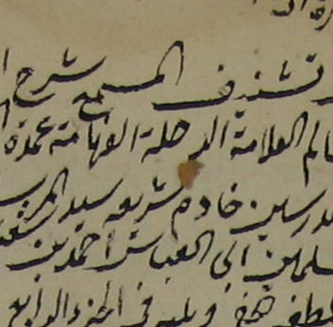
المجلد الثالث من تسنيم المسمع في شرح الجمع البحرين

في كتاب الاجارة الى تمام كتاب النكاح

الجزء الثالث من تشنيف المسمع شرح المجمع
تأليف الشيخ الامام العالم العلامة الرحلة الفهامة عمدة المحققين
علامة المتأخرين صدر المدرسين خادم شريعة سيد المرسلين
شمس الاسلام والمسلمين ابي العباس احمد بن شعبان
الحنفي عامله الله بلطفه الخفي ويليه في الجزء الرابع
كتاب العتق

من الطف بعبد الله
علي ابي عبد الله
ولي الدين جار الله
سنة ١١٤٤

MİLLET GENEL KÜTÜPHANESİ
V. Carullah
No. 702
YENİ KAYIT No.
TASNİF No.



٧٠٢

ص كتاب الاجارة وتنعقد على منفعة ش

اي الاجارة بيع على منفعة مقصودة ولهذا شرط في صيغها المضي كما في البيع
وكان القياس ان لا تجوز بيعها لانها معدومة والعقد انما يرد على الموجود لكنه
شهد لجوازها الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فاتوهن اجورهن
وقوله تعالى لوشئت لتخذت عليه اجرا وقوله تعالى في قصة موسى على ان
توجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يلسخها ناسخ واما السنة
فقوله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وهذا يدل
على جوازه واجمع الامة عليه قيد بمنفعته لانه لو استاجر شاة مدة معلومة
ليحلب لبنها لا يجوز لان اللبن عين لا منفعة بخلاف استيجار الظير لانه استحق
ثمنه فعل الحضانة والقام الثدي واللبن الة كذا في المحيط وقيدنا المنفعة
بالمقصودة لانه لو استاجر دابة لنطق الناس انها له او نخلا ليبط ثوبه عليها
لا يجوز لان تلك المنافع غير مقصودة منها ص معلومة بذكر مدة او بتسميته
او اشارة بعوض مالي ش لابد لعقد الاجارة من معقود عليه وهو المنفعة
ومعقود به وهو الاجرة ولابد من ان يكون كل واحد منهما معلوما لما رويا
في الاجرة وثبت الحكم في المنفعة دلالة لان الاشتراط ثمة لقطع المنازعة
والمنفعة يشاركها في هذا المعنى وهذا لان شرعية المعاوضات لدفع
المنازعات والجهالة في المعقود عليه والمعقود به مفضية الى المنازعة
المانعة من التسليم كالجهالة في البيع والثمن قوله وينعقد على منفعة
الى اخره

الى اخره اشارة الى تعريف الاجارة والمصنف رحمه الله تعالى اخذ ذلك من
عبارة القدوري رحمه الله تعالى حيث قال الاجارة عقد على المنافع بعوض وفي
البداية والمنافع عقد على المنافع معناه في الاجرة وعند وجود المنفعة لما ان العقد
الوارد ينتقل الى المنفعة عند حدوث المنفعة وثم اعلم المنفعة بطريق ثلاثة
اما ببيان المدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة
معلومة اي مدة كانت طويلة او قصيرة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا فمقدارها
يصير معلوما ببيان المدة اذا كانت المنفعة لا تتفاوت الاوقات فان المدة
لا تزيد على ثلاث سنين في الصحيح واما ببيان العمل بان يبين محل العمل
كمن استاجر رجلا على صبغ ثوب او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا
معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدر ما يصبغ
اذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت
المنفعة معلومة بتسمية ذلك فيصح العقد واما بالاشارة كمن استاجر رجلا
لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراد ما ينقله والموضع الذي
يحمل اليه تصير المنفعة معلومة فيصح ثم ما يكون ثمنا في البيع كالنقود والمكيل
والموزون صح ان يكون اجرة لان الاجارة بيع المنفعة والاجرة ثمن المنفعة
فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان مثل الصيد
والثياب لان الاجر عوض مالي فكل ما هو مال وصلح عوضا صلح اجرة اما الثمن
فما وجب في الذمة يختص بما يثبت في الذمة ص ولا تلحقها بالاعيان ش
اي المنافع في الاجارة ليست كاعيان المبيع في حكم الملك والقبض عندنا وقال
الشافعي المنافع في الاجارة تلحقه بالاعيان لانه عقد تمليك يستدعي محلا
يضاف العقد اليه ولو لم تجعل المنافع المعدومة كالاعيان المقدرة التسليم

لما صح هذا العقد ولنا ان المعين كالدار مثلا جعلت خلفا عن المنفعة في حق
اضافة العقد ولهذا لو اضافاه الى العين جاز ولو اضافاه الى المنفعة
لم يجز فاقيم السبب مقام المسبب كاقامة السفر مقام المشقة ثم يظهر اثر العقد
المنفعة ساعة فساعة عند حدوث المنفعة فيملكها ويستحقها ص فلا تملك
الاجرة بالعقد بل بالتعجيل او اشتراطه او استيفاء المنفعة ش هذه من جملة
فروع الاصل المذكور ان تملك الاجرة بنفس العقد عندنا لان المنفعة
لما نزلها منزلة العين جعل الاجرة كالثمن وعندنا لا يملك الاجرة الا باحدى معان
ثلاثة اما ان يشترط التعجيل في العقد او بالتعجيل من غير اشتراط او باستيفاء
المعقود عليه وهي المنفعة لان العقد على ما بينا ينعقد شيئا فشيئا على
حسب حدوث المنافع والعقد معاوضة يشترط فيها المساواة فمن ضرورة التراخي
في احد العوضين الضرورة في الاجر فاذا استوفت المنفعة يثبت الملك
في الاجرة تحقيقا للتادي واما اذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل حقه
في المساواة ولا ضرورة في تملك البدل نفس العقد لان الملك حكم السبب
وقد يتاخر عن السبب ص وانه يتصدق بالفضل اذا اجر ما استاجره
باكثر ش ومنها انه اذا اجر ما استاجره باكثر من الاجرة الاولى يطيب له الفضل
عنده فالفضل فيما اذا اجر باكثر مما استاجر كالفضل فيما باع باكثر مما اشترى اعتبارا
البيع النافع بين الاعيان على ما هو المقدر من اصله وعندنا اذا اجرها المستاجر
باكثر من الاجرة الاولى ينظر ان كانت الثانية من خلاف الجنس الاولى
طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا يطيب له حتى يزيد
في الدار زيادة من حفر او بنا او تطين او تجصيص فان لم يود شيا فلا
خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة لان الزيادة في عقد لا يعتبر
فيه

لما صح هذا العقد ولنا ان المعين كالدار مثلا جعلت خلفا عن المنفعة في حق
اضافة العقد ولهذا لو اضافاه الى العين جاز ولو اضافاه الى المنفعة
لم يجز فاقيم السبب مقام المسبب كاقامة السفر مقام المشقة ثم يظهر اثر العقد
المنفعة ساعة فساعة عند حدوث المنفعة فيملكها ويستحقها ص فلا تملك
الاجرة بالعقد بل بالتعجيل او اشتراطه او استيفاء المنفعة ش هذه من جملة
فروع الاصل المذكور ان تملك الاجرة بنفس العقد عندنا لان المنفعة
لما نزلها منزلة العين جعل الاجرة كالثمن وعندنا لا يملك الاجرة الا باحدى معان
ثلاثة اما ان يشترط التعجيل في العقد او بالتعجيل من غير اشتراط او باستيفاء
المعقود عليه وهي المنفعة لان العقد على ما بينا ينعقد شيئا فشيئا على
حسب حدوث المنافع والعقد معاوضة يشترط فيها المساواة فمن ضرورة التراخي
في احد العوضين الضرورة في الاجر فاذا استوفت المنفعة يثبت الملك
في الاجرة تحقيقا للتادي واما اذا عجل او شرط التعجيل فقد ابطل حقه
في المساواة ولا ضرورة في تملك البدل نفس العقد لان الملك حكم السبب
وقد يتاخر عن السبب ص وانه يتصدق بالفضل اذا اجر ما استاجره
باكثر ش ومنها انه اذا اجر ما استاجره باكثر من الاجرة الاولى يطيب له الفضل
عنده فالفضل فيما اذا اجر باكثر مما استاجر كالفضل فيما باع باكثر مما اشترى اعتبارا
البيع النافع بين الاعيان على ما هو المقدر من اصله وعندنا اذا اجرها المستاجر
باكثر من الاجرة الاولى ينظر ان كانت الثانية من خلاف الجنس الاولى
طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا يطيب له حتى يزيد
في الدار زيادة من حفر او بنا او تطين او تجصيص فان لم يود شيا فلا
خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة لان الزيادة في عقد لا يعتبر
فيه المساواة بين البدل والمبدل لا يمنع صحة العقد وهاهنا كذلك فصح العقد
واما التصدق بالفضل اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى وان الربح
فضل مالم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمن المستاجر بدليل انه لو هلك المستاجر
فصار بحيث لا يمكن الانتفاع كان الهلاك على الموجر وكذا لو غصبه غاصب من يده
سقط الاجر بفوت التمكين فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن وقد نهي عنه صلى الله
عليه وسلم فان كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من
ان يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا يطيب
له زيادة الاجرة ص ولا يجيز الاجارة بالاجارة ش هذه ايضا من الفروع
فعند الشافعي رضي الله عنه تجوز اجارة هذه الدار سنة ليسكنها المستاجر باجارة
دار اخرى ليسكنها الموجر حولا لانها بيع الجنس بالجنس يدا بيد وعندنا
لا تجوز لان المنفعة معاوضة معدومة فيكون بيع الجنس بالجنس ص
ونحكم بانفساخها بموت المتعاقدين او احدهما اذا عقد لنفسه كانفساخ بفوات
المنافع كخراب الدار وانقطاع شرب الضيعة وما الرحا ش هذه ايضا من جملة
فروع الاصل المذكور فعند الشافعي رضي الله تعالى عنه لا تنفسخ الاجارة بموت
المتعاقدين او احدهما بل الاجارة على حالها ويقوم وارثهما مقامهما لان المنافع
كالاعيان والعقد لازم ولا ينفسخ بالموت وعندنا ينفسخ لان العقد ينعقد
ساعة فساعة بحسب ما يحدث من المنفعة على ما مر فاذا مات الموجر فالمستحق
المنافع التي تحدث على ملكه وقد فات الملك بموته فبطل الاجارة لفوات
المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على
ملك صاحب الرقبة واذا مات المستاجر فلو بقي العقد بعد موته انما يبقى
على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافه

فلا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول وخلفه
الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى حتى
تورث والتي تحدث بعده لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها اذ الملك لا يسبق
الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع
بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه **قوله** اذا عقد لنفسه يعني انما يحكم
بالانفساخ بموت العاقد اذا كان العاقد عقد لنفسه اما اذا عقدها لغيره
كالانفساخ بالموت بالاجماع كالوكيل والاب والوصي والمتولي في الوقف لبقاء
المستحق عليه والمستحق فيكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد **فان**
قيل يشكل هذا بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب
الدابة في وسط الطريق لا تنفسخ الاجارة وللمستاجر ان يركبها الى المكان
المسمى وبما اذا استاجر ارضا للزراعة فزرعها فمات في المدة حيث
لا تنقض الاجارة ففي الصورتين وجد موت احد المتعاقدين لنفسه
ولم تنفسخ الاجارة فانتقض طرد المسئلة **قلنا** مواضع الضرورة مستثناة
من قواعد الشرع فان الحالة حالة الضرورة والاجارة تنعقد ابتداء بالضرورة
فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة والمستاجر في وسط البحر فانه
ينعقد بينهما اجارة مبتداة فلا يبقى حالة العذر كان اولى وبيان
العذر انه يخاف على نفسه وماله لانه لا يجد دابة اخرى في وسطه
المفازة ولا يكون ثم قاض حتى يرفع الامر اليه فيوجر الدابة منه ثانيا حتى
قال مشايخنا لو وجد دابة اخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة
وكذلك لو كان الموت في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى
ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت الاجر وكذلك **الجواب**

فتامل

عن فضل الارض المزروعة انما يبقى عقد الاجارة في جواب الاستحسان للحاجة
الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة تعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتى
اذا مضت المدة والزرع بقل يعقد بينهما عقد الاجارة الى وقت الادراك لدفع
الضرر فلا يبقى في العقد لدفع الضرر اولى والمستحسن من القياس لا يرد نقضا
على القياس كذا في المبسوط والذخيرة وشروح الهداية **قوله** كما ينفسخ
بفوات المنفعة كخراب الدار واختيه توهم انه مجمع عليه لكونه مقيسا عليه
وليس كذلك بل معناه وكحكم بانفساخها بموت العاقدين او احدهما خلافا
للشافعي رحمه الله تعالى بل معناه كما نحكم نحن بانفساخها بفوات المانع كخراب
الدور وانقطاع شرب الضيعة وانما الرجحان خلافا للشافعي وانما افردها بالذكر
ايما الى اختلاف العلة في المشبه هو فوت المنتفع به وفي المشبه به هو فوت
المنفعة فان العقد كما يتوقف على العاقدين كذلك يتوقف على المعقود
وهو المنفعة فاذا فاتت لم يتصور بقاء العقد فشابه المنفعة فوت
البيع قبل قبضه وموت العبد المستاجر **ص** وفسخها بالعذر كالعيب
مثل من استاجر حانوتا ليتجر فافتقر او دابة ليسافر ثم بدا له او اللموجر ومن
اجر كاناثم لزمه دين ولا مال له سواه **ش** هذه فروع اخر على الخلاف
الاول فعندنا تنفسخ الاجارة بالعذر كما تفسخ بالعيب وعند الشافعي رضي الله
تعالى عنه لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع المعقود عليها بمنزلة الاعيان
فاشبه البيع وعندنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار
العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به والجامع بينهما عجز
العاقدين عن المضي في موجب العقد لا بضرر زايد لم يستحق به فيثبت
لهما حق الفسخ دفعا لذلك الضرر وهذا هو معنى العذر عندنا الا ترى ان استاجر

انسانا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او ليتخذ له وليمة فاختلعت المراة
من الزوج او ماتت ففي هذه الصورة ينفسخ الاجارة بالاجماع دفعا للضرر
فان عندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين
فاذا ال الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا العقد في حكم المضاف
في حق المعقود عليه والاضافة في التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية كذا
في المبسوط وغيره قال المصنف رحمه الله تعالى صورة العيب في الاجارة
اذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله ان يفسخ لان المعقود
عليه المنافع والها توخذ شيا فشيا فكان هذا عيبا حادثا قبل قبضها توجب
التخيير كما في البيع فان استوفى المستاجر فملك المنافع فقد رضي بالعيب فيسقط
الخيار ويلزمه تسليم جميع الاجرة كما في البيع وان فعل الموجر ما زال به
بالعيب الموجود فلا خيار للمستاجر لزوال السبب الموجب للخيار ثم مثل
للاعذار التي تفسخ بها الاجارة فقال كمن استاجر حانوتا ليتجر بها فافتقر
فهذا عذر وله ان ينقض به الاجارة لانه استاجر للانتفاع به وهو
يتصور بابقاء العقد بعد ما افلس وعلى هذا اخواته ص ويسقطها بالضمان
للتعدي ش هذا فرع على ما سلف من الخلاف ايضا يعني اذا تعدى المستاجر
على الدابة المستاجرة مثلا فهلكت فضمنها تسقط عنه الاجرة عندنا
لانه ملكها بالضمان وهي صحة الاجتماعان ولا تسقط عند الشافعي رحمه الله
لان المبيع هي المنافع والعين غيرها فلا تسقط الاجرة بهلاك العين كما لا
يسقط الثمن عن المشتري اذا جنى على مال اخر للبايع وضمنه ص وتجيز
اضافتها الى المستقبل ش هذا فرع اخر مثل ان يقول في شعبان اجرت
داري في اول يوم من رمضان وهي جايزة عندنا لما مر من ان العقد يتجدد
بحسب حدوث المنافع جازت الاضافة خلافا للشافعي رحمه الله تعالى لانها
بيع الاعيان عنده فلا تجوز اضافتها الى المستقبل كبيع العين قيد بالاضافة
لان تعليق الاجارة غير جايز اتفاقا ص فتحكم بصحة خيار الشرط فيها ش
ادخل فيها الفا لتدل على ان هذه المسالة فرع الخلاف في جواز الاضافة فلما
جاز اضافتها عندنا جاز الشرط فيها لانه بعد نفاذ العقد في مدة الخيار
وكذا بعد القضا بها لا يمكن القول بالانفساخ لان شرط الانفساخ قيام المحل
في الحال والمنافع غير موجودة ح فيكون في المعنى اضافة الاجارة الى وقت
سقوط الخيار فيعتبر اول المدة من ذلك الوقت ولم يجز خيار الشرط
عند الشافعي لعدم جواز الاضافة في الاجارة عنده فايده اعلم ان
جملة ما يصح مضافا اربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة
والمضاربة والوكالة والكفالة والايصا والوصية والقضا والامارة
والطلاق والعتاق والوقف وما لا يصح مضافا عشرة البيع واجارة البيع
وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
والابرا عن الدين ص ومن استاجر دارا سكنها من شا وضع فيها ما شا
ش من الصنايع والعمل لانعدام التفاوت في السكنى والعمل حتى لو قيد
بان يسكن واحدا بعينه فله ان يسكن غيره وكذا في الصنايع ص الا القصارة
والطحن والحداده ش لان هذه الثلاثة توهن البنا وفيه اضرار ولو استاجرها
ليقعد قصارا فله ان يقعد حدادا اذا كان مضرتهما واحدة ثم لو استاجرها للسكنى
وفعل فيها القصارة والهدمت فعليه الضمان ولا اجر عليه لانه لا يجتمع مع الضمان
وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا لان المعقود عليه هو السكنى وفي
القصارة وجد السكنى فيجب عليه الاجر بشرط السلامة ص ويجب بنفس

