيه[١١] (اهلاكا[١٢] وقتلا لا مالا) (١٣)

---

(١) في ص ـ أ ـ بصفه .

(٢) الفراش ـ يطلق على ما يفترش والجمع أفرشه وفرش ويطلق على الزوج والمرأة وغير ذلك .
لسان العرب : ٦/٣٢٦ - ٣٢٧ ، المصباح المنير : ٢/٤٦٨
وراجع التعريفات الفقهية : ٤٠٩ ، نيل الأوطار : ٦/٢٧٩ . . . .

(٣) أى من جملة ما لا يباح بالاذن .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ منها والمثبت من ص .

(٥) هكذا في النسخ ولو قال فجعل لاستقام الكلام .

(٦) مثبته من ص ـ أ ـ

(٧) سبقت الاشارة الى المذاهب في هذه المسألة ص ٨٣

(٨) في ـ أ ـ ادعي .

(٩) في ـ ص ـ أ ـ في باب، والكلام يستقيم بدونها .

(١٠) ساقطه من ص .

(١١) في ص ـ الأصلى .

(١٢) ما بين القوسين في الأصل و ـ أ ـ اهلاك وقيل لا مال " والمثبت من ص .

(١٣) المؤلف يريد القتل العمد وموجبه عندهم المأثم والقود عينا الا أن
= = = =

فكذلك بالدعوى عند الانكار يجب الاهلاك مقصودا باليمين بخلاف المال ألا ترى أن أبا حنيفةيقول اذا نكل حبس ليحلف[1] لأنه منعه حقه مع القدرة على الايفاء فصار ظالما والقاضي لا يمكنه النيابة عنه في الايفاء بعينه "ولا بذل"[2] له فيحبسه ليوفي بنفسه .

(=) يعفو أولياء الدم ، أما المال فلا يجب إلا بالصلح برضا القاتل .
الأختيار : ٥/٢٣ ، مختصر الطحاوى : ٢٣٢ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/١٤١ ، أحكام القرآن للجصاص : ١/١٨٥ .
وقول الحنفية هذا هو المشهور عند المالكية ورواية مرجوحه عند الحنابله .
وفي قول للشافعية والمالكية والحنابله في ظاهر المذهب .
موجب القتل العمد القصاص أو الدية وان عفا كان له أخذ الدية بدون رضا الجاني ، وفي قول آخر للشافعية أن موجبه القود عينا وان عفا كان له أخذ الدية من غير رضا الجاني ايضا .
مغنى المحتاج : ٤/٤٨ ، مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوى ٢/٣٥٣ ، جواهر العقود : ٢/٢٥٧ ، رحمة الأمة : ٣٢٨
تخريج الفروع للزنجاني : ٣١٤ . القوانين الفقهية : ٢٩٦ ، مختصر خليل : ٢٧٣ ، الفواكه الدواني : ٢/٢٤٧ ، أسهل المدارك ٣/١١٢ ، الانصاف : ١٠/٣ - ٥ ، المغنى : ٧/٧٥٢ ، المحرر ٢/١٢٢ ، نيل المآرب : ٢/٣١٢ .

(١) انظر ص : ٨٢

(٢) في ص لا بدل وهو خطأ .

كالرجل اذا منع زكاة ماله حبس لأن ما يأخذ القاضي جبرا لا يكون زكاةً ، ولما[1] عجز عن الاستيفاء بنفسه حبسه ليوفي . (٢)

وكذلك في قضاء الدين عند أبي حنيفة اذا لم يجد من جنس الدين شيئاً[3] لأنه عجز عن الايفاء ببيع ماله عنده . (٤)

فأما في غير الدماء فلم يشرع الأيمان المهلكة مقصوده الا في اللعان تعظيما لباب الرمي بالزنا فلم يشرع الا حيث يمكن القضاء فيها بالنكول بتحول الحق عن اليمين اذا منعه الى أصل الواجب .

والذي يوضح مذهبه (٥) هاهنا أنهما (٦) قضيا بالمال اذا نكل[7] لشبهة فيما هو حجة للمدعي ، والحجه متى لم تصح في باب لشبهةٍ لم يجب القضاء بها لا[8] أن يقضي بشيء آخر ثبت[9] مع الشبهة .

---

(١) في ص ـ أ ـ فلما .

(٢) انظر ص : ٨٤

(٣) أي فانه يحبسه .

(٤) انظر تفصيل المسألة في المصادر التالية .
الاختيار : ٢/ ٩٨ ، شرح أدب القاضي : ٢/ ٣٧١ - ٣٧٢ ، بدائع الصنائع : ٧/ ١٧٣ - ١٧٤ ، تبيين الحقائق : ٥/ ١٩٩ .

(٥) أي مذهب الامام أبي حنيفة في أن النكول بذل لا اقرار .

(٦) أي أبو يوسف ومحمد .

(٧) مراد المؤلف من هذا القول بأن الصاحبين قضيا بالمال في حالة النكول عن اليمين في دعوى القصاص في النفس وما دونها مع قيام النكول وهو حجه لوجود الشبهة فيه ولو كان اقرارا للزم القضاء بالقصاص .

(٨) في ـ أ ـ الا .

(٩) في ص نثبت باهمال الحرف الأول ـ

ولم يكن هذا الاقرار نظير الاقرار بالقتل خطأ لأنه حجة بنفسه قبل الدعوى[1] ولمدعي العمد أن يأخذ المال برضى القاتل كما لو اصطلحا عليه ولما أقر بالقتل خطأ فقد بذل له الدية .

فصار كلام الخصم[2] أمرا ظاهرا في أن السكوت لا يكون حجه وكلاما فقهيا واستخراجا لحكمة باطنه ومعارضة[3] ثابته لاثبات حكم العدل والنصفة .

وكلام أبي يوسف ومحمد[4] في طرد[5] النكول أسهل وأوضح وكلام أبي حنيفة

---

(١) أي ولم يكن الاقرار الذي قاله كالاقرار الحاصل من الانسان بأنه قتل آخر قتلا خطأ .
لأن هذا الاقرار مبنى على كلام المقر نفسه واقراره بجنايته حجه ملزمة له فيجب الحكم بالمال عليه بناء على اقراره .
اما القول بأن النكول اقرار فهو مبنى على أن المدعى كاذب في انكاره والا لما امتنع عن اليمين فيكون معترفا دلالة . والله تعالى أعلم .

(٢) أي الشافعية . (٣) المعارضة لغة : المقابلة بين شيئين . لسان العرب ١٦٧/٧ .
واصطلاحا : اقامة الدليل على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصم . التعريفات ٢١٩ .

(٤) مثبت من ص ـ أ ـ إذ أن مذهبه كمذهب أبي يوسف كما سبق في رأس المسألة .

(٥) الطرد لغة : الابعاد . والاطراد هو التتابع .

انظر: لسان العرب : ٢٦٧/٣ ، المصباح المنير : ٢ / ٣٧٠ ، المعجم الوسيط : ٥٥٣/٢ .
والمعنى الأخير هو المراد اذ المعنى اطراد النكول وهو استمراره وجريان الحكم به في الأشياء السبعه التى سبق كلام المؤلف عنها .

أد ق وأحق وكل مجتهد مصيب (في طلبه)[1] مثاب عليه والحق[2] عند الله واحد[3] .

---

(١) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ

(٢) في ص ـ أ ـ والحد وهو خطأ .

(٣) ذهب جمهور الأصوليين الى أن الاجتهاد في العقليات وهى التى لا تتوقف على السمع كحدوث العالم وبعثة الرسل ذهبوا الى أن المصيب فيها واحد وخالفهم الجاحظ وعبيد الله بن الحسن العنبرى فقالا إن كل مجتهد في الأصول مصيب وليس مرادهم من ذلك مطابقة الاعتقاد فان فساد ذلك معلوم بالضرورة وانما المراد نفى الاثم والخروج عن عهدة التكليف . واتفق العلماء على فساد هذا القول .

انظر: المحصول : ٢/٣/٤١ ، الوصول الى الأصول : ٢/٣٣٧ أدب القاضي للماوردى : ١/٥٢٤ ، المنخول : ٤٥١ ، نهاية السول : ٤/٥٥٧ ، التبصرة في أصول الفقه : ٤٩٦ ، البرهان ٢/١٣١٦ ، اللمع : ٣٥٧ ، الاحكام للآمدى : ٣/٢١٥ ، المختصر لابن اللحام : ١٦٤ ، التمهيد للكلوذاني ٤/٣٠٧ ، ارشاد الفحول : ٢٥٩ ، شرح تنقيح الفصول : ٤٣٨ ، نشر البنود : ٢/٣٢٦ ، تيسير التحرير : ٤/١٩٥ - ١٩٨ ، كشف الاسرار ٤/١٧ ميزان الاصول : ٧٥٥ .

أما المسائل الشرعية فقسمت الى قسمين :

أ) ما كان منها قطعيا معلوما بالضرورة أنه من الدين كوجوب الصلوات الخمس وصوم رمضان وتحريم الزنا فليس كل مجتهد فيها بمصيب بل الحق فيها واحد فالموافق له مصيب والمخطئ غير معذور وكفره جماعة لمخالفته الضرورى . وان كان فيها دليل قاطع وليست من الضروريات

= = =

. . . . . .

(=) الشرعية فقيل ان قصر فهو مخطىء آثم وان لم يقصر فهو مخطىء غير آثم .

ارشاد الفحول : ٢٦٠ ، اللمع في أصول الفقه : ٣٥٧ - ٣٥٨ .

ب) المسائل الشرعية التى لا قاطع فيها وهي ما يعبر عنها بالمظنونات وهى التى أرادها المؤلف رحمه الله لأنه بصدد الحديث عن النكول والاستحلاف في الأشياء السبعه فقد اختلفوا فيها كما يلي :

١- كل قول من أقوال المجتهدين فيها حق وكل واحد منهم مصيب وهذا مذهب جمهور المتكلمين من الأشاعره والمعتزلة .

تقويم أصول الفقه : ٨٢٧/٢ ارشاد الفحول : ٢٦١ ،أدب القاضي للماوردى : ٥٢٥/١ ، ميزان الأصول : ٧٥٤ ،نهاية السول ٥٦٠/٤

٢- وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء الى أن الحق في أحدها وان لم يتعين لنا فهو عند الله متعين .

أدب القاضي : ٥٢٦/١ ، ارشاد الفحول : ٢٦١ المسوده ٤٤٦ التمهيد : ٣١٠/٤ ، نشر البنود : ٣٢٧/٢ احكام الفصول ٧٠٧ ، ميزان الأصول : ٧٥٣ ، تقويم الادلة : ٢٢٨/٢ ،ثم اختلف هؤلاء بعد اتفاقهم على أن الحق واحد هل كل مجتهد مصيب أم لا .

١- فذهب الشافعي ومالك وأحمد الى أن المصيب منهم واحد

أدب القاضي : ٥٢٦/١ ، اللمع : ٣٥٨ ، ارشاد الفحول : ٢٦١ نشر البنود : ٣٢٦/٢ ، وانظر: احكام الفصول : ٧٠٧ - ٧٠٨ مذكرة أصول الفقه للشنقيطي : ٣١٢ ، المسوده : ٤٤٧ - ٤٤٨ .

٢- ذهب الشافعي في قول الى ان كل مجتهد مصيب - وروى عن مالك رحمه الله .

أدب القاضي : ٥٢٧/١ ، اللمع : ٣٥٨ ، الفقيه والمتفقه ٥٨/٢ إحكام الفصول : ٧٠٧

===

. . . . . .

(=) وأما الحنفية فالمؤلف رحمه الله تعالى لما ذكر أن أهل الفقه وبعض أهل الكلام قالوا بأن الحق عند الله تعالى واحد قال بعد ذلك ثم افترقوا .

فقال قوم اذا لم يصب المجتهد الحق عند الله كان مخطئا ابتداء وانتهاء حتى أن عمله لم يصح .

وقال علماؤنا - كان مخطئا للحق عند الله مصيبا في حق عمله حتى ان عمله يقع به صحيحا شرعا كأنه أصاب الحق عند الله تعالى .

تقويم الأدلة : ٢/ ٨٢٨ ، وانظر كشف الاسرار : ٤/ ١٩ ، ميزان الأصول : ٧٥٣ ، ارشاد الفحول : ٢٦١ .

فان قيل ـ أليس اذا راجع[1] الرجل امرأته فقالت[2] قد انقضت عدتي[3] كان القول قولها مع يمينها فان نكلت قضى عليها بالعدة والرجعة (٤)

قلنا : أما الرجعه فثابته عيانا وأما العده فانما كانت تسقط بخبرها وهي أمينة فيها فاذا أنكر الزوج فقد اتهمها فوجبت اليمين لنفي التهمه فاذا نكلت تحققت التهمه بعدم ما ينفي والمتهم لا يقبل خبره فبقيت العده لعدم ما يزيلها لا بالنكول . اهـ .

---

(١) الرجعة لغة : هي الرد .

انظر: المغرب : ١/ ٣٢٢ ، لسان العرب : ٨/ ١١٤ - ١١٥ ، المصباح المنير : ١/ ٢٢٠ ، .

واصطلاحا : هي استدامة الملك القائم في العده وهو ملك النكاح .

التعريفات الفقهية : ٣٠٤ ، التعريفات للجرجاني : ١٠٩ ، أنيس الفقهاء : ١٥٩ ، الأختيار : ٣/ ١٤٧ .

(٢) في ص ـ فقال وهو خطأ .

(٣) العدة لغة : الاحصاء .

انظر: لسان العرب : ٣/ ٢٨١ ، المصباح المنير : ٢/ ٣٩٦ ، المعجم الوسيط : ٢/ ٥٨٧ .

واصطلاحا : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح الصحيح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت او من وطء شبهة .

شرح فتح القدير : ٤/ ٣٠٧ ، وعرفت بغير هذا التعريف .

انظر: بدائع الصنائع : ٣/ ١٩٠ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٠٢ - ٥٠٣ ، تبيين الحقائق : ٣/ ٢٦ .

(٤) انظر: الاختيار : ٣/ ١٤٨ ، مجمع الأنهر : ١/ ٤٣٤ ، مختصر الطحاوى ٢٠٥ - ٢٠٦ ، المبسوط : ٦/ ٢٣ - ٢٤ ، الكتاب مع شرحه اللباب ٣/ ٥٥ .

فصل :

ـ((اليـــد))[1] ـ

(٢) قال ـ علماؤنا : اليد حجه دافعه لا موجبه . (٣)

---

(١) قوله فصل اليد ساقط من ـ أ ـ

قال العز بن عبد السلام رحمه الله في تحديده لمفهوم اليد بأنها عبارة عن القرب والاتصال .
ثم قال وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة ثم قسمها الى اربع مراتب .
قواعد الأحكام : ٢/ ١٢٠ ، وانظر مختصر قواعد الزركشي للشعراني ٢/ ٨٢٦ ، الفروق للقرافي : ٤/ ٧٨ ، الاثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي : ٢٩٦ .

واليد تنقسم الى ثلاثة أقسام :
١ـ يد مبطله وهى التى تدل القرائن الظاهره على بطلانها وهي لا تدل على ملكية صاحبها لما في يده .
٢ـ يد محقه وهى التى تكون على عقار أو منقول لمدة طويلة .
٣ـ يد محتمله لكونها محقه ولكونها مبطله .
الطرق الحكميه : ١٥٦ ، وسائل الاثبات : ٥٥٨ ، الاثبات بالقرائن ٢٩٠ .

(٢) في ـ ص ـ أ ـ مسألة .

(٣) سبق للمؤلف في بداية كتاب الدعوى ص٤٤ أن ذكر عن محمد بن الحسن أن دعوى الحقوق والأملاك لا تثبت الا بحجه وذكر منها اليد وقلنا بأنها داخله ضمن القرائن .
ومراده هنا أن اليد تدفع دعوى المدعى لأن اليد دليل الملك في الظاهر لكنها لا تكون موجبه بنفسها استحقاق شيء على الغير للاحتمال فيها .
= = =

وقال الشافعي موجبه . (١)

وتفسير ذلك رجل ادعى على آخر (٢) شفعه (٣) بشقص (٤) دار في يده وأنكر

(=) قال الكرخي " الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق"
أصول الكرخي المطبوع مع تأسيس النظر للمؤلف ص ١١٠ شرح القواعد الفقهيةللزرقاء : ٤٧ ، كشف الأسرار : ٣٧٨/٣ ، جامع الفصولين : ٢٧٨/٢ ، المبسوط : ١٦٣/١٤

(١) مذهب الشافعية أن اليد بمجردها لا تدل دلالة كاملة على الملك بل لا بد من شرط التصرف ، والتسامع ، ومضي مدة تصلح للدلالة على الملك ، وسيأتي بحث المسألة التى أوردها المؤلف في الشفعة انظر:
أدب القضاء : ٣١٧ و ٣٦٥ ، المهذب : ٣٣٦/٢ ، مغنى المحتاج ٤٤٩/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٢٠/٨ ، روضة الطالبين : ٢٦٨/١١ حاشيتى قليوبي وعميره : ٣٢٩/٤ ، شرح المحلى على المنهاج ٣٢٩/٤ ، جواهر العقود : ٤٤١/٢ ، رحمة الامة : ٤٢٢ - ٤٢٣ اعانة الطالبين : ٣٠١/٤ ، الوجيز : ٢٥٤/٢ .

(٢) في ص رجل .

(٣) الشفعة لغة : الضم يقال شفع الشيء شفعا ضم مثله إليه .
لسان العرب : ١٨٤/٨ ، المصباح المنير : ٣١٧/١ ، المعجم الوسيط : ٤٨٧/١ .
واصطلاحا : تملك البقعه جبرا بما قام على المشترى بالشركة والجوار"
انظر
التعريفات : ١٢٧ ، التعريفات الفقهية : ٣٤٠ .
وراجع تعريفها عند الشافعية نهاية المحتاج : ١٩٤/٥ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ .

(٤) الشقص الطائفة من الشيء والقطعه من الأرض .

= = =

المشترى ملكه لم يكن بده[1] حجة على المشترى في استحقاق الشفعة[2] وقال الشافعي تكون[3] حجة فيما سمعت أصحابه . (٤)

(=) لسان العرب : ٤٨/٧ ، المصباح المنير : ٣١٩/١ ، المعجم الوسيط : ٤٨٩/١

(١) في ص ـ له

(٢) أصول الكرخي : ١١٠ كشف الأسرار : ٣٧٨/٣ ، شرح القواعد الفقهية : ٤٧ ، بدائع الصنائع : ١٤/٥ ، المبسوط : ١٦٢/١٤ الأشباه والنظائر : ٨٣ ، أصول السرخسي : ٢٢٢/٢ ، شرح فتح القدير وشرح العنايه : ٣٩٤/٧ ، البنايه : ٤٩٨/٨ - ٤٩٩ وذهب زفر وهو رواية عن أبى يوسف الى أنه ليس عليه اقامة البينه على الملك لأن اليد دليل على الملك .

(٣) مهمله في الأصل وفي ـ أ ـ يكون والمثبت من ص .

(٤) هذه المسألة التى أوردها المؤلف سماعا من بعض أصحاب الشافعي حاولت الحصول على توثيق لها من مصادر الشافعية فلم أجد وبعض مصادر الحنفية تنص عليها كما نقله المؤلف .
انظر :
أصول السرخسي : ٢٢٢/٢ ، بدائع الصنائع : ١٤/٥ ، تيسير التحرير : ١٧٨/٤ ، كشف الأسرار : ٣٧٨/٣ - ٣٧٩ ، مختلف الرواية ل ١٥٧ أ . كشف الأسرار للنسفى ٦٩/٧
كما أن بعض الباحثين يذكر مذهب الشافعيه كما ذكره المؤلف ولكنهم ينقلون من كتب الحنفيه ويذكرون ذلك تحت مباحث الاستصحاب وأنه حجه دافعه وموجبه عند الشافعيه .
انظر :
أثر الاختلاف في القواعد الأصوليه في اختلاف الفقهاء : ٥٤٩
أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ٢٩٩ ، الاجتهاد فيما لا نص فيه : ٩٦/٢ .

= = =

. . . . . .

(=) والحقيقة أنه بتطبيق قاعدة الاستصحاب على مسألتنا هذه تكون كما ذكر المؤلف ولكن أشكل على في هذه المسألة ما ذكره ابن أبي الدم والعيني وابن قدامه ففي نظري أنه يناقض ما ذكره المؤلف. قال ابن ابي الدم " وان أنكر المشترى دعواه نظر إن أنكر الشراء فالقول قوله مع يمينه وعلى الشفيع البينة وان اعترف بالشراء وأنكر أن يكون للشفيع في العقار الذى الشقص المشفوع من جملته جزء منه فالقول قوله مع يمينه يحلف بالله تعالى انه لا يعلم له فيه ملكا ولا يحلف على البت قولا واحدا فان أقام الشفيع البينة بملك جزء معين من العقار عمل بموجبها .

أدب القضاء : ٣٤٧ و ٥٦٦ ، ١/ ٦٤١ ،

وانظر :

مغنى المحتاج : ٢/ ٣٠٤ ، نهاية المحتاج : ٥/ ٢١٢ ، روضة الطالبين : ٥/ ٩٨ ، مختصر المزني : ١٢١ ، أسنى المطالب : ٢/ ٣٧٣ .

وفي حلية العلماء للقفال الشاشي الشافعي رحمه الله

" فان ادعى الشفعه في شقص من عقار وادعى أنه اشتراه فزعم المشترى أنه لا شرك لطالب الشفعه معه فيستحق به الشفعة فانه يحتاج الى اقامة البينة على اثبات الملك في السهم الذى يدعيه وبه قال ابوحنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعه "

٢/ل ٧ ب "

وانظر المعاني البديعة للريمى : ٢/ ٦٤٢ .

وفي البناية لما ذكر مذهب الحنفية قال : " ودليلنا ما أشار اليه بقوله " لأن اليد ظاهر محتمل " فيحتمل أنه يد ملك وغير ذلك "

فلا تكفى لاثبات الاستحقاق " لأن المحتمل لا يصلح أن يكون حجه للالزام على الغير وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في الحلية ومغني الحنابله وما ذكره في الكافي خلافا للشافعي ليس بمعتمد مذهبه"

البناية : ٨/ ٤٩٩ .

= = =

لأن الشرع جعل اليد حجة الملك[1] ألا ترى أن المدعى لا يستحق عليه إلا ببينه ويحل للشهود ان يشهدوا[2] له بالملك بيده[3] ويحل الشراء منه[4].

الا أنا نقول[5] : اليد تكون على[6] الوديعة[7] والعاريه والغصب[8] والملك

(=) وفي المغنى " واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال لا ملك لك في شركتى فعلى الشفيع اقامة البينه أنه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعه لذلك لأن الظاهر من اليد الملك "
المغنى : ٥/٣٥٩.

(١) انظر : فيض الاله المالك : ٢/٣٤٨.

(٢) في الأصل و ـ أ ـ شهدوا والمثبت من ص لمناسبته للمقام .

(٣) سبق بيان مذهب الشافعية أن اليد بمجردها لا تدل على الملك دلالة كامله ولا يحل للشاهد أن يشهد له بالملك وانما يشهد له باليد فقط وعبارة المؤلف هنا فيها اطلاق
فليراجع تفصيل مذهبهم في هذه المسألة في المصادر السابقة في ص : ١٣٣ تعليق رقم (١)

(٤) مغنى المحتاج : ٣/٤٥.

(٥) هذا شروع من المؤلف في سياق أدلة مذهب الحنفيه .

(٦) في ص يد .

(٧) غير واضحه في ص .
والوديعة لغة : فعيلة بمعنى مفعوله وأودعت زيدا مالاً دفعته اليه ليكون عنده "
المصباح المنير : ٢/٦٥٣ ، المعجم الوسيط : ٢/١٠٢١.
واصطلاحا : هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا .
التعريفات : ٢٥١ ، التعريفات الفقهية : ٥٤٢ ، وانظر الدر المختار ٥/٦٦٢.

(٨) الغصب لغة : أخذ الشيء ظلما وقهرا . ===

فكانت محتمله (١) الا أنه لا يستحق عليه بالدعوى لأنها (٢) لم تجعل حجة عليه .

فلا تنقضى (٣) يده بالشك والاحتمال لكن لا تصير حجة على غيره بالاحتمال كالمفقود (٤) اذا غاب لا يورث ملكه باحتمال الموت ولا يرث أباه اذا مات بالاحتمال (٥).

(=) المغرب : ٢/١٠٥ ، المصباح المنير : ٢/٤٤٨ ،لسان العرب: ١/٦٤٨ .

واصطلاحا : أخذ مال متقوم محترم بلا اذن مالكه بلا خفيه .

التعريفات للجرجاني : ١٦٢ ، التعريفات الفقهية : ٤٠٠

وأنظر: أنيس الفقهاء : ٢٦٩ .

(١) انظر: الهداية مع البناية : ٨/٤٩٩.

(٢) أى اليد .

(٣) في ص - ينقض .

(٤) المفقود الغائب والمعدوم .

لسان العرب : ٣/٣٣٧ ، المصباح المنير : ٢/٤٧٨ ،المغرب ٢/١٤٦ .

واصطلاحا : هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته .

أنيس الفقهاء : ١٩١ التعريفات : ٢٢٤ ،شرح فتح القدير ٦/١٤١ ، بدائع الصنائع : ٦/١٩٦ .

(٥) المفقود لا يرث ولا يورث فهو حي في حق نفسه ميت في حق غيره عند الحنفيه فان مضى من العمر ما لا يعيش اقرانه حكم بموته وروى عن أبى حنيفة التقدير بمئةوعشرين وعند ابى يوسف مئة وقيل تسعين تحفة الفقهاء : ٣/٣٤٩ - ٣٥٠ ، الأختيار : ٣/٣٧ ، بدائع الصنائع : ٦/١٩٦ ، مختصر الطحاوى : ٤٠٣ ،الجوهره النيره ٢/٥١ ، المبسوط : ١١/٣٤ ، الهداية وشرح فتح القدير

= = =

وكذلك قلنا إن[1] الصلح على الانكار (جائز اذا ادعى)[2] مالا قائما في يـــده

(=) وشرح العناية ٦/١٤٧ وما بعدها .
وذهب الشافعية الى أنه يرث من غيره ولا يورث .
انظر:
المنهاج ومغني المحتاج : ٣/٢٦ - ٢٧ ، نهاية المحتاج : ٦/٢٩
ومذهب المالكية : أن ماله يوقف حتى تمضى مدة التعمير مع الحكم بها من القاضي وهي " ٧٠ ، ٧٥ ، ٨٠ ، ٩٠ سنة ثم يقسم ماله بين ورثته .
أما ميراثه من غيره فان المال يوقف حتى تعلم حياته فيكون المال له أو يمضي تعميره فيكون المال لورثة الميت دون المفقود ودون ورثتـــه .
الكافي : ٢/١٠٤٦ ، أسهل المدارك : ٣/١٣٥ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير : ٤/٤٨٧ ، مختصر خليل : ١٥٨ .

أما الحنابلـــة : فقسموا المفقود الى قسمين :

أ) الغالب في حاله الهلاك كالمفقود بين صفين فينتظر به أربـــع سنوات فان لم يظهر قسم ماله وان مات للمفقود من يرثه قبـــل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه .

ب) من ليس الغالب هلاكه كالمسافر للتجاره ففيه روايتان :

الرواية الأولى : لا يقسم ماله حتى يتيقن موته او يمضى عليه مـــدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهاد الحاكم .

الرواية الثانية : ينتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد في اشهـــر الروايتين .

انظر: المغني : ٦/٣٢١ ، كشاف القناع : ٤/٤٦٥ ، الكافي ٢/٥٦٦

(١) في ص - في .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

أو دينا في ذمته أو حقا لو أقر به المدعى عليه جاز الصلح لأن المدعي صادق في حقه على ما مر[١] وبانكار الآخر[٢][٣] لم يثبت الكذب على المدعي كما لم يجب المال على المنكر بقول المدعي فبقي الصلح في حق المدعي مالا بمال يصح[٤] وان لم يثبت في جانب المنكر .

كما اذا[٥] ادعى حرية عبد في يد رجل (ثم اشتراه منه)[٦]

والشافعي[٧] أثبت صدق[٨] المنكر مطلقا بيده أو ذمته لأنها في يده

---

(١) سبق للمؤلف القول بأن الدعوى خبر مثل الانكار وبقي كل واحد صادقاً في حق نفسه كاذبا في حق الآخر . راجع ص : ٧٨

(٢) في الأصل و ـ أ ـ وانكار والمثبت من ص ليستقيم الكلام .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ المشترى والمثبت من ص لأن الصلح يكون على ثمن شراء أو غيره .

(٤) في ص ـ فصح .

(٥) في ص ـ لو .

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .
والمعنى ان قوله لم يصر حجه على المولى في الاعتاق لكونه محتملا .
انظر :
أصول السرخسي : ٢/ ٢٢١ ، المغنى للخبازى : ٣٥٦ ، كشف الاسرار : ٣/ ٣٨٢ .

(٧) في الاصل و ـ أ ـ الشافعي والمثبت من ص .

(٨) في الأصل و ـ أ ـ حدى والمثبت من ص . .

ولأن[١] الأصل هو (البراءة كما قال في اليد)[٢] ان أصل اليد يد ملك.

والجواب :

ان البراءة ثابتة للذمه لعدم[٣] دليل الوجوب لا بدليل موجب والعدم[٤] لا يكون حجة كالحياة للمفقود ثابتة لعدم دليل الموت لا بدليل موجب للحياة (فلم يكن حجه للارث)[٥] فكذلك الانكار لا يكون حجه لابطال صدق المدعى في حقه وكذلك اليد تبقى[٦] حقا لصاحبها[٧] لعدم[٨] دليل[٩] البطلان لا بقيام دليل[١٠] الحقيقه له[١١][١٢] على ما مر .

---

(١) في ص - لأن .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٣) في الأصل بعدم والمثبت من ص - أ -

(٤) غير واضحه في ص

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) في الأصل و - أ - فبقى والمثبت من ص .

(٧) غير واضحه في ص

(٨) في الأصل بعدم وفي ص غير واضحه والمثبت من - أ -

(٩) غير واضحه في ص

(١٠) غير واضحه في الأصل .

(١١) في الأصل الحصه والمثبت من ص - أ -

(١٢) ساقطه من ص .

(١٧٤ أ) وكذلك على هذا (١) مجهول النسب حر (لا يستحق رقه الا ببينه)(٢) والقول قوله لأن الحرية أصل . (٣)

ولكن اذا قذفه انسان لم يلزمه حد اذا أنكر حريته . (٤)

لأن تلك الحرية (٥) لا توجب للنسل حريه الا اذا بقيت عند الولاده (٦)

والبقاء ثابت لعدم (٧) الدليل المزيل (لا لأن دليل الثبوت) (٨)

يوجب البقاء (٩)

---

(١) أى على هذا الأساس وهو أن قول الغير لا يكون حجة على الآخرين .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) انظر :
المغنى للخبازى : ٣٥٥ ، أصول السرخسي : ٢٢١/٢ .
الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ١١٠/٦ ، البنايه : ٤/٦
تبيين الحقائق : ٢٩٧/٣ .
فالأصل في بنى آدم الحرية الا في أربعه - الشهادة والحدود والقصاص والعقل .
انظر : المبسوط : ١٥٧/١٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٠/٦ ، شرح أدب القاضي : ٣٩/٣ ، تبيين الحقائق : ٢١١/٤ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق : ٢١١/٤ ، البنايه : ٤٩٩/٨ .

(٥) غير واضحه في ص .

(٦) في الأصل و - أ - الولاد والمثبت من ص .

(٧) في الأصل و - أ - بعدم والمثبت من ص .

(٨) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٩) انظر : أصول السرخسي : ٢٢٢/٢ .

وكذلك اذا قطع يده . (١)

لأنه احتمل (٢) انه (٣) لم يبق على ذلك الأصل واحتمل البقاء (فلم يصر حجة على الغير) (٤) بالاحتمال ولم يزل عنه حرية الأصل بالاحتمال فأما الشاهد فيحل له الشهادة بملك باليد (٥) (لأنه لا دليل) (٦) ظاهر (٧) لعلمه فوق ذلك شرعا لأنه وان عاين الشراء فلا يعرف ملك البائع الا بيده (٨) (فأما القاضي فله) (٩) دليل شرعا فوق ذلك من البينه واليمين والنكول

(١) أى وادعى أنه رقيق لم يقطع الا اذا ثبتت حريته .
انظر: البناية : ٤٩٩/٨ ،المغنى للجنازى : ٣٥٥ ،أصول السرخسي : ٢٢١/٢-٢٢٢ .

(٢) في ص احتمال .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ أن والمثبت من ص لمناسبته للمقام .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) اذا رأى الانسان شيئا في يد آخر وسعه أن يشهد له به سوى العبد والأمه الا اذا كان يعرف رقهما وشرط ابو يوسف أن يقع في قلب الشاهد أن المشهود به للمشهود له .
انظر:
الجامع الصغير : ٣١٩ ،مختصر الطحاوى : ٣٤١ ،بدائع الصنائع ٢٦٧/٦ ، الأختيار : ١٤٤/٢ ،الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه ٣٩٣/٧ ، الدرر الحكام : ٣٧٥/٢ .

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٧) في ص للشاهد .

(٨) شرح فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدى جلبي : ٣٩٣/٧ .

(٩) ما بين القوسين غير واضح في ص .

فلا يقضى بـه[١] (ولأن يده حجه له وَعِلْمَ[٢]) الشاهد الذى (يحل بـه الشهادة لا يتعدى هذا القدر والقاضي يقضى به على غيره)[٣] ا . هـ[٤]

---

(١) أى بالشراء .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٤) في ص والله أعلم .

ـ( ) مسألة .

اذا أقام المدعي البينة على[(١)] شيء أنه كان في يده أمس " لم تقبل[(٢)] البينة[(٣)] .

وروى أصحاب (الأملاء عن أبي يوسف)[(٤)] أنها[(٥)] تقبل[(٦)] .

(لأن الثابت بالبينه كالثابت عيانا)[(٧)] ، ولو ثبت له)[(٨)] اليد عيانا

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٢) في ص لا تقبل .

(٣) هذا هو ظاهر الرواية كما قال الصدر الشهيد رحمه الله .
شرح أدب القاضي : ٣/ ٢٢١ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧٤ ، المبسوط ١٧/ ٣٦ ، الهداية وشرح فتح القدير : ٧/ ٤٥٩ ، البناية ٧/ ٢٢٠ ٢٢١ ، مختلف الرواية ١٦٦ أ ، تهذيب أدب القاضي ٢/ ٥٦٤

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٥) في الأصل ـ أنه ـ وهي غير واضحه في ـ أ ـ والمثبت من ص لأن الكلام عن البينه .

(٦) غير واضحه في ـ أ ـ
وراجع المصادر السابقه في التعليق رقم " ٣ " .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ
وقوله " لأن الثابت بالبينه . . . " هذه قاعده مقررة عندهم .
انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٣٠٣ ، المدخل الفقهي العام ٢/ ١٠٥٥ ، معين الحكام للطرابلسي : ١١٨ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٤ نتائج الافكار وشرح العناية : ٨/ ٢٤٨ ، القواعد الفقهية لعميم : ٧٣

(٨) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

لم " تنقض[1] " الا بدليل وكذلك[2] الثابت بالبينه (فوق الثابت بالاقرار)[3]

---

(١) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ ينقص والمثبت من ص .

(٢) في ـ أ ـ فكذلك .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

وانظر: شرح أدب القاضي ٣/٢٢٢ ، فانه عند ما دلل على هذه المسألة التى أوردها المؤلف قال " إن الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالاقرار "

وهذه القاعدة قررها المؤلف بنفسه في مسألة البيوع ص ٢٦٥ حيث قال " الا ترى أن الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار "

وقال محمد عميم " الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم " القواعد الفقهية : ٧٣

وكلام المؤلف هنا الدال على أن الثابت بالبينه فوق الثابت بالاقرار وافقه كلام ابن الهمام حيث قال " قدم الثبوت بالبينه لأنه المذكور في القران ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولأنها حجه متعديه والاقرار قاصر .

شرح فتح القدير : ٥/٢١٨ وانظر البحر الرائق ٥/٦

والذى أراه أنه لا فرق في اللزوم بين ما ثبت بالبينه وبين الثابت بالاقرار في الحقوق الخاصه ببنى آدم . الا أنه لا بد من الحكم من القاضي فيما ثبت بالبينه .

اما الثابت بالبينه أو الاقرار في حقوق الله المحضه التى تسقط بالشبهات كالزنا فانه يصح الرجوع عنها اذا ثبتت بالاقرار ولا يصح في حالة ثبوتها بالبينه . والله تعالى أعلم بالصواب .

(ولو أقر المدعى عليه)[1] أنـــه[2] (كان في يد المدعى أمس)[3] رد[4] عليه حتى يقيم البينة لنفسه)[5]

وكذلك " لو أقام[6] " البينة على اقرار المدعى عليه أنه (كان في يـــــد المدعى)[7]

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ والضمير يعود الى الشيء المدعى به .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٤) غير واضحه في ـ أ ـ ولو قال رده لكان أوضح .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

و انظر :

شرح أدب القاضي : ٣/٢٢٢ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٤ ، المبسوط ١٧/٣٦ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٤٦٠ .. البناية : ٧/٢٢١ .

(٦) في ـ أ ـ وأقام .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

وانظر :

شرح أدب القاضي : ٣/٢٢٣ ، تهذيب أدب القاضي : ٢/٥٦٦ الهداية وشرح فتح القدير : ٧/٤٦٠ - ٤٦١ .

(وكذلك اذا أقام البينة أن المدعى عليه)[١] أخذ[٢] من المدعى أمس أمر بالرد عليه . (٣)

لأن اليد حق مستحق كالملك لا يزال[٤] الا بدليل . (٥)

ولو شهدا[٦] (أنه كان لهذا المدعى)[٧] صحت وقضى به[٨] له (فكذلك اذا)[٩] شهدا[١٠] أنه كان في يده لا فرق بينهما .

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ ولو قال أخذه لاستقام المعنى أكثر منه هنا .

(٣) شرح العناية : ٤٥٩/٧ ، وشرح فتح القدير : ٤٦٠/٧
شرح أدب القاضي : ٢٢٣/٣ ، تهذيب أدب القاضي : ٥٦٦/٢
البنايه : ٢٢٠/٧ .

(٤) في ص ـ تزال .

(٥) البناية : ٢٢٠/٧ ، شرح العناية : ٤٥٩/٧ ، شرح فتح القدير ٤٦٠/٧ .

(٦) غير واضحه في ـ أ ـ وفي ص ـ شهدوا .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٨) ما بين القوسين في ص ـ له به ـ وله ـ غير واضحه في ـ أ ـ

(٩) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(١٠) في ص شهدوا وهي غير واضحه في ـ أ ـ

واحتج في الكتاب[١] (بما ذكرنا أن حكم)[٢] اليد محتمل قد (يكون ملكا فيعاد اليه وقد يكون)[٣] (غصبا أو عاريه أو وديعه فلا يعاد)[٤] والواجب (هو الاعادة في مسألتنا هذه)[٥] .

لأن اليد زائله بيد هذا فلا يجب " الاعادة بالشك " (٦)

ولا تكون (٧) (حجة موجبه) (٨) امرا جديدا) (٩) (كما لا يستحق)[١٠]

(١) يتردد ذكر الكتاب في كتب الحنفيه كثيرا ويفسر أحيانا بالجامع الصغير وأحيانا بالمبسوط لمحمد بن الحسن وأحيانا بمختصر القدورى .
انظر :
البناية : ٢٧٨/٧ و ٢٨٨ نتائج الأفكار : ١٥٣/٨ - ١٥٤ ..
وحمله على المبسوط لعله يكون أولى لأن المؤلف معاصر للقدورى رحمه الله تعالى .
وقوله هذا بداية في الاستدلال لأبى حنيفة ومحمد .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٤) ما بين القوسين في ص ـ وديعه أو عاريه أو غصبا فلا تعاد وكلمة " غصبا او عاريه " غير واضحه في ـ أ ـ

(٥) ما بين القوسين في ص ـ في مسألتنا هذه هو الاعادة "
وانظر :
بدائع الصنائع : ٢٧٤/٦ ، الهداية وشرح العناية : ٤٥٩/٧
شرح فتح القدير : ٤٦٠/٧ ، البناية : ٢٢١/٧ ،

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٧) غير واضحه في ـ أ ـ والمراد هنا اليد .

(٨) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٩) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ وهو مثبت من ص .

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

بها[١] الشفعه على غيره بالشك .

فأما اذا كانت[٢] في يده فلا نزيلـه[٣] بالشك .

بخلاف ما اذا شهدا[٤] أنه كان لـه[٥] (لأن الملك لا يحتمل غير الملـك والحق . ولم يقم دليل)[٦] القطع لأن يد المدعى عليه قد تكون غصبا وقد تكون ملكا فلا نقطـع[٧] ذلك الملك بيده بالشك .

وبخلاف[٨] ما اذا شهدا أنه أخذه منه لأن حكم الأخذ في الشرع واحد وهو الضمـان[٩] حتى يرد فصار كأنهما شهدا بالرد عليه .

---

(١) أى باليد .

(٢) هكذا في النسخ ولو قال ـ كان ـ أى الشيء المدعى به ـ الا اذا أراد الجمع أى الأشياء المدعاه .

(٣) أى ملكه .

(٤) في ص ـ شهدوا وفي ـ أ ـ شهد ـ

(٥) ساقطه من ص وفي ـ أهذا به ـ = بدون اعجام .

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ـ أ ـ

(٧) في ـ أ ـ يقتع .

(٨) في ص بخلاف .

(٩) الضمان لغة : الكفالة والالتزام

انظـر :

المعجم الوسيط : ١ / ٥٤٤ ، المصباح المنير : ٢ / ٣٦٤ ، المغرب ٢ / ١٣ .

واصطلاحـا : رد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيمياً .

التعريفات الفقهية : ٣٥٩ .

وبخلاف ما اذا شهدا باقرار هذا[١] أنه[٢] كان في يده[٣] لأنا نسمع البينة على الاقرار ، والاقرار دليل على اعتراض يد المقر على يده بلا احتمال (وقد احتمل بحق وغير حق[٤] فلا يثبت[٥] حقا بالشك[٦]. فأما فيما نحن فيه فنحتاج[٧] أن نبطل[٨] يدى ذى اليد حكما لكينونته في يد الأول لأن الشهادة نصت[٩] عليها لاغير وحكم تلك الكينونه محتمل فلا يصير[١٠] حجة على هذا بالشك . فحدوث اليد للمقر ثابت باقراره

---

(١) أى المدعى عليه .

(٢) أى المدعى به .

(٣) أى يد المدعي

(٤) في الأصل و ـ أ ـ محق والمثبت من ص .

(٥) في الأصل و ص ـ الحرف الأول مهمل والمثبت من ـ أ ـ

(٦) غير واضحه في ـ أ ـ

وقوله " وقد احتمل " الظاهر لي أن المراد ـ أى احتمل وجوده في يد هذا المقر ان يكون بحق أو بغير حق .

(٧) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ فيحتاج والمثبت من ص .

(٨) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يبطل والمثبت من ص .

(٩) في الأصل و ـ أ ـ نصب والمثبت من ص .

(١٠)

أى فلا يصير كونها في يده حجه .

بلا احتمال ، والكينونه في يد الأول لا تدل على حدوث يد هـــــذا الا باحتمال[1] لأنها ان كانت غصبا أو عاريه فلا يكون يد الثاني حادثـــه وقد احتمل هذا[2] .

---

(١) في ص بالاحتمال .

(٢) في ص ذلك وبعدها والله تعالى أعلم .

ـ((مسألة))ـ

وقريب منها[1] اذا شهدا أنه كان لأبى المدعي والأب ميت لم[2] تقبل عند أبى حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف تقبل . (٣)

لأن الوارث خلفه في ملكه ، كأنه هو ماله من ملك جديد فصار حضرة الوارث كحضرة وكيل الميت وهو حي .

وكما اذا شهدوا أن ذا اليد أقر أنه (٤) كان لأبيه (٥) أو اشترى (من أبيه) (٦)

---

(١) أى من المسألة السابقه

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ

(٣) شرح أدب القاضي ٣/٢٥٧ و ٢٤٧ - ٢٤٨ ، تهذيب أدب القاضي ٢/٥٨٧ ، أدب القاضي بشرح الجصاص : ٢٤٨ ، وقد حصر الجصاص والناصحى الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف .
بدائع الصنائع : ٦/٢٧٤ ، تقويم أصول الفقه للمؤلف : ٨٢٩
المبسوط : ١٧/٤٥ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية ٧/٤٥٧ ، البنايه : ٧/٢١٨ .
والسرخسي والصدر الشهيد ذكرا أن أبا يوسف في قوله الأول كان موافقا للامام ومحمد .

(٤) أى الشىء المدعى به .

(٥) أى لابى المدعي . وانظر المبسوط ١٧/٤٥ .

(٦) ما بين القوسين في ص " منه أبوه "
والمعنى يستقيم على ما في الأصل و ـ أ ـ وعلى ما في ـ ص ـ
فعلى ما في الأصل و ـ أ ـ أن الشهود شهدوا بان أبا المدعى اشترى من أبى المدعى عليه .
وعلى ما في ص ـ أن الشهود شهدوا بأن أبا المدعى اشترى من المدعى عليه مباشرة أو من أبى المدعى عليه . والله أعلم .

ولأن سبب الملك من الأب ثابت للابن وهو البنوة[١] فلم يحتج الا[٢] الى اثبات الملك للتملك[٣] فتصير[٤] الشهاده بالملك للأب وسبب الانتقال ثابت كما لو شهدوا بالملك وسبب الانتقال جميعا وهما غير ثابتين .

ألا ترى أن الرجل اذا اشترى (شيئا من رجل)[٥] وعرفه الحاكم ولكن لم يعرف[٦] [٧] أنه ملك البائع فجاء مستحق واستحقه فأقام المشترى البينة أنه باعه من بائعه كفاه .

وكذلك اذا أقر " ذو اليد[٨] أنه اشتراه من فلان وأنكر ملك البائع فأقام المشترى البينة أنه كان لبائعه كفاه .

الا أنا نقول (٩)

---

(١) في ص الموت .

(٢) كلمة "إلا " مثبته من ص لأن الكلام لا يستقيم الا بها .

(٣) في ص للمملك .

(٤) في الأصل ـ فيصير ـ وفي ص فيصير والمثبت من ـ أ ـ

(٥) في ص من رجل شيئا .

(٦) في الأصل نعرف والمثبت من ص ـ أ ـ

(٧) في ـ أ ـ له .

(٨) في ص ـ المدعي ـ

(٩) هذه بداية من المؤلف في عرض أدلة الامام ومحمد .
وانظر :
المبسوط : ١٧ / ٤٥ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٧٤ ، الهداية وشرح فتح القدير ، وشرح العنايه : ٧ / ٤٥٧ وما بعدها .

الواجب [١] القضاء بالملك للوارث لأن ملك الأب زائل[٢] بيقين[٣] وملك الابن غير مشهود به ولكن يجب القضاء به حكما لملك الأب وحكمه في حق الابن محتمل .

لأن الموت لم يخلق لابجاب الملك بل لابطال (الحياة)[٤] ولكن يصير سببا بموت الانسان عن مال مملوك له .

ولما كان[٥] يصير سببا للملك[٦] والملك حال الموت [٧] يحتمل البقاء والزوال فلا يصير حجة للابن لثبوت الملك له بالاحتمال كحكم اليد سواء (١٧٤ ب) والاب لو كان هو الخصم احتجنا الى ابقاء ملكه فلا نقطعه بالاحتمال فيبقى (٨) .

وقوله . (٩)

---

(١) ـ إلخ

(٢) في ص زائد وهو خطأ .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ بتعين والمثبت من ص .

(٤) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ اذ لا يستقيم المعنى الا به .

(٥) أى الموت .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ بالملك والمثبت من ص ـ لأنه أراد التعليل هنا .

(٧) في ص محتمل . . . الخ .

(٨) في ـ أ ـ فبقى .

(٩) أى ابو يوسف .

ان الوارث بمنزلته[1] فلا بل هو مالك جديد لم يكن[2] الملك ذلك الملك حكما لم[3] يتجدد واذا كان جديدا صفة المالكيه للابن فيه لم يثبت بالاحتمال[4] .

بخلاف مسألة المشترى[5] لأن الشراء سبب الملك شرعا ولكن ربما لا يعمل لعدم ملك البائع فاذا أقام المشترى البينة أنه كان لبائعه واحتمل ذلك البقاء الى حين البيع لم يثبت العدم المانع بالشك فبقى عاملا فهذه (شبهة المسألة) (٦)

وليس هذا (٧) كما اذا أقام (٨) البينه أنه (٩) أقرأنه (١٠) كان لأبيه لأنا نجعل يده (١١) حادثه بنص اقراره لا بحكم أنه كان لأبيه على ما مر في المسألة الأولى (١٢) فلا نجعله حقا مع قيام الاحتمال .

---

(١) في ص - منزلته .

(٢) ساقط من ص

(٣) في ص - بل وهو خطأ .

(٤) في ص فهذه شبهة المسألة .

(٥) راجع ص ١٥٣ ، عندما قال الا ترى ان الرجل اذا اشترى . . . الخ

(٦) ساقطه من ص .

(٧) أى الحكم في المسألة التى هو بصدد الحديث عنها . .

(٨) أى الأبن .

(٩) أى المدعى عليه .

(١٠) أى الشيء المدعى به .

(١١) أى المدعى عليه .

(١٢) لعل المؤلف يقصد ما مر في المسألة الأولى ص ١٤٦ عندما قال " وكذلك لو أقام البينة على اقرار المدعي عليه أنه كان في يد المدعي " فالاعتبار هنا للبينه على الاقرار وليس لكونه كان في يد المدعى والله تعالى أعلم .

وكذلك اذا أقام البينه أنه[1] باع من أبيه أو بائعه[2] فقد أقام البينة على اقراره بالملك له .

ولا يلزم اذا شهدوا أنه كان لأبيه عند الموت لأنه سبب موجب للانتقال اليه الا بمانع ، وكذلك[3] كان في يد ابيه عند الموت . (٤)

لأن اثبات اليد عند " الموت" (٥) سبب نقل الملك " فصارت"[6] شهادة[7] بيد الملك كأنهما نصا على الملك .

كما اذا شهدا على رجل انه اشترى من فلان هذا الشيء وكان في يدي[8] البائع فهذه المسألة[9] أدق من الأولى . (١٠)

لأن الشهادة حصلت بالملك هاهنا وقد تم ملك الميت فيبقى على الوارث كذلك حكما ولا ينقطع على ما عرف ويصير حضرة الوارث كحضرة وكيل الميت فلا نحتاج (١١) الى ابقاء الملك المشهود به على هذه الجملة .

---

(١) أى المدعى عليه .

(٢) أى الذى باع من ابيه .

(٣) الذى يظهر لي ان الكلام ناقص ولا يستقيم الا بتقدير " ان شهدوا أنه . . . "

(٤) شرح أدب القاضي : ٣/٢٤٨ - ٢٦٠ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٤ تهذيب أدب القاضي : ٢/٥٩٢ .

(٥) ما بين القوسين مثبت من ص ليستقيم الكلام .

(٦) ما بين القوسين مثبت من ص ليستقيم الكلام .

(٧) في ص الشهاده .

(٨) في ص يد .

(٩) أى مسألة ما اذا شهدوا أنه كان في يد أبيه عند الموت .

(١٠) أى مسألة ما اذا شهدوا أنه كان لأبى المدعى .

(١١) في الأصل اهمل الحرف الأول وفي ـ أ ـ بالياء والمثبت من ص .

والشيء اذا ثبت لم ينقطع بالاحتمال ودام بدليل استصحاب[1] الحال بالاجماع[2] . وانما خالفنا الشافعي في جعله حجة على أمر جديد[3] .

---

(١) في ص - الاستصحاب - وكلمة الحال - ساقطه منها .
والاستصحاب لغة : طلب الصحبه وكل شيء لازم شيئا فقد استصحبه . قال ابن فارس وغيره استصحبت الكتاب وغيره حملته صحبتي .
المصباح المنير : ١/٣٣٣ ، لسان العرب : ١/٥٢٠ ، القاموس المحيط : ١/٩٥ ، المعجم الوسيط : ١/٥٠٧ ، وسمي الاستصحاب بذلك لأن المستدل يجعل الحكم الثابت سابقا مصاحبا للحال .
واصطلاحا : عرف بتعاريف كثيره منها : هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتا في الزمان الأول "
كشف الأسرار للبخاري : ٣/٣٧٧ ، وراجع في تعريفه وكونه حجه المصادر التاليه ، ميزان الأصول : ٦٥٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٨٣ ، تيسير التحرير : ٤/١٧٧ ، شرح القواعد الفقهية ٤٦ ، تخريج الفروع للزنجاني : ١٧٢ ، التمهيد للأسنوي ٤٨٩ المحصول : ٢/٣/١٤٨ ، شرح تنقيح الفصول : ٤٤٧ ، احكام الفصول للباجي : ٦٩٤ ، مفتاح الوصول للتلمساني : ١٢٦ ، اعلام الموقعين : ١/٣٣٩ ، التمهيد للكلوذاني : ٤/٢٥١ ، أصول مذهب الامام أحمد : ٣/٣٧٤ ، ارشاد الفحول : ٢٣٧
الرأي وأثره في مدرسة المدينة ٤٨٩ وما بعدها أدلة التشريع المختلف فيها للربيعه ٢٧٥ وما بعدها . الاجتهاد فيما لا نص فيه ٧٩/٢
أثر الاختلاف في القواعد الأصوليه : ٥٤٢ وما بعدها .
اثر الادله المختلف فيها في الفقه الاسلامي : ١٨٨ .

(٢) انظر المحصول : ٢/٣/١٦٤ .

(٣) أي في جعله حجة في النفي والاثبات وليس للدفع فقط كما هو الحال عند بعض علماء الحنفية ومنهم المؤلف .

وفي المسألة الأولى (١) اليد المشهود بها زائله والحاجه واقعه الى الاعاده فلا يعاد بالاحتمال والشك .

فهذا وجه الفرق لأبي يوسف على رواية الأصل .

والجواب أن الوارث يتجدد له اضافة الملك اليه فانه بعد الموت يصير مالكا ومن حيث أنه مالك جديد مالك آخر غير الأول وبمنزلة ما لو اشتراه فبالاحتمال لا يمكننا اثبات المالكية له .

فهما (٢) ماوالى تجدد ماليكة (٣) الوارث وهو (٤) مال الى بقاء قديم ملك الميت حكماً .

---

(١) انظر : ١٥٢

رأس المسألة عند قوله " وقريب منها . . . الخ " .

(٢) أى الامام أبى حنيفة ، ومحمد .

(٣) في ص مالك .

(٤) أى أبو يوسف .

-((مسألة))-

اذا تنازع اثنان في حائط (١) بين ملكيهما ولأحدهما عليه جذوع[٢] فهو أولى[٣] خلافا للشافعي[٤].

لأن الحائط بنى[٥] للتسقيف والحمل فصار[٦] الحمل استعمال مثله فكان

---

(١) الحائط : الجدار لأنه يحوط ما فيه ويطلق على البستان .
لسان العرب : ٢٧٩/٧ ، المغرب : ٢٣٤/١ ،المعجم الوسيط ٢٠٨/١ .

(٢) الجذع : ساق النخلة ونحوها .
المعجم الوسيط : ١١٣/١ ،لسان العرب : ٤٥/٨ ،المصباح المنير : ٩٤/١ .

(٣) مختصر الطحاوى : ٣٥٤ ، جامع الفصولين : ٢٧٧/٢ ، الدرر الحكام : ٣٥٠/٢ ، بدائع الصنائع : ٢٥٧/٦ ،المبسوط ٨٧/١٧ الجامع الصغير : ٣١٤ ، تحفة الفقهاء : ١٩٠/٣ ،معين الحكام ١٦٢- ١٦٣ .
وبقولهم قال المالكية - ولهم في الحلف روايتان تبعا لاختلافهم في العاده هل هى كالشاهد أو كالشاهدين .
الفواكه الدواني : ٣١٩/٢ ، القوانين الفقهية : ٢٩١ ،الفروق ١٠٣/٤ ، ايضاح المسالك الى قواعد مالك : ٣٩٢ ،

(٤) مذهب الشافعية أن يجعل بينهما ولا يرجح بالجذوع .
جواهر العقود : ٥٠١/٢ ،أدب القضاء : ٦٠٥ ،٣٤٤/٢ ، المهذب : ٣١٧/٢ ، مغنى المحتاج : ١٩٢/٢ ،نهاية المحتاج ٤١٧/٤ ، قليوبي وعميره وشرح المحلى : ٣١٨/٢ ، روضة الطالبين : ٢٢٦/٤ ، مختصر المزني : ١٠٦ ،رحمة الامة : ٤١٤ التنبيه : ٢٦٢ ، وعدم الترجيح بالجذوع قال به الحنابله على الصحيح من المذهب .
الانصاف : ٣٧٤/١١ - ٣٧٥ ، المغنى : ٥٦٢/٤ ، المحرر في الفقه : ٣٤٤/١ . (٥) في ص يبنى . (٦) في ص فكان .

أقوى من (جواب الاتصال) (١)

كرجلين تنازعا في ثـوب (٢) أحدهما لابس والآخر متعلق بـه . (٣)

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .
وانظر :
بدائع الصنائع : ٦ / ٢٥٧ ، الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية ٨ / ٢٨٤ ، النافع الكبير شرح الجامع الصغير : ٣١٤ ، الدرر الحكام ٢ / ٣٥٠ .

(٢) ساقطه من ص .

(٣) ساقطه من ص .
وانظر :
الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨ / ٢٨١ .
البنايه للعيني : ٧ / ٥٠٧ ، مجمع الأنهر : ٢ / ٢٨١ ، الجامع الكبير : ١١٥ ، الكتاب مع شرحه اللباب : ٤ / ٤٤ ، جامع الفصولين ٢ / ٢٧٧ .

-((مسألة))-

وأما اذا كان وجه الجدار أو القمط (١) في الخص (٢) الى أحدهما لم يصر به (٣) أولى عند أبى حنيفة وعندهما يصير أولى (٤) لأن الظاهر (٥) يشهد له (٦) لأن أحداً (٧) لا يزين (٨) الوجه لجاره دون نفسه (٩) وقد

---

(١) القُمُطُ : هى الشُّرُط وهو ما يعمل من ليف وخوص ، وقيل الخُشُب التى تكون على ظاهر الخص أو باطنه يشد اليها حرادى القصب أو رؤسه .
المصباح المنير : ٢/٥١٦ ، المغرب : ٢/١٩٥ ، لسان العرب ٧/٣٨٥ .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ الجص والصواب ما أثبته لما سيأتي في حديث حذيفة بن اليمان ـ رضي الله عنه ـ والخص ـ البيت من القصب والجمع أخصاص .
انظر: المصباح المنير : ١/١٧١ ، لسان العرب : ٧/٣٨٦ ، المعجم الوسيط : ١/٢٣٨ .

(٣) أى بالجدار .

(٤) المبسوط : ١٧/٩٠ ، مختصر الطحاوى : ٣٥٥ ، بدائع الصنائع ٦/٢٥٨ ، تحفة الفقهاء : ٣/١٩١ ، الفتاوى الهندية : ٤/٩٩ روضة القضاة : ٤/١٤٦٠ ، مختلف الرواية : ١٦٥ ب ، جامع الفصولين : ٢/٢٧٩ .

(٥) غير واضحه في ص .

(٦) انظر مختلف الرواية ١٦٥ ب

(٧) في ص أحد .

(٨) في الاصل سركب والمثبت من ص ـ أ ـ

(٩) في ص ـ أ ـ ولأنه انما يفعله من له ملك الأصل ليقوم عليه فيشده أو ينقشه .

وقعت حادثة[1] الخص[2] في زمن النبي عليه السلام فقضى حذيفة بن اليمان . [3]

لمن له (القمط واجازه)[4] رسول الله . [5]

---

(١) في ص الحادثه في

(٢) في الأصل و ـ أ ـ الجص وهو خطأ .

(٣) هو حذيفة بن حسل بن جابر العبسي واليمان لقب حسل من الولاة الشجعان الفاتحين ، كان صاحب سر النبي صلى الله عليه وسلم في المنافقين ولاه عمر المدائن هاجم نهاوند سنة ٢٢هـ فصالحه صاحبها على مال كل سنه وغزا الدينور وماه سندان ثم غزا همدان والرى ، استقدمه عمر الى المدينة ثم اعاده الى المدائن فتوفى فيها سنة ٣٦ هـ .

الأعلام : ٢ / ١٧١ ، الاصابه : ١ / ٣١٧ ، تهذيب التهذيب : ٢ / ٢١٩ .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) حديث حذيفة رضي الله عنه رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي ولفظه عند ابن ماجه عن دهثم بن قران عن نعمان بن حارثه عن ابيه أن قوما اختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم في خص كان بينهم فبعث حذيفه يقضى بينهم فقضى للذين تليهم القمط فلما رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أخبره فقال " أصبت أو أحسنت "

سنن ابن ماجه : ٢ / ٤٤ ، سنن الدارقطني : ٤ / ٢٢٩ ، السنن الكبرى : ٦ / ٦٧ ، كنز العمال : ٥ / ٨٤١ .

والحديث فيه دهثم بن قران متروك .

تهذيب التهذيب : ٣ / ١٣ ، تقريب التهذيب : ٢٠١ ، ميزان الاعتدال : ٢ / ٢٨ - ٢٩ ، .

ونعمان بن حارثه أو جاريه مجهول .

تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ ، تقريب التهذيب : ٥٦٦ ، ميزان الاعتدال : ٤ / ٢٧٣ ،

وراجع التعليق المغنى : ٤ / ٢٢٩ ، العلل المتناهية لابن الجوزى ٢ / ٢٧٣ .

وأبو حنيفة يقول نفس القمط والوجه متنازع فيه وما ذكره من (الاستعمال يد ماضيه[1]) فلا تكون حجه وما تنوزع[2] فيه لا يصير ترجيحا وفي حديث حذيفة أن القمط لم[4] يتنازع فيه . اهـ .

... ***** ...

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يتورع وهو خطأ والمثبت من ص .

(٣) في ـ أ ـ ولا يصير .

(٤) في ـ أ ـ لمن وهو خطأ .

-((مسألة))-

الزوجان اذا اختلفا في متاع البيت وهما " حيان[1] " حران أو أحدهما مملوك " أو[2] " مكاتب أو مأذون أو أحدهما ميت من هذه الجمله وقد مرت في كتاب[3] النكاح . (٤)

---

(١) المثبت من ص ـ أ ـ

(٢) المثبت من ص .

(٣) المثبت من ص .

(٤) كتاب النكاح من الأسرار : ٢/ ٧٩١ ، تحقيق د / نايف العمرى .
وقد ذهب ابو حنيفة ومحمد وأبو يوسف وزفر في قول له الى أن المتاع الذى يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة .
انظر: الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٢٣٥- ٢٣٧ مختصر الطحاوى : ٢٢٨ - ٢٢٩ ، البحر الرائق : ٧/ ٢٢٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٢ ، بدائع الصنائع : ٢/ ٣٠٨ ، روضة القضاة ٢/ ١٠٦٨ - ١٠٦٩ .
وقولهم هذا هو المذهب عند الحنابلة وبه قال المالكية أيضا .
الانصاف : ١١/ ٣٧٨ ، المغنى : ٩/ ٣٢٠ ، الكافي : ٤/ ٥٠٥ المحرر : ٢/ ٢٢٠ ، القوانين الفقهية : ١٨٥ ، أسهل المدارك ٣/ ٢٣٢ ، الخرشي : ٣/ ٣٠٠ - ٣٠١ ، الاشراف لعبد الوهاب ٢/ ٣٠٠
أما المتاع الذى يصلح لأن يكون لكل واحد منهما وهو المشكل .
١- فقال أبو حنيفة هو للرجل مع يمينه في حال حياتهما وان مات أحدهما فهو للباقي منهما .
٢- وقال محمد هو للرجل في الحالتين .
٣- وقال أبو يوسف : يدفع للمرأة منه ما يجهز به مثلها في الحالين والباقي للزوج .
٤- وقال زفر هو بينهما نصفان .
تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٢ ، بدائع الصنائع : ٢/ ٣٠٩ ، ---

. . . . . .

(=) البحر الرائق : ٢٢٦/٧ ، مختصر الطحاوى : ٢٢٨ - ٢٢٩ ، روضة القضاة ١٠٦٩/٣ ، المبسوط : ٢١٣/٥ - ٢١٤ ، اللباب في شرح الكتاب : ٥١/٤ ، الأسرار للمؤلف : ٧٩٨/٢ .

وقال الحنابله في المذهب : ما يصلح أن يكون لهما فهو بينهما

وقال القاضي ان كان تحت ايديهما فهو بينهما وان كان في يد واحد منهما فهو له .

الكافي : ٥٠٥/٤ ، الانصاف : ٣٧٨/١١ - ٣٧٩ ، المغنى ٣٢٠/٩ ، المحرر : ٢٢٠/٢ .

وقال المالكية : هو للزوج مع يمينه وقيل يحلفان ويقتسمان

القوانين الفقهية : ١٨٥ ، الخرشي : ٣٠١/٣ ، اسهل المدارك ٢٣٢/٣ .

أما الشافعية فذهبوا الى عدم التفريق بين متاع ومتاع فقالوا يقسم الكل بينهما مع اليمين .

الأم : ٩٥/٥ ، المهذب : ٣١٨/٢ ، رحمة الأمة : ٤١٧ ، قواعد الأحكام : ٤٧/٢ ، مختصر المزني : ٣١٨ ، المسائل الفقهية لابن كثير : ٢٠٤ ، جواهر العقود : ٥٠٣/٢ - ٥٠٤ .

وبقولهم هذا قال زفر والطحاوى .

مختصر الطحاوى : ٢٢٩ ، المبسوط : ٢١٤/٥ .

وفي المسألة أقوال أخرى

راجع الاشراف : ٨٩/٤ ، البحر الرائق : ٢٢٦/٧ ، الحجه على أهل المدينة : ٤٠/٤ ، وما بعدها ، المغنى ٣٢٠/٩ ، ===

. . . . . .

(=) روضة القضاة : ٣/١٠٦٨ - ١٠٦٩ ، المبسوط: ٥/٢١٤ ،المحلى ١٠/٣١٢ وما بعدها . سنن سعيد بن منصور : ١/٣٤٨ .. أما اذا كان أحدُهما مملوكا فالمتاع للحر منهما عند أبى حنيفة وقال صاحباه العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر واحترزا بالمأذون عن المحجور فانه ـ أى المحجور ـ لا شيء له مع الحر .

انظر: الاسرار للمؤلف : ٢/٨٠٠ ،بدائع الصنائع : ٢/٣٠٩ تبيين الحقائق : ٤/٣١٣ ،البحر الرائق : ٧/٢٢٦ ،روضة القضاة : ٣/١٠٦٩ ، مختصر الطحاوى : ٢٢٩ ،الهداية ونتائج الأفكار وشرح العنايه : ٨/٢٣٧ - ٢٣٨ ، وفي هذه الحاله ـ أى ما اذا كان أحدهما مملوكا ـ ومات أحدهما فالمتاع للحي

انظر: البحر الرائق : ٧/٢٢٦ ،وتبيين الحقائق : ٤/٣١٣ والمؤلف رحمه الله نقل في كتاب النكاح : ٢/٧٩٢ أن مذهب أبى يوسف " تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للزوج " وقد يفهم من قوله هذا ان أبا يوسف يقول بهذا في كل المتاع المختلف فيه ولكن المروى عن ابى يوسف كما نقله المؤلف انما هو في المشكل الذى يصلح أن يكون لهما وقد نبه خواهرزاده في نتائج الأفكار والزيلعي الى هذا فليتأمل وقد سبق توضيح القول في المسألة . والله أعلم.

فصل :

ـ((في بيان شرط البينات))[1]ـ

فقد[2] ذكرنا أركانها وانواعها في كتاب الشهادات . (٣)

مسألة : قال علماؤنا لا تسمع[4] البينة على الغائب[5] ولا يقضي على غائب وحضرته أو حضرة نائب عنه شرط لسماع[6] البينة والقضاء[7] جميعا . (٨)

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ .

(٢) في ص وقد .

(٣) الذى يفهم من كلام المؤلف هنا أن المقصود بالبينة الشهادة ولم يتعرض لذكر اركانها تفصيلا وانما ذكر انواعها ص٤٤٤ـ وأركان الشهادة شاهد، ومشهود به ،ومشهود عليه، ومشهود له ،وصيغه .

(٤) في ص ـ لا ينال وهو خطأ .

(٥) في ص ـ البائع وهو خطأ .

(٦) في ـ أ ـ استماع وغير واضحه في ص .

(٧) في ص وللقضاء .

(٨) المبسوط : ١٧ / ٣٩ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٢٢ ، تبيين الحقائق ٤ / ١٩١ ، البحر الرائق : ٧ / ١٧ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه ٧ / ٣٠٨ ، جامع الفصولين : ١ / ٥٣ ،الدرر الحكام ٢ / ٤١٠ ، معين الحكام : ٥٩ لسان الحكام : ٢٢٨
ومذهب الحنفيه هذا رواية عند الحنابله وبه قال ابن الماجشون وابن القاسم من المالكيه ، والشافعي في القديم .
المغنى : ٩ / ١٠٩ ، المسائل الفقهية لأبى يعلى : ٣ / ٨٥ ،الفروع ٦ / ٤٨٥ ، الانصاف : ١١ / ٢٩٨ ،الكافي : ٤ / ٤٦٦ ، القوانين الفقهية : ٢٥٦ ، الفواكه الدواني : ٢ / ٣٠٢ ،بداية المجتهد ٢ / ٥٠٥ ،روضة الطالبين : ١١ / ١٧٥ ،أدب القضاء لابن أبى الدم ٢٨٠ ، ١ / ٥٦٥ .

وقال الشافعي ليس بشرط . (١)

(ﻫ) والذى يفهم من كلام بعض علماء الحنفية أن القضاء على الغائب يجوز في حالات الضرورة قال ابن قاضي سماوه" أقول قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا اشكال فالظاهر عندى أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا وافسادا . . . "

جامع الفصولين : ١/ ٥٩ - ٦٠ ، البحر الرائق : ٧/ ١٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤١٤ ، نظرية الدعوى : ٢/ ١٠٢ .

وقد أجاز الحنفيه القضاء على الغائب في صور منها المشترى بخيار أراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشترى من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قيل ينصب نظرا الى المشترى وقيل لا .

وانظر المزيد من هذه الصورى .

البحر الرائق : ٧/ ٢٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٤١١- ٤١٢ ، الفتاوى الهنديه : ٣/ ٤٣٣ وانظر أدب القاضي للماوردى ٢/ ٣١٤ - ٣١٥ ، أدب القضاء لابن ابى الدم : ٢٨٠ ١/ ٥٦٥ نظرية الدعوى : ٢/ ١٠٣ .

(١) أى حضوره أو حضرة نائب عنه - والمؤلف هنا أطلق في مذهب الشافعي وقد سبق ان ذكرت أن الشافعي في قوله القديم وافق الحنفيه فيما ذهبوا اليه .

أدب القاضي للماوردى : ٢/ ٣٠٤ ، روضة الطالبين : ١١/ ١٧٥ المهذب : ٢/ ٣٠٤ ، مغنى المحتاج : ٤/ ٤٠٦ ، الوجيز ٢/ ٢٤٣ تخريج الفروع على الأصول : ٣٧٤ .

وبهذا قال المالكية والحنابله في المذهب الا أن ابن عبد البر ذكر أنه لا يقضى عليه في العقار الا أن تطول غيبته . الكافي : ٢/ ٩٣١

الا أن الخصم اذا كان في المصر[1] استحضر احتياطا ونظرا[2] لهما جميعا ولأنه ربما يقر فيقصر المسافة على القاضي وكذلك اذا حضر معه الخصم[3] فالسماع والقضاء صحيح قبل سؤاله[4] لكن القاضي يؤمر بالسؤال فربما

(=) تبصرة الحكام : ١/ ٨٦ و ١٣٤ ،فتح العلي المالك : ٢/ ٣٠٠
بداية المجتهد : ٢/ ٥٠٥ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير : ٤/ ١٦٢ ، أسهل المدارك : ٣/ ٢١٠ ،القوانين الفقهية : ٢٥٦
المغني : ٩/ ١٠٩ ،الانصاف : ١١/ ٢٩٨ ،الفروع : ٦/ ٤٨٤
كشاف القناع : ٦/ ٣٥٤ ، المقنع : ٣/ ٦٢٩.

وهذه الأقوال في القضاء على الغائب مجملة وللعلماء رحمهم الله تعالى تفصيل في الحكم على الغائب لا يتسع المقام لذكرها .
انظر : نظرية الدعوى : ٢/ ٩٦ وما بعدها .
وقد قدم في الموضوع رسالة علمية في جامعة أم القرى أعدها الطالب عبد الله بن صلح الثمالي .

(١) المصر واحد الأمصار والمصر الكورة-أي البقعة التي يجتمع فيها قرى ومحال- والجمع امصار .
لسان العرب : ٥/ ١٧٦ ، المعجم الوسيط : ٢/ ٨٧٣ و ٨٠٤

(٢) هكذا في النسخ والصواب ونظر لأن المقصود القاضي .

(٣) في ص خصم .

(٤) أي المدعى عليه .
ولم أجد حسب اطلاعي من ذكر هذا من الشافعية وانما يذكرون بأن المدعى اذا ادعى دعوى صحيحه فان القاضي يطالب خصمه بالجواب كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى .
انظر: المهذب : ٢/ ٣٠١ ،المنهاج ومغني المحتاج : ٤/ ٤٠١
التنبيه : ٢٥٤
===

يقـــر[١] فيقصـــر[٢] المسافة[٣] ولأن النظر فيه أتم لهما جميعا .

احتج[٤] بقول النبي عليه السلام " البينة على المدعى . . ."[٥] لـــــم[٦] يشرط[٧] حضرة الآخر .

(=) كما أن الشيرازى في موضع آخر ذكر ما يدل على عدم سماعهـــا مع حضور الخصم في مجلس القاضي فقال " وان ادعى على حاضـــر في البلد يمكن احضاره ففيه وجهان :

أحدهما أنه تسمع الدعوى . . .

والثاني : أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لأنـــه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلـــس الحكم" المهذب : ٢ / ٣٠٤ .

(١) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ يقصر والمثبت من ص ـ لمناسبتها لما قبلهـــا في نظم الكلام .

(٣) في ص زيادة غير واضحه جيدا والظاهر لى أنها " على القاضـــي "

(٤) في ص واحتج .

(٥) في ص اكمل الحديث " واليمين على من أنكر" والحديث سبق تخريجه ص ٥٥ ولم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الشافعية مـــن يستدل به وانما يذكره الحنفيه دليلا للشافعية .

انظـــر :

المبسوط : ١٧ / ٣٦ ، شرح فتح القدير : ٧ / ٣٠٨ ، البنايـــة ٧ / ٦٢ .

(٦) في ـ أ ـ ولم وفي ص الظاهر أنها كذلك فالواو واضحه وكلمة ـ لم ـ غير واضحة .

(٧) في ص يشترط .

وكتب رسول الله الى اليهود بخيبر في قتيل [(١)] قتل[(٢)] اما أن يدوا[(٣)] أو يأذنوا[(٤)] بحرب من الله ورسوله (٥) ولم يحضر رسول الله الا أوليـــاء

---

(١) في ص وجد في قليب خيبر وفي ـ أ ـ اثبتها الناسخ بيـــن السطرين دون اشارة الى موضعها في السطر .

(٢) ساقطة من ص .

(٣) في ص تدوا وفي ـ أ ـ يؤذوا وهو خطأ .

(٤) في ص تأذنوا .

(٥) الحديث رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك عن سهل بن أبى حثمه في قصة قتل عبد الله بن سهل والمؤلف اقتصر على لفظ الشاهد منه .

صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ١٣/ ١٨٤ ، ٦/ ٢٧٥ ١٢/ ٢٢٩ ، صحيح مسلم بشرح النووى : ١١/ ١٤٣ ، وما بعدها سنن ابى داود : ١٢/ ٢٤٥ ، سنن النسائي : ٨/ ٦ ، سنن ابن ماجه : ٢/ ١١٠ ، موطأ مالك : ٤٩١ .

ولفظ " من الله ورسوله " لم أطلع على من رواها فكتب السنة التي اطلعت عليها لم تذكرها والله تعالى أعلم .

وقد ذكر الاستدلال بهذا الحديث ابن حزم في المحلى ٩/ ٣٦٩ وأورد أدلة أخرى لمن قال بالقضاء على الغائب .

وانظر المزيد من أدلة الشافعية ومن وافقهم في نظرية الدعوى ٢/ ١١٥ وما بعدها .

ويشكل على الاستدلال بحديث سهل هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب اليهم فردوا بالانكار لقتله .

انظر :

صحيح البخارى مع الفتح : ١٣/ ١٨٤ ، صحيح مسلم بشرح النووى ١١/ ١٥١ - ١٥٢ .

الا أن بعض الروايات يرد فيها إلا الحكم على اليهود دون سماع الجواب منهم ولعل المؤلف أخذ بهذا .

انظر : صحيح مسلم : ١١/ ١٤٣ وما بعدها .

القتيل فكان قضاء على غائب . (١)

والمعنى فيه

أن الدعوى صحيحه من المدعي بدليل أن الغائب يستحضر بها فوجب أن يثبت له حق (تصحيحها بالبينة)(٢) قياسا على ما اذا حضر الآخر وأنكر اذ الشرط ثبوت العلم بالبينة للقاضي والانكار لا يزيد علما بثبوت الحق ان لم ينقص . (٣)

ويدل عليه المرأة اذا ادعت نفقة على زوج غائب وأقامت البينة (١٧٥ أ)على النكاح قضى لها بالنفقة . (٤)

ولعلمائنا ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال لعلى لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الثاني وفي بعض الروايات فانك اذا سمعت كلامه علمت كيف تقضي بينهما(٥) " قال علي فمازلت كنت قاضيا بعده

---

(١) في ـ أ ـ الغائب .

(٢) ما بين القوسين في ص تصحيح هذه البينه " وهو خطأ .

(٣) انظر ما يقرب من هذا الدليل . أدب القاضي للماوردي : ٢/ ٣١٦ الاصطلام : ٢/ ل ٢١٥ أ .

(٤) انظر : أدب القضاء لابن أبي الدم ٥٨٦ ٢/ ٣١٢ ، الإشراف لعبد الوهاب ٢/ ٩٨٣

(٥) الحديث رواه ابو داود ، والترمذي ، والنسائي في خصائص على رضى الله عنه ، وأحمد ، والحاكم ، والبيهقي ، وابن أبي شيبه ، وابن سعد ، ووكيع بن الجراح في أخبار القضاة ولفظه عند أبي داود عن على قال :" بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يارسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال " إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فانه أحرى أن يتبين لك القضاء " ===

أى عالما بوجوهه . (١)

فالنهـى (٢) حجـه لأنـه للتحريـم (٣) والتعليل حجه (٤) لأنه أخبـر أن

(=) قال فما زلت قاضيا أو ماشككت في قضاء بعد "
٤٩٨/٩ ، سنن الترمذى : ٦٠٩/٣ - ٦١٠ ، النسائي في خصائص على تحقيق أحمد البلوشي ٥٧ - ٥٨ ، مسند أحمد ٢١٣/١٥ ، الحاكم في المستدرك : ٩٣/٤ ، السنن الكبرى ٨٦/١٠ ، ١٣٧ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ابن ابى شيبة : ٢٩١/٧ ، ١٧٦/١٠ ، أخبار القضاة : ٨٦/١ ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٣٣٧/٢ .
والحديث حسنه الترمذى .
وقال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال الذهبي في تلخيص المستدرك صحيح .
وقال ابن حجر في فتح البارى ١٧١/١٣ ، وهو حديث حسن .
وصححه الألباني في ارواء الغليل : ٢٢٦/٨ .
وانظر نصب الراية : ٦٠/٤ - ٦١ ، الدراية : ١٦٥/٢ .
وقد استدل به الحنفية كما ذكر المؤلف واستدل به أيضا غيرهم ممن قال بعدم القضاء على الغائب .
انظر: بدائع الصنائع : ٢٢٢/٦ ، المبسوط : ٣٩/١٧ ، الدرر الحكام : ٤١٠/٢ ، روضة القضاة : ١٩٠/١ ، الغره المنيفة ١٨٩ البحر الرائق : ١٧/٧ . المسائل الفقهية لابى يعلى : ٨٦/٣ الكافي لابن قدامه : ٤٦٦/٤ .

(١) في ص - بعده .

(٢) النهى خلاف الأمر نهاه ينهاه نهيا فانتهى وتناهى كفّ .
لسان العرب : ٣٤٣/١٥ .
وفي الاصطلاح : هو الدعاء الى الامتناع عن الفعل على طريق الاستعلاء قولا . ميزان الاصول : ٢٢٣ ، وانظر: كشف الأسرار : ٢٥٦/١ .

(٣) ميزان الاصول : ٢٣٥ ، كشف الاسرار : ٢٥٦/١ .

(٤) مراده بالتعليل قوله عليه الصلاة والسلام لعلى " فانك " أى اذا سمعت
= = =

العلم يقع به والقضاء قبل العلم باطل .

فان قيل[١] تمام الحديث اذا جلس اليك الخصمان فلا تقض "

قلنا[٢] يجوز أن يكونا خبرين (٣) فيعمل بهما بالمرسل[٤] والمعلق بشرط فالمذهب عندنا أنه لا يحمل أحدهما على الآخر . (٥)

(=) كلام الخصمين اتضح لك طريق القضاء فالعلم لا يقع الا بعد السماع منهما وادلاء كل واحد برأيه .

(١) المؤلف هنا يورد اعتراضا محتملا وهو أن الحديث في أكثر رواياته انما نص على أن القاضي في حالة حضور الخصمين معا لا يحكم الا بعد سماع أقوالهما ولم يتعرض لحالة غياب المدعى عليه التى قال الشافعية ومن وافقهم بالحكم فيها على الغائب .

(٢) في ص قد .

(٣) تتبعت روايات الحديث فوجدت أكثرها تنص على عدم الحكم بينهما في حالة حضورهما معا أمام القاضي الا بعد السماع من كل واحد منهما .
والذى يشهد للحنفيه على مذهبهم احدى روايات البيهقي ونصها " اذا أتاك أحد الخصمين . . . " السنن الكبرى : ١٠/ ١٤٠ .
فهى رواية مطلقة ولم تقيد .

(٤) الارسال في اللغة : ضد التقييد يقال أرسل الشيء أطلقه وأهمله

انظر :
لسان العرب : ١١/ ٢٨٥ ، المغرب : ١/ ٣٢٩ .

(٥) كلمة الآخر غير واضحه في ـ أ ـ والذى يظهر لى من كلام المؤلف رحمه الله هنا أنه يريد المطلق والمقيد وأنه لا يحمل أحدهما على الآخر وسيأتي بيان مذهب المؤلف رحمه الله في هذه المسألة عند ذكره لهما صريحا في باب الشهادات ان شاء الله تعالى وذلك ص ٤٧٧

ولأنهما لو جلسا اليه ثم غاب" المدعى عليه[1]" قبل الجواب فالمسألة على الاختلاف والنصان يتناولانه .

" الا أنا نقول)[2] من شرط صحة البينه وجود الدعوى والانكار وقد عدم الانكار[3] فلا يصح كما لو عدم مجلس القضاء .

والدليل على أن الانكار شرط أن النبي عليه السلام شرعها[4] حجه لاثبات حقه على المدعى عليه وانما يحتاج الى الاثبات عليه(٥) عند الانكار .

(=) ويمكن الاستدلال للحنفيه بالحديث الصحيح الذى رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما اسمع منه . . . "
صحيح البخارى مع الفتح : ٥/٢٨٨ ، صحيح مسلم بشرح النووى ١٢/٤ .
فهذا الحديث واضح الدلالة في أن القضاء ينبغي القاضي على مايسمعه من الخصمين وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ليتمكن من سماع أقوالهما فيحكم بناء عليها .
انظر: بداية المجتهد : ٢/٥٠٥ ، نظرية الدعوى : ٢/١٠٦

(١) ما بين القوسين في ص المنكر .

(٢) ما بين القوسين في ص والمعنى أن "

(٣) انظر:
المبسوط: ١٧/٤٠ ، البحر الرائق : ٧/١٧ ، الأختيار : ٢/٨٧
البنايه : ٧/٦١ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية ٧/٣٠٨
مختلف الرواية ق ١٦٢ أ ، تبيين الحقائق : ٤/١٩١ .

(٤) أى البينه .

(٥) أى على المدعى عليه .

فان قيل إنما يحتاج الى الاثبات عند عدم سبب الثبوت[1] لا عند الانكار

قلنا : نعم عدم سبب الثبوت له ، شرط لصحة البينه والعدم بلا انكار محتمل فانه يجوز ان يكون عند ذى اليد ملك المدعي ويجوز أن يكون ملك ذى اليد فاحتيج الى انكار هو نص غير محتمل .

وهذا كرجل يقول لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى[2] اليوم ولا يدرى[3] (أدخل أم لا)[4] والعبد يدعى أنه لم يدخل لم يعتق[5] وان كان الأصل هو العدم . [6]

لأنه[7] جعل شرط العتق فما لم يثبت بدليله لم يعتق، فكذا في مسألتنا هذه[8] وان كان الأصل عدم الاقرار .

---

(١) الذى يظهر لي أن المراد بسبب الثبوت الاقرار . والله تعالى أعلم.

(٢) في ص ومضى .

(٣) في ص فلا يدرى .

(٤) ما بين القوسين مثبت من ص ليستقيم الكلام .

(٥) المبسوط : ١٧/ ٤٠ ، بدائع الصنائع : ٤/ ٧٤ ، شرح فتح القدير ٧/ ٣٠٩ ، أصول السرخسي : ٢/ ٢٢٢ ، كشف الاسرار : ٣/ ٣٧٩ المغنى للخبازى : ٣٥٥ .

(٦) أى عدم الدخول .

(٧) أى الدخول .

(٨) أى أن عدم الاقرار شرطاً لسماع البينه ففى حالة عدم ثبوت الانكار لا يصح الحكم وان هو الأصل كحال العتق المعلق على شرط دخول الدار اذا عدم ثبوته لا يتحقق العتق وان كان الأصل عدم الدخول . والله تعالى أعلم .

اذ اليد في الأصل يد ملك. فلا يكون ذلك[1] دليلا متى جعل شرطا لغيره[2].

لما عرف ان استصحاب الأصل يكون حجه دافعه لا موجبه[3] لأن بقاءه[4]

على الاحتمال للحال والمحتمل لا يكون حجة فلا يزول به أمر قد ثبت

ولا يثبت به أمر لم يكن فلا يقع[5] به عتق لم يكن ولا يصير به البينه حجه

---

(١) أى الأصل والمراد به الاقرار

(٢) أى لاقامة البينة .

(٣) قال ابن نجيم رحمه الله فى الأشباه والنظائر عند كلامه عن الاستصحاب وهل هو حجه .

" واختار الفحول الثلاثة : أبو زيد ، وشمس الأئمة ، وفخر الاسلام أنه حجه للدفع لا للإستحقاق وهو المشهور عند الفقهاء " .

٨٣ ، وانظر: كشف الأسرار : ٣٧٨/٣ ، جامع الفصولين ٢٧٨/٢

شرح القواعد الفقهيه : ٤٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٠/٦

، ميزان الأصول : ٦٥٩ .

قال الزرقاء في شرح القواعد الفقهية " وانما كان الاستصحاب غير حجه في الاستحقاق لأنه من قبيل الظاهر ومجرد الظاهر لا ينهض حجة في الزام الغير ولما كان الاستحقاق على الغير الزاما لم يكتف فيه بالظاهر قال الامام الكرخي في اصوله " الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق "

انظر:

شرح القواعد : ٤٧ ، أصول الكرخي : ١١٠ ، ميزان الأصول : ٦٦٠

(٤) غير واضحة في ـ أ ـ

(٥) في الأصل و ـ أ ـ يعتق وهو خطأ والمثبت من ص .

بعد ما لم تكن حجه قبله فهذا[1] سر المسألة فان استصحاب الحال عنده[2] حجة موجبه ودافعه . [3]

على ما بينا في أصول الفقه[4] وكثير من المسائل من الصلح على الانكار ونحوها[5] . [6]

وهذا كرجل طلب الشفعه بشقص[7] في يده وأنكر المشترى لم يستحق الابينه يقيمها [8] عندنا . [9]

---

(١) في ص ـ هذا .

(٢) أى عند الشافعي .

(٣) قال الزنجاني : " الاستدلال بعدم الدليل على نفى الحكم أو بقاء ما هو ثابت بالدليل وهو الملقب بالاستصحاب حجه على الخصم عند أصحاب الشافعي رضى الله عنه " .
تخريج الفروع على الأصول : ١٧٢ ، التمهيد للأسنوى : ٤٨٩ .

(٤) اشار المؤلف الى هذا المعنى في تقويم أصول الفقه ٨٢٨

(٥) في ص ونحوه .
وقد تقدم الكلام على مسألة الصلح على الانكار ص١٠٩

(٦) في ص ـ أ ـ وأصله المفقود لا يزال عنه ملكه باحتمال الموت ولا يصير ميراث أبيه ملكا له باحتمال الحياة وان كان الأصل هو الحياة ـ وكلمة الحياه في ـ أ ـ حياة .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ لشقص والمثبت من ص لأنه لا يطلب الشفعه للشقص وانما يطلبها بسببه .

(٨) في ـ أ ـ يقمها .

(٩) راجع ص ١٣٢ " فصل اليد " .

فان قيل الخلاف ثابت فيما اذا حضر وأنكر ثم غاب[1] قلنا لأن الشرط بقاء الانكار عند البينه وبقاؤه محتمل للحال لجواز أنه أقر بعده[2] وكذلك لو[3] سمعت البينة عليه ثم غاب لم يقض . (٤)

لأن قيام الانكار شرط الى حين القضاء لأن البينة انما تصير حجة بالقضاء[5]

فان قيل لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت سمعت عليه البينه رواية في الجامع[6]

قلنا لأن القاضي يجعل سكوته انكاراً[7] لما ثبت له من الولاية عليه على

---

(١) انظر: الهداية وشرح العناية : ٣٠٩/٧ ، شرح فتح القدير ٣١٠/٧ ، البنايه : ٦١/٧ - ٦٢ .
ومذهب أبي حنيفه والحالة هذه عدم القضاء عليه لأن الشرط قيام الانكار وقت القضاء وقال أبو يوسف يحكم بها لأن انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالاقرار .
ومذهب محمد أنه يقضى عليه بالاقرار دون البينه ، وذكر ابن الهمام قولا لابي حنيفة يوافق قول محمد وقال انه في نوادر ابن سماعه .
انظر: شرح فتح القدير : ٣١٠/٧ ، المبسوط : ٤٠/١٧ .

(٢) شرح فتح القدير : ٣١٠/٧ .

(٣) في ص اذا .

(٤) شرح العناية : ٣٠٩/٧ .

(٥) شرح العناية : ٣٠٩/٧ ، البناية : ٦١/٧ ، بدائع الصنائع ٢٧٤/٦ .

(٦) لم أجد هذا في الجامع الكبير والصغير .
وانظر:
شرح العناية : ٣٠٨/٧ ، البناية : ٦١/٧ ، شرح أدب القاضي ٢٦٧/٢ ، ٢٦٨ .

(٧) انظر: شرح العناية : ٣٠٨/٧ ، البناية : ٦١/٧ .

ما بينا في مسألة النكول أنه يجعل سكوته عن اليمين اقـــرار أو[1] بذلا (٢) للحق (٣)

وأما مسألة نفقة المرأة[4] فقد نص في الأصل أن البينة على اثبات النكـاح لا تسمع وأضاف[5] الى أبى يوسف ومحمد وكأنه لم يحفظ رواية عـــــــن أبى حنيفة وانما يقضى لها بالنفقة اذا علم بنكاحها . (٦)

كما يقضى لدابة[7] الغائب لما له من ولاية النظر في مال الغائب وحياة كل حي بالنفقه فيكون الانفاق على الحيوانات المملوكه نظراً له .

ولأن للمـــرأة أن تأخـذ النفقـه مـن جنـس حقها بغير أمر القاضي[8]

---

(١) في ص - و -

(٢) في الأصل و - أ - بدلا بالمهمله والمثبت من ص .

(٣) راجع ص : ١٠١ ، ١٠٧

(٤) راجع ص ١٧٢

(٥) أى القول بأن البينه على النكاح لا تسمع الى . . . الخ .

(٦) لم أجد هذا في الأصل .
وانظر :
المسألة في المصادر التالية :
شرح أدب القاضي : ٤/٢٠٥ ، وما بعدها ، روضة القضاة ٣/١٠٤٥
أدب القاضي بشرح الجصاص : ٤٤١ ، تحفة الفقهاء : ١/١٦١-١٦٢
الأختيار : ٤/٧ ، لسان الحكام : ٣٣٩ ، بدائع الصنائع : ٤/٢٦
الهداية وشرح فتح القدير : ٧/٣٤٦ ، المبسوط : ٥/١٩٦ - ١٩٧
لكنه يحلفها أنها لم تعط نفقه ويأخذ كفيلا بعد تحليفها .
وراجع ايضا آثار عقد الزواج في الشريعة : ١٨٦ وما بعدها .

(٧) في الأصل لدابه - بدون اعجام - وفي - أ - لذاته والمثبت من ص

(٨) انظر : المسألة في المصادر التالية :
شرح أدب القاضي : ٤/٢٦٣ و ٣٣٩ ، لسان الحكام : ٣٣٩
الاختيار : ٤/٧ ، بدائع الصنائع : ٤/٢٧ ، حاشية ابن عابديـــــن
= = =

كصاحب الدين (١)

فلا يكون القضاء بالنفقة قضاء على الغائب بل يكون ايفاء عنه وللقاضي ولاية الايفاء بجنس الحق ، وهذا لأن للملك ثمرة ومؤنه ثم الحكم في ثمرات

(=) ٣/٦٠٤ ، الهداية وشرح العنايه : ٤/٤٠١ ، المبسوط ١١/٣٩ اللباب في شرح الكتاب : ٣/٩٦ . تهذيب الفروق : ٤/١٢٥ أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد : ٤/١٦٤ ، شرح النووى على مسلم : ١٢/٧ - ٨ ، حاشية قليوبي : ٤/٣٣٥ معالم السنن : ٣/١٦٧ .
المغنى : ٩/٣٢٧ ، غاية المنتهى : ٣/٤٤٠ ، القواعد لابن رجب ١٧ و ٣٢ .
الا أن مذهب الحنفيه كما ذكره المؤلف وغيره من علماء الحنفيه فيه النص على جواز الأخذ بشرط أن يكون من جنس حقها .

(١) ذهب الحنفية الى أن من كان له دين على آخر فمنعه إياه فله أخذ مقدار حقه من مال غريمه بشرط ان يكون من جنس حقه
انظر :
البحر الرائق : ٧/١٩٢ ، مختصر الطحاوى : ٣٥٨ ، النتف : ٢/٧٣٨ ، البناية : ٨/٢٦٣ - ٢٦٤ ، اعلاء السنن : ١٥/٤٧٠
ولبقية المذاهب تفصيلات وآراء في هذه القضية .
انظر تفصيل ذلك في المصادر التالية :
النووى على مسلم : ١٢/٧ - ٨ ، فتح البارى : ٩/٥٠٩ ، مختصر قواعد العلائي : ١/٣٦٤ ، الاشباه والنظائر للسيوطي : ٢٨١ رحمة الأمة : ٤١٨ ، الوجيز : ٢/٢٦٠ ، مغنى المحتاج ٤/٤٦١ تهذيب الفروق : ٤/١٢٣ و ١٢٥ ، أقضية الرسول لابن الطلاع ٣٣٩ ، المغنى : ٩/٣٢٥ ، الكافي : ٤/٥١٠ ، الأفصاح ٢/٣٦٩ ، نظرية الدعوى ١/١٣٣ وما بعدها .

الملك حكم بقاء الأصل لا حكم ملك جديد حتى يثبت للمعقود فكذا حكم مؤن الملك يكون[1] حكم بقاء دين كان عليه لأنهما[2] حكما الملك والملك باق بلا دليل فيبقى[3] لحكمه[4] وكذلك الرجل يقول للقاضي بعت من فلان هذا العبد (بالف غاب)[5] قبل نقد الثمن فانه لا يجيبه[6] الا بأن يقيم البينه فاذا أقام سمعها وباع العبد بالثمن وليس هذا بسماع على الغائب بل على نفسه .

وبيانه أن هذا الرجل يدعى على القاضي حقا يلزمه بحكم النظر للغائب من قضاء دينه بهذا المال المحبوس عنده بالدين ،فان المال في يده والقول قوله فيما يخبر عنه مالم يكذبه غيره ، ولم نجد مكذبا الا القاضي ، وانما يصح منه التكذيب بقدر ما يلزمه من البيع بالثمن فاذا كذبه احتاج المدعى الى اثباته عليه بالبينه ولا يثبت على الغائب شيء .

---

(١) ساقطه من ص .

(٢) في ـ أ ـ الا أنهما .

(٣) غير واضحه في ص .

(٤) في ص ـ بحكمه .

(٥) في الأصل ـ بالدفعات وفي ـ أ ـ بالفغاب ـ والمثبت من ص لمناسبته لسياق الكلام ونظمه .

(٦) في ص يجيب وفي ـ أ ـ يجب .

حتى اذا حضر وقد انتقص الثمن الثاني عن الأول لم يلزم الغائب منه شيء حتى يعيد البينه ثانيا وكان بمنزلة ما لو قال : هذا العبد وديعة عندى لفلان الغائب فاقض له بالنفقة فان القاضي لا يجيبه الا بالبينة .

وحتى اذا أجاب[1] بغير بينه صح لأن الحق يلزمه فله أن (١٧٥ ب) يصدقه ويلتزمه[2] .

ولا يلزم اذا أقام البينة على رجل أن العبد الذى في يدك لى اشتريته من فلان الغائب وأقام البينه فان الشراء ثبت[3] على فلان لأن الشراء سبب حقه[4] وكما صار ذو اليد (خصما في أصل الملك)[5] ثبت[6] خصما في السبب تبعا فصار بمنزلة وكيله شرعا .

وأما سماع البينه على الغائب للكتاب اليه فيجرى عندنا مجرى الشهادة على الشهادة[7] وليس من شرط صحة الاشهاد على الشهادة (انكسار

---

(١) في ـ أ ـ أجاز .

(٢) غير واضحة في ص

(٣) في ص يثبت .

(٤) انظر : ما يقرب من هذه المسألة .

(٥) شرح العناية وشرح فتح القدير : ٧/ ٣١٠ - ٣١١ .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) في ـ أ ـ يثبت .

(٧) صرح بعض الفقهاء كالزنجاني وغيره بالاجماع على جواز سماع البينه لكن الخلاف وقع في معنى سماعها .
قال الماوردى " فهو عند الشافعي ومن يرى القضاء على الغائب سماع حكم وعند ابى حنيفة ومن لا يرى القضاء على الغائب سماع فحمل كالشهادة على الشهادة "

= = =

الخصم) (١)

فأما(٢) الجواب عن الحديث(٣) فان النبي عليه السلام أخبر أن الاستحقاق لا يكون بالدعوى(٤) وانما يكون بالبينة أو اليمين .

والخلاف وقع في شروطهما(٥) . ألا ترى أنه لم يذكر شرط القضاء ، وحديثنا(٦) ورد لبيان الشرط. على أن شروط(٧) المنازعه مذكوره(٨) دلالة ان لم تذكر(٩) لأن المدعى لا يعطى بالدعوى حتى يقيم البينه اذا نازعه الآخر ،فأما قبل المنازعه فلا بينة عليه بل على الآخر الجواب (فان الأصل في هذا الباب)(١٠) حالة (١١) حضرتهما جميعا .

الا ترى أنه جعل الفصل بالبينه واليمين جميعا ولا يمين حال الغيبه .

(=) وذكر هذا المعنى السرخسي رحمه الله في المبسوط .
أدب القاضي للماوردى : ٢/ ٣٠٥ ، تخريج الفروع للزنجاني : ٣٧٤
مغنى المحتاج : ٤/ ٤٠٦ ،جواهر العقود : ٢/ ٥٠٠ ،رحمة الأمة ٤١٣. المبسوط: ١٧/ ٤٠ ، روضة القضاه : ١/ ٣٣١.
الافصاح : ٢/ ٣٥١ ، المغنى : ٩/ ١٠٩.
حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني : ٢/ ٣١٤ ،الفواكه الدواني : ٢/ ٣٠٢ ، الا أن النفراوى قال انه مذهب ابن القاسم نظرية الدعوى : ٢/ ١٠١

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .
(٢) غير واضحه في ص
(٣) المراد حديث " البينه على المدعى . . . الخ .
وانظر: شرح العناية: ٧/ ٣٠٩ ، البناية : ٧/ ٦٢
(٤) غير واضحه في ص .
(٥) في ـ أ ـ شروطها .
(٦) مراده الحديث الذى استدلوا به وهو حديث علي رضي الله عنه .
(٧) في ص ـ شرط .
(٨) في ص مذكور
(٩) في الاصل اهمل الحرف الاول وفي ص بالياء والمثبت من ـ أ ـ لمناسبته للمقام اذ المقام مقام جمع لا مفرد .
(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص ولعل كلمة فيانه صوابها « فيانه »
(١١) في ص حال .

وأما الجواب عن المعنى[١]

ففيه أن الدعوى صحيحه وهى مسلمه وهى شرط ولكن الانكار معه شرط وقد اقتضا[٢] " عليه الدلالة[٣] " وأنت لم تبطل دلالتنا. دل عليه ما قلنا ,ان البينة شرعت حجه مستحقه على الخصم[٤] لا على القاضي ولا في حق الله فلابد من عدم الثبوت على الخصم ليتصور الاثبات ، ولا يكون كذلك الا عند[٥] عدم الاقرار حال القضاء ولا عدم يتحقق[٦] الا بقيام الانكار حال القضاء فثبت أن لا دليل على زوال أصل ثابت لا يصلح حجه لاثبات أمر لم يكن الا ضرورة لأن الله تعالى ما جعل في الدين من حرج ، ولا ضرورة في البناء على الانكار الذى هو دليل المنازعه نصا الا اذا حضر فسكت .

---

(١) انظر: ص ١٧٢ عند ما قال " والمعنى فيه أن الدعوى صحيحه ..."

(٢) في ص اقمت .

(٣) في ص الدلالة عليه .

(٤) في ص خصم .

(٥) ساقطه من ص

(٦) في ص تحقق .

فصـــل :

فـــي حكـــم البينـــات

ومسائل الخلاف فيها تقع في باب المعارضات .

مسألة : رجلان أقاما البينة على عين في يدي[1] ثالث وكل واحد يدعي أنـــه له .

قال علماؤنا : يقضى به بينهما نصفان . وقال الشافعي كذلك في قـــول[2] وفي قـول تبطـل البينتان جميعـا (٣) وفـــــي قـــــول

---

(١) في ـ أ ـ يد .

(٢) شرح أدب القاضي : ٣/٢٢٦ ، المبسوط : ١٧/٤١ ، بدائـــع الصنائع : ٦/٢٣٦ ، تبيين الحقائق : ٤/٣١٥ ، البحـــر الرائق ٧/٢٣٤ ، مجمع الأنهر : ٢/٢٧٢ ، الأم : ٦/٢٤٥ المهذب : ٢/٣١٢ ، الوجيز : ٢/٢٦٧ ، مغنى المحتـــاج ٤/٤٨٠ ، أدب القضاء لابن ابى الدم : ٣٢٦ ١/٦١٥ ، نهاية المحتاج : ٨/٣٦٠ ، جواهر العقود : ٢/٥٠٢ ، روضـــة الطالبين : ١٢/٥١ ، شرح السنة : ١٠/١٠٨ .
وقول الحنفيه والشافعية هذا رواية للحنابلـــة .
المغنى ٩/٢٨٨ ، الكافي : ٤/٤٩٢ ، الافصاح : ٢/٣٦٧ القواعد لابن رجب : ٣٦٣ ، المحرر : ٢/٢٢٨ .

(٣) صرح الشيرازى في المهذب بأن هذا القول هو الصحيح وقال النووى وهو الأظهر .
المهذب : ٢/٣١٢ ، روضة الطالبين : ١٢/٥١ ، أدب القضاء ٣٢٦ ، ٢/٦١٥ .
وفي هذه الحالة يصار الى التحليف فيحلف لكل واحد منهما يمينـا لأنه صاحب اليد والقول قوله .
نهاية المحتاج ٨/٣٦١ ، روضة الطالبين : ١٢/٥١ ، أدب القضاء ٣٢٧ - ٣٢٨ ، ١/٦١٧ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٨٠ . ===

يقـرع (١) القاضي بينهما . (٢)

(=) وقول الشافعيه هذا رواية عند الحنابلة .

المغنى ٢٨٧/٩ ، الكافي : ٤٩٢/٤ .

وفي هذه الحالة قال ابن قدامه في كتابيه السابقين يقرع بينهمـا على اليمين .

أما صاحب المحرر وابن رجب فوافقا الشافعية بأنه في حالة التساقط يصيران كمن لا بينة له .

المحرر : ٢٢٨/٢ ، القواعد لابن رجب : ٣٦٣

(١) القرعه لغة : السهمه ، والمقارعه المساهمه وقد اقرع القوم وتقارعوا وقارع بينهم وأقرع أعلى وأقرعت بين الشركاء في شيء يقتسمونه .

انظـر :

لسان العرب : ٢٦٦/٨ ، وانظر : المعجم الوسيط : ٧٢٨/٢

واصطلاحـا : استهام يتعين به نصيب الشخص .

موسوعه فقه النخعي ٧٩٠/٢ ، وراجع التعريفات الفقهية : ٤٢٧

(٢) انظـر : مصادر الشافعية السابقة في التعليق " ٢ " في الصفحة

وهذا القول أيضا رواية للحنابلة .

وهل يحلف في هذه الحالـه

للشافعية قولان وقال الحنابلة لا يحلف

انظر :

الأم : ٢٤٥/٦ ، روضة الطالبين : ٥١/١٢ ، أدب القضاء ٣٢٦ - ٣٢٧ ، ٦١٦/١ ، شرح السنة : ١٠٨/١٠ ، التنبيه : ٢٦٣ ، الكافي لابن قدامه ٤٩٢/٤ ، المغني : ٢٨٨/٩ ===

. . . . . .

(=) الا أن صاحب المحرر قال وعنه تستعملان بأن يقرع بينهما فمن قرع حلف وأخذ العين : ٢/٢٢٨ ، وبقوله هذا يتفق الحنابله مع الشافعية في أحد الأقوال عندهم .

وفي المسألة قول رابع عند الشافعيه وهو رواية عند الحنابلة وهو أن العين المدعاه توقف حتى يتبين الأمر فيها او يصطلحا على شيء.

أما المالكية فمذهبهم في المسألة أنه يقضى بأعدلهما مع يمين من شهدت له الزائدة في العدالة لأن مزيد العدالة بمنزلة الشاهد ، فان استويا حلفا وقسم بينهما

الفواكه الدواني : ٢/٣٠٩ ، المدونه : ٥/١٨٧ ، أسهل المدارك : ٣/٢٢٨ ، تبصرة الحكام : ١/٣٠٨ ، القوانين الفقهية : ٢٦١.

وجه التهاتر[1] أن بين البينتين تـرادا[2] لا محاله لانا نعلم يقينا أن الكل لا يكون لهذا ثم لهذا في ساعه واحده ولا يعلم المحق منهما فيتوقف كما اذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته يوم النحر بالكوفة وآخـران شهدا أنه اعتق عبده يومئذ بمكة فان البينتين تتهاتران[3] وكذلك الآيتـان[4] اذا كان بينهما تناسخ[5] ولا يعلم الناسخ منهما يتوقف فيهما لان المنسوخ ليس بحجه يقينا .

---

(١) الهتر - بكسر الهاء السقط من الكلام والخطأ منه قيل تهاتر الرجلان اذا ادعى كل واحد على الآخر باطلا ثم قيل تهاترت البينات اذا تساقطت وبطلت "
المصباح المنير : ٢/٦٣٣ ، لسان العرب : ٥/٢٤٩ ، القاموس المحيط : ٢/١٦٣ ، المغرب : ٢/٣٧٧ .

(٢) في الأصل تراد والمثبت من ص - أ - لانه اسم أن مؤخـر .

(٣) في الأصل اهمل الحرف الأول وفي - أ - يتها تران والمثبـت من ص .

(٤) في الاصل و - أ - الاثنان والمثبت من ص .

(٥) النسخ لغة : النقل والازالة .
انظـر :
لسان العرب : ٣/٦١ ، المصباح المنير : ٢/٦٠٢ - ٦٠٣ .
واصطلاحـا : رفع حكم شرعي بدليل شرعي متراخٍ .

شرح الكوكب المنير ٣/٥٢٦ . وانظر : مذكرة اصول الفقه ٦٦ ، شـرح التلويـح على التوضيح ٢/٣١ .

والناسخ له عدة اطلاقات منها الدليل الذى يعرف به النسخ

وأما المنسوخ فهو اسم للحكم الأول الذى انتهى بالثانى . ميزان الاصول ٧١٧ .

وأما قول القرعه ـ فيقول المستحق احدهما لا محالة في الحقيقة وعجزنا عن التعيين فنعين[١] بالقرعه[٢] كما قال فيمن اعتق أحد عبديه ثم مات أنه يعين بالقرعه[٣] والمسألة مرت في كتاب العتاق . (٤)

قال الشافعي ولا يلزم[٥] اذا كان أحدهما ذا اليد لأني اجعل[٦] بينة ذى اليد أولى[٧] فلا يقع التعارض[٨] كالآية وخبر الواحد[٩] اذا كان

---

(١) في ص ـ أ ـ فتعين .

(٢) انظر: المهذب ٢/٣١٢ .

(٣) نص الامام الشافعي في الأم فقال " فلا تكون القرعة ـ والله أعلم ـ الا بين قوم مستوين في الحجه " الأم : ٨/٣ ، روضة الطالبين ١٢/١٦٣ ، فتاوى وسائل ابن الصلاح ٢/٧٤٥ .

(٤) الأسرار للمؤلف ٢/ل ٦٠ ب مسألة اذا اعتق ستة اعبد له في مرضه . . . الخ .

(٥) أى ولا يلزم من قولى في هذه المسألة وبين قولي في مسألة الخارج وذا اليد التعارض اذ أن مذهب الشافعية كما سيأتي يقدم بينة صاحب اليد لترجحها على بينة الآخر .
انظر: المهذب ٢/٣١٢ وانظر ص : ٢٤٢

(٦) غير واضح في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٧) في ص ـ أولا .

(٨) في ص ـ التعارف وهو خطأ .

(٩) خبر الواحد اختلف في تعريفه قال الآمدى والأقرب في ذلك أن يقال خبر الآحاد ما كان من الأخبار غير منته الى حد التواتر .
انظر
الاحكام في اصول الأحكام : ١/٢٣٣ ـ ٢٣٤ ، المغنى للخبازى ١٩٤ .

بينهما تناسخ سقط الخبر لأن الآية فوقه[١] وانما يتهاتران عطا بهما اذا كانا سواء .

ولعلمائنا[٢] أن الدعويان[٣] صحيحتان لأن كل واحد ادعى امرا محتملا

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ فوقها وهو خطأ والمثبت من ص .
وجمهور الأصوليين على أن القرآن والسنه المتواتره لا يُنسخ بخبر الآحاد .
أصول السرخسي : ٢/ ٧٧ ، المغنى للخبازى : ٢٥٧ .
منتهى الوصول لابن الحاجب : ١٦٠ ، شرح تنقيح الفصول : ٣١١
أحكام الفصول للباجي : ٤٢٦ ، الاحكام في أصول الأحكام للآمدى ٢/ ٢٦٧ ، المحصول : ١/ ٣/ ٤٩٨ ، الوصول الى الاصول ٢/ ٤٧ ٤٩ ، المعتمد : ١/ ٣٩٨ ، التمهيد للكلوذاني : ٢/ ٣٨٢
مذكرة أصول الفقه لمحمد الأمين : ٨٥ - ٨٦ ، إرشاد الفحول : ١٩٠ .
خالف في هذا أهل الظاهر والباجى من المالكية فقالوا : يجوز نسخ القرآن والسنه المتواتره بخبر الآحاد .
الاحكام في أصول الأحكام لابن حزم : ٤/ ٥١٨ ، شرح تنقيح الفصول : ٣١١ ، إحكام الفصول للباجي : ٤٢٦ وما بعدها .
ورجح الشيخ محمد الأمين رحمه الله القول بالجواز فقال " التحقيق الذى لا شك فيه هو جواز وقوع نسخ المتواتر بالآحاد الصحيحة الثابت تأخرها عنه والدليل الوقوع "
وضرب لذلك أمثلة منها نسخ إباحة الحمر الأهلية بالسنه الصحيحه .
انظر : مذكرة أصول الفقه : ٨٦ .

(٢) في ص ولنا .
وانظر : المزيد من أدلة الحنفيه في المصادر التالية :
شرح أدب القاضي ٣/ ٢٢٦ ، المبسوط : ١٧/ ٤١ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٦ ، البنايه : ٧/ ٤٧٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٦ الهداية ونتائج الأفكار وشرح العنايه : ٨/ ٢٤٥ .

(٣) هكذا في الأصل وهو خطأ لأنه اسم ان وفي ـ أ ـ الدعوتين وهو
= = =

فانه جائز أن يكون الملك له دون صاحبه كما ادعاه وكذلك البينتان : لأن كل بينة لو انفردت كانت صحيحه فلو بطلتا لبطلتا بالمعارضة[1] ولا معارضه في نفس الشهادة لأن كل واحدة توجب حق القضاء بكل الملك في ذلك الشيء لصاحبها .

وهذا الوجوب حكم شهادتهما والحكم الواحد يجوز أن يضاف الى علتين مختلفتين وعلل[2] وجوبا واستحقاقا . (٣)

كرجل مات وترك الف درهم وعليه لعشره دين الف درهم فكل[4] واحد

(=) خطأ لأنه تثنية دعوه وهى للطعام وفي ص الدعويين والصواب الدعويين لأنه اسم إن وهو مثنى دعوى .

(١) في ص للمعارض .

(٢) ساقطه من ص .

(٣) الحكم هنا هو تنصيف الشيء المدعى به بينهما . والعلتان اللتان اضيف اليهما وجوب الحكم صحة الدعوى وصحة الشهادة .
وقد جوز الحنفيه تعليل الحكم الواحد بعلتين .
كشف الاسرار : ٤/٤٥ ، تيسير التحرير : ٤/٢٣ . فواتح الرحموت ٢/٨٩
وللعلماء تفصيل في المسألة ينظر تفصيله في المصادر التالية :
احكام الفصول للباجي : ٦٣٤ ، منتهى الوصول لابن الحاجب : ١٧٥
شرح تنقيح الفصول : ٤٠٤ ، نشر البنود : ٢/١٤٥ .
البرهان : ٢/٨١٩ ، المحصول : ٢/٢/٣٦٧ ، التمهيد للأسنوى : ٤٨١ ، الوصول الى الأصول : ٢/٢٦٢ ، المستصفى : ٤٧٠
مختصر من قواعد العلائي : ١/٨٤ ، روضة الناظر مع شرحها نزهة الخاطر العاطر : ٢/٣٣٧ ، مذكرة اصول الفقه للشنقيطي : ٢٨١
المسوده : ٣٧١ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٠/١٦٧ . ارشاد الفحول : ٢٠٩ ، مباحث العله في القياس : ٢٨٣ .

(٤) في ـ أ ـ وكل .

يستحق الكل . (١)

واذا (٢) أوصى بعبد لرجل ثم لآخر ثم لآخر استحق كل واحد منهم الكل (٣) وكذلك (٤) شقص مبيع (٥) وله شفعاء استحق كل واحد منهم كل المبيع (٦) واذا صحت الشهادتان والقضاء بهما ممكن وجب القضاء . والدليل على أن القضاء ممكن أنه ليس أحدهما بأولى (٧) من الآخر فيقضى

---

(١) هذه العباره غير مستقيمة مع ما قرره بعدها من قوله " كألف من التركه وعليه الوف " وصحتها ان يقال " كرجل مات وترك ألف درهم وعليه لعشرة دين لكل واحد ألف درهم "

(٢) في الأصل و ـ أ ـ اذا والمثبت من ص لأن الواو عاطفه على ما سبق .

(٣) انظر : المبسوط : ١٧/ ٤٢ ، البنايه : ١٠/ ٤٣٦ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٦ ، القوانين الفقهية : ٣٤٩ ، الغاية القصوى ٢/ ٧٠٣ ، التمهيد للأسنوى : ٥٠٦ ، المغنى ٦/ ٦٤ .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ لأن الكلام لا يستقيم الا بها .

(٥) في ص بيع .

(٦) تزاحم الشفعاء واجتماعهم اختلف حكمه عند الأئمة .
فمذهب الحنفيه والشافعيه في قول والحنابله في رواية أن الشقص يقسم على عدد الرؤس ومذهب المالكية والحنابله والأظهر عند الشافعية أنه على قدر الحصص وبه قال بعض الفقهاء .
المبسوط : ١٤/ ٩٧ ، البنايه : ٨/ ٤٧٥ ، الأختيار : ٢/ ٤٤ مختصر الطحاوى : ١٢١ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٦٠ .
القوانين الفقهية : ٢٤٧ ، الفواكه الدواني : ٢/ ٢١٥ ، الرسالة لابن زيد : ٢٢٨ ، مغنى المحتاج : ٢/ ٣٠٥ ، تخريج الفروع للزنجاني : ٢٣٨ ، الاشراف : ١/ ٥١ ، جواهر العقود : ١/ ٢٣٣ المغنى : ٥/ ٣٦٣ ، الكافي : ٢/ ٤٢٣ ، الانصاف : ٦/ ٢٧٦ مصنف عبد الرزاق : ٨/ ٨٥ ، مصنف ابن ابى شيبة : ٧/ ١١٦ - ١١٧

(٧) في ـ أ ـ أولى .

بينهمـا لأن الشيء مما يحتمل الاشتراك كالشقص المبيع والعبـد الموصى به وألف من التركه وعليه الوف . (١)

ولأن ملك اليمين يقبل الشركه بين ملاك، ويطل استعمال القرعه[٢] كما في هذه المسائل .

وهذا[٣] بخلاف مسألة شهود مكة والكوفه[٤] "لأن الجمع بين الحكمين هنـاك ممكن[٥] فالعتق والطلاق[٦] يجتمعان في ساعة واحدة وانما لم يقـض لتهمة الكذب على المشهود عليه وبيان ذلك ، أن المشهود عليه لا يتصور في مكانين في ساعة " واحدة[٧] " ولا بمكة والكوفة على العادات الغالبه التى تبنى (٨) عليها الأحكام في يوم واحد فيصير أحد الفريقين كاذبا عليه

---

(١) إذا اجتمع الغرماء في حالة موت المدين فكلهم سواء .
أنظر تبيين الحقائق : ٤/٣١٦ ، المبسوط : ١٧/٤٢ ، اللباب للمنبجي ٢/٥٩٩ .

(٢) في ص القربه وهو خطا .

(٣) أى وجوب الحكم بالبينتين عندنا في حالة تداعي العين التى في يد ثالث .
وانظر: المبسوط : ١٧/٤٢ .

(٤) مرت في هذه المسألة ص ١٨٩

(٥) ما بين القوسين في ص لأن الجمع هناك بين الحكمين ممكن "

(٦) في ص فالطلاق والعتاق .

(٧) مثبته من ص

(٨) في ص - أ - تبتنى .

وكذلك بتهمة الشهادة بغير علم لأن سبب العلم المعاينه (١٧٦أ) ولا يتصور في مكانين ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فيصير كل فريق متهما بالكذب على المشهود عليه فردت كشهادة الفاسق والشهادة لولده ونحو ذلك . (٢)

فأما هاهنا(٣) فلا تهمة في حق المشهود عليه لأنه يجوز أن يكون مقضيا عليه للمدعيين معا بشهادتهم .

ألا ترى لو اختلف ما وقع فيه الدعوى قضى بالأمرين جميعا وانما يمنع(٤) من جهة أن المشهود به واحد فيمتنع الاضافة(٥) الى البينتين جميعا وقد ذكرنا أنه غير ممتنع فوجب القضاء بهما ولم يمتنع لما قاله .

لأن الاحكام التى يلزمنا أقامتها لم تبن(٦) على الحقيقة التى عند الله لكن على الأسباب الظاهرة لنا ، ومن جملة الأسباب البينه العادله بأمر يحق ان يكون كما شهد .

وبخلاف رجلين ادعيا امرأة وأقام كل واحد منهما البينه على أنها امرأته فانهما تبطلان(٧) لأن ملك النكاح لم يقع على الشركه صيانة للأنساب . (٨)

---

(١) في ص - نفسه .

(٢) شهادة الفاسق سيأتى لها مزيد بيان ان شاء الله ص٤٤٧
شهادة الوالد لولده سيأتى لها مزيد بيان ان شاء الله ص٤٦٧

(٣) أى في مسألتنا هذه .

(٤) في ص - أ - يمتنع .

(٥) غير واضحه في الأصل .

(٦) في الاصل و - أ - يبن والمثبت من ص

(٧) في الأصل أهمل الحرف الأول وفي - أ - يبطلان والمثبت من ص

(٨) المبسوط: ١٧/٤٢ ، الاختيار : ٢/١١٧ ، اللباب في شرح الكتاب

فكذلك لا تُثبت سببا استحقاق[1] لاثنين كلا[2] حتى لا تشتبه الأنساب فأما ملك اليمين فجائز فيه الشركة فجاز ايضا ثبوت سببين لشخصين كملا .

(=) ٣٢/٤ ، النقف : ٢٨٩/٢ ، البحر الرائق : ٢٣٥/٧ مجمع الأنهر : ٢٧٣/٢ ، تبيين الحقائق : ٣١٦/٤ ، روضة القضاة : ٢٢١/١ - ٢٢٢ و ٩١٥/٣ ، البناية ٤٧٦/٧ الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية : ٢٤٧/٨ . روضة الطالبين : ١٦/١٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٤ . الفروع لابن مفلح : ٥٣٨/٦ ، الانصاف : ٣٩٨/١١ .

(١) في ص الاستحقاق .

(٢) أى كاملاً وافياً .
المصباح المنير ٥٤١/٢

مسألة :

امرأتان ادعتا[1] ولدا بينهما وأقامتا البينه قضى بالولد لهما عند أبى حنيفة ، وقالا[2] تبطل البينتان . (٣)

لأن الولد لا يثبت للمرأة الا بالولادة وهى مما لا[4] ينكر[5] بيقين فعلمنا يقينا أنها واحدة وقد اثبتت كل واحدة الولادة لنفسها فتعارضتا وليست أحداهما[6] بأولى من الأخرى فتساقطتا (٧) بخلاف المسألة الأولى . (٨)

لأن التعارض" فيها وقع[9] " في المستحق بالبينه فأما السبب[10] فجائز اجتماعهما بأن رأى كل فريق أنه اشتراه من ذى يد وقبض منه ، وما للملك طريق ثبوت نقف[11] عليه أكثر من هذا .

---

(١) في ـ أ ـ ادعيا وهو خطأ .

(٢) أى محمد وأبو يوسف .

(٣) المبسوط : ١٧ / ٧١ ، مجمع الأنهر : ١ / ٥٣٧ ، البحر الرائق ٤ / ٢٩٨ .

(٤) ـ لا ـ النافيه ساقطه من ـ أ ـ

(٥) في ص ـ له .

(٦) في النسخ احديهما ورسمته هكذا لأن الخلاف خلاف في الرسم وما اثبته أوضح .

(٧) انظر المبسوط ١٧ / ٧١ .

(٨) يشير الى مسألة ما اذا أقاما البينة على عين في يد ثالث السابقه ص ١٨٦

(٩) في ص وقع فيها .

(١٠) هكذا في النسخ والظاهر لي أنه " فأما السببان " .

(١١) في ص يقف .

وقد ذكرنا أنه جائز اضافة الحكم الى علتين والاستحقاق الى سببين[1] وهاهنا وقع التعارض في سبب الحكم وهو الولاده لأن الولد لا ينفك عنهما ولا يمكن القضاء به لامرأة بدونها والسببان متنافيان اجتماعا[2] فتعارضا كرجلين ادعيا عينا وأقام كل واحد منهما[3] (على[4] اقرار صاحبه[5] به فانهما يتساقطان[6] ، وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما) الشراء من صاحبه عند ابى حنيفة وأبي يوسف فانهما يتعارضان لأنهما اختلفا في السبب والآخر يقطع الأول فيصير الثابت أحدهما[7] و[8] لم يدر[9] .

---

(١) راجع ص ١٩٢

(٢) في الأصل اجماعا والمثبت من ص ـ أ ـ لمناسبته للمقام وان اراد الاجماع فكلامه أيضا صحيح اذ لا يمكن ان يولد ولد من امرأتين .

(٣) في نظرى أن كلمة ـ البينه ـ ساقطه اذ الكلام لا يستقيم الا بها .

(٤) من هنا الى نهاية القوس ساقط من ص

(٥) في ـ أ ـ له .

(٦) المبسوط : ١٧ / ٦١ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٣٤ ، البحر الرائق ٧ / ٢٤٥ ، تبيين الحقائق : ٤ / ٣٢٢ .

(٧) في ص أحدهم .

(٨) في ص ـ أو ـ وهو خطأ .

(٩) تحفة الفقهاء : ٣ / ١٨٦ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٣٣ ، الاختيار ٢ / ١١٧ ، اللباب في شرح الكتاب : ٤ / ٣٦ ، مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٩ الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥ / ٥٧٦ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨ / ٢٧٢ .

بخلاف[1] رجلين لأن سبب الثبوت من الرجل الفراش ويجتمع الفراشان كأمة بين رجلين وطئاها[2] وحرة توطأ بنكاح صحيح[3] وفاسد . (٤) ولأن احدى الدعويين لما صارت كاذبة يقينا كذلك كانت الشهادة فتترد بتمكن زيادة كذب كما في مسألة مكة والكوفة . (٥)

---

(١) هكذا في النسخ والكلام غير مستقيم وصوابه " بخلاف ما لو كانت الدعوى من رجلين فحال دعواهما تختلف عن حال دعوى المرأتين .. وسيأتي مزيد بيان لحالة الدعوى من الرجلين ان شاء الله تعالى ص٢١٣

(٢) في النسخ وطياها ورسمته على وفق المتعارف عليه في الاملاء حديثا

(٣) في ص ونكاح

(٤) قال في لسان العرب" الفساد نقيض الصلاح " ٣/٣٣٥.
واصطلاحا : ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه - عند الحنفية -
التعريفات الفقهية : ٤١١ ، التعريفات للجرجاني : ١٦٤
والنكاح الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة كعدم الشهود .
اللباب في شرح الكتاب : ٣/٢٢ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٤٣
الدر المختار : ٣/١٣١.

(٥) راجع ص ١٨٩

مسألة (١)

وكذلك قال أبو يوسف ومحمد في رجل قتل وترك ابنين فأقام كل واحد منهما البينه(٢) على أخيه أنك قتلت الأب فانهما تتعارضان(٣) ولا يقضى بهما . (٤)

لأن القتل مما لا يتكرر كالولادة سواء والبينة قامت على القتل وهو السبب لما يدعيان من الأحكام .

وهذا(٥) بخلاف ما اذا اختلفا في شاة فأقام كل واحد منهما البينه أنها شاتي نتجت (٦) من شاتي هذه فانهما تقبلان (٧)

---

(١) العنوان بمسألة - ساقط من ص وهو الراجح في نظرى لأن الكلام متصل بما قبله معطوف عليه وهذه المسألة إلى اخرها ناقصه من نسخة عارف حكمت والحميديه وايا صوفيا ١٠٢١ .

(٢) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

(٣) في الأصل اهمل الحرف الأول وفي - أ - يتعارضان والمثبت من ص

(٤) هذه المسألة لم أجد من أشار اليها - فيما اطلعت عليه والله أعلم.

(٥) أى وهذا الحكم الحاصل في الدعوى من الابنين كُلٌّ على الآخر أنه قتل الأب يختلف عن الدعوى الحاصله في أن هذه الشاة نتجت من شاته التى يملكها .

(٦) النتاج اسم يَجْمَعُ وَضْعَ جميع البهائم وقال بعضهم هو في الناقة والفرس وهو فيما سوى ذلك نتج والأول أصح .
وقيل النتاج في جميع الدواب والولاد في الغنم " لسان العرب ٢/٣٧٣
وانظر : المغرب ٢/٢٨٥ .
واصطلاحا : الولادة في الطلك . بدائع الصنائع : ٦/٢٣٤ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٨/٣٤ - ٣٥ .

(٧) في - أ - يقبلان .

ويقضى بالشاة[1] بينهما نصفين . (٢)

لأنا نثبت التعارض في حق النتاج ولا نقضي[3] به ونقضي بالملك بلا سبب والملك حكم فيصح اضافته الى كل بينه وأمكن القضاء به دون ذلك السبب فقضى به . (٤)

ولا يلزم (٥) اذا كان أحدهما صاحب يد لأن بينته ترجحت بيده فذهب التعارض[6] . ولا يقال لو كان معهما ثالث أقام البينه على أنها ملكه كان الأولان أولى لمعنى (٧) النتاج لأنا نبطل النتاج للتعارض

---

(١) في ـ بالشهادة وهو خطأ .

(٢) المبسوط : ١٧/ ٧١ و ٧٧ وانظر روضة القضاة : ٤/ ١٤٥٦
الأختيار : ٢/ ١١٧ ، الهداية والبنايه : ٧/ ٥٠٥

(٣) في الأصل أهمل الحرف الأول وفي ـ أ ـ بالياء والمثبت من ص

(٤) مراد المؤلف رحمه الله أن التعارض الحاصل في ادعاء كل واحد النتاج ثابت لا ينكر لكنه لا يلغى حكم البينه لأن كل واحد يدعي الملك فيقضى به له دون ذلك السبب وهو النتاج .
وانظر : ما يتعلق بتفاصيل أحكام النتاج في المصادر التالية :
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٤ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ١٨٨ - ١٨٩ ،
المبسوط : ١٧/ ٦٣ ، الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية ٨/ ٢٦٢

(٥) أى لا يلزم من القول بالقضاء بالتنصيف في هذه المسألة القول به اذا كانت الدعوى في النتاج أيضا واحدهما صاحب يد .

(٦) انظر : تحفة الفقهاء : ٣/ ١٨٨ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٤ ، الاختيار ٢/ ١١٧ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٨/ ٢٦٥
الكتاب وشرحه اللباب ٤/ ٣٥ .

(٧) في ص بمعنى .

بينهما[1] ولا تعارض في حق الثالث لأنهما مجمعان على النتاج وهو لا يدعيه فثبت النتاج لهما[2] في حق الثالث فترجحا عليه وقد احتج به كذلك[3] أبو يوسف ومحمد .

فأما هاهنا[4] فمتى ألغينا السبب[5] فلا يمكن القضاء به[6] بدونها[7] لأن الولد لا[8] يثبت بدون الولادة ولا أحكام القتل بدون القتل .

ولأبي حنيفة أن السبب لا يدعى ولا يذكر الا لأحكامه فهي المقصودة والاحكام تباشر لأحكامها فمتى استحال اثبات الدعويين[9] على نفس السبب لأنه مما لا يتكرر جعل كناية (١٠) عن حكمه الذي لا يستحيل ويجعل كأنهما

(١) في ص بينهما .

(٢) مثبته من ص .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ لذلك والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٤) أي مسألة دعوى المرأتين في الولد والتي مرت ص١٩٧ ودعوى أحد الأخوين على الآخر أنه قتل الأب والتي مرت ص ٢٠٠

(٥) في ص ـ أ ـ النسب وهو خطأ .

(٦) أي بالولد والقتل ولو قال بهما لاستقام المعنى أكثر .

(٧) أي الأسباب ولو قال بدونهما لأن الحديث لم يسبق إلا عن سببين فقط .

(٨) ساقطه من ص

(٩) في الأصل و ـ أ ـ الدعوتين والمثبت من ص

(١٠) الكنايه : لفظ أطلق وأريد به لازم معناه مع جواز ارادة ذلك المعنى .
البلاغه الواضحه : ١٢٥ ، وانظر أصول السرخسي : ١/١٨٧ .

ادعيا الأحكام لا بذلك السبب اذا كان يتصور كما في مسألة دعوى النتاج في شاة واحده من اثنين على ما مر . (١)

وكما يجعل الشراء والهبه المضافان الى الحرة عبارة عن النكاح . (٢)

---

(١) راجع ص : ٢٠٠

(٢) ينعقد النكاح عند الحنفية بالكنايات كلفظ التمليك والهبه والصدقه والبيع والشراء ويشترط مع ذلك النيه أو قرينه .
اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ١٠ ، الاختيار : ٣/ ٨٣ ، البحر الرائق : ٣/ ٩١ ، تبيين الحقائق : ٢/ ٩٨ ، المبسوط : ٥/ ٩٥ الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٣/ ١٩٣ .
كتاب الاسرار للمؤلف تحقيق الدكتور نايف ٢/ ٤١٦ .
وللحنابله روايه في انعقاده بالكنايه .
الانصاف : ٨/ ٤٥ - ٤٦
أما مذهب الشافعيه والصحيح عند الحنابله فلا يصح الا بلفظ الانكاح والتزويج .
رحمة الامة : ٢٦٨ ، روضة الطالبين : ٧/ ٣٦ ، المهذب : ٢/ ٤٢ مغني المحتاج : ٣/ ١٤٠ ، شرح السنه : ٩/ ٥٢ ، الانصاف ٨/ ٤٥ ، الافصاح ٢/ ١٢٣ ، المغني ٦/ ٥٣٢ ، الكافي ٣/ ٢٨ المقنع : ٣/ ١٠ ، المحرر : ٢/ ١٤ .