القبض وان لم يسكنها ش لانه لما لم يمكن تسليم عين المنفعة لما مر اقيم تسليم المحل
الذي يتمكن من الانتفاع به مقامها وفي النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود منها
ان المراد من قوله وان لم يسكنها اذا تمكن من الاستيفا اما اذا لم يتمكن من الاستيفا
بان منعه المالك او اجنبي او اسلم الدار مشغولة بمتاعه ولم يتمكن من الاستيفا
لا تجب الاجرة ومنها ان هذا الحكم في الاجاره الصحيحه اذ في الفاسدة يشترط
لوجوب الاجاره حقيقة الاستيفا والا تجب بمجرد تمكن الاستيفا في المدة ومنها
ان التمكن من المستاجر تجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى
اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها للموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى
مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى
الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعي في الوجهين وقلنا ان
العقد وقع على مسافة فبالتسليم في غيرها لا يستحق البدل ومنها ينبغي ان
يكون متمكنا من الاستيفا في المدة فانه لو استاجر دابة الى الكوفة وذهب
اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا تجب وان تمكن من الاستيفا في
المكان الذي اضيف اليه العقد لانه يمكن بعد مضي المدة واذا استاجر
دابة الى مكة فلم يركبها بل مشى فان كان بغير عذر في الدابة فعليه
الاجر لان المعقود عليه يتمكن من الاستيفا واذا لم يركبها لعلة في الدابة
بحيث لم يقدر على الركوب لا اجر عليه واذا استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم
بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل
يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم انه لو كان لبسه لكان لا يتوقف
لانه امكن ان يكون منتفعا بالثوب في ذلك الوقت واذا مضى وقت يعلم
انه لو كان لبس تخرق سقط عنه الاجر لان بعد مضي ذلك الوقت جعله

منتفعا

منتفعا به كذا في الوجيز ص وتسقط بالغصب ش الاجرة بغصب العين ه
المستاجره سواء كانت عقارا او لا لعدم تمكن المستاجر من استيفا المنافع منها المراد
بالغصب هنا اثبات اليد المبطلة مطلقا فيتناول العقار لان حقيقة الغصب
غير متحققة في العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله تعالى عنهما كما
سيجي في الغصب ص او ارضا عين المزروع او على ان يزرع ما شا ويدخل الشرب
والطريق فيها تبعا ش يعني بغير تسمية قوله او ارضا عطف على دارا والدليل
جواز استيجار الارض للزراعة انها منفعة مقصودة معهودة في الاراضي
وللمستاجر الشرب والطريق لان عقد الاجارة للتمكن من الانتفاع بالعين وهذه
المنفعة متوقفة عليها فيدخلان بمطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود
فيه انما هو ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال الا ترى انه يجوز بيع الاراضي
السبخة فلا يدخل في البيع من غير تسمية وقد مر الكلام فيه وانما يجب تعيين
ما يزرع فيها لان استيجار الارض لا يتعين للزرع وقد تستاجر لغير الزرع فالزرع
متفاوت فيفضي الحال في ذلك الى المنازعة فلا بد من التعيين لترتفع الجهالة
او يقول على ان أزرع فيها ما شئت لانه اذا فوض الامر اليه وخيره فيه فقد ارتفعت
الجهالة المفضية الى المنازعة ص او ساحة للبنا والغرس فانقضت المدة
وجب تسليمها فارغة فان نقصت الارض بالقلع غرم الاجر قيمة ذلك مقلوعا
وتملكه وان لم تنقص توقف على رضاه او تراضيا فتكون الارض لهذا والغرس
لذلك ش اما استيجار الساحة للبنا والغرس فلانها منفعة مقصودة
من اجارتها فاذا انقضت مدة الاجارة وجب تسليمها فارغة من البنا
والغراس لان البنا والغرس ليستمر بقاوه الى غاية معلومة ففي ايهاضرر
بصاحب الارض فيجب تفريغها الى ان يختار صاحبه ان يغرم له قيمة ذلك

متلوعا ويتملكه برضاه ان لم تنقص الارض بالقلع لانها قد تراضيا على ذلك
وان نقصت بالقلع فيغرم القيمة ويتملكه بغير رضاه لان التفريغ ملزم صاحب
الارض ضررا بنقصان الارض غير ملتزم بالعقد فلا يلزمه والغرس مستحق
القلع فتتعين تغرمه قيمة ذلك رعاية للجانبين او يتراضيا على ابقيه
في ارضه بالاجر فيكون الارض لهذا والغرس لذاك وهذا اوضح للتراضي
وقيد النقصان وعدمه من الزوايد ص وان زرع فانقضت ترك
باجر مثله ش لان الزرع له غاية ولغاية ولا يترك في الارض على الدوام
فاذا ترك باجر المثل الى بلوغه وادراكه كان في ذلك رعاية للجانبين بخلاف
الشجر لانه لا غاية لبقايه وفي التمهيد اذا انتقضت الاجارة وفي الارض
رطبات تركت فيها باجر مثلها حتى تجز وهو على اول جزيدركه بعد انتفا
الاجارة ص او دابة او ثوبا او ما يختلف باختلاف المستعملين فان اطلق
اركب والبس من شا فان ركب او اركب تعين وان خص فاركب غيره فعطبت
ضمن ش اذا استاجر دابة للركوب او ثوبا للبس فان اطلق العقد كان
له ان يركب الدابة من شا ويلبس الثوب من شا عملا باطلاق العقد لكنه
اذا ركب بنفسه او اركب غيره او لبس او البس واحدا تعين مرادا من
الاطلاق لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصار بعد تعين الراكب
واللابس كانه نص عليه فقال على ان يركبها فلانا ويلبس فلان فالبس
او اركب غيره فعطب بذلك ضمن لان التفاوت بين الناس في الركوب واللبس
واقع فافاد التعيين فلم يكن له ان يتعداه فالمتعدي الى غيره صار مخالفا
فيضمن وهذا في كل ما يختلف باختلاف المستعملين وفي الفسطاط خلاف
خلاف على ما يجي بان قيل ذكر في المبسوط وغيره استاجر ثوبا للبس يوم
ولم

ولم يسم من يلبسه او دابة ليركبها ولم يسم من يركبها او للحمل ولم يسم من يحمل
عليها تفسد الاجارة ص وان سمى نوعا وقدرا يحمله كقفيز حنطة جاز ابدا له
مثله او اخف كالشعير والسمسم لا باضر كالملح او قدرا من القطن لم يجز ابدا له
بحديد مثل وزنه ش استاجر دابة ليحمل عليها قفيزا من الحنطة فله ان
يحمل عليها ما هو مثل الحنطة في الضرر كالشعير او اخف كالسمسم لدخوله
تحت الاذن ظاهرا لعدم التفاوت او لانه خير من الاول وليس له ان يحمل
عليها ما هو اضر كالملح والحديد لانه لا يرضى بما هو اضر وان استاجر ليحمل
عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لان القطن
ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيدق منه ما لا يدق
من القطن فلا يكون الرضا بالقطن رضا بالحديد فان فعل ضمن الدابة
ولا اجر عليه ولو استاجرها ليحمل عليها قطنا او حديدا او تبنا او حطبا
او رملا او لبنا فحمل عليها مثل وزنها حنطة او شعيرا لا يضمن كذا في المجتبى
والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان يحمل عليها حملا عينه والثاني ان يخالف
في الجنس ففي القياس يضمن لانه مخالف وفي الاستحسان لا يضمن في المثل والاخف
لما بينا والثالث ان يخالف الى ما هو اضر فانه يضمن لما بينا والرابع ان يخالف
في القدر بان قال عشرة اكرار حنطة فحمل خمسة عشر كرا فهلكت يضمن ثلث
قيمتها لانه في مقدار عشرة مامون وفيما زاد غير مامون فيعتبر الجزء بالكل
ويتوزع الضمان على ذلك والعارية في مثل هذه الاقسام نظير الاجارة ص
ولو عطبت بردايف ضمن النصف ش اي بسبب راكب خلف راكب سواء
كان الرديف مستاجرا او غيره ضمن النصف من قيمتها وعليه الاجر كاملا ان
عطبت بعد بلوغ مقصده ثم المالك ان شا ضمن المستاجر وان شا ضمن الرديف

ص ولا اعتبار فيه بالثقل ش اي بثقل الرديف لان الادمي غير موزون
فاعتبر فيه العدد هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وان لم تطق ضمن
جميع قيمتها كذا في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف مستمسك بنفسه وان
كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله وفي ذكر الرديف عما
اذا حمله الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق
حملهما لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد
فيكون اشق على الدابة كذا في النهاية ص ولو زاد على المسمى ضمن بقدر الزيادة
ش اي على ما سماه من مقدار معلوم في الحمل فعطبت ضمن بقدر الزيادة مثلا
اذا زاد عشر المسمى يضمن عشر الدابة هذا اذا حمل عليها من جنس المسمى ولو حملها
من خلاف جنسه وجب جميع القيمة وهذا اذا حملها الزيادة مع المسمى حتى
لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت ضمن جميع قيمتها
وهذا اذا كانت الزيادة في الحمل ولو كانت في غيره كما اذا استاجر بقرة
لتطحن حنطة مقدرة فزاد وجب جميع القيمة فاذا كانت الدابة تطيق
حمل الزيادة وان كانت لا تطيقه يضمن قيمتها لانه خارج عن العادة كذا
في التبيين ص والكبح والضرب مضمن ش وهو جذف الدابة بلجامها
الى نفسه وضربها مضمن كل واحد منها قيمتها اذا عطبت عند ابي حنيفة
متعارفا كان او لا ص وقالا غير المعتاد ش يعني اذا كان كبحه وضربه
خارجا عن غير العادة يضمن وقالا لا اراد بالضرب ضرب الدابة لتسير
بقرينة الكبح لانه لو ضرب العبد المستاجر للعمل يضمن اتفاقا لانه يفهم
فلا حاجة الى الضرب وفي الحقايق موضع الخلاف الضرب في موضع معتاد
بغير امر صاحبها وفي غير المعتاد يضمن اتفاقا لهما ان الضرب اليسير

لابد

لابد ليستبر منه في العرف والمتعارف يكون ماذونا فيه شرعا لكنه مشروط
بوصف السلامة فاذا عطبت به الدابة يضمن كما يضمن القصار اذا اتلف
الثوب من دقه وعلى هذا الخلاف ضرب الاب والوصي الصغير للتاديب
اذا لم يتجاوز عن المعتاد فتجب الدية عنده ولا تجب عندهما كما لا تجب
بضرب المعلم باذن الاب وله ان الاب يضربه لنفسه لان منفعته عايدة اليه
والمعلم ليس كذلك وانما يضربه اعانة للاب والمعين لا ضمان عليه ص
ولو انكر الاجارة في بعض الطرق توجبها عن ركوبه من قبل لا عن الكل
ش اذا استاجر دابة للركوب الى موضع ووصل الى ذلك الموضع ثم
انكر الاجارة في بعض الطريق فقال ابو يوسف يجب اجر ما كان ركب
قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعد الانكار وقال محمد يجب الاجر كله لانها
سلمت من العمل وفرغ المستاجر من الاستعمال وسلمها اليه فقد سقط الضمان
عنه وقد انتفع بها وعقد الاجارة قايم لا ينفسخ به وحده فوجب له الاجر
المسمى على المستاجر ولابي يوسف انه بالجحود صار ضامنا والاجر مع الضمان
لا يجتمعان وفي الفتاوى الظهيرية ولو استاجر دابة الى مكان بعينه فلما سار
بعض الطريق ادعاه المستاجر لنفسه وانكر الاجارة فصاحب الدابة يدعي
الاجرة ذكر القدوري ان على قول ابي يوسف اجر ما قبل الانكار ولا يلزمه
اجر ما بعد الانكار وقال محمد لا يسقط شي من الاجرة وفي الذخيرة لو ركب
رجل دابة الى بغداد فقال الراكب اعرتنيها وقال صاحب الدابة اجرتها
منك بكذا فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ان هلكت الدابة من ركوبه
لانهما اتفقا على ان الركوب كان باذن ص ولو اجرها بعشرة الى كذا
فقال الموجر الى نصفه ولم يركب ش يعني اذا ادعى المستاجر انه استاجرها

بعشرة دراهم ليركبها الى موضع كذا فقال الموجر بل استاجرتها بعشرة
الى نصفه ولم يركب المستاجر بعد الفراغ والبينة لهما ص تحالفا وترادا فان
برهنا قضينا للمستاجر الى مقصده بعشرة لانه خمسة عشر ش قيد بقوله
ولم يركب لانه لو ركبها لم يتحالفا والقول للمستاجر مع اليمين فان برهنا
قضينا للمستاجر بان يركبها الى مقصده بعشرة لانه خمسة عشر قال زفر
يقضي له بخمسة عشر لان المستاجر اثبت بينة ان الاجرة عشرة الى نصفه
وانكر الاجارة فيما وراء النصف والمستاجر يدعيها وبينته اثبتتها بخمسة
فيقبل البينتان فيصير خمسة عشر ولنا انهما اتفقا على انه ما جرى
بينهما الا عقد واحد والاختلاف وقع في زيادة المسافة وبينة
المستاجر اثبتتها فتقبل بينته لانها اكثر اثباتا ص ولو ادعاها
بعشرة الى كذا وقال الموجر الى نصفه ولم يركب تحالفا وترادا وان
برهنا قضينا للمستاجر الى مقصده بعشرة لانه خمسة عشر ش رجل
استاجر دابة ليركبها من الكوفة ثم اختلفا فقال المستاجر استاجرتها
الى بغداد بعشرة دراهم وقال الموجر بل استاجرتها الى القصر بعشرة
ولم تركبها بعد ولا بينة لهما تحالفا وترادا فان اقاما البينة قال
زفر والحسن وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اولا يقضي للمستاجر
بان يركبها الى بغداد بخمسة عشر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
اخرا يقضي له بذلك الى مقصده بعشرة وجه الاول ان المدعي الى
بغداد بعشرة يدعي ان القصر لخمسة لانها منتصف الطريق والموجر
يثبت ببينة زيادة خمسة الى القصر فيعمل بالبينة المثبتة لهذه
الزيادة ثم انه ينكر الاجارة فيما وراء القصر والمستاجر يثبتها ببينة

خمسة

خمسة فتقبل بينته في ذلك فيستحق المستاجر ركوبها الى بغداد والموجر
خمسة دراهم فيقضي لهما بما استحقاه وهو خمسة عشر للموجر والركوب الى
بغداد للمستاجر ووجه الثاني انهما اتفقا على انه لم يجز الا عقد واحد وان
الاجرة عشرة دراهم وانما اختلفا في مقدار المسافة والمستاجر يثبتها
ببينته فتقبل ويقضي له ص ولو تعدى المسمى فهلك ضمن ولم يجاوزه بينه
وبين فضل الاجرة ش رجل استاجر دابة الى مكان معلوم ثم جاوزه
عن ذلك فهلكت فالمالك بالخيار عند مالك رحمه الله تعالى ان شاء ضمنه
قيمتها وياخذ الاجر المسمى وان شاء اخذ الفضل على الاجر المسمى بسبب مجاوزته
لانه قد اتجه له وجهان فيختار ايهما شاء وعندنا ليس له الا تضمين القيمة
لانه صار غاصبا بالمجاوزة بها عن ذلك المكان والمنافع لا تضمن بالقيمة في
الغصب والاتلاف عندنا فكان له اخذ قيمتها لا غير لان الاجر والضمان لا يجتمعان
ص ولو عاد الى الزمناه به ش يعني المستاجر اذا عاد الى المكان المسمى الزمناه
اي بالضمان وقال زفر لا يضمن لانه لما عاد الى الوفاق برئ من الضمان ولنا
ان يد المستاجر ليست يد المالك من الرد اليه بخلاف المودع فان يده يد
المالك في الحفظ فان عاد المودع الى الوفاق عاد الى يد المالك ص ولو بدل
سرجا باكاف توكف بمثله فهو ضامن وقالا لا تقدر الزيادة ش يعني
لو اكترى دابة بسرجها فنزع السرج واكفها باكاف يوكف بمثله الحمر
فهلكت فهو ضامن عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه كل قيمتها وقالا
تقدر الزيادة يعني يضمن ما زاد ثقل الاكاف على السرج وزنا حتى لو كان
السرج اربعة امنان مثلا والاكاف ثمانية يضمن قيمتها وقيل يعتبر زيادته
من حيث المساحة حتى لو كان السرج ثلاثة اشبار والاكاف ثمانية يضمن

ربعها قيد بالتبديل لانه لو استاجرها عريانة ليركب الى خارج المصر
فاسرجها لا يضمن اتفاقا ولو استاجرها ليركب في المصر فان كان من الاشراف
يضمن ايضا لان مثله لا يركب من غير سرج فيكون اذنا دلالة وان كان من
الاسافل يضمن وقيد بتبديل سرجها بالاكاف لانها لو كانت موكفة فبدل
اكافها بالسرج لا يضمن اتفاقا لانه اخف من الاكاف ولو بدل سرجها بسرج
نسرج بمثله فهلكت لا يضمن اتفاقا وان كانت لا تسرج به يضمن اتفاقا من
الحقايق لهما ان الاكاف من جنس السرج فيكون ماذونا فيه الا ان فيه
زيادة على السرج فيضمن قدر الزيادة وله ان الاكاف ليس من جنس السرج
لان الاكاف للحمل ويبسط على ظهر الدابة والسرج للركوب ولا يبسط كذا
وكان مخالفا باستعماله فيضمن ص ولو استاجر فسطاطا فدفعه الى اخر
يضمنه وخالفه ش اذا استاجر فسطاطا وهو الخيمة العظيمة فدفعه الى
اخر اجارة او اعارة قبضه وسكن فيه يضمن الدافع والمدفوع اليه حتى كان
للموجر ان ياخذها بالضمان من ايهما شاء وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يضمن
لان المعقود عليه هو السكنى والناس لا يتفاوتون في السكنى منزلة الدار
المستاجرة للسكنى وصار كما لو نصب بنفسه ثم اناب غيره منابه في استيفاء
منفعة السكنى تحته ولابي يوسف انه ربما يتفاوت استعماله فان الناس
يتفاوتون في نصبه واختيار مكان من الصعود والهبوط وموضع تركيب
اوتاده من الارض وصار كالركوب واللبس وذكر في شرح الطحاوي ان
للمستاجر ان يعير ويودع ويواجر ذكر مطلقا قال صاحب الذخيره وتاويلها
اذا كان للمستاجر شيا لا يتفاوت الناس في الانتفاع به فاما فيما يتفاوت
فليس له ان يواجر ولا يعير كذا في الذخيره ص واجرنا للحمال ورب الدار