أما مذهب المالكية فينعقد بلفظ الهبه ان سمى صداقا حقيقه أو حكما واختلفوا في كل لفظ يقتضى البقاء مدة الحياة ، واتفقوا على عدم انعقاده بكل لفظ لا يقتضى البقاء مدة الحياة .
انظر :
بلغة السالك : ١/ ٣٨٠ ، المنتقى ٣/ ٢٧٥ - ٢٧٦ ، شرح حدود ابن عرفه : ١٥٧ ، القوانين الفقهية : ١٦٩ ، اسهل المدارك ٢/ ٦٩ ، مختصر خليل : ١١٢ - ١١٣ ، بداية المجتهد : ٢/ ٥ .

لأن الحقيقة[١] غير متصوره[٢] في هذا المحل فجعل كناية عما يوجب حكمه فمن حكم تمليك العين في أمرأة يحل[٣] له ملك المتعه[٤] فاذا لم يقبل[٥] تمليك العين صار كناية عن النكاح الذى يوجب ملك المتعه[٦] ، وكذلك ابو حنيفه يقول فيمن قال لعبده ومثله (٧) لا يولد لمثله[٨] هذا ولدى عتق عليه . (٩)

---

(١) الحقيقه : هى اسم لما أريد به الموضوع .
المغنى للخبازى : ١٣١ ، وانظر: ميزان الأصول : ٣٦٩ ، كشف الأسرار للنسفي : ١/ ٢٢٥ ، التمهيد للكلوذاني : ١/ ٧٧
المختصر لابن اللحام : ٤٢ .

(٢) في الأصل - وص - متصور والمثبت من - أ -

(٣) في ص تحل .

(٤) المتعة لغة : التلذذ والانتفاع

انظر : لسان العرب : ٣/ ٣٢٩ ، المغرب : ٢/ ٢٥٦ ، القاموس المحيط : ٣/ ٨٦ ، المصباح المنير : ٢/ ٥٦٢ .
واصطلاحا : النكاح الى أجل لا ميراث فيه والفرقه تقع عند انقضاء الأجل من غير طلاق "
الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٣٢ .
وراجع التعريفات : ٢٤٦ ، التعريفات الفقهية : ٥٣٤ ، الانكحه الفاسده : ١٢٥ ، وما بعدها .
ومراد المؤلف هنا انما هو التلذذ والاستمتاع بالمرأة على الوجه المشروع.

(٥) في الأصل أهمل الحرف الأول وفي ص تقبل والمثبت من - أ -

(٦) غير واضحه في ص

(٧) أى مثل هذا العبد .

(٨) أى لمثل هذا القائل

(٩) المبسوط : ١٧/ ٧١ تحفة الفقهاء : ١/ ٢٥٩ ، الأختيار ٤/ ٢٠ بدائع الصنائع : ٤/ ٥١ ، مختلف الرواية ق ١٦٦ أ ، روضة القضاة : ٣/ ١٠٧٥ .

« لأن الحقيقة (١) مستحيل (٢) فجعل عبارة ومجازاً (٣) عن حكمه فحكمه لو تحقق ما قال العتق عليه من حين ملكه (١٧٦ ب) فيصير (كأنه قال انه عتق) (٥) على من حيبه ملكته (٦)

فكذلك لما استحال اثبات الولادة منهما يصير كأن كل واحدة ادعت (٧) حق الحضانه (٨) والنفقه والارث بعد الموت لا

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) غير واضحه في ص

(٣) المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة مع قرينه مانعه من ارادة المعنى الحقيقي .

انظر: البلاغه الواضحه : ٧١ .

وانظر: ميزان الأصول : ٣٦٩ ، كشف الاسرار للنسفي : ٢٢٦/١ المغنى للخبازى : ١٣١ ، التمهيد للكلوذاني : ٧٧/١ ، المختصر لابن اللحام : ٤٢

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ ملكت والمثبت من ص ليستقيم الكلام مع ما قبله في ضمائر الغيبة والله أعلم .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ ادعى والمثبت من ص .

(٨) الحضانة ـ بكسر الحاء وفتحها ـ مأخوذة من الحِضن والحِضن ما دون الابط الى الكشح ويطلق على الجنب .

ويقال حضن الطائر بيضه اذا ضمه تحت جناحيه فالحضانه مأخوذة

بالولادة (١) وهذه حقوق تقبل الاشتراك بغير ولاده وتثبت لاثنين كالاختين لأب وأم والخالتين ونحوهما فقضى (٢) به بينهما دون الحقيقه حتى اذا (٣) ماتت احداهما (٤) كان الولد للباقية منهما .

وكذلك الرجلان اذا تنازعا في نسب ولد وأقاما البينه قضى به بينهما (٥) والولد من الرجل بالعلوق (٦) منه على الحقيقة والواحد لا يعلق من ماءين لأنا نقضي باحكام النسب حتى اذا مات أحدهما كان الولد للباقي منهما والنسب لا ينقطع بالموت .

وكذلك مسألة القتل (٧) لما استحال من اثنين من كل واحد على الكمال

(=) من هذا المعنى لأن المربي والكافل يضم الولد الى حضنه انظر:
لسان العرب : ١٢٢/١٣ ، المصباح المنير : ١٤٠/١ ، المغرب ٢١٠/١ ، المعجم الوسيط : ١٨٢/١ .
وفي الاصطلاح : حفظ من لا يستقل - بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته بلبناء ومغنى المحتاج : ٤٥٢/٣

(١) انظر: المبسوط : ٧١/١٧ .
(٢) في -أ- فيقضي .
(٣) في ص- ذا
(٤) في النسخ احديهما .
(٥) سيأتي مزيد بيان لهذه المسألة ان شاء الله تعالى ص٢١٣
(٦) قال في المصباح المنير : " علقت المرأة بالولد وكل أنثى تعلق من باب تعب حبلت والمصدر العلوق " ٤٢٥/٢ ، لسان العرب : ٢٧٠/١٠ .
(٧) راجع ص : ٢٠٠

جعل كناية عن دعوى الأرث والديه فيصير سببا[1] واحدا يدعيه رجلان كمسألة الشاة[2]. حتى اذا لم يمكن تعارضا كرجلين ادعيا نكاح امرأة[3] لأنه لا حكم له الا الوطء ولا يجوز اجتماع رجلين على امرأة وطأ .

وأما مسألة الأقرارين[4] فليست من هذا القبيل لأن الاقرارين أو[5] الشراءين متصوران واحد بعد الآخر ، ولكن لأن حكم ما يقول[6] يلقى[7] الملك على[8] صاحبه لا شيء[9] آخر والآخر منهما يقطع ملك الأول ويصير الأول مقضيا عليه والآخر مقضيا له فاشتبه (١٠) المقضى عليه بالمقضى له والناسخ بالمنسوخ فامتنع القضاء .

وفي مسألة الولادة التعذر جاء من جهة ان السبب لا يتعدد فندعه[11] الى

---

(١) في ص شيئا .
(٢) راجع ص ٢٠٠
(٣) راجع ص ١٩٥-١٩٦
(٤) في ص الاقرار وراجع ص ١٩٨
(٥) في ص - و - بدون - ألف -
(٦) في الأصل و - أ - يقولان والمثبت من ص
(٧) في ص تلقى وهو خطأ .
(٨) في ص - من
(٩) في - أ - لا بشيء وهو خطأ .
(١٠) في - أ - فاشبه وهو خطأ .
(١١) في - أ - فيدعه وهو خطأ .

حكمه وكل بينة[١] استحق الحكم، وصحح[٢][٣] اضافة[٤] الحكم الى سببين على ما مـــر[٥] وصحح[٦] القضاء بالشركه وان لم يقبل وصح بالكل قضى به .

وهذا كله وقع من جهة تعرف حد المعارضه ، فالمعارضه " هي[٧] " في تقابـــل الحجتين على السواء على سبيل " الممانعه والمدافعه[٨] " دون المعاونـــه .

وهـــي[٩] انما تقع[١٠] بين المتناظرين اذا أوجبت احدى الحجتين تحليلا والأخرى تحريما أو احداهما اثباتا والأخرى نفيا كما يكون بين الناسخ والمنسوخ اذا عرف التاريخ فاذا[١١] لم يعرف ، جاءت المعارضه وهذا الحد ثابت في مسألة الاقرارين والشراءين[١٢] لأن الآخر ينسخ الأول فاذا لم يعرف الناسخ من المنسوخ تعارضا وتدافعـــا .

---

(١) في ص ببينته .

(٢) في نظرى أن يضاف هنا " بها " لأن السياق يتطلب وضعها .

(٣) في ص ـ أ ـ وصحيح

(٤) في ـ أ ـ اضافته .

(٥) راجع ص ١٩٢

(٦) في ص ـ أ ـ وصحيح .

(٧) مثبته من ص

(٨) في ص المدافعه والممانعه .
وانظر : التعريفات : ٢١٩ ، التعريفات الفقهية : ٤٩٣

(٩) وهي أى المدافعه .

(١٠) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يقع والمثبت من ص .

(١١) في ص ـ واذا .

(١٢) راجع ص : ١٩٨

فأما اذا ادعى كل واحد منهما أن هذا الشيء ملكي فلا معارضه لأن كل واحد يثبت الملك في ذلك الشيء فكانا متفاوتين والاختلاف في الاضافه وغير ممتنع اضافة الواحد الى اثنين الى كل واحد كملا على ما مر . (١)

وكرجل قتله عشره يجعل كل واحد قاتلا على الكمال حتى يلزمه قتل كامل(٢) . وكفارة كامله ان كان خطأً . (٣)

---

(١) راجع ص : ١٩٢

(٢) قتل الجماعة بالواحد متفق عليه عند الائمة الثلاثة وهو المذهب عند الحنابله وفي رواية أن القتل لا يجب وانما تجب الديه .
الاختيار : ٥/٢٩ ، مختصر الطحاوى : ٢٣١ ،تحفة الفقهاء ٣/١٠٠ ، بداية المجتهد : ٢/٤٣٣ ، القوانين الفقهية ٢٩٦ ، المنتقى : ٧/١١٦ رسالة ابى زيد : ٢٤٠ ، الأم ٦/٢٢ ، المهذب : ٢/١٧٥ رحمة الامة : ٣٢٦ ، المغنى ٧/٦٧١ ، الفروع : ٥/٦٢٧ ، المسائل الفقهية لابى يعلى ٢/٢٥٥ .

(٣) لا أدرى لماذا خص المؤلف قتل الخطأ بالكفاره مع أنها واجبه عندهم وعند الشافعية والحنابله في شبهه العمد أيضا .
انظر:
الأختيار : ٥/٢٤ - ٢٥ مختصر الطحاوى : ٢٣٢ و ٢٣٤ ،الكتاب وشرحه اللباب : ٣/١١٢ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦/٥٢٩ ، روضة الطالبين : ٩/٣٨٠ ، مغنى المحتاج ٤/١٠٧ التنبيه للشيرازى : ٢٢٩ ، المغنى : ٨/٩٦ - ٩٧ ، الانصاف ١٠/١٣٥ - ١٣٦ ، الكافي : ٤/١٤٤ .
والمالكيه قالوا : تجب في الخطأ - القوانين الفقهية : ٢٩٨ ، رسالة ابي زيد : ٢٤٠ ، وأما لزوم الكفارة لكل واحد منهم فهذا مذهب جمهور الفقهاء رحمهم الله . انظر: احكام القرآن للجصاص ١/١٨٠ ،الجامع لاحكام القرآن : ٥/٣٣١ ،مغنى المحتاج ٤/١٠٨ التنبيه : ٢٢٩ ، ينابيع الاحكام : ١/١٥٧ ،المغنى لابن قدامه ٨/٩٥

واذا ادعى كل واحد منهما سببا لحكم بدعيانه ، والسبب مما لا يتكـــرر ولا يتصور جاء التعارض (١) كما بين الناسخ والمنسوخ لأنهما لا يجتمعان بحـــال .

فان كـان(٢) الحكم مما يثبت بدون ذلك السبب قضى به ، وأثبـــت التعارض في السبب ولا يقتضى ذلك التعارض ذهاب الحكم ، لأنـــه مما يثبت دونه بحال . (٣)

لأن المنافاة في الحكم(٤) مما يثبت مقتضاه (٥) منافاة السببين والمقتضى(٦) لا يثبت الا ضرورة .

فاذا كان الحكم مما يجوز أن يثبت دون هذا السبب ويبقى ، لـم ينتـف

---

(١) في الأصل العارض والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) مكرره في ـ أ ـ

(٣) سبق أن ذكر المؤلف هذا ص ٠٠ في دعوى نتاج الشاة .

(٤) في الأصل الحلم والمثبت من ص ـ أ ـ

(٥) في الأصل و ـ أ ـ مقتضى والمثبت من ص .

(٦) المقتضى هو ما يضمر في الكلام ضرورة تصحيحه صيانة له عـــن الخلف .

تخريج الفروع على الأصول : ٢٧٩ ، التعريفات الفقهية : ٥٠١ التعريفات : ٢٢٦ .

وهو لا عموم له عند الحنفية .

انظر :

تقويم أصول الفقه ٤٤٢، ميزان الاصول : ٣٠٧ ـ ٤٠١ ، كشـــف الأسرار ١/ ٧٦ ، المغنى : ١٥٩ ، أصول السرخسي ١/ ٢٤٨ كشف الاسرار للنسفى ١/ ٣٩٨ ، تخريج الفروع : ١٧٩ ، اثـــر الاختلاف في القواعد الاصولية للخن : ١٥٤ ، تفسير النصـــوص ١/ ٥٦٠ .

مقتضى تنافيهما واذا كان لا يثبت بدون السبب المذكور جاءت المنافاة[١] مقتضى تنافي الأسباب عند أبي يوسف ومحمد كالولادتين في ولد والقتلين[٢] في شخص والنكاحين على امرأة واحدة .

وقال ابو حنيفة :-

ان أمكن أن يلغي السبب ويجعل كناية عن دعوى الحكم بنفسه وذلك مما يثبت لاثنين في الجمله قضى بالحكم حتى نعمل (٣) بالحجه والكلام ما أمكن " اما لحقيقته واما لمجازه " (٤) وكنايته .

دل عليه :

أن حد صحة الدعوى في نفسها التي[٥] يجوز اثباتها بالحجه[٦] أن تكون محتمله للصدق وهو قائم في هذه المسائل .

وحد صحة الشهادة أن توافق[٧] الدعوى .

وحد وجوب القبول أن يترجح صدقها بعدالة الشاهد[٨] لا بسبب آخر وقد وجدت[٩] ، ثم بعد هذا ربما يرد[١٠] بعارض يوجب زيادة تهمة كذب

---

(١) فيما يبدو لي أن الواو ساقطه من هنا .
(٢) في ص وكالقتلين .
(٣) في -أ- يعمل .
(٤) في ص اما بحقيقته واما بمجازه .
(٥) ممسوحه في -أ-
(٦) في ص وبالحجه وهو خطأ .
(٧) في الأصل و-أ- يوافق والمثبت من ص .
(٨) في ص الشهادة وهي غير واضحه في -أ-
(٩) في ص وجد .
(١٠) في ص ترد .

على المشهود عليه نحو أن يشهد لابنه وامرأته وقد تمكنت[1] الزيـــادة في مسألة الكوفة ومكـــة[2] على ما مـــر . [3]

وقد يمتنع لضيق المحل المشهود [4] من الحكمين جميعا " على الكمال[5] " أو لبطلان بالرد الى النصف كما في النكاح والدعوى تسمع بحقيقته ان أمكن وان لم يمكن فبمجازه بأن يجعل الصريح كنايه عما يجـــب بـــه . ومسألة الولادة والقتل تخرج على هذا لأبي حنيفه . اهـ .

---

(١) غير واضحه في ـ أ ـ

(٢) ساقطه من ص .

(٣) راجع ص : ١٨٩

(٤) لو زيد " به " لاستقام المعنى أكثر .

(٥) ما بين القوسين ساقط من ص .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ بمجازه والمثبت من ص .

مسألة : (١)

اذا ادعى رجلان ولدا وأقام كل واحد منهما البينة أنه ولده قضى بالولد منهما عندنا(٢) وقال الشافعي (٣) لا يثبت ولكن يحكم القافه (٤)

---

(١) ممسوحه من الأصل وص والمثبت من ـ أ ـ

(٢) بدائع الصنائع : ٦/٢٤٤ و ٢٥٢ ، المبسوط : ١٧/٦٩ ، مختصر الطحاوى : ٣٥٧ ، النتف في الفتاوى : ١/٤١٨ - ٤١٩ تبيين الحقائق : ٣/١٠٥ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٥/٥٠ .

(٣) الأم : ٦/٢٤٦ ، مختصر المزني : ٣١٧ ، المهذب : ١/٤٤٤ الوجيز : ٢/٢٧٢ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٨٩ ، شرح السنه ٩/٢٨٤ ، ينابيع الأحكام : ٢/٨١٢ ، روضة الطالبين ١٢/١٠٢ وبقول الشافعية في اعتبار قول القافة قال المالكية والحنابله الفروق : ٣/١٢٥ و ٤/٩٩ ، تهذيب الفروق : ٤/١٦٤ ، تبصرة الحكام : ٢/١٠٨ - ١٠٩ ، حاشية الدسوقي : ٤/٤١٣ ، بداية المجتهد : ٢/٣٩٣ . أقضية الرسول لابن الطلاع : ٥٧٤ - ٥٧٥ ، المغنى : ٥/٧٦٦ ، العده : ٤٤٣ ، زاد المعاد ٥/٤١٨ ، الطرق الحكميه : ٢٨٨ .

وقد اختلف القائلون بالقافه فيما اذا الحقته باكثر من واحد . كما أنه روى عن الامام مالك رحمه الله أن الحكم بالقافة يختص بأولاد الأماء

(٤) القائف ـ الذى يعرف الآثار والجمع القافه يقال قفت أثره اذا اتبعته لسان العرب : ٩/٢٩٣ ، النهاية في غريب الحديث : ٤/١٢١ واصطلاحا : هو من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك .
مغنى المحتاج : ٤/٤٨٨ ، نهاية المحتاج : ٨/٣٧٥ ، شرح المحلّي : ٤/٣٤٩ ، إحكام الاحكام شرح عمدة الأحكام : ٤/٧٣

من بنى مدلج . (١)

فيقضى لمن[٢] شهدت له القافه والا فيستعمل (١٧٧ ج) القرعه[٣].

---

(١) بنو مدلج بطن من كنانه ومن بنى مدلج هؤلاء كان علم القيافه .
نهاية الأرب : ٣٧٢ ، معجم قبائل العرب القديمه والحديثه لكحاله : ٣/١٠٦١ .
واختلف قول الشافعية في اشتراط كونه من بنى مدلج ولهم فيه وجهان الصحيح منهما عدم الاشتراط .
المهذب : ١/٤٤٤ ، الوجيز : ٢/٢٧٢ ، مغنى المحتاج ٤/٤٨٩ ، نهاية المحتاج : ٨/٣٧٥ ، شرح المحلى ٤/٣٤٩ الغاية القصوى : ٢/١٠٣٩ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١٠/٤١ .

(٢) في ص-أ- ممن وهو خطأ .

(٣) استعمال القرعه في الحاق الولد بأحد المدعين هو قول الشافعي في القديم .
انظر: معالم السنن : ٣/٣٧٧ ، السنن الكبرى : ١٠/٢٦٧ شرح السنه : ٩/٢٨٦ ، زاد المعاد : ٥/٤٣٠ ، اعلام الموقعين ٢/٦٣ ، نيل الأوطار : ٦/٢٨٢ .
وقال الشيرازى : رحمه الله بأنه في حالة اقامة البينه من المدعين فهما متعارضتان-ففي أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينه فيعرض على القافه - وفي التالى تستعملان وفي حالة استعمالهما ففى القرعة وجهان :
أحدهما يقرع بينهما فمن خرجت له القرعه قضى له لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما ولا يمكن الوقف لأن فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعه . المهذب : ١/٤٤٤-٤٤٥ .
وقد صرح النووى رحمه الله تعالى أن القرعه لا مدخل لها في النسب فقال " ولا تجىء القرعة أيضا على الأصح وقول الأكثرين لأنها

وكذلك الجواب عند أبى حنيفة في الثلاثة والعشرة والألف ، وقال أبو يوسف لا يثبت لأكثر من اثنين ، وقال محمد لأكثر من ثلاثة .

وكذلك أمة بينهما ولدت فادعياه . (١)

وجه ما ذهب اليه الشافعي ـ أنا علمنا يقينا أن الولد لا يعلق من الماءين جميعا(٢) ، لأن ماء الرجل مع ماء(٣) المرأة أصل تام للولد

(=) لا تدخل النسب واثبتها الشيخ أبو حامد " روضة الطالبين ٥/٤٤٠ وانظر مغنى المحتاج : ٤/٤٨٠ ، مختصر قواعد الزركشي ٢/٦٠١ ، وفي كلام الامام الشافعي ما يدل على عدم استعمالها فقد قال " وان الحقه القافة باثنين فأكثر أو لم تكن قافه أو كانت فلم تعرف لم يكن ابن واحد منهم حتى يبلغ فينتسب الى أيهم شاء فاذا فعل ذلك انقطعت الدعوى "

الأم : ٦/٢٤٦ وانظر مغنى المحتاج : ٤/٤٩٠ ، الوجيز ٢/٢٧٣ شرح النووى على مسلم : ١٠/٤٢ ، روضة الطالبين : ١٢/١٠٤ التنبيه : ١٩٢ .

(١) بدائع الصنائع : ٦/٢٤٤ ، مختلف الرواية ق ١٦٨ أ ، مختصر الطحاوى ص ٣٥٧ ، المبسوط : ١٧/٧١ ، شرح فتح القدير وشرح العنايه : ٥/٥٤ ، مجمع الأنهر : ١/٥٣٧ ، البحر الرائق : ٤/٢٩٨ .

(٢) مغنى المحتاج : ٤/٤٨٩ ، حاشية عميرة : ٤/٣٥٠ ، الاصطلام ٢ / ل ٢١٣ ب ، المهذب : ١/٤٤٤ ، ينابيع الاحكام ٢/٨١٥

(٣) في ـ أ ـ الماء وهو خطأ .

فلا يتصور[1] من مآى رجلين[2] الا ولدين كالبيضة أصل تام للفرخ فلا يتصور من بيضتين الا ولدين وكحبتى حنطه . ألا ترى أن الكلبه لما[3] كانت تعلق من مياه ولدت بقدرها وكذلك الطيور تبيض[4] بقدرها .

ولأن أهل البصر يقولون ان المرأة اذا علقت بولد انسد فم رحمها فلا يعلق[5] بآخر لأن الماء لا يدخله ولهذا لا تحيض[6] حتى اذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد (لم يكن بينهما مقدار ما تحمل فيه)[7] جعلا توأمين[8]

---

(١) في ـ أ ـ لا يتصور .

(٢) في الاصل و ـ أ ـ رجل والمثبت من ص .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ اذا والمثبت من ص .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ يبيض والمثبت من ص .

(٥) في الأصل مهمله وفي ص ـ تعلق والمثبت من ـ أ ـ وما في ص يصح أيضا .

(٦) الحيض : لغة : السيلان .

المصباح المنير : ١٥٩/١ ، لسان العرب : ١٤٢/٧

واصطلاحا : دم جبله يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحه من غير سبب في أوقات معلومه "

مغنى المحتاج : ١٠٨/١

وقول المؤلف هنا حكاية عن الشافعية أن الحامل لا تحيض هذا هو المذهب القديم عند الشافعية والجديد عندهم أن دم الحامل يعتبر دم حيض .

مغنى المحتاج : ١١٨/١ - ١١٩ ، المجموع للنووى : ٣٨٤/٢

نهاية المحتاج : ٣٥٥/١ . (٧) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ .

(٨) في الأصل توأم والمثبت من ص ـ أ ـ لأنه مفعول ثاني لجعل ، والتوءم اسم لولد يكون معه آخر في بطن واحد ولا يقال توءم الا لأحدهما ... والولدان توءمان والجمع توائم . المصباح المنير ٧٨/١ ، وانظر اللسان ٦١/١٢ ـ ٦٢ ، والمغرب ١٠٠/١ ، والتعريفات ٧٠ .

علقا من ماء واحد لا " من[1] " ماءين لأنه لا يتصور ذلك . (٢)

وحتى[3] قلتم ان الولد بين اثنين يكون[4] للباقي منهما ولو ثبت النسب من الأول حقيقه لما انقطع بالموت فعلم « × »[5] أنه بالاجماع لا يجعل الولد مولودا من مائيهما ولا ثابت النسب على الحقيقة منهما بل في حق أحكام النسب يُجعلون كثابت النسب من الارث والولاية والحضانة وألا ترى أن النسب لا يثبت من الصبى (٦) وان كان له نكاح لأنا تحققنا بأنه لا ماء له[7] فثبت أنه لا بد من اعتبار البناء على الماء حتى (٨) يثبت (٩) النسب اما

(١) مثبته من ص .

(٢) انظر: مغنى المحتاج : ٤/٤٨٩ - ٤٩٠ ، ينابيع الأحكام ٢/٨١٥ ، الاصطلام : ٢/ق ٢٣١ أ - ب

(٣) من قوله " وحتى قلتم . . . الى قوله " والولايه والحضانه " اورده المؤلف اعتراضا من الشافعيه على مذهب الحنفية .

(٤) في الأصل تكون والمثبت من ص - أ -

(٥) في ص حقيقه .

(٦) إمكان الاحبال من الرجل عند الشافعيه فيه أربعة أوجه أصحها كمال السنة التاسعه .
روضة الطالبين : ٨/٣٥٧ ، وانظر: حلية العلماء للقفال : ١/٢١٨ والمهذب : ٢/١٢١ .

(٧) الأصطلام : ٢/ق ٢٣١ أ .

(٨) غير واضحه في الأصل والمثبت من ص - أ -

(٩) في - أ - ثبت وهو خطأ .

حقيقـه واما حكما بقيام الفراش مقام الوطء والماء (١) بدليل شـرعي (٢) ولكـن (٣) بعد أن لا نتيقن (٤) بانعدام الماء مع الفراش حتى اذا اتحققنا من الصبى لم يثبت منه وكذلك عندى (٥) اذا لم يكن الوطء ممكنا لـم يثبت . (٦)

واذا كان كذلك (٧) لم يمكن الحكم بثبوت الولد منهما كما لا يحكم به مـن امرأتين جميعا (٨) فلم يبق بينهما فرق الا أن يترجح أحد الوجهيـن (على الآخـر) (٩) بدليل مثله من قول القافه أو القرعه ولأن المشهود به واحد وهو النسب فلا يمكن الا ثبات لكل واحد كمـلا ولا على التجـزى

---

(١) الشافعية ومن وافقهم من الفقهاء يثبتون النسب بناءعلى ثبـوت الفراش بالعقد بشرط امكان الوطء وسيشير الى المؤلف الى هذا بعد قليلوسيأتي التفصيل ان شاء الله تعالى ٣٦٤ و ص ٣٧٤

(٢) لم يتضح لي هنا مراده بالدليل الشرعي هل يقصد به العقـد أو القافه .

(٣) أى حكمنا بالنسب .

(٤) في الأصل سعى بهذا الرسم وفي ـ أ ـ ينتفى والمثبت مـن ص .

(٥) الكلام هنا على لسان الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ

(٦) شرح النووى على مسلم : ١٠ / ٣٨ ، فتح البارى شرح صحيـح البخارى : ١٢ / ٣٤ ، المهذب : ٢ / ١٢١ ، نيل الأوطـار : ٦ / ٢٧٩ .

(٧) أى اذا تيقنا من انعدام الماء مع الفراش أو أنه كان صبيا أو أن الوطء غير ممكن بينهما .

(٨) انظر: المهذب : ١ / ٤٤٥ ، الاصطلام ٢ /ق ٢٣١ أ ، روضـة الطالبين : ٥ / ٤٤١ .

(٩) ما بين القوسين مثبت من ص .

لأنه لا يحتمل فيوقف[1] عن القضاء (٢) كما اذا اقاما البينة على امرأة أنها امرأته (٣)

واذا وجب الوقف لمعنى جهالة المستحق لا لفساد الحجه لما ذكرنا أن الشهادة تحل بالتسامع أو رؤية الفراش (٤) وقد يجتمع السببان . وجب تعيين المستحق بالقرعة على أصلى أو يقول من له زيادة بصر في هذا

---

(١) في ص فيتوقف .

(٢) قد يفهم من كلام المؤلف هنا التوقف عن القضاء والحالة هذه، خاصة وأنه قاس التعارض بين البينات في النسب على التعارض في دعوى النكاح على امرأة لكن التوقف في مسألة تعارض البينات في النسب غير وارد على الأصح عند الشافعيه كما قاله النووى والشربينى روضة الطالبين : ٥/٤٤٠ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٨٠ ، وانما ينتقل الى القافه أو القرعه في وجه عند الشافعية كما سبق، وأشار المؤلف الى هذا كما ترى . والله أعلم .

(٣) انظر روضة الطالبين : ١٢/١٦ .

(٤) من الأمور التى تصح الشهادة بها عن طريق التسامع النسب من الأب .
ويثبت النسب من الأم بالتسامع على الأصح عند الشافعية وقيل قطعا كالأب ووجه المنع امكان رؤية الولادة .
روضة الطالبين : ١١/٢٦٧ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨/٣١٩ .
وتحل الشهادة بالتسامع وهو الاستفاضه على أمور عده .
انظر: التفصيل في المصادر التاليه :
مغنى المحتاج : ٤/٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨/٣١٩ ، رحمة الأمة : ٤٢٢ ، فتح البارى : ٥/٢٥٤ ، المبسوط : ١٦/١٤٩ بدائع الصنائع : ٦/٢٦٦ ، التنقف في الفتاوى : ٢/٧٩٥ ، المغنى ٩/١٦١ ، الكافي : ٤/٥٤٣ ، الافصاح : ٢/٣٥٩ ، الكافي لابن عبد البر: ٢/٩٠٣ ، القوانين الفقهية : ٢٦٨ .

الباب لأن الخبر حجه مثبته . (١)

كما اذا وقع الاشكال في عيب باطن ترى(٢) النساء ان كان مما(٣) يطلع عليه النساء وان كان من جملة الأمراض ترى(٤) الأطباء . (٥)

ثم الدليل على اعتبار قول القافة ما روت عائشة(٦) أن النبي عليه السلام

---

(١) اختلف القول في القائف هل هو شاهد او حاكم او مخبر .
الأم : ٦/٢٤٧ ، مغني المحتاج : ٤/٤٨٨ ، المغني ٥/٧٧٠
زاد المعاد : ٥/٤٢٣ ، الطرق الحكميه : ٣٠٦ ، مغني المحتاج ٤/٤٨٨ .

(٢) في ص غير واضحة وفي ـ أ ـ التاء ممسوحه ـ والصواب تراه

(٣) في ص ما .

(٤) في ص يرى والصواب يراه .

(٥) لم أجد من أشار الى هذا الدليل القياسي الا أن الشافعية وغيرهم يقبلون شهادة النساء في الأمور التي لا يطلع عليها الرجال وقد أشار المؤلف الى هذا وأنه متفق عليه بين الفقهاء ص ٦٧٧ كما أنهم يقبلون شهادة الرجل في عيوب النساء ويشترطون في الشاهد بالعيوب المعرفه بالطب .
انظر: مغني المحتاج : ٤/٤٤٣ .

(٦) انظر: ترجمتها رضي الله عنها في المصادر التالية :
الاصابة : ٤/٣٤٨ ، سير أعلام النبلاء : ٢/١٣٥ ، أسد الغابة : ٥/٥٠١ ، شذرات الذهب : ١/٦١ .

دخل البيت وأسارير[(١)] وجهه تبرق[(٢)] من السرور فقال : أما ترين المحرز[(٣)] المدلجي مر بأسامة (٤) وزيد (٥) وهما تحت قطيفه (٦) ورجلاهما خارج فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا " (٧)

---

(١) الأسارير الخطوط التي في الجبهه والوجه .
لسان العرب : ٤/٣٥٩ ، النهاية في غريب الحديث : ٢/٣٥٩

(٢) تبرق أي تلمع وتستنير كالبرق .
النهاية في غريب الحديث : ١/١٢٠ ، لسان العرب : ١٠/١٥

(٣) في الأصل المجبرز وفي ص المحزز وفي ـ أ ـ المحرز وهو الأقرب الى الصواب والراجح في اسمه مجزز وهو ابن الأعور بن جعده بن معاذ بن عتواره بن عمرو بن مدلج الكناني .
الاصابة : ٣/٣٦٥ ، تجريد اسماء الصحابة : ٢/٥٢ ، أسد الغابة : ٤/٣٠٣ ، شرح النووي على مسلم : ١٠/٤١ .
ونقل النووي رحمه الله عن بعض العلماء القول بأن اسمه ـ محرز باسكان الحاء بعدها راء . وقال الصواب الأول ـ أي مجزز ـ

(٤) انظر : ترجمته في :
الاصابة : ١/٣١ ، الاستيعاب بهامش الاصابه : ١/٥٧ ، سير أعلام النبلاء : ٢/٤٩٦ .

(٥) انظر : ترجمته في الاصابة : ١/٥٦٣ ، الاستيعاب بهامش الاصابه ١/٥٤٤ ، سير أعلام النبلاء : ١/٢٢٠ .

(٦) القطيفه كساء له خمل . النهاية في غريب الحديث : ٤/٨٤
لسان العرب : ٩/٢٨٦ .

(٧) الحديث رواه البخاري ومسلم وغيرهما ولفظه كما في البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علىّ

. . . . . .

(=) مسرورا تبرق أساريرِ وجهه فقال ألم ترى أن مجززا نظر آنفا الى زيد بن حارثه واسامة بن زيد فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض "

صحيح البخارى مع الفتح : ١٢/٥٦ ، ٦/٥٦٥ ، ٧/٨٧

صحيح مسلم بشرح النووى : ١٠/٤١ ، سنن ابى داود : ٦/٣٥٧

سنن الترمذى : ٤/٤٤٠ ، سنن النسائي : ٦/١٨٤ ، سنن ابن ماجه : ٢/٤٥ ، سنن الدارقطني : ٤/٢٤٠ ، السنن الكبرى ١٠/٢٦٢ ، ٢٦٥ ، مسند احمد بترتيب الساعاتي : ١٧/٣٩ .

معاني الآثار : ٤/١٦٠ ، مصنف عبد الرزاق : ٧/٤٤٧ - ٤٤٨

وهذا الحديث هو الأصل عند من يقول بالحكم بالقافة بالاضافة الى أدلة أخرى لم يذكرها المؤلف رحمه الله .

انظر : مغنى المحتاج : ٤/٤٨٨ ، المهذب : ١/٤٤٤ ، شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/٤١ ، الاصطلام : ٢/ل ٢٣١ أ ينابيع الأحكام : ٢/٨١٣ ، زاد المعاد : ٥/٤١٨ ، المغني ٥/٧٦٧ ، تبصرة الحكام : ٢/١٠٨ ، وسائل الاثبات : ٥٤٤ الاثبات بالقرائن : ١٨١ ، القضاء والقضاة في الكتاب والسنة ٤٩١ .

وقضى «رسول[1] الله» بولد وليدة زمعة[2] للفراش بالظاهر ثم قال لسودة[3] اخته احتجبى فاني أرى فيه شبها بآل أبى وقاص . (٤)

---

(١) في ص النبي .

(٢) هو زمعه بن قيس بن عبد شمس القرشي العامرى والد سوده رضى الله عنها .
والولد الذى وقعت فيه الخصومه هو عبد الرحمن بن زمعه .
الاستيعاب : ٢/ ٤١٠ ، الاصابة : ٣/ ٦٨ ،تجريد اسماء الصحابة ١/ ٣٤٧ ، وانظر فتح البارى : ١٢/ ٣٢ ، عمدة القارى ١١/ ١٦٨

(٣) في ـ أ ـ سوده وانظر ترجمتها رضي الله عنها في المصادر التالية : الاصابة : ٤/ ٣٣٨ ، الاستيعاب : ٤/ ٣٢٣ ،أسد الغابة الاعلام : ٣/ ١٤٥ .

(٤) خصومة عبد بن زمعه وسعد بن ابى وقاص في ولد وليدة زمعه رواها البخارى ومسلم وغيرهما ولفظه عند البخارى عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت كان عتبه بن ابى وقاص عهد الى أخيه سعد بن ابى وقاص ان ابن وليدة زمعه منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام عبد بن زمعه فقال أخى وابن أمة أبى ولد على فراشه فتساوقا الى رسول الله فقال سعد يارسول الله ابن أخى كان عهد الى فيه فقال عبد بن زمعه أخى وابن وليدة أبى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعه الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسوده بنت زمعه احتجبى منه لما رأى من شبهة بعتبة فما رآها حتى لقى الله " .
صحيح البخارى مع الفتح : ٥/ ٣٧١ ، ٧٤ ، ١٦٣ ، ٤/ ٢٩٢ و ٤١١ ، ٨/ ٢٣ ، و ١٢/ ٣٢ ، ٥٢ ، ١٢٧ ، ١٣/ ١٧٢ .
صحيح مسلم بشرح النووى : ١٠/ ٣٦ - ٣٧ ، سنن أبى داود ٦/ ٣٦٥ النسائي : ٦/ ١٨٠ ، ابن ماجه : ١/ ٣٧٠ ،مسند أحمد : ١٧/ ٣٦ سنن الدارقطني : ٣/ ٣١٣ و ٤/ ٢٤٠ ، الدارمي : ٢/ ١٥٢ ===

أثبت[١] بالشبهة[٢] الحرمة بينه وبين سودة[٣] فلو لم يكن معتبرا أصلا "لما أثبت[٤]" الحرمة بالشبه . (٥)

(=) الموطأ : ٤٠٦ ، البيهقي : ١٠/١٥٠ و ٢٦٦ ، ٧/٤١٢ - ٤١٣ ، سنن ابن منصور : ٢/٧٩ ، عبد الرزاق : ٧/٤٤٢ ، الطحاوى : ٣/١١٣ .

(١) في ـ أ ـ أثبته وهو خطأ .

(٢) في ص بالشبهة وهو خطأ .

(٣) في ص حرمه .

(٤) غير واضحه في ص

(٥) انظر : فتح البارى : ١٢/٣٧ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١٠/٣٩ ، الاصطلام : ٢/ل ٢٣٢ ب .
زاد المعاد : ٥/٤١٤ ، المغنى : ٥/٧٦٨ .
وقد حاول العلماء رحمهم الله تعالى التوفيق بين حكم النبى صلى الله عليه وسلم بالأخوة بين عبد الرحمن بن زمعة وعبد بن زمعه وبين قوله لسوده " احتجبي منه " ومما قالوه ان أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لسوده بالاحتجاب كان على سبيل الاحتياط والورع لوجود الشبهه التى أورثها الشبه بعتبه الخ .
انظر :
فتح البارى : ١٢/٣٧ ، ٤/٢٩٣ ، عمدة القارى : ١١/١٦٩ شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/٣٩ ، شرح ابن القيم على سنن ابى داود بحاشية عون المعبود : ٦/٣٦٦ ، معالم السنن للخطابي : ٣/٢٨٠ ، زاد المعاد : ٥/٤١٤ ، نيل الأوطار ٦/٢٨٠ ، شرح الزرقاني : ٤/٢٣ ، المنتقى : ٦/٩ ، شرح السنه : ٩/٢٨٢ ، اعلاء السنن : ١١/٣٣٢ ، المحلى ١٠/٣٢١ نيل الأوطار : ٦/٢٨٠ .

الا أنه[١] ليس بعلة " في نفسها[٢] " فلم نقض[٣] به بالنسب ونحن لا نعتبره فيما نحن علة بل نعتبره ترجيحا لاحدى[٤] الحجتين[٥].

وقد قلتم في المستأجر ورب الدار[٦] اذا اختلفا في جذع في الدار والجذع عليه تصاوير وعلى السقف تصاوير فان كان تصاوير الجذع مثلها كان القول قول رب الدار وان لم تكن[٧] مثلها كان القول قول المستأجر لأن لكل[٨] واحد منهما يدا[٩] ويد المستأجر أقوى لأنه يد[١٠] حقيقي ويد

---

(١) أي الشبه .

(٢) ما بين القوسين في نظرى أن الكلام يستقيم بدونه .

(٣) في ص يقض . (٤) في ـ أ ـ أحد

(٥) المؤلف هنا يتكلم كما هو معلوم عن مذهب الشافعية رحمهم الله في أمر الشبه وهل يعتمد عليه في اثبات النسب أولا .
ومذهب الشافعيه ـ أن الشبه اذا عارضه ما هو أقوى منه كالفراش كما في حديث عائشه رضى الله عنها الخاص بخصومة عبد بن زمعه وسعد بن ابى وقاص أو عارضه اللعان كما في حديث أنس في قصة هلال بن أمية وقذفه لامرأته بشريك بن سحماء فانه لا عبرة بهذا الشبه . ويكون الحكم للاقوى .
انظر: شرح النووى على صحيح مسلم ١٠ / ٣٩ .
أما اذا لم يعارضه ما هو أقوى منه فان اعتماد القافه إنما هو على الشبه وفي حالة اقامة البينه من المدعيين وتعارضهما .
فقد قدمت كلام الشيرازى رحمه الله ص ٢١٤ وهو دال على عدم الترجيح بالشبه والله تعالى أعلم ولعل المؤلف وقف على مالم نقف عليه .

(٦) في الأصل المال والمثبت من ص ـ أ ـ

(٧) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يكن والمثبت من ص

(٨) في ص كل .

(٩) في الاصل و ـ أ ـ يد والمثبت من ص ـ أ ـ لانه اسم أن مؤخر .

(١٠) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

الآخـر (١) بداره (٢) ثم (٣) رجحنا يد الآخر (٤) بالشبه . (٥)

ولأن الأصل أن الفرع يتولد على شبه الأصل الا ترى أن الفروع لا تخالـف أصولهـا بأصل التركيب والأشباه فالتقارب (٦) في حدود الأشباه يكـون دلالة أيضا على التفرع منه كأصل الشبه حتى أن الرجال تمتاز طائفة عـن طائفة بالأشباه على حسب تفرق الأقاليم . (٧)

ولنا أن شريحا كتب الى عمر في رجلين تنازعا في ولد جاريه بينهما فكتب اليه عمر أن لَبَّسا فَلَبِّس عليهما ولو بَيّنا لَبَيَّن لهما هو (٨) ابنهما " يرثهما ويرثانـه (٩) " وهو للباقي منهما . (١٠)

---

(١) في الأصل ـ الآجر .

(٢) في ص ـ بدره .

(٣) غير واضحه في ص

(٤) في الأصل و ـ أ ـ المؤاجر وهو خطأ .
انظر: المصباح المنير ١/ ٥ ، المغرب : ١/ ٢٨، والمثبت من ص .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٤/ ٣٨٦ المبسوط : ١٧/ ٦٩ ، ٧٠ ، ١٥/ ١٤٤ .

(٦) في ص ـ والتقارب

(٧) قال السمعاني «واما قولهم ان الشبه يختلف قلنا نحن لا ننكر الا ختلاف ولكنه نادر والنوادر لا تعتبر وانما يعتبر غالب الامور » الاصطلام ٢/ل ٢٣٢ ب .

(٨) في ص وهو .

(٩) ما بين القوسين في الأصل و ـ أ ـ يربهما ويربانه والمثبت من ص لموافقته لما في مصادر تخريج الأثر .

(١٠) هذا الأثر لم أجد في كتب التخريج المعتمده من ذكره مثل ما أورده المؤلف وقد ذكره وكيع في أخبار القضاه عن شريح أن رجلين وقعا على

وهكذا روى عن على أنه قال هو ابنهما " يرثهما ويرثانه " (١) وهو للباقى منهما . (٢)

ومثل هذه الحادثه مما يشتهر في الناس " لكونه (٣) " قضاء بأمر نادر بعد منازعة واستفتاء ولم يرو عن أحد خلاف فصار كالاجماع . (٤)

(=) جارية في طهر واحد فأتت بولد فادعاه كلاهما فكتب بذلك شريح الى عمر فكتب انه ابنهما يرثهما ويرثانه ولو بينا لبين لهما وللباقي منهما ولكنهما لبسا فلبس عليهما فهو للباقي منهما " .
أخبار القضاة : ٢/١٩٢ . . . . . .
وقد استدل به في المبسوط : ١٧/٧٠ وبدائع الصنائع : ٦/٢٤٤ والاختيار : ٤/٣٤ ، وتبيين الحقائق : ٣/١٠٥ ، والبحر الرائق ٤/٢٩٧ ، ومجمع الأنهر : ١/٥٣٧ ، والبنايه : ٥/١٤٩ ، والهدايه وشرح فتح القدير وشرح العنايه ٥/٥١ .
كما أنه روى عن عمر ما يدل على هذا كما سيأتي ص ٢٢٨ .
وانظر : نصب الراية : ٣/٢٩١ ، ارواء الغليل : ٦/٢٥ - ٢٦ . . .

(١) ما بين القوسين في الأصل و ـ أ ـ يربهما ويربانه " والمثبت من ص

(٢) أثر على رضي الله عنه رواه البيهقي ١٠/٢٦٨ ، والطحاوى في معاني الاثار : ٤/١٦٤ ، وعبد الرزاق في مصنفه ٧/٣٥٩- ٣٦٠ وقد استدل به في المبسوط : ١٧/٧٠ ، واللباب للمنبجي ٢/٥٩٨ والبحر الرائق : ٤/٢٩٧ ، ومجمع الأنهر : ١/٥٣٧ والبنايه ٥/١٥٠ ، والاختيار ٤/٣٤ ، وانظر نصب الراية : ٣/٢٩١ ارواء الغليل : ٦/٢٦ - ٢٧ .

(٣) مثبته من ص ليستقيم الكلام.

(٤) بدائع الصنائع : ٦/٢٤٤ ، الاختيار : ٤/٣٤ ، شرح فتح القدير وشرح العناية ٥/٥١ - ٥٢ ، مجمع الانهر : ١/٥٣٧ ، البنايه ٥/١٥٠ ، تبيين الحقائق : ٣/١٠٥ .

فان قيل روى عن عمر في رجلين ادعيا ولد جارية أنه دعى أربعة من القافة وأمر[1] الرجلين بوضع اقدامهما[2] في التراب ثم أمر[3] بقدم[4] الصبي فوضع في التراب[5] فنظر القافة الى ذلك فقال عمر هل أثبتم شيئا[6] فقالوا ان الولد منهما فعلاهما بالدره وقال " كنت[7] أعلم[8] أن الكلبة تلقح عددا من الكلاب ولكن ما علمت أن النساء يفعلن[9] ذلك . "[10]

فابتداء القصه دليل على وجوب الرجوع الى قول القافة (١٧٧ ب) والانتهاء دليل على أنه يجوز أن يكون الولد لهما وعلاهم بالدره لفتواهم من جهل في ذلك الباب .

---

(١) في ص - فأمر

(٢) في ص - أقدامهم .

(٣) في - أ - بوضع

(٤) في ص - بقدر وهو خطأ وفي - أ - قدم .

(٥) ما بين القوسين مثبت من ص

(٦) في - أ - نسبا

(٧) ساقطه من ص

(٨) في ص علمت

(٩) في الأصل و - أ - تفعلن والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(١٠) هذا الأثر الذى أورده المؤلف لم أجده بنص لفظه الذى ذكره هنا وقد رواه الطحاوى بلفظ مقارب له ففي معاني الاثار من ابى المهلب أن عمر بن الخطاب قضى في رجل ادعاه رجلان كلاهما يزعم أنه ابنه وذلك في الجاهلية فدعا عمر ام الغلام المدعى فقال " أذكرك بالذى هداك للاسلام لأيهما هو ؟ قالت : لا والذى هداني للاسلام ما أدرى لايهما هو ؟ أتاني هذا أول الليل وأتاني هذا آخر الليل فما أدرى لأيهما هو ؟ قال فدعا عمر من القافة أربعة ودعا ببيطحاء فنثرها فأمر الرجلين المدعيين فوطىء كل واحد منهما بقدم وأمر المدعى فوطىء بقدم ثم أراه القافه قال " انظروا فاذا

. . . . . .

(=) أتيتم فلا تتكلموا حتى أسألكم" قال فنظر القافه فقالوا قد أثبتنـــا ثم فرق بينهم ثم سألهم رجلا رجلا قال فتقاعدوا يعني تابعـــوا كلهم بشهد أن هذا لمن هذين قال فقال عمر ياعجبا لما يقـــول هؤلاء قد كنت أعلم أن الكلبة تلقح بالكلاب ذوات العدد ولم أكـــن أشعر أن النساء يفعلن ذلك قبل هذا انى لا أرد مايرون اذهـب فهما أبواك " ٤/١٦٣.

ورواه البيهقي في السنن الكبرى : ١٠/٢٦٤ ، وعبد الـــرزاق ٧/٣٦٠.

بالفاظ فيها معنى ما أورده المؤلف .

الا أن قوله " قال كنت أعلم أن الكلبة تلقح عددا . . . " خطـــأ كما يتضح لك من نص الأثر عند الطحاوى وغيره .

وقوله " علاهم بالدره لم أجد من أشار اليه كما سبق وأن قلت بأني لم أجد من ذكره كما أورده المؤلف رحمه الله . والله تعالـــى أعلـــم.

قلنا ان عمر لم يأخذ بقولهم[١] وعلاهم[٢] بالدره فعلم أن[٣] قولهم باطل وأنه انما أمرهم[٤] بذلك ليبين[٥] للناس أنهم لا يعلمون شيئا وأن[٦] هذا شيء من أحكام الجاهلية كالقرعه حكم عن غير علم .

فان قيل روى عن علي أنه كان قاضيا باليمن على عهد " رسول الله[٧] " فرفعت إليه هذه الحادثة[٨] فأقرع فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به[٩] . قلنا وبالا جماع لا يقرع بنفس الدعوى قبل

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ بقولهما والمثبت من ص لأنهم أربعة من القافه .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ وعلاهما والمثبت من ص .

(٣) في ص ـ من .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ أمرهما والمثبت من ص .

(٥) في ص بذلك .

(٦) في ـ أ ـ فان

(٧) في ص ـ النبي ـ وفي ـ أ ـ رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٨) كان المناسب أن يقول مثل هذه الحادثه .

(٩) روى الامام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وغيرهم عن زيد بن أرقم قال : " أتى علي رضي الله عنه بثلاثة وهو باليمن وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا : لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا : لا فأقرع بينهم فألحق الولد بالذى صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه " وهذا لفظ أبي داود .

مسند أحمد : ١٧/٣٨ ، سنن ابى داود : ٦/٣٦١ ، سنن النسائي : ٦/١٨٢ ، سنن ابن ماجه : ٢/٤٥ ، السنن الكبرى ١٠/٢٦٦ - ٢٦٧ ، مصنف عبد الرزاق ٧/٣٥٩ .

وروى من طريق أخرى فيها الأجلح وهو مختلف فيه .

مسند أحمد : ١٧/٣٨ ، سنن أبى داود : ٦/٣٥٩ ، سنن النسائي : ٦/١٨٢ - ١٨٣ . المستدرك : ٤/٩٦ ، السنن

البينه . (١)

ولأنا روينا عن على (٢) بخلافه بعد وفاة رسول الله (٣) . والراوى اذا عمل بخلاف ما روى بطل العمل بالرواية وعلم بانتساخها . (٤)

(=) الكبرى : ١٠/ ٢٦٧ ، وانظر ما قيل في هذا الحديث . الطرق الحكميه : ٣١٠ ، زاد المعاد : ٥/ ٤٢٩ ، نيل الاوطار ٦/ ٢٨١ مختصر سنن ابى داود للمنذرى تحقيق أحمد شاكر ومحمد الفقى ٢/ ١٧٦ . صحيح سنن ابن ماجه للالبانى ٢/ ٤٠

(١) لم أجد من نص على هذا الاجماع . والمؤلف بقوله هذا يريد الرد على الاستدلال بما روى عن على لمخالفته للأمر المعهود ، لكن طلب البينه في هذا الأمر خاصه من الصعب تحقيقه اذ أنه لا يستطيع الشاهد الجزم بأن هذا الولد لهذا دون هذا .
وما ذكره رحمه الله من ان الاجماع قائم على عدم الاقراع بنفس الدعوى قبل البينه صحيح فان القرعه لا تأتي الا بعد سماع الدعوى والبينه والله تعالى أعلم .

(٢) في ـ أ ـ رضي الله عنه .

(٣) في ص النبي .

(٤) الذى أورده المؤلف هنا هو قول أكثر الحنفية ، خالف في ذلك الكرخي ولم يقل بقول الحنفية هذا .
انظر: ميزان الأصول : ٤٤٤ ، كشف الاسرار : ٣/ ٦٣ ، أصول السرخسي : ٢/ ٣ ، وما بعدها ، المغنى للخبازى : ٢١٥
تقويم أصول الفقه للمؤلف : ٣٩٠ .
وروى عن أحمد مثل قول الحنفية ـ أما الشافعية والمالكية والحنابله في المشهور فان بعض علمائهم أجمل في المسألة وبعضهم فصل
انظر: احكام الفصول للباجي : ٣٤٥ ، شرح تنقيح الفصول ٢١٩ ، ٣٧١ ، المنتهى لابن الحاجب : ٨٦ .
المحصول : ٢/ ١/ ٦٣٠ ، البرهان : ١/ ٤٤٢ ، أدب القاضي

وأما حديث عائشة فتأويله (١) أن النبي حكم بالنسب للفراش وكان أحدهما أسود والآخر أبيض (٢) وكان المنافقون يطعنون بسبب الشبه ، على حكم الجاهلية فلما قالت القافة ذلك ، وعندهم ذلك حجه قاطعه للطعن سُرِّيَ به(٣) .

(=) للماوردي : ١/ ٣٩٦ ، الوصول الى الاصول : ٢/ ١٩٥ ، التبصره للشيرازي : ٣٤٣ ، الاحكام للامدي : ١/ ٢٩٢ ، التمهيد للأسنوي : ٤١٣ ، الفقيه والمتفقه : ١/ ١٤١ ، العدة لابي يعلى ٢/ ٥٨٩ ، التمهيد للكلوذاني : ٣/ ١٩٣ ، المسوده : ١١٥ . . ارشاد الفحول للشوكاني : ٥٦ و ١٦١ .

وقد ذكر ابن القيم ـ رحمه الله تعالى ـ نماذج من الأحاديث في هذا الباب ثم قال : " وهذا باب يطول تتبعه وترى كثيرا من الناس اذا جاء الحديث يوافق قول من قلده وقد خالفه راويه يقول الحجه فيما روى لا في قوله فاذا جاء قول الراوى موافقا لقول من قلده والحديث بخلافه قال لم يكن الراوى يخالف ما رواه الا وقد صح عنده نسخه . . . وهذا من أقبح التناقض . . "
إعلام الموقعين : ٣/ ٤٠ .

(١) في ـ أ ـ تأويله .

(٢) قال أبو داود وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض .
سنن ابى داود : ٦/ ٣٥٨ ، شرح السنه : ٩/ ٢٨٥ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٤ ، المبسوط : ١٧/ ٧٠ ، البحر الرائق ٤/ ٢٩٧ ، الأختيار : ٤/ ٣٤ ، عمدة القارى : ١٦/ ١١٠ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٥ ، شرح فتح القدير : ٥/ ٥٣ .
وانظر : معاني الآثار : ٤/ ١٦٠ - ١٦٢ ، اللباب للضبجي ٢/ ٥٩٦ .

ولأن السرور جائز بخبر هو صدق ، ولكن ليس كل خبر صدق يكون حجة كخبر العبد في الأموال . (١)

وأما حديث ولد وليدة زمعه فرسول الله قضى بالولد للفراش باقرار عبد ابن زمعة أنه أخوه ولد على فراش أبيه ولم يكن اقراره حجة على سودة فلم يكن يثبت بينهما أخوه ، فحقق ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما بطريق كان عندهما طريقا وهو الشبه ، والحكم متى ثبت بحجة هي حجة شرعية جاءت بخلاف العادة فان القلب لا يطمئن اليها ، وان قبلت فيجوز استعمال ما يطمئن اليه القلب ببيان ما هو معتادهم طلبا لطمأنينة القلب لاثبات الحكم وكان هذا من قبيل سرور النبي بقول القافة في أسامة وزيد .

وأما المعنى - (٢)

فهو أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان (٣) في الاستحقاق وهذا لا شك فيه ، وانما (٤) الشبهة في اثبات (٥) سبب الاستواء (للنسب عن نكاح أو ملك يمين) (٦)

---

(١) مراد المؤلف الرد على استدلال الشافعية بسرور النبي صلى الله عليه وسلم بقول القافة في حادثة اسامه فيقول ان السرور بالخبر اذا كان صدقا لا يجعله حجه في اثبات الأحكام ومثل بخبر العبد فان خبر العبد عندهم مقبول وكذا المحدود في القذف ولا تقبل شهادتهما انظر: كتاب أدب القاضي للخصاف بشرح الجصاص : ٥٠٥

(٢) مراده بالمعنى الاستدلال العقلي . انظر: المبسوط : ١٧/ ٧٠ بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٤ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية ٥/ ٥٢ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٥ ، البناية ٥/ ١٥٠ ، البحر الرائق : ٤/ ٢٩٧ ، الاختيار : ٤/ ٣٤ .

(٣) في -أ- ويستويان .

(٤) في -أ- وأما .

(٥) في الأصل و-أ- تثبيت والمثبت من ص .

(٦) ما بين القوسين مثبت من ص .

فالدليل عليه أن كل واحد منهما أثبت حقه بسبب مثل سبب صاحبه والتعيين بقول القافة والقرعه باطل ، لأن كل واحد منهما متعين كما في ملك اليمين الذى مربيانه (١) " وكما "(٢) في مسألة العتاق(٣) لأن(٤) القرعة باطله في التعيين .

ولا يلزم اذا(٥) أقاما البينه على نكاح امرأة لأنهما قد(٦) استويا "

فان قيل ملك اليمين يحتمل التجزئه والنسب لا يحتمل على ما ذكرنا(٧) فكان هذا " كالنكاح يثبته رجلان " (٨)

قلنا : النسب عينه ليس بمقصود وانما المقصود منه أحكامه من الأرث والتناصر والتواصل(٩) والنفقه والحضانه والعتق ، والنسب سبب لهما يقصد لأجلها فصار

---

(١) ١٩٦

(٢) في ص ولما مر

(٣) ساقطه من ص .

(٤) انظر ص ١٩٥ .

(٥) في ص = أن =

(٦) في ـ أ ـ اذ

(٧) في ص ما

والمراد من هذا أن قولنا في هذه المسألة وهى دعوى الولد من اثنين لا يلزمنا القول به في مسألة ما اذا أقاما البينة على نكاح امرأة لأن ملك النكاح لا يقبل الاشتراك .

وقد مرت هذه المسألة ص : ١٩٥

(٨) انظر ص١٩٥-١٩٦ البحر الرائق : ٤/ ٢٩٧ ، الاختيار : ٤/ ٣٤ ، تبيين الحقائق ٣/ ١٠٥ .

(٩) ما بين القوسين في ص " النكاح يبينه رجلين " .

(١٠) ساقطه من ـ أ ـ

المعتبر ما[1] هو المقصود منه وهذه المقاصد تحتمل التجزئه والشركه[2] كما اذا ثبتت[3] بالأخوة أو العموه أو الخوولة ولهذا أثبتت[4] أبو حنيفة من امرأتين (٥) ولهذا يجعل (٦) النسب للباقي منهما .

فأما[7] النكاح فالمقصود منه ملك الوطء وما يتولد منه فرع[8] وزوائد وهذا الملك لا يحتمل التجزى والشركه فلذلك لم يجب الحكم بالبينتين بل وجب الوقف .

وكذلك حكم أبو حنيفة بالولد من المرأتين وانه لا يتصور ، لأن الأحكام متصوره على الشركة كما يثبت للخالتين من الحضانة والأرث . وكذلك العمتان والأختان .

ثم الدليل على ابطال[9] القرعة للتعيين ما مر في كتاب العتاق والطلاق[10]

---

(١) في ص - لما -

(٢) انظر: البحر الرائق ٢٩٧/٤ ، تبين الحقائق ١٠٥/٣ الهداية وشرح العناية ٥٢/٥ .

(٣) في -أ- ثبت

(٤) هكذا في النسخ والظاهر لي ان الصواب أثبته .

(٥) راجع ص ١٩٧

(٦) في ص - فجعل .

(٧) في ص - وأما

(٨) في ص فروع .

(٩) في ص بطلان .

(١٠) انظر: كتاب العتاق من الاسرار ٢/ل ٦٠ ب وما بعدها
انظر: كتاب الطلاق من الاسرار

أن الحق متى ثبت لمجهول كان لثبوته في العين حكم ابتداء الثبوت في حق العين فلا يثبت بالقرعه كما لا يثبت الا بتداء . (١)

وأما حديث القافة فخبرهم ليس بحجه ولا ترجيح لأنهم يخبرون عن شبه والشبه دليل محتمل(٢) لأن الولد يأخذ الشبه من ابيه وأمه (٣) وقد يأخذ الشبه من جده وجد(٤) جده الى الأعلى ويكون ذلك الشبه قد انتزع من ذلك الأصل الى سائر أولاده الذين هم أجانب اليوم ، فيدل الشبه الشاهد للحال(٥) أنه ابن اجنبي وهو ابن ابنه أخذ ذلك الشبه من جد جده .

---

(١) في ـ أ ـ بالا بتداء ـ

(٢) انظر: تبيين الحقائق : ٣/١٠٥ .

(٣) في صحيح مسلم وغيره عن قتاده ان انس بن مالك حدثهم أن أم سليم حدثت انها سألت نبى الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل فقالت أم سليم واستحييت من ذلك قالت وهل يكون هذا فقال نبى الله صلى الله عليه وسلم نعم فمن أين يكون الشبه ان ماء الرجل غليظ وماء المرأة رقيق اصفر فمن ايهما علا أو سبق يكون منه الشبه " .

صحيح مسلم بشرح النووى : ٣/٢٢١ ، ابن ماجه : ١/١١٠ ، رقم ٥٩٨ ، مسند أحمد : ٢/١١٧ - ١١٩

وفي حديث آخر : " اذا علا ماؤها ماء الرجل اشبه الولد اخواله واذا علا ماء الرجل ماءها أشبه أعمامه "

صحيح مسلم بشرح النووى : ٣/٢٢٥ ،صحيح البخارى مع الفتح ١/٢٢٨ ، ٦/٣٦٢ ، ١٠/٥٠٤ .

(٤) كلمة جد ساقطه من ص

(٥) في ص اليوم .

واليه[1] أشار النبى عليه السلام حيث أتاه رجل (٢) ينفى ولده بعلة مخالفة الألوان فقال له عليه السلام هل لك من إبل فقال نعم فقال ما ألوانها فقال حمر فقال هل فيها من أورق[3] فقال نعم فقال عليه السلام من أين جاء فقال لعل عرقا نزع فقال عليه السلام لعل[4] عرقا نزع . (٥)

---

(١) أى الى الشبه وكونه يحصل وان بعد المنزوع منه . وانظر: المبسوط ٧٠/١٧

(٢) هذا الرجل هو ضمضم بن قتادة رضي الله تعالى عنه .
الاصابة : ٢١١/٢ ، تجريد اسماء الصحابة : ٢٧٣/١ ، فتح البارى : ٤٤٣/٩ ، نيل الاوطار : ٢٧٨/٦ ، عون المعبود شرح سنن ابى داود ٣٥٠/٦ .

(٣) الأسود الذى يخالط سواده بياض .
انظر: لسان العرب : ٣٧٦/١٠ ، المغرب : ٢٥١/٢ ، النهاية في غريب الحديث : ١٧٥/٥

(٤) في ص - ولعل .

(٥) الحديث رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن ابى هريرة رضي الله تعالى عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ولد لي غلام أسود فقال هل لك من ابل قال نعم قال ما ألوانها ؟ قال حمر قال هل فيها من أورق ؟ قال نعم قال فأنى ذلك قال لعل نزعه عرق قال فلعل ابنك هذا نزعه " .
صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ٤٤٢/٩ ، ١٧٥/١٢ ، ٢٩٦/١٣ .
صحيح مسلم بشرح النووى ١٣٣/١٠ ، سنن ابى داود ٣٤٩/٦ سنن الترمذى : ٤٣٩/٤ ، سنن النسائي : ١٧٨/٦ ، سنن ابن ماجه ٣٧٠/١ ، مسند أحمد : ٣٤/١٧ ، السنن الكبرى ٢٦٥/١٠ .

فان قيل نعم هذا مسلم ولكن الظاهر لنزوع عروق الابناء دون الأصول (١)
فترجح (٢) البينة بهذا الظاهر . (٣)

كما لو كان الولد في يد أحدهما كان أولى (وترجح باليد) (٤)
قلنا ارأيت لو ادعيا (٥) ولدا (٦) في أيديهما (٧)

---

(١) سبق ذكر كلام السمعاني في هذه المسألة ص : ٢٢٦

(٢) في ص فتترجح وفي ـ أ ـ فيترجح .

(٣) تعارض البينات في دعوى النسب عند الشافعية ينحى به منحى التعارض فيما سواه فعلى القول بالتساقط تصبح البينه ملغاه لا اثر لها وعلى القول باستعمالها لا يتأتى في دعوى النسب الوقف أو القسمه أو القرعه على الأصح عند الشافعية كما سبق ص ٢١٤ . . فاذا حكم القافة بالحاقه بأحدهما لم يصر حكمهما ترجيحا للبينه بالظاهر كما يقول المؤلف وهذا فيما يظهر لى والله تعالى أعلم بالصواب .

(٤) ما بين القوسين مثبت من ص
قال الشربيني رحمه الله " تنبيه قضية اطلاقه أنه لا فرق أن يكون لاحدهما عليه يد أولا والأشبه بالمذهب كما قال الرافعي تفصيل ذكره القفال في اللقيط وهو أنه ان كان في يده من التقاط لم يؤثر والا قدم صاحب اليد وان تقدم استلحاقه والا فوجهان .
قال الزركشي أصحهما بستويان فيعرض على القائف .
مغنى المحتاج : ٤/٤٨٩ ، وانظر : مغنى المحتاج أيضا ٢/٤٢٨
روضة الطالبين ٥/٤٣٩ - ٤٤٠ ، أسنى المطالب : ٢/٥٠٢ ،
نهاية المحتاج : ٥/٤٦٤ .

(٥) في الأصل ادعتا وفي ص ـ ادعى والمثبت من ـ أ ـ لمناسبته لما بعده .

(٦) في ص كلمة غير واضحة ولعلها ـ هو

(٧) في ص يديهما .

وباحدهما[1] شبه أكثت ترجح يده بالشبه

وهذا[2] لأن هذا طريقه طريق استصحاب الحال لعدم دليل التغيير لا بدليل موجب للبقاء لأن كونه من أبيه لا يوجب أن لا يأخذ شبه أجنبي وهو من جد جده على ما مر (١٧٨ /أ) [3]

ومثل هذا الظاهر يكون (حجه)[4] دافعه على ما مر فيما مضى (٥) الا أنه[6] يقول : انما[7] نجعله " دافعة للحجة[8] " الأخرى .

ألا ترى أن اليد حجه دافعه وترجحت بها البينه وكذلك تصاوير الجذع الذى مر ذكره . [9]

---

(١) في الأصل - وباخذهما - باهمال الحرف الأول - والمثبت من ص -أ - لمناسبته للمقام

(٢) أى الترجيح باليد

(٣) راجع ص ٢٦٦

(٤) مثبته من ص -أ - ليستقيم الكلام .

(٥) راجع ص ١٣٢-١٣٣

(٦) أى الشافعي

(٧) في ص انما

(٨) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٩) ص : ٢٦٦

والجواب الصحيح

أن الشرع لما أقام الفراش الظاهر في هذا الباب مقام الماء في (حق من يجوز أن يكون)[1] له ولد سقط اعتبار حقيقة الماء ، والشبه يكون من حقيقته فسقط اعتباره راسا " تيسيرا "[2] " علينا في اقامة "[3] السبب الظاهر مقام الباطن الذى يتعذر الوقوف عليه ، وتطييباً لقلوب الآباء حال شبه أولادهم بغيرهم[4] " بأن "[5] لم يجعل للشبه عبرة . (٦) اهـ.

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في ص تيسير

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص وكلمة بغيرهم غير واضحه في ـ أ ـ

(٥) غير واضحة في ـ أ ـ

(٦) في ص ـ والله أعلم .

وانظر المبسوط : ١٧ / ٧٠ - ٧١ .

مسألة : (١)

قال أبو يوسف " والقياس(٢) ما " قاله الشافعي . (٣)

لأن النسب لا يحتمل التجزى الا أنى(٤) تركته بنص(٥) الصحابة(٦) فلا أقيس الثلاثة(٧) على الاثنين .

ومحمد يقول القياس صحيح على ما بينا على(٨) الشافعي أن العبرة للأحكام بخلاف النكاح لرجلين وبخلاف المرأتين تدعيان(٩) ولدا الا أن الأخذ به يفحش في الكثير فيثبت نسب ولد(١٠) من الف ألف فتركنا القول به وجعلنا الحد الفاصل بين القليل والكثير(١١) بالثلاثه على ما عرف . (١٢)

---

(١) في ص فصل .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٣) انظر: المبسوط : ١٧ / ٧١ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٤٤ .

(٤) غير واضحه في ص

(٥) غير واضحه في ـ أ ـ

(٦) يريد ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما ص : ٢٢٦ - ٢٢٧

(٧) في الأصل و ـ أ ـ الثلث والمثبت من ص :

(٨) غير واضحه في ص

(٩) في الأصل اهمل الحرف الأول وفي ـ أ ـ يتداعيان والمثبت من ص

(١٠) في ص الولد .

(١١) ساقطه من ص

(١٢) في ص والله أعلم .

مسألة :

الخارج وذو اليد[1] واذا أقاما[2] البينة على مطلق الملك[3] كانت بينة الخارج أولى عندنا[4] وقال الشافعي[5] بينة ذى اليد اولى (٦)

---

(١) الخارج - هو المدعي الذى ليست العين المدعاة في يده .
وذو اليد ويسمى الداخل هو الذى العين المدعاة في يده .
أدب القضاء لابن أبى الدم : ٢٩٩ ، ١/٥٨٥ ، وانظر التعريفات الفقهية : ٢٧٢

(٢) غير واضحه في ص .

(٣) الملك المطلق هو المجرد عن بيان سبب معين بأن ادعى أن هذا ملكه ولا يزيد عليه .
التعريفات للجرجاني : ٢٢٩ و ٢٠٩ ، التعريفات الفقهية : ٥٠٥ ٤٧٨ ، وانظر: البحر الرائق : ٧/١٤ ، تبيين الحقائق ٤/١٩١ الدرر الحكام : ٢/٤٠٩ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٤٠٦ ، مجمع الانهر : ٢/٢٧٢ .

(٤) غير واضحه في ص
وانظر: مذهب الحنفيه في المصادر التالية :
تحفة الفقهاء : ٣/١٨٣ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٣٢ ، الاختيار ٢/١١٦ ، مجمع الأنهر : ٢/٢٧٢ ، روضة القضاة : ٤/١٤٤٧ .
المبسوط : ١٧/٣٢ .
وقول الحنفيه هو المذهب عند الحنابلة
الانصاف : ١١/٣٨٠ - ٣٨١ ، الفروع : ٦/٥٣٤ ، المغنى ٩/٢٧٥
الافصاح : ٢/٣٦٦ ،
وللحنابله رواية ثانية أن بينة الداخل مع صاحب اليد إذا شهدت بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه او اشتراها ... قدمت وهو مذهب الحنفيه كما يفيده تقييد المؤلف هنا حيث قيد بمطلق الملك .
انظر: الدرر الحكام : ٢/٣٤٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٥٧٠
نتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/١٧٣- ١٧٤ ، المغنى : ٩/٢٧٥ .

(٥) غير واضحه في ص .

(٦) رحمة الامة : ٤١٥ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٨٠ - ٤٨١ . ===

لان[1] كلتا البينتين قبلنا بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر[2] وكل واحد منهما مدع صورة ومعنى. أما الصوره فلأنه يقول هذا الشيء لي[3] وليس " لك[4].

(=) نهاية المحتاج : ٣٦٢/٨ ، الوجيز : ٢٦٨/٢ ، شرح السنه ١٠٧/١٠ ، اسنى المطالب : ٤٠٩/٤ ، روضة الطالبين ٥٨/١٢ والمؤلف أطلق القول في مذهب الشافعية اذ أن عندهم بعض مسائل تقدم فيها بينة الداخل .

انظر: أدب القضاء لابن ابى الدم ٢٩٧ ، ٥٨٤/١ ، مغنى المحتاج : ٤٨١/٤ ، روضة الطالبين : ٦٠/١٢ .

ويقول الشافعية قال المالكية في المشهور كما قاله ابن فرحون وهو رواية للحنابله .

تبصرة الحكام : ٣٠٩/١ ، أسهل المدارك : ٢٢٨/٣ . المغنى ٢٧٦/٩ ، الافصاح : ٣٦٦/٢ ، الانصاف : ٣٨١/١١

وهل يلزم الداخل يمين

للشافعية وجهان أصحهما لا ، روضة الطالبين : ٦٠/١٢

وقال المالكية كما نص عليه ابن فرحون يحلف . تبصرة الحكام ٣٠٩/١

وقال الحنابلة لا يحلف . المغني : ٢٧٦/٩ .

(١) في ـ أ ـ لا ـ بحذف النون ـ

(٢) سبق تخريجه . ٥٥

(٣) ساقطه من ص .

(٤) غير واضحه في ص .

«وأما المعنى[١] فلأن كل واحد منهما يحتاج الى اثبات صدقه بالحجه لينقطع منازعة " الآخر معه " [٢]

" وهذا كالمتبايعين[٣] " اذا اختلفا في ثمن المبيع وأقاما البينه قبلت بينتا هما جميعا[٤] وكذلك " اذا كانا خارجين جميعا " [٥]

وكذلك اذا ادعيا النتاج والمسألة بحالها[٦].

وكذلك اذا ادعيا نسب ولد وهو في يد احدهما وأقاما البينه . [٧]

وأما من حيث المعنى الفقهي فهو أنه[٨] ادعى مالا على خصم ينازعه فيقبل[٩] بينته قياسا على الخارج . [١٠]

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص (ح) ما بين القوسين غير واضح في ص
وانظر عن هذا المعنى الذى ذكره المؤلف رحمه الله . الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٤) انظر: المهذب : ٢/٣١٥ ، مغنى المحتاج : ٢/٩٥ ، نهاية المحتاج : ٤/١٦٠ .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص
وقد سبق ص ١٨٦ بيان القول في مسألة ما اذا ادعيا عينا في يد ثالث وأقاما البينة فان الشافعية يقبلون البينة في قول لهم ثم وقع الاختلاف في الاستعمال .

(٦) ساقطه من ص
وانظر الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب

(٧) سبق التعليق على هذه المسألة ص : ٢٣٨ .

(٨) في ص اذا .

(٩) في ص فتقبل .

(١٠) انظر: الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب .

ولا يلزم اذا أقام البينة بلا خصم حضر معه لأنه لا خصم . (١)

ولا يلزم اذا أقام قبل الخارج لأن من مشائخنا من يقول (٢) تقبل (٣) البينة (٤).

وان سلمنا (٥) أنه (٦) لا يقبل (٧)، فلا يلزم لأنا عللنا لقبول بينة ذى اليد قياسا على الخارج (٨) ولم نعلل (٩) لبيان الحال (١٠)

---

(١) أى ولا يلزم من قولنا بقبول بينة الداخل وتقديمها قبولها في حالة ما اذا أقامها بدون خصم فالصحيح عند الشافعية أنها لا تسمع لأن البينة انما تقام على خصم وقيل تسمع للتسجيل .
روضة الطالبين : ١٢/ ٥٩ ، وانظر: الوجيز للغزالي : ٢/ ٢٦٨
مختصر من قواعد العلائي : ٢/ ٦٣٠ .

(٢) في ص ـ قال

(٣) في ـ أ ـ يقبل

(٤) الأصح عند الشافعية عدم سماعها لأن الأصل في جانبه اليمين فلا يعدل عنها ما دامت كافيه . وقال ابن سريج تسمع بينته لدفع اليمين كالمودَع تسمع بينته على الرد والتلف وان كفته اليمين .
روضة الطالبين : ١٢/ ٥٩ ، وانظر: المنهاج ومغنى المحتاج : ٤/ ٤٨١ ، نهاية المحتاج : ٨/ ٣٦٣ ، الوجيز : ٢/ ٢٦٨ ، اعانة الطالبين : ٤/ ٢٦٤ .

(٥) في ـ أ ـ سلمناه

(٦) أى القاضي .

(٧) في الأصل أهمل الحرف الأول وفي ص تقبل والمثبت من ـ أ ـ والمعنى اذا سلمنا أن القاضي لا يقبل بينة ذى اليد قبل الخارج بعد الدعوى فهذا لا يلزمنا بعدم قبولها فيما بعد للحاجه اليها .

(٨) انظر: الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب فقد علل لهذا الأمر

(٩) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يعلل والمثبت من ص

(١٠) أى ولم نعلل للقبول بكونها في يد ذى اليد وليست في يد الخارج .

ثم للقبول شرائط منها مجلس القضاء (١) ومنها خصم (٢) ومنها أن لا يشهد الظاهر له (٣) وقبل بينة الخارج الظاهر شاهد لذى اليد وبعد بينته(٤) يصير الظاهر للخارج ومنها حاجته اليها وقبل بينة الخارج لا حاجه له الى استحقاق ما في يده لأن الاخر لا يستحق بدعواه حقا في المال ،وبعد بينة الخارج قد احتاج الى المعارضه دفعا للاستحقاق عن نفسه واليد التى له لا تكفى(٥) لمعارضة الخارج . (٦)

ولا الملك الثابت باليد يعارض الملك الثابت بالبينه لأن الثابت بالبينة أقوى ولما احتاج ثبت شرط صحة المحاجه «بالبينه»(٧) فقبلت.

ألا ترى أنهما(٨) اذا ادعيا النتاج سمعت بينة ذى اليد لهذا المعنى(٩)

(١) ثبوت الحق بالبينه لا بد فيه من الحكم من قبل القاضي .
انظر: فيض الاله المالك ٢/٣٤٤ .

(٢) تقدم ان الصحيح عند الشافعية أنها لا تسمع عند عدم الخصم .

(٣) أى للخارج .

(٤) في الأصل غير واضحه وفي ـأ بينه والمثبت من ص

(٥) في الأصل اهمل الحرف الاول وفي ـأ ـ يكفى والمثبت من ص

(٦) انظر: الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب .

(٧) في ص ذى البينه .

(٨) أى الخارج وذو اليد

(٩) أى احتياجه للدفع .
انظر: تفصيل المسألة في المصادر التالية :
الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ب ، بدائع الصنائع ٦/٢٣٤ ،شرح أدب القاضي ٣/٢٣٩ ، البحر الرائق : ٧/٢٤٢ ، الأختيار :٢/١١٧ تبيين الحقائق ٤/٢٩٥ و ٣٢٠ ، تحفة الفقهاء ٣/١٨٨ وهو رواية للحنابله المغنى ٩/٢٧٥ ، المسائل الفقهية لابى يعلى ٣/١٠٢ - ١٠٣ .

وكذلك اذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا وتاريخ ذى اليد اسبق سمعت البينة بالاجماع[1] وكذلك اذا أقام الخارج[2] البينة أن هذا العبد عبده وأقام ذو اليد البينة أنه عبده دبره سمعت بينته . (٣)

وكذلك "لو"[4] ادعيا جميعا الملك والتدبير والمسألة مذكورة في آخر الدعوى . (٥)

وكذلك لو[6] ادعيا جميعا الملك والاعتاق . (٧)

واذا قبلت البينتان جميعا ترجحت بينة ذى اليد باليد كما في النتاج[8]

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٣٢٠ ،شرح العناية ونتائج الأفكار ٨/ ١٧٣ - ١٧٤ ، الدرر الحكام ٢/ ٣٤٤ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٨ . . . حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٧٠ ، الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب ،المهذب ٢/ ٣١٤ .

(٢) ساقطه من ص

(٣) مجمع الانهر ٢/ ٢٨٠ ، شرح العناية ونتائج الأفكار ٨/ ١٧٤- ١٧٥ الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب .

(٤) في ص ـ اذا

(٥) نتائج الافكار ٨/ ١٧٥ ، الاصطلام : ٢/ل ٢٢٦ ب

(٦) في ص اذا

(٧) شرح العناية ونتائج الافكار : ٨/ ١٧٤ - ١٧٥ ، البحر الرائق ٧/ ٢٠٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٩٥

(٨) انظر الصفحة السابقة تعليق رقم (٩)

وكما في دعوى سبق الملك[1] وكما في التدبير والاعتاق . (٢)

وهذا لأن اليد ضرب دلالة على الملك فيترجح به البينة كما يترجح الخبران إذا تعارضا بالقياس . (٣)

ويحتج لعلمائنا

بقول النبي عليه السلام " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " (٤)

فظاهره يقتضي أن لا بينة على المنكر ، ولا يكون منه حجه وأن[5] المنكر غير المدعى لأن النبي عليه السلام قسم الخصوم فجعل قسما مدعيا وقسما منكرا وقسم الحجج نوعين فجعل نوعاً على المدعى ونوعا على المنكر والقسمه تقتضي التمييز . (٦)

---

(١) من أسباب الترجيح بين البينتين المتعارضتين اشتمال احداهما على زيادة تاريخ فاذا أرختا نظران اختلفت في التاريخ بأن شهدت بينه زيد أنه ملكه منذ سنه وبينه عمرو أنه ملكه منذ سنتين للشافعية طريقان المذهب التقديم .
انظر: روضة الطالبين ١٢/٦١ - ٦٢

(٢) الاصطلام ٢/ل ٢٢٦ ب

(٣) انظر: المهذب ٢/٣١٢ ، مغنى المحتاج : ٤/٤٨٠ ، اسنى المطالب ٤/٤٠٩ ، البرهان : ٢/١١٧٨ .

(٤) سبق تخريج الحديث ص ٥٥ وقد استدل به الكاساني وغيره .
انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٣٢ ، الدرر الحكام ٢/٣٤٤ ، شرح أدب القاضي ٣/٢٤٢ ، حاشية ابن عابدين ٥/٥٧٠ ، أدب القاضي بشرح الجصاص ص ٢٤١ ، نتائج الأفكار ٨/١٧٥ - ١٧٦ ، المغنى ٩/٢٧٦ .

(٥) في ص فان

(٦) هذا هو وجه الدلالة من الحديث وقد قال الحنفيه بأنه لا بينة في جانب المدعى عليه - المنكر - وانما عليه اليمين .
انظر: نصب الراية : ٤/٩٦ ، شرح أدب القاضي ٣/٢٤١ - ٢٤٢
تبيين الحقائق ٤/٢٩٤ ، الدرر الحكام : ٢/٣٣٣ ، البحر الرائق
= = =

ثم الخارج مدع[١] بالاجماع[٢] فلا يكون الآخر إلا منكرا .

والمعنى الفقهي أنا أجمعنا أن بينة ذي اليد لا تقبل بغير خصم لعدم المنازعه[٣] والخصومه[٤] . فكذلك بعد الدعوى قبل بينة الخارج[٥] لأنه[٦] لا يستحق شيئا بالدعوى فلم يحتج بدعواه الا الى الجواب .

فاذا أنكر[٧] تمت المقابله[٨] فصارت دعواه[٩] بعد المقابلة كدعواه قبل الخصومه[١٠] .

(=) ٢٠٤/٧ ، الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية ١٧٢/٨

(١) في الأصل و ـ أ ـ مدعي والمثبت من ص

(٢) لا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله في أن الخارج هو المدعي كما قاله المؤلف حتى عند الشافعية رحمهم الله . لكن للشافعية ومن وافقهم وجهة نظر في قبول بينة الداخل .
انظر : حاشية ابن عابدين ٥٧٠/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٩٥/٤ ، الدرر الحكام : ٣٤٤/٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم : ٢٩٩ ٥٨٥/١ ، المغني : ٥٧٥/٩ ، تبصرة الحكام : ٣٠٩/١ . . . . .

(٣) في ص المنازع

(٤) الصحيح من مذهب الشافعية عدم سماعها ايضا . انظر روضة الطالبين ٥٩/١٢ ، الوجيز ٢٦٨/٢ .

(٥) انظر : المصدرين السابقين .

(٦) أي الخارج

(٧) أي الداخل

(٨) بين الخارج والداخل

(٩) أي الداخل

(١٠) في الأصل خصومه وفي ـ أ ـ خصومته والمثبت من ص .

وأما اذا قامت البينة للخارج فماله[1] " بعد " حق قبل القضاء لكن ثبت له حق القضاء باقامة الحجة فوقعت الحاجه الى مقابلة الحجه بمثلها فصح دعوى الملك لاقامة البينة ليقابل الخارج (١٧٨ ب) على ما زعم الا أن بينة الخارج تكون[2] أولى[3] اذا اقاما على مطلق الملك .[4]

لأن البينه شرعت للاثبات والخارج بينته لنفسه على ذى اليد لأنه مستحق ظاهرا بيده وبالبينة يبطل حقه .

وذو اليد ان أثبت لنفسه ملكا مثل ما أثبته الخارج ولم يكن ثابتا باليد " فما أثبته على الخارج[5] " وما أبطل حقه[6] لأنه لم يثبت له بعد حق بل دفعه عن نفسه فكان بينة الخارج أكثر أثباتا " متى استحقه "[7]

---

(١) في ص كماله وهو خطأ
والضمير يعود الى الخارج

(٢) ساقطه من ص

(٣) في ص ـ الا ـ

(٤) سبق وأن اشرت في بداية المسألة أن التقييد من المؤلف بمطلق الملك انما هو احتراز عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقى الملك من واحد .
وانظر: حاشية ابن عابدين ٥/٥٧٠ ، الدرر الحكام : ٢/٣٤٤ ، شرح العناية ونتائج الأفكار : ٨/١٧٣ - ١٧٤ ، تبيين الحقائق ٤/٢٩٥ .

(٥) في الأصل ـ فما أثبت شيء لخارج والمثبت من ص ـ أ ـ

(٦) أى حق الخارج .

(٧) في ص لما استحق .

على ذى اليد وأبطل حقه الثابت قبل بينته فصارت أولى . (١)

الا أن يدعى ذو اليد ملكا أسبق من ملكه .

لأنه يثبت في وقت لا ينازعه الا خر فيه فيصير أولى . (٢)

وكذلك اذا ادعيا جميعا الملك والتدبير وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى (٣)

لأن التدبير يوجب الولاء والولاء بمنزلة النسب ولا يحتمل النقض(٤) ، فاذا آل الأمر الى اثباته(٥) صار(٦) الملك تبعا "له"(٧) وذو اليد مثل الخارج في استحقاق الولاء لانه يستحقه(٨) على العبد لا على الخارج ، ولما استويا ترجح باليد . (٩)

وكذلك النسب لأنه يثبت بينه وبين الولد لا بين الخارج وذى اليد . (١٠)

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٩٥ .

(٢) الاختيار : ٢/١١٧ ، البحر الرائق ٧/٢٤٢ ، تبيين الحقائق ٤/٣٢٠ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٨/٢٦٢ ، النتف ٢/٧٨٧ .

(٣) مجمع الأنهر : ٢/٢٨٠ البحر الرائق ٧/٢٠٥ ، تبيين الحقائق ٤/٢٩٥

(٤) في الأصل النقص والمثبت من ص ـ أ ـ

(٥) غير واضحه في ـ أ ـ

(٦) ساقطه من ـ أ ـ

(٧) ساقطه من ص

(٨) في الأصل تستحقه والمثبت من ص ـ أ ـ

(٩) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٩٥

(١٠) انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٥٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/٥٧٠ الاشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٩٢ .

وأما اذا أقاما البينه على النسج[1] فان كان النسج[2] مما يتكرر فبينة الخارج أولى[3] لأن التملك به يتصور على صاحبه نحو نسيج[4] في يدى رجل ينقضه آخر ويغزله[5] وينسجه نسجاً فقد تملكه عليه فلما تصور التملك به على صاحبه كمطلق الملك صار استحقاق الخارج أكثر على ما قلناه .

وأما اذا كان مما لا يتكرر كان الدعوى دعوى ابتداء تملك العين لا على أحد لأن ابتداءه لا يتصور على غيره فصار بمنزلة دعوى الولاء والنسب يثبتان ابتداء على الولد والعبد لا على خصم فيساوى[6] ذو اليد الخارج فيترجح بينته باليد . (٧)

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ النتاج والمثبت من ص ليستقيم الكلام مع ما بعده .
والنسج لغة : ضم الشيء الى الشيء يقال نسج الثوب اذا حاكه
انظر: لسان العرب : ٢/٣٧٦ ، المعجم الوسيط : ٢/٩١٧

(٢) المثبت من ص

(٣) بدائع الصنائع ٦/٢٣٤ - ٢٣٥ ، الاختيار : ٢/١١٧ ، تبيين الحقائق ٤/٣٢١ ، البحر الرائق ٧/٢٤٤ ، شرح أدب القاضي ٣/٢٣٩ .

(٤) في ص نسج .

(٥) قال في المعجم الوسيط ،غزل الصوف أو القطن ونحوهما غزلا فتله خيوطا بالمغزل ، ٢/٦٥٢

(٦) في ـ أ ـ فساوى

(٧) بدائع الصنائع ٦/٢٣٥ ، الاختيار ٢/١١٧ ، المبسوط ١٧/٦٥ البحر الرائق ٧/٢٤٤ ، تبيين الحقائق ٤/٣٢٠ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٨/٢٧٠ ، اللباب في شرح الكتاب ٤/٣٦

فعلمت ان بينة ذى اليد مقبوله في هذه المسائل[1] لحاجته الى اثبات ملك يعارض الخارج وأنه (٢) غير ثابت باليد فصحت دعواه وبينته كذلك . (٣) ثم العمل يجب بالراجح منهما[4] ، أو يجب العمل بهما اذا استويا وأمكن العمل بالشركة[5] أو يجب الوقف اذا لم يحتمل . (٦)

والذى يوضحه ان البينة كما تقبل على دعوى أمر غير ثابت بالظاهر تقبل[7] على دعوى أمر ثابت بالظاهر ليصير أثبت .

ألا ترى أن المودَع اذا ادعى رد الوديعة وأنكر الاخر كان القول قول الرادّ[8]

---

(١) أى مسائل النتاج والأشياء التى لا تتكرر .

(٢) غير واضحه في ص

. والضمير يعود الى الملك

(٣) في ص لذلك

(٤) أى من البينتين

ومراده أنه في حالة دعوى النتاج وكل أمر لا يتكرر أن العمل يكون بالراجح منهما وهى بينة صاحب اليد .

(٥) كما اذا ادعى الخارجان النتاج على ثالث يقضى به بينهما نصفين .
انظر: شرح أدب القاضي : ٣/٢٣٣ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٣٤

(٦) الظاهر لي أن المؤلف يريد بهذا دعوى النكاح فهو في معنى النتاج لكن اذا عدم المرجح لأحدى البينتين يوقف الأمر لأن المحل غير قابل للاشتراك .
انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٩٥ و ٣١٦ والله تعالى أعلم .

(٧) في -أ- يقبل .

(٨) انظر روضة القضاة ٢/٦٢٤ .

واذا أقام البينة قبلت بينته كما لو كان غاصبا ولم يصدق على دعواه[1] .

ولا فرقان[2] بين ذى اليد والخارج الا من حيث ثبوت الملك لذى اليد بظاهر اليد الا انا لا نقبل قبل بينة الخارج ، لأنه لا يحتاج إلى الاثبات كما قبل خصومه[3] ، لما ذكرنا أن دعواه[4] قوبل بانكاره[5] وحاجته في الحقيقة إلى المعارضه والمقابله[6] ليندفع عنه شره لاليستحق عليه شيئا هو له في الظاهر فما ثبت[7] " للمدعى قبل القضاء له حق بعده[8] فيما ادعاه وانما[9] قضينا للخارج بضرب[10] رجحان له على بينة ذى اليد لا لأن بينة ذى اليد لا تقبل بحكم يده ومن هذا الجنس مسائل بين علمائنا .

---

(١) روضة القضاة ٢/٦٢٥ ، ٤/١٢٧٦

(٢) في ص فرق

(٣) غير واضحه في ص والصواب الخصومه .

(٤) أى النازع

(٥) أى الداخل

(٦) في ص المدافعة

(٧) في ص فأثبت

(٨) غير واضحه في ص

(٩) في الأصل و ـ أ ـ وانا والمثبت من ص

(١٠) في ـ أ ـ لضرب .

مسألة[1] :

رجلان تنازعا في مال وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراه من صاحبه فان البينتين تبطلان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وتبقى[2] الدار[3] في يدي من كانت[4] الدار[5] في يده .

وقال محمد ان قامت البينتان على الشراء بلا قبض قضى[6] بالدار[7] للخارج[8] " وان قامت على الشراء والقبض قضى بها[9] لذي اليد . (١٠)

---

(١) ساقطه من ص

(٢) في ص ـ أ ـ يبقى

(٣) في ص ـ الشيء

(٤) في ص ـ كان

(٥) ساقطه من ص

(٦) في ـ أ ـ قبض وهو خطأ .

(٧) ساقطه من ص

(٨) في ص بلا قبض

(٩) في ـ أ ـ به

والضمير هنا إما أن يعود على المال أو الدار أو شيء فالمسألة فيها اضطراب في نوع الشيء المدعى به كما ترى .

(١٠) انظر تفصيل المسألة في المصادر التالية :

مختصر الطحاوي : ٣٥٣ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٣٣ - ٢٣٤ .

مختلف الرواية ل ١٦٦ ب ، مجمع الأنهر : ٢/٢٧٩ ، الاختيار ٢/١١٧ ، المبسوط : ١٧/٦٠ ، روضة القضاة : ٤/١٤٤٥ ، البناية : ٧/٤٩٥ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٨/٢٧٢ تبيين الحقائق : ٤/٣٢٢ ، البحر الرائق : ٧/٢٤٥ .

وذهب الى أن[١] البينات[٢] حجج الله فيجب العمل (بها[٣]) ما أمكن على ما هو الأصل في حجج الله وعلى ما مر في ما مضى من أمور البينات المتعارضه والعمل بها[٤] بضرب ترجيح ، واذا صارت الحجه واجب[٥] العمل بها ما أمكن الا بدليل .

وقد احتمل كل واحد من الشرائين أن يكون سابقا ولاحقا (احتمالا على السواء)[٦] ولم يشهد الشهود بالمقارنة بل بشراء ليس معه غيره،لم يحكم بالمقارنة بنص الشهاده (وبقى الأمر للاحتمال)[٧] ، والحجه يعمل بها ما أمكن[٨] فيترجح الجانب الذى يتعلق العمل به،حتى يبقى واجب العمل به . (٩)

ولم (يجز ترك هذا)[١٠] العمل بعد ما وجب بالاحتمال .

واذا كان كذلك وجب تقديم شراء ذى اليد اذا لم يشهدوا بالقبض ليصح الشراء الثاني بعده ، فيصير كأنه اشترى وقبض ثم باع فلزمه (١١) التسليم

---

(١) ساقطه من ص

(٢) في ص البينتان

(٣) مثبته من ص ـ أ ـ

(٤) ساقطه من ص

(٥) غير واضحه في ص والذى يظهر لي أن صحة الكلمة " وجب ـ ليستقيم المعنى والله أعلم .

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٨) في ـ أ ـ يمكن .

(٩) المثبت من ص ـ أ ـ

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(١١) في ص فيلزمه .

فيكون عطلا بالحجتين جميعا . (١)

وليس يعارضه الآخر بمثله فانا لو جعلنا شراء الخارج أولا والقبض لم يثبت بشهادة (٢) مصير بائعا ما اشترى قبل القبض فلا يصح . (٣)

فأما اذا شهدوا بالشراء والقبض فأى البيعين (جعل سابقا صح الآخر)(٤) بعده(٥) فيستويا(٦) من هذا الوجه(٧) ، فأخرنا شراء ذى اليد ليكون يده صحيحه (١٧٩ أ) بحكم (البينه عن شراء لا)(٨) بيع بعده بخلاف ما اذا أقام كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه له . (٩)

(لأن كل واحد من الاقرارين)(١٠) يصح قبل القبض وبعده فلا يبقى

---

(١) انظر: المبسوط : ١٧ / ٦٠ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٣٣ ، الاختيار ٢ / ١١٧ ، الجوهرة النيره : ٢ / ٣١٥ .

(٢) يظهر لي أن كلمة " لأنه " ساقطه فالمقام يقتضيها والله أعلم .

(٣) انظر: الأختيار : ٢ / ١١٧ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٣٣ - ٢٣٤ . المبسوط : ١٧ / ٦٠ .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٥) في ص ـ أ ـ وحده

(٦) في ص فيستويان

(٧) في ص غير واضحه وفي ـ أ ـ الوجوه .

(٨) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٩) انظر: المبسوط : ١٧ / ٦١ ، وراجع ص : ١٩٨

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص .

لأحدهما على الآخر رجحان (في الصحه فاستويا فجعل كأنهما وقعا معـــا) (١) فبطلا واندفع كل واحد «بـ»(٢) بالآخر .

ولا(٣) يحتمل أن الخارج اشترى (أولا وقبض ثم باع فصح)(٤) لأن الشهود لم يشهدوا بقبض فلا يمكنه أن يقضي(٥) به بغير حجه .

ولا معنى لقولكم(٦) ان فيما ذهبنا " اليه(٧) " اثبات تاريخ لم يشهد بـــــه الشهود لأن الشهود " ما شهدوا(٨) " بالمقارنه بل شهدوا ببيعيـــــن متفرقين وقد احتمل كل واحد منهما السبق فرجحنا نحن أحد الاحتمالين بدليل ، والدليل يبين(٩) المراد بالحجه مرادا(١٠) كان يحتمله/فيصير بعـــد البيان ثابتا انه كان مفسرا فيه فيكون ثابتا بالحجه نفسها وشهادتهـــم ما احتمل(١١) القبض فانه جائز ثبوتهما بلا قبض ولم يجز ثبوتهما متفرقيـــن بلا سبق لأحدهما فصار السبق محتمله ضروره دون القبض .

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في ص منهما

(٣) في ص ـ أ ـ يقال .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٥) في الأصل يصض بهذا الرسم واهجام الحرف الأخير والمثبت من ص ـ أ ـ

(٦) الكلام هنا موجه من محمد لأبي حنيفة وأبي يوسف .

(٧) المثبت من ص

(٨) في ص لم يشهدوا .

(٩) في ـ أ ـ بين وهو خطأ .

(١٠) في ص ـ مردا وهو خطأ ـ

(١١) في ص احتملـــت .

ولا معنى لقولكم فيه ابطال يد ذى اليد فانا نقضى به[1] للخارج لأن الشهود ما شهدوا باليد فلم يكن صحتها أو فسادها من حكم البينة في شيء ، إنما شهدوا بالشراءين لا غير فيعتبرهما أولا لا معنى آخر .

حتى اذا شهدوا باليد والشراء جميعا قضينا بالمال لذى اليد ،لأن اليد مشهود بها فلا يبطل اليد القائمه ما أمكن تصحيحها . (٢)

والحجة لهما :

أن الشراء سبب والمقصود منه الملك وأنه بدون الملك لغو لا يشتغل باثباته ومن حيث الملك كل واحد يدعى أنه ملكه بهذا السبب وقد ساواه في الحجه واحتمال الصحه من حيث قبل وبعد أو من حيث ثبوته دون الآخر فيجعل كأنهما وقعا معا فيبطلان كما في الاقرارين . (٣)

فأما اعتبار محمد فراجع الى السبب[4] دون الملك اذ كل واحد[5] يدعى أنه ملكه للحال،صحيح بهذا السبب .

وما قاله محمد يبطل الصحة لأحدهما بعينه فلم يجر الترجيح بصحة السبب واعتباره يوجب الأخلال بالمقصود في جعل أحدهما بعينه مقضيا عليه ملكا

---

(١) ساقطه من ص .

(٢) قال الكاساني : " ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع . بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٤ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٤ ، المبسوط : ١٧/ ٦١ ، البحر الرائق : ٧/ ٢٤٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣٢٢ .

(٤) وهو الشهادة بالشراء أو الشراء والقبض .

(٥) المثبت من ص .

والآخر مقضى[1] لـــه .

فالأسباب ما قصدت الا لأحكامها وسقط اعتبارها متى عارضها المقصود مـــن أحكامها (وتصير العبرة للحكم)[2] على أن كل واحد يدعى أنه اشتراه منـــه شراء صحيحا ألا ترى لو تفرد بالبينة دون صاحبه أيهما كان صح . (٣) اهـ.

---

(١) في ص - مقضياً

(٢) ما بين القوسين مثبت من ص - أ - الا أن كلمة " تصير في ص يصيـــر - بالياء -

(٣) في ص والله أعلم .

مسألة :

رجل ادعى دارا على رجل أنه اشتراها منه وأقامت امرأة البينة أنه[1] تزوجها عليها كانت بينهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد هي للمشتري . (٢)

لأنا[3] إذا قدمنا الشراء صح بعده عقد النكاح، فان من تزوج امرأة على دار لغيره[4] صح العقد والتسمية جميعا وان لم يجز صاحبه[5] حتى يجب الرجوع الى قيمتها دون مهر المثل[6] ،ولو قدمنا النكاح لم يصح الشراء بعد ذلك بل يبطل اذا لم تجزه المرأة فرجحنا جهة الصواب[7] على ما مر.

---

(١) أي المدعى عليه .

(٢) في ـ أ ـ المشتري

وانظر المسألة في المصادر التالية :

المبسوط : ١٧/ ٥٩ - ٦٠ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣٩ ،روضة القضاة ٤/ ١٤٥٨ ، البناية : ٧/ ٤٨٣ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٨

البحر الرائق : ٧/ ٢٤٠ ، مختلف الروايه ل ١٦٧ أ ، الفتاوى الهنديه : ٤/ ٨٨ ، الجوهرة النيره : ٢/ ٣١٤، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٨/ ٢٥٦ ، الأختيار : ٢/ ١١٨.

وهذه المصادر لم تذكر قول أبي حنيفة رحمه الله بينما المؤلف نسب القول الأول له ، ولأبي يوسف رحمهما الله .

(٣) هذه بداية الاستدلال لقول محمد رحمه الله

(٤) في الأصل و ـ أ ـ بغيره والمثبت من ص

(٥) في ص صاحبها .

(٦) انظر: المبسوط : ١٧/ ٥٩ ، الأختيار : ٢/ ١١٨ ، تبيين الحقائق ٤/ ٣١٨ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العنايه ٨/ ٨/ ٢٥٦ .

(٧) في ص الصحة .

والجواب[١] ما قلنا[٢] إن المقصود من ذكر السبب ملك العين ، والنكاح اذا تأخر لم[٣] يوجب ملك المسمى كما اذا[٤] تأخر الشراء منهما سواء في حق ملك العين وان كان النكاح يصح بمال[٥] مستحق (لم يعتبر لأنه سبب)[٦] فيلغو[٧] اعتباره اذا جاء معارضة الملك إياه .

---

(١) أى من أبى حنيفة وأبى يوسف على كلام محمد .

(٢) في ص ذكرنا .

وهذا الجواب نقله البابرتي وقاضي زاده من الأسرار نتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٣) في الأصل لو والمثبت من ص ـ أ ـ

(٤) ساقطه من أ

(٥) في ص بيدل

(٦) ما بين القوسين مثبت من ص

(٧) في الأصل و ـ أ ـ فيلغوا والمثبت من ص .

مسألة من البيوع (١)

رب السلم[٢] والمسلم اليه اذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت اليك عشرة دراهم في كر[٣] حنطه وقال الآخر أسلمتَ إلى عشرة في كر شعير

---

(١) البيوع جمع بيع جمع لاختلاف أنواعه .
والبيع في اللغة : مطلق المبادلة .
والبيع ضد الشراء والبيع الشراء أيضا وهو من الأضداد ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكن اذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن، باذل السلعة .
المصباح المنير : ٦٩/١ ، لسان العرب : ٢٣/٨

واصطلاحا : مبادلة المال المتقوم تمليكا وتملكا

التعريفات : ٤٨ ، التعريفات الفقهية : ٢١٢ ، الاختيار : ٣/٢

(٢) السلم لغة : السلف وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد .

لسان العرب : ٢٩٥/١٢
واصطلاحا : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا .
الاختيار : ٣٣/٢ ، التعريفات : ١٢٠ ، عقود الجواهر المنيفة ١٤/٢ .
فالمبيع يسمى مسلما فيه والثمن رأس المال والبائع مسلما إليه والمشترى رب السلم .
التعريفات : ١٢٠ ، تحفة الفقهاء : ٨/١ ، البحر الرائق : ١٦٨/٦
اللباب في شرح الكتاب ٤٢/٢ .

(٣) الكر مكيال لأهل العراق والجمع أكرار وهو ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف قال الأزهرى فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقا .

فأقاما[1] البينة كانت بينة الطالب[2] أولى عند أبي يوسف وقال محمد تقبل البينتان ويقضى بالسلمين . (٣)

لأن البينات يعمل بها ما أمكن والعمل بها ممكن فالقضاء بسلم على ما يدعيه الطالب[4] لا يمنع القضاء بما يدعيه المطلوب . (٥)

فانهما لو قالا معاينة أسلمت اليك عشرة دراهم[6] في كر حنطة ثم قال أسلمت اليك[7]

---

(١) في ص وأقاما .

(٢) أي رب السلم

(٣) في ص بسلمين

وانظر: شرح فتح القدير : ١١٢/٧ فقد تابع المؤلف فقال " ان اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينه فالبينه لرب السلم ويقضى بسلم واحد عند أبي يوسف خلافا لمحمد "

انظر: البحر الرائق : ١٨٤/٦ .

أما الكاساني فقد فصل في المسألة فقال : " . . . اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وابي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين "

بدائع الصنائع : ٢٤١/٦ .

وفي المسألة التي أوردها المؤلف اتفقا على رأس المال واختلفا في جنس المسلم فيه .

(٤) أي رب السلم .

(٥) أي المسلم اليه .

انظر: بدائع الصنائع : ٢٤١/٦ .

(٦) ساقطه من ص

(٧) مثبته من ص .

عشرة في كر شعير ثبتا جميعاً .

وأنهما[1] أثبتا[2] «بالبينة هكذا[3] " لأن كل واحد منهما ادعى سلما بعشره تكره[4] فيكون هذه[5] العشرة غيرها .

ألا ترى أن الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار ولو أقر فقال لفلان على عشره بسبب كر حنطه ولفلان على عشره بسبب كر شعير كانا عشرين درهما .

ولأن المسلم فيه مبيع كالعين .

ولو اختلف المتبايعان فقال البائع بعتُ منك هذا العبد بألف درهم[6] وقال المشترى اشتريت منك هذه الجاريه بألف درهم[7] وأقاما البينة قبلت البينتان وقضى بألفى درهم على المشترى بازاء العبد «والجاريه»[8] فكذلك[9] هذا .

ولا يلزم اذا كان رأس المال عينا والمسألة[10] بحالها فان البينة بينة الطالب[11]

---

(١) في ص وانما

(٢) في ص أثبتنا

(٣) ما بين القوسين في ص " هكذا بالبينه "
ومراده أن يقول إن ما أثبتاه بالبينة سابقا مثل ماقالاه هاهنا فالمسلم فيه مختلف فيه فكل واحد يَثْبُتُ مستقلاً عن غيره .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ بكره والمثبت من ص . و

(٥) في ـ أ ـ هذا .

(٦) ساقطه من ص

(٧) ساقطه من ص

(٨) ما بين القوسين من ص .
وانظر: روضة القضاة : ١/٣٧٦ .

(٩) في الأصل و ـ أ ـ وكذلك والمثبت من ص .

(١٠) في ـ أ ـ والمسله .

(١١) أى رب السلم . انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٤١ ، ابن عابدين ٥/٢٢٣
فتح القدير : ٧/١١٢ .

لأنه لا يمكننا العمل بهما ، لأن العين متى صار سلما في أحدهما لم يصح الآخر (١٧٩ ب) بذلك العين ، الا بعد أن يتمكن منه بسبب جديد ولا يمكن القضاء بهذا الملك الجديد لرب السلم لأنه ما ادعى سببه ولا شهد[1] به الشهود ولما لم يمكن القضاء بهما[2] رجحنا بينة الطالب . [3]

فأما هاهنا[4] فالعمل بهما ممكن فلا يشتغل بالترجيح .

ولا يلزم اذا اختلفا[5] في صفة[6] المسلم فيه مكان جنسه والمسألة بحالها لأنا نقبل البينتين جميعا فنجعل سلما في الوسط ثم زاد له الآخر الجودة فصار سلما في الجيد " فلم يصيرا عقدين[7] وهاهنا متى كان سلما في الشعير لا يصير سلما في الحنطه الا بعقد جديد .

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ يشهد والمثبت من ص

(٢) في الأصل و ـ أ ـ بها والمثبت من ص

(٣) انظر: بدائع الصنائع : ٦ / ٢٤١

(٤) أى في المسألة التى هو بصدد الحديث عنها

(٥) غير واضحه في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٦) غير واضحه في الاصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٧) ما بين القوسين ساقط من ص .

وعلى هذا قال زفر[١] اذا اختلف المستأجر والمؤاجر[٢] فقال المؤاجر آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة دراهم وقال المستأجر لا بل شهرين[٣] بخمسة دراهم وأقاما[٤] البينة قضى بخمسة عشر درهما واجارة ثلاثة أشهر فيقضى[٥] بالعقدين لأنه ممكن . (٦)

الا أنا نقول[٧] :

إجارة[٨] الدار[٩] شهرا أو شهرين تتناول[١٠] الشهر القائم، والمنافع في الشهر في حكم بيع العين لا بيع ما في الذمة ، فمتى استحق العقد لا يتصور الا ستحقاق بآخر الا بعد ارتفاع الاول كما لو كان رأس المال ثوبا عينا في مسألتنا هذه .

---

(١) زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى من تميم ابو الهذيل فقيه كبير أصله من أصبهان أقام بالبصره وولى قضاءها جمع بين العلم والعبادة وكان من اصحاب الحديث وغلب عليه الرأى . ولد سنة ١١٠هـ وتوفى سنة١٥٨ الفوائد البهية : ٧٥ ، وفيات الأعيان : ٢/ ٣١٧ ، الأعلام : ٣/ ٤٥ سير أعلام النبلاء : ٨/ ٣٨ ، العبر : ١/ ١٧٦ .

(٢) سبق التنبيه على هذا ص : ٢٢٦

(٣) في الأصل و ـ أ ـ شهرا والمثبت من ص ليتفق مع ما بعده .

(٤) في ص فأقاما

(٥) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ فنقضى والمثبت من ص

(٦) لم أجد ما ذكره المؤلف عن زفر .

(٧) غير واضحه في ص

(٨) غير واضحه في ص

(٩) غير واضحه في ص وفي ـ أ ـ الدراهم وهو خطأ .

(١٠) في ص ـ أ ـ يتناول .

و اذا لم يمكن اثباتهما جميعا أثبتنا من كل واحد منهما الزيادة ، فجعلنا اجارة الدار شهرين بعشرة دراهم[1] فآل[2] حرف المسألة الى أن المسمى متى لم يكن عينا وسمى على سبيل التنكير كان الثاني غير الأول .

واذا كان عينا وسمى أو اشير اليه كان الثاني هو الأول .

ومتى اختلف المعقود[3] عليه كانت التسمية بازاء احدهما غير التسمية بازاء الآخر فيكونان تسميتين ، متى كان المسمى منكّرا غير عين يصير شيئين فلا يقع معارضه ومتى كان عينا قامت المعارضه فيطلب[4] الترجيح حينئذ .

" د ل عليه[5] " اذا اختلفا في جنس رأس المال واتفقا على المسلم فيه وأقاما[6] البينه فانه يقضى بسلمين كما قال محمد . (٧)

وكذلك على هذا الاختلاف اذا قال الطالب (٨) أسلمتُ (٩) اليك[10] عشرة[11]

---

(١) ساقطه من ص .

(٢) غير واضحه في ص

(٣) في الأصل ـ المقصود وهو خطأ والمثبت من ص ـ أ ـ

(٤) في الأصل مطلت باهمال الحرف الأول والثاني وفي ـ أ ـ فيطل وهو خطأ والمثبت من ص .

(٥) ساقطه من ص

(٦) في ـ أ ـ فأقام وهو خطأ .

(٧) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤١ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٢٢٣ ، شرح فتح القدير : ٧/ ١١٢ ، البحر الرائق : ٦/ ١٨٤ .

(٨) غير واضحه في ص .

(٩) في ص سلمت

(١٠) غير واضحه في ص

(١١) ساقطه من ص .

في كرى[١] حنطه [٢] وقال الآخر أسلمتُ الى عشرة في كر حنطة قضى بسلمين[٣] " عند محمد بعشرين درهما في ثلاثة أكرار[٤] " حنطه[٥] وعند أبى يوسف يقضى ببينة المطلوب . [٦]

ففرق محمد بين زيادة القدر وبين زيادة الوصف[٧] وان كان يجوز أن يكون أسلم عشرة في كر حنطه ثم زاد المطلوب له كرا كما[٨] يزيد في الجوده .

---

(١) في ـ أ ـ كر وهو خطأ .

(٢) في ص عشره

(٣) في ص بسنتين وهو خطأ .

(٤) ما بين القوسين في ص " بعشرين درهما في خمسة أكرار " وقوله خمسة خطأ .

(٥) ساقطه من ص .

(٦) هذه المسألة لا تختلف في الحكم عن ما أورده المؤلف في رأس المسألة بناء على كلام الكاساني وابن الهمام فهنا اتفقا على رأس المال كما اتفقا هناك وانما وقع الخلاف هنا في قدر المعقود عليه ـ المسلم فيه ـ وهناك في جنسه وكلام الكاساني الذى أوردته سابقا يدل على أن البينة بينة رب السلم وهو الطالب وذكر ان هذا مذهب أبى حنيفة وابى يوسف فلا أدرى هنا لماذا قال يقضى ببينة المطلوب .
كما أن كلام ابن الهمام السابق ص ٢٦٤ وان كان فيه عموم فانه لم يبين ما اذا كان الخلاف في الجنس أو القدر أو الصفه الا أنه نص أنه في حالة الاتفاق على رأس المال والخلاف في المسلم فيه فالبينة بينة رب السلم عند ابى يوسف خلافا لمحمد .
وأكد كلام ابن الهمام ابن نجيم في البحر الرائق ٦ / ١٨٤ .
وقد يكون كلام المؤلف هنا هو الصحيح ويحمل على تعدد الرواية عن أبى يوسف أو أن المؤلف اطلع على قوله في هذه المسألة ولم ينقله غيره .
والله تعالى أعلم بالصواب .

(٧) راجع ص ٢٦٦

(٨) في ـ أ ـ لما وهو خطأ .

ووجه[1] الفرق أن الوصف تبع الأصل[2] وقد اتفقا أن الأصل كان واحد[3] فمتى أخذنا باختلاف الوصفين لزمنا ترك اتفاقهما على اتحاد الأصل فرجحنا اتحاد الأصل على الوصف لما أمكن العمل بالبينه من جهة الزيادة .

فأما القدر[4] فليس بعضه يتبع لبعض[5] فلم يجب ترجيح الأصل على القدر " بل رجحنا القدر[6] ليمكن العمل بظاهر كل بينه في اثبات " كل[7] " ما شهدت به جملة واحدة ألا ترى أن أخذ الجيد عن الردىء جائز بغير شرط ويصير موفيا الجيد[8] من[9] الردىء[10] بغير شرط " فير[11] " أن للقابض[12] حق الرد كما يرد بالعيب[13] .

ولا يجوز[14] أخذ كرين بكر من غير شرط ولا يصير موفيا كرين بكر الا بابراء . (١٥)

---

(١) في ـ أ ـ ووجب الفرق وهو خطأ .

(٢) في ص للأصل .

(٣) وهو حنطه

(٤) أى قدر المسلم فيه وهو كما علمت مختلف فيه بين كرين ،أو كر واحد .

(٥) في ص للبعض .

(٦) ما بين القوسين ساقط من ـ أ ـ

(٧) مثبته من ص ـ أ ـ

(٨) في ص للجيد .

(٩) هكذا في الأصل و ـ أ ـ ولو قال من لاستقام المعنى

(١٠) في ص بالردىء

(١١) مثبته من ص

(١٢) في ص التقابض وهو خطأ .

(١٣) غير واضحه في ص

(١٤) غير واضحه في ص

(١٥) أى باعفاء ومسامحه من صاحب الحق .

وأما ابو يوسف[1] (فانه يقول بينة)[2] المطلوب ساقطه لأنها لا تقبل[3] على اثبات الشعير للطالب لا نه ينكره وليس بخصم عنه[4] ولا اثبات العشرة لنفسه لأنها تثبت ببينة الطالب .

وعلى هذا الاختلاف[5] ما اذا اختلفا في رأس المال واتفقا في جنس المسلم فيه قضى بسلم واحد على ما يدعيه المطلوب عند أبى يوسف . (٦)

وكذلك " اذا اختلفا في المبيع العين[7] " واتفقا على الثمن قضى بشراء واحد على ما يدعيه المشترى عند أبى يوسف .

وانما ذكر في آخر البيوع هذه المسألة " والجواب فيها على قول محمد[8] " وقد يحتمل أن يكون الجواب على الاتفاق وعلى ما تذكر[9] من الفرق بينهما .

فأما اذا لم يقم الطالب(١٠) البينة (١١) قبلت بينة المطلوب (١٢) باثبات[13]

---

(١) سيذكر المؤلف وجهة نظر أبي يوسف على ما قاله في رأس المسألة .

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٣) غير واضحه في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٤) في ـ أ ـ له

(٥) ساقطه من ص

(٦) راجع ص ٢٦٨ مصادر التعليق رقم ٤

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٨) ما بين القوسين في ص " والجواب على قول محمد فيهما "

(٩) في الأصل الحرف الأول مهمل وفي ـ أ ـ يذكر والمثبت من ص .

(١٠) أى رب السلم .

(١١) أى على دعواه أنه أسلم اليه عشرة في كرى حنطه .

(١٢) أى المسلم اليه .

(١٣) في ص لا ثبات .

العشرة[1] لنفسه بازاء الشعير فالطالب ما أقر له الا بعشره بازاء الحنطه وهو قد أنكرها فلم تثبت . (٢)

فان قيل وهو سر المسألة

انا نقبل هاهنا[3] بينة المطلوب على اثبات العشرة بازاء الشعير فالتي تثبت انما تثبت بازاء الحنطه .

قلنا انما يصير العشرةعشرين على اختلاف البينتين[4] على ما قلنا والأسباب انما تعتبر اذا لم يحصل المقصود منها فأما اذا حصل المقصود[5] لغا[6] اعتبارها لنفسها على ما مر في المسألة الأولى . (٧)

ألا ترى أنهم قالوا لو أن رجلا أقر لرجل بألف درهم[8] ثمن جارية اشتراها منه وقبضها فقال المقر له الجاريه لك ما بعتكها ولى عليك ألف درهم قرض لزمه

---

(١) ثمن المسلم فيه .

(٢) في الأصل الحرف الأول مهمل ، وفي ـ أ ـ يثبت والمثبت من ص .

(٣) المؤلف هنا سيعود الى الكلام على رأس المسألة .

(٤) في ص ـ أ ـ السببين .

(٥) مثبته من ص ـ أ ـ

(٦) في ص كفى وهو خطأ

(٧) راجع ص ٦٠ ؟

(٨) مثبته من ص .

المال وان كذبه في السبب لأن المقصود وهو الجارية سلمت له فلغا اعتبار السبب (١٨٠ أ) وصار كأنه أقر له بألفٍ مطلق عن السبب .

ولو قال المقر له : الجارية جاريتي ما بعتكها ولي عليك ألف درهم[١] قرض " لم يثبت المال[٢]" لأن المقصود من السبب[٣] لم يسلم له فصار معتبرا ، فصار عند اعتبار السبب ما أقر به المقر غير ما ادعاه المقر له .

وفي مسألتنا المقصود للمطلوب من ذكر بيع[٤] الشعير العشره التي ادعاها لا غير والعشرة قد سلمت له .

فان قيل : المقصود عشره بازاء الشعير دون الحنطه لأنها بازاء الشعير أوفق له .

قلنا ـ المسلم لا يباع الا بضرر غير أن ضرره في الشعير أقل ، والضرر وان قل لا يقصد ، فلما سلمت " العشرة التي له[٥]" للحاجة اليها تحمل ضرر السلم لم يبق له مقصود ببيع[٦] الشعير سلما بعشرة فما قصده بالدعوى لعينه لكن ليدفع ضرر الحنطه وسلم[٧] له العشره وضرر الحنطه لم يندفع والعشره قد سلمت[٨] فلا يبقى فيه مقصود آخر فلا يعتبر .

---

(١) مثبته من ص ـ أ ـ

(٢) ما بين القوسين ساقط من ص .

(٣) في ص الثمن وهو خطأ .

(٤) مثبته من ص .

(٥) ما بين القوسين في الأصل و ـ أنه ـ له العشره التي " والمثبت من ص ليستقيم الكلام .

(٦) في ـ أ ـ بيع

(٧) في ص ـ ويسلم

(٨) في ص ـ له .

بخلاف ما لو اختلفا في بيع العين والمسألة بحالها فانه يجوز أن يقضى بعقدين بلا خلاف ، لأن الألف وان سلمت للبائع ببينة المشترى فما سلمت بازاء ما يدعيه البائع ، وله مقصود في بيع ما يدعيه ،لأنه قد يباع بربح وبخسران ،فلعل له ربحا في بيع ما يدعيه ، دون ما ادعاه المشترى ، فصار البيع مقصودا له لمعنى الربح الحاصل له في ذلك المبيع لا لحاجة الى الألف التى جعلت ثمنا .

وعلى هذا يجوز أن " يكون[1] فصل[2] الاختلاف في رأس المال على اختلاف[3] نحو أن يدعى الطالب اسلام عشره في كرحنطه والمطلوب يدعى[4] اسلام دينار في كرحنطه .

لأن حق الطالب وان ثبت في الحنطه ببينة الآخر فما ثبت له الحنطه التى ادعاها لأنه ادعى حنطه بازاء الدراهم وربحه فيه أكثر مما في الدينار ، والطالب انما سلم[5] للربح فلما لم يحصل له فائدة بالربح[6] بما أثبته المطلوب والربح أمر[7] مقصود أعتبر السبب في حقه .

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ لا يكون والمثبت من ص .
(٢) في الأصل و ـ أ ـ لا فضل والمثبت من ص .
(٣) في ص الاتفاق .
(٤) في ص ادعى
(٥) في ص يسلم
(٦) في ص الربح
(٧) في الأصل و ـ أ ـ أى وهو خطأ والمثبت من ص .

واذا اعتبر صار سببين[1] ، وانه طريق حسن دقيق ، فمحمد اعتبر السبب في الجانبين في جانب الطالب لزيادة الربح ، وفي جانب المطلوب لعلة[2] الضرر .

وأبو يوسف لم يجعل قلة الضرر أمرا مقصودا بنفسه لأن الضرر منفى كله ولا يقصد لنفسه وانما يقصد القليل من الضرر لدفع الأكثر فاذا لم يمكنه الدفع سقط اعتباره[3] [4] فما قاله محمد أظهر وهذا أدق وأحق[5] .[6] اهـ

---

(١) في ص شيئين

(٢) في ص ألقله

(٣) في ص اعتبار

(٤) في ص الضرر

(٥) ساقطه من ص

(٦) في ص والله أعلم .

مسألة[1] من كتاب الشفعة (٢)

المشترى والشفيع اذا اختلفا في قدر الثمن وأقاما البينة أخذ الشفيع الدار ببينة نفسه عند ابى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يأخذها ببينة المشترى[3]. لأن الشفيع انما يأخذ الدار من المشترى بالشراء كما اشتراه وهو[4] بمنزلة ما لو ولاه[5] البائع[6] ولو ولاه[7] ثم اختلفا في الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة المشترى الأول فكذا هذا. (٨)

---

(١) في ص- مسائل وهو خطأ.

(٢) كتاب الأسرار للمؤلف ١/ل ١٣٦ ولكنه لم يذكر فيها شيئا وانما أحال الى كتاب الدعوى.

(٣) مختصر الطحاوى ١٢١ - ١٢٢ ، المبسوط : ١٤/ ٩٩ ، تحفة الفقهاء ٣/ ٦٠ ، بدائع الصنائع : ٥/ ٣١ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٧ ، البناية ٨/ ٥١٤ ، اللباب في شرح الكتاب : ٢/ ١١٥ ، الجوهره النيره : ١/ ٣٤٠ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، مختلف الرواية ١٥٦ أ روضة القضاة ٢/ ٨٤١.

(٤) في ص هو والضمير يعود الى المشترى.

(٥) في ص والله وهو خطأ.

(٦) في ص البيع

(٧) في ص الله وهو خطأ.

(٨) مراد المؤلف أن المشترى كأنه قائم مقام البائع لأن الشفيع يأخذ منه وفي هذه الحاله يجعل الشفيع مشتريا منه فاذا وقع الخلاف بينهما في الثمن كانت البينة بينته لا بينة الشفيع حالهما كحال البائع الحقيقي اذا اختلف مع المشترى فان بينته مقبوله عند الاختلاف.
انظر: بدائع الصنائع : ٥/ ٣١ ، المبسوط: ١٤/ ٩٩، البناية ٨/ ٥١٤

وكذلك ان اختلفوا والبائع معهم[1] وأقاموا البينه كانت البينة بينة البائع[2].

لأن المشترى يثبت زيادة والبينات تقبل على الزوائد . [3]

وهذا بخلاف المولى والعبد يختلفان في قدر المال الذى أعتقه المولى عليه وأقاما البينة ، فالبينة بينة العبد[4] ، وان "كان[5]" ذلك بيعا من المولى نفسه بذلك المال .

لأن الاعتاق بمال يصح في حكم اليمين بالعتق ، فقوله أنت حر على ألف درهم[6] بمنزلة قوله أنت حر إن دخلت الدار .

ولهذا[7] لا يملك المولى[8] الرجوع عنه ، وكان كقوله[9] ان أعطيتني ألفا فأنت

(=) الهداية وشرح العناية ٩/٣٩١ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٤٧ .
والجامع بينهما كما قال الكاساني :
١) ان الزيادة التى تظهرها احدى البينتين لا معارض لها . . . "
٢) ان البينه المظهره للزيادة مثبته والأخرى نافيه والمثبت يترجح على النافي " بدائع الصنائع ٥/٣١ .

(١) هكذا في النسخ ولو قال معهما لاستقام المعنى أكثر فالضمير يعود الى الشفيع والمشترى .

(٢) المبسوط : ١٤/١٠٠ ، البناية : ٨/٥١٧ .

(٣) المبسوط : ١٤/٩٩ ، بدائع الصنائع : ٥/٣١ ، ٦/٢٤١ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٤٧ ، مختلف الرواية ١٥٦ أ ، روضة القضاة : ٢/٨٤١

(٤) المبسوط: ١٤/١٠٠ ، ٧/١٤٤ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٤٧ ، بدائع الصنائع ٤/٧٤ .

(٥) مثبته من ص

(٦) مثبته من ص

(٧) في ص هذا

(٨) ساقطه من ص

(٩) في ـ أ ـ كقولك .

حر ، "أو"[1] قبلت العتق[2] على ألف فأنت حر ، واذا صار يمينا صار العتق متعلقا[3] بشرط الألف وشرط الألفين .

كما لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر ، ان كلمت زيدا فأنت حر وقامت البينة على اليمينين[4] فتثبتان جميعا ولا تتعارضان[5] فلم يجز الاشتغال بالترجيح فأما الثابت بين المشترى والشفيع بيع[6] حكمي لا بيعان فلابد من اعتبار الترجيح[7] الا ترى أن المشترى لو أقر بالشراء بألف وسلم الى الشفيع على ذلك ثم أقام البائع البينة على أن الشراء بينهما كان بألفين رجع المشترى على الشفيع بألف آخر .

لأنه[8] لا يأخذ الا تولية[9] على ما باعه البائع ، والبيع بين المشترى والبائع واحد

---

(١) في ص وان

(٢) في الأصل و-أ- العين والمثبت من ص

(٣) في ص تعليقا .

(٤) غير واضحه في أ .

(٥) في الأصل الحرف الأول والثاني دون نقط وفي -أ- يتعارضان والمثبت من ص

(٦) هكذا في النسخ والصواب فبيع

(٧) والبينه التى تثبت الزيادة أولى اذ هو الأصل المقرر عندهم كما مر انظر ص ٢٧٦-٢٧٧ تعليق رقم (٨) وراجع بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤١ ، ٢٧٧ تبصرة ٣ ب

(٨) أى الشفيع .

(٩) التوليه هى البيع بالثمن الأول وسمى هذا النوع من البيوع توليه لأن البائع كأنه يجعل المشترى واليا لما اشتراه بما اشتراه .
الاختيار : ٢/ ٢٨ ، أنيس الفقهاء ص ٢١١ .

فلا يصير[(١)] بيعين في حق الشفيع .

الا أنا نقول[(٢)] بينة الشفيع لو انفردت قبلت " فلو بطلت[(٣)] " لبطلت بمعارضة بينة المشترى ولا معارضة بينهما .

لجواز[(٤)] أن يكون جرى بين " المشترى والبائع[(٥)] " شراء[(٦)] بألف[(٧)] ثم بألفين أو زاد[(٨)] له[(٩)] ألفا[(١٠)] بعد ذلك فيصير في حق ما بينهما الحكم للآخر[(١١)] ويبطل الأول ويبقيان[(١٢)] في حق الشفيع يأخذ بأيهما شاء . (١٣)

---

(١) في ـ أ ـ يصر .

(٢) هذه بداية أدلة الأئمة ومحمد وقد عرضها المؤلف بأسلوب يختلف عن أسلوب غيره من الحنفية .

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٤) في الأصل و ـ أ ـ نحو والمثبت من ص

(٥) ما بين القوسين في ص " البائع وبين المشترى "

(٦) في الأصل بشراء وغير واضحه في ص والمثبت من ـ أ ـ

(٧) غير واضحه في ص

(٨) أى المشترى

(٩) أى للبائع

(١٠) في ص آخر

(١١) أى للثمن الآخر

(١٢) غير واضحه في ص

(١٣) انظر: المبسوط : ١٤/ ١٠٠ ، بدائع الصنائع : ٥/ ٣١ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٧ ، البنايه ٨/ ٥١٤ ، الهداية وشرح العنايه ٩/ ٣٩١ ، .

كما يجوز أن يجب العتق للعبد بكل واحد من المالين . (١)

فثبت أن الشفيع قد يثبت له (٢) الأخذ بحق بيعين بخلاف المشترى مع البائع فانه لا يستحق الا باحدهما (٣) اذا جاز ونفذ واذا لم يجز بأولهما (٤) ولا يثبتان قط جائزين (١٨٠ ب) في حقه فوجب الاشتغال بالترجيح . ولهذا (٥) قال زفر في مسألة اقرار المشترى بألف وبيّنة البائع بألفين أن للشفيع الأخذ بألف لأنه لا معارضة بينهما ويجوز (٦) أن يكونا ثابتين . (٧) ولا يلزم على هذا (٨) (٩) اذا كان البائع معهم لأن الشفيع لا حق له ما لم ينقطع حق البائع (١٠) فلم تقبل بينته مع منازعة البائع . (١١)

ولأن المشترى (١٢) أقر بألفى درهم وقد أثبت الشفيع عليه اقراره

---

(١) المبسوط : ١٤/ ١٠٠ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٧ ، البناية ٨/ ٥١٥

(٢) في ص حق

(٣) المبسوط : ١٤/ ١٠٠ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٤٧ ، بدائع الصنائع ٥/ ٣١ - ٣٢ ، البنايه : ٨/ ٥١٥ ، الهداية وشرح العنايه ٩/ ٣٩١

(٤) في ص بأولها .

(٥) أى امكان عدم التعارض .

(٦) في الأصل ويجو - بحذف الزاء .

(٧) لم أجد ما ذكره عن زفر رحمه الله

(٨) أى لا يلزم على القول بأن للشفيع أن يأخذ بأى الثمنين شاء ما اذا كان البائع معهما .

(٩) في ص ما اذا

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص

(١١) المبسوط : ١٤/ ١٠٠ .

(١٢) هذه احدى الطرق التى حكاها السرخسي وقال ان محمدا ذكر هذه الطريق عن ابى حنيفة وأخذ بها . انظر: المبسوط : ١٤/ ١٠٠

الشراء[1] " بألف فيصير كالثابت عيانا ولو أقر عيانا بألف وألفين كان للشفيع الأخذ بألف لأن " ذاك اقرار[2] " بألف على نفسه فيلزمه[3] ، وبألفين اقرار لنفسه لأنه لا يستحق على الشفيع " زيادة ألف وهو غير ملزم أيضا[4] " لأن الشفيع ان شاء لم يأخذ فصار ما عليه[5] أولى مما له[6] لأن الاقرار بمَالَهُ دعوى . ويدل على هذا[7] مسألة المولى مع العبد اذا اختلفا في بدل العتق . ويفصل الاقرار بما عليه احتج محمد (٨)

(=) والكاساني ذكر هاتين الطريقتين عند ذكره لأدلة أبي حنيفة في المسألة انظر: بدائع الصنائع : ٥/٣١ - ٣٢ .

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٣) في الأصل و ـ أ ـ ويلزمه والمثبت من ص لمناسبته لسياق الكلام .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .
وانظر: المبسوط : ١٤/١٠٠ .

(٥) أي اقراره بألف وأن للشفيع الأخذ به .

(٦) أي اقراره بألفين .

(٧) أي على أن الشفيع يأخذ ببينته لا ببينة المشترى وهذه مسألة قياس ذكرها المؤلف ص : ٢٧٧

(٨) لأبي حنيفة رحمه الله في الاستدلال على هذه المسألة طريقان حكى محمد واحده وأخذ بها وهذه الطريق أشرت سابقا اليها عند ما ذكرها المؤلف وقلت بأن السرخسي أوردها وكذا الكاساني وان اختلفا في طريقه ايرادهما .
انظر: المبسوط : ١٤/١٠٠ ، بدائع الصنائع : ٥/٣١ - ٣٢ .