المطالبة

المطالبة بكل مرحلة وبوم الا التوقيت ش كان ابو حنيفة رضي الله تعالى
عنه يقول اولا ليس للحمال ولا لرب الدار ان يطالب بالاجرة الا بعد انقضاء المدة
وانتهاء السفر وهذا قول زفر رحمه الله تعالى ووجهه ان المعقود عليه هما
المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزايها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه
القول المرجوع اليه ان مقتضى القياس استحقاق الاجرة ساعة فساعة لتحقق
المساواة بين المتعاقدين الا ان ذلك يقتضي ان يشتغل عن ساير اعماله فتضرر
فقدرناه بما ذكرناه ولانه قد استوفى بعض المعقود عليه على وجه تمتنع
نقضه فيجب تقديره في البدل نظرا له ورعاية في التسوية بينهما بخلاف
العمل لانه لا يصير سببي من العمل مسلما الى صاحبه الا بعد الفراغ لانه حال
العمل في يد العامل واما اذا وقت لم يستحق قبله لانه سمى التاجيل على
هذا اجارة الاراضي للزراعة ص ويطالب القصار ونحوه بالفراغ الا
بشرط التعجيل ش يريد ان المستاجر لعمل كالخياط والقصار ونحوهما
لا يستحق الاجرة الا بالفراغ من العمل الذي استوخر له لان العمل في البعض
لا ينتفع به فلا يتوجب به الاجر وانما استثنى اشتراط التعجيل لما بينا في اول
الباب ص ويفرغ الخباز في بيت المستاجر بالتسليم والطباخ للوليمة
بالعرف والفراغ من ضرب اللبن باقامته وقالا بتشريحه ش لما ذكر
ان استحقاق الاجرة فيما اذا كانت الاجارة مقيدة على العمل بالفراغ
من العمل ذكر اهذه الاعمال من الخبز والطبخ وضرب اللبن وبين وقت
فراغها يستحق الاجرة بالفراغ فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته
قفيز دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام
العمل باخراجه وليس كل احد تحسنه على وجه لا ينقطع فلو احترق

او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم كذا في الهداية
وفي المبسوط هو ضامن لان هذا من جناية يده وتخبر صاحب الخبز ان
شاء ضمنه مخبوزا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له اجر وان اخرجه
احترق من غير فعله فله الاجر لانه اذا اخرجه من التنور فقد اوفى عمله
فصح التسليم مسلما الى المستاجر بالوضع في بيته بخلاف ما اذا لم يكن في بيته
فان نفس الاخراج من التنور لا يكون تسليما ولهذا زاد في قوله في بيت
المستاجر وفي الذخيرة ولا ضمان عليه بالهلاك بعد الاخراج من التنور
عند الكل اما عند ابي حنيفة فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه
هلك بعد التسليم فان قيل في مسئلة الكتاب شبهة وهو ان استحقاق
الاجر بعد الاخراج من التنور يدل على ان هذا الاجير اجير مشترك
لا اجير وجه فان اجير الواحد يستحق الاجر بمجرد تسليم النفس سمي به
فالخياط في هذه المسئلة ان كان اجير واحد ينبغي ان يستحق الاجر بقدر
عمله ولا يتوقف استحقاقه الاجر على الفراغ من العمل فكيف يوقف استحقاق
اجرة الخباز هنا على الفراغ من العمل مع انه في بيت المستاجر تلك الصحيح
انه اجير مشترك والفرق الصحيح بينهما ما اشار اليه في المعنى ان الاجير
المشترك من وقع العقد في حقه على العمل بدون ذكر المدة كالواستاجر
خياطا ليخيط هذا الثوب بدرهم واجير الوحد من وقع العقد في حقه
على المدة كما لو استاجر انسانا شهرا للخدمة وقد وقع العقد ها هنا
على العمل فكان اجيرا مشتركا وانما يستحق الاجر بقدر عمله في بيت المستاجر
اذا كان لعمله قدر وقيمة كالخياطة وها هنا لا قيمة للخبز قبل الاخراج
من التنور فلا يستحق الاجر بحسب ذلك العقد والى هذا اشار قاضي خان

والطباخ

والطباخ للوليمة بالعرف اي ويفرغ الطباخ من عمل الوليمة بالعرف وانما قيد
بالطباخ بقوله للوليمة لانه لو استاجره لطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف
عليه كذا في المعنى والمحيط وغيره والفراغ من ضرب اللبن باقامته وقالا
بتشريحه تشريح اللبن بتصدره وضم بعضه الى بعض صورة المسئلة ما اذا
استاجر ارضا ليلبن له لبنا في دار المستاجر فلبنه فان اقامه ولم يشرحه
فعند ابي حنيفة يستحق الاجرة وعندهما لا يستحقها حتى يشرحه لان التشريح
من تمام عمله اذ لا يومن الفساد عليه فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير
هو الذي يتولى التشريح عرفا وله ان العمل قد تم بالاقامة لان المستحق عليه
يصير الطين لبنا وقد فعل فانه لما اقامه من وجه الارض عرفا انه صار لبنا
وخرج من ان يكون طينا والانتفاع به ممكن والتشريح عمل زايد فلم يلتزمه
فلا يلزمه كالنقل من مكان الى مكان بخلاف الاقامة لانها من تتمة العمل
لانه قبلها طين منتشر ولهذا لو بنه فافسده المطر او افسده قبل ان يقيمه
فلا اجر له لانه لا يصير العمل مسلما الى المستاجر ما لم يقم وهذا كله اذا كان يقيم
العمل في ملك المستاجر فاما في ملكه فالم يشرحه ويسلمه الى المستاجر لا يخرجه
من ضمانه حتى اذا افسد قبل ان يسلم اليه لم يكن له اجر لا على قول زفر
والفرق بينهما اذا كان العمل في بيته او بيت المستاجر كذا في المبسوط وهذا
اذا ضرب في ملك المستاجر اما اذا ضرب الاجر في ملكه نفسه لا يجب الاجر عنده
الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريح ص ويحبس
العين على الاجرة من له فيها تاثير ش اي الصانع الذي له اثر في العين
كالقصار والصباغ يجوز له حبس العين لاستيفاء الاجرة لان المعقود عليه
هو الصبغ مثلا وهو وصف قايم بالثوب فله ان يحبسه للبدل كالمبيع وفي

النهاية هذا اذا استعمل القصار الثوب واما اذا ازال الدرن فقط فليس له حق
الحبس عند بعض المشايخ وفي الجامع الصغير لقاضي خان الاصح ان له حق الحبس
على كل حال لان البياض كان هالكا بالاستئثار وانما ظهر بعمله وفي الخلاصة
اذا عمل في دكانه اما اذا عمل في بيت المستأجر فليس له حق الحبس احترز
بقوله من له فيها تاثير عمن لا اثر له فيها كالحمال فانه لا يحبس العين للاجرة
لان اثر عمله غير قايم بالعين فانتفت ولايته عنها ثم ان حبس فضاعت
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه امانة ولا اجرة له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعندهما يضمن قيمتها غير معموله فلا اجر له او يضمن قيمتها معموله
وله الاجر ص ولا يستعمل غيره ان شرط عمل نفسه فان اطلق جاز ش
لانه اذا اشترط عليه عمل نفسه فالمعقود عليه عمل في محل معين فاستحق عينه
كالمنفعة في محل بعينه وعند الاطلاق يكون المعقود عليه عاملا في الذمة فيمكن
ايفاءه بنفسه وبغيره بمنزلة ايفاء الدين ص ولا يضمن الاجير الخاص المستحق
الاجرة بتسليم نفسه مطلقا ش الاجراء على ضربين اجير خاص واجير مشترك
فالاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة عمل اولم يعمل
كمن استاجر شخصا للخدمة شهرا ويسمى الاجير الخاص اجير الواحد لانه لا يمكنه
ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل
بالعمل وكذلك يبقى الاجر مستحقا وان كان العمل ناقصا وقوله مطلقا
اي لا يضمن ما تلف في يده ولا ما تلف بعمله اما الاول فلانه قابض للعين
باذن المالك فكانت يده يد امانة وهذا اتفاق اما عنده فظاهر واما
عندهما فلان تضمينهما للاجير المشترك استحسان صيانة لاموال الناس
والاجير الخاص لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة اغلب فيوخذ منه بالقياس

وامّا الثاني فلان منافعه اذا صارت مملوكة للمستاجر فامره بالتصرف
في ملكه صح وصار نايبا منابه فكان عمله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا
لا يضمنه ص والمشترك المستحق بالعمل امين في السلعة ش يعني الاجير
المشترك هو الذي لا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار يسمى مشتركا لان له ان
يعمل للعامة قوله امين في السلعة يعني اذا هلك المتاع في يده او في يد
تلميذه بلا تعد وعمل فيه لا يضمنه عند ابي حنيفة وقالا يضمنه لكن اذا
ضمن استاذه لا يرجع على التلميذ بما ضمن لانه اجير خاص في حقه وفي المحيط
الخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان كانت فاسدة لا يضمن اتفاقا لان
العين حينئذ تكون امانة لكون المعقود وهو المنفعة مضمونة باجر المثل انما لم يضمن
عنده اذا لم يشرط عليه الضمان وان شرط ان يضمن اذا هلك عنده يضمن اتفاقا كذا
في الجامع وذكر قاضي خان والتمة الفتوى على انه لا يضمن سواء شرط الضمان اولم
يشرط وفي الفتاوى الظهيرية اختار المتاخرون الصلح على ان لهما ان الحفظ
مستحق عليه كالعمل اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكنه الاحتراز عنه
يضمنه كالمودع باجر وبه يفتي ولهذا ان المقبوض امانة عنده لقبضه باذن المالك
فلا يضمنه بلا تعد فيه والحفظ مستحق عليه تبعا لان المذكور في العقد العمل لا
الحفظ بخلاف المودع باجر لان الحفظ صار مقصودا لكون الاجر يقابله وفي
الفتاوى الصغرى لو خلط المشتري الغنم بغنم غيره فالقول له في التعيين
له مع يمينه وان جهل فهو استهلاك يضمن قيمة الكل ولو ند غنم فخاف
ان يضيع الباقي ان طلبه لا يضمن ولو ذبح غنما يرجى حياتها لا يضمن وكذا
الاجنبي في الصحيح ولو كان بقارا فادخل البقرة في التسكك فضاع احداهما
قبل ان تصل الى منزل صاحبها وكان المتعارف ذلك لا يضمن وان قال صاحب

البقرة ماجيت بها الي السكك بخلاف البقار والا يضمن ص وضمناه ما اتلفه
بعمله الا ما غرق من ادمي مدة او سقط من دابة س الاجير المشترك اذا
تلفت السلعة في يده من عمله فتخرق الثوب بدقه او زلق الحمال او انقطع الحبل
الذي يشد به المكاري الحمل او غرق السفينة من يده فهو مضمون عليه وقال
زفر وهو قول الشافعي رضي الله عنه لا ضمان عليه لانه ماذون فيه فلا يكون
مضمونا عليه كالمعين في الدرق واجير الوحد وهذا لانه امره بالعمل
مطلقا فكان منتظما للتعيب والسليم ولا يقيده بالدرق المصلح لانه ليس في وسعه
ولين كان في وسعه فلا يمكن التحرز عنه الا بحرج وما فيه حرج ملتحق بما ليس
في الوسع وهو الفصاد والبزاغ والحجام والختان فانه لا يجب الضمان عليهم اذا
سري الي النفس لهذا المعنى ولنا ان التلف حصل بغير عمل ماذون فيه فيكون
مضمونا كما لو دق الثوب بغير امره وهذا لان الداخل تحت ما هو الداخل تحت العقد
فالداخل تحت العقد العمل الصالح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد
انعقد على السليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه
من العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت المعقود عليه السليم ثبت ان المفسد
غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدرق فجا بنوع
اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف
السلامة ليلا يمتنع عنه مخافة الغرامة وهنا يعمل بالاجر فيتقيد بوصف
السلامة بخلاف البزاغ واخواته لان العقد لم يتناول الصالح لان نفس
ذلك العمل افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز القدر
ومتى جاوز ضمن وهنا الملتزم بالعقد الدرق المزين المحسن ولانه لا يمكن
الاحتراز عن العمل الساري لان الرماية والاقتصار يتبعان قوة المحل على

احتمال الالم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع
لا يستحق بعقد المعاوضة بحال فاما التحرز عن التخريق ففي وسع القصار
الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه
وعقده وانما يعتبر في خطابات الشرع رحمه ونظرا بخلاف اجير الوحد لما
بينا والحاصل ان الاجير المشترك يضمن ما تلف من عمله عندنا خلافا لزفر
الا انه لا يضمن بني ادم ممن غرق في السفينة من مدة او سقط من الدابة وان كان
بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وقد لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة فان قيل
انما لم يضمن بني ادم اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو
كالمتاع والصحيح انه لا فرق ولهذا اطلقه المصنف رحمه الله تعالى ولم يفرق
ولم يفصل ص ولو كسر الحمال عمدا ما حمله في بعض الطريق لو قومه خيرنا المالك
ان شاء ضمنه غير محمول ولا اجر له او في موضع الكسر وله اجر ما حمل لا هذا فقط
س رجل استاجر حمالا ليحمل له شيئا من الصحرا الى المصر فكسره في بعض الطريق
عملا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ذلك من المكان الذي حمل منه وليس
عليه من الاجر شيء وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي كسره فيه واعطاه
من الاجر بقدر ما حمل حتى لو كان حمل الى نصف الطريق فله نصف الاجر
ويسقط عنه نصفه وقال زفر رحمه الله يضمن قيمته محمولا الى مكان الكسر
ويعطيه بقسط ما حمل من الاجرة لانه اتلفه في هذا المكان فيضمن قيمته
حيث اتلفه وقد اوفى المنافع المعقود عليها الى موضع الكسر فيعطيه
من الاجر بقدر ذلك من غير خيار ولنا ان المنافع فاتت بعضها بصنعته
قبل التسليم بعقد بتسليم بعضها فيتخير المستاجر كما في البيع ولو انكر لوقوعه

من عادته او عن زلق فكذلك عندنا وقال الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى لا ضمان عليه وقد مر الكلام فيه وان انكسر لا بتفريط بان زوجم فلا ضمان عليه وله من الاجر بقسطه من الحمل ذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير

ص ولا يضمن الفساد الا ان يتجاوز المعتاد ش اذا هلك المقصود بالسراية لان منشاها ضعف المزاج وذا اخفى عنه بخلاف دق الثوب لان قوته ورقته تعرف بالحس الا ان يتجاوز المعتاد لانه اذا تجاوز المعتاد ظهر منه التقصير

ص والمستاجر لايصال كتاب ورد جواب فهو به لكونه ميتا لا اجر له مطلقا وقالا عن العود ش المستاجر بفتح الجيم مبتدا وقوله يعود به من تتمة تصوير المسئلة وهو حمله حاليه والضمير المرفوع فيه عايد الى المستاجر وهو ذو الحال والضمير المجرور عايد الى كتاب وقوله لا اجر له خبر المبتدا وهو جواب المسئلة وقوله عن العود متعلق للاجر المنفي لا الاجر المثبت تقديرا وصورة المسئلة رجل استاجر رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجي بجوابه فوجده ميتا فرد الكتاب فلا اجر له عند ابي حنيفة وقالا له اجر الذهاب دون العود فمعنى قوله وقالا عن العود اي لا اجر له عن العود وهو نفي لما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه انه لا اجر له مطلقا عن الذهاب والاياب ذكر النفي في المنظومة قال ابو يوسف مع محمد وهكذا حكاه الفقيه ابو الليث وقد ذكر صاحب الهداية قوله مع ابي حنيفة وجه قولهما ان الاجر يقابل بقطع المسافة لان المشقة فيه لاجل الكتاب وحمل الجواب لانه لا مشقة فيه اذ الحمل ليس بعمل يقابله بدل لحقه مونته وقد قطع المسافة في الذهاب فاتى ببعض المعقود عليه فيستحق من الاجرة ما يقابله فصار كما لو ترك الكتاب وعاد فانه يستحق اجر الذهاب بالاجماع ولابي حنيفة رضي الله عنه

انه ابطل تسليم المعقود عليه فيبطل استحقاق البدل وهذا لانه قابل البدل بنقل الكتاب اذ هو امر مقصود من الناس او وسيلة الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب للمكتوب اليه فاذا رده فقد نقصه فيسقط الاجر كما في مسئلة حمل الطعام على ما ياتي عقيبها ان شا الله تعالى اذ المقصود ثمة حمل الطعام الى البصرة فاذا رده فقد نقص المعقود عليه فصار كالخياط اذا خاط الثوب ثم نقضه اعلم ان في هذه المسئلة قيودا استفيدت من الذخيرة

احدها انه قيد بالذهاب وهو معنى قوله لايصال كتاب يشير به الى ان الحكم فيما اذا استاجره بالذهاب بشي ليس له حمل ومونة حتى لو استاجره بالذهاب بالطعام والمسئلة بحالها فلا اجر له بالاتفاق وهي المسئلة الثالثة الثاني انه قيد برد الجواب لانه لو لم يشترط رد المجي بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتا او غايبا فانه يستحق الاجر كاملا والثالث انه قيد بالذهاب بالكتاب لانه لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا اجر له الرابع بانه قيد بوجوده ميتا لانه لو لم يجده ميتا ودفع الى فلان واتى بالجواب فله الاجر كاملا او كان المكتوب اليه غايبا فدفع الى اخر ليدفعه اليه او دفع الى المكتوب اليه ولم يقرا او رجع بغير الجواب فله اجر الذهاب لانه استاجر لايصال الكتاب والمجي بالجواب وقد وجد الايصال بقدر الامكان ولم يوجد المجي بالجواب فيجب اجر الايصال الخامس انه قيد باستيجار الرجل بتبليغ الكتاب اذ لو استاجره بتبليغ رسالة الى فلان فذهب الرجل ولم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغه الرسالة ان له الاجر بالاجماع السادس انه قيد بانه رد الكتاب اذ لو رد الكتاب ولم يرد الى المرسل استحق اجر الذهاب في قولهم جميعا والفرق بين الرسالة والكتاب على

قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكر في الذخيرة اذ في الكتاب لما رده
فقد نقض ما فعله لانه غير ماذون في الرد ايضا ولا دلالة فصار كما لو امره
بالترك هناك وقد رده وانما قلنا انه غير ماذون في الرد نصا ولا دلالة اما
نصا فظاهر واما دلالة فلانه لو ثبت دلالة انما يثبت لتوهم ان يكون في
الكتاب سر لا يرضى ان يطلع عليه غيره ولا يجوز ان يثبت الاذن بالرد دلالة
من جهة الكتاب لان الحال لا يخلو اما ان يكون الكتاب مختوما او غير مختوم
فان كان مختوما لا يفتحه اخر غير المكتوب اليه وفي غير المختوم لا يكون سرا
بخلاف الرسالة فانها لا تخلو من الاسرار وما اختار الرسالة على الكتاب الا
لتيسر سره الى المرسل اليه فكان السر مقصودا فكذلك اذا ذهب ولم يجد
فلانا استحق الاجر واما التبليغ بالكتاب بقدر الامكان بان يترك الكتاب
ثمة فيمكن من افشاء ما فيه من السر بان كان مختوما او غير مختوم فلا يكون
فيه سر فلا يثبت الاذن بالرد دلالة فيكون الرد بغير اذن المالك
فلا يتوجب الاجر كما لو كان المحمول شيا له حمل ومونة ص او طعاما فرده
اسقطناها ش يعني المستاجر لا يصال طعام الى موضع كذا اذا حمله اليه
فرده الى المكان الاول اسقطناها اي الاجرة لنقصه عليه عمله بالرد
وقال زفر له الاجر لانه اتى بما التزمه بالعقد ص ولا يسافر بعبد
استاجره للخدمة الا بشرط ش لان خدمة السفر اشق فلا يتناولها
اطلاق الخدمة لان المتعارف فيه خدمة الحضر ولو سافر به ضمن لانه
صار غاصبا الا بشرط يعني انما يجوز السفر به الا اذا اشترط خدمة
السفر في عقد الاجارة ص ولو غصبه فاجر العبد نفسه فاتلف
الغاصب اجرته فهو بري ش اي العبد ان اجر نفسه قبض الاجرة فاتلف