ولا يلزم اذا " اختلف البائع[1] " معهم لأن بينة البائع أبطل اقـــرار المشترى[2] بألف لأن القاضي يقبل بينته[3] ويقضى بها على المشترى لأنه لا يصح في حقهما الا عقد واحد فيصير[4] مكذبا من جهة القاضي على هذا الوجـــه .

ولهذا قلنا لو أقـر[5] بألف درهم وأقام البائع البينة بألفين أن اقـــرار المشترى يبطل ولا يأخذ الشفيع الا بألفى " درهم خلافا لزفر " [6]

فأما في مسألتنا هذه[7] فالشفيع أثبت اقراره[8] بألف فلا يصير[9] مكذبا بنفســه وباثباته (١٠) " اقرار نفسه بألفين " (١١)

لأن ما عليــه[12] أولى مما له بل ماله دعوى والاقرار لا يبطل بالدعوى ولكـــن

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في ص عليه .

(٣) أى البائع

(٤) أى الشفيع

(٥) أى المشترى - وراجع ص ٢٦٨

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص

انظر: المبسوط: ١٤/ ١٠٠ ، البناية : ٨/ ٥١٧ ، الا أن قول زفر لم أجده .

(٧) اسم الاشارة يرجع الى رأس المسألة .

(٨) أى اقرار المشترى

(٩) أى الشفيع .

(١٠) غير واضحه في ص والضمير يعود الى المشترى .

(١١) ما بين القوسين غير واضح في ص

(١٢) أى على المشترى .

" يبطل بالقضاء عليه بخلاف ما أقر " [١]

ولأن حق الشفيع قد يثبت بالعقدين جميعا فلا يوجب احدهما رد الآخر وحق المشترى قبل البائع[٢] " لا يثبت الا بعقد واحد فأوجب ثبوت احدهما تكذيب الآخر .

ثم حق الشفيع" يثبت بعد انقطاع منازعة البائع[٣]" " فما ثبت الا بعد بطلان[٤] " اقرار المشترى بالأقل ببينة البائع فلا[٥] يستحق[٦] شيئا .

" فأما اذا لم يكن للبائع منازعة وبقيت العبرة[٧]" لحق[٨] الشفيع وحده وأنه يثبت[٩] بالعقدين جميعا لم يتعارضا ولم يترادا بمنزلة الاعتاق على مال .[١٠]

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٢) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٣) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٤) ما بين القوسين في ص" فما لم يبطل "

(٥) في ص لم .

(٦) في ص ـ أ ـ به .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٨) في ـ أ ـ بحق .

(٩) في ـ أ ـ ثبت .

(١٠) في ص وانه أعلم .

مسألة : (١)

اذا ادعى رجل على آخر أن هذا الشيء لي اشتريته من زيد منذ سنة وادعى خارج آخر أنه له اشتراه من بكر منذ شهر .

قال أبو يوسف أولا هو بينهما نصفان[٢] وهو قول محمد في رواية أبي حفص[٣] والطحاوى (٤)

---

(١) في الأصل ممسوحه والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) في ـ أ ـ نصفين

(٣) أحمد بن حفص ابو حفص الكبير البخارى أخذ الفقه عن محمد بن الحسن الشيباني . له اختيارات في المذهب يخالف فيها جمهور الأصحاب ، وتوصيفه بالكبير بالنسبة الى ابنه فانه يكنى بأبى حفص الصغير ، توفى في رمضان سنة ٢٦٤هـ.
الفوائد البهية ص ١٨ - ١٩ ، تاج التراجم : ص ٦ ، الطبقات السنيه ١/ ٣٤٢ ، سير أعلام النبلاء : ١٠/ ١٥٧ .

(٤) هو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الأزدى المصرى الطحاوى محدث الديار المصريه وفقيهها كان يقرأ على المزنى الشافعي وهو خاله ، وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبى حنيفة.له تصانيف كثيره وقد اختلف في تاريخ ولادته فقيل سنة ٢٩ وقيل ٣٠ وقيل ٣٩ ومئتين وتوفي سنة احدى وعشرين وثلاثمائة .
الفوائد البهية ص ٣١ ، تاج التراجم : ص ٨ ، سير أعلام النبلاء : ١٥/ ٢٧ ، الجواهر المضيه : ١/ ٢٧١ ، الطبقات السنيه : ٢/ ٤٩ وفيات الأعيان : ١/ ٧١ ، شذرات الذهب : ٢/ ٢٨٨ . العبر ٢/ ١١ .

وعيسى[1] بن أبان وهشام[2] .

ثم رجع أبو يوسف وقال هو لأسبقهما تاريخا وهو قول محمد في رواية أبي سليمان[3] .

---

(١) عيسى بن أبان بن صدقه فقيه العراق تولى قضاء البصرة حتى مات تفقه على محمد بن الحسن توفي سنة احدى وعشرين ومئتين .
الفوائد البهية ص ١٥١ ، الجواهر المضيه : ٢/٦٧٨ ، سير أعلام النبلاء : ١٠/٤٤٠ ، أخبار القضاة : ٢/١٧٠ - ١٧٢ ، تاريخ بغداد : ١١/١٥٧ ، الأعلام : ٥/١٠٠ .

(٢) هشام بن عبد الله الرازى تفقه على أبى يوسف ومحمد بن الحسن توفي محمد بن الحسن في منزله بالرى ودفن في مقبرته وله النوادر وصلاة الأثر .
الفوائد البهية ص ٢٢٣ ، الجواهر المضيه ٣/٥٦٩ - ٥٧٠ ، طبقات الفقهاء للشيرازى ص ١٣٨ ، ميزان الاعتدال : ٦/١٩٥ ،

(٣) موسى بن سليمان ابو سليمان الجوزجاني صاحب الامام محمد بن الحسن أخذ الفقه عنه وروى كتبه عرض عليه المأمون القضاء فلم يقبل ، له السير الصغير والنوادر والرهن توفى بعد المئتين .
الجواهر المضيه ٣/٥١٨ ، الفوائد البهية ص ٢١٦ ، تاج التراجم : ص ٧٤ .
انظر: تفصيل المسألة في المصادر التالية :
مختلف الرواية ل ١٦٧ ب ، الهداية ونتائج الأفكار ٨/٢٥٩ ومابعدها تبيين الحقائق : ٤/٣١٩ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٣٨ ، البحر الرائق ٧/٢٤١ - ٢٤٢ ، مجمع الأنهر : ٢/٢٧٦ . حاشية ابن عابدين ٥/٥٧٥ .
والملاحظ في هذه المسألة أن المؤلف رحمه الله أغفل مذهب أبى حنيفة بينما المصادر السابقة ذكرته مع مذهب الصاحبين .

ووجه[1] قولهما

أنهما لما[2] ادعيا تلقى الملك من رجلين[3] مختلفين قاما مقامهما في اثبات الملك لهما أولا ليمكنهما النقل اليهما ، وصارا خصمين أولا في اثبات سبب الملك لأنفسهما فصار كأن المالكين[4] حضرا وأقاما البينة ولا تاريخ في ملكهما فيكون بينهما . (٥)

بخلاف ما لو[6] ادعيا تلقى الملك من واحد . (٧)

لأن الملك في حقهما ثابت له باتفاقهما ، وانما احتاجا الى اثبات التلقي والأسبق ثابت أولا فبطل الآخر .

ولا سبق هاهنا[8] في ملك المملك لأحد وتلقيه منه يثبت على حسب الثبوت لمملكه ووجه قوله الآخر : (٩)

---

(١) في ص وجه .

(٢) كلمة " لما " ساقطه من ـ أ ـ

(٣) في الأصل ـ حلين بحذف الراء واهمال الحرف الأول والمثبت من ص أ

(٤) في الأصل و ـ أ ـ المملكين والمثبت من ص .

(٥) انظر: الهداية ونتائج الافكار وشرح العناية ٢٥٩/٨ ، البحر الرائق : ٢٤٢/٧ ، تبيين الحقائق : ٣١٩/٤ ، حاشية ابن عابدين ٥٧٥/٥ .

(٦) في ص ـ اذا .

(٧) انظر بدائع الصنائع : ٢٣٨/٦ .
تبيين الحقائق : ٣١٩/٤ ، الجوهره النيره : ٣١٥/٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٧٥/٥ ، نتائج الأفكار وشرح العناية : ٢٦٠/٨ .

(٨) أى في مسألة ما اذا ادعى احدهما الشراء من زيد وادعى الآخر الشراء من بكر .

(٩) أى وجه قول أبى يوسف في تقديم بينة السابق تاريخا .

أن السابق منهما تاريخا صار خصما عن ملكه في اثبات الملك له منذ سنة والآخر صار خصما له[1] منذ شهر .

لأنه انما يصير خصما عنه بكون ملكه سبب ملك هذا فبقدر[2] ما يتصل بملكه يصير خصما في اثباته .

فيصير السابقُ خصماً في وقت لا ينازعه الآخر فيه فيثبت الملك له بلا منازعه ثم بعد ذلك استوت منازعتهما فلا يثبت . (٣)

ولأن ذلك لما أثبت الملك لمملكه منذ سنة صار أكثر اثباتا فصار أولى . ا ـ هـ

---

(١) مثبته من ص .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ تعذر والمثبت من ص .

(٣) وفي حالة استواء منازعتهما يكون المتقدم تاريخا صاحب يد فترجح بينته بيده .

مسألة[1]:

اذا تنازع اثنان أحدهما مسلم والآخر كافر في صبي في أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البينة أن الصبي ولد على فراشه كانت بينة المسلم أولى عندنا . (٢)

وقال الشافعي[3] مستويان . (٤)

وكذلك صبي في يدي[5] رجلين مسلم وذمي ادعياه جميعا كان على هذا الاختلاف[6] وعلى هذا الاختلاف ان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو مكاتبا كانت[7] بينة الحر أولى عندنا وكذلك اذا[8] اختلف الأخوان في الارث

---

(١) مثبته من ص ـ أ ـ

(٢) انظر: الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/٣١١ ، البناية ٧/٥٣٠ ، تبيين الحقائق : ٤/٣٣٤ ، الدرر الحكام : ٢/٣٥٣ . بدائع الصنائع : ٦/٢٤٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢/٤٢٨ ، روضة الطالبين : ٥/٤٣٨ ، نهاية المحتاج : ٥/٤٦٣ ، زاد المحتاج : ٢/٤٦٨ ، أسنى المطالب: ٢/٥٠٢
وبقول الشافعية قال الحنابلة والمالكية
المغني : ٥/٧٦٦ ، الكافي لابن قدامة : ٢/٣٦٨ - ٣٦٩ .
الاشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٣٠٣

(٤) في ص يستويان .

(٥) في ص ـ أ ـ يد .

(٦) انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٤٥ ، مغني المحتاج : ٢/٤٢٨ ، نهاية المحتاج : ٥/٤٦٣ .

(٧) في الأصل وكانت وفي ـ أ ـ أو وكانت والمثبت من ص .

(٨) في ص ـ لو .

أحدهما مسلم والآخر كافر وأقام كل واحد منهما[1] البينة أن الأب مات على دينه كانت بينة المسلم أولى عندنا . (٢)

له أنهما استويا في سبب النسب وهو الفراش والاثبات بالبينة [3] لا تأثير للاسلام في قوة الفراش ولا للحريه .

الا أنا نحتج بما روى عن النبي عليه السلام " الاسلام يعلو ولا يعلى[4] " فاذا استويا ترجح بالاسلام بهذا الخبر .

---

(١) مثبته من ص .

(٢) روضة القضاة : ٤/١٤٥٩

وقد فصل الشافعية المسألة فقالوا " ان عرف أنه كان نصرانيا صدق النصراني فان أقاما بينتين مطلقتين قدم المسلم وان قيدت ان آخر كلامه اسلام وعكسته الأخرى تعارضتا وان لم يعرف دينه وأقام كل بينة أنه مات على دينه تعارضتا .

المنهاج ومغنى المحتاج : ٤/٤٨٦ ، المهذب : ٢/٣١٦ ، التنبيه ٢٦٤ ، رحمة الأمة : ٤١٤ ، زاد المحتاج : ٤/٦٤٥ ، الوجيز ٢/٢٧١ ، جواهر العقود : ٢/٥٠٠ ، فتح الوهاب : ٢/٢٣٣ ، رؤس المسائل ل ٣٤ ب .

(٣) سياق الكلام يقتضى زيادة " الواو " ليصبح ولا تأثير .. الخ .

(٤) هذا الحديث روى مرفوعا ومعلقا في صحيح البخارى بصيغة الجزم فالمرفوع مروى من حديث عمر بن الخطاب ، وعائذ بن عمرو المزني ومعاذ رضى الله تعالى عنهم فحديث عمر رضى الله عنه رواه البيهقي في دلائل النبوه : ٦/٣٦ - ٣٧ وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد : ٨/٢٩٢ ، وقال رواه الطبراني في الأوسط والصغير .

وحديث عائذ بن عمرو رضي الله عنه .

رواه الدارقطني في سننه : ٣/٢٥٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٠٥ .

وفي اسناده عبد الله بن حشرج قال الدارقطني كلاهما مجهولان - أى عبد الله وابوه حشرج -

نصب الراية : ٣/٢١٣ ، التعليق المغنى : ٣/٢٥٢ ، ----

ولأن عظم المقصود من النسب للصبي لا للأب والنظر في الثبوت من المسلم أكثر[1] عند المقابله بالكفر ألا ترى أنه يتبع خير الابوين دينا لهذا المعنى. واذا كان في مقابلة الاسلام حرية فالحرية خير لأن حقيقة الاسلام انما تكون[2]

(=) ارواء الغليل : ٥/١٠٦ .

وحديث معاذ رضي الله عنه رواه أسلم بن سهل في تاريخ واسط : ١٥٥ وفيه عمران بن أبان ضعيف .

تقريب التهذيب : ٤٢٨ ، ارواء الغليل : ٥/١٠٨ .

وأما المعلق فقد رواه البخاري في صحيحه ٣/٢١٨ ،فقال :" ... وكان ابن عباس رضي الله عنهما مع أمه من المستضعفين ولم يكن مع أبيه على دين قومه وقال الاسلام يعلو ولا يعلى " قال ابن حجر في الفتح " كذا في جميع نسخ البخاري لم يعين القائل وكنت أظن أنه معطوف على قول ابن عباس فيكون من كلامه ... ثم وجدته من قول ابن عباس كما كنت أظن - ذكره ابن حزم في المحلى قال .... عن عكرمة عن ابن عباس قال اذا اسلمت اليهودية أو النصرانية تحت اليهودي أو النصراني يفرق بينهما الاسلام يعلو ولا يعلى "

فتح الباري مع صحيح البخاري : ٣/٢٢٠ ، تغليق التعليق ٢/٤٨٩-٤٩٠ ، المحلى : ٧/٣١٤ ، وقد رواه الطحاوي عن ابن عباس رضي الله عنه . معاني الآثار : ٣/٢٥٧ .

قال الألباني : " وجملة القول ان الحديث حسن مرفوعا بمجموع طريقي عائذ وعمرو وصحيح موقوفا .

ارواء الغليل : ٥/١٠٩ .

(١) في الأصل يمكن قراءتها - أكثر وأكبر - وفي - أ - أكبر -

(٢) في الأصل مهمله وفي - أ - بالياء والمثبت من ص .

بالتصديق والمعرفة[1] وذلك الى الانسان (١٨١أ) وقد[2] أمر به

---

(١) الاسلام والايمان اذا اجتمعا افترقا فيطلق الايمان على الاعتقاد الباطن والاسلام على الأعمال الظاهره . وذلك كما في الحديث الذى يرويه الامام مسلم عن ابن عمر عن ابيه عمر بن الخطاب قال بينما نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم اذ طلع رجل شديد بياض الثياب شديد سواد الشعر لا يرى عليه أثر السفر . . . "
صحيح مسلم مع شرحه للنووى : ١/١٥٦ - ١٥٧ .
وكذا رواه البخارى عن أبى هريرة . انظر صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ١/١١٤
ففي حديث جبريل هذا أريد بكل واحد منهما غير ما يراد بالآخر فيراد بالايمان ما في القلب من الايمان بالله وملائكته . . الخ ويراد بالاسلام الشهادتان وما يتبعها من الاعمال الظاهره ، أما اذا أفرد أحدهما بالذكر فيدخل فيه الآخر كما في حديث وفد عبد قيس فقد فسر الايمان فيه بما فسر به الاسلام في حديث جبريل عليه السلام السابق .
انظر: صحيح مسلم مع شرحه للنووى : ١/١٧٩ وما بعدها ، صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ١/١٢٩ .
وقد اختلف في تعريف الايمان والذى أورده المؤلف هنا هو تعريف الحنفية والتعريف الصحيح للايمان هو تعريف السلف .
وهو أن الايمان تصديق بالجنان واقرار باللسان وعمل بالأركان
انظر: العقيدة الطحاوية ص ٣١٣ ، وما بعدها .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ قد والمثبت من ص .

ولم يحجر عنه[١] وأما الحرية فلم يجعل اليه فعلها بل ذلك الى المولى[٢] فان قيل الكفر يترجح وكذلك الرق لكونهما[٣] طارئين فالأصل[٤] الحرية والاسلام فينا .

قلنا : لا عبرة للأصل والطريان .

وانما العبرة لمعنى في الطريان وهو زيادة أمر ليس في البقاء ، والبينات تترجح بزيادة اثبات على آمر والاسلام زيادة في نفسه قبل أن يجيء الى الطريان لأن الاسلام معرفة وتصديق والكفر جهل .

وكذلك الحرية زيادة نعمة في نفسها من الله تعالى كالحياة مع[٥] الموت فيجب طلب الترجيح من نفسه أولا ، ثم من حاله وهو الطريان والبقاء »[٦] « ولأن العتق لا يحتمل النقض إلا عقوبة على الكفر والرق يحتمله ، والاسلام لازم[٧] لا يجوز نقضه والكفر واجب نقضه فكان العتق والأسلام أثبت . اهـ[٨]

---

(١) في ص منه .

(٢) أنظر عن هذا بدائع الصنائع : ٦ / ٢٤٥ .

(٣) في الأصل اللام غير واضحه والمثبت من ص ـ أ ـ

(٤) في ص والأصل .

(٥) في الأصل و ـ أ ـ من والمثبت من ص .

(٦) في ص وهو البقاء والطريان .

(٧) المثبت من ص . (٧) هاهنا لعله توسيم لم يتضح لي المراد منه .

(٨) في ص والله أعلم .

مسألة من الشهادات : (١)

رجل أقام البينة على آخر أنه باع منه هذه الدار بألف[٢] في رمضان وأقام الآخر البينة[٣] أنه ارتهنها[٤] بالفين[٥] في شوال كانت بينة الشراء أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بينة الرهن أولى . (٦)

لأن البينات تقبل على أصله ما أمكن وممكن هاهنا قبول بينة البيع في رمضان والرهن في شوال على طريق انه عاد اليه ثم رهن وقد " أمكن " (٧) ولأنه ببينة[٨] الرهن[٩] أثبت اقرار الراهن بالملك لنفسه في شوال وصحة الرهن منه فيكون الاقرار الثاني ناقضا للأول .

---

(١) انظر ص ٧٥٤ .

(٢) مثبته من ص ـ أ ـ

(٣) مثبته من ص وفي ـ أ ـ جعلها بين كلمة أقام والآخر .

(٤) الرهن لغة يطلق على الثبات والدوام والحبس
المصباح المنير : ٢٤٢/١ ، المغرب : ٣٥٦/١ ، لسان العرب: ٩٠/١٣ .
واصطلاحا : حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين .
التعريفات : ١١٣ ، الجوهرة النيره : ٢٧٣/١ .

(٥) في ص بالفى .

(٦) انظر: المبسوط: ١٦٣/١٦ ، مختلف الرواية ل/١٦٣ أ .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ أنكر والمثبت من ص

(٨) في ـ أ ـ ولا يه وهو خطأ .

(٩) في الأصل و ـ أ ـ بينه والمثبت من ص .

إلا أنا نقول (١)

بينة البيع (٢) أولى لأنه أسبق .

ولأنه أكثر اثباتا ،ثم الرهن بعد البيع يفسد كما " لو (٣)" ثبت معاينـــــه لأن الثابت بالبينة لا يكون فوق الثابت معاينه ، بخلاف ما اذا قامـــــت البينتان على البيعين فان أخرهما يكون أولى .

لأنا لو عايناه باع بألف ثم بـــاع (٤) بألفين نقض الثاني الأول ، وعلل فـــــي الكتاب قد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ، لأنه اذا باعك دارك انتقض الأول فيصير بيعا (٥) لدار البائع واذا (٦) رهنك دارك لم ينتقـــــض الأول فيبقى (٧) رهنا لدارك (٨) فلا يصح . اهـ.

---

(١) في أ ـ لأنا نقول .

(٢) في الأصل وأ ـ البائع والمثبت من ص .

(٣) ساقطه مـــن ص

(٤) مثبته من ص

(٥) ساقطه من ص

(٦) في ص فاذا

(٧) في ص ويبقـــــى

(٨) في ص لذلـــــك .

مسألة :

« اذا أقام رجل البينة على آخر بشيء[1] في يده أنه له ، قضى له به قاضي بلد[2] كذا ببينة قامت عنده أنه له وأقام ذو اليد البينة على النتاج كانت بينة الخارج أولى عند أبي يوسف .

وقال محمد بينة الناتج أولى . (٣)

لأن المدعى أثبت القضاء بسبب مفسر[4] وهو قيام البينة على مطلق الملك له وبينة النتاج تدفع[5] بينة مطلق الملك .

بخلاف ما إذا أقام البينة أن قاضي بلد[6] كذا قضى له به ، لأنه أثبت القضاء له[7] ولم يذكر سببه والقضاء لا بد له من سبب ، وقد احتمل أن يكون السبب بينه بمطلق الملك وبينه بملكٍ تلقاه من جهة المقضى عليه ، والنتاج إنما يكون دفعاً إذا لم يكن تلقياً من جهته فاذا وقع الشك في عدم هذا

---

(١) في ـ أ ـ اذا أقام رجل على آخر البينة بشيء . . .

(٢) ليست من ص .

(٣) انظر: مختلف الرواية ق ١٦٧ أ

والمؤلف هنا اجمل في الشيء المدعى به والسمرقندي قيده بالدعوى في الجاريه . كما أنه قال عند قول أبي يوسف وقيل هو قول أبي حنيفة

(٤) في ص ـ أ ـ مقتصر وهو خطأ .

(٥) في ص لدفع .

(٦) في ص بلد .

(٧) ساقطه من ـ أ ـ

الشرط لم يثبت الدفع بالشك . (١)

ولأبي يوسف

أنه (٢) وان فسر السبب بقدر ما فسر ، فانه يحتمل أن يكون القضاء ببينة قامت أنه له باقرار ذى اليد أو (٣) الشراء منه ، الا أن الشاهدين لم يسمعا تلك الزيادة أو البينتين عليهما بوجه فيصير المحتمل كالمتحقق في ابطال الدفع (٤) كما اذا شهدوا بالقضاء دون السبب . (٥)

بخلاف ما اذا شهدوا باقرار القاضي (على قضائه له) (٦) ببينة قامت عنده على أنه ملك هذا المدعى فان بينة الناتج أولى .

لأن القاضي هو الذى قضى بالبينة ولا يقضى الا عن حقيقه واثباتٍ ذُكر لديه فقل ما يجرى عليه الغلط فسقط اعتبار احتمالٍ غير ما أشهد القاضي على نفسه .

---

(١) مراد المؤلف رحمه الله بهذا أن بينة النتاج تكون دافعه لدعوى الخارج اذا لم يدع الخارج الشراء وتلقى الملك من صاحب النتاج فاذا وقع الشك لم تكن بينة صاحب النتاج دافعه للدعوى وعلى هذا يقضى للخارج .
وانظر : أدلة محمد بن الحسن في مختلف الرواية ل ١٦٧ أ .

(٢) أى الخارج .

(٣) في ص والشراء .

(٤) مثبته من ص .

(٥) انظر : مختلف الرواية ل ١٦٧ أ

(٦) ما بين القوسين في ص بالقضاء له .

وكلام محمد أظهر

لأن الشاهد لا يشهد الا عن علم ولا يحل له[1] الاخلال بشيء علم به مما يحتمل تغير الحكم به ولأن القضاء لابد له من سبب فاذا لم ينقل السبب ثبت سبب من جملة الأسباب مقتضى وكل سبب يشار اليه ثابت احتمالا فلم تصح[2] بينة النتاج مع احتمال البطلان في نفسه فأما اذا ذكر الشاهد سببا يصلح بنفسه سبب القضاء لم تجز الزيادة عليه بلا نص ولا ضرورة اقتضاء والله أعلم ومسائل الخلاف بعدها[3] تبتنى على معرفة حكم الأسباب التى تثبت بالبينات وما هى من أحكام البينات لكن محمد بن الحسن أوردها في الدعوى لأن الأسباب تثبت بالدعوى .

---

(١) ساقطه من ص

(٢) في الأصل مهمله وفي ص بالياء والمثبت من ـ أ ـ

(٣) في ص بعد هذه .

مسألة :

رجل ادعى عليه عين في يده فقال أنا مودع فيه من جهة فلان لم يدفع الخصومة عن نفسه بالدعوى[1] وقال ابن ابى ليلى[2] رفع لأنه يقر[3] فيصح بلا بينه وقال ابن شبرمه[4] لا يدفع وان أقام البينه لأنه

---

(١) مراد المؤلف بهذا أن الخصومة لا تندفع عنه بمجرد قوله بل لا بد من اقامة دليل على صدق دعواه وهذا بالاتفاق عندهم اذا كان المدعى عليه معروفا بالصلاح وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة عند أبى يوسف رحمه الله كما سيأتي

بدائع الصنائع : ٦/ ٢٣١ ، الأختيار : ٢/ ١١٦ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣١٣ ، الدرر الحكام : ٢/ ٣٤٣ ، البحر الرائق : ٧/ ٢٢٨ مجمع الأنهر : ٢/ ٢٧٠ ، روضة القضاة : ٤/ ١٤٤٨ ، شرح أدب القاضي ٣/ ٢٧٠ .

(٢) هو أبو عيسى عبد الرحمن بن أبى ليلى واسم ابى ليلى يسار وقيل بلال وقيل بليل وقيل داود الأنصارى الأوسي الكوفي تابعى جليل ولد لست سنين من خلافة عمر رضي الله عنه وتوفى سنة ٨٣ هـ ، روى عن عمر وعثمان وعلى وسعد وغيرهم من الصحابة .

تهذيب الأسماء واللغات : ١/ ٣٠٣ ، تهذيب التهذيب : ٦/ ٢٦٠ تقريب التهذيب : ٣٤٩ ، العبر : ١/ ٧١ .

(٣) في ص مقر .

(٤) هو أبو شبرمه عبد الله بن شبرمه بن الطفيل بن حسان الكوفي التابعي فقيه أهل الكوفة كان قاضيا لأبى جعفر المنصور على سواد الكوفة قال الثورى مفتينا ابن ابى ليلى وابن شبرمه توفى سنة ١٤٤هـ

تهذيب الأسماء واللغات : ١/ ٢٧١ ، تهذيب التهذيب ٥/ ٢٥٠ تقريب التهذيب : ٣٠٧ .

يثبت الملك لغائب . (١)

الا أنا نقول

ان جواب الخصم (٢) يكون حقا عليه (٣) بظاهر يده بدلالة (٤) أنه (يحضر للجواب) (٥) وسئل (٦) ويكلف وبدعوى الايداع أراد أن يبطل حقه في الجواب (١٨١ ب) اذ لا جواب على (٧) المودع فلا يمكنه " بالدعوى " (٨) ولا يلزم (٩) اذا حضر المقر له وصدقه (١٠) لأن له أن يجعل الخصومة اليه بتوكيله فلم يكن تحته (١١) " ابطال حق المدعى " (١٢).

---

(١) في ص للغائب .
وانظر: مذهبهما في المصادر السابقة في التعليق رقم (١) وكذا الهداية ونتائج الأفكار وشرح العنايه ٨/٢٣٩ - ٢٤٠ ، البناية ٧/٤٦٨ ، الجوهرة النيره : ٢/٣١٦ .

(٢) أى المدعي

(٣) أى على الذى الشيء المدعى به في يده .

(٤) في ص بدليل .

(٥) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٦) في ص غير واضحه وفي الأصل و ـ أ ـ كما أثبته .
والصواب ويسأل .

(٧) في ص عن .

(٨) غير واضحه في ص والمراد أنه لا يمكنه بمجرد الدعوى دفع الخصومه عن نفسه لأنها توجهت عليه بظاهر يده فلا يصدق الا بحجة .

(٩) غير واضحه في ص

(١٠) أى صدق مدعى الايداع .

(١١) في ص تحت .

(١٢) ما بين القوسين غير واضح في ص .

" وأما[1] " اذا أقام البينة فان[2] كينونة يده أمانه حق له ولا يمكنه اثباتـــه الا بسببه[3] وهو الايداع فيصير لاخصما فيه " [4]

كما اذا ادعى رجل على آخر أن هذا الشيء لي اشتريته من فلان وأقـــام عليه البينة سمعت "وان قامت[5] " على غائب لأنه سبب حقه فكذلك للغائب.

وقال ابو يوسف لا أقبل هذه البينة اذا كان الرجل معروفا بالاحتيالات[7] [6] استحساناً[8] لأنه يتيسر عليه تسليم مال الغير الى رجل

---

(١) غير واضحه في ص

(٢) في ص فلأن

(٣) في ص بسبب .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) ما بين القوسين في ـ أ ـ فان أقام .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ عنون بمسألة والصواب ما في ص لأن الكلام متصل معطوف على ما قبله .

(٧) الحيلة لغة ـ الحذق في تدبير الأمور وهو تقليب الفكر حتى يهتدى الى المقصود .
المصباح المنير : ١٥٧/١ ، المعجم الوسيط : ٢٠٩/١
واصطلاحا : هي التي تحول المرء عما يكرهه الى ما يحبه
التعريفات : ٩٤ ، التعريفات الفقهية : ٢٧٠ ، أنيس الفقهاء : ٣٠٤

(٨) الاستحسان لغة : استفعال من الحسن وهو ضد القبيح ونقيضه واستحسن الشيء أي عده حسنا .
لسان العرب : ١١٤/١٣ ، القاموس المحيط : ٢١٥/٤ ، المعجم الوسيط : ١٧٤/١ .
وفي الاصطلاح كما عرفه الكرخي :
هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه أقوى يقتضـــى

ثم الاستيداع منه . (١)

بخلاف بينة الملك تقبل من الفاسق(٢) المتغلب وان(٣) عرف بالغصب واحتمل أنه(٤) كان(٥) غصب وتصرف فيه وشهد الناس بناء عليه لأنه لا يمكن هذا الا بعد(٦) الغصب وانه غير متيسر وضعا(٧) فالناس ينازعونه عليه .

وأما(٨) بعد الغصب فيتيسر(٩) عليه التسليم(١٠) الى غيره ثم الأخذ منه

(=) هذا العدول .
كشف الأسرار : ٣/٤ ، وراجع أصول السرخسي : ٢٠٠/٢ ، كشف الأسرار للنسفي : ٢٩١/٢ ، المدخل الفقهي للزرقاء : ٧٧/١ . أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ١٥٦ ، أثر الأدلة المختلف فيها : ١٢٢ ، مصادر التشريع فيما لا نص فيه : ٦٩ ، الرأى وأثره في مدرسة المدينة : ٣٩٧ .

(١) انظر: رأى أبى يوسف هذا في المصادر التالية
بدائع الصنائع : ٢٣١/٦ ، تبيين الحقائق : ٣١٤/٤ ، الاختيار ١١٦/٢ ، البحر الرائق : ٢٢٨/٧ ، الجوهرة النيره : ٣١٦/٢ الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية ٢٤٠/٨ .

(٢) سيأتى تعريف الفاسق في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ص٤٤٧

(٣) في ـ أ ـ فان .

(٤) في ص ـ أن

(٥) في ص يكون

(٦) المثبت من ص .

(٧) في الأصل وضعا وفي ـ أ ـ غير واضحه والمثبت من ص .

(٨) في ص فأما .

(٩) في الأصل فستير والمثبت من ص ـ أ ـ

(١٠) في الأصل و ـ أ ـ السلم والمثبت من ص

على أنه يأخذه[١] حافظا لـه[٢] والاشهاد عليه لا ينازعه عليه أحـــد .

ولا يقال إن هذا يؤدى الى هتك[٣] الأمانات لأن الوديعه عند مثله تقـل وما ذكرناه أكثر اذا كان معروفا به فترجح[٤] ما هو الأكثر وأنه شيء احتاطـه ابو يوسف لابتلائه بالقضاء بين الناس بالحق والقياس [٥] ما قـالاه[٦] والايداع[٧] ثابت بحجه والآخر[٨] بتهمه فلا يستويان .

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ يأخذ والمثبت من ص .

(٢) المثبت من ص

(٣) الهتك يأتى على عدة معان منها القطع وهو المناسب للمقـام ويأتي بمعنى الخرق ويأتي بمعنى الفضيحة .
انظر: لسان العرب : ١٠/٥٠٢ ، المصباح المنير : ٢/٦٣٣ .

(٤) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ فيرجح والمثبت من ص

(٥) في ص على

(٦) انظر: البناية : ٧/٤٧٠ ، نتائج الأفكار : ٨/٢٤١ .

(٧) في ص فالايداع .

(٨) أى الاحتيـال .

مسألة :

فان أقام ذو اليد[1] البينة أنه أودعه رجل يعرفه بوجهه لا ينسبه صحت عند أبى حنيفه وأبى يوسف وقال محمد لا تصح . (٢)

لأن الغائب لا يعرف الا بالاسم والنسب فاذا سكتا عنه فقد جهلاه فأشبه ما اذا قال[3] أودعه رجل لا يعرفه[4] بوجهه[5] .

---

(١) غير واضحه في ص .

(٢) في ص ـ أ ـ لا يصح .
شرح أدب القاضي ٣/٢٧٥ ، الفتاوى الهندية : ٤/٤٥
وهذان المصدران وافقا المؤلف رحمه الله في نقل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ومذهب محمد رحمهم الله والمصادر التى سأذكرها لم تشر الى مذهب أبى يوسف . انظر:
تبيين الحقائق : ٤/٣١٤ ، البناية : ٧/٤٧٠ ، الأختيار: ٢/١١٦
الهداية ونتائج الأفكار : ٨/٢٤٢ ، البحر الرائق : ٧/٢٢٨ ،
الدرر الحكام : ٢/٣٤٣ . مجمع الأنهر : ٢/٢٧١ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/٥٦٦ .
ومحمد بن الحسن يشترط في الشهادة ان تكون المعرفة بالوجه والاسم والنسب .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ قال والمثبت من ص لأن الكلام عن الشاهدين

(٤) في الأصل مهمله والمثبت من ص ـ أ ـ والصواب نعرفه .

(٥) كلمة بوجهه يظهر لي أنه لا معنى لها هنا فالمؤلف فيما يبدو لي أراد أن يستدل لمحمد بمسألة مجمع عليها بينهم وهى أن الشهود اذا قالوا لا نعرفه أصلا لا تقبل بالاجماع .
انظر: تبيين الحقائق : ٤/٣١٤ ، الهداية ونتائج الأفكار : ٨/٢٤١
مجمع الأنهر : ٢/٢٧٠ .
أما اذا أخذنا عبارة المؤلف فيحتمل ان قولهم لا نعرفه بوجهه أنهم

لأنـــه إنما يصير مُودَعاً إذا قضى بالايداع من جهة ذلك الرجل فيصير الرجل مقضيا لـــه[1] فلا يتصور وهو مجهول عنده .

الا أنا نقول : إن المقصود كينونة يده يد أمانه من جهة رجل غير هـــذا المدعى حتى لا يكون خصما للمدعي وانما يكلف ذكر فلان لأنه سبب مارام[2] من الحق لنفسه[3] وبالقدر الذى ذكر يصير سببا صحيحا كما لو اقـر بـــه المدعي أو كان القاضي عاين ذلك منه . (٤)

(=) يعرفونه بالاسم والنسب وهذه مسألة لم يذكر عن محمد فيها شـــيء وقد اختلف الحنفية فيما اذا قالوا نعرفه باسمه ونسبه ولا نعرفه بوجهه هل تندفع الخصومة أم لا . انظر: الفتاوى الهندية : ٤/٤٥٠.

(١) ساقطه من ص .

(٢) رام قال في المصباح المنير : " رمت الشيء أرومه روما ومراما طلبتـه " ١/٢٤٦ ، لسان العرب : ١٢/٢٥٨ ،المعجم الوسيط : ١/٣٨٣

(٣) والحق الذى رامه لنفسه إنما هو دفع الدعوى عنه وأن يده يد أمانه لا يد ملك وهو بقوله إنه يعرف المودع بوجهه يكون قد ذكر ســـــببا صحيحا لدفع الدعوى والمؤلف بقوله هذا يؤخذ منه ميله لقول الامـــام ابى حنيفة رحمه الله . والله تعالى أعلم .

(٤) ذكر الكاساني رحمه الله أن المدعى عليه يخرج عن كونه خصما للمدعـى وأن يده غير يد المالك أن ذلك يعرف بالبينه أو بالاقرار أو بعلم القاضى . بدائع الصنائع : ٦/٢٣١ .

أن الدعوى بهذا القدر تام[1] ، والشهادة تامه لأنهم نقلوا ما تحملوا وتحمل علم الأيداع تام بقدر ما نقلوا لأنه يصح من غير علمهم باسم الصاحب بخلاف ما اذا شهدوا[2] على رجل[3] [4] لا يعرفه[5] بوجهه ،لأنه من الجائز أن يكون ذلك الرجل هذا[6] الذى يدعيه فلم يتضمن دفع الخصومة .

ولأن الايداع لا يتصور الا من رجل غير الآخذ يعاينه الشهود فيصير قولهما لا نعلم بوجهه شهادة على أنفسهما بالغفلة عما به يتم[7] الشهادة فيما اختصموا فيه وهو الايداع من غير هذا المدعي ، فأشبه شاهدين شهد على رجل أنه طلق واحدة بعينها من نسائه الا أنهما نسيا تلك المرأة لأن العين مقصود بالشهادة كالطلاق . لأن حكم طلاق[8] العين يخالف حكم طلاق[9] واحده غير[10] عين فكانت هذه الغفله محسوبه عليه جرحا . اهـ

---

(١) هكذا اتفقت النسخ ولو قال تامه لكان أحسن ليستقيم الكلام مع ما بعده .

(٢) في ص شهدا .

(٣) المثبت من ص .

(٤) في ـ أ ـ أن .

(٥) في الأصل و ـ أ ـ اهمل الحرف الأول والمثبت من ـ أ ـ والصواب نعرفه .

(٦) في ص المدعي .

(٧) في ـ أ ـ تتم

(٨) في الأصل و ـ أ ـ الطلاق .

(٩) في ـ أ ـ الطلاق .

(١٠) في ص بغير .

مسألة :

اذا أقام رجل[1] البينة عند القاضي أنه وارث فلان وابنه ولم يزيدوا عليه وتلوم[2] القاضي فلم يظهر له وارث آخر دفع القاضي المال اليه[3] ولا[4] يأخذ منه كفيلا عند أبي حنيفة .

وقال في الجامع الصغير[5] هذا شيء احتاطه بعض[6] القضاة وانه جور[7] وقال صاحباه يأخذ منه الكفيل . (٨)

---

(١) مثبته من ص .

(٢) التلوم هو الانتظار والتأني .
لسان العرب : ١٢/٥٥٧ ، المغرب : ٢/٢٥١ ، المصباح المنير ٢/٥٦٠ ، النهاية لابن الأثير : ٤/٢٧٨ .

(٣) مثبته من ص

(٤) في ص ولم .

(٥) ساقطه من ص

(٦) ساقطه من ص

(٧) الجامع الصغير : ٣٢٥ ، شرح أدب القاضي : ٣/٤٥٩ ، أدب القاضي بشرح الجصاص : ٢٤٥ ، مختصر الطحاوي : ٣٣٦ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٤ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٧/٣٩ المبسوط : ١٧/٤٦ .

نص بعض علماء الحنفية أن الامام عنى بهذا ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى .

(٨) انظر: تفصيل هذه المسألة بالاضافة الى المصادر السابقة مختلف الرواية ل ١٦٤ ـ أ ـ ب ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥/٤٥٥ ، الدرر الحكام : ٢/٤١٨ ، شرح أدب القاضي ٣/٢٥٣ .

لأن العادة[1] الغالبه في استحقاق التركه[2] أن تكون[3] على الشركة[4] فـــان الأغلب أن المرأة لا تخلو عن الرجل والرجل عـــن المـــرأة

---

(١) العادة لغة : كل ما اعتيد حتى صار يُفعل من غير جهد، والحاله تتكرر على نهج واحد . المعجم الوسيط : ٢/ ٦٣٥ .
واصطلاحـــا : عباره عما يستقر في النفوس من الأمور المتكرره المقبوله عند الطباع السليمه .
الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠١ ، وانظر: التعريفات : ١٤٦ ، التعريفات الفقهية : ٣٦٩ ، الاجتهاد فيما لا نص فيه : ٢/ ١٨٢ . وما بعدها .

(٢) التركه - يقال تركه بفتح التاء وكسر الراء ،أو بكسر التاء وسكون الـــراء مثل كَلِمَةٍ وكِلْمَةٍ، هي ما خلفه الميت من التراث المتروك .
انظر: المصباح المنير : ١/ ٧٥ ، لسان العرب : ١٠/ ٤٠٥
واصطلاحا في المشهور عند الحنفية هو المال الصافي عن أن يتعلـق حق الغير بعينه "
التعريفات : ٥٦ ، التعريفات الفقهية : ٢٢٧ ، وانظر : تبيـــن الحقائق : ٦/ ٢٢٩ ، الدرر المختار وحاشية ابن عابدين : ٦/ ٧٥٩ أحكام المواريث لشلبي : ٣٨ ، أحكام الميراث لبراج : ٧٩ ، المواريث في الشريعة الاسلامية لحسنين مخلوف ص ١٠ .

(٣) في الأصل مهمله وفي -أ يكون والمثبت من ص

(٤) الشركة هي الاختلاط والامتزاج .
انظر: لسان العرب : ١٠/ ٤٤٨ ، المعجم الوسيط: ١/ ٤٨٠
واصطلاحا : اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز ،ثم اطلق على العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين .
التعريفات : ١٢٦ ، التعريفات الفقهية : ٣٣٧ .

ثم عن عصبه[1] .

فاذا[2] أقام الوارث البينة أنه وارثه لا غير فما قطع شبهة الشركة الثابتة بالعاده[3] بدليل مثله في الباب وسبب الشركة قائم وهو العاده فوجب على القاضي الاحتياط بحكم ذلك[4] السبب .

فقيل انه يتلوم بالاجماع[5] لتوهم وارث آخر وبعد التلوم[6] ما انقطعت الشبهة

---

(١) العصبة : مادةُ عصب في اللغة تعنى الاحاطة بالشيء
قال الأزهرى " عصبة الرجل اولياؤه الذكور من ورثته سموا عصبة لأنهم عصبوا بنسبه واستكفوا به ... " لسان العرب : ١/٦٠٥ .
واصطلاحا : هو الوارث بغير تقدير

المغنى : ٦/١٦٨ ، أحكام المواريث لشلبي : ٢٠٦ ، أحكام الميراث لبراج : ٤٧٩ .
وانظر عن الدليل الذى ساقه المؤلف المبسوط : ١٧/٤٦ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٥ ، بدائع الصنائع ٦/٢٧٦ مختلف الرواية ل ١٦٤ ب ، تهذيب أدب القاضي للناصحى ٢/٥٨٤

(٢) في ص واذا
(٣) في ص ـ أ ـ في العادة .
(٤) في ص هذا .
(٥) لم أجد من يخالف من أئمة الحنفية في التلوم والتأني من القاضي في هذه الحالة بل كل مصادرهم تذكر أن على القاضي التلوم زمانا على قدر ما يرى القاضي وقيل بقدر بحول .
مختصر الطحاوى : ٣٣٩ ، المبسوط : ١٧/٤٦ ، شرح أدب القاضي ٣/٢٥٣ ، شرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٤ - ٣٤٦
الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/٤٥٦ .

(٦) في ـ أ ـ اثبت الناسخ فوق كلمة التلوم التقدم وهو خطأ .

بدليل مثله فبقي بين ان يدفع بحجته[1] أويمنع بشبهته فترجح[2] الحجه على الشبهة فيدفع ويأخذ الكفيل لحق[3] الشبهة احتياطا لذلك الوجه. ومثاله رجل أحال[4] بدينه على رجل لا دين له عليه[5] ثم مات المحيل قبل أن يقضى المحتال عليه[6] الدين، فان تركه الميت تقسم ويؤخذ منهم[7] كفيل[8] لدين الحواله[9] وان لم يكن للحال[10] استحقاق، لأن السبب قد ثبت وهو الحوالة .

---

(١) في ص وبين أن يمنع"

(٢) في الأصل و ـ أ ـ فرجح والمثبت من ص

(٣) في ص بحق .

(٤) في ص أحال .

(٥) تجوز الحوالة على من له عليه دين وعلى من لا دين له عليه وتسمى حواله مطلقه .

انظر: روضة القضاة : ١/ ٤٦٨ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٤٨ ، بدائع الصنائع : ٦/ ١٦ ، الجوهرة النيره : ١/ ٣٨٠ .

(٦) هو الذى قبل أداء الدين ـ النتف ٢/ ٧٥٤ ، أنيس الفقهاء ٢٢٤

(٧) في ـ أ ـ منه وهو خطأ .

(٨) في الأصل و ـ أ ـ كفيلا والمثبت من ص لانه نائب فاعل .

(٩) انظر: الاختيار : ٣/ ٤ .

(١٠) هكذا في النسخ والصواب للمحال

فبذلك السبب[١] إما أن يرجع[٢] في تركه[٣] المحتال عليه " اذا قضى[٤] "
أو الغريم" ان توى[٥]" ما على المحتال عليه .[٦]

ولما ظهر سبب الاستحقاق احتاط القاضي له بالكفالة وان لم يثبت الحق
فكذلك[٧] هاهنا[٨] والمسألة في الزيادات . (٩)

ولا يلزم اذا قامت البينه أنه وارثه لا يعلمون له وارثا آخر لأنهم قطعوا
الشركة بدليل مثله فلم يبق شبهه الجهل[١٠] فالقاضي ما كلف[١١] الا بأدلة
مثلها ألا ترى أنه لا (١٨٢ أ) يتلوم في هذه المسألة .

---

(١) المراد ثبوت الحواله .

(٢) المحال

(٣) في الأصل و ـ أ ـ التركه والمثبت من ص

(٤) ما بين القوسين في ص انقضى

(٥) مابين القوسين في ص انتوى

(٦) مثبته من ص .
وانظر : بدائع الصنائع : ٦/١٨ ، الجوهره النيرة : ١/٣٨١ ،
الاختيار : ٣/٤ ، الكتاب مع شرحه اللباب : ٢/١٦١

(٧) في ـ أ ـ وكذلك .

(٨) أى في مسألة الميراث التى هو بصدد الكلام عنها .

(٩) الزيادات لمحمد بن الحسن حسب علمي انها غير موجودة .

(١٠) شرح أدب القاضي : ٣/٢٥٢ - ٢٥٣ ، المبسوط : ١٧/٤٦ .
بدائع الصنائع : ٦/٢٧٥ ، ٢٧٦ ، شرح فتح القدير وشرح
العناية : ٧/٣٤٤ - ٣٤٥ .

(١١) في ـ أ ـ كان .

ولا يلزم أن القاضي لا يأخذ الكفيل لموصى له يظهر أو غريم لأن الأصل فيهما العدم فلم يثبت سبب[1] الحق لهما فلم يثبت للقاضي شبهه فلم يكن الأخذ احتياطا فكان[2] جورا وهاهنا سبب الشركه ثابت عاده ولم ينقطع بدليل مثله فبقيت الشبهه، والاحتياط مشروع عند الشبهه فلم يكن جورا .

وأبو حنيفه علل في الأصل[3] .

فقال[4] أرأيت لو لم يجد كفيلا أكنت احبس حقه لأمر أخافه[5] .

ومعنى هذا الكلام أن الوارث تعين[6] مستحقا للكل[7] الا بمزاحم والمزاحم غير ثابت، ولا ثبت له سبب الثبوت فلا يجوز منع المستحق حقه لأمر يخاف القاضي وقوعه لأنه وهم وظن[8] والعمل بما يتوهم باطل لأنه ليس بحجه

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ بسبب والمثبت من ص .

(٢) في ص وكان .

(٣) في ص ـ الكتاب .

(٤) في ص ـ أ ـ وقال

(٥) انظر: المبسوط : ١٧/ ٤٦ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧٧ ، شرح فتح القدير : ٧/ ٣٤٦ .

(٦) في ـ أ ـ يعين .

(٧) مثبته من ص

(٨) في الأصل و ـ أ ـ وطى والمثبت من ص .

فيكون[1] عملا بغير[2] حجه فيكون جورا[3] .

ألا ترى أن الوهم قائم بعد شهادة الشهود أنه[4] لا وارث له غيره، وليست الكفالة كالتلوم فان القاضي في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد في انتفاء[5] شريك معه بالاستخبار[6] بقدر الممكن ليقوم الاستخبار مدة[7] التلوم مقام شهادة الشهود أنه لا وارث له غيره .

فان هذه الزيادة من الشهود ليس[8] بشهادة فانها[9] على النفي باطلة ولكن خبر[10] وبالتلوم والاستخبار يحصل للقاضي هذا المعنى فيتم عمله بقدر الممكن فلزمه القضاء .

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ ليكون والمثبت من ص .

(٢) ساقطه من ص .

(٣) انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ ، المبسوط : ١٧/٤٦ .

(٤) مثبته من ص ـ أ

(٥) في الأصل غير واضحه وفي ـ أ ـ ابتغاء والمثبت من ص

(٦) في ص بالاستحقاق .

(٧) في ـ أ ـ هذه وهو خطأ .

(٨) في ص ليست .

(٩) في ص لأنها .

(١٠) شرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٦ - ٣٤٧
وعن شهادة النفي انظر: التفصيل في المصادر التالية :
معين الحكام : ١١٤ ، الأشباه والنظائر : ٢٦٢
الفروق للقرافي : ٤/٦٠ ، تبصرة الحكام : ١/٣٨٩ .

فأما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا تجب[1] الا بتوجه حق عليه من وجه ولا توجه[2] هاهنا[3] على ما ذكرنا .

وربما لم نجده فيظلم بمنع[4] حقه بلا سبب ولا حجه. بخلاف مسألة الزيادات لأن المحيل لم يتم براءته عن الدين بالحوالة فأحد الرجلين يُرجع عليه بذلك الدين وأشبه التأجيل[5] .

ألا ترى أن الأصل[6] " متى[7] جاء بالدين الى غريمه أجبر على القبول كان الحق عليه ولم يصر بمنزلة أجنبي جاء به فانه لا يجبر على القبول[8] .

---

(١) في ـ أ ـ يتوجه وهو خطأ .

(٢) في ص يتوجه .

(٣) انظر: شرح فتح القدير : ٣٤٦/٧ ـ ٣٤٧ .

(٤) في ص بمنعه .

(٥) اذا تمت الحوالة فهل يبرأ المحيل من الدين والمطالبه أو من المطالبه فقط ، انظر: تفصيل المسألة في المصادر التالية :
الأختيار : ٣/٣ ـ ٤ ، بدائع الصنائع : ١٧/٦ ، الجوهره النيره ٣٨١/١ ، تبيين الحقائق : ١٧١/٤ ، البحر الرائق : ٢٦٦/٦ .
الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٢٤١/٧ .
والمؤلف هنا مشى على الرأى القائل بأن الحوالة إذا تمت برىء المحيل من المطالبه فقط

(٦) في ص ـ الأصيل ـ والمراد به المحيل .

(٧) غير واضحه في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٨) في ص قبوله . وانظر:
الأختيار : ٣/٣ ، بدائع الصنائع : ١٨/٦ ، شرح فتح القدير وشرح العناية : ٢٤١/٧ ، تبيين الحقائق : ١٧١/٤ ، البحر الرائق : ٢٦٦/٦ .

فان قيل ذكر في جعل[1] الآبق[2] لو أن رجلا أخذ آبقا فسلمه الى القاضى ثم ان رجلا أقام البينة أنه عبده " دفعه اليه " [3] فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا ولم يظهر هاهنا مستحق سواه . [4]

قلنا- وذكر في بعض الروايات لا يأخذ كفيلا[5] " فيجعل[6] " هذا قول أبى حنيفة والاول[7] قولهما .

ثم الجواب أن الذى أقام البينة ما ثبت مستحقا بالحجة[8] لان[9] " العبد

---

(١) الجعل - الأجر الذى يأخذه الانسان على فعل الشىء .
التعريفات الفقهية : ٢٥٠ ، التعريفات : ٧٦ ، أنيس الفقهاء ١٦٩ .

(٢) هو المملوك الذى يفر من مالكه قصدا .
التعريفات : ٧ ، وانظر: الاختيار : ٣/٣٥ ، التعريفات الفقهية ١٥٦ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من ص وفي نظرى أنه الصواب لأنه لا معنى له.

(٤) المبسوط : ١٧/٤٦ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ .
الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٧ ، شرح فتح القدير : ٦/١٣٤ . البناية : ٦/٤٤ .

(٥) الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/٣٤٦ - ٣٤٧ ، شرح فتح القدير : ٦/١٣٤ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ ، البناية ٦/٤٤

(٦) غير واضحه في ص .

(٧) في ص والآخر.

(٨) غير واضحه في ص

(٩) في -أ- لا بحذف النون - .

لواحد[١] من الناس لا للقاضي والقاضي ليس بخصم عن صاحبه [٢] من حيث استحقاق أملاكه فكانت[٣] البينه قامت لا على خصم فما القاضي بخصم عن المالك بل هو أمين وانما يعطيه القاضي لصحة البينة على يد القاضي لا غير[٤] ، فوجب الاعطاء لكون البينة حجة عليه وأخذ الكفيل لأخذه بغير حجه في حق الملك على الحقيقه " لو[٥] تبين[٦] نظرا للحق لا توهم[٧] الظهور ولكن بشك الثبوت للمدعى في حق الخصم .

وكذلك المرأة تدعى نفقة على زوجها الغائب والقاضي عالم بالنكاح أعطاها القاضي النفقة وأخذ منها كفيلا . (٨)

لأن القاضي " يعطيها النفقة[٩] " على احتمال أن الزوج قد أوفاها النفقه فما قيام النكاح بدليل على رد ذلك الاحتمال " واذا بقى الاحتمال[١٠] " غير مقطوع بدليله بقيت الحقيقة ليد الغائب على المال فيأخذ الكفيل " احتياطا لحق ثابت "[١١].

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في ص الحى

(٣) هكذا في النسخ والصواب في نظرى "فكأنّ" .

(٤) غير واضحه في ص .

(٥) في ـ أ ـ أو

(٦) غير واضحه في ص

(٧) في ص لوهم .

(٨) راجع ص : ١٨٠

(٩) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(١٠) ما بين القوسين غير واضح في ص.

(١١) ء ء ء ء ء ء ص

« فأما فيما نحن[1] فيه[2] فالبينة على النسب من الميت وصح[3] الاستحقاق عليه لأن القاضي وليه ولم يبق للميت احتمال[4] حقيه[5] وانما هاهنا احتمال ظهور وارث آخر[6] والأصل فيه عدمه فلا يثبت له حق[7] بنفس الاحتمال .

وفيما[8] مضى[9] حق ثابت ينفى[10] شبهة ثبوته باحتمال أنها حق ذلك بحاله وعدم الدليل على قطع ذلك الاحتمال .

فعلمت أن سر المسألة ما قلناه أنهم يجعلون الأصل لثبوت الشركه في التركه وهذه البينة لم يتعرض بنصها لقطع تلك الشركة وانما يأخذه لعدم دلالة الشريك فيبقى الاحتمال، وحقيقة تلك الشركة فيؤخذ الكفيل لذلك .

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) أى في مسألة استحقاق الميراث التى هو بصدد الحديث عنها .

(٣) في ص صحت .

(٤) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٥) ساقطه من ـ أ ـ

(٦) غير واضحه في ص

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص

(٨) المثبت من ص

والمراد القضاء بالآبق لمن ادعاه وبالنفقه لزوجة الغائب .

(٩) في ـ أ ـ بقى باهمال الحرف الأول .

مسألة :

اذا أقام رجل البينة على امرأة ماتت أنه زوجها ،أو المرأة أقامت أنها كانت امرأة هذا الميت قضى للمدعى ((عند أبى يوسف بأقل النصيبين))[1]

وقال محمد بأكثر النصيبين .

وروى الخصاف[2] عن أبى حنيفة مثل قول محمد ، وروى عن ابى يوسف أنه يقضى للمرأة بربع التسع أقل ما يكون اذا عالت[3] الفريضة وهن[4] أربع.

---

(١) ما بين القوسين في ص" بأقل النصيبين عند أبى يوسف"

(٢) الخصاف هو أحمد بن عمر بن مهير الخصاف كان فرضيا حاسبا عارفا بمذهب أبى حنيفة صنف للمهتدى كتاب الخراج فلما قتل نهب الخصاف وذهب بعض كتبه . له مؤلفات عديده منها كتاب أدب القاضي وكتاب النفقات وغيرها . توفى سنة ٢٦١هـ .
انظر: ترجمته في المصادر التالية :
الفوائد البهية ص ٢٩ ، الطبقات السنيه : ١/٤١٨ ، رقم ٢٧٢
الجواهر المضيه : ١/٢٣٠ رقم ١٦٠ = سير أعلام النبلاء ١٣/١٢٣-١٢٤ ، معجم المؤلفين : ٢/٣٥ ، الأعلام : ١/١٨٥.

(٣) العول لغة - له عدة معان .
منها الإرتفاع والزيادة
انظر: المغرب : ٢/٨٩ - ٩٠ ، لسان العرب : ١١/٤٨٤
واصطلاحا : زيادة في السهام ونقص في الأنصبه ، إعانة الطالبين ٣/٢٤٢ ، التعريفات الفقهية : ٣٩٢ ، أحكام الميراث لبراج : ٥٥٢ المواريث لمخلوف : ١٢٩.

(٤) انظر: المسألة في المصادر التالية :
كتاب أدب القاضي للخصاف بشرح الجصاص ص ٢٤٥ - ٢٤٨
===

وجه قول محمد . (١)

أن الزوجية سبب لأكثر النصيبين في الأصل والنقصان بالولد (٢) ، لأن الولد مع الزوجية ليس بوصف لا ينفصل (٣) عنه بل قد يوجد معها وقد لا ، وهي

(=) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد : ٣/٢٥٣ - ٢٥٤ وما بعدها .
تكملة ابن عابدين : ٧/٣٩ ، كتاب تهذيب أدب القاضي :
٢/٥٨٤ ، مختصر الطحاوي ص ٣٤٠ ، روضة القضاة : ٤/١٤٥٢
المبسوط : ١٧/٥٣ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ ، شرح العناية
وفتح القدير : ٧/٣٤٤ - ٣٤٥ ، ابن عابدين : ٥/٤٥٦ .
وقول المؤلف روى عن أبي يوسف أنه يقضي للمرأة بربع التسع وهذا يتصور في رجل مات وترك أبا وأما وبنتين واربع زوجات أصل المسألة من اربعة وعشرين للأبوين السدسان ثمانيه وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجات الثمن ثلاثه فعالت بثلاثه اسهم فصارت الفريضه سبعة وعشرين وهذه الثلاثة هي التسع ولكل واحدة منهن ربع هذا التسع وهي لا تنقسم عليهن وبين الرؤس والسهام تباين فيضرب عدد الرؤس في عول المسألة تصبح ١٠٨ تسعها ١٢ لكل واحدة ربع التسع ثلاثة اسهم .
انظر : بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ .

(١) انظر : شرح أدب القاضي للصدر الشهيد : ٣/٢٥٤ .
المبسوط : ١٧/٥٣ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٧٦ .

(٢) في ص مع .
قال تعالى " . . . فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن . . . "النساء ١٢
" . . . فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم ".

(٣) في الأصل اهمل الحرف الاول والثاني وفي ص تنفصل والمثبت من أ .

بدونه سبب للأكثر[1] فيكون العبرة للأصل حتى يقوم العارض ، كما اذا قامت البينة على الأبوة أو البنوة أو الأمية[2] قضى بالأكثر[3] ، لأن هذه العلل تنفصل في الجملة عما يغير أحكامها الى الأقل .

ولا معنى (١٨٢ ب) للاستدلال بالشرط .

وهو أن الله تعالى جعل الزوجية سببا للأكثر بشرط عدم الولد ، فانه جعله سببا للأقل بشرط وجود الولد فتعارضا .

وكذلك علق ارث الأبوين بعدم الولد[4] ثم قضى لهما بالأكثر وان لم يثبت العدم بدليله .

---

(١) " ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد . . "

" ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد . . "

(٢) هكذا في النسخ والصواب المؤمومة - كما هو في النسخ التي لم تعتمد في التحقيق .

(٣) بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧٦ ، المبسوط : ١٧/ ٥٣ ، شرح فتح القدير وشرح العناية : ٧/ ٣٤٤ .

(٤) أي أن الله تعالى علق حصول الأب والأم على أكثر النصيبين بعدم وجود الولد فاذا وجد قل نصيب كل واحد منهما - وكذا نصيب الأم في حالة وجود جمع من الأخوة .

قال تعالى : ((وان كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس . . . " النساء : آية : ١١

ولا يحمل كلام المؤلف رحمه الله هنا على حرمان الأب والأم من الارث في حالة وجود الولد لأنه لم يقل بهذا أحد والله تعالى أعلم .

ووجه قول أبي يوسف :

أن الزوجية انما تكون سبب إرث عند الموت لا قبله ولها حالا ن في الا رث أقل وأكثر ألا ترى أن الزوج مع البنت[1] يرث الربع وان فرغ الربع الآخر عن فريضة البنت ، وكذلك المرأة[2] ، فثبت ان النقصان مع الولد ليس للمزاحم[3] ولكن لأنه لم يَشْرَع سببا لأكثر منه وكل حال عند الموت يحتمله مثل الآخر فلا يثبت الأكثر بالشك . (٤)

فان قيل :

الأصل عدم الولد ، قلنا : لا كذلك فقد يتزوج والولد قائم لأحدهما وقد[5] يتزوج[6] بدون الولد على أن العدم والتمسك به حجه دافعه لا مستحقه على ما مر من قبل . (٧)

ومثاله من أوصى لآخر بمثل نصيب أحد الورثه كان له أخس[8] سهامهم لأن

---

(١) في الأصل الا بنت وفي أ " الا بنه والمثبت من ص .

(٢) أى وكذلك المرأة مع البنت ترث الأقل وان فضل الثمن أيضا .

(٣) في ص المزاحم .

(٤) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٧٦ ، المبسوط : ١٧/ ٥٣ .

(٥) في ص فقد .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ تزوج والمثبت من ص .

(٧) راجع ص : ١٧٧

(٨) قال في القاموس المحيط : خس نصيبه جعله خسيسا دنيئا حقيرا . ٢/ ٢١٨ ، وانظر: لسان العرب : ٦/ ٦٤ .
والمراد أنه يعطى أقل انصباء الورثه .

الزيادة فيها شك . (١)

بخلاف الولاد[٢] لأنه سبب لاستحقاق الكل مع الولد وبدونه وانما ينقص[٣] بالمزاحم ألا ترى أنه[٤] اذا كان مع أحد الأبوين بنت رد[٥] عليه[٦]

---

(١) انظر: بدائع الصنائع : ٣٥٦/٧ ،الجامع الصغير ص ٤٢٨
المبسوط : ٨٧/٢٨ ، الاختيار : ٧٤/٥ ،البناية : ٤٤٢/١٠
وما بعدها .

(٢) أي كون الوارث ولدا .
وهو بهذا يحاول الرد على دليل محمد الذي سبق ص ٣١٩ وهو قوله " كما اذا قامت البينة على الابوه ..... الخ "

(٣) في الأصل ينقصى بدون اعجام وفي ـ أ ـ ينقضى باعجام الضاد والمثبت من ص .

(٤) مثبته من ص .

(٥) في الأصل البنت وفي ـ أ ـ ابنه والمثبت من ص .

(٦) الرد لغة الرجع والاعادة .
انظر: المصباح المنير : ٢٢٤/١ ،المعجم الوسيط : ٣٣٧/١ ،لسان العرب : ١٧٢/٣ .
واصطلاحا : صرف الباقي من الفروض على ذوي الفروض النسبيه بقدر فروضهم عند عدم عصبه . التحقيقات المرضيه ٢٤٨ وانظر:
التعريفات : ١١٠ ، والتعريفات الفقهية : ٣٠٦
وقد اختلف العلماء في حكم الرد ومن يرد عليه من الورثه .
انظر: العذب الفائض : ٣/٢ ، رحمة الامة : ٢٤٨ ، الافصاح ١٠١/٢
المغني : ٢٠١/٦ ،التحقيقات المرضيه : ٢٤٩ ،أحكام الميراث لبراج : ٥٨٢ ،أحكام المواريث لشلبي : ٢٦٢ .

بعد فرض البنت[١] ما يفرغ عن مزاحمة البنت[٢] فلم يقع الاحتمال في السبب فقضى بالكل ما لم يثبت المزاحم .

ولهذا لا يقضى بربع التسع في رواية الأصل لأن ذلك النقصان انما يقع بالمزاحم وفيه شك .

دل عليه

أن الله تعالى علق أكثر انصباء الفرائض بشرط عدم الولد فلا يثبت الأكثر مالم يثبت العدم بدليله كرجل قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل لم يعتق حتى يقر[٣] المولى . (٤)

الا أنه في باب الولاد قضى بالأكثر وان لم يثبت عدم الولد بسبب آخر وهو العصوبه للأب أو الرحم للأم فان الرد واجب عليهما اذا فرغ شيء من الفرائض فكان كل واحد منهما مستحقا للكل الأقل بالفرض والباقي[٥] بالرحم أو العصوبة .

---

(١) في الأصل الا بنت وفي ـ أ ـ الأبنه والمثبت من ص .

(٢) المؤلف رحمه الله أورد هذه المسألة والذى يظهر لي فيها ما يلى أن قوله بالرد في حالة وجود الأب مع البنت لا يستقيم لأن الأب هنا يرث بالفرض والباقي يأخذه تعصيبا اللهم الا اذا أراد بالرد المعنى اللغوى لا الاصطلاحي .
كما أن قوله بالرد على الأم في حالة وجودها مع البنت ما يوهم عدم الرد على البنت مع أن البنت يشملها الرد . والله تعالى أعلم بالصواب .

(٣) في ـ أ ـ يفسر .

(٤) راجع ص ١٧٦

(٥) في الأصل و ـ أ ـ الثاني والمثبت من ص .

مسألة (١)

ذكرها[٢] في الغصب اذا أقام رجل على رجل بينة أن هذا ثوبي سرق[٣] مني[٤] وأقام ذو اليد البينة " أنها وديعة[٥] " فلان بن فلان لم يدفع الخصومة عن نفسه استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد دفع قياسا . (٦)

---

(١) هذه المسألة ساقطه من أياصوفيا : ١٠٢١ ، وعارف حكمت والحميديه وداماد .

(٢) هكذا في النسخ والصواب أن يقال ذكرناها لأن المتكلم هو المؤلف وهذه المسألة لم أجدها في كتاب الغصب أو السرقه ومظنه وجودها فيهما أما إذا كان الضمير في ذكرها يعود الى محمد فالمسألة ايضا غير موجودة في الأصل ولا الجامع الكبير ولا الصغير .

(٣) في ـ أ ـ سرقه . والسرقه لغة : أخذ الشيء من الغير خفيه
المغرب : ١/٣٩٣ ، لسان العرب : ١٠/١٥٥ .
واصطلاحا : عند الحنفية " أخذ مكلف خفيه قد عشرة دراهم مضروبه محرزه بمكان او حافظ بلا شبهة "
التعريفات : ١١٨ ، التعريفات الفقهية : ٣٢١

(٤) في ـ أ ـ في وهو خطأ .

(٥) ما بين القوسين في ص " أنه أودعه "

(٦) بدائع الصنائع : ٦/٢٣١ ، تبيين الحقائق : ٤/٣١٥ ، البحر الرائق : ٧/٢٣١ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/٢٤٣ الدرر الحكام : ٢/٣٤٤ ، الجوهره النيره : ٢/٣١٦ ، اللباب في شرح الكتاب : ٤/٣٩ .

لأن قوله سرق مني دعوى فاسده غير[(١)] مسموعه لأنه لم[(٢)] يدع السرقة على أحد فلا يتعلق "له"[(٣)] به حق فيلغو[(٤)] فيبقى قوله هذا ثوبي بلا سرقه ولو كان بهذا القدر اندفعت الدعوى باثبات الوديعة فكذا هذا ولأن سرقة لا[(٥)] يتعلق بها قطع،غَصْبٌ شرعا فصار قوله هذا ثوبي سرق مني وقوله ثوبي غصب مني سواء . (٦)

ولو قال ثوبي غصب مني والمسألة بحالها اندفعت الخصومة ببينة[(٧)] الوديعة فكذا هذا . ووجه الاستحسان[(٨)] .

أن دعواه سرق مني صحيحه وان لم يعين سارقا لأن[(٩)] له حقا في اثبات فعل السرقة على السارق حتى لا يندفع الخصومة ببينة الوديعه ألا ترى لو عين فقال سرقته مني صحت فلا تبطل الدعوى . (١٠)

---

(١) غير واضحه في ـ أ ـ

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ

(٣) ساقطه من ـ أ ـ

(٤) في الأصل و ـ أ ـ فيلغوا والمثبت من ص .

(٥) في ـ أ ـ مالا

(٦) الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨ / ٢٤٣ . الجوهره النيره : ٢ / ٣١٦ .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ بهذا الرسم والمثبت من ص

(٨) انظر: الهدايةونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨ / ٢٤٣ - ٢٤٤ الجوهره النيره : ٢ / ٣١٦ ، تبيين الحقائق : ٤ / ٣١٥

(٩) غير واضحه في ـ أ ـ

(١٠) شرح العناية : ٨ / ٢٤٢ .
الهداية ونتائج الأفكار : ٨ / ٢٤٣ .

وتركه[1] ذكر السارق لوجهين :

أحدهما : أن الشرع ندبه الى الستر عليه[2] لما فيه من الحد ولا يمكنه احياء حقه في اثبات السرقه مع[3] الستر الا بأن[4] يقول سُرق منى فلا يذكر الفاعل بخلاف الغصب لأنه[5] لا حد فيه ولأن الغصب لا يقع خفية ليجب ستره .

ولأن[6] السرقه تكون بحيله واستسرار ولا يكون مجاهره والشاهد قد يرى الثوب يسرق ولا يدرى السارق بالليالي فلو شرطنا على صاحب المال[7] تعيين السارق لاثبات السرقه لضاق عليه فسمعت دعواه السرقه بغير ذكر السارق ليمكنه احياء حقه في اثبات السرقه من غير حرج[8] على ما يقع عادة .

---

(١) في ص ـ أ ـ بتركه بالموحده وحذف الواو ـ

(٢) ورد في الحديث الصحيح عن ابن شهاب أن سالما أخبره ان عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " المسلم أخو المسلم . . . ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة "
صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ٥ / ٩٧ ، ورواه مسلم بلفظ آخر عن ابى هريرة رضي الله عنه .
صحيح مسلم بشرح النووى : ١٧ / ٢١ ،
والستر الوارد في الحديث عام .

(٣) غير واضحه في ـ أ ـ

(٤) في ص ـ أن

(٥) في ص فانه .

(٦) لعل هذا هو الوجه الثاني الذى أشار اليه المؤلف حين قال :" وتركه ذكر السارق لوجهين " .

(٧) في ص الثوب وهى غير واضحه في ـ أ ـ

(٨) غير واضحه في ـ أ ـ

بخلاف الغصب

لأنه يقع مجاهرة ويشتهر عند الناس فلا يحرج صاحبه في اثباته على الغاصب[1] بعينه واذا صحت الدعوى بهذا[2] العذر[3] وصحت الشهادة قضى بأنه مسروق منه ، فلزم المدعى عليه رده عليه بسبب أنه ملكه وبسبب[4] أنه مأخوذ منه لأن[5] سرقة لا قطع فيها[6] بمنزلة[7] الأخذ على ما قلتم. وبينة الوديعة[8] دفع لخصومة[9] الملك دون الأخذ ، كما لو أدعى أنه ملكي أخذته مني والمسألة بحالها .

لأن[10] عموم القضاء بالسرقة يتناول ذا اليد لأن غيره ليس بأولى منه ، فيصير في الحكم كما يتناوله[11] من طريق الخصوص فلا يقبل بينة الوديعة . [12]

فان قيل : هاهنا يتناوله من طريق الاحتمال ، فان السارق واحد من الناس ويحتمل أن يكون[13] هذا فلا يدخل تحته بالاحتمال .

---

(١) غير واضحه في ص .

(٢) في الأصل هذا وغير واضحه في ـ أ ـ والمثبت من ص .

(٣) في ص القدر

(٤) في الأصل و ـ أ ـ وسبب والمثبت من ص .

(٥) في ـ أ ـ ولأن

(٦) ساقطه من ص

(٧) غير واضحه في ـ أ ـ

(٨) غير واضحه في ص

(٩) في الأصل بخصومة والمثبت من ص ـ أ ـ

(١٠) في ص ولأن

(١١) غير واضحه في ـ أ ـ

(١٢) في ص لأن العموم والخصوص سواء عندنا " وفي ـ أ ـ لأن العموم والخصوص عندنا "

(١٣) ساقطه من ص .

قلنا :

لما صحت الدعوى وقضى بأن الثوب[١] مسروق منه ،كما قضى بأنه ملك كان كذلك في يد من كان على العموم ، فيجب الرد بحق الأعتراض على يده ويجب على ذى اليد دفع حكم الأخذ[٢] عن نفسه لا دفع الملك (١٨٣ أ) .

وسبيله سبيل رجل أقام البينة أن هذا ثوبي قضى له[٣] به قاضى[٤] كذا وأقام ذو اليد البينة أنه ثوبي نسجه[٥] في ملكي لم يكن دفعا .

لأن الثوب[٦] صار له[٧] بالقضاء فيلزمه[٨] أن يأتى ببينه تدفع القضاء لا محاله (وبينة النسج لا تدفع)[٩] لأن القضاء (لا بد له)[١٠] من سبب ويجوز

---

(١) غير واضحه في أ ـ

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ

(٣) هكذا في النسخ والصواب" لي " أو تكون زائده فالكلام يستقيم بدونها لوحذفت .

(٤) في ص بلد .

(٥) غير واضحه في ـ أ ـ

(٦) غير واضحه في ص

(٧) أى للمدعى

(٨) أى المدعى عليه .

(٩) ما بين القوسين مثبت من ص ليستقيم الكلام .
وفي الاصل وسبب النسج لا يندفع"
وفي أ ـ وسبب النسج لا يندفع .

(١٠) غير واضحه في ـ أ ـ

أن يكون السبب بينة قامت عليه أنه أقر له به أو اشتراه منه فلم يكن بينة ذى اليد دفعا حتى تدفع الأسباب فكذلك بينة ذى اليد في مسألتنا لا تكون حجة حتى يكون[1] من غير السارق لا محالة ولم يثبت . (٢)

---

(١) أى دفع الدعوى

(٢) كلام المؤلف هذا يدل على ميوله الى مذهب الامام وابى يوسف وترجيحه لقولهما والذى يظهر لي ترجيح مذهب محمد بن الحسن فالمدعى عليه اذا أقام البينة على أن المدعى به وديعه عنده لفلان فلا وجه للحكم عليه والمسؤلية على الشهود أمام الله عز وجل فالقاضى له الظاهر من أمور الناس فاذا شهدوا بغير الحق فحسابهم على الله . والله تعالى أعلم .

فصل : دعوى النسب[1]

دعوى النسب كسائر الدعاوى لا تثبت الا بحجه والنسب حكم كسائر الأحكام لا يثبت الا بسبب موجب له وهذا الموضع موضع بيان سبب النسب، فان له[2] سببا واحدا وهو الفراش وأنه يثبت مره بملك النكاح وهو الأصل ومرة بملك اليمين .

وهذا باب ملك اليمين فنبين " حد " أنه يثبت بالفراش[3] وكيف يثبت وبأى شرط يثبت وبأى معنى يمتنع .

---

(١) قسم ابن مودود وبعض علماء الحنفيه دعوى النسب إلى ثلاثة أقسام وبعضهم قسمها الى قسمين .

فقال رحمه الله " اعلم أن الدعوى ثلاثة دعوة استيلاد ودعوة تحرير وهي دعوة الملك ودعوى شبهة الملك " .

الأختيار : ٢/ ١٢٤ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي : ٤/ ٣٣١
الفتاوى الهنديه : ٤/ ١١٤ .
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٨ الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٨١ ، تكملة حاشية ابن عابدين : ٨/ ٧٠ .

(٢) في ص وان لهم وهو خطأ .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ الفراش والمثبت من ص ليستقيم الكلام .

مسألة :

قال علماؤنا[١] الامة لا تصير فراشا الا بدعوة الولد[٢] وقال الشافعي تصير فراشا بالاقرار بالوطء . [٣]

واحتج بحديث عبد بن زمعه فقد[٤] خاصم سعد بن أبي وقاص (٥) الى رسول الله (٦) في ولد وليدة زمعه فقال

(١) مثبته من ص ـ أ ـ

(٢) تأسيس النظر للمؤلف : ٨١ ـ ٨٢ ، المبسوط : ١٧/ ١٠٠ ،تحفة الفقهاء : ١/ ٢٧٣ ، بدائع الصنائع : ٤/ ١٢٥ ، ٦/ ٢٤٣ ،الجوهره النيره : ٢/ ١٩١ تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٢ ،البحر الرائق ٤/ ٢٩٣ الاختيار : ٤/ ٣١ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ١١٤

(٣) المهذب : ٢/ ١٢٥ ، التنبيه : ١٩١ ،المنهاج ومغنى المحتاج ٣/ ٤١٣ ، روضة الطالبين : ٨/ ٤٤٠ ،شرح السنه : ٩/ ٢٧٩ ، شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/ ٣٨ ،فتح البارى مع صحيح البخارى : ١٢/ ٣٤ ،الوجيز : ٢/ ١٠٤ ،فيض الاله المالك : ٢/ ٢٧٥ الاصطلام : ٢/ل ١٠٨ أ .
ويقول الشافعية قال المالكية والحنابله
المنتقى : ٦/ ٦ و ٨ ، شرح الزرقاني : ٤/ ٢١ ، ٢٨ ،الكافي ٢/ ٩٧٩ القوانيين الفقهية : ٣٢٨ ـ ٣٢٩ ، المغنى : ٩/ ٥٢٨ ،كشاف القناع : ٥/ ٤٠٩ ، الكافي : ٣/ ٢٩٩ ، العده : ٤٤٢ ، الانصاف ٩/ ٢٦٣ ، زاد المعاد : ٥/ ٤١٠ و ٤١٥ ،الافصاح : ٢/ ١٧٢ .
الفروع : ٥/ ٥٢١ .

(٤) في ص فهو .

(٥) هو سعد بن مالك أحد العشرة المبشرين بالجنه وآخرهم موتا ، اسلم وهو ابن ١٧ سنة ،وتوفى سنة ٥٥هـ ، .
الاصابة : ٢/ ٣٣ ، الأعلام : ٣/ ٨٧ ،أسد الغابة : ٢/ ٢٩٠
تهذيب التهذيب : ٣/ ٤٨٣ .

(٦) في ص النبي وفي ـ أ ـ رسول الله صلى الله عليه وسلم .

سعد هو ابن أخي [1] أتى [2] به [3] أخي وكان أخوه عتبة [4] ألم [5] بها وغاب وقال [6] عبد هو أخي ولد على فراش أبي فقال عليه السلام " الولد للفراش وللعاهر [7] الحجر "[8]

---

(١) في ص ـ أوصى .

(٢) في ص الى

(٣) في ص بي .

(٤) عتبه بن أبي وقاص هو أخو سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه وعتبه هذا عده الذهبي وغيره من الصحابه وبعضهم جزم بأنه مات كافرا . وقد روى الحاكم عن أنس رضي الله عنه أنه سمع حاطب بن أبي بلتعه المدني يقول إنه اطلع على النبي صلى الله عليه وسلم بأحد وهو يشتد وفي يدى على بن ابى طالب الترس فيه ماء رسول الله . . . فقال له حاطب من فعل بك هذا قال عتبه بن ابى وقاص . . . فمضيت حتى ظفرت به فضربته بالسيف فطرحت رأسه فهبطت فأخذت رأسه وسلبه وجئت به الى النبي صلى الله عليه وسلم فسلم ذلك إلى ودَعَا لى فقال رضي الله عنك مرتين "
المستدرك : ٣/ ٣٠٠ ، تجريد أسماء الصحابة : ١/ ٣٧٢ ، فتح البارى : ١٢/ ٣٢ - ٣٣ .

(٥) غير واضحه في ص . وألم بالشيء قرب وبالقوم وعليهم أتاهم فنزل بهم وزارهم زيارة غير طويلة .
لسان العرب : ١٢/ ٥٥٠ ، المعجم الوسيط : ٢/ ٨٤٠ ، المغرب ٢/ ٢٥٠ .

(٦) في ص فقال .

(٧) العاهر هو الزاني
لسان العرب : ٤/ ٦١١ ، المغرب : ٢/ ١٣٢ .

(٨) سبق تخريج الحديث وذكره نصاً ص ٢٢٣ ===

والفراش لغة[1] اسم لما يستفرش والمراد بالفراش المرأة التى تكون فراشا للرجل لا فراش النوم[2] والمرأة[3] انما تكون فراشا لغة بالوطء[4] وأحكام الشرع تتعلق[5] بظاهر ما يوجبه اللغه حتى يقوم الدليل [6]على تغيير بالشرع

(=) ووجه الدلالة من الحديث قال السرخسي " فقد أثبت النسب من زمعه باقرار من يخلفه بوطئه اياها ولم يسبق من زمعه دعوة النسب فدل أن الفراش يثبت بالوطء "
المبسوط : ١٧/١٠٠ .
وقال النووى " واعلم أن حديث عبد بن زمعه المذكور هنا محمول على أنه ثبت مصير أمة أبيه زمعه فراشا لزمعه فلهذا الحق النبي صلى الله عليه وسلم به الولد وثبوت فراشه اما ببينه على اقراره بذلك في حياته واما بعلم النبي صلى الله عليه وسلم ذلك " شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/٣٨ ، وراجع فتح البارى مع صحيح البخارى ١٢/٣٤ ، ومغنى المحتاج : ٣/٤١٣

(١) غير واضحه في ص .

(٢) قال في لسان العرب" والفراش ما افترش والجمع أفرشه وفرش وقد يكنّى بالفراش عن المرأة " ٦/٣٢٦
والبعض يطلقه على الزوج
انظر: المصباح المنير : ٢/٤٦٨ ، المغرب : ٢/١٣٢

(٣) غير واضحه في ص

(٤) انظر الاصطلام ٢/ل ١٠٨ ب ،شرح النووى على صحيح مسلم ١٠/٣٧ .

(٥) في ص يتعلق

(٦) ما بين القوسين ساقط من ص .

ولأن[1] عبدا[2] كان كافرا حتى خاصم جاهلا بالشرع) وقد قال ولد على فراش أبى ولم يرد فراش النوم بلا شك فما هو من الولد بشيء فثبت أنه أراد به فراش الجماع[3] الذى هو سبب الولد حسا قبل الشرع .

والنبي حكم له بحجته[4] فعلم أن قدر المعقول[5] من فراش الجماع للكفار[6]

---

(١) في ـ أ ـ ولا عبدا ـ بحذف النون ـ

(٢) عبد بن زمعه بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك ابن حسل بن عامر بن لؤى القرشي العامرى أخو سودة أم المؤمنين رضى الله عنها اسلم عام الفتح .

الاصابة : ٢/٤٣٣ ، الاستيعاب على هامش الاصابة : ٢/٤٤٢ تجريد اسماء الصحابة : ١/٣٦٠.

وقول المؤلف رحمه الله ان عبدا كان كافرا يحمل على أن الاستلحاق من قبل عبد بن زمعه كان وهو لا يزال كافرا وقد وقعت الخصومة عام الفتح كما ورد في صحيح البخارى : ١٢/٣٢ ، واسلام عبد عام الفتح أيضا ، كما أن الشافعية أولوا استلحاق عبد بن زمعه بتأويلين أحدهما : أن زمعه مات كافرا فلم ترثه سوده وورثه عبد بن زمعه .

انظر: شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/٣٩ ، فتح البارى مع صحيح البخارى : ١٢/٣٤ ، شرح السنه : ٩/٢٨٠ ، معالم السنن : ٣/٢٧٩ .

(٣) في ص الوطء .

(٤) أى لعبد بن زمعه وحجته هى دعوى الفراش وهى حجه قوية

(٥) في الأصل المفعول بهذا الرسم وفي ـ أ ـ المفعول والمثبت من ص

(٦) ساقطه من ص .

حجـــه يقضى بهـا [١] النسب. وروى محمد بن اسماعيل البخارى[٢] فـــي الصحاح .

أن النبي عليه السلام قال لعبد هـو أخوك من قبل أنه ولد على فـــــراش أبيـــك " [٣]

ورُوى في رواية أخرى أن النبي عليه السلام أشـركه[٤] في الميراث[٥].

وروى محمد بن الحسن في الأصل عن عمر أنه مر بجارية تستقى[٦] مع رجـل

---

(١) الذى يظهر لي أن كلمة " في " ساقطه من النسخ فالمعنى لا يستقيم إلا بها . والله أعلم .

(٢) هو محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيره البخارى مولى الجعفيين سمع من ألف شيخ وكان من أوعية العلم يتوقد ذكاء . ولد ســـــنة ١٩٤ وتوفي سنة ٢٥٦هـ.
سير أعلام النبلاء : ١٢/ ٣٩١ ، العبر : ١/ ٣٦٧ ، وفيات الأعيـان ٤/ ١٨٨ ، شذرات الذهب : ٢/ ١٣٤ .

(٣) رواه البخارى في كتاب المغازى بلفظ " . . . هو لك هو أخـــــوك يا عبد بن زمعه من أجل أنه ولد على فراشه " صحيح البخارى مـــع شرحة فتح البارى : ٨/ ٢٤ .
وكذا رواه في باب أم الولد : ٥/ ١٦٣ - ١٦٤ .

(٤) في ص أشرفه وهو خطأ .

(٥) رواه أحمد في مسنده : ١٧/ ٣٦ بلفظ " . . . أما أنت فاحتجبـــي فليس بأخيك وله الميراث " ورواه الطحاوى في معاني الآثار ٣/ ١١٥ والحاكم في المستدرك : ٤/ ٩٦ - ٩٧ .
وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وأقره الذهبـــــى .

(٦) في الأصل يستقى وهو خطأ والمثبت من ص -أ -

فقال لمن هذه [١] فقالوا[٢] لفلان فقال لعله يطؤها فقالوا[٣] نعم فقال أما انها لو ولدت ألزمته ولدها . (٤)

وروى أيضا

" حصنوهن أولا تحصنوهن أيما رجل وطئ جارية [٥] ثم جاءت بولد الحقت نسبه به والضياع[٦] عليه[٧] "

---

(١) في ـ أ ـ زياده فقالوا لمن هذه " ولعله سهو من الناسخ . والله أعلم .

(٢) في ص فقيل .

(٣) في ص فقيل .

(٤) رواه عبد الرزاق : ٧/ ١٣٢ رقم ٥٢٥٢٣ ، وابن منصور : ٢/ ٦٤ رقم ٢٠٦٤ .
وما أشار اليه المصنف بقوله إن محمد بن الحسن رواه في الأصل عن عمر لم أجده . والله أعلم .

(٥) في ص ـ أ ـ ثم ضيعها .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ والصاع والمثبت من ص وهو الموافق لنص الأثر

(٧) رواه سعيد بن منصور : ٢/ ٦٣ رقم ٢٠٦٢ - ٢٠٦٣
عن نافع عن ابن عمر قال : قال عمر أيما رجل غشى أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده .
وعن عمرو بن دينار عن سالم بن عبد الله أن عمر رضى الله عنه قال حصنوا هذه الولائد فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكروا ولدها إلا الزمته "
وقد نبه المحقق على الخطأ الحاصل في كلمة " ينكروا "
ورواه بمعناه عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ١٣٢ ، رقم : ١٢٥٢١ ، ١٢٥٤٠
وابن ابى شيبة : ٤/ ٣٧٩ ، وابن حزم في المحلى : ١٠/ ٣٢٢ ..

وعنه أيضا " ما بال أقوام يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتين وليدة[1] يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا أو اتركوا " (٢)

وعن ابن عمر نحو[3] من هذا[4] .

والمعنى أن هذا وطء حلال فيثبت به الفراش شرعا قياسا على من زفت اليه غير امرأته فوطئها فجاءت بولد ثبت النسب من غير دعوة ، لأن الوطء حلال له ظاهرا بناء على الزفاف[5] فهذا الذى هو حلال[6] ظاهرا وباطنا أولى

---

(١) مثبته من ص ـ أ ـ

(٢) روى هذا الأثر عن عمر الشافعي في مسنده : ٢/ ٣٠ - ٣١ رقم ٩٤ ومالك في الموطأ ص : ٤٠٨ ، والطحاوى في معاني الآثار ٣/ ١١٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٧/ ٤١٣ ، والبغوى في شرح السنه : ٩/ ٢٧٩ - ٢٨٠ ، وعبد الرزاق : ٧/ ١٣٢ رقم ١٢٥٢٢ - ١٢٥٢٦ ، وابن حزم في المحلى : ١٠/ ٣٢٢

وقد صححه الألباني . انظر : ارواء الغليل : ٧/ ١٩٠

قال الشوكاني في نيل الاوطار قوله " يعترف سيدها أنه قد ألم بها " فيه تقوية لمذهب الجمهور من أنه لا يشترط في فراش الأمه الدعوه بل يكفى مجرد ثبوت الفراش ٦/ ٢٨١ .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ نحوا والمثبت من ص

(٤) روى الطحاوى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال " من وطئ أمة ثم ضيعها فأرسلها تخرج ثم ولدت فالولد منه والضيعة عليه "

معاني الآثار : ٣/ ١١٤ ، وانظر: المبسوط : ١٧/ ٩٩ ، اللباب للمنبجى : ٢/ ٦٢٦ .

(٥) من زفت اليه غير امرأته فوطئها يعتبر وطأ شبهه ويثبت في هذا الوطء النسب . انظر مغنى المحتاج : ٣/ ١٧٨ ، المغنى : ٦/ ٥٧٧

(٦) في ص له .

وكذلك الوطء بنكاح فاسد يوجب الفراش لتأويل الصحه والحل[1] فهـذا الذى هو حلال أولى . وكذلك النكاح يثبت به الفراش بلا وطء[2] لأنـه سبب الوطء " ما فيه[3] " غرض غيره فلما ألحق السبب الصحيح[4] بالوطء صيانة للماء عن الضياع فلأن تعمل الوطء الحلال هذا العمل أولى . وهذا كله لأن الولاد حقيقته بالماء كما في البهائم ، ثم الشرع " الحق به السبب[6] " صيانه للماء عن الضياع والغى حكم الماء بالزنا صيانه لنسل الانسان عن الحرمة والخبث[7] فاذا جاء الوطء الحلال الذى هو سبب الماء حقيقه ولم يلغ بكونه زنا لم يكن بد من تعلق ثبوت النسب به . (٨)

(١) انظر: مغنى المحتاج : ٣/١٧٨ ، نهاية المحتاج : ٦/٢٧٥ ، زاد المحتاج : ٣/٢٢١ .

(٢) مذهب الجمهور ومنهم الشافعيه أن المرأة تصير فراشا بمجرد عقد النكاح وشرطوا امكان الوطء بعد ثبوت الفراش .
شرح النووى على مسلم : ١٠/٣٨ ، المهذب : ٢/١٢١
وسيعقد المؤلف فصلا خاصا بهذه المسألة ص ٣٦٤ و٣٧٤

(٣) غير واضحه في ص

(٤) المراد به عقد النكاح

(٥) في ص ـ أ ـ يعمل

(٦) في ص الحق السبب به

(٧) ماء الزنا لا حرمة له عند الشافعية فلا يثبت به نسب ولا ارث
المنهاج ومغنى المحتاج : ٣/١٧٥ ، نهاية المحتاج : ٦/٢٧٢
أسنى المطالب : ٣/١٤٨ ، روضة الطالبين : ٧/١٠٩ ، المهذب ٢/٤٤ ، الأنكحة الفاسده : ٧٦ وما بعدها .

(٨) أى بهذا الوطء الحلال .

ولأن ملك النكاح لما كان «×»[1] للوطء[2] أوجب الفراش بنفسه وملك اليمين لا يوجب لأنه قد يراد به الوطء وقد لا يراد ، فاذا وطئها «×»[3] تحقق ارادة الوطء وبطل احتمال العدم فصار كملك النكاح في ارادة الوطء به بل آكد فليس المحقق كالمقصود «×»[4] قبل تحققه . (٥)

والحجة لعلمائنا : أن وطء الأمة يحتمل الولد وغيره فلا يثبت به الفراش قياسا على ملكها[6] . وهذا لأن المحتمل لا يكون حجه ، وانما قلنا محتمل لأن العاده جرت في وطء الاماء ، لقضاء الشهوة دون الولد يحققون ذلك بالعزل ، كما جرت العادة في شراء المماليك لا للاستيلاد . وكما أن عدم الوطء مع الملك يعدم الولد[7] ، فكذا[8] عدم الماء مع الوطء

---

(١) في ص يراد به .

(٢) في ص الوطء

(٣) في ص فقد .

(٤) في ص به ولا معنى لها هنا .

(٥) انظر: المهذب : ٢/١٢٥ ، مغنى المحتاج : ٣/٤١٣ ، الاصطلام ٢/ل ١٠٨ ب .

(٦) المبسوط : ١٧/١٠٠ ، الهداية وشرح العناية : ٥/٣٧ ، البحر الرائق : ٤/٢٩٣ ، البنايه : ٥/١٣٥ .

(٧) في الأصل و ـ أ ـ الوطء وهو خطأ والمثبت من ص .

(٨) في ص وكذا وهو خطأ .

بعدمه حتى لم يثبت الفراش بوطء الصبى لأنه لا ماء له[1] ، فثبت أن الملك والوطء[2] سواء وأن حقيقة الولد بالماء،وأن الوطء (١٨٣ ب) سبب الماء حقيقه والنكاح سبب للوطء شرعا ، الا أن الشرع الحق وطء النكاح في باب النسب بالماء لأنه لا يراد به عادة الا الولد .

(وكذلك العزل عن المرأة حرام شرعا كما في النكاح الفاسد)[3] وألحق النكاح الذى هو سبب الوطء به[4] لأنه لا يعقد الا له في العرف[5]

---

(١) سيأتي ان شاء الله تعالى ذكر علامات البلوغ ص : ٣٧٠
وأدنى مدة في بلوغ الغلام عند الحنفيه بالاحتلام أو الانزال أوالاحبال اثنتا عشرة سنة على المختار .
لكن السغدى رحمه الله عند تقسيمه للفراش وذكره لأعلاها وهو فراش المنكوحه قال " وولد هذا الفراش يلزم الزوج الا في ثلاثة أحوال أحدها اذا كان صغيرا لا يتوهم من مثله الاحبال وحد المتأخرون في ذلك ما كان دون عشر سنين " .
انظر: المبسوط : ٦/٥٣ ، ٩/١٨٤ ، مجمع الأنهر : ٢/٤٤٤ تبيين الحقائق : ٥/٢٠٣ ، البنايه : ٨/٢٥٦ ،لسان الحكام ٣١٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٦/١٥٣ ،الاختيار ٢/٩٥ - ٩٦ ، الدرر الحكام : ٢/٢٧٥ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العنايه : ٩/٢٧٠ ، النتف في الفتاوى : ١/٣١٢

(٢) أى الذى لا ماء معه .

(٣) ما بين القوسين لم يتضح لي وجه ايراد المؤلف له فالكلام يستقيم بدونه

(٤) أى بالوطء

(٥) العرف لغة - المعروف ضد النكر
قال في لسان العرب" والعرق والعارفه والمعروف واحد ضد النكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به - أى يأنس به - وتطمئن اليه ---

والشرع حتى[1] كان الوطء من الامساك بالمعروف. ثم ملك الأمه لم يُثبت الفراش لأنه يراد به الوطء وغيره فكذا وطأها يراد به الولد وغيره[2].

فان قيل حرمة المصاهره في الأصل علق بالولد وبالماء[3] على ما عرف في موضعه[4]، ثم أَلحق النكاح بالوطء لأنه سببه، ولم يلحق ملك اليمين بالماء في اثبات الحرمه، والحق به[5] الوطء بملك اليمين[6] فعلم أن للوطء حكم الماء.

(=) لسان العرب : ٩/ ٢٣٩ ، وانظر: المعجم الوسيط : ٢/ ٥٩٥
أما تعريفه في الاصطلاح فانه قد سبق تعريف العاده وهما بمعنى واحد عند الأكثرين .
انظر: المدخل الفقهي العام : ١/ ١٣١ ، الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي : ٢٤٢ الرأى وأثره في مدرسة المدينه : ٥١٥ مصادر التشريع فيما لا نص فيه : ١٤٥

(١) مثبته من ص .

(٢) المبسوط : ١٧/ ١٠٠

(٣) الصهر القرابه ـ والصهر حرمه الختونه وختن الرجل صهره والمتزوج فيهم أصهار الختن .. الخ .
انظر: لسان العرب : ٤/ ٤٧١ ، المصباح المنير : ١/ ٣٤٩
والمقصود به حرمة انكحه فرق معلومه من النساء .
انظر: بدائع الصنائع : ٢/ ٢٥٨ ، الاختيار : ٣/ ٨٤ ـ ٨٥ ، تحفة الفقهاء : ١/ ١٢٢.
والتحريم بالمصاهره مانعمن موانع النكاح المؤبده ، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في بعض تفصيلاته والظاهر لي أن المؤلف رحمه الله قصد بقوله علق بالولد أى تحريم زوجة الابن على الأب وبالماء أى التحريم بالدخول وعدمه ، وهو بقوله هذا لم يستوعب المحرمات بالمصاهره . والله أعلم

(٤) أشار المؤلف الى هذا في كتاب النكاح . انظر: ١/ ٥٢ ، بتحقيق د/ نايف العمرى

(٥) أى بالماء .

(٦) انظر: المبسوط: ١٧/ ١٠٠.

وكذلك " في "[1] " باب الاغتسال[2] وايجاب الكفارة على الصائم[3] والحل للزوج الأول (٤) الحق الوطء بالماء دون النكاح

(١) مثبته من ص .

(٢) اختلف الفقهاء في ايجاب الغسل من التقاء الختانين فالجمهور من الصحابة والتابعين والأئمة الأربعه على وجوب الغسل وان لم ينزل .

وذهب بعض الصحابة والتابعين الى أنه لا غسل الا مع الانزال ونسب هذا الى داود الظاهرى .

شرح النووى على صحيح مسلم : ٤/ ٣٦ ، فتح البارى مع صحيح البخارى : ١/ ٣٩٥ ،سبل السلام : ١/ ٨٥ ،نيل الأوطار ١/ ٢٢٠ المغنى : ١/ ٢٠٤ ،الاختيار : ١/ ١٢ ،القوانين الفقهية : ٢٨ المحلى : ٢/ ٢ ، فقه داود الظاهرى : ٢٢٧ .

(٣) تجب الكفارة على الصائم بسبب الجماع وان لم يحصل الانزال . الاختيار : ١/ ١٣١ ، بدائع الصنائع : ٢/ ٩٨ ،الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٢/ ٣٣٦ - ٣٣٧ ،الاشباه والنظائر ٣٩٦ . القوانين الفقهية : ١٠٥ ، روضة الطالبين : ٢/ ٣٧٧ . المغنى : ٣/ ١٢٠ .

(٤) حل الزوجة للزوج الأول لا يتوقف على الانزال من جماع الثاني بل يكفى حصول الجماع عند الجمهور وذهب ابن المسيب ومن وافقه الى أن مجرد العقد كاف وقال الحسن بن أبى الحسن إن مجرد الوطء لا يكفى بل يشترط الانزال .

انظر: أحكام القرآن للجصاص : ٢/ ٨٨ - ٨٩ ،المبسوط: ٦/ ٩ ===

فثبت أن هذا أقوى . (١)

وهذا لأن الوطء سبب الماء والماء أمر في[٢] الباطن[٣] لا يمكن الوقوف عليه من غيره فعلق بالسبب الظاهر[٤] ليمكننا اقامة الأحكام التى نبتلى[٥] بها فأما[٦] النكاح فلا يلحق بالوطء لتعذر الوقوف على الوطء ليسقط اعتبار الوطء حقيقه على كل حال واحتمل السقوط لبطونه عن أعين الناس فصح السقوط في النكاح بالشرع ، ولم يجز الحاق الوطء به في السقوط

(=) الكشاف للزمخشرى : ١/١٣٩ ، الأشباه والنظائر : ٣٩٦-٣٩٨ القوانين الفقهيه : ١٨٢ ، الجامع لأحكام القرآن : ٣/١٤٧-١٤٨ أحكام القرآن لابن العربي : ١/١٩٨ ، رحمة الأمة : ٢٩٠ ، فتح البارى : ٩/٤٦٦ - ٤٦٧ ، الاشراف : ٤/١٩٩ ، الافصاح ٢/١٥٩ ، منار السبيل : ٢/٢٥٧

(١) أى الوطء الحاصل من السيد لأمته .

(٢) ساقطه من ص

(٣) في ص باطـن

(٤) المراد به الوطء

(٥) في ص تبتنى ، وفي ـأ ـ يتسلي

(٦) غير واضحه في ص .

لأنه أخفى وأشد[١] اعتبارا به . وكذلك « »[٢] الجمع بين الأختين حرام نكاحا[٣] وحرم وطأ بملك اليمين[٤] ولم يحرم[٥] ملكا[٦] .

قلنا : إن حرمة المصاهره تثبت بحكم أن الزوجين يصيران في حكم شخص واحد حتى تصير[٧] " بناتها كبناته[٨]" وابناؤه كأبنائها على ما بينا في[٩]

---

(١) في ص وأعسر (٢) في ص حرمت

(٣) هذا الأمر مجمع عليه لقوله تعالى ((وان تجمعوا بين الأختين))
انظر: بدائع الصنائع : ٢/٢٦٢ ، روضة القضاة : ٢/٨٧٢
الجامع لأحكام القرآن : ٥/١١٦ بداية المجتهد : ٢/٤٨ ، رحمة الأمة : ٢٧١ ، الاشراف : ٤/٩٦ و ٣٢٧ ، الاجماع لابن المنذر ٩٤ ، الافصاح : ٢/١٢٥ ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية ٣٢/٦٨ .

(٤) جمهور الفقهاء على التحريم كما قال المؤلف . انظر: تفصيل المسألة وأدلتها في المصادر والمراجع التالية
بدائع الصنائع : ٢/٢٦٤ ، الاختيار : ٣/٨٤ ، المبسوط ١٧/١٠٠ و ١٣/١٥٩ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/٥ ، الجامع لأحكام القرآن : ٥/١١٦ ، القوانين الفقهية : ١٨١ ، رحمة الأمة ٢٧١ الاجماع لابن المنذر : ٩٤ ، الاشراف : ١/٢٠٣ ، ٤/٩٧ و ٣٢٦ المغني : ٦/٥٨٤ ، الانصاف : ٨/١٢٤ - ١٢٥ ، الكافي ٣/٤٢ الاختيارات الفقهية : ٢١١ ، زاد المعاد : ٥/١٢٦ ، المحلى ٩/٥٢١ ، فقه داود : ٦٤٧ ، الانكحه الفاسدة : ٢٩٥ .

(٥) في - أ - ولم يجز وهو خطأ .

(٦) المغني : ٦/٥٨٤ الجامع لأحكام القرآن : ٥/١١٦ ، الاشراف ١/٢٠٥ ، و ٤/٣٢٧ ، الاجماع لابن المنذر: ٩٤ ، مغني المحتاج ٣/١٨٠

(٧) مهمله في الأصل وفي - أ - يصير والمثبت من ص .

(٨) في الأصل و - أ - شابهها كشابه والمثبت من ص .

(٩) في ص كتاب .

النكاح[١] وذلك بالوطء مرة [٢] لازدواج[٣] النفسين واختلاط الفرج في الفرج وبالمائين أخرى بحقيقة الانخلاق صورة واحدة منهما جميعا فكان كل واحد من الأمرين علة بنفسها وبالنكاح أخرى لأنه تزويج حكما وبه تجب حقوق النكاح مشتركه ويطالب كل واحد صاحبه بالوطء .

وأما ملك اليمين فما فيه تزويج بوجه ولا حق للأمه يثبت به فلم يصر كالوطء الذى فيه تزويج بين الشخصين حتى صار كشخص واحد[٤] والنكاح عقد وطء واستيلاد فألحق[٥] بهما[٦] شرعا .

وملك اليمين لم يشرع مقصودا للوطء والاستيلاد بل لأمور أخر وهما فيه تبع فلم يلحق ملك اليمين بالوطء .

فأما النسب" في الأصل فمعلق[٧] بالماء وبه تثبت الاضافه كما في البهائم والجماع سبب الماء كالملك فاعتبر الجماع الذى لا يراد به الولد عرفا بالملك الذى لا يراد به الولد عرفا ولم يجز اعتبار الجماع[٨] بالماء ولا بالنكاح المشروع للولد عرفا وشرعا لأن الازدواج والاتحاد الذى يقع بالنكاح ما هو

---

(١) لم أجده في كتاب النكاح .
المبسوط : ١٧/١٠١ .

(٢) في ص بحقيقه

(٣) في ص ازدواج

(٤) مثبته من ص

(٥) أى النكاح

(٦) أى بالوطء والماء

(٧) ما بين القوسين في ص فمعلق في الأصل .

(٨) أى للأمة .

بسبب للنسب دون الماء الا ترى أن نكاح الصبى ووطئه يوجب المصاهرة بالا زدواج ولا يوجب نسبا لعدم الماء[1] .

ويدل عليه[2] أن المسلمين أجمعوا أن الأمة الموطوءه لا تلزمها العده بازالة ذلك الملك بالاعتاق أو البيع[3] .

وزوال الفراش بعد الوطء لا ينفك عن عدة في الأصل الا بقاطع كما في

---

(١) انظر: المبسوط: ٥/١٤٨ ، أحكام القرآن للجصاص : ٣/٥٣ ، الفتاوى الهنديه : ١/٢٧٥ .

(٢) أى على عدم اعتبار الماء في وطء الأمه .

(٣) هذه المسألة أوردها السرخسي رحمه الله تعالى نقلا عن الكافي " ولو مات عن أمة كان يطأها أو عن مدبره كان يطأها فلا عدة عليها وكذلك ان أعتقها لأن الفراش لا يثبت . . . بالوطء في ملك اليمين وهو معروف في كتاب الدعوى وبدون الفراش لا تجب العده وفى الكتاب يقول ألا ترى أنه لو باعها بعد ما وطئها لم تلزمها العده والاستبراء الواجب على المشترى ليس بعده لأن العدة تجب عليها والاستبراء يجب على المشترى "

المبسوط: ٦/٥٥ ، وانظر: مذهب الحنفية أيضا في هذه المسألة في مختصر الطحاوى : ٢١٨ ، روضة القضاة : ٣/١٠٠١ ، الجوهره النيره : ١/٢٦٢ .
فالذى ظهر لي في هذه المسألة أنه لا عدة عليها كما قال المؤلف وانما الخلاف فى الاستبراء والاستبراء الذى يحصل لا يكون من قبلها والعدة تجب عليها هى .

انظر: الاشراف : ٤/٢٩٠ ، رحمة الامة : ٣١٥ ، الاشراف ١/١٩٢ المغنى : ٧/٥٠٧ .

النكاح صيانة للنسب المتعلق به حتى لا تحل[1] لغيره إلا بعد العـــــده فلا تختلط[2] المياه وقد حققنا هذا[3] المعنى في أم الولد اذا اعتقت أنهـا تعتد بثلاث حيض[4] لمكان الفراش بخلاف الأمه القنه[5] فيكون حقيقة الكـلام

---

(١) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يحل والمثبت من ص

(٢) في ص ـ أ ـ تختلف .

(٣) في ص هذه .

(٤) الأسرار للمؤلف كتاب النكاح بتحقيق د / نايف ٢/٥٦٢ ، بدائـــع الصنائع : ٣/١٩٣ ، الأختيار : ٣/١٧٣ ، اللباب في شرح الكتاب ٣/٨٢ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٤/٣٢١ مختصر الطحاوى : ٢١٨ ، المبسوط: ٦/٥٤ ، ٥/١٧٤ ، روضـــة القضاة : ٣/١٠٠٠ .
وقال المالكية والشافعيه والحنابله عدتها حيضه واحده
القوانين الفقهيه : ٢٠٦ ، بداية المجتهد : ٢/١١١ ، رحمـــة الأمه : ٣١٣ ، الاشراف : ٤/٢٨٩ و ٣٢١ ١/١٩٤ ، المغنـــى ٧/٥٠٠ ـ ٥٠١ ، الافصاح : ٢/١٧٧

(٥) القن ـ من العبيد من ملك هو وأبواه
قال في المغرب . وأما أمة قنه فلم أسمعه
المغرب : ٢/١٩٧ ، المصباح المنير : ٢/٥١٧ ، لسان العـــرب: ١٣/٣٤٨ .
والقن في الاصطلاح : هو المملوك كلا
أنيس الفقهاء : ١٥٢ ، الدرر الحكام : ١/٣٤٩ .

قال في اللباب بعد أن وضح عدة أم الولد التى مات عنها المولـــى أو أعتقها " قيد بأم الولد لأن القنه والمدبره اذا اعتقهما المولـــى أو مات عنهما لا عدة عليهما لعدم الفراش "
اللباب في شرح الكتاب : ٣/٨٢ .

" فيـــه[1]" بناء على تلك المسألة[2].

والجواب عن الخبر[3]

أن الحجة في قول النبي " الولد للفراش وللعاهر الحجر " وأنه من رسول الله نصب شريعه لم يكن[4] عهد في الجاهلية فانهم كانوا يستلحقون الأولاد بالاستفراش بالجماع " حلالا وحراما[5]" فأخبر[6] عليه السلام أنه لا نسب للعاهر وأبطل[7] ذلك الجانب وأبطل الحجه بالفراش لغة ولما[8] أبطل اعتبار الفراش لغة علم أن المراد بالفراش الفراش شرعا والخلاف وقع فيه[9].

---

(١) ساقطه من ص ولعل الضمير في قوله " فيه " يعود الى أمر فراش القنه .

(٢) أى المسأله التى هو بصدد الحديث عنها - الامة متى تصير فراشا "

(٣) مراده حديث عبد بن زمعه ومخاصمته لسعد .

(٤) في ص بهم وفي - أ - أثبت الناسخ يكن وتحتها عهد وتحتها بهم وعندى أن الصواب لم يكن لهم بها عهد . . . الخ .

(٥) ما بين القوسين في ص " حراما وحلالا " .

(٦) في ص النبى .

(٧) في ص - أ - فأبطل .

(٨) في ص فلما .

(٩) انظر: المبسوط : ١٧/ ١٠١ ، اللباب للمنبجي : ٢/ ٦٢٤ ، أحكام القرآن للجصاص ٥/ ١٥٩ .

فان قيل النبى عليه السلام كان يحتاج الى البيان ولا يقع البيان بما لا يعقل

قلنا : احتاج الى قطع خصومة سعد وقد بين ولم يحتج الى البيان في جانب عبد لأنه أقر بأنه أخوه المولود على الفراش واقراره حجة عليه من حيث أنه[1] يشركه[2] في الميراث .

على أنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم[3] " في المشهور[4] أنه قال " عليه السلام[5]" هو لك يا عبد الولد للفراش[6]".

وقوله : " هو لك قضاء بالملك له[7] بكونه ولدُ أمةِ أبيه لا بالنسب فانه

---

(١) مثبته من ص ـ أ ـ

(٢) في ـ أ ـ شركه .

(٣) ساقطه من الأصل .

(٤) ما بين القوسين ساقط من ـ أ ـ
والمشهور هو ما كان من الآحاد في الأصل ثم انتشر فصار ينقله قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب"
المغنى للختبازى : ١٩٢ ، ميزان الأصول : ٤٢٨ ، كشف الاسرار للبخارى : ٢/٣٦٨ .

(٥) ساقطه من ص .

(٦) هذا جزء من حديث عبد بن زمعه وسعد بن أبى وقاص الذى سبق ص : ٢٢٣

(٧) انظر: عمدة القارى : ١١/١٦٨ ، المبسوط: ١٧/١٠١- ٥/ ٣٧ اللباب للمنبجي : ٢/٦٢٣ ، الجوهر النقي : ٧/٤١٢ - ٤١٣ .

بالنسب للأب لا للأخ . (١)

وقوله " الولد للفراش " رَدّ عليه أى لأن (٢) الولد للفراش ولا فراش لأبيك فيكون لك عبدا " الا أنه (٣) عتق عليه باقراره (٤) وشركه في الارث كذلك (٥) .

ألا ترى أنه قال لسوده بنت زمعه احتجبى (٦) فاني أرى فيه شبها من آل أبى (٧) وقاص .

وروى ابو يوسف في الأمالي أن عبد بن زمعه قال يارسول الله هو اخى ولد على فراش أبى أقر به أبى " ولا خلاف (٨) بعد الاقرار والدعوة في ثبوت الفراش (٩) وهو تأويل رواية اسماعيل (١٠) .

---

(١) سيذكر المؤلف مسألة استلحاق النسب من الاخ والاقرار به في مسألة مستقله ص ٤٣٠- ٤٣٥

(٢) في ص ـ أن وفي ـ أ ـ وضع الناسخ فوق ـ لأن ـ ما ظهر لى أنها " صار "

(٣) غير واضحه في ص

(٤) انظر المبسوط: ١٧/ ١٠١ اللباب للمنبجي : ٢/ ٦٢٤

(٥) في ص لذلك

(٦) في ص احتجرى وفي ـ أ ـ احتجبنى تصحيف وكلاهما خطأ .

(٧) في ـ أ ـ ابن
وانظر: المبسوط: ١٧/ ١٠١ ، اللباب للمنبجى : ٢/ ٦٢٣

(٨) في الأصل ولا خلافف وهو خطأ والمثبت من ص ـ أ ـ

(٩) المبسوط : ١٧/ ١٠١ .

(١٠) اسماعيل بن حماد بن الامام أبى حنيفه تفقه على أبيه وعلى الحسن بن زياد ولم يدرك جده تولى القضاء بالجانب الشرقي ببغداد وقضاء البصرة والرقه وكان بصيرا بالقضاء والاحكام توفى سنة ٢١٢هـ
الفوائد البهيه : ٤٦ ، تاج التراجم : ١٧ ، الجواهر المضيه ١/ ٤٠٠
الاعلام : ١/ ٣١٣ ، تاريخ بغداد : ٦/ ٢٤٣ .

كان[١] النبي عليه السلام قال له هو أخوك على مازعمت على أن العرب كانت لا تستلحق الولد الا على اعتبار حقيقة[٢] الانخلاق من مائه وذلك[٣] لا يكون بنفس الاستفراش (١٨٤ أ) للوطء بل «لوطء»[٤] يطلب منه الولد ، ووطء للولد[٥] من غير الواطىء لا يعرف في ملك اليمين الذى لم يوضع للولد الا بالاقرار فيصير دعوى فراش دعوى اقرار الاب[٦] بوطء للولد وذلك بدعوة الحبل . (٧)

وأما آثار الصحابه فمعارضة[٨] . فقد روى عن ابن عباس[٩] انه كان يطأ جارية

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ فان والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٢) مثبته من ص ـ أ ـ

(٣) أى الاستلحاق

(٤) في ص الوطء الذى

(٥) في ـ أ ـ الولد وهو خطأ والمراد لأجل الحصول على الولد .

(٦) في ـ أ ـ الولد وهو خطأ .

(٧) في الأصل غير واضحه وفي ـ أ ـ الجل والمثبت من ص

(٨) في ص فمتعارضه .

ومراد المؤلف أن يقول ان الآثار التى استدل بها الشافعيه معارضه بما روى عن بعض الصحابة أيضا في هذا الباب .

(٩) فاثنى ذكر مصادر ترجمته عند أول ذكر له رضي الله تعالى عنه فانظر ترجمته في المصادر التالية :

سير أعلام النبلاء : ٣/ ٣٣١ ، الاعلام : ٤/ ٩٥ ، العقد الثمين : ٥/ ١٩٠ .

فجاءت بولد فلم يلتزم[1] نسبه وقال " أما انى كنت أطؤها لا أريد ولدها[2] " فثبت أنه كان لا يرى الفراش بالوطء فانه لو رأى ذلك لثبت النسب . وبعد الثبوت عندك[3] لا ينتفى بالنفى وعندنا لا ينتفى بترك الالتزام . (٤) ولأنه[5] علل بأنه كان يعزل وبه ينقطع الفراش ولا يثبت النسب عندى[6] وعندك لا ينقطع[7] فالتعليل نص على بيان المذهب .

---

(١) في -أ- يلزم .

(٢) معاني الآثار : ٣/١١٦ ، مصنف عبد الرزاق : ٧/١٣٥ - ١٣٦ المحلى : ١٠/٣٢٢ ، وقد ذكره في المبسوط : ١٧/٩٩ ، واللباب للمنبجي : ٢/٦٢٢ ، وشرح فتح القدير : ٥/٣٨ ، والبنايه : ٥/١٣٤ ، وتبيين الحقائق ٣/١٠٢ والجوهر النقى : ٧/٤١٣ ، واعلاء السنن : ١١/٣٢٨

(٣) الكلام موجه للشافعي رحمه الله .

(٤) سيأتي المؤلف ويفصل هذه القضيه في مسألة مستقله عقب هذه المسأله وينص على أن ولد الأمه ينتفى بالنفى عندهم .

(٥) أى ابن عباس

(٦) للحنفيه تفصيل في المسألة .
انظر: بدائع الصنائع : ٦/٢٤٣ - ٢٤٤ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٥/٣٩ - ٤٠ ، البنايه : ٥/١٣٧ - ١٣٨ .

(٧) الأصح عند الشافعيه لحوق الولد به وان ادعى العزل .
التنبيه : ١٩١ ، روضة الطالبين : ٨/٤٤١ ، مغنى المحتاج : ٣/٤١٤ نهاية المحتاج : ٧/١٧١ ، الوجيز : ٢/١٠٤ ، شرح السنه ٩/٢٧٩ فيض الاله المالك : ٢/٢٧٥ .
ويقول الشافعيه قال المالكيه والحنابله ===

وعن زيد بن ثابت[1] أنه باع جارية فولدت فادعت أنه منه فأنكره زيد وقال إنـي لم أرد منها الولد[2] " فيكون التعليل[3]" نصا على بيان المذهب .

أو يحمل قول عمر على التهدد[4] ليمتنع الناس عن تضييع الاماء[5] بعد الـوطء صيانة للمياه عن الاختلاط .

وعن عمر أنه كان يطأ جارية فجاءت بولد لا يشبهه فنفاه وقال[6] اللهم لا تلحق

(=) شرح الزرقاني : ٤/ ٢٧ - ٢٨ ، المنتقى : ٦/ ١٩ ، القوانين الفقهية : ٣٢٩ المغني : ٩/ ٥٢٩ ، الكافي : ٣/ ٣٠٠

(١) زيد بن ثابت الأنصاري الخزرجي كان من كتاب الوحي ولد في المدينة ونشأ بمكة هاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم وهو ابن ١١ سنه توفي سنه ٤٥ هـ وقيل : ٥٤ هـ
الاعلام : ٣/ ٥٧ ، الاصابه : ١/ ٥٦١ ، الاستيعاب بهامش الاصابه ١/ ٥٥١ ، العبر : ١/ ٣٨ ، سير اعلام النبلاء : ٢/ ٤٤٦ ، غاية النهاية : ١/ ٢٩٦ .

(٢) المؤلف رحمه الله اورد الأثر عن زيد بن ثابت رضى الله عنه بأنه بـاع جاريه فولدت والذى في كتب الآثار التى اطلعت عليها عن خارجه أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسيه وكان يعزل عنها فجاءت بولـد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال انما كنت استطيب نفسك ولا أريدك" سنن ابن منصور : ٢/ ٦٥ ، مصنف عبد الرزاق : ٧/ ١٣٥ ، معاني الاثار : ٣/ ١١٦ - ١١٧ ، المحلى : ١٠/ ٣٢٢ ، الجوهر النقي ٧/ ٤١٣ ، وقد ذكره في المبسوط : ١٧/ ٩٩ واللباب للمنبجى ٢/ ٦٢٣ والبنايه : ٥/ ١٣٥ ، واعلاء السنن : ١١/ ٣٢٩ - ٣٣٠ ، وشرح فتح القدير : ٥/ ٣٨ .

(٣) ما بين القوسين في ص" فالتعليل يكون "

(٤) قال في لسان العرب" والتهدد والتهديد والتهداد من الوعيد والتخوف" ٣/ ٤٣٣ .

(٥) في ص المياه وهو خطأ .

(٦) في ص فقال .

بآل عمر من ليس منه[1] فأقرت بالزنا فتبين أن مذهب عمر في انتفاء النسب بالنفي فكان لا يمكنه[2] الالزام بالوطء مع مالهم[3] من حق النفي .

فثبت أنه قال ذلك تهديدا لا تحقيقا والتهدد بما لا يحل[4] شرعا صحيح على تأويل صحيح والتأويل الصحيح الالزام خبرا بها[5] على الظاهر لا حتما[6].

---

(١) سنن ابن منصور : ٢/٦٥ - ٦٦ ، عبد الرزاق : ٧/١٣٦
وانظر: المبسوط : ١٧/٩٩ ، البنايه : ٥/١٣٤ ، شرح فتح القدير : ٥/٣٧ - ٣٨ ، تبيين الحقائق : ٣/١٠٢ ، اعلاء السنن ١١/٣٢٩ .

(٢) في ص يملكه وهو خطأ .

(٣) في ـ أ ـ معالمهم وهو خطأ .

(٤) في ـ أ ـ يصح .

(٥) في ص بنـــاء

(٦) وانظر: شرح فتح القدير : ٥/٣٨ ، فقد أجاب عما روى عن عمر رضى الله عنه الذى استدل به الشافعيه . المبسوط : ١٧/٩٩
وقد أورد الامام البيهقي رحمه الله رد الامام الشافعي على الأثر المروى عن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فقال " أما عمر رضي الله عنه فروى عنه أنه أنكر حمل جارية أقرت بالمكروه ، وأما زيد بن ثابت وابن عباس رضى الله عنهم فانهما أنكرا فعلا ولدا جاريتين عرفا أنه ليس منهما فحلال لهما وكذلك لزوج الحره اذا علم أنها حبلت من الزنا أن يدفع ولدها ولا يلحق بنسبه من ليس منه "
السنن الكبرى : ٧/٤١٣ .

مسألة : (١)

ثم[٢] على أصلنا ينتفي نسب ولد الأمة بعد ما صارت فراشا بالنفي[٣].

وقال الشافعي لا ينتفي الا أن يدعي أنه كان استبرأها[٤] " بعد الوطء بحيضة[٥]" ويحلف عليه[٦] لأن النسب متى ثبت بالفراش لم ينتف

---

(١) في ص مسائل كيفية الانتفاء .

(٢) في ـ أ ـ قال .

(٣) تحفة الفقهاء : ١/ ٢٧٤ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٥٥ ، الاختيار ٤/ ٣١ ، البحر الرائق : ٤/ ٢٩٤ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٢ مجمع الأنهر : ٢/ ٥٣٥ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ١٢٢ ، الجوهره النيره : ٢/ ١٩١ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٥/ ٣٨ .

(٤) في ص استبرها وهو خطأ .

(٥) في ص بحيضه بعد الوطء

(٦) هذا هو المذهب المنصوص عليه عند الشافعية .
المنهاج ومغني المحتاج : ٣/ ٤١٣ ، نهاية المحتاج : ٧/ ١٧١ روضة الطالبين : ٨/ ٤٤٠ ، التنبيه : ١٩١ ، الوجيز : ٢/ ١٠٤ شرح السنة : ٩/ ٢٧٩ .

ويقول الشافعية قال المالكية والحنابله . انظر تفصيل مذهبهم في : الكافي : ٢/ ٩٧٩ ، القوانين الفقهية : ٣٢٩ ، المنتقى ٦/ ١٩ ـ ٢٠ ، شرح الزرقاني : ٤/ ٢٨ . الانصاف : ٩/ ٦٣ ـ ٢٦٥ ، الفروع : ٥/ ٥٢١ ، كشاف القناع : ٥/ ٤٠٩ ، العده ٤٤٣ ، المغني : ٩/ ٥٢٨ ، الكافي : ٣/ ٣٠٠ .

بمجرد النفي كنسب[١] ولد[٢] المنكوحه[٣] ، الا أنه اذا " ادعى[٤] " الاستبراء[٥] بحيضه فقد ادعى الانقطاع لأن الفراش الثابت بالماء ينقطع بالاستبراء الدال على عدم العلوق كما في استبراء المماليك " فيعود الى حال ما قبل الوطء " [٦]

وكالمنكوحة اذا بانت قبل الوطء[٧] ، أو بانت واعتدت . [٨]

---

(١) في ص كنسبة .

(٢) مثبته من ص

(٣) أى فانه لا ينتفى بمجرد النفي .

(٤) ساقطه من ص

(٥) في ص استبرأها

(٦) ما بين القوسين ساقط من ص .

(٧) أى أن المنكوحه اذا أبانها الزوج قبل الوطء كالمطلقه في مجلس العقد فانها والحالة هذه لو وجد بها حمل لا يلحق بالزوج ليقيننا بعدم الوطء وأنه لم يجتمع معهما .
وحال الأمة بعد الاستبراء كحالها ليقيننا بعدم الماء منه .

(٨) انظر: المهذب : ٢/ ١٢١ ، مغنى المحتاج : ٣/ ٣٩٠ ، أسنى المطالب : ٣/ ٣٩٣ ، نهاية المحتاج : ٧/ ١٣٨ .

والمؤلف هنا يريد القياس ولم أجد من نص على هذا الدليل القياسي من الشافعية لكنه قاس على مسألتين النسب فيهما لا يثبت إذا نفاه .

الا أن الحق للمولى في هذا الباب دون الأمة وهو أمين فيه فيكون القول قوله مع يمينه لحق الولد . (١)

ولنا - ما روينا عن عمر أنه نفى ولد وليدة كان يطؤها[٢] ، وكذلك ابن عباس[٣] ، وابن عمر[٤] . والمعنى فيه أن النسب ما ثبت الا بدعوته وخبره أن الولد خلق من مائة ، فكذلك ينتفي بخبره أنه ليس منه لأنه مثل الأول في الصدق والكذب .

بخلاف النكاح[٥] لأن النسب يثبت[٦] بالنكاح[٧] لا بخبره أنه من مائه ولما صار النكاح حجة عليه[٨] شرعا لم يتخلص عنه بخبره الا بحجة دافعه شرعا وهو اللعان[٩] .

---

(١) أى أنه في حالة انكارها الاستبراء كان القول قوله مع يمينه .
مغنى المحتاج مع المنهاج : ٣/٤١٣ ، نهاية المحتاج : ٧/١٧١
روضة الطالبين : ٨/٤٤٠ ، الوجيز : ٢/١٠٤ .

(٢) انظر ص ٣٥٢

(٣) انظر ص ٣٥٠

(٤) المبسوط : ١٧/٩٩
والمؤلف رحمه الله ذكر أن ابن عمر انتفى من ولد جارية له وتبعه في ذلك السرخسي ولكنى لم أجد ما يدل على ذلك في كتب الآثار التى اطلعت عليها .

(٥) أى فلا ينتفى عنه الولد والنكاح قائم بمجرد خبره .

(٦) مثبته من ص - أ -

(٧) سيأتي في المسألة القادمه بيان مذهب الحنفية أنه بمجرد العقد يثبت الفراش .

(٨) أى على ثبوت النسب .

(٩) الأختيار : ٤/٣١ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/١٢٢ ، تحفة الفقهاء : ١/٢٧٤ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٥٥ ، الهداية وشرح
= = =

وبخلاف[1] ما لو نفى نسب الذى أقر بأنه[2] منه لأن الخبر الثاني[3] مردود بالكذب لأن الأول[4] حكم بصدقه بلا معارض فتعين[5] الثاني للكذب. فصارت هذه المسألة بناء على الأولى فان الوطء على أصله[6] حجة على النسب كالنكاح فلا يتخلص عنه بالخبر الا بحجه شرعية .

(=) فتح القدير وشرح العناية : ٥/٣٨

(١) في ـ أ ـ بخلاف .

(٢) ساقطه من ص

(٣) المراد بالخبر الثاني النفى لنسب من أقر به سابقا .

(٤) أى الخبر الأول وهو الاقرار بكونه من مائه .

(٥) أى النفى للولد الثاني للكذب في الأول لكونه أقر به اذ لا يجتمع اقرار به ونفى له في آن واحد ومراد المؤلف من هذا أن يقرر أن السيد لا يملك نفى الولد الذى أقر أنه منه .

انظر: المبسوط: ١٧/٩٨ - ٩٩ ، بدائع الصنائع : ٦/٢٥٥
وعلى هذا فمذهب الحنفية أن المراد بالولد الذى له نفيه هو الولد الثاني الذى يأتى بعد اقراره بالأول وتصبح الأم ولد اذ أن نسبه يثبت من غير دعوه .

انظر: تحفة الفقهاء : ١/٢٧٤ ، مجمع الأنهر : ١/٥٣٥ ، الجوهره النيره : ٢/١٩١ ، تبيين الحقائق : ٣/١٠٢ ، البحر الرائق ٤/٢٩٤ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية ٥/٣٨ .

(٦) أى الشافعي .

وعندنا الوطء ليس[١] بحجه بل الحجه خبره عن الولاد[٢] وعلمه بالولاد الثاني مثل علمه بالأول فيكون خبره عنه مثل خبره عن الأول .

الا أنها[٣] قبل الخبر الأول لم تكن فراشا فكانت على ذلك[٤] حتى أخبر وصارت فراشا بعد الخبر فبقيت على ذلك[٥] حتى يخبر[٦] بخلاف ذلك .

وهذا لأنها[٧] تصير فراشا بانخلاق الولد من مائه لا بالوطء وطريق[٨] معرفته ارسال الماء وطريق معرفته خبره .

فاذا ادعى الولد فقد أخبر[٩] " فاذا جاء الخبر وصار ارسال الماء أصلا بقي على ذلك حتى يخبر بخلافه فاذا أخبر[١٠] " تغير الحال وصار أولى من استصحاب الحال . (١١)

---

(١) في الأصل ليست والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) مذهب الحنفيه أن الأمة لا تصير فراشا بالوطء وانما تصير فراشا بدعوة الولد . راجع المسألة السابقة ص ٣٣٠

(٣) أى الأمه .

(٤) أى كونها أمه .

(٥) أى كونها فراشا .

(٦) في ص أخبر

(٧) غير واضحه في ـ أ ـ

(٨) في ص وبطريق وهو خطأ .

(٩) غير واضحه في ـ أ ـ

(١٠) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ لأن الكلام لا يستقيم الا به .

(١١) مراد المؤلف رحمه الله أنه في حالة ادعائه للولد أصبح هذا دليلا على اقراره بانخلاق الولد من مائه وتصبح أم ولد فاذا أخبر بأن الولد الثاني ليس منه دل هذا على تغير الحال الأول
وكان خبره هذا أولى من استصحاب الحال الثابت بخبره الأول .
والله أعلم .

دل عليه[١] أنه يملك[٢] تزويج أم الولد بلا استبراء[٣] ولو كان الشغل ثابتا بدليله لم يصح حتى يقطعه كالمنكوحة .[٤]

ولما صح التزويج علم أن الفراش ثابت بحكم استصحاب الحال الثابته[٥] بالخبر الأول[٦] والتزويج دليل على أنها فارغه فسقط حكم استصحاب الحال لعدم الدليل اذا جاء الدليل لولا ذلك لما جاز .

---

(١) أى على عدم كونها فراشا بالوطء .

(٢) في ـ أ ـ يملكه .

(٣) الاستبراء طلب براءة الرحم من الحمل .
انظر: لسان العرب : ١/ ٣٣ ، التعريفات الفقهية : ١٧٠ ، البناية ٩/ ٢٩٤ ، شرح العناية : ١٠/ ٤٠ حاشية ابن عابدين : ٦/ ٣٧٤
وانظر: عن تزويج ام الولد بلا استبراء .
بدائع الصنائع : ٤/ ١٣٠ ، الجوهره النيره : ١/ ٢٦٢ ، البحر الرائق : ٤/ ٢٩٣ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٢ . الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٥/ ٣٥ .

والمؤلف هنا قال بالمذهب اذ أن الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب .

(٤) أى فانها لا تتزوج الا بعد العدة .
وانظر: شرح فتح القدير وشرح العناية ٥/ ٣٥ .

(٥) في الأصل و ـ أ ـ الثانيه والمثبت من ص .

(٦) وهو اقراره بنسب الولد .

لأن الفراش من انسان ما لم ينعدم لا يجوز التزويج كما لا يجوز تزويج المنكوحه ما لم ينقطع الفراش وهو الملك بأثره ، ولو كان الفراش ثابتا بالوطء فما لم ينقطع بالاستبراء ما كان يحل التزويج ، فلما جاز بنفسه بناء على أن[1] الانكاح اخبار بأنها فارغه كان دليلا على أن الفراغ وانقطاع الفراش يثبت بخبره ، واذا ثبت انقطع النسب فيكون هذا حجة في المسألة الأولى . اهـ.