الغاصب

الغاصب اجرته فهو بري عن ضمانها للمالك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
عليه ضمانها قيد باجارة العبد لانه لو اجره الغاصب لا يضمن اتفاقا وقيد
بالاتلاف لان اجرته لو تلفت لا يضمن الغاصب اتفاقا لها انه اتلف ملك
الغير بغير اذنه فعليه ان يضمن وله ان وجوب الضمان يعتمد التقويم
والتقوم يعتمد الاحراز وهذا غير محرز في حق الغاصب لان يد الغاصب
ما نعة منه ص فصل فيما يجوز من الاجارة الفاسدة وما يفسد
منها وتفسد بالشرط ش لما فرغ من بيان الاجارة الصحيحة شرع في
بيان حكم الاجارة الفاسدة فقال وتفسد والي اخره اي تفسد الاجارة
بالشروط التي تنافي مقتضى العقد كما لو استاجر رجل رجلا على ما علل انه لو
انقطع الماء فلا اجر عليه فان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى
العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط
مخالف مقتضى العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة بنيت على المضايقة
والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع فان اشتراطه يكون سببا للمنازعة
الا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة يفسد بالشرط ص
ويجب اجر المثل لا يتجاوز به المسمى ش الواجب في الاجارة الفاسدة اجر
المثل لا يتجاوز به المسمى وانما اعتبر هذا الحكم فيما اذا كان فاسد الاجارة
بسبب شرط فاسد لا باعتبار فيها المسمى ولا باعتبار عدم التسمة لانه لو كان
الفساد باعتبار واحد منهما يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وفي المحيط ما اخذته
الزانية ان كان بعقد الاجارة فحلال عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لان اجر المثل في الاجارة الفاسدة طيب وان كان المسمى حرام وحرام
عندهما وان كان بغير عقد فحرام اتفاقا وقال زفر والشافعي يجب

العبد لا حق له نفسه عند
المالك كيف كان ما في يده وما في حق

يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المنافع متقومة عندهما فاذا تعدوا اتجاب
المسمى للفساد يجب المصير الى القيمة كما في بيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم
بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز والاحراز يستدعي الوجود وما لا
يبقى لا يجوز وما لا يجوز لا يتقوم وانما صارت متقومة بالعقد شرعا على خلاف
القياس لحاجة الناس ص واجارة المشاع فاسدة ش سواء كان يحتمل
القسمة اولا بان يوجر نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك فاسدة عند ابي
حنيفة والفتوى على قوله والحيلة في جوازها عنده ان يلحقها حكم حاكم كهذا
في الحقائق ص الا من الشريك واطلقا جوازها ش اي الشريك الموجر في العين
الموجرة فان اجارتها منه جايزة اتفاقا ان بين نصيبه وان لم يبين لا يجوز
في الصحيح اعلم ان الخلاف فيما كان مشاعا وقت العقد واما اذا كان شيوعه
طاريا كما لو اجر دارا ثم تقاسخا في النصف لا يبطل في النصف الاخر اتفاقا
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الطاري والمقارن
سواء لو كان البناء لرجل والعرصة وقفا لرجل اجرا وملكا فاجر صاحب
البناء بناءه قيل لا يجوز لانه في معنى الشيوع والفتوى على انه يجوز واطلقا
جوازها فيتهايئان ويجبران على ذلك ويجب المسمى اقول لو قال واجارة
المشاع من غير الشريك فاسدة لكان احضر ولم يحتج الى ايراد قولها لها ان
للمشاع منفعة وتسليمة ممكن بالتخلية والانتفاع به بالنيابة فيجوز كبيع المشاع
وكما لو اجر من شريكه ولها ان الاجارة للانتفاع بالعين المستاجرة وذلك
يتصور في المشاع بخلاف بيع المشاع لان المقصود فيه ملك الرقبة وبخلاف
ما لو اجر من شريكه لان كل المنفعة تحدث على ملكه بالشيوع وما يعتبر
اختلاف السبب عند اتحاد الحاجة ص ولو مات احد موجرين او مستاجرين

ابتيناها

ابقيناها في الحي ش اذا اجر اجملة او استاجر اجملة ثم مات احدهما انفسخ
العقد في حصة الميت بالاجماع ويفسد في حصة الحي عندنا فرايضا لان الشيوع
يفسد الاجارة وعندهما الثلاثة يبقى العقد صحيحا في حصة الحي لان هذا
الشيوع طار والطاري لا يمنع صحة العقد قال المصنف رحمه الله تعالى والفرق
ان الانتفاع بالجزء الشايع لا يمكن الا بتسليم الباقي فكانه شرط تسليم الباقي
في العقد لا حقيقة ولا تقديرا اما حقيقة فظاهر واما تقديرا فلان العقد
صح واقعا على الكل وليس بعد الكل شيء يشترط في العقد تسليمه ليفسد وفي
الحال عقد حقيقة ليكون الاشتراط واقعا فيه تقديرا ص واجارة
طريق محدودة للمرور فاسدة ش استاجر طريقا في دار رجل ولم يعرفه
سنه ولم يبين موضع الطريق فسدت الاجارة عندهما خلافا لهما وبقي اجارتهما
على اجارة المشاع لان حق المرور لصاحب الدار ثابت ايضا فيكون المعقود
عليه لضعف منفعة المرور في هذا الطريق سنة ولو مر فيه سنة يلزمه
المسمى عندهما واجر المثل عنده والحج من الجانبين مرت وفي العيون المختار
قولهما ص واذا استاجر دارا كل شهر بكذا صح في شهر الا ان يعين شهورا
معلومة فان سكن ساعة من الثاني صح فيه وظاهر الرواية بقي الخيار
في الليلة الاولى ويومها ش اذا استاجر دارا كل شهر بكذا دراهم
صح العقد في شهر واحد وفسد في بقية الشهور لان كلمة كل اذا دخلت
فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بعمومها اذ الشهور لا نهاية
لها والواحد معتبر فيصح العقد فيه فاذا تم الشهر فلكل منهما نقض الاجارة
بشرط ان يكون الاخر خاص كذا في التبيين الا ان يعتبر شهورا معلومة
فيصح العقد فيها للعلم بالمدة فان سكن ساعة من الثاني صح فيه اي العقد

في الشهر الثاني لحصول رضاهما بذلك وهذا هو القياس وإليه مال بعض
اصحابنا رحمهم الله تعالى وظاهر رواية المذهب بقاء الخيار في الليلة الاولى
ويومها من الشهر الثاني وبه يفتى وفي لفظ البقا اشارة الى ان خيار الفسخ
كان ثابتا لكل منهما عند تمام الشهر الاول وانما اعتبر اليوم والليلة لان راس
الشهر عبارة عنهما عرفا وفي اعتبار الساعات حرج ص او ستة صح من غير بيان
قسط الشهور وكانت بالاهلة ان كان العقد بالهلال وان كان في اثنا
شهر فكلها بالايام وقالا يتم الاول بها والباقي بالاهلة س اي اذا استاجر
دارا سنة او شهورا معلومة صح العقد من غير بيان قسط الشهور من
الاجرة لان العلم بالمدة كاف ولقسيم الاجرة على اجزايها غير لازم وابتداء المدة
يكون من وقت العقد ان لم يبينا ه وكانت السنة بالاهلة ان كان العقد
حين الهلال وان كان في اثنا شهر فكل الشهور تعتبر بالايام عند ابي حنيفة
وقالا يتم الشهر الاول بها والباقي بالاهلة لان الاصل ان تعتبر الشهور
بالاهلة وقد تعذر ذلك في الشهر الاول فيكمل بايام الشهر الاخير ويعمل
في الشهور المتخللة بينهما بالاصل وله ان الشهر الاول لما وجب تتميمه بايام
الشهر الذي يليه يبدا الثاني بايام ايضا فيعتبر هكذا الى اخر المدة
تعلى هذا الطريق العدة واجل البيع ونحوها ص ومن استاجر حملا لحمل
وراكبين الى مكة جاز وتعين المعتاد ولو شوهد كان اجود س استاجر
حملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المعتاد والقياس ان لا
يجوز وهو قول الشافعي واحمد رضي الله عنهما لجهالة المحمل وفي المحيط استاجر
بعيرين الى مكة ليحمل على احدهما محملا فيه رجلان والوطا والغطا ولم
يبين الحمال الوطا والغطا وعلى الاخر زاملة عليه كذا مختوما من السوق وما

يصلحه من الزيت والخل ومايكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الحبل
والمعاليق من القربة والمطهرة ولم يبين وقربة او بشرط ان يحمل من
مكة من هداياها ما يحمل الناس فهذا جايز استحسانا للتعارف وله ان يحمل
ما هو متعارف وحكي مثله عن مالك وقال الشافعي واحمد لابد من معرفة
المحمل والغطا والوطا والمعاليق وتقدير الزاملة للجهالة المفضية الى
المنازعة وهو القياس واختلف اصحاب الشافعي رضي الله عنهم في المعاليق
كالقدر ومثله فقيل لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا وقيل فيه قولان احدهما
يفتقر الى المعرفة والثاني لا يفتقر ويحمل على العرف فيما ص او زاد معلوم
فنقص رد مثله س اي اذا استاجر حملا لحمل زاد معلوم مقداره فاكل
منه في الطريق فنقص رد مثله عوض ما نقص لان عليه ان يحمل ذلك
المقدار في جميع الطريق ص او ذمي مسلما لحمل خمرا وداره ليبيعها فهو
مكروه ولا فاسد س ذمي استاجر مسلما ليحمل له خمرا او استاجر منه
بيتا ليبيع فيه خمرا ولم يقل للشرب او قال للشرب جازت الاجارة
عند ابي حنيفة ولكنها مكروه وكذا لو استاجر ذمي مسلما ليرعى خنازيره
او دابته او سفينته لينقل عليها الخمر جاز مع الكراهة عنده وقالا يفسد
العقد في الجميع ولو اجر المسلم نفسه من المجوسي ليوقد له النار ولا باس
بالاجماع لان التصرف في النار والانتفاع بها مباح كذا في الفتاوى لقاضي
خان والذخيرة وجه قولهما ان الحمل وبيع الخمر سبب المعصية فكانا
معصية والعقد على المعصية لا يصح وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم
عشرة منهم الحامل والبايع وبابي حنيفة ان العقد وقع على الفعل وانه معلوم
فيصح العقد فيه وانما المحرم هو الشرب وانه يحصل بفعل فاعل مختار وهو متفصل

عما وقع عليه العقد وهو الحمل والبيع ونحوهما فلم يوجب الفساد فيه بل يوجب
الكراهة لان اللبس تعلق لمعنى جاوزه فصار كالبيع وقت النداء والاشارة
الى الكراهة من الزوائد وفي الذخيرة رجل استاجر رجلا ليصور له صورا
وتماثيل او ينحت له اصناما او يزخرف له بيتا بتماثيل والاصباغ من رب
البيت فلا اجر له وان كانت الاصباغ من الاجير فله الاجر لان الصبغ عين مال
متقوم فيمكن ايجاب الاجر بمقابلته واذا لم يكن من قبل الاجير لا يمكن ايجاب
الاجر بمقابل الصبغ ولا يمكن ايجابه بمقابلة نفس العمل لانه معصية واذا
استاجر رجلا لينحت له طنبورا ففعل يطيب له الاجر لانه اثم في الاعانة
وانما وجب الاجر في هذه المسئلة ولم يجب في نحت الصنم لان جهة المعصية
ثمه متعينة لان الصنم لا ينحت الا للمعصية اما في الطبل والطنبور جهة
المعصية غير متعينة لانها كما تصلح للمعصية تصلح لغير المعصية بان تجعل وعاء
للاشياء ص واجاز الاجارة لاستيفاء القصاص ش يعني من له القصاص
على اخر اذا استاجر رجلا ليستوفيه جاز عند محمد خلافا لهما المراد به قصاص
النفس لان الاستيجار للقصاص في الطرف جايز اتفاقا لان الاطراف لها حكم
الاموال حتى جاز القضاء بالنكول فيها له انه اجارة على عمل معلوم مشروع فجاز
كذبح الشاة ولهما ان الاجارة جوزت على خلاف القياس للتعارف باعتبار
الحاجة ولا تعارف هنا فبقي على عدم الجواز في المحيط لو استاجره القاضي للقصاص
فله اجر المثل ولو استاجره من له القصاص فلا اجر له لان القصاص في حق
القاضي يصلح ان يكون معقودا عليه من وجه تبعا للاجارة على القيام
في مجلسه ولا كذلك غير القاضي فانه لو استاجره ليقوم في بيته ليس له
ذلك فليس له ان يامره باستيفاء القصاص فلم ينعقد اصلا ص ولو قال

ان

ان حطته فارسيا فبدرهم او رومیا فبدرهمين اليوم فبدرهم او غدا فبنصف
اجزناه لكن شرط اليوم صحيح فيجب بالخياطة غدا اجر مثله لا يتجاوز المسمى واجازا
ش لما فرغ من بيان الاجارة على شرط واحد شرع في بيان الاجارة على احد
الشرطين لان الاثنين بعد الواحد هاتان مسئلتان احداهما اذا استاجر
خياطا فقال له ان خطت هذا الثوب خياطة فارسيه فلك درهم وان خطته
خياطة رومية فلك درهمان جاز الشرطان واي العملين عمل استحق ما سماه
اجر المثل عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وقال زفر والشافعي رحمهما
الله تعالى الشرطان فاسدان وله اجر المثل اذا عمل وكذا اذا قال للصباغ
ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمان فهو على هذا
الخلاف وكذا اذا وقع العقد على احد شيئين بان يقول اجرتك هذه
الدار سنة بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وجه قولهما وهو القياس
انه عقد معاوضة والعوض مجهول وكذا المعوض فلم يصح كما لو قال بعتك
هذا بدرهم وهذا بدرهمين ولنا ان الشرطين جايزان استحسانا لان الاجر
لا يجب بنفس العقد بل بالعمل وعند العمل يصير المعقود عليه والمعقود
به معلوما بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما
عند العقد يفسد العقد وعلى هذا اذا خير بين ثلاثة اشياء او خيره
بين اربعة اشياء لم يجز والاصل في جميع ذلك البيع والجامع بينهما دفع الحاجة
غير انه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار وفي الاجارة لا يشترط
ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل فاذا شرع في احد العملين ارتفعت الجهالة
والجهالة انما تمنع جواز العقد لافضايه الى المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم ووقت التسليم والتسلم وقت الوجوب فاذا لم تكن الجهالة ثابتة وقت

ها

الوجوب لم يكن المنافع موجودا وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتحقق الجهالة
المفضية الى المنازعة على وجه لا يرتفع الا بثبات الخيار والمسئلة الثانية
ما اذا قال الخياط ان خطته لك اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك
نصف درهم تغدا ابي حنيفة صح الشرط الاول وفسد الثاني حتى لو خاطه اليوم
فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص على نصف
درهم وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يزاد على نصف
درهم وينقص عن نصف درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
الشرطان جايزان ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في الغد
فله نصف درهم وان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح عند ابي حنيفة
انه لا يجاوز به نصف درهم لانه اذا لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من
نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه ينقص من نصف
الدرهم ولا يزاد عليه كذا في الكافي والايضاح وقال زفر رحمه الله تعالى
الشرطان فاسدان لانه اجتمع في اليوم والغد تسميتان فسد العقد كما لو
قال خطه اليوم بدرهم او بنصف درهم وهذا لانه اجتمع فيها عقدان ما في
اليوم فلان المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان ذكر الغد للترفيه لا للاضافة
والتعليق ولهذا لو اخر العقد بان قال خطه غدا بنصف درهم ثبت هذا
العقد في اليوم حتى لو قال خطه اليوم استحق نصف درهم فاما في الغد فلان
العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت
العقد به حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا هذا فصح ما قلنا انه اجتمع
في اليوم والغد تسميتان ووجب بالخياطة احداهما ولهذا لو افرد العقد
باليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت العقد به حتى لو

خاطه في الغد استحق الاجر فكذا هذا فصح ما قلنا انه اجتمع في اليوم والغد تسميتان
ووجب بالخياطة احداهما درهم او نصف درهم لان الخياطة واحدة فيجب
احدى التسميتين لا بعينها وهي مجهولة وهذه الجهالة توقعها في المنازعة
ولابي يوسف ومحمد ان ذكر اليوم والغد للتوقيت والاضافة حقيقة
وللتعجيل والترفيه مجاز والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه
كيف وقد قام الدليل على ان المجاز غير مراد لان العقد يفسد على تقدير
التعجيل والتوفيه لاجتماع العقدين حينئذ وعلى تقدير التناقيت
والاضافة لا تفسد العقد بل ينقض بانقضاء العقد فلم يجتمع في الغد
تسميتان وذكر الغد للاضافة والمضاف الى الغد لا يكون ثابتا في الحال
في كل وجه فلا يجتمع تسميتان وذكر الغد بخلاف حالة الانفراد لانه حمل
على التناقيت يفسد العقد ومتى حمل على التعجيل او التوفية لا يفسد
وقرنا الى المجاز لدلالة حالهما ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اليوم حقيقة
للتناقيت والغد للاضافة والتعليق والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على
مجازه والدليل قد قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لانه زاد له في الاجر
متى خاطه في اليوم ونقص متى اخر فالنقصان بتقدير التاخير والزيادة
بتقدير التعجيل بيان ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت وفي الغد لم يقم
الدليل على ارادة المجاز وهو التوفيه بل الدليل دل على ارادة الحقيقة
وهي الاضافة والتعليق لانه نقص عن الاجر بسبب التاخير اليه لانه
يزول معنى التوفيه بنقصان الاجر فصار ذكر الغد للاضافة والتعليق
وذكر اليوم للتعجيل فاذا ثبت هذا فنقول العقد المضاف الى الغد لم
يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا في اليوم

والمضاف الى بقي الي الغد لم ينقضي بمضي اليوم لما صار ذكر اليوم للتعجيل
لا للتاقيت فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر مجهولا
جهالة مانعة من التسليم والتسلم وهي تمنع جواز الوقت ص او ان سكنت
عطارا فبدرهم او حدادا فبدرهمين فهو جايز ش اي ان قال سكنت هذا
الحانوت عطارا فبدرهم او حدادا فبدرهمين فالعقد جايز عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا لا يجوز له ان يسكناه حدادا غير سكناه فيه عطارا فصار
مخيرا بين عقدين مختلفين فصح اعتبارا بالرومية والفارسية ولهما ان المعقود
عليه وهو السكني وهو شي واحد وقد ذكر في مقابلته بدلان فيفسد العقد
بخلاف الرومية والفارسية لان كل منهما عمل مخالف للاخر وان لم تقع السكني
في الصورة المذكورة حتى انقضت المدة وجب الاقل للتيقن وقيل تجب
من كل مسمى نصفه ص ولو استاجره ليخيط له ثوبه اليوم بدرهم فهو فاسد
ش اي العقد فاسد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز لان ذكر
اليوم للتعجيل كما في قوله ان خطته اليوم فلك درهم فيكون المعقود عليه
هو العمل حتى لو عمل بعد اليوم فله ما سماه من الاجر وله ان اليوم ان كان ظرفا
لاستاجرت يكون اجيرا خاصا يستحق الاجرة تسلم نفسه عمل اولم يعمل وان
كان ظرفا لليخيط يكون المعقود عليه العمل لا يستحق الاجر ما لم يعمل والجمع بينهما
متعذر فيفسد للجهالة بخلاف قوله ان خطته اليوم لان المذكور فيه فعل
واحد وهو الخياطة فيكون معقودا عليه وذكر اليوم للاستعجال قيل
الخلاف فيما اذا قال اليوم واما اذا قال في اليوم تعين الاستعجال لانه لا يكون
مستوعبا واما اليوم فصالح ان يكون ظرفا مستوعبا تعينا للمدة ص ولو قال
امرتك ان تخيطه قبا فقال الخياط قميصا كان القول للمالك مع اليمين ويضمن

الخياط

الخياط ش لما بين احكام اتفاق المتعاقدين شرع في بيان احكام اختلافهما
وهو العارض اذا العارض بعد الاصل وبيانه اذا اختلف المالك والخياط فقال
امرتك ان تخيطه لي قبا فقال الخياط بل قميصا فالقول قول المالك مع اليمين
لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول له فيما اذن فيه الا انه لو انكر الاذن
كان القول قوله فكذا اذا انكر وصفه ولكنه تحلف لانه انكر شيا لو اقر به
لزمه فاذا حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شا اخذ واعطاه اجر مثله لانه
امتثل امره في اصل امره وهو القطع والخياطة ولكنه قد غير الوصف فكان لصاحب
الثوب الرضا به وعلى هذا اذا اختلف المالك والصباغ فقال المالك امرتك ان
تصبغه احمر وقال الصباغ بل اصفر فالقول قول المالك مع اليمين لما بينا واذا
حلف فان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شا اخذ ثوبه واعطاه اجر مثل
لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه ما زاد الصبغ فيه
اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ فالاول اعني قوله لا يجاوز
به المسمى في ظاهر الرواية والثاني اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية
ابن سماعة عن محمد لان الصبغ في الثوب بمنزلة عين مال قايم حكما كما في الغصب
حتى لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير وانتفا على بيعه فصاحب الثوب
يطرح في الثمن بقيمة ثوب ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن
الصبغ المتصل في الثوب في حكم عين مال قابل للبيع لما كان لرهن الثمن حصة
ولكن الاصح ظاهر الرواية لان الصبغ الذ للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة
الحوض والصابون في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ
حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ص ولو ادعى العمل بالاجر فالقول
للمالك وجعله للصباغ ان كان حريفا وحكم به ان صدقه العرف ش رجل

قال لصانع عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل عملته باجر فالقول قول المالك
عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ان كان
هذا الصانع حريفا له يعني خليطا فالقول قوله وقال محمد رحمه الله تعالى
ان كان معروفا انه يعمل تلك الصنعة بالاجرة فالقول قوله لشهادة الظاهر
لدعواه ولابي يوسف رضي الله تعالى عنه ان كان عادته سبقت بالعمل
له بالاجرة فالعادة كالمنطوق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المنافع
لا تتقوم الا بالعقد وهو ينكر ليقوم عمله لانكاره العقد والصانع يدعي
الامر الحادث وهو العقد الموجب لتقوم عمله ورب المتاع ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه واما العادة فلا تصلح مرجحة لان الصانع الذي جرت
عادته ان يعمل باجر قد يعمل بغير اجر فلم تكن العادة بينة فلا بد من
الرجوع الى المنطوق واما شهادة الظاهر فتصلح للدفع لا للاستحقاق
ص ولو استاجره لحمل طعام مشترك بينهما تفسد ولا يجب شيا ش اذا
استاجر رجلا ليحمل له طعاما مشتركا بينه وبين المتاجر لا يجوز هذا
العقد ولا يجب له اجر وان حمل وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ويجب
المسمى لانه استاجره على معلوم بعوض معلوم في محل هو ملك المتاجر فيجوز
في نصيبه كما لو كان جميع الطعام ولنا انه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه
فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه مختارا وما يعمله الانسان لنفسه فيه تبرعا
لا يستوجب به الاجر على غيره فوقع الشك في الوجوب فلا يجب ص وتجيز
الام اجارة ابنها وهو في عيال عمه ومنعها ش قال ابو يوسف رحمه الله
تعالى جوز للام ان تؤجر ابنها الصغير الذي في عيال عمه وقال محمد رحمه الله
لا يجوز لها ذلك لان حفظه وتثقيفه الى العم وهو غير مالك لاجاره لما فيه

من اهانته واذلاله فلا ان لا يجوز اولابي يوسف رحمه الله تعالى ان في ذلك
حفظا له ورعاية لحاله فكان تنفعا له فيجوز ولام تملك اتلاف منافع ولدها
بغير عوض بواسطة الاستخدام فبالاولى ان تملك اتلافها بعوض يحصل للطفل
بخلاف الغم فانه لا يملك استخدامه ولهذا ملكت الام اجاره اذا كان في حجرها
اجماعا ص ولو كانت له اجرة في الذمة فصارفه بها ولم يكن شرط التعجيل
ولم تنقض المدة لا يجيزه وخالفه ش اي ولو كان للموجر في ذمة المتاجر
دراهم فصارفه بها اي باع الدينار بالدراهم بيع الصرف والحال ان الموجر
لم يكن شرط التعجيل ولم تنقض المدة بان لم تتم مدة الاجارة لا يجيزه ابو
يوسف الصرف وخالفه محمد رحمه الله تعالى انما قيد المصنف رحمه الله تعالى
بالصرف لانه اذا اشتري الموجر من المتاجر متاعا بالاجرة يجوز اتفاقا
لان الاجر كان دينا والشري يتعلق بمثله فتقع المقاصة بينهما حتى ان تعذر
ايفاء العمل رجع بالدراهم دون المتاع لان الموجر ملك المتاع بالشراء فيعتبر
بما لو وفاه حقيقة وقيد لعدم اشتراط التعجيل وعدم مضي المدة لان
الصرف بعد مضي المدة لان الصرف بعد مضي المدة او اشتراط التعجيل يجوز
اتفاقا وفي المحيط اذا كانت الاجرة نقرة بعينها لا تجوز المصارفة اتفاقا
لان الاجرة بمنزلة المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز لمحمد ان اقدامهما
على بيع الصرف يدل على انهما رضيا بتعجيل الاجرة ثم تصارفا لكن صارف بالدين
الموجل فانه تجوز ويصير كانهما رضيا باسقاط الاجل ثم تصارفا ولابي يوسف
ان الاجرة قبل مضي المدة او اشتراط التعجيل لم تكن واجبة والصرف
بدين مستحب غير جايز لعدم التقابض ولا يمكن ان يكون اشتراط التعجيل
مقتضيا للمصارفة سابقا عليه لان المصارفة بدين جايزه اذا انعقدت في المجلس

ص وتجوز استيجار الظير باجرة معلومة ش لقوله تعالى فان ارضعن لكم
فاتوهن اجورهن ص وهو باطعامها وكسوتها جايز ش اي استيجارها الظير
عند ابي حنيفة رضي الله عنه استحسانا ولهما الوسط وقالا لا يجوز ما لم يبين
قدر الطعام ونوعه وصفته لهما ان الاجرة مجهولة وله ان هذه الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لجريان العادة بالتوسعة على الظير والجري على مرادها شفقة
على الولد ص ولا يمنع الزوج من الوطي ش اي زوج الظير من وطيها
لانه حقه فلا تنقض الاجارة اذا لم يرض بها هذا إذا كان النكاح بينهما
ظاهرا بان يشتهر بين الناس واما اذا ثبت النكاح بالاقرار فليس له
نقض الاجارة ص فان حملت وخيف على الرضيع جاز الفسخ ش لان لبن
الحامل يفسد الرضيع فكان لهم ولاية الفسخ كما لو مرضت الظير ص وتصلح غذاه
ش اصلاح الغذا وغسل الثياب وغير ذلك مما جرت العادة على الظير اعتبارا
للعرف فيما لا نص فيه ص فان رضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها ش
لان المستحق عليها الارضاع ولم تات به ص ولو اجرت المكاتبة نفسها ثم
عجزت فردت تحكم ببقا العقد وابطله ش اذا اجرت المكاتبة نفسها وامتها
ظيرا ثم عجزت وردت في الرق لا تنقض الاجارة عند ابي يوسف وقال محمد
تنقض لمحمد رحمه الله تعالى ان عقد الاجارة بقي لها فلو بقي بعد الرد في الرق
بقي للمولى وهو باطل لان العقد لا يبقى لغير من وقع له ولابي يوسف رحمه الله
تعالى ان العقد ورد على منافعها وهي مملوكة لها من وجه لان عقد الكتابة
يوجب سلامة الاكتساب لها ومملوكه للمولى من وجه تملك الرقبة ولو اعتقت
صارت المنافع كلها لها لم تنقض الاجارة فكذا اذا كانت كلها له يرده في الرق
ص وتجوز اجرة الحمام والحجام ش اما الحمام مع جهالة قدر المنفعة للعرف

واجماع

واجماع المسلمين عليه واما الحجام لما روي انه صلى الله عليه وسلم احتجم
واعطى الاجرة ص لا عسب التيس ش العسب الكرا الذي يوخذ على ضراب
الفحل نهي عن عسب الفحل تقول عسب فحله يعسب اي اكراه وعسب الفحل ايضا ضرابه ويقال ماوه فلان على هذين الوجهين من التفسير عطفه مرفوعا
صحيح ومجرد الكن المقصود منه في الفقه ان يوجر فحلا ينزو على الاناث لقوله
صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه ص
ولا يجوز على المعاصي كالغنا والنوح ش وكذا ساير المعاصي لان المعصية لا تستحق
بالعقد وان قبض الاجر يجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط اذا اخذ المال
من غير شرط يباح له لانه اعطى المال عن طوع من غير عقد ص ولا على الطاعات
كالحج والاذان والامامة وتعلم القران والفقه وقيل يفتى بجوازه على التعليم والامامة
والفقه ش الاصل في ذلك عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار
عليها فلا يجوز الاستيجار على الحج والصلاة والاذان لقوله صلى الله عليه وسلم
لعثمان بن ابي العاص لا تاخذ على الاذان اجرا فيعرف بدلالة هذا النص عدم
جواز اخذ الاجرة على الحج ونحوه والامامة وتعليم القران لقوله صلى الله عليه وسلم
اقروا القران ولا تاكلوا به والفقه عرف ذلك بدلالة النص المذكور وقيل
يفتى بجوازه اي بجواز الاستيجار على التعليم حتى لو امتنع الوالد عن دفع اجرته
للمعلم يحبس فيه وان لم يكن بينهما شرط يومر برضايه واما استيجار المصحف
وكتابة الفقه فغير جايز لعدم التعارف والامامة والفقه وبه اخذ
الشافعي رحمه الله تعالى والمتاخرون من اصحابنا رحمهم الله تعالى ص كتاب
الشفعة ش المناسبة بين الكتابين ان لمالك العين ثمرات احدها جواز
بيع منافعها والثاني استحقاق الشفعة اوان كل واحد منهما ثمرة لملك العين

يثبت بخلاف القياس اما الاجارة فظاهر واما الشفعة فلانها تملك ملك
الغير بغير رضاه لان فيه تحمل ضرر غير مستحق وهو ضرر المالك في تملك ماله
بغير رضاه لاجل ضرر موهوم وهو ضرر الشفيع لانه يحتمل ان يكون المشتري
جبرا من البايع والشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ومنه شاه شافع
معها ولدها وناقة شافع في بطنها ولد ويتلوه اخر وفي الشرع يراد بها ضم
المشتراه الى عقار الشفيع ص وتجب للخليط في المبيع ثم في حقه كالشرب
والطريق الخاص ثم لشريكهما للجار ولو ذميا ش اي تثبت الشفعة للشريك
في المبيع وهذا مقدم على غيره بلا خلاف لانه اقوى لتعلق شركته باجزاء الملك
وفي التبيين الشريك في البناء دون الارض لا يكون خليطا ثم في حقه يعني
اذا سلم الخليط في المبيع الشفعة تجب للخليط في حق المبيع لانه شريك في مرافق
الملك ثم لو كان الخليط في المبيع غايبا يقضي بالشفعة للخليط في حقه اذا
طلب لان الغايب يحتمل ان لا يطلب فلا يوخذ حق الحاضر بالشك ثم اذا حضر
وطلب الشفعة قضاله بها وبعد القضاله بها لو ترك شفعته ليس للخليط
في حقه ان ياخذها لانه بالقضا للشريك انقطع حقه وبطل ولو لم يطلب
الخليط في حقه حين غيبة الشريك فاذا حضر وسلم ليس للخليط ان ياخذها
كذا في القنية وفي شرح الوقاية لمولانا علاء الدين الاسود رحمه الله تعالى
اعلم ان في كل موضع سلم الشريك الشفعة انما يثبت للجار حق الشفعة اذا
كان الجار قد طلب الشفعة حين سمع البيع وان لم يكن له حق الاخذ في
الحال اما اذا لم يطلب الشفعة حتى سلم الشريك الشفعة فلا شفعة له
قوله كالشرب والطريق الخاص قيد به لانهما اذا كانا عامين لم يستحق بهما
الشفعة الشرب الخاص نهر لا تجري فيه السفن وقيل ما نفذ ماوه الى

اخر

اخر الاراضي المسقية منه والطريق الخاص ما يكون غير نافذ قوله ثم تثبتها
للجار الملازق خلافا للشافعي رضي الله عنه وفي الخقايق كذا الخلاف في الجار
المقابل في السكة الغير النافذة اما الجار المقابل في السكة النافذة لا شفعة له اتفاقا
له قوله صلى الله عليه وسلم اذا قسمت الدار وحدودت فلا شفعة ولنا قوله
عليه الصلاة والسلام الجار احق بسبقه ولو كان الشفيع ذميا قيد به لان ابن ابي
ليلى قال لا شفعة للذمي كذا في الكفاية وكذا لو كان ماذونا او مكاتبا لانها شرعت
لدفع الضرر والكل في ذلك سوا وحكم الجار مع الخليط في الطلب كحكم الخليط مع
الشركة ص وتقسم على الروس الى السهام ش الشفعة تثبت للشفعا اذا
اجتمعوا على قدر روسهم وقال الشافعي رحمه الله تعالى على قدر سهامهم في الاظهر
كما اذا كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع
صاحب السدس سدسه وطلبا الدار بالشفعة فانها تقسم بينهما اخماسا ثلاثة
اخماس لصاحب النصف وخمساها لصاحب الثلث لان الشفعة من مرافق الملك
لانها تملك منافعه كاشبه الزرع والغلة ولنا ان الغلة ايصال الملك
وقليل الملك ككثيره الا ترى انه لو تفرد صاحب القليل فله كل الشفعة
وبكثرة الغلة بخلاف الكسب والغلة لان استحقاق ذلك بقدر الملك ولهذا
لو تفرد صاحب القليل لم يستحق الكل ص وتجب بعد البيع الصحيح الخالي عن
خيار البايع وما في معناه وبسقوط الخيار والفسخ في الفاسد س اي
الشفعة تجب بعد البيع الصحيح انما قيد به لان الفاسد مستحق للفسخ فلا
يثبت فيه الشفعة دفعا لتقرير فساده قوله الخالي عن خيار البايع
لانه لو كان للمشتري فله الشفعة اتفاقا اما عندهما فلو كونه مالكا للبيع
وقت الشرا واما عنده فلثبوت حق التملك وهذا كان لثبوت الشفعة كما جاز

للمكاتب الشفعة وكذلك خيار العيب والرؤية لايمنعان من الشفعة قوله
وما في معناه تجب الشفعة ايضا بعد ما هو في معنى البيع كالصلح على مال
والهبة بعوض وبسقوط الخيار يعني يثبت بعد سقوط الخيار عن البايع
والفسخ في الفاسد اي لسقوط الفسخ في البيع الفاسد لان حق الفسخ فيه كان
للشرع فاذا تعلق به حق المشتري بالبنا او الغراس سقط الفسخ وزال المانع
عن الشفعة قال المصنف رحمه الله تعالى في شرحه انما قال وجب البيع
لانه لو قال بالبيع لكان موهما ان البيع سبب وليس كذلك بل البيع شرط
والسبب الشركة بنوعيها او الجوار اقول على هذا كان ينبغي ان يقول وسقوط
الخيار بلا ما عطفا على البيع اذ باليا يوهم ان سقوط الخيار سبب ص
ويستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ او سلمت اليه او حكم له بها ش لان الشفعة
حق ضعيف لابد من طلب المواثبة لتثبت رغبته في الشفعة ومن الاشهاد
على الطلب لتمكن اثبات طلبه عند القاضي وتملك الدار المشفوعة بالاخذ
اسلمت الى المشتري بان الملك ثابت للمشتري حتى لو اجره تطيب له الاجرة
فيشتغل برضاه او حكم له بالجر معطوف على الاخذ يعني تملك الشفعة باحد
الامرين اما بالاخذ بالتراضي او بحكم الحاكم للشفيع بالشفعة وفايدة هذين
القيدين ان الشفيع اذا مات بعد الطلبين قبل الاخذ او الحكم لم تورث
منه الدار المشفوعة ولو باعها لا يجوز ص ولا تجب في غير العقار ش
يعني العروض والسفن والثمار لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع
او حايط وهو حجة على مالك رضي الله عنه في ايجابها في السفن على قوله له لان
الشفعة انما وجبت لدفع ضرر الجار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم
حسب دوامه في العقار فلا يلحق به ولو بيع النخل وحده والبنا وحده فلا شفعة