---

(١) ساقطه من ـ أ ـ

مسألة :

تقرب من هذه[1] اذا ولدت الأمة ثلاثة أولاد في بطون مختلفة[2]

ثم قال المولى الأكبر « » ابنى[3] لم يثبت نسب الأصغرين عندنا .

وقال زفر يثبت . (٤)

لأنه سكت عن الآخرين وقد صارت[5] الأمة[6] أم ولد بالأكبر فيثبت نسب[7]

ولدها بلا دعوة. الا أنا نقول :

هذا التخصيص[8] نفى لنسب الأصغرين ، لأن الحاجة الى بيان نسب الكل

حاجة على السواء شرعا وعرفا ، والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ هذا والمثبت من ص والمراد المسألة التى قبلها .

(٢) مراد المؤلف رحمه الله بقوله في بطون مختلفه " أى أن كل واحد من الثلاثة ولد ولادة مستقله عن الآخر بخلاف التوأمين فان حكمهما واحد .

(٣) في ص زيادة " منى "

(٤) أنظر: مختلف الرواية ق ١٦٨ أ ، بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٧ ، المغنى ص ٢٤٩ ، .

قال الكاساني، القياس أن يثبت نسب الأوسط والأصغر وفي الاستحسان لا يثبت".

انظر: كشف الأسرار شرح المصنف على المنار : ١/ ٤٢١ - ٤٢٢

أصول السرخسي : ١/ ٢٥٩ ، المبسوط: ١٧/ ١٤٥ ، كشف الأسرار للبخارى : ٣/ ١٥٠ .

(٥) في ص الولد وهو خطأ .

(٦) ساقطه من ص

(٧) في ـ أ ـ النسب .

(٨) أى بقوله الأكبر أبنى . بدائع الصنائع: ٦/ ٢٤٧ ، المبسوط: ١٧/ ١٤٥

البيان لأجل وذلك بعلمه فيهما بخلاف علم الأكبر ، وهذا هو الأصل في كلام الشرع أن السكوت لا يكون حجه الا (١٨٤ ب)"عند الحاجة"[1] الى البيان . [2]

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) في كلام المؤلف هذا اشارة الى قاعدة " لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجه بيان " .
انظر هذه القاعدة وما فرع عليها وما خرج عنها في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٢ ، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٢٧٣ ، القواعد الفقهية للندوي ص: ٤١٩ ، المدخل الفقهي العام : ٢/ ٩٧٣ .

مسألة :

ثم لا يصح النفي بعد طول المدة وأنه غير مقدر عند أبي حنيفة وقالا[1] أربعون يوما . (٢)

لأن النسب أو النفي من أحكام الولادة وبالطول تنقضي مدة النفي فيجب اعتباره بأطول مدة قدرت للولادة . (٣)

وأبو حنيفة يقول : ان النفي لا يحل جزافا ، بل اذا عرف انه ليس منه بدليل[4] مثله ، وذلك انما يكون بنظر واستدلال والناس يتفاوتون في الاستدلال[5] وكذلك الدلائل المنبهة[6] تختلف في ذلك[7] .

---

(١) أي أبو يوسف ومحمد .

(٢) انظر: تفصيل المسألة في المصادر التالية :
مختصر الطحاوي ص ٢١٦ ، أحكام القرآن للجصاص : ٥/ ١٤٠ ، المبسوط ١٧/ ٥١ ، الأختيار : ٣/ ١٧١ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ٧٩ الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٤/ ٢٩٤ - ٢٩٥ ، بدائع الصنائع : ٣/ ٢٤٦ و ٤/ ١٣١ ، الجوهره النيره : ٢/ ١٥١ ، تبيين الحقائق : ٣/ ٢٠ - ٢١ .
وقول المؤلف أن محمدا وأبا يوسف قالا له النفي في مدة الأربعين يوما هي أكثر مدة النفاس عند الحنفيه .
انظر: الاختيار : ١/ ٣٠ ، اللباب في شرح الكتاب : ١/ ٤٨ . . . .

(٣) انظر: بدائع الصنائع : ٣/ ٢٤٦ .

(٤) أي بدليل من هو في حاله وحكمه .

(٥) في الأصل و - أ - الاستدراك .

(٦) في - أ - المنتبهة . (٧) بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٦
ورجح بعض علماء الحنفية مذهب الامام على مذهب صاحبيه .
اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ٧٩ .

فصل ـ فراش النكاح [1]:

قال علماؤنا الفراش بالنكاح يثبت بنفس الملك[2] وقال الشافعي لا يثبت إلا بالملك وامكان الوطء . [3]

حتى اذا تزوج امرأة وطلقها عقيب العقد ثم جاءت بولد لستة أشهر من حين العقد ثبت النسب عندنا وعنده لا يثبت[4] وكذلك اذا ولدت المنكوحه

---

(١) هذا الفصل ساقط من ص : ١٠٢١ ، وعارف حكمت والحميديه ودامـاد ابراهيم .

(٢) المبسوط : ١٧/٩٩ و ١٥٦ ، بدائع الصنائع : ٢/٣٣١ و ٦/٢٤٣ أحكام القرآن للجصاص : ٣/٥٣

(٣) المراد بامكان الوطء امكان اللقاء بين الزوجين . انظر المسألة في المصادر التالية :
المهذب : ٢/١٢١ ، شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/٣٨
فتح البارى شرح صحيح البخارى : ١٢/٣٤ . فيض الاله المالك ٢/٢٧٥ ، الاصطلام : ٢ ل ١١١ أ
ويقول الشافعيه قال المالكية والحنابله .
شرح الزرقاني : ٤/٢١ ، الفروع : ٥/٥١٨ ، الانصاف : ٩/٢٥٨
زاد المعاد : ٥/٤١٥ ، الكافي : ٣/٢٩٢ .
و ذكر ابن القيم رحمه الله قولا ثالثا في المسألة وهو أن المرأة لا تصير فراشا الا بالعقد مع الدخول المحقق لا امكانه المشكوك فيه وهذا اختيار شيخ الاسلام ابن تيميه وقال ان أحمد اشار اليه في رواية حرب .
زاد المعاد : ٥/٤١٥ ، الاختيارات الفقهية : ٢٧٨ ، الانصاف : ٩/٢٥٨ .

(٤) تأسيس النظر: ٨١ ، عمدة القارى : ١١/١٦٩ ، رحمة الامة ٢٩٨ جواهر العقود : ٢/١٧٩ ، تخريج الفروع للزنجاني ٣٠١ ، المهذب ٢/١٢١ .

لستة أشهر" وبين الزوج وبينها[1] "مسيرة سنةثبت النسب عندنا وعنده لا يثبت لأن الوطء غير ممكن يقينا . (٢)

وذهب[3] الى أن عدم الامكان من الوطء يعلمنا أن الولد ليس من مائه فلا يثبت النسب منه كما اذا كان الزوج صبياً[4] . وهذا لأن أصل النسب بالانخلاق من مائه[5] الا أن الشرع شرط الفراش الحكمي للنسب حتى

---

(١) في ص -أ- وبينها وبين الزوج

(٢) تأسيس النظر: ٨١ ، المبسوط : ١٧/١٥٦ ، بدائع الصنائع٢/٢٣٢ حاشية ابن عابدين : ٥/٥٥٠ البحر الرائق : ٤/١٦٩ ،رحمة الأمه : ٢٩٨ ، المهذب : ٢/١٢١ ، جواهر العقود : ٢/١٨٠ تخريج الفروع : ٣٠٠ ، مغنى المحتاج : ٣/٣٨٠ ،نهاية المحتاج ٧/١٢١ ،زاد المحتاج : ٣/٤٨٨

و قال الحنفيه إن حصول العلوق فيما اذا تزوج المشرقي بمغربيه متصورٌ لإمكان حدوثه كرامةً واستخداماً "

انظر: تبيين الحقائق : ٣/٣٩ ، البحر الرائق : ٤/١٦٩ ،حاشية ابن عابدين : ٣/٥٥٠ ، شرح فتح القدير : ٤/٣٥٠

(٣) أى الشافعي رحمه الله

(٤) انظر: الاصطلام ٢ -ل ١١١ أ -ب ، الاشراف : ٤/٢٥٥ ،المغنى ٧/٤٢٩ .

(٥) انظر الاصطلام ٢ -ل ١١١ ب .

لا يثبت بالزنا فصار زيادة على الماء غير أن الماء أمر باطن لا يقف الرجل عليه حقيقه فالمرأة ربما تخون وانما الذى يظهر للرجل من طريق العلوق من مائه وطؤه اياها غير أن الوطء خفى عن غيرهما والنسب ذو خطر فوجب[1] علـــى الامام والقاضي حفظه .

ولهذا لم يجـــز[2] النكاح المعقود "[3]" لهذا الأمر الا بسبب ظاهر لغيرهما[4] وهو الشهادة[5] فعلق النسب بامكان الوطء في العادات فانه[6] مما يظهـــر للنـــاس[7] .

فأما اذا جاء الدليل القاطع[8] عن الماء[9] فلا نسب[10] [11] للزوج. ألا تـــرى

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ ووجب والمثبت من ص .

(٢) في الأصل و ص نجوز والمثبت من ـ أ ـ وهو الصواب لأن الاجوف اذا سكنت لامه حذفت لأمه لالتقاء الساكنين .

(٣) في ـ أ ـ عليه

(٤) في ص بغيرهما وهو خطأ .

(٥) راجع ص ١١٢

(٦) في ص وانـــه .

(٧) انظر: الاصطلام ٢ .ل ١١٢ أ

(٨) والمراد بالدليل القاطع هنا ـ عدم امكان الوطء لبعد المسافه أو الطلاق في مجلس العقد ، فهذان دليلان على أن الزوجين لم يلتقيا فلا يثبـــت نسب الولد منه والحالة هذه .

(٩) غير واضحه في ص

(١٠) في ـ أ ـ ســـبب

(١١) في ص كلمة غير واضحه .

أنهما اذا تلاعنا انقطع النسب لقيام[1] دليل شرعي على أنه من الزنـــا[2].
واذا قام دليل قاطع على أنه من زنـا[3] فأولى أن لا يثبت « » النسب منه[4][5]
ولأن الولد " كمـا[6] " يجب النظر له لئلا يضيع نسبه فيجب النظـــر
للرجل بأن لا يلحق به مالا يتوهم أنـه[7] منه .

---

(١) في ص بقيام
(٢) انظر: الاصطلام ٢/ل ١١١ أ
(٣) في ص الزنا .
(٤) في ص بـــه .
(٥) ساقطه من ص .
والمراد أنه في حالة عدم ثبوت نسبه إذا قام الدليل أنه من الزنا فكذلك لا يثبت بمجرد العقد دون إمكان الوطء ليقينه بأنه ليس منه .
(٦) في ص مما وفي ـ أ ـ اثبت الناسخ فوق كلمة " كما " " مـــا "
(٧) في ص بأنه .

ولعلمائنا :

أن أصل الولد لما كان من الماء وولده ما[1] يكون من مائه ولم يمكن البناء عليه ولا على الوطء الذى هو سببه لأنه يشتبه على الناس غيرهما فوجب[2] النقل الى سبب ظاهر للناس، نقل الى ملك النكاح الذى لم يشرع الا للولد على ما عرف[3].

فان الأصل أن الحكم متى تعذر تعليقه بعين العلة علق بسببها[4] الظاهر تيسيرا كرخص المسافرين تعلقت، وفي الأصل[5] بالمشقه ولما تعذر معرفتها من كل مسافر نقل الى سببها الظاهر[6] وهو السير سفرا لأنه سير مديد" (٧)

---

(١) ما هنا اسم موصول .

(٢) في الأصل و ـ أ ـ ووجب والمثبت من ص

(٣) لا يلزم من قول المؤلف " عرف " أنه وضحه في كتابه وانما المراد على ما هو معروف ومشتهر عند الناس .
وانظر: بدائع الصنائع : ٣٣٢/٢ ، المبسوط: ١٥٦/١٧، الاختيار ١٠٤/٣ ، أصول السرخسي : ٣١٩/٢ ، كشف الأسرار للنسفي ٤٣٥/٢ ، كشف الأسرار للبخارى : ٢٠١/٤

(٤) في ص بسببه .

(٥) في ص بالأصل

(٦) مثبته من ص ـ أ ـ ليستقيم الكلام

(٧) تقويم أصول الفقه : ١٧٣
وقد اختلف علماء الحنفيه في تقسيم العله
انظر: تفصيل ذلك في المصادر التالية :
تقويم أصول الفقه : ٧٨٥ ، ميزان الأصول : ٦١١ ، أصول السرخسي ٣١٢/٢ ، كشف الأسرار للبخارى : ١٨٧/٤ ، المغنى للخبازى ٣٤٢ ، كشف الأسرار للنسفى : ٤٢٤/١ ، مباحث العله في القياس ١٨٢ - ١٨٣ .

====

وكذلك الخطاب[1] لم يجر علينا بأدنى العقول نظرا وجرى[2] اذا اعتدل ولما تعذر معرفة الاعتدال من كل شخص أقيم البلوغ (٣) الذى هو سبب الاعتدال مقامه .

(=) والذى ذكره المؤلف هنا هو كون العله علة اسما وحكما لا معنى .
أما كون السفر علة اسما فلأن الرخص تنسب اليه شرعا حيث يقال رخصة السفر القصر والافطار وأما كونه علة حكما فلأن السفر تعلق به في الشرع الترخص لأن الرخصه متصله بالسفر لكن السفر لم يكن علة معنى لان الرخصه إنما تعلقت في الواقع بالمشقه دون السفر . . . لكن لما كانت المشقه من الأمور الباطنه المتفاوته بتفاوت الناس وأحوالهم مما يتعذر معه الوقوف عليها وضبطها فان هذا يعنى تعذر الوقوف على الحقيقة التى بنيت عليها الرخصه ، لذا أقام الشارع مظنتها وهو السفر مقامها وأضاف اليه الحكم لأنه سبب المشقه .

مباحث العلة : ١٩٣ ، أصول السرخسي : ٣١٨/٢ ، ميزان الأصول ٦١١ ، كشف الأسرار للبخارى : ١٩٩/٤ - ٢٠٠ ، تيسير التحرير ٣٣١/٣ ، كشف الأسرار للنسفي : ٤٣٢/٢

(١) أى خطاب التكليف .
انظر: كشف الأسرار : ٢٠١/٤ ، تقويم أصول الفقه : ٨٧٢ - ٨٧٤
كشف الاسرار للنسفي ٤٦٧/٢

(٢) أى الخطاب .

(٣) البلوغ لغة - الوصول والانتهاء والادراك
ويقال بلغ الغلام احتلم كأنه بلغ وقت الكتاب عليه والتكليف
انظر: لسان العرب : ٤١٩/٨ - ٤٢٠ ، القاموس المحيط : ١٠٦/٣
المصباح المنير : ٦١/١
واصطلاحا : هو انتهاء مرحلة الصغر واعتبار المرء مكلفا
موسوعة فقه عمر : ١٧٥ ، وانظر: نتائج الأفكار وشرح العناية ٢٦٩/٩
= = =

تيسيرا علينا[1] ومتى قام السبب مقام العلة سقط اعتبار العلة أصلا ودار الحكم مع السبب الظاهر كما قلنا في النظير[2] .

(=) البنايه : ٨/٢٥٣ ،حاشية ابن عابدين : ٦/١٥٣ ،التعريفات الفقهية : ٢١٠ .

وقد نقل العيني الاجماع على أنه يحكم بالبلوغ في حالة حصول الأمور التالية : الاحتلام ـ أو الحبل والاحبال ـ أو الحيض ـ

وان اختلفوا في أقل مدة يمكن حصول هذه العلامات فيها ـ

انظر: البنايه للعينى : ٨/٢٥٣ - ٢٥٤ ، المبسوط: ٩/١٨٤ جامع أحكام الصغار : ٢/٢٩ ، بدائع الصنائع : ٧/١٧١ ،مجمع الأنهر : ٢/٤٤٤ ،تبيين الحقائق : ٥/٢٠٣ ، حاشية ابن عابدين ٦/١٥٣ ، الاشراف لابن المنذر : ١/٥٢٢ - ٢٥٣ ، المهذب ١/٣٣٧ ، مغنى المحتاج : ٢/١٦٦ - ١٦٧ ، شرح السنه ٩/٣٣٨ فتح البارى شرح صحيح البخارى : ٥/٢٧٧ ، رحمة الأمة : ١٩٧ أحكام القرآن لابن العربي : ١/٣٢٠ ،الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/٣٤ - ٣٥ ، الكافي لابن عبد البر : ١/٣٣١ ، المغنى : ٤/٥٠٨ ، الافصاح : ١/٣٧٥ ، أحكام النساء : ١٣٧

(١) مثبته من ص .

(٢) أى المسائل المشابهه والتى أقيم السبب فيها مقام العله وقد ضرب لذلك امثلة كرخص السفر والبلوغ . والله تعالى أعلم .

واذا كان كذلك[1] وجب ادارة النسب مع ملك النكاح والحاقه[2] بالوطء الذى هو سبب الماء في الاصل ولغا امكان الوطء .

لأن الامكان يشترط ليكون الولد من مائه اعتبارا وقد سقط اعتبار هذه الحقيقه.

ولا يلزم امرأة الصبى[3] لأنا عللنا لالحاق الملك بالوطء[4] وهناك[5] الملك والوطء سواء .

ولأنا أقمنا الملك مقام الماء في حق ثبوت الفراش وهناك[6] الفراش ثابت بالملك ولكن مالكه ليس بأهل لملك النسب فلم يثبت النسب لخلل في المالك لا لخلل في الفراش .

---

(١) أى واذا كان الحكم يدور مع السبب في حالة تعذر الاضافة الى العلة الحقيقيه .

(٢) أى ملك النكاح .

(٣) أى ولا يلزمنا ما قلنا به في امرأة الصبي وعدم اثبات النسب منه . والذى أراه أن التفريق بين النكاحين لا يستقيم اذ أن العلم الحاصل بأن الزوج اذا كان صبيا لا ماء له ومن ثم لا يلحق به النسب - هذا العلم - حاصل في زوج طلق عقب العقد أو أن امكان الوطء غير متصور في الحقيقه الا على سبيل الكرامه والاستخدام بأن يكون صاحب خطوة أو جنى "

بل ان تصور الانزال من الصبي دون السن الذى حدده متصور وارد

(٤) راجع ص٣٦٨ إبتداء من قوله " ولعلمائنا "

(٥) أى في زواج الصبي

(٦) أى في زواج الصبي أيضا .

وهذا[1] كما تقول إن سبب الولاء الاعتاق والحر اذا كاتب عبدا فأداها عتق وثبت الولاء له . والمكاتب لو فعل مثله كان الولاء للمولى لأنه ليس بأهل لملك الولاء مادام عبدا في نفسه وان وقع العتق بعقده والاداء اليه

وأما قوله[2] أن[3] الرجل محفوظ عن التحاق ولد غيره به فكذلك وانما جعله محفوظا بدليله وهو النفى واللعان .

ألا ترى أنه[4] محفوظ حال امكانه الوطء وغير امكانه وأنه يعلم يقينا اذا أمكنه الوطء ولم يطأها أن الولد ليس منه والنسب ثابت الا بلعان فكذا اذا لم يمكنه لأن الحقيقة غير متبدلة للزوج بامكانه فجعل الشرع النسب محفوظا بالفراش لمن هو أهل للنسب اليه ويصير أهلا بالماء وجعل[5] الرجل محفوظا

(١) أى الحاصل من عدم الحكم بالنسب للصبي لكونه ليس أهلا لملك النسب لعدم وجود الماء،كحال المكاتب لو اعتق احدا كان الولاء لسيده لأنه ليس بأهل لملك الولاء مادام عبدا - وذلك اذا أدى المكاتب الثاني قبل الأول أما اذا ادى الأول قبله فولاؤه له .
انظر: الاختيار : ٤/٣٦ - ٣٧ ، مجمع الأنهر : ٢/٤٠٩ - ٤١٠ ، مختصر الطحاوى : ٣٩١ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/١٣٥ ، الجوهره النيره : ٢/٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦/١٠٣ ، المبسوط : ٧/٢٢٨ ، البنايه : ٨/٤٣ ، تبيين الحقائق : ٥/١٥٧ الفتاوى الهنديه : ٥/٧ .

(٢) أى قول الامام الشافعي .

(٣) في ص - بأن .

(٤) أى الزوج .

(٥) أى الشرع .

عن لحوق غيره به بالنفي[1] واللعان وجعل الرجل "ليولد"[2] له بالماء والنكاح ليس بسبب له[3] ليقوم مقامه بل سببه[4] البلوغ فأقيم مقامه حتى اذا حكم ببلوغه ثبت النسب وان كان لا ينزل لعارض . (٥)

---

(١) في ص بالقذف .

(٢) مثبته من ص ـ أ

(٣) أى للماء

(٤) أى الماء

(٥) عوارض عدم الانزال منها كون الزوج خصيا أو عنينا أو مجبوبا والنسب ثابت .

النتف في الفتاوى : ١/ ٣١٠ - ٣١٢ ،تبيين الحقائق : ٣/ ٢٢

المؤلف رحمه الله عرض المسأله وما فيها من خلاف واستدل للمخالفين كما استدل لمذهبه والراجح عندى أن المرأة لا تصير فراشا الا بالعقد وامكان الدخول وهذا المذهب كما عرفت هو مذهب الجمهور .

وأما مذهب الحنفيه فان فيه تساهلاً اذ كيف يحكم بلحوق النسب برجل طلق في مجلس العقد أو تزوج أمرأة وكانت المسافة بينهما بعيده كسنةٍ ، وتأتي بالولد لستة أشهر من حين العقد وقولهم هذا ذكر النووى رحمه الله تعالى أنه ضعيف ظاهر الفساد .

شرح النووى على صحيح مسلم : ١٠/ ٣٨

وأما رواية الامام احمد كما نقلها حرب وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية فهذا القول فيه احتياط في بعض جوانب اذ أن الحكم بالنسب يتبعه استحقاق الارث وهو لا يستحقه لأنه أجنبى عن الميت ونحكم له بأنه محرم وهو ليس بمحرم أما قول الجمهور فان حجتهم أقوى اذ أن الشرع اعتبر الفراش دليلا لاثبات الأنساب ـ كما أن المفاسد التى تنشأ من وراء حكمنا بالنسب على مذهبهم أقل مما اذا أخذنا برواية الامام أحمد واختيار شيخ الاسلام .

فمثلا لو عقد الرجل على امرأة وامكان اللقاء والوطء حاصل فحملت فنفاه فهل نقيم الحد عليها مع وجود الشبهه ،أو تلاعن ؟

فالأخذ بقول جمهور الفقهاء في نظرى أسلم والله تعالى أعلم بالصواب.

فصل[١] ـ الشرط[٢] (١٨٥ أ)

قال علمائنا امكان الوطء ليس بشرط[٣] .

وقال الشافعي شرط[٤]

فقال : لا يثبت نسب ولد المنكوحة ولا ولد[٥] أم الولد اذا غاب غيبة ظاهره يعلم[٦] يقينا بعدم الوطء منه[٧] .

وعندنا يثبت[٨] حتى لو قال لامرأة إن تزوجتك فأنت[٩] طالق ثلاثا فتزوجها[١٠] فجاءت بولد لستة أشهر ثبت النسب . (١١)

---

(١) في الأصل العنوان غير واضح والمثبت من ص ـ أ ـ لكن ص عنون فيها بعده ب مسألة وفي ـ أ ـ عنون في الهامش ب مطلب.

(٢) تقدم تعريف الشرط في اللغة والاصطلاح ص ٥٠-٥١

(٣) راجع ص ٣٦٤ تعليق رقم (٢) وانظر تأسيس النظر : ٨١ .

(٤) غير واضحه في ـ أ ـ وانظر: المصادر في التعليق رقم (٣) ص ٣٦٤

(٥) المثبت من ص .

(٦) في ص ـ أ ـ ويعلم

(٧) نص الشيرازى في التنبيه على أنه في حالة اتيان المرأة بولد مع العلم أن الزوج لم يجتمع معها فانه لا يلحق به [١٩١] المهذب: ٢/ ١٢١

(٨) مذهب الحنفية كما عرفت لا يشترط اللقاء بل يكتفى بمجرد العقد

(٩) غير واضحه في ـ أ ـ

(١٠) في الأصل و ـ أ ـ فزوجها والمثبت من ص

(١١) الهداية مع شرح فتح القدير وشرح العنايه : ٤/ ٣٤٨ ، البناية ٤/ ٨١٧ ، مجمع الأنهر : ١/ ٤٧٤ ، حاشية ابن عابدين : ٣/ ٥٤٧ تبيين الحقائق : ٣/ ٣٨ ، الجامع الصغير ص ١٥٧ ، البحر الرائق ٤/ ١٦٩ ، الفتاوى الهنديه : ١/ ٥٣٧ ، لسان الحكام ص : ٣٣٢ .

وجه ما ذهب اليه الخصم ظاهر .

فان أصل النسب بالماء على ما ذكرنا[١] ، ألا ترى أن امرأة الصبي اذا جاءت بولد لم يثبت النسب[٢] ليقيننا بعدم الماء من الرجل وهذا اليقين كما يثبت بصبا[٣] الزوج فكذا[٤] يثبت بغيبته غيبة ظاهرة بعيدة ،أو يتزوجه امرأة[٥] في بلدة بعيدة بينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر.

وكذلك مسألة[٦] الطلاق اذا علق بالنكاح فانها تطلق " كما[٧] " تزوجها من غير توهم وطء في النكاح بينهما .

---

(١) راجع ص : ٣٦٥

(٢) سبق بيان السن الذى إذا بلغه الصبي حكم بثبوت النسب منه ص : ٢١٧

(٣) في الأصل بصبى وفي ـ أ ـ بصبي والمثبت من ص

(٤) في ـ أ ـ كذا .

(٥) في ص بعيده .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ بمسألة والمثبت من ص
ومراد المؤلف رحمه الله بهذا ما مر في الصفحة السابقة من قوله " ان تزوجتك . . . " ومذهب الشافعية أن الطلاق لا يعلق بملك النكاح كما يفهم من كلام المؤلف فضلا عن أن يقولوا بثبوت النسب في هذه الحالة .
انظر: رحمة الامة ص ٢٨٢ ، المهذب : ٢/ ٧٨ ، مغنى المحتاج مع المنهاج : ٣/ ٢٩٢ ، نهاية المحتاج : ٦/ ٤٥٠ ،زاد المحتاج بشرح المنهاج : ٣/ ٣٧٦ ، الاشراف : ٤/ ١٨٥ ، شرح السنه ٩/ ١٩٩ ، فتح البارى مع صحيح البخارى : ٩/ ٣٨١ - ٣٨٧

(٧) هكذا في النسخ والصواب متى .

وكذلك النسب ينتفي باللعان الذي هو دليل على صدق مقالته وانخلاق الولد لا من مائه، لا أنه[1] يوجب قطعا بعد الثبوت فانه لو أقر به ثم نفى لم يقدر[2] على قطعه . (٣)

الا أن الشرع علق ثبوت النسب بعد الأنخلاق من مائه بالفراش حتى لا يثبت بالزنا وأسقط معرفة حقيقة الانخلاق من مائه لأنه أمر قل مايوقف عليه[4] فالمرأة تخون من حيث لا يشعر[5] به الزوج[6] ويبنى الأمر على ظاهر الحال ، وانما يمكن الاضافة ظاهرا الى الزوج عند امكان الوطء وكونه من أهل الماء ،فأما اذا علم يقينا أنه ليس منه لصبا[7] الزوج أو بعد المسافة بينهما في مدة النكاح لم[8] يثبت بالفراش وحده فانه[9] علة لثبوت نسب ولد خلق من مائه .[10]

---

(١) أي اللعان .

(٢) في ـ أ ـ يقدره وهو خطأ .

(٣) في حالة الأقرار من الزوج بالولد أوالتهنئة له به والتأمين على الدعاء يسقط حقه في النفي .
انظر: المهذب : ٢/ ١٢٣- ١٢٤ ،التنبيه ص ١٩١ ،مغني المحتاج ٣/ ٣٨١ ، الكافي لابن قدامه : ٣/ ٢٨٨ ،العدة ص : ٤٤٢ الفروع : ٥/ ٥١٥ ،المغني : ٧/ ٤٢٦ ،وانظر مذهب المالكية في الكافي : ٢/ ٦١٥.

(٤) مثبته من ص .

(٥) ساقطه من ص

(٦) في الأصل غير واضحه وفي ـ أ ـ وبين والمثبت من ص .

(٧) في الأصل بصبى وفي ـ أ ـ بصبي والمثبت من ص .

(٨) ممسوحه من ـ أ ـ

(٩) أي الفراش .

(١٠) في ص حقيقة أو ظاهرا لا لما علم أنه ليس من مائه .
في أ ، ، ، ، ، ، ، ليست من مائه .

(ولأنه كما يجب صيانة)[1] الولد عن الضياع فكذا يجب صيانة الرجل عن لحوق " ولد[2] " غيره به "[3] فصين[4] الرجل عنه اذا تيقن بعدم مائه وصين[5] الولد عن الضياع حال الأشتباه فأثبت النسب بظاهر الأمر لكون " حقيقة[6] " العلوق من مائه أمرا[7] مشتبها " لا يوقف[8] " على حقيقته في الأصل[9] .

ولأن اللعان لما قطع النسب، لأنه دليل ظاهر على أنه " لم يكن[10] " من مائه وأنه من زنا وان لم يثبت حقيقةً لاحتمال كلام الرجل الكذب ، فالغيبة التي هي دليل يقينا على الزنا أولى[11] .

---

(١) ما بين القوسين مكرر في الأصل .

(٢) المثبت من ص .

(٣) في ـ أ ـ ـ الولد ـ وهو خطأ .

(٤) في الأصل فصى مهمله وفي ـ أ ـ غير واضحه والمثبت من ص .

(٥) في الأصل وصبى وفي ـ أ ـ وصبي والمثبت من ص

(٦) ساقطه من ص

(٧) غير واضحه في ـ أ ـ

(٨) في الاصل اهمل الحرف الأول وفي ـ أ ـ توقف والمثبت من ص .

(٩) انظر: الاصطلام ٢/ل ١١٢ أ .

(١٠) في ص ليس .

(١١) انظر: الاصطلام جـ ٢ ـ ل ١١١ أ ـ ب .

ولعلمائنا :

أن أصل النسب بالماء على ما ذكرنا[١] .

الا أنه[٢] لما كان أمرا باطنا أقيم الوطء مقامه « والوطء[٣] » باطن عن غيرهما ، والنسب باب محترم محفوظ، به تقوم[٤] المصالح بين الناس فأقيم ملك النكاح الذى (هو)[٥] ظاهر، وشرع[٦] بسبب " لا[٧] " يثبت الا بشهود، مقام الوطء ليكون محفوظا بالا مام وبما يظهر للناس غيرهما ، وهو[٨] سبب[٩] الوطء لا[١٠] ما تكسب الآله .

وسبب العلة متى قام مقامها لدليل[١١] سقط اعتبار العلة وجودا وعدما وبقيت العبرة للسبب . (١٢)

كالسفر لما أقيم مقام المشقه لاثبات الرخص (١٣) سقط حقيقة

---

(١) انظر: ص ٣٦٨

(٢) الضمير يعود إلى الماء .

(٣) في ص « ثم الوطء »

(٤) في ص يقوم وفي ـ أ ـ الحرف الا ول مهمل .

(٥) مثبت من ص ـ أ ـ

(٦) في ص فشرع .

(٧) ممسوحه من ـ أ ـ

(٨) أى ملك النكاح

(٩) في الأصل سيد والمثبت من ص ـ أ ـ

(١٠) " لا " مثبته من ـ أ ـ ليستقيم الكلام .

(١١) في ص بدليل وغير واضحه في ـ أ ـ

(١٢) انظر عن هذا أصول الشاشي وبهامشه عمدة الحواشي ص ٣٦١- ٣٦٢

(١٣) الرخص جمع رخصه

= = =

المشـــقه (١)

والبلوغ لمـــا[٢] قام مقام اعتدال العقول في اجراء حقيقه الخطاب ســـقط اعتبار حقيقة الاعتدال[٣] ([٤] ودار الحكم مع البلوغ عن[٥] أهل العقـــل ولما قام النكاح مقام الوطء والماء ،سقط اعتبار حقيقة الوطء وامكانـــه وهذا كما قيل في الاستبراء أنه يجب باستحداث ملك الوطء) بملـــك اليمين .

(*) والرخصة لغة : التسهيل في الأمر والتيسير يقال رخّص الشـــرع لنا في كذا ترخيصا وأرخص ارخاصا إذا يسره وسهله .

المصباح المنير : ١/ ٢٢٣ - ٢٢٤ ، وانظر: لسان العرب: ٧/ ٤٠

وفي الاصطلاح : ما ثبتـــت علـــى خـــلاف دليـــل شرعـــــي لمعارض راجـــح .

المختصـــر لابـــن اللحـــام ٦٨ ، مذكرة أصول الفقـــه للشنقيطي ص : ٥٠

(١) راجع ص ٣٦٨

(٢) ممسوحه من أ ـ

(٣) تقويم أصول الفقه : ١٧٢ - ١٧٣ ، كشف الاسرار ٤/ ٢٠١

(٤) ما بين القوسين مثبت من ص ، وفي ـ أ ـ اثبته الناسخ في الهامش وبعض كلماته غير واضحه .

(٥) هكذا في ص والصواب في نظرى " عند " .

لا عبـــرة[1] للماء فيه وان وجب في الأصل صيانة لمـــاء[2] البائع من الاختلاط بماء المشترى[3].

لأنا لو بنينا الأمر على الماء حقيقة وأنه أمر باطن لتعذر أو لم يمكن فبنـــى على السبب الموجب للخلط وهو حل الوطء بنفس التملك[4].

لأن الشرع أباح تملك الاماء مع وطء البائع ، فلو أحل الوطء للمشترى بنفس الملك كما في النكاح لاختلطت المياه المحترمه فحرم الا باستبراء صيانـــة عن الخلط ، وأقام سبب الخلط وهو ملك المتملك مقام العلة لأنه ســـبب ظاهر ، فوجب الأستبراء بهذا السبب ، وان تيقن بعدم الماء نحـــو

---

(١) هكذا في النسخ والصواب في نظرى ولا عبرة .

(٢) ممسوحه من ـ أ ـ

(٣) انظر: عن هذه المسألة المصادر التالية ،تقويم أصول الفقه : ١٧٣ الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ١٠/ ٤٠ وما بعدها حاشية ابن عابدين : ٦/ ٣٧٤ - ٣٧٥ ،البناية : ٩/ ٢٩٤ ،وما بعدهـــا كشف الأسرار : ٤/ ٢٠٠ ، أصول السرخسي : ٢/ ٣١٩ ، كشـــف الأسرار للنسفي : ٢/ ٤٣٣ ، المبسوط : ١٣/ ١٤٥ وما بعدهـــا مجمع الأنهر : ٢/ ٥٤٣ ، تبيين الحقائق : ٦/ ٢١ ،الجوهره النيره ١/ ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٤) كشف الأسرار : ٤/ ٢٠٠ .

أن يكون البائع امرأة ،أو صبيا أو كانت[1] الأمة بكرا[2] .

وكذلك حرمة المصاهره أصلها الماء وأقيم النكاح بلا ماء مقامها لأنه[3] سببه[4] .

---

(١) في ص أو يكون .

(٢) انظر: كشف الأسرار : ٤/ ٢٠١ ، تبيين الحقائق : ٦/ ٢١ ، المبسوط : ١٣/ ١٤٦ ، الهداية ونتائج الأفكار : ١٠/ ٤٤ ، البنايه ٩/ ٢٩٩ - ٣٠٠ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٦/ ٣٧٥

(٣) أى النكاح .

(٤) أى سبب الماء .

قال البخارى في كشف الأسرار

" والمس والنكاح يقام أى كل واحد منهما مقام الوطء في ثبوت حرمة المصاهره لأن كل واحد منهما سبب داع اليه " ٤/ ٢٠١

وانظر: تفصيل مسألة التحريم بالمصاهره في المصادر التالية :

بدائع الصنائع : ٢/ ٢٥٨ ، المبسوط: ٤/ ٢٠٧ ، الفتاوى الهنديه ١/ ٢٧٤ .

مسألة :

اذا غاب الرجل عن[1] امرأته فنعى[2] الى امرأته فتزوجت فولدت[3] منه كان الولد للأول عند أبى حنيفة .

وقالوا جميعا هو للآخر[4] لان[5] عبيد الله بن الحر[6] التحق

---

(١) غير واضحه في ـ أ ـ

(٢) في الأصل فبعى وهو تصحيف . وفي ـ أ ـ منقى باهمال الأول والثاني والمثبت من ص ، والنَّعْيُ والنَّعِيُّ هو الاخبار بالموت .
لسان العرب : ١٥ / ٣٣٤ ، المصباح المنير : ٢ / ٦١٤ - ٦١٥ المغرب : ٢ / ٣١٤ .

(٣) في ص وولدت .

(٤) هذه المسألة فصلها بعض علماء الحنفية والمؤلف رحمه الله ذكر بداية هذا التفصيل ثم فصل قول محمد وابى يوسف في مسألة مستقلة بعد هذه المسألة وبعض علماء الحنفية يذكر أن الأولاد للأول عند الأمام وللثاني عند صاحبيه .
انظر: بدائع الصنائع : ٢ / ٢١٥ ، التتف في الفتاوى ١ / ٣١٣ ، ٢ / ٨٥٢ ، المبسوط: ١٧ / ١٦١ - ١٦٢ ، لسان الحكام : ٣٢١ الفتاوى البزازيه بهامش الفتاوى الهندية : ٤ / ١٤٣ ، الفتاوى الهنديه ١ / ٣٣١ ، طلبة الطلبه : ٢٧٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣ / ٥٥٢ ، اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى : ١٨٣ ، المغنى : ٧ / ٤٣١ ، رحمة الأمة : ٢٩٨ ، الاشراف لابن المنذر : ٤ / ١٠٦ - ١٠٧ . الاجماع لابن المنذر : ٩٥ .

(٥) مكرره في ص .

(٦) عبيد الله بن الحر بن عمرو الجعفي من بنى سعد العشيره قائد ===

معاويه [1] :

فتزوجت امرأته بآخر فولدت ثم جاء عبيد الله فخاصم الى على فقضى بالمرأة له [2] وبالأولاد للثاني . (٣)

(=) من الشجعان كان من خيار قومه شرفا وصلاحا وفضلا وكان من أصحاب عثمان رضى الله عنه فلما قتل انحاز الى معاوية فشهد معه صفين . توفى سنة ٦٨هـ.

الأعلام : ٤/١٩٢ ، البداية والنهاية : ٨/٢٩٧ ، تاريخ الطبرى : ٧/١٦٧ ، الكامل في التاريخ : ٤/٢٨٧ ، خزانة الأدب : ٢/١٥٥ - ١٦١ ، ٧/٣٣ ، ٩/٩٠ ، ٩١ ، ٩٨ .

(١) انظر ترجمته رضى الله عنه فى سير اعلام النبلاء ٣/١١٩- الاعلام ٧/٢٦١ .

(٢) ساقطه من ص -أ-

(٣) خبر عبيد الله بن الحر رواه ابن منصور والبيهقى ولفظه عند ابن منصور أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها اياه ابوها فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية فأطال الغيبة عن أهله ومات ابو الجاريه فزوجها أهلها من رجل منهم يقال له عكرمه فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على فلما دخل على علي قال له لحقت بعدونا وظاهرت علينا وفعلت وفعلت فقال أويمنعنى ذلك عندك من عدلك ؟ قال : لا فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعها على يدى عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بذلك قالت فأشهدوا أن كل ماكان لي على عكرمه من شيء من صداق فهو له فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه .

سنن سعيد : ١/١٥٢ ، السنن الكبرى : ٧/١٤١ ح ٤١٣

وروى عبد الرزاق الخبر أيضا لكنه لم يذكر ما أوردته سابقا وانما ذكر ردها الى عبيد الله بن الحر . المصنف : ٦/٢٣١ .

ولأن الفراش يثبت بالنكاح[1] الفاسد مع الوطء[2] كما يثبت بالصحيح فاستويا وترجح الحاضر بالماء فالأصل للماء على ما مر[3] وهو ان سقط اعتباره فلا يدل على سقوطه ترجيحا .

ولأبي حنيفة - أن الماء لما سقط اعتباره على ما مر صار الغائب والحاضر سواء ولو كانا حاضرين جميعاً والمسألة بحالها كان الفراش الصحيح أولى من الفاسد فكذا هذا . (٤)

وأما حديث عبيد الله بن الحر فيحتمل أن النكاح ثبت بتصادقهم لا بالبينة فلم يصدقوا على الولد . وذكر ابو" طاهر[5]" الدباس[6] أن هذا

---

(١) في ص النكاح .

(٢) المبسوط: ١٦٢/١٧ ، الهداية والبناية : ١٣٨/٥ ، بدائع الصنائع : ٣٣٥/٢ و ٢٤٣/٦ ، وراجع ص٣٣٧ تعليق رقم (١)

(٣) راجع ص ٣٦٨

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين : ٥٥٢/٣ ، الفتاوى الهندية : ٣٣١/١ المغني لابن قدامه : ٤٣١/٧ .

(٥) ساقطه من ص .

(٦) هو محمد بن محمد أبو طاهر الدباس قال ابن النجار ابو طاهر الدباس الفقيه امام أهل الرأى بالعراق وكان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد أخذ عن القاضي أبي خازم عبد الحميد عن عيسى بن ابان عن محمد وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ولي القضاء بالشام وخرج منها إلى مكه فمات بها والدباس انتساب الى بيع الدبس المأكول .
الفوائد البهية : ١٨٧ ، الجواهر المضيه : ٣٢٣/٣ ،

الا ختلاف فيما يتوهم [1] وطء الغائب بأن كان غائبا بالا ختفـــــاء لا بالاغتراب [2] " فاذا لم [3] " يتوهم فالنسب للحاضر بلا خلاف .

---

(١) يظهر لى أن الكلام لا يستقيم الا بزيادة " من " .

(٢) غير واضحه في الأصل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٣) ما بين القوسين في ص ـ فأما اذا كان لا . وفي ـ أ ـ مثل الأصـــل الا أن الناسخ أثبت كان فوق لم واشارته لا يفهم منها أنها قبل لم أو بعدها .

مسألة :

قال أبو يوسف لا يثبت (١٨٥/ب) النسب من الحاضر[1] اذا ولدت لأكثر[2] من سنتين من وطء الثاني وقال محمد يثبت منه[3] اذا ولدت لستة أشهر من وطئه[4] لأن الفاسد ملحق بالصحيح بعد الوطء .

---

(١) في س ـ أ ـ الا .

(٢) في ـ أ ـ لا لشر

(٣) أى من الحاضر

(٤) هذه المسألة أوردها المؤلف رحمه الله في كتابه تأسيس النظر بعكس ما أوردها هنا فالقول الأول لمحمد والثاني لأبى يوسف. ويظهر لي أن هذا الخطأ إنما هو من النساخ ومصادر الحنفية التى سأذكرها أتفقت على ذكرها بخلاف ما هى عليه هنا .

انظر: تأسيس النظر: ٨٢ ، المبسوط: ١٧/١٦٢ ، مختلف الرواية ١٦٨/أ ، حاشية ابن عابدين : ٣/٥٥٢ ، لسان الحكام : ٣٢١ بدائع الصنائع : ٢/٢١٥ .

وهذه المسألة لها ارتباط بالمسألة التى قبلها لذا فان الفصل بعنوان مسألة غير وجيه في نظرى .

وابن عابدين لما نقل تفصيل المسألة ذكر اربعة أقوال ملخصها .

١- الأولاد للأول عند الامام مطلقا

٢- للثاني وعليه الفتوى

٣- عند ابى يوسف للأول ان أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني .

٤- وعند محمد للأول ان كان بين وطء الثاني والولاده أقل من سنتين فلو اكثر منها فللثاني .

الا أنـه [1] يقول ملحق به اذا انفرد . فأما أن يقال يسوى بالصحيح فلا بل هو دونه الا اذا انقطع الوهم من الماء الصحيح فيترجح الفاسد بالماء والانقطاع بسنتين وذكر عبد الكريم الجرجاني [2] أن أبا حنيفة رجع الى قول أبى يوسف . (٣)

---

(١) في ب ـ أ ـ الا أن أبا يوسف .

(٢) عبد الكريم بن محمد الجرجاني ابو محمد ويقال ابو سهل قاضي جرجان روى عن قيس بن الربيع وابى حنيفه وغيرهما وعنه ابن عيينة وأبو يوسف والشافعي وغيرهم ترك القضاء وهرب الى مكة وتوفى بها في حدود الثمانين ومئه .

تهذيب التهذيب : ٦/ ٣٧٥ ، تقريب التهذيب : ٣٦١ ، ميزان الاعتدال : ٢/ ٦٤٦ .

(٣) الذى في المبسوط عن عبد الكريم الجرجاني ـ أن الامام رجع الى القول بأن الولد من الثاني . ١٧/ ١٦٢

وكذا في الفتاوى الهندية : ١/ ٣٣١ .

وفي ابن عابدين " . . . لكن الصحيح ما أورده الجرجاني أن الأولاد من الثاني ان احتمله الحال وأن الامام رجع الى هذا القول" حاشية ابن عابدين : ٣/ ٥٥٢ .

مسألة :

اذا باع أمة فولدت لأقل من ستةأشهر فادعاه البائع صح وانتقض البيع وقال زفر لا يصح . (١)

وكذلك اذا باع ثم اشترى . (٢)

---

(١) المبسوط : ٧/٢٠٢ و ١٧/١٠١ تبيين الحقائق : ٤/٣٢٩ الجوهره النيره : ٢/٣٢٣ ، البناية : ٧/٥١٦ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/٢٩٢ - ٢٩٣ .
هذه المصادر أشارت الى الخلاف على نحو ما ذكره المؤلف وذكرت أن قول زفر هو القياس وبعض المصادر تذكر حكم المسألة ولا تشير الى خلاف زفر رحمه الله .

انظر: الأختيار : ٢/١٢٤ ، الفتاوى الهنديه : ٤/١١٥ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/٥٨١ ، مجمع الأنهر : ٢/٢٨٤ - ٢٨٥ ، الكتاب وشرحه اللباب : ٤/٥١ ، مختصر الطحاوى : ٣٥٥ ، خزانة الفقه / ل ١٠٣ ب .
لكن صاحب الأختيار جعل الخلاف في هذه المسألة لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أما الكاساني رحمه الله فقال :" اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الأم والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته وثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان وفي القياس لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوه .
بدائع الصنائع : ٦/٢٤٨ .
فكلام الكاساني هنا فيما اذا ولدت لاكثر من ستة أشهر وكلام المؤلف لأقل وهذا يدل على اختلافهم في تحرير المسألة كما قلت .

(٢) أى وكذلك الحكم فيما اذا باع ثم اشترى من المشترى وادعى النسب لا يثبت منه عند زفر .

لأن شرط صحة الدعوة قيام ملكه من حين العلوق الى حين الدعـــوه لأن الثبوت بالدعوة فكان تصرفا منه فيها بغير حكم الملك فيها فلا يتخذ(١) الا بالملك كسائر التصرفات المختصه بالملك . (٢)

وكما اذا ولدت لأكثر من ستة أشهر . (٣)

وكما لو اعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع لم يصح . (٤)

---

(١) في ص ـ أ ـ ينعقد .

(٢) انظر بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٨ .

وانظر : المزيد من أدلة زفر في المبسوط : ١٧/ ١٠١ ، وغيـــره من المصادر السابقة في التعليق رقم (١) في الصفحة السابقة

(٣) اذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من ســنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا اذا صدقه المشترى .

الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٢٩٥ ، البناية ٧/ ٥١٨ الاختيار : ٢/ ١٢٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣٣١ ، مجمع الأنهـر ٢/ ٢٨٦ ، الجوهره النيره : ٢/ ٣٢٣ ، اللباب في شـــرح الكتاب : ٤/ ٥٢ .

فالمؤلف هنا استدل لزفر بالقياس على هذه المسألة وهى مســألة متفق عليها أما اذا صدقه المشترى فانها تلحق أصل المسألة فـــي الحكم في نقض البيع وثبوت النسب . . الخ .

(٤) المبسوط : ٧/ ٢٠٣ و ١٧/ ١٠٣ ، الهداية ونتائج الأفكار وشـــرح العناية ٨/ ٢٩٧ ، البناية ٧/ ٥٢١ ، الجامع الصغير : ٣٣٩ .

مختصر الطحاوى : ٣٥٦ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٢٨٦ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٤٨ ، الفتاوى الهندية : ٤/ ١١٥ .

ولأن الدعوة قبل البيع كانت تصح من المولى ومن أبيه وبالبيع انقطعت دعوة الأب فكذلك دعوة[1] البائع[2]، استدلالا بها لمساواتهما[3] صحة بذلك الملك الثابت قبل البيع. ولنا -

أن الشرط لثبوت النسب قيام الملك عند العلوق لأن النسب ثبت[4] من حين العلوق فشرط ثبوت الفراش[5] يعتبر حينئذ، ثم بعد ذلك بقاء الملك[6] ليس بشرط للبقاء[7]. وهذا[8] لا اشكال فيه.

---

(١) مثبته من ص - أ -

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٥٠، تبيين الحقائق: ٤/ ٣٢٩
الجوهره النيره: ٢/ ١٩٢.
فالمؤلف هنا استدل لزفر بالقياس على دعوة الأب بعد البيع وهى لا تقبل فكذا دعوة المولى.

(٣) في الأصل - لمساواتها والمثبت من ص - أ - لمناسبتها للسياق والضمير يعود الى دعوة الأب والابن.

(٤) في ص يثبت.

(٥) في ص النسب.

(٦) في الأصل و - أ - والملك والمثبت من ص لمناسبته للسياق.

(٧) انظر: المصادر التالية:
بدائع الصنائع: ٦/ ٢٤٨، المبسوط: ١٧/ ١٠١، البناية ٥/ ٦٧٧
الجوهره النيرة: ٢/ ٣٢٣، الاختيار: ٢/ ١٢٤ - ١٢٥، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية: ٨/ ٢٩٢ - ٢٩٣.

(٨) اسم الاشارة يعود الى الشرط المذكور آنفا وهو قيام الملك عند العلوق.

وانما الاشكال في ولاية الدعوة . (١)

فنقول(٢) : إن العلوق لما تبين أنه كان في ملك البائع تبين أنه ثبت لـــه بذلك العلوق حق استلحاق نسبه بالدعوة وثبت للولد حق ثبوت النسب منه اذا ادعى وذلك حق لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلم يبطل بالملـــك الذى ثبت للمشترى ، وأنـــه(٣) مما يحتمل النقض ولأن حرمة النســـب فوق حرمة ملك اليمين الذى هو للبذلـــه . (٤)

بخلاف ما اذا اعتقه المشترى لأنه ثبت للمشترى حقيقة الولاء وأنه بمنزلـة النسب لا يحتمل النقض(٥) فترجح على حق اثبات النسب لأن الثابـــت(٦) فوق حق الثبوت .

---

(١) أى هل من شرط صحة دعوة البائع ثبوت ولايته على الأمه من وقـت العلوق الى الولادة أولا يشترط ؟ .

(٢) هذا الجواب من المؤلف رحمه الله .

(٣) في ـ أ ـ لأنـــه .
والضمير في وأنه يعود الى ملك المشترى .

(٤) في ـ أ ـ للبدل وهو خطـــــأ .

(٥)

انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٨ ، البناية : ٧/ ٥٢٢ ، تبيـــن الحقائق : ٤/ ٣٣٠ ، المبسوط : ٧/ ٢٠٣ ، ١٧/ ١٠٣ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ للثابت والمثبت من ص .
والثابت من المشترى حقيقة الاعتاق وللبائع حق دعوة النســـب ===

وبخلاف ما اذا ولدت لأكثر من ستة أشهر[١] ، لأن ملك المشترى ثابت وذلك الحق[٢] يحتمل أن يكون في ملكه[٣] وبالاحتمال لا يثبت فبقى الملك[٤] بلا معارضه .

وبخلاف[٥] الأب لأن الأب لا يصح دعوته الا بشرط التملك أولا[٦] وله ولاية التملك على ابنه عند الحاجة اليه (٧) والولد من جملة حوائجه على ما عرف.

(=) والاستيلاد والحق لا يعارض الحقيقة .
انظر: الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٢٩٩ - ٣٠٠
البناية : ٧/ ٥٢٢ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣٣٠ .

(١) مراد المؤلف أن يقول ان أمر الاستلحاق فيما اذا ولدته لأقل من ستة أشهر يختلف عن أمر الاستلحاق فيما اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر إذ أنه في هذه الحالة الأخيره يكون الاستلحاق مبنيا على مجرد احتمال العلوق في ملكه .

(٢) أى الذى يدعيه البائع وهو الاستلحاق المبنى على احتمال العلوق وهى عنده .

(٣) أى ملك البائع .

(٤) أى الثابت للمشترى .

(٥) في الأصل و ـ أ ـ بخلاف والمثبت من ص لأنه معطوف على ما قبله

(٦) انظر: شروط صحة دعوة الأب في المصادر التالية :
بدائع الصنائع : ٦/ ٢٥٠ ، الجوهره النيره : ٢/ ١٩٢ ، الاختيار ٢/ ١٢٤ ، .

(٧) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٥٠ ، المبسوط : ١٧/ ١١٦ ، الاختيار ٢/ ١٢٤ ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٤/ ٣٣١ .

فتبين بالولد لأقل من ستة أشهر أنه كان له ولاية التملك عليه بسبب الولد وقد ثبت للمشترى حقيقة الملك فكان أولى من حق التملك كحقيقة الولاء مع حق اثبات النسب .

على أن استدلالهم[1] فاسد لأنه لا يصح الا بعد ثبوت المساواة ولا مساواه فان الأب والابن اذا ادعيا معا قبل البيع كانت دعوة الابن أولى . (٢)

---

(١) مراده استدلال لهم بقياس دعوة البائع ـ الابن ـ على دعوة الأب . وكان المناسب أن يقول استدلال له لأنه يتكلم عن زفر واستدلاله بهذا القياس ـ وقد ذكرت بعض مصادر الحنفيه الشافعي مع زفر انظر: المبسوط : ١٧/ ١٠١ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٣٢٩ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٢٨٥ .

(٢) المبسوط: ٧/ ١٧٦ ، و ١٧/ ١٠٢ ، الجوهره النيره : ٢/ ١٩٢ الفتاوى الهنديه : ٤/ ١٢٠ ، حاشية ابن عابدين : ٣/ ١٨١ .

مسألة :-

اذا ولدت أمة الرجل توءما[1] فباع الأم مع أحد الولدين ثم انه[2] ادعى الولد الذى عنده صحت الدعوة في الولدين جميعا وانتقض البيع " في الأم والولد[3] " وان كان المشترى اعتقها[4] بطل عتقه[5] [6] الولد دون الأم وبقيت[7] الأم بحصتها من الثمن ملاة للمشترى . (٨)

وقال الشافعي لا يصح دعوته فيما خرج عن ملكه . (٩)

---

(١) سبق التنبيه على هذا ص :

(٢) ساقطه من -أ-

(٣) ما بين القوسين في ص " في الولد والأم "

(٤) هكذا في النسخ والصواب " اعتقهما " بدلالة ما بعده .

(٥) في ص العتق .

(٦) في ص في

(٧) في ص بقى وهو خطأ .

(٨) انظر المسألة في المصادر التالية :
بدائع الصنائع : ٦ / ٢٤٩ ، المبسوط : ٧ / ٢٠٤ ، الجوهره النيرة ٢ / ٣٢٤ .
ولهذه المسألة في بعض جزئياتها ارتباط بالمسألة السابقة

(٩) لم أجد ما أشار اليه المؤلف عن الشافعية في مسألة التوأمين وبيع أحدهما وادعاء نسب الآخر .
والله تعالى أعلم .

لما ذكرنا أن قيام الملك عند الدعوة شرط لصحة الدعوة على أصله[1]

ولأنا أجمعنا أن عتاق[2] الولد في المسألة الأولى يمنع صحة الدعوة في حقه[3] فكذلك في هذه المسألة .

ولأنه[4] منع في حق الأم فكذا في حق الولد .

ولنا :-

أن الدعوة صحيحة في حق الولد الذى[5] لم يبع لقيام الشرط[6] فصار حر[7]

---

(١) هذا الشرط ذكره المؤلف رحمه الله عند ما أورد خلاف زفر في المسألة السابقه ص٣٨٩ الا أنه لم يذكر الشافعي معه . وبعض مصادر الحنفيه ذكرت موافقة الامام الشافعي لزفر فقوله هنا انما هو بناء على قوله في المسألة السابقه ولعله سها أو ذكره في موضع آخر .

(٢) في ص اعتاق .

(٣) راجع ص ٣٨٩
والمؤلف رحمه الله لم يصرح هناك بذكر الاجماع الا أن المسألة لا خلاف فيها عندهم .

(٤) أى البائع منع من الدعوى في حق الأم لكونها اعتقت فكذا يمنع من الدعوى في حق الولد .

(٥) ساقطه من ص .

(٦) المراد بالشرط الذى يريده المؤلف هو قيام الملك عند العلوق وقد ذكرهذا الشرط ص ٣٩٠

(٧) في الأصل حز وفي ـ أ ـ جز والمثبت من ص .

الأصل ومن ضرورة كونه حـر[1] الأصل كينونة الآخر بمنزلته لأنهما تـوءم علقا من ماء واحد فلا يتصور اختلافهما في صفة الحريه والرق فثبت لأن الشيء اذا ثبت ثبت بما[2] لا يتصور الانفصال عنه.[3]

ثم الأم ان كانت مملوكة عند المشترى نقض البيع فيهـا .

لأنه تبين أنه كان للبائع[4] حق اثبات حرمة الاستيلاد بدعوة الولـد فلا تبطل[5] بملك[6] المشترى لما مر أن الملك يحتمل النقض وذلك الحق[7] لا " يحتمل[8] "

---

(١) في الأصل ـ جزء وفي ـ أ ـ جزء ، والمثبت من ص ـ وان أراد جزء الأصل فهو صواب ايضاً .

(٢) هكذا في النسخ والظاهر لي أن الصواب " ما "

(٣) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٩ ، الهداية ونتائج الأفكار ٨/ ٣٠٣ تبيين الحقائق : ٤/ ٣٣٣ ، البنايه : ٧/ ٥٢٤ ، الدر المختـار وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٥٨٣
وفي هذا الدليل الذى ذكره المؤلف رحمه الله ذكر للفرق بين العتق الذى حصل للولد من المشترى في المسألة الأولى ص ٣٨٩ و٣٩١ فهو لا ينقض وبين العتق الذى حصل له في هذه المسألة فانـه ينقض ضرورة .

(٤) في الأصل و ـ أ ـ للمشترى والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٥) في الأصل يبطل باهمال الحرف الأول وفي ـ أ ـ يبطل والمثبـت من ص .

(٦) في الأصل و ـ أ ـ ملك والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٧) أى ثبوت النسب بالدعوه .

(٨) ساقطه من ص
وراجع ص : ٣٩١

وان كانت[1] معتقه فالعتاق أولى من حق العتاق على ما مـــــــــر[2].

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ كان والمثبت من ص .

(٢) ذكر المؤلف أن العتق اذا حصل من المشترى للولد المدَّعى لا يحتمل النقض ولعله بقوله هنا " على ما مر " يقصد الاشـــارة الى هذا المعنى ففى هذه المسألة ثبت للمشترى بعتقه للأمـــه حقيقه الولاء وهو أولى من حق العتق الذى يملكه البائع ثم انـــه لا ضرورة تستلزم نقضه كحال الولد في هذه المسألة .

وراجع بدائع الصنائع : ٦/ ٢٤٩ .

وليست " الأم ممن[1] يثبت الحق لها ضرورة حرية الولد . (٢)
لأن حرمة الاستيلاد مما ينفصل عن علوق الولد حرا (فان من)[3] أستولد
جارية يملكها ثم استحقت كان الولد حرا والأم مملوكة تباع . ولما[4] انفصلت
عن الولد ووجب اعتبار حالها بنفسها أشبهت الولد في المسألة الأولى[5].

---

(١) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ

(٢)

مراد المؤلف بهذا أن الأم ليست مثل الولد التوأم ، فلا ينقض العتق في حقها اذ لا ضرورة لذلك بخلاف الولد التوأم فان النسب لما تقرر لأخيه فمن ضرورة ثبوت النسب لأخيه ثبوته له لأنهما كالشيء الواحد . والمؤلف ساق هذا الدليل على التفرقه بينهما .

(٣) ما بين القوسين في الأصل كما فيمن " والمثبت من ص ـ أ ـ

(٤) في ـ أ ـ فلما .

(٥) المراد بذلك أنها في حالة العتق لها لا ينتقض في حقها لعدم الحاجه لذلك كحال الولد في المسألة الأولى .
انظر ص : ٢٨٩
حيث قال : " وكما لو اعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع لم يصح " والله أعلم .

مسألة :

اذا استولد جارية ابنه لم يغرم[1] العقر[2] عندنا[3].

وقال[4] زفر والشافعي يغرم . (٥)

---

(١) الغرم - الدفع والأداء
انظر: المصباح المنير : ٢/٤٤٦ ، المعجم الوسيط : ٢/٦٥٠

(٢) يطلق العقر على صداق المرأة اذا أتيت بشبهه ويطلق على غير ذلك . . .
المغرب : ٢/٧٤ ، لسان العرب : ٤/٥٩٥ ، القاموس المحيط ٢/٩٦ - ٩٧ ، الجوهره النيره : ٢/١٩٢ ،حاشية ابن عابدين ٣/١٧٩ ، أنيس الفقهاء : ١٥١ ، التعريفات : ١٥٣ ، التعريفات الفقهية : ٣٨٥ .

(٣) مختلف الرواية: ١٦٨ ب ، بدائع الصنائع : ٦/٢٥٠ ، الجامع الصغير : ٢٢٩ ، المبسوط: ١٧/١١٥ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٣/٤٠٧ -٤٠٨ الأختيار : ٤/٣٣ تبيين الحقائق : ٢/١٦٩ ، البحر الرائق : ٣/٢١٨ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٣/١٧٩ وما بعدها .
ويقول الحنفيه قال المالكية والحنابلة في المذهب
الخرشي : ٨/١٥٧ ، بلغة السالك والشرح الصغير : ٢/٤٥٨ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير : ٤/٤٠٩ ، الانصاف : ٧/١٥٨ الافصاح : ٢/٣٧٨ ، المغنى : ٩/٥٣٧ ،الشرح الكبير: ١٢/٤٩٦

(٤) في ص وعند .

(٥) انظر قول زفر رحمه الله في مصادر الحنفيه السابقه في التعليق رقم(٣) وانظر قول الشافعية في المصادر التالية :
مغنى المحتاج : ٣/٢١٣- ٢١٤ ، جواهر العقود :٢/٥٦٢-٥٦٣

لأنه وجد سبب[1] ضمان وطء جارية الابن وتملكها والتملك[2] ما شرع الا بالقيمة بالاجماع[3] "فبقى العقر بسبب الوطء[4]" كما لو انفرد عن الاستيلاد والتملك. وهذا[5] كرجل استولد (١٨٦ أ) جارية بينه وبين شريكه فانه يغرم نصف العقر ونصف القيمة[6] لوجود تملك النصف ووطئه قبل الملك.

(=) رحمة الأمه : ٤٣٢ ، نهاية المحتاج : ٣٢٥/٦ ،أسنى المطالب ١٨٧/٣ ، الغاية القصوى : ٧٤٤/٢ ، روضة الطالبين ٢٠٨/٧ وقول الشافعية وزفر في لزوم المهر رواية للحنابله . الانصاف ١٥٨/٧.

(١) في الأصل سببا والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) أى تملك جارية الابن .

(٣) لزوم القيمة لا خلاف فيه عندهم وهو الأظهر عند الشافعية والصحيح من مذهب الحنابله وهو قول المالكية .

انظر: الاختيار : ٣٣/٤ ، المنهاج ومغنى المحتاج : ٢١٤/٣ نهاية المحتاج :٣٢٦/٦ ، الخرشي : ١٥٧/٨ ، بلغة السالك والشرح الصغير : ٤٥٨/٢ ، الانصاف : ١٥٨/٧.

(٤) ما بين القوسين في ص " فبقى الوطء سبب العقر "

(٥) اسم الاشارة يعود الى ما حصل من الأب واستيلاده لجارية الابن

(٦) انظر: بدائع الصنائع : ١٢٥/٤ ، ٢٥٠/٦ - ٢٥١ ،الاختيار ٣٣/٤ - ٣٤ ، مجمع الأنهر : ٥٣٦/١ ، المبسوط:١٢٤/١٧ الهداية وشرح العنايه : ٤٠٨/٣ ، اسنى المطالب : ١٨٨/٣ فيض الاله المالك : ١١٠/٢ ، مغنى المحتاج : ٢١٣/٣

فالمؤلف في استدلاله هنا لزفر والشافعي يستدل بالقياس على مسألة متفق عليها بينهم .

وكذلك الرجل يستولد جارية عبده المأذون المديون[1] .

أو الوارث يستولد أمة[2] الميت وعليه دين مستغرق . (٣)

الا أنا نقول :

إن سبب الضمان واحد وهو الوطء فانه وان امتد ففعل واحد والاستداد دوام وليس بوطء وأنه اسم لادخال الآله في[4] ذلك العضو والدوام عليه لا يكون دخولا . (٥)

ولهذا قلنا :

إذا حلف لا يجامع فلانه وهو مخالطها فدام عليه لم يحنث . (٦)

واذا أصبح مخالطا لأهله[7] وهو صائم في رمضان لا كفارة عليه لأن الدوام ليس بجماع[8] والعلوق بعده ليس بصنيعه وكذلك الانزال لأنه شيء

---

(١) قال في لسان العرب :" رجل دائن ومدين ومديون الأخيرة تميمية " وانظر: تفصيل المسألة في بدائع الصنائع: ٧/ ١٩٩ـ ٢٠٠ ، المبسوط ٢٦ /١٥ - ١٦ .

(٢) في ص جارية

(٣) لم أجد هذه المسألة .

(٤) مثبته من ص ليستقيم الكلام .

(٥) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٥١ ، المبسوط : ١٧/ ١١٥ .

(٦) لم أجدها - والذى يظهر لي من خلال الأصل المقرر عندهم في المسألة التى بعدها أنهم لا يعتبرون الدوام على الفعل موجبا للحنث في هذه المسألة .

(٧) في ص لامرأته .

(٨) انظر: المبسوط: ٣/ ٦٦ ، بدائع الصنائع : ٢/ ٩١ ، مجمع الأنهر ١/ ٢٤٤ ، حاشية ابن عابدين : ٢/ ٣٩٧ - ٣٩٨ ، الفتاوى الهندية ١/ ٢٠٤ .