لانه اقرار بالبنا والنخل بدون العرصة فكان في معنى المنقول وهذا بخلاف
العلو حيث يستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه ويستحق هو
بالشفعة لان حق القرار الحقه بالعقار ص وتثبتها فيما لا يقسم ش اي الشفعة
واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم كالبير والرحا والحمام والطريق وقال
الشافعي رضي الله تعالى عنه لا شفعة فيما لا يقسم واصل هذا الخلاف ان الشفعة
عنده واجبة لدفع ضرر القسمة فلا يتحقق فيما لا يقسم وعندنا ان الشفعة
واجبة لدفع ضرر الجوار على الدوام لان السبب هو الايصال في الملك والاختصاص
لذلك بالمقسوم دون غيره ص والظلة لا تدخل حتى يقول بكل حق ش
الظلة كل ما اظلك من بنا او سحاب او غيره كذا في المغرب وفي المختلف هي
التي اخذ طرفي جذوعها على حايط هذه الدار وطرفها الاخر على حايط الجار
المقابل او الاسطوانة في السكة والخلاف فيما اذا كان مفتح الظلة في الدار
فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يدخل فيها الا ان يقول بكل حق هو لها
او بمرافقها وما اشبه ذلك وعندهما يدخل اما اذا كان مفتحها في الدار
لا تدخل بالاجماع لهما ان الظلة من مرافق الدار لانتفاع صاحبها بها وتعد
من اجزايها فتدخل كالكنيف المشروع الى خارج الدار ولابي حنيفة
رضي الله عنه انها تبع للدار من وجه واصل من وجه لان قرارها بها
وبغيرها فان قال بكل حق هو لها دخلت والا فلا بخلاف المقيس عليه لانه
لا تصال له بملك الغير وهذه المسئلة بيوعيه لكن اوردها هنا لبيان
انه قال يدخل في البيع ليأخذها الشفيع ص واذا ملك العقار بمال
هو عوض وجبت ش اشار بهذا الكلام الى ان وجوب الشفعة انما يكون
اذا ملك العقار بعوض مالي اذ لو كان بغير عوض ليس بمال كالتمليك

والهبة والصدقة والارث لم تجب فيها الشفعة اما الاول فلان الاخذ
بالشفعة تملك على الماخوذ منه بمثل ما ملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة
فلو اخذ الشفيع اما ان ياخذ بالقيمة واما ان يوخذ مجانا بلا عوض لا سبيل
الى الاول لان الماخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثاني لان الجبر
على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ اصلا واما الثاني ففيه خلاف
وهي مسئلتنا الان ص فلا يثبتها في دار يتزوج عليها او يخالع بها
او يستاجر بها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها ش اي الشفعة في دار
يتزوج عليها اي تكون مهر المنكوحه وان قال جعلتها مهرك فيها الشفعة
لانها عوض عين المهر او يخالع بها او يستاجر بها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق
عليها وقال الشافعي رضي الله عنه تثبت الشفعة فيها لان هذه الاشياء
متقومة في الشرع فتكون الدار قيمة للمتقوم ولنا ان قيمة الشيء ما يقوم
مقامه لاتحادهما في المقصود ولاتحاد بين المال وهذه الاشياء فلا يكون
المال قيمة لها الا ان الشرع جعل للبضع قيمة في النكاح لضرورة تعظيم
قدره وسيجيء بيانه في النكاح وللمنافع قيمة في الاجارة لضرورة حاجة الناس
اليها وللدم قيمة لضرورة صيانته عن الهدر وما ثبت بالضرورة لا يتعدى
عن موضعها فلا تكون متقومة في حق الشفعة والاعتاق اراله الملكيه
فلا يقوم المال مقامه ص فلا تزوجها على دار على ان ترد عليه
الفا فالشفعة غير ثابتة له مطلقا واوجبا ها في حصة الالف ش
هذه المسئلة فرع لما تقدم وهي انه اذا تزوج امراة وامهرها دارا على
ان ترد عليه الف درهم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا شفعة في الدار
جميعها وقالا تجب الشفعة في حصة الالف لها ان الدار جعلت صداقا

وبيعا

وبيعا فما خص البضع فهو صداق فلا شفعة فيه وما خص الالف فهو بيع
فيجب فيه الشفعة وله ان بجاب الشفعة في حصة الالف غير ممكن الا بالقسمة
والقسمة الا بعد ظهور تقوم البضع فانه غير متقوم في حق الشفعة كما بينا
ولان المراة لم تبذل الالف الا ليجعل لها الدار فكان في معنى البيع تابعا فيه
ولهذا انعقد بلفظ النكاح ولم يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل
فكذا في البيع ولان هذه مبادلة غير مقصودة والشفعة لا تجب الا في المبادلة
المالية المقصودة فان المضارب اذا باع دارا وفيه ربح لا يستحق رب المال
الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه ص ولو صالح عنها بانكار او سكوت
لم تجب او باقرار او عليها مطلقا وجبت ش لا شفعة فيما اذا كان صالح
عن دار على مال معلوم بانكار او سكوت لانه ينكر مبادلة المال بالمال ويزعم
انه لم يزل عن ملكه وانما بذل المال افتدا لليمين وقطعا لخصومته
قال المصنف رحمه الله تعالى هذا المذكور هو الصحيح واكثر نسخ القدوري
او يصالح عليها بانكار قال في الهداية والصحيح عليها بانكار او سكوت او يصالح عليها بانكار
مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده وهو
يزعم انها لم تزل عن ملكه انتهى وان صالح عنها باقراره او صالح عليها
باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة اما الاول فلوجوب مبادلة
المال بالمال لانه اعترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح واما في الثلاثة
البواقي فلان المدعي اخذها عوضا عن حقه في زعمه ان كان الماخوذ
من جنس حقه والمراد من اخذ بزعمه وان كان الماخوذ من خلاف جنس
حقه بان كان الصلح على بيت من دار فانه لا شفعة فيه لانه لا معاوضة
فيه لما انه اخذ عين حقه وفي البدايع ولو اصطلحا على ان ياخذ المدعي الدار

ويعطيه دارا اخرى فان كان الصلح عن انكار يجب في كل واحد من الدارين
الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار كان هذا الصلح
معاوضة دار بدار وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين
جميعا لانهما جميعا ملك المدعي انتهى ص ولا تجب بالارث والوصية وطرد
ذلك في الهبة الا بعوض مشروط ش اما الميراث فلان الملك الحاصل
به حاصل بغير عوض ولان الثابت للوارث عين الثابت للمورث ولهذا
يرد بالعيب وترد عليه الشفعة لا تجب الا بعد انتقال الملك ولا انتقال
والوصية اخت الميراث واما الهبة فاذا عوض عنها قال مالك رحمه الله تعالى
تثبت الشفعة لانها صارت بمعنى المبيع بواسطة العوض وعندنا ليس
له حق الشفعة لان العوض الذي اعطاه الموهوب له لم يكن واجبا
عليه لكنه متبرع به فاستفاد به سقوط ما كان ثابتا للواهب في حق
الرجوع والموجود من الواهب تبرع ايضا فلم يكن الموجود معاوضة اذ العوض
واجب في المعاوضة وهاهنا ليس بواجب فكان متبرعا ولا شفعة في
التبرعات ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا
لان الهبة بشرط العوض هبة في الابتدا وبيع في الانتها ص ولا تثبت
للجار باقتسام الشركا ش اذا اقتسم الشركا العقار لم يثبت لجارهم
حق الشفعة بالقسمة لان القسمة فيها معنى الاقرار ولهذا يجري فيها
الحصر والشفعة لا تجب الا في مبادلة المال مطلقا ص ولا يرد المشتري
بشرط او برؤية او عيب بعد التسليم فان رده بعيب بعد القبض بغير
قضا او تقايلا وجبت ش اي لا تثبت الشفعة للجار اذا رد المشتري
بسبب خيار الشرط او خيار رؤيه او خيار عيب بقضا القاضي وهذا قيد

للرد

للرد بالعيب سوا كان الرد بعد القبض او قبله بعد التسليم الجار الشفعة
وقت الشرا لان الرد فسخ من الاصل فاذا رده بعيب بعد القبض بغير
قضا او تقايلا البيع وجبت الشفعة لان ذلك فسخ في حقهما او عقد جديد
في حق الشفيع اذ لا ولاية لهما على غيرهما فتكون معاوضة مالية في حقه
قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
ص ولو استثنى ذرعا مما يليه امتنعت ش اذا باع دارا الا مقدار ذراع
في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة فيه لان الشفعة انما تجب
بالشركة او بالجوار ولم يوجد واحد منهما وهذه في منع ثبوت الشفعة
وعلى هذا لو وهب له قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار
وسلمه ثم تتبع ما بقي منه فلا تجب للجار الشفعة لان ملكه لا يلازق
المبيع ثم تقيد الاستثنا بمقدار الذراع لبيان التصوير لا لمنع الزيادة
ولا النقصان ص ولو ابتاع سهما بثمن ثم ابتاع الباقي يثبت في الاول
ش رجل اشترى سهما من دار بثمن معلوم ثم اشترى بقيتها فالشفعة
للجار في السهم الاول لا في الباقي لان مشتري سهما صار شريكا للبايع
في الباقي والشفيع جار له والشريك مقدم عليه وهذه الحيلة لدفع
الجار ص او بثمن ثم عوضه عنه بثوب يثبت بالثمن ش اذا ابتاع المشتري
دارا ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لان
وجوب الثوب بعقد اخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه الحيلة
تعم الشركة والجوار فيشتري المنزل الذي قيمته ماية بالف ويعطي عن
الالف ثوب قيمته ماية غير انه اذا استحق المنزل يرجع المشتري على البايع
بالالف ببقا العقد الثاني على الصحة فيتضرر البايع حينئذ على تقدير

الاستحقاق والحيلة انه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم بيعها بعشرين
الف درهم ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة درهم ويقبض بالباقي عشرة
دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب
في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا
وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار وظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار
فيبطل الصرف كما لو باع الدنانير بالدراهم التي للمشتري على البايع ثم تصادقا
انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف وفي تقريب الواقعات وجميع مسايل
الحيل يوجد في المبسوط الاهون ص وكره الحيلة في اسقاطها ش اي وكره
محمد رحمه الله تعالى الحيلة في اسقاطها وقالا لا نكره له اي ان ثبوتها لدفع
الضرر فاذا ابيحت الحيلة في اسقاطها يكون ابقاء الضرر الحاق فيكون
حراما ولهما ان هذا امتناع عن اثبات الحق وهو مشروع قيد بقوله في
اسقاطها لان الحيلة في ابطالها مكروهة اتفاقا كما اذا قال المشتري
للشفيع بعدما اثبت حقه انا ابيعها منك بما اخذت وقال الشفيع نعم
تبطل الشفعة كذا في النهاية لكن قال شمس الايمة رضي الله عنه لا باس
بالحيلة لابطال حق الشفعة اذا كان قصد الدفع عن نفسه لان في اخذ داره
بغير رضاه ضررا عليه واضرار الغير به ضمني فلا يعتبر ص فصل
في طلب الشفعة والخصومة فيها ش لما لم تثبت الشفعة
بدون الطلب شرع في بيان الطلب وكيفيته واقسامه ص واذا علم
بالبيع اشهد في مجلس علمه على الطلب ش اي اذا علم الشفيع بالبيع الى اخره
وليسمي هذا الطلب المواثبة لابد للشفيع منه وان لم يكن تحضرته من يشهد
ليلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة

لمن

لمن دابها اي طلبها على المسارعة ويمكنه الحلف اذا استحلف ثم هذا الطلب
انما يجب عليه اذا اخبره رجلان او رجل عدل عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه
وعندهما يجب اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا اذا كان
الحر حفا ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب اتفاقا كيف ما كان
لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصومة كذا في التبيين وعن محمد
ان له خيارا الى اخر المجلس ما لم يشتغل بما يدل على الاعراض وهو مختار الكرخي
لانه تملك لا بد فيه من التامل لكن المشهور عن ائمتنا انه على الفور حتى قالوا
لو سكت بعد علمه او تكلم بما هو بطلت شفعته وفي الوقايات الصحيح ان
الشفعة تثبت بكل كلام يفهم منه طلبها اسمية كانت او فعليه ص ثم
على البايع ان كان المبيع في يده او على المشتري او عند العقار ش اي لم
يشهد على البايع ان كان المبيع في يده لكونه خصما فيه نص عليه محمد في الجامع
الكبير الا انه يصح الاشهاد على البايع بعد تسليم المبيع استحسانا لانه عاقد
لا قياسا او على المشتري لانه مالك المبيع او عند العقار لتعلق الحق به ويستحب
هذا الطلب التقرير صورته ان يقول ان فلانا اشترى دارا او هذه الدار
وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وانا طالبها الان فاشهدوا على ذلك
قال شيخ الاسلام لو علم بالبيع عند احد هذه الثلاثة فطلب واشهد عليه
يكفيه فلا حاجة الى طلب الاشهاد ثانيا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين
من الاشهاد مع القدرة على احد هذه الثلاثة فاترك الاقرب من هو لا فطلب
الابعد في مكان اخر بطل شفعته الا ان يكونوا في مصر وعن محمد رحمه الله انها
تقدر بثلاثة ايام وعن الشافعي رضي الله عنه ان له الطلب في جميع عمره ص
وتاخير الخصومة بعد الاستحكام لاسقطها وعليه الفتوى ويسقطها بترك

المحاكمة مع القدرة وقدره محمد بشهر من غير عذر ش قال ابو حنيفة رضي الله
عنه اذا اشهد الشفيع بالشفعة على احد الثلاثة واستقرت الشفعة
لم يسقط بالتاخير ابدا حتى يسقطها بلسانه وهو رواية عن ابي يوسف
رحمه الله تعالى وهو ظاهر المذهب وعنه اذا ترك المخاصمة في مجلس من
مجالس القاضي تبطل شفعته حتى لو كان للقاضي مجلس في كل ثلاثة
ايام فلم يخاصم حتى مضى المجلس بطلت شفعته وعند محمد وزفر رحمهما الله
تعالى انها تبطل اذا تركها اشهرا والفتوى على قول ابي حنيفة رضي الله
عنه وهو اختيار صاحب الهداية والكافي قال شيخ الاسلام والامام فخر الدين
قاضي خان الفتوى اليوم على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى والخلاف
فيما اذا ترك المرافعة الى القاضي بعد الطلبين من غير عذر اذ لو تركها
بعذر مرض او حبس او عدم قاض في البلد او عدم قدرته على التوكل
بالطلب لم تبطل شفعته بالاجماع وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة
الى القاضي خوفا منه بان لا يرى شفعة الجوار فتبطل شفعته عند
المحاكمة فلم تبطل فهو على شفعته لان هذا عذر وجه قول محمد رحمه الله
تعالى ان حق الشفعة انما يثبت للشفيع دفعا للضرر عنه ولكن يشترط
ان لا يتضرر به المشتري وعدم سقوط حقه على التابيد مضر للمشتري
لامتناعه عن البناء والغرس لان الشفيع اذا اخذ بحقه كلفة قلع بنائه
وغرسه فلا بد من التقدير بزمان والشهر ادنى الاجال وما دون ذلك
عاجل بدليل السلم والثمن فقدرناه به ولم يقيد بما دونه وعند ابي يوسف
رحمه الله تعالى ان الترك مع القدرة دليل الاعراض فجعل عوضا منها وعند ابي
حنيفة رضي الله عنه انه حقه قد تقرر شرعا فلا يبطل باخيره كساير

الحقوق

الحقوق الا ان يسقطها وما ذكر من الضرر يمكنه ان يدفعه برفع الامر الى
القاضي حتى يامره بالاخذ او الترك فمتى لم يفعل فهو الذي اضر بنفسه مع انه
يشكل عليه بما اذا كان الشفيع غايبا فانه لا حق فرق في حق المشتري في لزوم
الضرر عليه من ان يكون الشفيع حاضرا او غايبا ثم لم يعتبر ضرره فيما اذا كان
الشفيع غايبا حيث لم يبطل حق الشفيع بتاخير الخصومة بالاتفاق فيجب
ان لا يبطل ايضا فيما اذا كان الشفيع حاضرا واخر طلب الخصومة بالقياس
وفي الذخيرة لو كان الشفيع غايبا ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له
الاجل على قدر المسير الى المشتري اذا البايع او الدار المبيعة بطلب الاشهاد
والتقدير ولو قدم الى المصر فتغيب المشتري فطلب طلب الاشهاد عند
البايع او عند الدار ثم ترك طلب التمليك لا تبطل شفعته وان طال
ذلك بلا خلاف لان ذلك ترك بعذر اذ لا يمكنه اتباع المشتري لاجل الخصومة
لانه كلما قدم مصر اتيه المشتري ليا خذ منه فيهرب المشتري الى مصر اخر
فترك هذا الطلب بعذر لا يوجب بطلان الشفعة ص واذا ادعى الشرا
وطلب الشفعة سال القاضي المشتري فان اعترف بملكه الذي يشفع
به والا كلفناه البينة فان عجز استحلف المشتري على ما ابتاع او ما يستحق
عليه هذه الشفعة فان نكل يعني ها ش هذه الجملة مشتملة على المطلب
الثالث وهو الخصومة في الشفعة وكيفية الحكم بها اذا تقدم الشفيع
الى القاضي وادعى على المشتري الشرا وطلب الشفعة ساله القاضي ان
يصف موضع الدار من المصر ومحلتها وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد ان
تكون معلومة لان دعوى المجهول لا يصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين
ذلك ساله هل قبض المشتري الدار او لا لانه اذا لم يقبضها لا تنفع دعواه

على المشتري حتى يحضر البايع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدد
ما يشفع به لينظر الى ما زعمه هل هو محجوب بغيره او لا لان الناس يختلفون
فيه فلعله ادعى بسبب غير صالح فاذا بين سببا صالحا اخفى علم وكيف صنع
حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف
ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقدير كيف كان وعند من اشهد
وهل كان الذي اشهد عنده اقرب من غيره او لا على الوجه الذي بينا
فاذا بين ذلك كله ولم تخل بشيء من شروطه صحت دعواه واقبل على
المدعى عليه فسأله عن الدار التي تشفع بها هل هي ملك الشفيع او لا فان
كانت في يده الدالة على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق
فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه فان
اقر بملكه الذي يستحق به الشفعة كان خصما له باعترافه والا كلف
المدعي ان يقيم البينة وقال زفر وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله يقضي
بظاهر اليد لان اليد دليل الملك ولنا ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق
فان عجز عن البينة وقال ان المشتري يعلم به واستحلفه حلفه الحاكم
بالله ما هو ملكه او ما يعلم انه ملكه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به
لزمه فاذا انكر يستحلف ويحلف عند محمد رحمه الله على الثبات لان المدعي
يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وعند ابي يوسف على العلم
لانه على نفي فعل الغير وبه يفتى فان نكل عن اليمين او اقام المدعي البينة سأل
المشتري عن الابتياع لانه صار خصما اذ النكول بدل او اقرار فان انكر امره
الشفيع ان يقيم البينة لانه مدع سبب الاخذ فان عجز استحلف المشتري
بالله ما اشتري او بالله ما يستحق الشفعة في المبيع على ما تدعي لان الحالف