====

يبعثه الطبع إنما فعله مباشرة سبب النزول[1] والعلوق وكذلك ادخال الآله في[2] الفرج وانما سمي[3] جماعا اذا لم يكن منه ولد،واستيلادا[4] اذا علقت منه ، وهذا (٥) جماع كان منه الولد (٦) فكان استيلادا وقد

(=) وقد نبه ابن عابدين رحمه الله على السقط الحاصل في الفتاوى الهندية لنقله عبارة البدائع خطأ حيث ورد فيها " وان بقي على ذلك فعليه القضاء والكفاره في ظاهر الرواية ، هكذا في البدائع " والذى في البدائع " . . . فعليه القضاء ولا كفارة في ظاهر الرواية "

وقال مالك إن نزع لزمه القضاء وان استدام عليه الكفارة والقضاء

وقال الشافعي ان نزع صح صومه لأنه أمسك وان استمر فلا يصح وعليه الكفارة والقضاء .

وقال أحمد لزمه القضاء والكفارة مطلقا نزع او استدام .

انظر: الخرشي : ٢/٢٥٩ ،بلغة السالك والشرح الصغير ١/٢٥٢ إيضاح المسالك : ٢٤٠.

حلية العلماء : ٣/١٦١ ، رحمة الأمة : ١٢١ ،تخريج الفروع للزنجاني : ١٣٤ ، المجموع : ٦/٣٣٨ ، ينابيع الأحكام تحقيق أحمد العمرى : ٢/٣٩٣ ، المغنى : ٣/١٢٦ ،الافصاح ١/٢٣٧ ، الانصاف : ٣/٣٢١.

(١) في الأصل الزوال والمثبت من ص ـ أ ـ لمناسبته للسياق .

(٢) مثبته من ص .

(٣) في ص يسمى .

(٤) في ـ أ ـ استيلاد .

(٥) أى الحاصل من الأب .

(٦) في ص ولد .

صح من الأب " بالاجماع " (١)

ومن شروط صحته(٢) الملك، فثبت الملك أولا(٣) ثم الوطء اعتبارا وان ثبت الملك بالاستيلاد لأن الشروط تراعى مقارنة . (٤)

ومثاله(٥) من قال لآخر اعتق عبدك(٦) عني فقال اعتقته(٧) ثبت الملك بالاعتاق وثبت الملك(٨) قبله لأنه شرطه ولزمه ضمان التملك(٩) لا ضمان الاعتاق لأنه أعتق ملك نفسه . (١٠)

---

(١) غير واضحه في ـ أ ـ
وقد سبق في بداية المسألة الاحالة الى المصادر التي نصت على مايلزم الأب بسبب وطئه لجارية ابنه وهذا يدل على أن الاتفاق حاصل بينهم على صحة هذا الاستيلاد قال البابرتي " والذي ذهبنا اليه هو الصواب لأنا قد اتفقنا على أن استيلاد الأب جارية ولده صحيح "
شرح العناية : ٣/٤٠٨ .

(٢) أي الاستيلاد

(٣) الملك عندهم يثبت قبل الاستيلاد شرطا له .
انظر: الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٣/٤٠٧ - ٤٠٨ البنايه : ٤/٣٠١ ، المبسوط : ١٧/١١٥ ، بدائع الصنائع ٦/٢٥١ .

(٤) انظر بدائع الصنائع : ٦/٢٥١ .

(٥) أي مثال استيلاد الاب لجارية الابن وما قيل ان الملك ثبت قبل الاستيلاد . . . الخ

(٦) في ص عبدي وهو خطأ .

(٧) في ص ـ أ ـ أعتقت .

(٨) مثبته من ص .

(٩) في الأصل و ـ أ ـ الملك والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(١٠) انظر: اصول السرخسي : ١/٢٥١ ، كشف الأسرار للنسفي ١/٣٩٥ - ٣٩٦ .

فكذا هاهنا[1] يلزمه بهذا الاستيلاد ضمان[2] التملك لا ضمان الوطء لأنه وطء ملك نفسه .

بخلاف استيلاد جارية مشتركه لأنه[3] صح بالملك القائم في النصف ثم ملك النصف بحكم صحة[4] الاستيلاد لأنه يثبت[5] شائعا لحلول حكمه بكلها فلا يختص بالبعض ما أمكن التعميم فثبت[6] الملك بالاستيلاد حكما له لا شرطا فبقى الوطء في ملك الغير.[7] وكذلك المولى اذا استولد أمة عبده المأذون المديون . لأن الاستيلاد يصح بحق الملك قبل التملك او بحقيقة الملك فانه الى المولى أقرب من ملك المكاتب . واستيلاد المولى أمةمكاتبه يصح ويضمن العقر[8]

(=) ميزان الأصول : ٤٠٣ ، المغنى : ١٦٢ ، تفسير النصوص١ /٥٥٣

(١) أى في هذه المسألة وهى وطء الأب جارية الابن .

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ

(٣) أى الاستيلاد .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ

(٥) غير واضحه في ـ أ ـ

(٦) في ص فيثبت .

(٧) انظر: بدائع الصنائع : ٦/ ٢٥١ ، تبيين الحقائق :٢/ ١٦٩- ١٧٠ شرح العناية : ٣/ ٤٠٨ .

(٨) المؤلف أطلق الكلام في المسألة وبين ائمة الحنفية خلاف فيها . فانهم قالوا اذا ادعى المولى ولد أمة مكاتبه وصدقه المكاتب لزم النسب والعقر ولم تصر أم ولد له ولزمته قيمة الولد الا أن أبا يوسف لا يشترط تصديق المكاتب لمولاه .

الجوهره النيره : ٢/ ١٩٣ ، تبيين الحقائق : ٣/ ١٠٦ ،البحر الرائق : ٤/ ٢٩٩ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٣/ ٦٩٩ اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ١٢٦ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٥/ ٥٥ ، المبسوط : ٧/ ١٧٦ ---

فكذلك هاهنا . (١)

ولما صح الاستيلاد (٢) من غير تبدل حال ضمن العقر كوطء بلا ولد (٣)

(=) واستيلاد المولى لأمة مكاتبه لا يثبت ـ وقد أجاب البابرتي عن مايفهم من كلام صاحب الهدايه من ثبوت الاستيلاد في جارية المكاتب فقال : " والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالتها على كونها أم ولد فكان المراد بقوله " لصحة الاستيلاد " لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده "
ومراده قول صاحب الهداية " ولا تصير ام ولد له " شرح العناية ٥/٥٦ .

(١) لم يتضح لي بجلاء ماذا يريد بقوله " هاهنا " ولعله يريد الاستيلاد في الأمه المشتركه وامة العبد المأذون .

(٢) سبق التنبيه على مسألة معنى الاستيلاد من السيد لأمة مكاتبه وان المراد به طلب الولد وثبوت نسبه ولعل كلام المؤلف هنا " من غير تبدل حال " دال على هذا أيضا وأنها تبقى أمة للمكاتب لا تصير أم ولد لسيده . والله أعلم .

(٣) الوطء من السيد لأمته المكاتبة يوجب عليه دفع العقر لها لأن المولى عقد معها عقدا منع به نفسه من التصرف فيها وفي منافعها والوطىء من منافعها .

انظر: الجوهره النيره : ٢/١٩٦ ، الأختيار : ٤/٣٦
فاذا وطىء السيد أمة مكاتبه فمن باب أولى يلزمه العقر ولعله مراد المؤلف هنا والله تعالى أعلم بالصواب .

وكقطع يدها[1] ثم الولد[2] أوجب انقطاع الأمة عن[3] الغرماء فضمن القيمه كما لو أتلفها فكان صفاؤها له[4] من حق الغريم حكما للاستيلاد لا شرطا .

وكذلك الوارث لأنه ينزل من الميت في تركته منزلة المولى[5] من عبده وعليه دين مستغرق على أصل أبي حنيفة حذو القذة بالقذه .

وقد طعن عيسى في هذه المسألة وأبى أن يجب " به العقر[6]" .

فان قيل وهو شبهة المسألة

إن الملك في مسألتنا حكم الاستيلاد لا شرطه كما في هذه المسائل . (٧)

---

(١) الجناية على المكاتب من السيد توجب الأرش فمن باب أولى يجب الأرش على السيد اذا قطع يد أمة مكاتبه .
انظر: الأختيار : ٤/٣٦ ، الجوهره النيره : ٢/١٩٦ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/١٢٩ .

(٢) أى الحاصل من استيلاد أمة العبد المأذون المدين .

(٣) في ص من .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ والضمير يعود الى المولى .

(٥) في ـ أ ـ الولي وهو خطأ .

(٦) في ص العقربه .
ولم أجد ما أشار اليه المؤلف عن عيسى بن أبان رحمه الله تعالى .

(٧) أى مسألة استيلاد الأمة المشتركه وأمة العبد المأذون وأمة المكاتب .
والحنفية يجعلون الملك للأب ثابتا قبل الاستيلاد شرطا له كما سبق ص : ٤٠٣ تعليق رقم « ٣ »

قلنا : هذا لا يستقيم من زفر لأنه معنا في صحة نكاح الرجل أمة ولده[1] ولو كان له فيها حَقُّ ملكٍ لمنع الصحه كما في نكاح المولى أمة مكاتبه[2] وصحة الاستيلاد تفتقر[3] الى الملك أو حق الملك أو التأويل بسبب صحيح كمن زفت[4] اليه غير امرأته فيطؤها فتلد فان النسب يثبت بالتأويل ولا تأويل في مسألتنا فقد[5] عرف الأب أنه[6] حرام عليه ولم يشتبه فبقي[7] العبرة لما في المحل من ملك أو حق ، وصحة نكاحه

---

(١) انظر: المبسوط : ٥/١٢٢ ، البحر الرائق : ٣/٢٢٠ ، تبيين الحقائق : ٢/١٧٠ ، الغرة المنيفه : ١٤٦ ، البنايه ٤/٣٠٣ الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٣/٤٠٨

(٢) أى أنه لما كان له فيها حق الملك لم يجز نكاحه منها . . . انظر: البحر الرائق : ٣/٣٠٥ ، الاختيار : ٣/٨٧ - ٨٨ تحفة الفقهاء : ١/١٣٠ .

(٣) غير واضحه في ـ أ ـ

(٤) في ص تزف

(٥) غير واضحه في ـ أ ـ

(٦) في ص أنها والضمير على ما في الأصل و ـ أ ـ يعود الى الوطء وعلى ما في ص على أمة الولد .

وانظر: البناية : ٤/٣٠٠ ، شرح فتح القدير : ٣/٤٠٧

(٧) في ص فيبقى .

اياها يدل (١) على انعدام الأمرين جميعا . (٢)

وأما من الشافعي فيصير بناء على (٣) تلك المسألة فان المذهب عنده أن نكاح أمة الولد لا يصح لحق ملكه فيها (٤) كما في ملك المكاتب.(٥)

وتلك المسألة مرت في كتاب(٦) النكاح . (٧)

ولأنه متى لزمنا حق للاب يصح به الاستيلاد وجب العقر والقيمة فيرتفع الخلاف ، وإنما يصير هذا خلافا مبتدأ إذا سلم لنا عدم شرط الاستيلاد

---

(١) في ص تدل .

(٢) انظر: الهداية وشرح العنايه : ٣/٤٠٧ - ٤٠٨ ، البناية ٤/٣٠١ - ٣٠٢ .

(٣) في الأصل و ـ أ ـ عن والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٤) انظر تفصيل مذهب الشافعيه في المصادر التالية :
روضة الطالبين : ٧/٢١٢ - ٢١٣ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٣/٢١٤ ، نهاية المحتاج : ٦/٣٢٧ ، زاد المحتاج : ٣/٢٦٩ أسنى المطالب : ٣/١٨٩ فتح الوهاب : ٢/٥٣ .

(٥) انظر: روضة الطالبين : ٧/٢١٣ ، المنهاج ومغنى المحتاج ٣/٢١٥ ، زاد المحتاج : ٣/٢٧٠ ، نهاية المحتاج : ٦/٣٢٧ فتح الوهاب : ٢/٥٣ ، .

(٦) ساقطه من ص .

(٧) كتاب النكاح من الاسرار تحقيق الدكتور / نايف العمرى : ١/٩٤ وما بعدها .

ثم[1] خالفونا في إثباته[2] متقدما على الوطء كله وقالوا التقديم على الحلوق يكفي أو الايلاجه لأخيرة التي كان منها الماء .

فان قيل لما وجب تقديم الملك لثبوت النسب وذلك حال العلوق أو وقوع الماء في الرحم أكتفى بالتقديم[3] على آخر الايلاجات كالايلاجات اذا تفرقت بالخروج[4] من المحل ثم الدخول .

قلنا : لما[5] أضيف الولد الى السبب[6] وهو[7] الأب أضيف اليه لفعله "وما هو"[8] إلا الجماع على ما مر[9] وأنه فعل واحد كالدخول والمكث

---

(١) مسوحه من ـ أ ـ

(٢) الى الملك

(٣) في ص التقدم

(٤) في ص بالدخول

(٥) مسوحه من ـ أ ـ

(٦) في ص كسب

(٧) ساقطه من ص .

(٨) غير واضحه في ص

(٩) راجع ص : ٤١٠ وهو قوله «إلا أنا نقول ...»

بعده " في الدار فانه[1] لا يكون دخلات . والملك شرط[2] " لصحة كسبه[3]" اثبات النسب للولد فيجب التقديم على الفعل وأنه واحد لا يمكن تفريقه وهو ادخال الآلة الفرج .

فان قيل : إنا نجعل سبب الولد حركة منزلة[4] ومن حيث الحركة كانت حركات تقبل التفريق . قلنا نعم .

الحركات مالم تجتمع لم تصر[5] سببا للنزول وكذلك[6] اذا[7] اجتمعت كانت علة واحدة لا عللا مختلفه كالشاهد ينضم الى الشاهد وشطر بيع ينضم الى مثله وجروح[8] تتصل بالموت يكون قتلا واحدا لا يبقى لأول الجرح حكم على حده سوى ضمان القتل ولا يكون كما لو جرح فبرأ ثم جرح منه واذا كان كذلك صارت الحركات. وان[9] (١٨٦) سلمنا افتراق بعضها عن بعض جملة (١٠) واحدة .

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) ساقطه من ص

(٣) ما بين القوسين في ص" صحة كسب" .

(٤) غير واضحه في ص .

(٥) في الأصل ـ لم تصير وفي ص ـ لا تصير والمثبت من ـ أ ـ

(٦) في ص ـ أ ـ ولكن .

(٧) غير واضحه في ـ أ ـ

(٨) في الأصل خروج وفي ـ أ ـ وخروج والمثبت من ص .

(٩) في ص ـ ان .

(١٠) في الأصل و ـ أ ـ علة والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

والملك شرط في المحل لتعمل[1] العلة عملها فيشترط لأول الأجزاء كما يشترط لآخرها كالبيع تمامه بالشطر الثاني والعالية في المبيع وملك البائع يشترط لانعقاد أوله على حسب[2] ما يشترط لتمامه .

وكذلك شروط وجوب القصاص يشترط لأول الجرح كما يشترط لآخره الذى يتصل بالموت . بخلاف ما اذا أولج ثم أخرج ثم أولج لأنهما صارا وطئين وخرج الأول بالخروج من غير ماء من حد أن يضاف الولد اليه وكان بمنزلة ماوجرح فبرأ ثم جرح فمات فانه يضمن القصاص وأرش الجرح . فهذه شبهة المسألة متى جعلت مبتدأه .

---

(١) في الأصل مهمله وفي ص ليعمل والمثبت من ـ أ ـ

(٢) مثبته من ص ـ أ ـ ليستقيم الكلام .

مسألة :

مكاتبه[١] بين اثنين استولدها[٢] احدهما لم يملك نصيب الآخر عند أبي حنيفه وقالا يملك[٣]. لأن الكتابه مما يحتمل النقض فلا يمنع التملك بالاستيلاد[٤] كالرهن وبيع النصف والاجارة فانها[٥] تبطل بالاستيلاد

---

(١) الكتابه لغة : الضم والجمع .
انظر: المغرب : ٢/٢٠٦ .
واصطلاحا : تحرير المملوك بدا في الحال ورقبة في المآل .
تبيين الحقائق : ٥/١٤٩ ،الفتاوى الهندية : ٥/٢ ،أنيس الفقهاء : ١٦٩ ، الجوهره النيره : ٢/١٩٤ ،وسيشير المؤلف الى تعريف الكتابه في الصفحة القادمه .

(٢) الاستيلاد طلب الولد من الأمه .
الجوهره النيره : ٢/١٩٠ ، التعريفات الفقهية : ١٧٦ ،الاختيار ٤/٣٠ .

(٣) تبيين الحقائق : ٥/١٦٧ ، مجمع الأنهر :٢/٤١٧ - ٤١٨ البنايه ٨/٩٣ - ٩٤ ، الجامع الصغير : ٣٧٢- ٣٧٣ ،الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٦/١١١ ، مختلف الرواية : ١٦٥ب الهدايه ونتائج الأفكار وشرح العنايه : ٩/١٩٩ - ٢٠٠

(٤) في ص بالاستيلا - بحذف الدال -

(٥) في الأصل و -أ - وانها والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

ولا تبطل بسائر التصرفات[1] الا برضاهم كالكتابة سواء[2].

وهذا لأن في[3] الكتابه عقد على العتاق في الثاني[4] وفي الحال فك عن حجر الرق في حق اليد من غير ثبوت حق عتق للعبد[5] على ما بينا في اعتاق المكاتب عن الكفارة[6] وفي الاستيلاد اثبات حق العتق .

---

(١) في ص تصرفات المالك .

(٢) الكتابة عقد لازم من جانب المولى لا يملك فسخها الا برضى العبد المكاتب غير لازمة في جانب المكاتب حتى انه يتفرد بفسخها من غير رضا المولى .
بدائع الصنائع : ٤/١٤٧ و ١٥٩ ، تحفة الفقهاء : ١/٢٨٢
الفتاوى الهنديه : ٥/٤ .
خالف السمناني فقال : " والكتابة عقد لازم في حق السيد والعبد جميعا " روضة القضاة : ٣/١٠٨٨ ، كما أن الخلاف حاصل بين ائمة الحنفية فيما اذا حل نجم او نجمان ولم يؤد المكاتب ذلك هل يعود الى الرق أولا .
انظر: مختصر الطحاوى : ٣٨٦ ، بدائع الصنائع : ٤/١٤٧ ، الاختيار : ٤/٤٢ ، روضة القضاة : ٣/١٠٩٦

(٣) ساقطه من ص ـ أ ـ

(٤) هكذا في النسخ والذى يظهر لي أن صحة الكلمة " التالى "

(٥) أى أنه في حالة صحة الكتابه خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه في قول عامة مشايخ الحنفية .
تبيين الحقائق : ٥/١٥٢ ، بدائع الصنائع : ٤/١٥٠ ، الاختيار ٤/٣٥ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/١٢٧ - ١٢٨ ، الجوهره النيره : ٢/١٩٥ .

(٦) الأسرار للمؤلف كتاب الأيمان : ٢/ل ٣٠٥ ب و ٢/ل ٦٥ أ

===

والاستيلاد[1] يوجب عموم حكمه فإما أن يمنع حكم الاستيلاد بالكتابه أو ينقض الكتابه بالاستيلاد فكان نقض الكتابة[2] أهون .

لأن حق العتق فوق الكتابه. ولأن حق العتق بالاستيلاد لا يحتمل التجزى بالتراضي والكتابه تنتقض بالتراضى فكان انتقاض هذه أهون من تجزى الاستيلاد .

بخلاف ما اذا كانت مدبرة[3] بينهما فان نصيب[4] شريكه لا يصير[5]

(=) ومراد المؤلف أن يقول إن الكتابه لما كانت لا تمنح العبد حرية كامله جاز عتقه عن الكفاره اذا لم يؤد شيئا من نجوم الكتابه و ذكر أن ابن زياد روى عن ابى حنيفة الجواز .
الأسرار : ٢/ل ٣٠٧ ب ، وانظر: الاختيار : ٣/١٦٣ - ١٦٤
اللباب في شرح الكتاب : ٣/٧٠

(١) في ص فالأستيلاد

(٢) في ص بالاستيلاد .

(٣) الدبر بضمتين وسكون الباء خلاف القبل من كل شيء ومنه يقال لآخر الأمر دبر وأصله ما أدبر عنه الانسان ومنه دبّر الرجل عبده تدبيرا اذا اعتقه بعد موته وأعتق عبده عن دبر أى بعد دبر"
المصباح المنير : ١/١٨٨ ، وراجع لسان العرب : ٤/٢٦٨ ، المغرب : ١/٢٨٠ .
وفي الاصطلاح هو أن يعلق عتق عبده بموته على الاطلاق .

الجوهره النيره : ٢/١٨٨ ، الاختيار : ٤/٢٨ ، التعريفات الفقهية ٢٢٥ .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ ليستقيم الكلام .

(٥) في ص الشريك .

أم ولد له[١] لأن التدبير يوجب حقّ عتقٍ للمدبرِ لا يحتمل النقض فلا يمكن نقضه. ولأنه[٢] مثل الاستيلاد والثابت لا يرتفع بمثله معارضا وسبيله[٣] سبيل أمة حبلت في ملك رجل فباعها فولدت لأقل من ستة أشهر لم يبطل حق دعوة البائع بملك المشترى لأنه دون حق النسب.

ولو اعتقه المشترى أو دبره بطلت دعوة البائع، ذلك لأن الثابت[٤] مثل حق النسب على ما مر[٥].

ولا معنى لقولكم[٦] إن الكتابة لا تتجزأ على أصلنا ثبوتا فلا تتجزأ[٧] ارتفاعا[٨]

---

(١) استيلاد المدبره يتجزأ بالاجماع عند الحنفية.
تبيين الحقائق: ٥/١٦٧، مجمع الأنهر: ٢/٤١٧، حاشية ابن عابدين: ٦/١١١، الهداية وشرح العناية: ٩/١٩٩ البناية: ٨/٩٤.

(٢) أى التدبير.

(٣) أى الاستيلاد

(٤) المراد بالثابت هنا هو الولاء وهو كالنسب.

(٥) الذى مر هو مسألة ما اذا اعتقه المشترى راجع ص ٩٤ ٣
أما ما يتعلق بأمر تدبير المشترى له وانه لا ينقض.
انظر: المبسوط: ١٧/١٠٣، بدائع الصنائع: ٦/٢٤٨.

(٦) أى لا معنى لقولكم يا ابا حنيفة اعتراضا علينا.

(٧) في الأصل فلا تتحرا باعجام الحرف الثاني - وفي -أ- يتجزى والمثبت من ص.

(٨) الكتابه لا تتجزأ عند الصاحبين وتتجزأ عند الامام.
انظر: بدائع الصنائع: ٤/١٤٧، روضة القضاة: ٣/١٠٩٥ ===

لأن الكتابه عندنا[1] مثل الاستيلاد على قول الكل[2] فاذا اجتمعا[3] غلب ما يحتمل البعض[4] على[5] مالا يحتمل اذ لا بد من ترجيح احدهما على الآخر ضرورة والشيء قد يثبت ضرورة لغيره[6] مالا يثبت بنفسه قصدا .

(=) تبيين الحقائق : ١٦٦/٥ ، مجمع الأنهر : ٤١٧/٢ ، الجوهره النيره : ٢٠١/٢ ، البنايه : ٩٠/٨ ، الجامع الصغير : ٣٧٢ حاشية ابن عابدين : ١١١/٦ ، الفتاوى الهنديه : ١٤/٥

(١) أى في كونها لا تتجزأ .

(٢) هذه المسألة فيها اشكال حيث أن المؤلف عمم هنا .
فالأمه المدبرة يتجزأ فيها الاستيلاد بالاجماع عندهم كما سبق
والأمه القنه لا يتجزأ فيها الاستيلاد بالاجماع .
والمكاتبة يتجزأ فيها الاستيلاد عند الامام لا عندهما .
انظر: تبيين الحقائق : ١٦٧/٥ ، شرح العناية : ١٩٩/٩
أما الجاريه المشتركه اذا ولدت وادعاه أحدهما ثبت النسب منه وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد فيها لا يتجزى عندهما وقال أبو حنيفة يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك .
الجوهره النيره : ١٩٢/٢ - ١٩٣ ، تبيين الحقائق : ١٠٤/٣
والله تعالى أعلم .

(٣) أى الكتابة والاستيلاد .

(٤) ساقطه من ص والصواب فيها - النقض - والله أعلم .

(٥) مثبته من ص لأن السياق يقتضى اثباتها .

(٦) في الأصل لغير والمثبت من ص - أ -

فإن الأمة إذا ولدت توءمـا[1] فباع أحد الولدين فأعتقه[2] المشـترى ثم ادعى " الآخـر[3] " التوءم الذى[4] عنده صح فيهما وبطل عتق المشترى[5] ولو لم يكن عنده[6] ولد وادعى الذى بـاع[7] بعد العتق فسـد[8] .

ولأبى حنيفة أن المكاتب لا يُملك بسائر[9] أسباب الملك[10] مكاتبا كذلـك

---

(١) كان المناسب أن يقول " توءمين " لان التوءم يقال للواحد فقـط

(٢) في ص وأعتقه .

(٣) هذه الكلمة لا معنى لها هنا فالكلام يستقيم بدونها . ومناسبتها بعد كلمة التوءم ليصبح الكلام " ثم ادعى التوءمَ الآخَرَ . . . " ويمكن أن يكون المراد بالآخر البائع فيصح على هذا .

(٤) مثبته من ص ـ أ ـ ليستقيم الكلام .

(٥) راجع ص ٣٩٤ مسألة " إذا ولدت أمه الرجل توءمـا "

(٦) أى عند البائع .

(٧) في ص باعـه .

(٨) راجع ص ٣٨٩

يصـح .

(٩) في ـ أ ـ سائر وهو خطأ .

(١٠) الملك ـ بفتح الميم وضمها وكسرها ـ احتواء الشيء والقدرة علـى الاستبداد به . لسان العرب : ١٠/٤٩٢ .

واصطلاحا : اختصاص حاجز شرعا صاحبه التصرف الا لمانع .

المدخل الفقهى : ١/٢٤١ ، وانظر: شرح فتح القدير: ٦/٢٤٨

الاشباه والنظائر : ٤١١ .

والذى يظهر لي ضرورة زيادة اللام في قوله " صاحبه "

وأسباب الملك كما ذكرها مصطفى الزرقاء أربعة :

١ـ احراز المباحات .

٢ـ العقـود

٣ـ الخلفيـه ٤ ـ التولد من المملوك ---

حتى لم[1] يملك بالارث[2] فكذا بهذا السبب[3] لأنه أحد أسباب الملك.

ألا ترى أن المدبرة لما لم تملك بسائر[4] أسباب الملك لم تملك[5] بالاستيلاد اذا كانت بينهما[6].

وهذا لأن المكاتب بالكتابه يصير بمنزلة الحر يدا ولا بد من اليد لصحة

(=) المدخل الفقهى العام : ١/٢٤٢ .
وانظر: الأشباه والنظائر : ٤١١ .

(١) في ص - لم

(٢) الارث يطلق باطلاقين الأول بمعنى المصدر أى الوارث والثاني بمعنى اسم المفعول أى الموروث .

والميراث بالمعنى المصدرى له معنيان .

البقاء ٢- انتقال الشيء من شخص لآخر حسيا أو معنويا .
انظر لسان العرب : ٢/١٩٩ ، القاموس المحيط : ١/١٨٢ ،
المعجم الوسيط : ٢/١٠٢٤ .
وأما الميراث بمعنى الموروث فهو لغة الأصل والبقيه . المعجم الوسيط : ١/١٣ .

واصطلاحا : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة

الفتاوى الهنديه : ٦/٤٤٧ ، وراجع حاشية الباجورى : ٥٢
التحفة الخيريه : ٤٩ ، أحكام الميراث لجمعة براج : ٢٣ .

(٣) أى الاستيلاد .
انظر: البناية : ٨/٩٤ ، شرح العناية : ٩/١٩٩ .

(٤) في -أ- سائر وهو خطأ .

(٥) في -أ- يملك وهو خطأ .

(٦) راجع ص : ٤١٤-٤١٥

التمليك والتملك فأشبه المدبر الذى فيه مانع[1] الا أن ذلك[2] لا يحتمل الفسخ وهذا يحتمله اذا رضى المكاتب ولم يوجد الرضا في مسألتنا هذه . بخلاف الرهن والبيع .

لأن المرهون[3] يحتمل التمليك باذن المرتهن وكذلك المبيع ، والمكاتب لا يحتمل ومتى رضي انفسخت الكتابه ثم جاز البيع .

" ولا[4] يلزم المرتد[5] اذا ارتد ولحق بدار الحرب[6] فكاتب " الوارث عبدا

---

(١) الجامع بين الكتابه والتدبير أن كلا منهما يمنع الانتقال من ملك الى ملك .

البنايه : ٨/٩٤ ، شرح العنايه : ٩/١٩٩ .

(٢) أى التدبير .

(٣) في الأصل الرهن والمثبت من ص-أ لمناسبته للسياق

(٤) ما بين القوسين في ص " ولا يلزم المرتد اذا لحق بدار الحرب ثم كاتب "

(٥) الرده لغة - التحول والرجوع .

القاموس المحيط : ١/٣٠٤ ، المصباح المنير : ١/٢٢٤ ، لسان العرب : ٣/١٧٢ - ١٧٣ ، المعجم الوسيط : ١/٣٣٨ .

واصطلاحا : الرجوع من الدين الحق الى الباطل .

أنيس الفقهاء : ١٨٧ .

(٦) دار الحرب هى الدار التى لا تجرى عليها أحكام الاسلام ولا يأمن فيها بأمان المسلمين " السياسه الشرعيه لخلاف : ٧١

===

له ثم عاد الأول تائبا فانه يرد اليه مكاتبا .

لأن الوارث فيما مضى يصير وكيله فيما تصرف في أملاكه ولا يثبت الملك للتائب[1] من جهة الوارث بل يعود اليه قديم ما كان كأنه لم يخرج .

وكان[2] كالمكاتب يكاتب عبدا ثم يعجز الأول فان «*» الثاني يصير[3] للمولى لا من جهته بالعجز بل لأنه[4] يصير كعبد مأذون فيما مضى وكأن المولى أذن له في أن يكاتب عبدا من كسوبه[5]

الا أنهما يقولان[6]

عندنا لا يملك المكاتب بل تبطل[7] في النصف بالاستيلاد الذي[8] لا يحتمل

(=) انظر: المبسوط : ١٠/ ١١٤ ، بدائع الصنائع : ٧/ ١٣٠

أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام : ١٩

(١) في الأصل الثابت والمثبت من ص ـ أ ـ لمناسبته للسياق .

(٢) أي الوارث .

(٣) كان المناسب أن يجعل هنا " ولاء "

(٤) أي المكاتب الأول .

(٥) راجع ص ٣٧٢

(٦) أي محمد وأبو يوسف .

(٧) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ يبطل والمثبت من ص والمراد الكتابه

(٨) في الأصل و ـ أ ـ التي والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

الرفع بل يعود الكتابه في الكل بحكم أنها[1] لا تتجزأ[2] على أصلهما[3].

وليس فيما أن الكتابه لا تحتمل الفسخ بغير رضا المكاتب قصدا لا تحتمل بحق الاستيلاد ، والنسب الذى هو فوقه[4] كملك المشترى في دعوة الولد[5] وكذلك فسخ النصف[6] [7] لا يتصور عندهما قصدا ولكن ضرورة لغيره جاز[8] " أن يستقيم[9] " على ما مر . (١٠)

ولأبى حنيفة أصل آخر في الترجيح فيقول :

إن الضرر مدفوع في الاسلام ولو جزأتُ الاستيلاد أخللت[11] بحق المستولد ولو عممت أخللت بحق المكاتب .

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ أنه والمثبت من ص لمناسبته للسياق

(٢) في الأصل منحرا باعجام الحرف الثاني وفي ـ أ ـ ينجزى والمثبت من ص .

(٣)

انظر: البنايه : ٨/٩٧ ، الهداية وشرح العنايه : ٩/٢٠٠
تبيين الحقائق : ٥/١٦٧ .

(٤) أى فوق الكتابه .

(٥) أى فانه يبطل في حالة ما اذا ادعى البائع الولد راجع ص : ٣٩٤

(٦) في ص نصف .

(٧) في ص الكتابه

(٨) في ص جائز

(٩) في ص مستقيم .

(١٠) راجع ص : ٤١٦

(١١) في الأصل أجللت وفي ـ أ ـ احللت والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

لأنها[1] متى بطلت في النصف ليملك المستولد لم يُعَدّ عندى لأنها تتجزأ[2] وحق المكاتب كان يفوت بلا بدل وحق المستولد في التملك ان فات فات بعوض لأنه ما كان يملك الا بقيمة وتبقى تلك القيمه في ملكه ـ اهـ

---

(١) أى الكتابه .

(٢) في ص ـ أ ـ لا تتجزأ وهو خطأ لأنه سبق أن ذكرت مذهب الامام وصاحبيه وأنها عنده تتجزأ لا عندهما . ٤١٦

مسألة :

اذا اشترى امرأته ثم اعتقهـا ثم جاءت بولد لستة اشهر من يوم الشراء " أو(١) لأقل (١٨٧ أ) من سنتين وكان دخل بها لم يثبـت النسب إلا بدعوه .

وكذلك اذا اشتراها ثم باعها والمسألة بحالها لم يثبت النسب الا بتصديق المشترى . كما لو لم تكن منكوحه في الفصلين جميعا وهو آخـر قـول أبي يوسـف .

وقال محمد في الفصل الأول يثبت من غير دعوه وفي الثاني يثبت اذا ادعى بلا تصديق المشترى . (٢)

لأن الأصل (٣)

أن المعتده إذا جاءت بولد والوطء حلال كان من أقرب ما يمكن ، واذا كان حراما كان من أبعد ما يمكن صيانة للولد عن الضياع .

ألا ترى أن المعتده عن طلاق رجعي اذا جاءت بولد لستة أشهر جعـل رجعة(٤) ووطئا بعد الطلاق لأن الوطء حلال وان كانت تعتد عن طـلاق بائن جعل من أبعد ما يمكن .

---

(١) في الأصل ولأقل والمثبت من ص ـ أ ـ

(٢) أنظر: مختلف الرواية ل ١٦٧ أ ، المبسوط : ١٣٦/١٧ ، شرح فتح القدير : ٣٦٥/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥٥٤/٣ ، البحـر الرائق : ١٧٨/٤ .

(٣) انظر: البحر الرائق : ١٧٠/٤ .

(٤) الذى أورده المؤلف هنا فيما يبدو لى والله تعالى أعلم أنه مخالـف

واذا كانت مطلقه قبل الدخول [1] لم يثبت النسب ولم يجعل من أبعد ما يمكن لأنها غير معتده فيمكن جعل الولد لرشده [2] من غير حمل على النكاح الأول بنكاح لم نعرفه [3] ، ولما أمكن اثبات صفة الرشدة من الأقرب لم يثبت من الأبعد بغير بينه واذا ثبت هذا قلنا :-

اذا اشترى امرأته بعد الدخول [4] وقعت الفرقه ووجبت العده الا أنها لا تظهر لقيام ملك من له العده فلما باعها أو اعتقها زال المانع فظهرت [5] العده . كما قال محمد فيمن طلق امرأته بعد الدخول طلاقا بائنا

(=) لما قاله بعض علماء الحنفيه ففي كنز الدقائق " ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وان ولدته لأكثر من سنتين مالم تقر بمضي العدة وكانت رجعه في الأكثر منهما لا في الأقل منهما "

البحر الرائق : ٤/ ١٧٠ ،تبيين الحقائق : ٣/ ٣٩ ،الاختيار ٣/ ١٧٩ ، اللباب في شرح الكتاب : ٣/ ٨٧ - ٨٨ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية : ٤/ ٣٥١ .

(١) في ص -أ- بها .

(٢) الرِّشْدَة يقال ولد رِشْدَة ولِرِشْده صحيح النسب أو من نكاح صحيح . المعجم الوسيط : ١/ ٣٤٦ ، وانظر: لسان العرب : ٣/ ١٧٦ .

(٣) في الأصل مهمله وفي -أ- يعرفه والمثبت من ص .

(٤) في ص بها .

(٥) في ص وظهرت.

ثم تزوجها في العدة سقطت العده فلو طلقها ثانيا عاد ما بقى من العدة الأولى[1] فكذلك هذه على أصله لا فرق بينهما .

واذا صارت معتده صار الولد ولد معتده والوطء حرام " فيجعل[2] " من أبعد ما يمكن " ألا ترى[3]" أنى شرطت الدعوة في البيع بعد الشراء قطعا للدور . (٤)

وبيانه أنى " لو[5]" أثبت النسب بغير دعوة فسد البيع وعادت الى

---

(١) انظر: تفصيل قول محمد في هذه المسألة في المصادر التالية : كتاب النكاح من الأسرار تحقيق د / نايف العمرى العمرى ٢ /٥٨٠ مجمع الأنهر : ١ / ٤٧٠ . الهداية وشرح فتح القدير وشرح العنايه : ٤ / ٣٣١ وما بعدها .

تبيين الحقائق : ٣ / ٣٣ ، البحر الرائق : ٤ / ١٦١ .

ونقل المؤلف هنا للمسألة فيه لبس والمسألة هى أن من طلق امرأته طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبله عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لها نصف المهر او المتعه وعليها اكمال العدة الاولى .

انظر: شرح فتح القدير : ٤ / ٣٣١ .

(٢) في ص لا يجعل .

(٣) في ص الا .

(٤) هو توقف الشئ على ما يتوقف عليه .
التعريفات للجرجانى : ١٠٥ ، التعريفات الفقهية : ٢٩٤ .

(٥) في ـ أ ـ لم وهو خطأ .

قديم ملكه[١] كأنه لم يبعها ولو لم يبعها حتى ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب الا بدعوة لأن العده منعدمه (٢) حكما بملكه كما قلت في المعتده اذا تزوجها الزوج الأول أن العدة تسقط للحال مع قيام[٣] السبب الموجب ويتأخر[٤] الى حين سقوط الملك فكذلك هذه واذا لم تكن معتده جعل الولد من أقرب ما يمكن فيصير العلوق في ملك اليمين فلا يثبت الا بدعوة ومتى لم يثبت النسب بغير دعوه لم يبطل البيع الثاني ومتى لم يثبت[٥] كان ولد مبيعه[٦] فيثبت النسب فلا يزال يدور فشرطت الدعوة قطعا للدور حتى اذا ابطلت البيع لم يبطل النسب .

ويدل عليه أن الوطء حلال بعد الشراء قبل البيع فلا يجعل الولد من أبعد ما يمكن لأن الأصل الذى ذكرناه في حال حرمة الوطء .

ولأبى يوسف

أن ملك[٧] اليمين لما كان مبيحا للاستيلاد وقد ثبت بعد النكاح لم يضطر الى اسناد[٨] العلوق الى النكاح لصيانة الولد عن الزنا كما اذا

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ ملكها والمثبت من ص .
(٢) في ص ـ أ ـ منقومه .
(٣) ساقطه من ص .
(٤) في ص وتتأخر .
(٥) في ص يبطل
(٦) غير واضحه في ص
(٧) في ـ أ ـ تلك .
(٨) في ص اثبات .

طلقت قبل الدخول [١] ثم جاءت بولد لستة أشهر لم يستند [٢] الى ما قبل النكاح للصيانة لتوهم نكاح صبيح وقد ثبت هاهنا ملك صبيح فأولى.

وكذلك قال محمد لو جاءت لستة أشهر قبل أن يبيع ويعتق لم يثبت النسب الا بدعوة ولم يحمل على الأبعد ليثبت بغير دعوة .

لأن الملك القائم ملك صبيح فقصر [٣] عليه واذا حمل على ملك اليمين سقط النكاح الماضي وأشبه ما اذا اشترى أمة أجنبيه ثم باعها أو اعتقها ثم جاءت بولد لستة أشهر .

وشبهة محمد أن هذا الأصل في المعتده لأنها مشغولة بعائه فيحمل على وجه لا يضيع النسب .

وأما [٤] اذا لم تكن معتده مشغلة [٥] بالماء فلا يحمل على الأبعد صيانة لأنه لا ماء منه حقيقة ولا حكما فيصان .

الا ترى أن المطلقه قبل الدخول [٦] اذا جاءت بولد لستة أشهر لم يثبت النسب من الزوج ولم يجعل من الأبعد وان احتمل لأنه لا عدة وان لم يظهر هاهنا ملك صبيح ولا يثبت نسب ولا عبرة للوهم . اهـ

---

(١) في ص ـ أ ـ بها .

(٢) في ص يستند .

(٣) في ص ـ أ ـ فقضي

(٤) في ص فأما .

(٥) في ص ـ أ ـ مشغوله

(٦) في ص بها .

مسألة :

اللقيط[1] اذا ادعاه عبد أنه ابنه من امرأته هذه وهى أمة وصدقه المولى صحت الدعوة استحسانا وكان الولد عبدا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد حرا[2] . وهى[3] فرع مسألة عبد تزوج امرأة على أنها حره فاذا هى أمة وقد ولدت منه[4] ، فالمذهب عندهما أنه لا يجوز ان يخلق الولد حرا

---

(١) اللقط أخذ الشيء من الأرض لقطه لقطا والتقطه أخذه من الأرض واللقيط فعيل بمعنى مفعول .
ويطلق على المولود المنبوذ الذى لا يعرف أباه ولا أمه .
لسان العرب : ٣٩٢/٧ ، المصباح المنير : ٥٥٧/٢ ، المغرب ٢٤٧/٢
واصطلاحا هو مولود طرحه أهله خوفا من العيلة وفرارا من التهمه أنيس الفقهاء : ١٨٨ التعريفات : ١٩٣ ،شرح فتح القدير وشرح العنايه : ١٠٩/٦ - ١١٠ تبيين الحقائق : ٢٩٧/٣ .

(٢) في ص - أ - حر
وانظر المسألة في المصادر التالية
مختلف الرواية ق ١٦٧ أ - ب المبسوط : ١٢٨/١٧ - ١٢٩
تبيين الحقائق : ٣٠٠/٣ ، البحر الرائق : ١٥٩/٥ ،بدائع الصنائع : ٢٥٣/٦ ، شرح فتح القدير : ١١٥/٦ ،الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٢٧٣/٤
وهذه المصادر لم تذكر لأبى حنيفة قولا وانما حصرت الخلاف بين ابى يوسف ومحمد .

(٣) أى هذه المسألة .

(٤) قال السرخسي " وفي الحقيقة هذه المسألة نظير ما ذكرنا في كتاب النكاح العبد اذا صار مغرورا بأمة فولدت يكون الولد رقيقا عند
===

من مائين رقيقين . (١)

وفي مسألتنا العاءان رقيقان . وعند محمد يجوز اذ (٢) (٣) الدليل الشرعي من شرط حرية المرأة في النكاح فكذلك هاهنا .

لأن الوجود في دار الاحرار يوجب الحريه فلا ينقض بضرورة رق العاءين (٤) الا ترى أن ذميا لو ادعاه وقد التقطه مسلم كان الولد مسلما ثابت النسب من أبوين كافرين بحكم يد المسلم لجواز مفارقة الولد الأبوين دينا بحكم دار الاسلام (٥) كولد الحربي بسبي وحده . (٦)

(=) ابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله المبسوط : ١٢٩/١٧ ، وانظر الاسرار للمؤلف كتاب النكاح ١٠/١ ٤ فهذه المسألة فرع لمسألة العبد المغرور وقد اتفق السرخسي رحمه الله مع المؤلف في نسبة الخلاف هنا .
كما أنه في مسألة العبد المغرور نسب لأبى يوسف قولين :
أحدهما يوافق فيه الامام ، والثاني يوافق فيه محمد رحمه الله المبسوط : ١٢٠/٥ ، ١٧٩/١٧ .

(١) انظر: المبسوط : ١٢٩/١٧ ، البحر الرائق : ١٥٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٣٠٠/٣ ، مختلف الرواية ١٦٧ ب ، بدائع الصنائع ٢٥٣/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٢٧٣/٤ .

(٢) في ص اذا .

(٣) في ص جاء

(٤) انظر: المبسوط : ١٢٩/١٧ ، تبيين الحقائق : ٣٠٠/٣ ، البحر الرائق : ١٥٩/٥ ، مختلف الرواية : ١٦٧ ب

(٥) دار الاسلام هى الدار التى تجرى عليها أحكام الاسلام ويأمن فيها بأمان المسلمين سواء اكانوا مسلمين أم ذميين ـ السياسه الشرعيه لمخلوف : ٧١ ، أحكام الذميين والمستأمنين : ١٨ ، وانظر المسألة في تبيين الحقائق : ٢٩٩/٣ ، البحر الرائق : ١٥٨/٥ ، المبسوط ١٣٠/١٧ .

(٦) المبسوط: ١٣٠/١٧

مسألة :

اذا مات الرجل وترك ابنا فادعى هذا الابن أن هذا الرجل أخي وهو مجهول النسب وصدقه الرجل أو كان صغيرا في يده لا يعبر[1] شركه في الميراث ولا يثبت النسب عندنا[2] .

---

(١) في الأصل مهمله وفي ـ أ ـ لا بغير والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٢) المؤلف رحمه الله تعالى لم يشر في هذه المسألة الى ماروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وأنه قال يثبت النسب باقرار وارث واحد وبه أخذ الكرخي . وقد تبع أكثر مؤلفي الحنفية المؤلف .

انظر: المسألة في المصادر التالية :

بدائع الصنائع : ٧/ ٢٢٩ - ٢٣٠ ، روضة القضاة : ٢/ ٧٤٢ المبسوط : ٣٠/ ٧١ ، بدر المتقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٢/ ٣٠٦ ، تحفة الفقهاء : ٣/ ٢٠٢ ،تبيين الحقائق ٥/ ٢٨ ، البحر الرائق : ٧/ ٢٥٥ ، البناية : ٧/ ٦٠١ ،الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٣٩٩ - ٤٠٠ ،الاختيار ٢/ ١٣٨ مجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٦ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٦١٩ .

ويقول الحنفية قال المالكية :

المنتقى : ٦/ ٧ ، بداية المجتهد : ٢/ ٣٨٩ ، القوانين الفقهية ٣٤٥ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير : ٣/ ٤١٧ - ٤١٨ .

و أشار ابن رشد رحمه الله الى الخلاف بين مالك وأبي حنيفة في القدر الذى يجب على الأخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثاني وثبت النسب ، وقال ابو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده وهو كما قال رحمه الله . ===

وقال الشافعي يثبت . (١)

(=) وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فأقر باخ له آخر أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث" بداية المجتهد : ٢/ ٣٨٩ .

(١) للاقرار بالنسب المباشر وغير المباشر شروط يطول ذكرها انظر تفصيلها في وسائل الاثبات للزحيلى : ٢٧١ ،وما بعدها .
حجية الاقرار في الأحكام القضائية : ٣٨٢ وما بعدها .
وانظر : مذهب الشافعية وتفصيلاته في المصادر التالية :
المهذب : ٢/ ٣٥٢ ، شرح السنه : ٩/ ٢٨٠ ،شرح النووى على مسلم : ١٠/ ٣٨ - ٣٩ ، فتح البارى : ١٢/ ٣٤ ،معالم السنن ٣/ ٢٧٩ ، المنهاج ومغنى المحتاج : ٢/ ٢٦١ ، نهاية المحتاج : ٥/ ١١٢ ، أسنى المطالب : ٢/ ٣٢٢، الغاية القصوى : ١/ ٥٦٢ ، روضة الطالبين : ٤/ ٤٢٠ .
وبقول الشافعية قال الحنابلة :
انظر: تفصيل مذهبهم في المصادر التالية :
الكافي : ٤/ ٥٩٧ - ٥٩٩ ، المغنى : ٥/ ١٩٩ - ٢٠٢ ، المقنع ٣/ ٧٣٢ ، المحرر في الفقه والنكت والفوائد السنيه : ٢/ ٤٠٦ ، المبدع : ١٠/ ٣١١ ، كشاف القناع : ٦/ ٤٦١ .

ولو كان الوارث اثنان فادعياه جميعا ثبت النسب بلا خلاف[1] واذا ادعى احدهما وكذب الآخر لم يثبت النسب " بلا خلاف " (٢)

احتج[3] الشافعي بحديث عبد بن زمعه حيث قال لرسول الله في ولده وليده زمعه انه أخي ولد على (١٨٧ ب) فراش أبي فقال[4] عليه السلام الولد للفراش" (٥)

فقضى بالنسب بقوله ولم يعتبر قول اختها (٦) سوده (٧) لأنها كانت

---

(١) انظر: بدائع الصنائع : ٧/ ٢٣٠ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦١٨ ، القوانين الفقهية : ٣٤٥ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير : ٣/ ٤١٧ ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٦١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ٤٦٥ ، المغني : ٥/ ١٩٩ ، المحرر والنكت والفوائد السنيه : ٢/ ٤٠٧ ، وسائل الاثبات : ٢٨٠ .

(٢) غير واضحه في ـ أ ـ
وانظر: المغني حيث نص على الاجماع في هذه المسألة وان أحد الوارثين اذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب . ٥/ ١٩٨ .
وانظر: بدائع الصنائع : ٧/ ٢٣٠ ، بداية المجتهد : ٢/ ٣٨٩ مغني المحتاج : ٢/ ٢٦١ ، شرح السنة : ٩/ ٢٨٠ ، وسائل الاثبات : ٢٨٦ .

(٣) في ص واحتج .

(٤) في ص النبي

(٥) سبق تخريجه ص : ٣٢٢

(٦) هكذا في النسخ والصواب أخته .

(٧) انظر: المهذب : ٢/ ٣٥٢ ، شرح السنة : ٩/ ٢٨٠ ، شرح النووي على مسلم : ١٠/ ٣٨ - ٣٩ ، فتح الباري : ١٢/ ٣٤ ، معالم السنن : ٣/ ٢٧٩ ، أسنى المطالب : ٢/ ٣٢٢ ، وسائل الاثبات ٢٨٤ .

مسلمه وهم كانوا كفره . (١)

ولأنهما لو كانا اثنين(٢) ثبت النسب فكذلك الواحد لأنه اقرار فلا يشترط لصحته(٣) عدد المقرين كسائر الأقارير .

وانما قلنا اقرار لأن الحكم يلزمه وحده من الميراث والأخوة وأحكامها فأما الميت فليس من أهل(٤) الوجوب له(٥) وعليه .

بخلاف ما اذا كان معه وارث آخر لأن الحكم يلزمهما(٦) جميعا فكانت شهادة في حق الآخر .

ولنا ـ أنها شهادة على الميت فلا يثبت حكمه بالواحد كسائر الشهادات(٧)

وانما قلنا شهادة لأن الأخوة حكم انخلاقهما(٨) من ماء رجل واحد والحكم لا يثبت مقصودا (بدون العلة بل يثبت فرعا للعلة فصار الثابت

---

(١) مراد المؤلف زمعه بن قيس وعبد بن زمعه وهذا هو أحد التأويلين اللذين تأول بهما الشافعية حديث عائشة هذا .
راجع ص : ٢٢٣

(٢) في ص ـ أ ـ ابنين .

(٣) في ـ أ ـ الصحه وهو خطأ .

(٤) ساقطه من ـ أ ـ

(٥) ممسوحه من ـ أ ـ

(٦) في الأصل يلزمانه والمثبت من ص ـ أ ـ

(٧) بدائع الصنائع : ٧ / ٢٣٠ .

(٨) في ص انخلاقهما .

بكلامه[1] " أنه ابن أبي وأنها شهادة على الأب .

ولأنه ينسب[2] الى الأب بعد الموت كما في حال الحياة . (٣)

ولكن شركه[4] في الميراث لأنه أقر له بشيئين بالنسب وبالشركة في المال وهذا أمر يلزمه فكان اقراراً في حقه فثبت . (٥)

فان قيل فكذلك في القرابه[6] أقر بالأخوة والبنوه فيثبت الأخوه .

قلنا : " ان الأخوه لا يتصور ثبوتها[7] " بدون البنوة من أبيه فيقتضي ثبوت الأخوة ثبوت البنوه . فأما الشركة في المال فتثبت[8] بوجوه

---

(١) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٢) في الأصل يثبت وفي ـ أ ـ نسب ، والمثبت من ص .

(٣) غير واضحه في ص

(٤) في ص يشركه .

(٥) اقراره له بالنسب لا يثبت لما فيه من حمل النسب على الغير ولا ولا يه له عليه والا شتراك في المال له عليه ولا يه فيثبت فيه خاصة .
انظر: بدائع الصنائع : ٧/ ٢٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٨
مجمع الأنهر : ٢/ ٣٠٦ ، البنايه : ٧/ ٦٠١ ، الهداية ونتائج الأفكار وشرح العناية : ٨/ ٤٠٠ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥/ ٦١٩ .

(٦) أي مادام ثبت اقراره فيما يتعلق بأمر المال فكذا الحال في أمر القرابه وهو النسب وكلام المؤلف هنا انما هو في حالة حصول الاقرار من وارث واحد .

(٧) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٨) في الأصل مبهت باهمال الحرف الاول والثاني وفي ـ أ ـ فيثبت والمثبت من ص .

شتى غير الأخوه فلا يقتضى ثبوت الشركه في المال ثبوت البنـــوه والأخوة[1] على ما عرف الأصل في المقتضى[2].

ولما احتمل الفصل بين الحكمين[3] ثبت ما هو اقرار دون ما هو شـهادة[4] ولما لم يحتمل في الباب الأول بطلا جميعا . (٥)

ولا يلزم اذا كانا ابنين فأقرا فان النسب يثبت وان لم يأتيا بلفظ الشـهادة لأن هذا الكلام اقرار محض في حق الحكم ، شهادة في حق العلة علـى ما مـر[6] فنزل بينهما ، فقيل انه لا يثبت الا بعدد اثنين اعتبـارا بالشـهادات .

وثبت بلفظ الخبر[7] اعتبارا بالأقرار كلمات اللعان لما أشبهت الأيمـان قرنت بكلمه بالله التى هى حرف القسم ولما أشبهت الشهادات شـرطت لفظة أشهد . اهـ .

---

(١) في ص - بالأخوة .

(٢) راجع ص : ٢١٠

(٣) أى حكم البنوة والاخوة وحكم الشركة في المال .

(٤) أى ثبت ما حصل بالاقرار وهو الشركه في المال لأن له الولايـة على ذلك دون ما هو شهادة وهو أمر النسب والحاقه بالغير .

(٥) الذى يظهر لي أن المراد بالباب الأول باب الأخوه والبنوه فانه لما لم يمكن الفصل بينهما في اثبات احدهما دون الآخر بطلا جميعـا والمؤلف هنا يتكلم على حالة ما اذا كان المقر واحدا بخلاف الاقرار من اثنين كما سيوضحه .

(٦) مراده بالعله ما سبق أن بينه بقوله " وانما قلنا شهادة لأن الأخـوه حكم انخلاقها من ماء رجل واحد والحكم لا يثبت مقصودا بدون العله راجع ص : ٤٣٣

(٧) أى بقوله هذا أخى ولم يذكر لفظ الشهادة .

والله تعالى أعلـم .

مسألة :

أمة ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفه فقال المولى أحد هؤلاء ابنى ثم مات من غير بيان عتق[1] ثلث كل واحد منهم عند أبى حنيفة[2] كما لو قال أحد هؤلاء علق حر الأصل لأن المذهب عنده أن هذه الدعوى متى لم توجب[3] النسب صار اخبارا عن العتق الذى فيه/لو ثبت النسب . (٤)

كما قال[5] فيمن قال لعبده ومثله " لا[6] يولد لمثله[7] " هذا ابنى[8] أنه يعتق[9] كما لو قال انه عتق على من حين ملكته (١٠) والدعوة في

---

(١) ساقطه من ص .

(٢) المبسوط: ١٤٢/١٧ روضة القضاة : ١١٠٧/٣ ، مختصر الطحاوى ٣٥٩ ، مختلف الرواية : ١٦٦ ب .

(٣) في الأصل أهمل الحرف الأول وفي ـ أ ـ يوجب والمثبت من ص

(٤) انظر: المبسوط : ١٤٢/١٧ ، مختلف الرواية :١٦٦ ب

(٥) أى ابو حنيفه رحمه الله .

(٦) ساقطه من ص ـ أ ـ

(٧) في ـ أ ـ مثله .

(٨) ما بين القوسين مثبت من ص ـ أ ـ

(٩) الهدايه وشرح فتح القدير وشرح العنايه ٤٣٩/٤ ، تبيين الحقائق ٦٨/٣ - ٦٩ ، الكتاب وشرحه اللباب : ١١٣/٣ ، وقد مرت هذه المسألة ص : ٤٠٢

(١٠) في ص يملك .

مسألتنا هذه لا توجب نسباً (١) لأن النسب لا يثبت للمجهول كما لا يثبت لمن هو (٢) أكبر سنا منه . (٣)

وقال محمد في هذه المسألة يعتق ثلث الأكبر ونصف الأوسط وكل الأصغر (٤) لأن المذهب عنده أن هذه الكلمة (٥) تلغو أصلا متى لم يمكن (٦) اعتبارها على حكم الولاد كما قال (٧) في مسألة الولد أنه (٨)

---

(١) في الأصل و ـ أ ـ شيئا والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(٢) ساقطه من ـ أ ـ

(٣) قال الطحاوى " ولا يثبت نسب أحد من الأولاد الثلاثة في قولهم جميعا "
مختصر الطحاوى : ٣٥٩ ، وانظر المبسوط : ١٤٢/١٧ - ١٤٣
روضة القضاة : ١١٠٧/٣ ، مختلف الرواية ١٦٦ ب .

(٤) المبسوط : ١٤٢/١٧ ، روضة القضاة : ١١٠٧/٣ ، مختلف الرواية ١٦٦ب .
وروى عن ابى يوسف رحمه الله موافقته لمحمد بن الحسن .
انظر : روضة القضاة ومختلف الرواية مختصر الطحاوى : ٣٥٩
وروى عنه أيضا موافقته لمحمد بن الحسن الا في الأكبر فانه قال يعتق نصفه .
انظر :
المبسوط : روضة القضاة مختلف الرواية
أما الطحاوى رحمه الله فانه لم يذكر لمحمد في هذه المسألة قولا .

(٥) أى قوله " احد هؤلاء ابنى "

(٦) في ص يكن .

(٧) مثبته من ص ـ أ ـ والقائل محمد بن الحسن رحمه الله .

(٨) مثبته من ص .

يلغو[1] أصلاً[2] واذا أمكن من وجه نزل العتق على حكم الولاد كأنه ثابت. كما قال[3] في عبد (ثابت[4] النسب معروف ادعاه المولى أنه ابنه[5] يعتق ولا يقضى له بالنسب[6] لأن الولاد ممكن بينهما في الجملة فكذا فيما نحن لا يقضى بالنسب للجهالة .

لكن الولاد[7] ممكن على ما ادعى فينزل العتق على اعتباره[8] .

واذا نزل على اعتباره عتق من[9] الأكبر ثلثه لأنه إن عناه عتق[10] ولا يعتق

---

(١) في ـ أ ـ يلغوا .

(٢) مراده ما اذا قال لعبده ومثله لا يولد لمثله هذا بني فان النسب لا يثبت ويعتق عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق "

(٣) أي محمد رحمه الله وهذا القول ليس خاصا بمحمد .

(٤) من هنا بداية سقط في ـ أ ـ الى آخر المسألة .

(٥) مثبته من ص .

(٦) بدائع الصنائع : ٥١/٤ ، روضة القضاة : ١٠٧٥/٣ ، الاختيار ٢٠/٤ ، اللباب في شرح الكتاب : ١١٣/٣ ، الجوهره النيره ١٧٨/٢ ، تبيين الحقائق : ٦٩/٣ .

(٧) في ص هاهنا .

(٨) انظر: مختلف الرواية : ١٦٦ ب .

(٩) مثبته من ص لأن السياق يقتضيها .

(١٠) انظر: المبسوط : ١٤٢/١٧ ، مختلف الرواية ١٦٦ ب .

إن عنى أحد الأصغرين[1] ، ويعتق نصف الأوسط لأنه يعتق إن عناه أو الأكبر ولا يعتق إن عنى الأصغر .

إلا أن حالي الاصابه حاله فاستويا حكماً[2] وأما الأصغر فحر إن عناه أو الأكبر او الاوسط . [3]

قال محمد : الدليل عليه[4] أن حقيقة الكلام يعمل بها ما أمكن وقد

---

(١) قال السرخسي رحمه الله :

" فان كان المقصود هو الأوسط او الأصغر لم يعتق الأكبر فهو حر في حال عبد في حالين فيعتق ثلثه "

المبسوط : ١٧/ ١٤٢ ، وانظر: مختلف الرواية ١٦٦ ب

ووجهةنظر أبي يوسف رحمه الله في احدى روايتيه التى اشرنا اليهما وهي موافقته لمحمد الا في الاكبر فقال يعتق نصفه، أنه جعل حالتى الحرمان من العتق حالة واحده كحال الاصابة فقال يعتق نصفه " مختلف الرواية ١٦٦ ب وانظر: المبسوط : ١٧/ ١٤٣ .

(٢) قال السرخسي " وأما الاوسط فان كان المقصود فهو حر وان المقصود هو الأكبر - أى فهو حر كذلك - لأنه ولد أم الولد فيعتق بموت المولى كما تعتق أمه وان كان المقصود هو الأصغر لم يعتق الأوسط فهو يعتق في حالين ولا يعتق في حال وأحوال الاصابه حالة واحدة . . . فلهذا يعتق نصفه "

المبسوط: ١٧/ ١٤٢ ، مختلف الرواية ١٦٦ ب - ١٦٧ أ

(٣) مختلف الرواية ١٦٧ أ ، روضة القضاة : ٣/ ١١٠٧ ، المبسوط ١٧/ ١٤٢ .

(٤) في ص محمد وهو خطأ

أمكن في مسألتنا هذه لاحتمال كلامه الصدق وان تعذر القضاء علينا[1] لجهلنا بالولد ألا ترى أن الأم تصير أم ولد ، ولو صار كناية عن قوله أحدهم حر ما صارت الأم أم ولد .

وكذلك قيل في أمة لرجل ولدت ابنا فزوجه أمة له أخرى فولدت ابنا فنظر المولى الى[2] الابنين فقال احدهما ابني ثم مات عتق نصف الأكبر وكل الأصغر وعلى ما قاله ابو حنيفه يجب ان يعتق نصف كل واحد منهما .

وكذلك الأمه لو ولدت ولدا ثم ولدت[3] ولدين توأم[4] في بطن آخر[5] ثم ولدت ولدا[6] في بطن ثالث[7] فنظر المولى الى الاكبر وأحد التوأمين فقال أحد هذين ابني عتق نصف الأكبر و[8] نصف كل واحد من التوأمين وكل الأصغر .[9]

---

(١) في الأصل عليها والمثبت من ص لمناسبته للمقام .

(٢) في الاصل ـ الا والمثبت من ص .

(٣) ساقطه من ص ..

(٤) هكذا في النسخ والصواب " توءمين " لأن التوءم اسم لولد يكون معه آخر والولدان توءمان .
انظر: المصباح المنير : ١/٧٨ - ٧٩ .

(٥) في ص واحد .

(٦) في ص ثالثا .

(٧) في ص ـ آخر .

(٨) في ص عتق .

(٩) في ص الأصغرين وهو خطأ .

وعلى ما قاله أبو حنيفة .

لا يجب أن يعتق التوأم الآخر والأصغر . (١)

فهذه مسائل تحتاج أن تخرج عنها على أصل أبى حنيفة .

فمن مشائخنا من لا يسلم الجواب على أصل(٢) أبى حنيفة

ثم الجواب :

أما قوله(٣) (٤) العمل بالحقيقه واجب فكذا اذا أمكن ، وهاهنا غير ممكن لتعذر النسب للمجهول فيبقى العبره لاحتمال الصدق باطنا فيكون العمل بمجاز ثابت أولى من العمل بحقيقة محتمله مردودة ظاهرا .

وأما مسألة أم الولد . (٥)

فلأن الولد اسم مشترك لا ينفك عن والده " فصار متناولا اياهما(٦) معنى وقد صار كناية عن الأخبار بالعتق(٧) الذى فيهما لو ثبت(١٨٨أ) صريحه ، ولو ثبت أوجب عتقا في أم الولد معلقا بالموت وعتقا للولد للحال فثبت جميعا .

---

(١) في ص ولا الأصغر ـ اهـ ـ وعدم عتقهما عند ابى حنيفة لأنه خص البعض فلا يعمل في الباقي .

(٢) في الأصل ـ أصلى والثبت من ص .

(٣) أى قول محمد .

(٤) في ص بأن .

(٥) رد على قول محمد السابق " الا ترى أن أم الولد . . . " ص : ٤٤٠

(٦) ما بين القوسين غير واضح في ص .

(٧) في ص الصدق وهو خطأ .

فأما في مسألتنا هذه (١)

فقوله أحد هؤلاء ولدى لا يتناول الا واحدا فلا يوجب حكمه الا فيه وكذلك مسألة الابن وابن الابن (٢) فاسم البنوه يتناولهما جميعا إن عنى الأكبر فيوجب عتاقين بنص البنوة فان من ملك ابن ابنه يعتق بالبنوه واذا (٣) صار كناية عن الاخبار بما فيه من العتق صار موجبا عتاقين أيضا. وان عنى الأصغر (٤) فاللفظ لا يتناول الأكبر لأنه (٥) أب ابنه (٦) فيوجب واحدا وأما مسألة التوءمين (٧)

فذكر أحد التوءمين (٨) كذكرهما جميعا (٩) في حكم العتق به لأن احدهما لا يتجزأ من الآخر علوقا فصار في حق التوءم كناية عن عتاقين و (١٠) الاصغر بعده يصير (١١) بمنزلة الأم وقد ذكرنا أن الأم تصير بمنزلة أم الولد وانفصلتا عنه.

---

(١) ساقطه من ص.

(٢) راجع ص ٤٤٠ عند قوله وكذلك قيل في أمة لرجل ولدت ابنا فزوجه . . . "

(٣) في ص فاذا .

(٤) أى ابن الابن .

(٥) أى الأكبر .

(٦) في الأصل أبيه والمثبت من ص .

(٧) في الأصل التوءم والمثبت من ص .

(٨) ما بين القوسين في ص احدهما .

(٩) في الأصل حكما والمثبت من ص لمناسبته للسياق .

(١٠) في ص ـ أما

(١١) في ص فيصير .

واحتج ابو حنيفة فقال[1]:

أرأيت لو قال إن لى منها ولدا[2] ثم مات فانه لا يعتق شيء من الأولاد القائمين كما لو قال إن ولدا من أولادها حر الأصل .

ولو اعتبر النسب لعتق نصف القائمين لاحتمال أن الولد المدعى كان قبلهم فيعتقون وبعدهم فلا يعتقون . ولكن مذهب محمد لا يدرى فيها .

" و[3] " الاعتراض لمحمد ان الولد " الحر يكون[4] " فيهم في مسألتنا الا أنه مجهول والجهالة لا تمنع اعتبار العتق فيهم بعد الموت فاعتبرنا .

فأما[5] هاهنا فكينونة المدعى فيهم محتمل فلم يثبت بالاحتمال فلا[6] يعتبر حكمه قبل الثبوت . (٧) تم كتاب الدعوى بحمد الله ومنه .

---

(١) في ص وقال .

(٢) في الأصل ولد والمثبت من ص لأنه اسم إن .

(٣) في ص ثم .

(٤) ما بين القوسين في ص " المدعا " .

(٥) في ص وأما .

(٦) في ص فلم

(٧) في ص والله أعلم .