على السبب اذا لم يكن تعريض قول ابي يوسف وعلى الحاصل تولها وكل منهما
تندفع به الخصومة فيخير والاستحلاف على التفاوت لانه فعله واذا طلب
الشفيع ان يقضي له والمبيع غير مقبوض لم يقض حتى يحضر البايع والمشتري
لانهما خصم فان اليد للبايع والملك للمشتري فيشترط حضورهما وان
كان مقبوضا فالخصم هو المشتري وحده لان البايع لم يبق له يد ولا ملك
فصار كالاجنبي ص وذكر في الاصل ولا يلزم احضار الثمن الا بعد القضا
بها والزمه به قبله وهو رواية ش وذكر في الاصل ما يدل على ان للقاضي
ان يقضي بالشفعة قبل احضار الشفيع الثمن الى مجلس القاضي قيل
هو قول الامام وابي يوسف وقال محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
ليس له ان يقضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع قد يكون مفلسا
فيتضرر المشتري ولهما انه نوع تملك فصار كالبيع وذكر في التحفة ان
الاحوط ان لا يقضي بها حتى يحضر الشفيع الثمن او يشرط عليه انه ان لم
يات بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة له او يقول الشفيع ان لم اعطك الثمن
الى وقت كذا فانا بري من الشفعة لانه اسقاط فيصح تعليقه بالشرط
ص واذا كان المبيع في يد البايع لم يسمع البينة حتى يحضر المشتري
فيفسخ البيع بحضرته ويقضي بها ويجعل العهدة على البايع لا على المشتري
ش اذا كان المبيع في يد المشتري امر القاضي الشفيع ان ياخذ منه
ويسلم الثمن اليه ويكون عهدته عليه لانه ملكه عليه وان كان في يد
البايع امر الشفيع ان ياخذ منه ويسلم الثمن اليه وتكون العهدة عليه وقال
الشافعي تكون على المشتري في الوجهين اصله ان الاخذ بالشفعة ينفسخ
البيع عندنا في المشهور وعند الشافعي لا ينفسخ وهو رواية عن ابي يوسف

لها ان ثبوت الشفعة بنا على البيع فلا بد من تقريره لان بطلان الاساس
يقتضي بطلان البنا والمشهور ان نفس البيع لا ينفسخ وانما تنفسخ الاضافة
لان قوله بعتك ايجاب بيع واضافة فتنفسخ الاضافة من المشتري الى
الشفيع لامتناع قبض المشتري كمن رمى الى رجل سهما فتقدم اليه غيره واخذه
لم ينقطع الرمي على نفسه بل ينقطع التوجه الى الاول ثم الشفيع يتملكه بعقد
جديد او يتحول الصفقة اليه اختلفوا فيه وعامتهم على انه يتملكه بعقد
جديد ص ويرد بخيار الرؤية والعيب مع شرط المشتري البراءة ش اذا
قضي للشفيع بالشفعة اوسلم المشتري ثبت للشفيع خيار الرؤية وخيار
العيب فيرد على الذي اخذ منه ان شاء لان الشفيع قعد بمنزلة المشتري مع البايع
لانه مقابلة مال بمال وان سقط الرد عن المشتري بشرط او برويته لانه
لم يكن بايعا عن الشفيع فلا يكون سقوط الرد في حقه سقوطا في حق الشفيع
ص ومن اشترى لغيره كان خصما للشفيع لا بالتسليم الى الموكل ش
وكل من اشتري والمبيع في يده فهو خصم للشفيع لان حقوق العقد
متعلقة بالعاقد الا ان يسلمه الى من له العقد لانه لم يبق له يد ولا ملك
وعلى هذا الوكيل بالبيع والوصي والوكيل مع الموكل كالبايع من المشتري ان
كان المبيع في يد البايع فالطلب منه صحيح وان كان في يد المشتري لا يصح
هو المختار وانما فرق بينهما لان البايع اذا سلم المبيع لا يكون خصما حتى
يحضر المشتري والوكيل اذا قبض فهو خصم وان لم يحضر الموكل ص
ولو قال المشتري لوكيل الشفيع قد سلم مع موكلك يامر بتاخير القضا
حتى يحضر فيحلفه وامر به للحال ش قال ابو يوسف اذا طلب وكيل
الشفيع الشفعة فقال له المشتري قد سلم موكلك الشفعة لا يقضي القاضي

بالشفعة

بالشفعة حتى يحضر الشفيع فيحلف وقال محمد يقضي بالشفعة للحال ويو مر
بتسليم الدار المشفوعة الى وكيل الشفيع ثم يتبع المشتري الموكل ويستحلفه
لان الحق ثابت ظاهر فلا يوخر لامر موهوم ولابي يوسف انه لو قضى في
للحال ثم حضر الشفيع فحلف فنكل وجب نقض القضا فيجب تاخيره صيانه
له عن النقض ص وان باع او وهب ثم غاب فادعى الشفيع على الحاضر
فانكر يجعله خصما ش رجل اشترى دارا وقبضها ثم وهبها لاخر وسلمها اليه
ثم غاب احدهما فجا الشفيع يخاصم الحاضر ان كان الحاضر هو المشتري
لا يكون خصما لانه يدعي حقا في الدار وهي ليست في يده وان كان هو الموهوب
له قال ابو يوسف يكون خصما وقال محمد لا يكون خصما واختلف المشايخ
في قول ابي حنيفة فقيل انه مع ابي يوسف وقيل انه مع محمد وهو الاصح
لابي يوسف انه يدعي حقا فيما هو في يده وهو حق الاخذ بالشفعة
فصار كما لو ادعى ملكا في يده ولهما ان الشفيع لا يدعي حقا في الدار
وانما يدعي حقا على المشتري وهو حق التملك والموهوب له لا ينتصب
خصما فيما يدعى على الواهب وعلى هذا الخلاف لو باعها كان الهبة
وسلمها ثم غاب المشتري الاول وحضر الشفيع واراد ان ياخذها بالبيع
الاول كان المشتري خصما عند ابي يوسف وعندهما لا يكون وعلى هذا
الخلاف اذا باع عبد المأذون المديون وغاب والمشتري يكون خصما
للغرما عند ابي يوسف خلافا لهما ولو اشتراها وقبضها ثم باعها فان شا
الشفيع اخذها بالبيع الاول وان شا اخذها بالثاني فان اخذها
بالاول بطل الثاني لانه اخذها بحق سابق ويرجع المشتري على البايع
بالثمن ولو اخذها في الغيبة بالبيع الاول انتقض الثاني عند ابي يوسف

رحمه الله تعالى وكان للمشتري الثاني ان يرجع بما دفعه الى الاول فان
كان الثمن الاول والثاني من جنس واحد فله ان ياخذ حقه مما نقده
الشفيع الاول لانه ظفر بجنس حقه وان كان من خلاف جنسه ان شا
اخذ الثمن من الشفيع ووضعه عند عدل وان شا ترك في ذمته واخذ
منه كفيلا رعاية لحق الغايب وعلى هذا في الهبة لانه لا يمكن دفع الثمن
الى الموهوب والصدقة **فصل فيما تبطل به الشفعة وما لا**
تبطل لما بين شرايطها اخذ في بيان ما يبطلها وما لا يبطلها **ص** ولو
ترك الاشهاد مع القدرة **ش** اي لو ترك الاشهاد على طلب المواثبة
لم تبطل شفعته لان الاشهاد في المواثبة ليس بشرط وانما ذكر في
الكتب للاحتياط حتى لو انكر المشتري الشرا تمكن الشفيع من اثباته
لانه شرط كالاشهاد على طلب التقرير في الحايط المايل ولو ترك
الاشهاد على طلب الاشهاد بطلت شفعته لانه دليل الاعراض الا ان
يكون هناك مانع فان الترك لا يكون اعراضا فلا يسقط حقه كما اذا
اشترى دارا والشفيع في بلد اخر وبينهما حرب قوم مخوف لا يقدر
على بعث الوكيل او كان بينهما نهر مخوف او ارض مسبعه ولو ترك احد
الطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير مع القدرة عليه بان لم يشهد
اصلا او لم يكن في الصلاة بطلت شفعته لانهما تبطلان بالاعراض
واذا انما يثبت حالة الاختيار وهي حالة الاقتدار **ص** او صالح من
شفعته على عوض **ش** اي وتبطل الشفعة ايضا بالصلح على عوض وجب
رده لانها ليس حقا مقررا في المحل وانما هي مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض
عنها بخلاف الاعتياض عن اسقاط الرق وملك النكاح والقصاص لان

ملكه

ملكه في هذه الاشيا تقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به الاتري
ان للمولى ان يقتل قصاصا بغير قضا ولا رضا فعلم ان حقه ثابت في المحل
في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضا ولا رضا ونظير ما نحن
فيه ما اذا قال للمخير اختاري نفسك بالف او قال بالفين او قال العين
لامراته اختاري ترك النسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض
وهذا اذا كان ذلك بعد البيع اما اذا كان قبله فلا يسقط به لان اسقاط الحق
قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط سوا علم بالاسقاط او لم يعلم لانه
لا يعذر بالجهل باحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو
صالح على اخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا يسقط شفعته لانه
لم يوجد منه الاعراض غير ان الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلوم
عند الاخذ ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتدا والاخذ بالشفعة
بيع من الشفيع **ص** او باع ما يشفع به قبل القضا بها مطلقا **ش** اي وتبطل
الشفعة ايضا ببيعه الدار التي تشفع بها قبل القضا بالشفعة مطلقا
اي سوا علم بالشرا ام لا وانما كان ذلك مبطلا لها لزوال السبب قبل التملك
وهو الجوار لانه اسقاط كالابرا عن الدين بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار
لبقا السبب لان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبخلاف ما اذا
باع بعد الحكم لان حقه قد استقر فيها فلا يسقط ولو رجعت الى ملكه
بعيب بقضا او بغير قضا او بخيار رؤية او شرط للمشتري فليس له الاخذ
بالشفعة لان الحق لا يعود بعد بطلانه لا بسبب جديد **ص** او ساقم
المشتري او استاجر منه او اخذها مزارعة او معاملة مع علمه بالشرا **ش**
اي وتبطل الشفعة ايضا بهذه المذكورات بعد العلم بالشرا لان هذه الاشيا

دليل الاعراض لاقتضايها عقدا جديدا وانما اشترط العلم لانها غير موضوعة
للاسقاط وانما تسقط لما فيها من دليل الرضا وهو لا يتحقق بدون العلم
بخلاف تسليم الشفعة قبل العلم بالشراء لانه تصرح بالاسقاط بعد الوجوب
فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق والابراء عن الدين وبخلاف بيع
ما يشفع به لبطلان سبب الاستحقاق ص او مات قبل القضاء بها بطلت
ولا تورث ص قال علماؤنا اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ بالقضاء
او بتسليم المشتري بطلت شفعته ولم تورث عنه خلافا للشافعي له انها حق
معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا انها مجرد حق وهو
حق التملك وانه مجرد راي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص
لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له عليه القصاص ولهذا يجوز
اخذ العوض عنه وملك الغير يبقى بعد الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة
لانها مجرد حق ادمي ومجرد راي ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن
ارثها لان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت
الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها من
وقت البيع الى وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت ولو مات
بعد القضاء بها قبل نقد الثمن فالبيع لازم لورثته لان بالقضاء صارت
ملكا للشفيع ص وان مات المشتري لم يبطل ش لبقاء المستحق وعدم
تغير سببه فانما حصل الانتقال الى ورثته في الدار المشفوعة وذلك حقه
كما اذا انتقل حقه الى غيره لسبب اخر فينقضه ويأخذ بالشفعة كما ينقض
سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ولا يباع في دين المشتري ولا في
وصيته لان الشفيع مقدم عليه ولو باعها القاضي او الوصي في دين المشتري

ابطله

ابطله الشفيع كما في حياته ص لا شفعة لوكيل البايع ولا لمن ضمن له الدرك
بخلاف وكيل المشتري ش لا شفعة للبايع فيما باع وكيلا كان او اصيلا لانه
يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة
يملك وبينهما منافاة وكذا الاخذ يوجب التسليم والاخذ بالشفعة ينافيه لانه
يمنع به التسليم حتى لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع وجا شفيع دونه فلا
شفعة له او مثلها اخذ منه نصفها وكذا لو ضمن الدرك على البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له ايضا لان تمام المبيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالمبيع
الا بضمانه فكما ضمن تم به المعقود فلا يكون له بعض ما تم من جهته بخلاف وكيل
المشتري فانه اذا كان هو الشفيع يكون له الشفعة لانه ليس في ذلك ابطال
شرايه فلم يشتمل طلبه الشفعة منه على بعض ما تم من قبله فصح والاصل
في ذلك ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او اشترى له فله الاخذ
بالشفعة لان الاخذ في الاول يلزم منه بعض ما تم من جهته على ما بينا وفي
الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ص
ولمن باع المريض من وارثه دارا بمثل القيمة او اكثر فالبيع والشفعة باطلان
ش قال ابو حنيفة اذا باع المريض مرض الموت لوارثه دارا بمثل القيمة او
اكثر فبيعه منه باطل ولا يترتب عليه شفعة الا اذا اجازت الورثة
وقالا يجوز بمثل القيمة وشرك المحاباة ان كانت دفعا للتهمة ويصح طلب الشفعة
وانما عين في المتن المبيع بمثل القيمة او اكثر تعيينا لموضع الخلاف فانه يذكر
بعد ذلك حكم ما اذا باعها منه باقل ولابي حنيفة ان في الايثار بالعين
تهمة والتهمة قايمة كيف ما كان وعلى صحة البيع وعدمها ينبني ثبوت
الشفعة وعدمه حتى لو باع المريض من وارثه واجنبي شفيعها لم تجز

البيع ولا يثبت الشفعة الا اذا أجازت بقيمة الورثة فيجوز البيع بمثل
القيمة او اكثر وتثبت الشفعة ص وان باعها باقل ولا مال له غيرها
فلا شفعة ش يعني لو باع المريض من وارثه تلك الدار وحابي بان
باعها بالف ثمن وقيمتها ثلاثة الاف درهم ولا مال له سواها فللشفيع اخذها
بالقيمة ان لم تجز بقية الورثة المحاباة في رواية كتاب الشفعة او بالثمن
ان اجازوها لان الشفيع قايم مقام المشتري وذكر في موضع اخر ان الشفيع
لا ياخذها لان البيع بالمحاباة للوارث وصية فكان فاسدا ولا شفعة في
البيع الفاسد ص وان باعها من اجنبي بالمثل فشفعة الوارث باطلة
ش باع المريض دارا من اجنبي بمثل القيمة او اكثر ووارثه شفيعها
له ان كان البيع بمثل القيمة او اكثر فالبيع صحيح بالاتفاق ولا شفعة
له عند الامام وقالا له الشفعة بناء على جواز بيع المريض من وارثه
وعدم الجواز وان كان باقل ولا مال له سواه فلا شفعة للوارث بالاتفاق
في الاصح اما عند الامام فانه لا يصح بيعه منه فلا يصح انتقال الشفعة اليه
واما عندهما فلانه يصح بيعها من الوارث بالمحاباة فلا يصح انتقالها اليه
بالشفعة لانه لا يمكن الاخذ بمثل المسمى للمحاباة ولا بالقيمة لانها اكثر من
الثمن وانه تغيير للعقد ولا تعمل الاجازة في حق المشتري لان العقد نافذ
في حقه فيلغوا الاجازة في حق الشفيع وفي رواية الوصايا ياخذها
بالقيمة كما لو باع من الوارث باقل من قيمته ص واذا اخبرانها بيعت
بالف او ان المشتري فلان فسلم ثم علم انه غيره او ان البيع باقل او
بمكيل او موزون قيمته الف او اكثر لم تبطل ش اذا اخبر الشفيع ان
الدار بيعت بالف فسلم او سكت ثم ظهر انها بيعت باقل منه فهو على شفعته

لان

لان الاسقاط بكثرة الثمن لا يدل على الاسقاط لقلته بخلاف ما لو ظهر انها
بيعت باكثر حيث تسقط شفعته لان التسليم كان لاستكثار الالف واذا كان
الاكثر كان اشد رضا بالتسليم واذا اخبر ان المشتري فلان فسلم ثم ظهر انه
غيره او هو لمن اشتراها لغيره فهو على شفعته لانه قد يرضى بجوار شخص
دون شخص غيره وان ظهر انه فلان واخر معه صح تسليمه في نصيب فلان
فقط وان اخبر ان الثمن الف فسلم ثم ظهر انه مكيل او موزون او معدود
متقارب فهو على شفعته لانه قد يتصدر عليه الالف ويتيسر عليه
ما يجيء به من المكيل ونحوه سواء كانت قيمته الف او اقل او اكثر لان
الواجب المثل ص او قيمة قيمتها الف ابطلناها ش قال علماؤنا اذا
اخبر الشفيع ان الدار بيعت بالف درهم فظهر ان البيع كان بمائة دينار
قيمتها الف درهم فالتسليم صحيح استحسانا وقال زفر وهو القياس هو على
شفعته لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة وحكما ولهذا
جاز التفاضل فيها في البيع وكذا الواجب على ان يقر بالدراهم فاذا قد
بالدنانير لا يكون ايذانا بالاخر ولو كانا جنسا واحدا لما صار مختارا وجه
الاستحسان انهما من جهة السمية جنس واحد وكلاهما فيه ولهذا يضم
احدهما الى الاخر في الزكاة ص او بعوض غير مثلي قيمته الف بطلت او اقل
لم تبطل ش وان اخبر ان البيع بالف فظهر انه من ذوات القيم ان كانت
قيمته الفا او اكثر فهو تسليم وان كانت اقل فليس بتسليم لان الشفعة تجب
بالقيمة وقيمته من جنس الدراهم فصار كما لو بلغه مقدار من الدراهم
فسلم ثم ظهر مقدار اخر منها ولو اخبر ان الثمن من ذوات القيم فسلم ثم
ظهر انه شيء اخر من ذوات القيم فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل

قال شيخ الاسلام هذا اذا كانت قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر اما
اذا كانت مثل قيمة ما اخبر فشفعته باطلة لان الثمن اذا كان من
ذوات القيم انما تاخذ الشفعة بقيمة الثمن دراهم فكانه اخبر ان الثمن
الف درهم فسلم ثم ظهر انه مثل ما اخبر او اكثر فصح التسليم ولو ظهر انه
اقل لم يصح ولو اخبر ان الثمن من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم فجواب
محمد انه على شفعته من غير فضل قيل هذا فيما اذا كان ما ظهر اقل من
قيمة ما اخبر اما اذا كان مثلها او اكثر فلا شفعة له وقيل بل على اطلاقه
لان في المسئلة السابقة قد يصير مغبونا لان التقديم يكون بالظن
وسلم حتى لا يكون مغبونا وفقد هذا المعنى فيما اذا كان الثمن دراهم
ص ولا يجعل قوله اخذ نصفها تسليما ش لو طلب الشفيع الشفعة
بل النصف لم يكن تسليما للكل وان قالوا هذا النصف قال ابو يوسف
لم يكن تسليما كطلب النصف وقال محمد يكون تسليما كترك النصف
لانه ترك النصف فيطلب الشفعة فيه فتبطل في الباقي لانه لا يتجزا
ولابي يوسف ان طلب النصف لا يكون تسليما للباقي لان طلب بعض الحق
لا يكون رضى فسقوط الباقي ص وابطل تسليم الاب والوصي شفعة
الصبي ش قال محمد اذا اشترى رجل دارا بمثل القيمة وشفيعها صبي فسلم
الاب او وصيه شفعته فتسليمه غير صحيح حتى يكون الصبي اخذها بالشفعة
بعد البلوغ لمحمد ان الشفعة تثبت للصغير نظرا له وفي ابطالها ضرر به
فلا يجوز ولابي حنيفة وابي يوسف ان الاخذ بالشفعة تملك بعوض فصار
كالشرا فيجوز ولو بيعت باكثر من القيمة بما لا يتغابن في مثله فسلم
الولي لم يجز التسليم عندهم في الاصح لانه لا يملك الاخذ والتسليم انما يصح ممن يملك

الاخذ

الاخذ وان بيعت باقل بمحاباة كثيرة ففي رواية عن الامام يصح تسليم
الولي ووجهها انه امتناع عن الاخذ له لا ازالة عن ملكه فلا يكون تبرعا
وعنه انه لا يصح وهو قول محمد لانه بمنزلة التبرع بمال ص ولو اشتراها
لابنه الصغير اجزنا له اخذها بالشفعة ش قال علماونا الثلثة اذا
اشترى الاب لابنه الصغير دارا والاب هو الشفيع فله اخذها قبل بلوغ
الصغير بالشفعة لنفسه وقال زفر ليس له ان ياخذها بالشفعة
قبل بلوغه وهذا بنا على ان عنده الواحد لا يجوز ان يكون مطالبا ومطالبا
وعندنا يجوز ويصير هو بمنزلة شخصين للحاجة وكمال الولاية وعلى
هذا الخلاف اذا اشترى بمال ابنه لنفسه ولو كان مكان الاب وصي ان
كان فيه منفعة للصغير اخذه بالشفعة على قياس قول الامام واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وان لم يكن فيه منفعة له بان اشترى بمثل
القيمة لا ياخذ بالاتفاق كما في شرا الوصي من مال الصغير لنفسه وطريق
اخذه ان يقول اشتريت واخذت بالشفعة ولو اشترى الاب لنفسه
والصبي شفيعها فلا شفعة له لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته مبطل
بخلاف ما اذا باع والصبي شفيعها لانه لا يملك الاخذ ص ومنعناه
من اخذ احدى دارين بيعتا في مصرين صفقة واحدة ش ولو باع
دارين في مصر او في مصرين صفقة واحدة وشفيعها واحد اليس للشفيع
ان ياخذ احداهما ويترك الاخرى وقال زفر له ذلك اعتبارا لفرق المكان
بتفرق الصفقة فصار كانه اشترى صفقتين ولنا ان فيه تفريق
الصفقة كما في الدار الواحدة ولو كانت الصفقة متعددة اخذ ايهما
شا كان جارا لهما بدار او بدارين ولو كان شفيعا لاحديهما اخذها خاصة

لاختصاص الشفعة باثبتت هي فيه وعن الامام ان في اخذها تختص
هي به تفريق الصفقة فياخذ الكل ص ولو اشتري من اثنين لم تعه
عن اخذ نصيب احدهما ولو باع من اثنين جاز ش قال علماؤنا اذا اشتري
رجل من رجلين دارا فاراد الشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين لم
يكن له ذلك خلافا للشافعي وهذا بناء على ان الصفقة عنده متفرقة
فلا يلزم فيه تفريقنا وعندنا متحدة وتتفرق الصفقة فيه فان كان
البايع واحدا والمشتري اثنين فله اخذ حصة احد المشتريين
وعن الامام انه قبل القبض لا ياخذ لان البايع يتضرر بتفريق اليد
لوقوع التملك له فيه فيتفرق الصفقة عليه بخلاف ما بعد القبض
فان التملك يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ما ملكه والظاهر
ان قبل القبض لا يمكنه الاخذ مالم يفقد الاخر حصته ليلا تتفرق اليد على
البايع كاخذ المشتري والمسئلة فيما اذا كان الثمن منقودا واخذ نصيب
احدهما تعناه يملكه بالشفعة ويستوي فيه تفصيل الثمن وعدمه
لان العبرة لاتحاد الصفقة لا للثمن **فصل** هذا الفصل في بيان تضرف
الشفيع وظهور الاستحقاق وغيرها ص وبنا المشتري واتخاذه مسجدا
قاطع لحق البايع في الفسخ وللشفيع الاخذ بالقيمة في الاول ش قال
ابو حنيفة اذا اشتري دارا فاسدا وبني فيها او غرس فيها فللشفيع وهذا
بناء ان ياخذها بالشفعة بقيمة الدار وقالا لا شفعة للشفيع وهذا
بناء على اصل مختلف فيه وهو ان حق الشفيع في الاسترداد ينقطع بالبنا
والغراس عند الامام خلافا لهما وقول ابي يوسف اخر مع الامام واولا مع
محمد لهما ان حق البايع اقوى في الاسترداد من حق الشفيع بدليل ان حق

الشفيع

الشفيع يسقط بالتاخير ولا يملك اثبات يد بدون التراضي او قضا القاضي
وحق البايع لا يسقط بالتاخير ويملك اثبات اليد بدونهما ومع الاضعف
لا يبطل بينا المشتري فلان لا يبطل به حق البايع مع قوته اولى ولانه
ان حق الاسترداد حق الشرع والبنا والغرس حق العبد وحقه مقدم
لحاجته وغنا صاحب الشرع فلم تجز بعض البنا ولان البنا والغرس تصرف
حصل بتسليط من له الحق فلا ينقض كسائر تصرفاته بخلاف الشفيع لانه
لا تسليط فيه ولهذا ينقض جميع تصرفاته قال ابو يوسف لمحمد ما رويت لك
عن ابي حنيفة انه ياخذها بقيمتها وانما رويت انه ينقض البنا وقال محمد
بل رويت انه ياخذ بقيمتها والاختلاف في الشفعة مبني على القطاع حق
البايع بالبنا وثبوته قال الامام ينقطع فكان للشفيع الاخذ بالشفعة لانه
لا يجب الرد على البايع وقالا لا ينقطع حق البايع فلا يتمكن الشفيع من الاخذ
وعلى هذا الخلاف في ظاهر الرواية لو اتخذها المشتري مسجدا انقطع حق
البايع عنده خلافا لهما وذكر هلال في وقفه انه ينقطع حقه وليس
للشفيع حق الاخذ بالاتفاق اما عنده فلصحة كونه مسجدا والمسجد لا يملك
واما عندهما فلعدم انقطاع حق البايع وعلى الظاهر لهما ان الله تعالى
لا يقبل الطاعة بالمعصية فصار كما لو وهبت لغيره ولم يقبل وللامام
انه اخرجها عن ملكه على وجه التقرب فصار كما لو كان عبدا فاعتقه
ص واذا بنى او غرس ثم قضي بها اخذها الشفيع بالثمن وقيمتها او كلفه
قلعهما وتجيزه بين الاخذ بذلك او الترك ش قال ابو يوسف المشتري
اذا بنى او غرس في البيع الصحيح ثم قضي للشفيع بالشفيع فهو مخير ان شا اخذ
المبيع بالثمن والقيمة وان شا ترك ولا يكلف المشتري قلع بنايه وغرسه وقال

ابو حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية الشفيع بالخيار بين ان ياخذ المبيع بالثمن
والبنا والغرس بقيمتهما وبين ان يكلف المشتري قلع بنايه وغرسه لابي يوسف
ان شا المشتري وضع نيما يملكه فكان محقا في البنا فلا يومر بقلعه كالزرع
والظاهر انه بني في محل تعلق به حق الغير في الجملة من غير تسليط منه فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وكان حقه اقوى فيقدم ولهذا تنقض تصرفاته
بخلاف الهبة والشرا الفاسد لانه بتسليط من له الحق والزرع له نهاية معلومة
فيقضي بالاجر استحسانا او بغير اجر وليس فيه كثير ضرر ولهذا في الصبغ لا يجبر
على قلعه فلا خلاف في الصحيح ويعتبر في القيمة قيمته مستحق القلع وعند
ابي يوسف القيمة قايما على الارض كما في الغصب ص ولو بنى الشفيع او غرس
ثم استحقت رجع بالثمن لا بقيمتهما ويفتى به فيما ش اذا اخذ الشفيع
الدار المشفوعة فبنى او غرس فيها ثم استحقت امر بنقض البنا والغرس
ويرجع بالثمن للاخذ بغير حق ولا يرجع بقيمتهما في رواية الاصول
لانه ليس بمغرور لانه ادخل نفسه في الاخذ بالشفعة واجبر من كانت
في يده على التسليم وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البنا والغرس كما يرجع
المشتري على البايع والظاهر ان البايع غر المشتري وضمن له السلامة دلالة
بخلاف الشفيع فانه اخذ ممن اخذه منه فهذا نظير الجاريه الماسورة
اذا اشتراها رجل فاخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت
رجع على من اشتري من اهل الحرب بالثمن ولم يرجع بقيمة الولد لان الرجوع
بالقيمة انما يثبت للغرور ولم يوجد ص ويتخير بين الاخذ بجميع الثمن
او الترك اذا اصاب المبيع افة سماوية فان نقضها المشتري تخير بين
اخذ العرصة بالحصة او الترك ولا ياخذ النقض ش اذا اصاب المبيع افة

سماوية مثل ان ينهدم بنا الدار او جف شجر البستان من غير صنع احد
ولم يسق منه شيء فالشفيع مخير ان شا اخذ العرصة بجميع الثمن وان شا
ترك لان البنا والشجر وصف حتى انه يدخل في المبيع من غير ذكر فلا يقابله
شيء من الثمن بخلاف ما اذا اصاب بعضه مثل ان يعزل نصف الارض
كان له ان ياخذ البنا ان شا او يترك لانه اصل والهدام بنا الدار كعرفها
لا يسقط حصته في الاصل خلافا للكرخي لان البنا تبع واذا اصابه بصنع احد
مثل ان يهدم المشتري البنا او يقلع الشجر او يفعل اجنبي ان شا الشفيع حصتها
او يدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فتقابل هي من الثمن وادعى الشافعي
على الامام مناقضته فقال اذا هدم المشتري البنا سقطت حصته وان
احترق لم يسقط ثم ناقض فقال اذا غلب الما بعض الارض اخذ الشفيع البنا في
حصته وقال القدوري هذا غلط لان الارض ليس بعضها تبعا لبعض فاذا
لم يسلم للشفيع سقطت حصته بكل حال والبنا تبع للارض اذا سلم للمشتري
سقطت حصته وان لم يسلم له لم تسقط حصته ولا ياخذ الشفيع النقض
لانه منقول وصار مقصودا وقل ما زايل ثم حضر الشفيع لم يتملكه سواء كان
قايما او لم يكن انفصل بافة سماوية او بصنع المشتري او الاجنبي لان الشفعة
تثبت فيها على خلاف القياس تبعا وبالانفصال زالت الشفعة ولا تسقط
حصته من الثمن اذا كان مما يدخل تحت العقد من غير تسمية وانفصل بافة سماوية
وتسقط ان كان مما لا يدخل الا بصنع العبد او بافة سماوية ص
وياخذ الشفيع ثمن النخل مع الارض وان حدث عند المشتري ش اذا
اشتري ارضا ونخلا فيها ثمر وذكر الثمن في العقد اخذها الشفيع بثمرها
ما دام متصلا استحسانا لانه تبع كالبنا وعلى هذا اذا اشتري ارضا وزرعها

والقياس ان لا شفعة فيها لانها لا تدخل في البيع الا بالقسمة ص فلو حدها
سقط حصتها في غير الحادثة ش وان جا الشفيع وقد حد المشتري الثمر
فلا شفعة فيه لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ للانفصال عنه
وسقط عنه حصته من الثمن لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء
من الثمن وان اشتري ولا ثمر في النخل ثم اثمر عند المشتري والثمر في
النخل اخذه الشفيع لانه مبيع تبعا وان حده المشتري ثم حضر الشفيع
والثمر قايم او مستهلك اخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا
عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن وفي الوجهين
لا ياخذ الشفيع شيا من الثمر المجذوذ لزوال التبعية للعقار بسبب الجد
وما صار مفصولا لا يجب فيه الشفعة ص وان انهدم علو فبيع السفل
لا توجيها للتعالي وخالفه ش ولو بيع سفل فلصاحب العلو الشفعة
لان له حق التعلي وانه حق متعلق بالسفل على الدوام ولو بيع العلو
فلصاحب السفل الشفعة بالجوار ولو انهدم علو ثم بيع السفل وجبت
الشفعة لصاحب العلو في قول ابي يوسف خلافا لمحمد له انها تجب
بالجوار ولا جوار بعد الانهدام ولابي يوسف ان حق التعلي ثابت له على
سبيل الدوام فاجري ابو يوسف الوضع وان لم يكن هناك بنا مجرى
الملك وذكر في المذخيرة الخلاف على العكس لجعل حق الشفعة سبب
البنا عند ابي يوسف وعند محمد بقرار العلو ولو باع علوا فاحترق
قبل التسليم بطل البيع وقيل يجب ان يكون هذا قول محمد وان لا يبطل
عند ابي يوسف للاختلاف بينهما في ثبوت الشفعة لصاحب العلو بعد
انهدام علوه ص وان بيعت الى جانبيهما دارا فطلبهما فانهدم العلو والسفل

قبل

قبل الاخذ بعينها للسافل لانها ش سفل لرجل وعلو لاخر بيعت دارا
بجنبهما فالشفعة لهما لانهما جاران وان انهدما قبل الاخذ بالشفعة ص
فالشفعة لصاحب السفل فقط عند ابي يوسف وقال محمد له ولصاحب
العلو ثابت قايم ولابي يوسف ان الجوار بالارض قايم في السفل فابت
في حق صاحب العلو حتى يبني فعند محمد لصاحب العلو الشفعة على كل
حال سوا كان العلو معهودا وما وقت البيع او بعده قالوا على قياس قول محمد
اذا اشتري علوا ولم يسمن حتى جا المطر واذهب العلو كان للمشتري
ان ياخذ ساحة العلو بجميع الثمن **فصل في الاختلاف وما ياخذ**
به المشفوع هذا الفصل في اختلاف المشتري والشفيع ودعواهما وغير
ذلك ص ولو قال المشتري اشتريت البنا والارض في صفقتين
وقال الشفيع في صفقة كان القول للشفيع فان برهنا ولا تاريخ ترجح
المشتري لان الشفيع ش ولو قال المبتاع ابتعت البنا والارض في
صفقتين كل واحد منهما بالف فلا شفعة لك في البنا وقال الشفيع بل
ابتعتهما في صفقة بل اشتريتهما بالفين فالدار لي ببنايها لحكم الشفعة
فالقول للشفيع بالاجماع لان المشتري يدعي تفريق الصفقة والبايع ينكره
فكان القول قول المنكر وان اقاما البينة ولا تاريخ فالبينة بينة المشتري
عند ابي يوسف وقال محمد البينة بينة الشفيع لانها اثبتت حق التملك
الدار والبنا بالفين بالشفعة ولابي يوسف انه متى كان القول لاحد الخصمين
كانت البينة للاخر لتعينه مدعيا ص ولو اختلفا في الثمن كان القول
للمشتري فان برهنا تقدمه وقدما الشفيع ش اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن بعد تقده فالقول للمشتري لانه منكر استحقاق الاخذ باقل الثمنين

ولا يتحالفان لان المشتري لا يدعي عليه شيا وان اقاما البينة قال ابو يوسف
بينة المشتري اولى لانها تثبت زيادة الثمن وقال ابو حنيفة ومحمد
بينة الشفيع اولى لان بينته تثبت استحقاق الاخذ وفي اعتبار بينة
المشتري ابطال قسمة الشرع فلا يعرج عليه ولو اختلفا في جنس الثمن فالقول
للمشتري لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس والمشتري ينكر فكان
القول له ص وان ادعى المشتري ثمنا والبايع اقل منه ولم يقبض احد
الشفعة بقول البايع وجعل خطا فان قبض فبقول المشتري ش ادعى
المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بقول
البايع وكان خطا لانه ان صدق فيها وان كذب فله ولاية الحط ويلتحق
باصل العقد وان كان قبض اخذها بقول المشتري لان البايع صار اجنبيا
لا ولاية له ص وان حط عن المشتري بعض الثمن نسقطه عن الشفيع
او الكل لم يسقط ش قال علماونا اذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن
سقط ذلك عن الشفيع وقال الشافعي لا يسقط وعلى الشفيع لا يسقط وعلى
الشفيع الثمن المسمى في العقد وهذا الخلاف فرع على الخلاف في ان عنده لا يلتحق
باصل العقد بل هو من البايع للمشتري ولا يلزم ان يكون المشتري واهبا
للشفيع ولا مبريا اياه وعندنا يلتحق باصل العقد واذا التحق به يصير
الباقي هو الثمن كانه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون
الحط قبل الاخذ بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق وفي الصورتين
ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له ان ياخذها بالباقي
لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل يثبت
لا ملتحق باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد

فلا شفعة

فلا شفعة فيهما فان حط النصف ثم النصف اخذها بالنصف الاخير لان له
حط النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه نصف الثمن فلما حط
النصف الاخر كان حطا للجميع فلا يسقط الا ترى انه لو حط الجميع ابتدا لا يسقط
عن الشفيع لانه لا يلتحق باصل العقد لما قلنا فلا يسقط عن الشفيع ص
او زاد فيه المشتري لم يلزم الشفيع ش اذا زاد المشتري في الثمن شيا
لا يلزم الشفيع لاحتمال انهما تواضعا على ذلك للاضرار به بخلاف الحط
لانه يقع ولانه استحق اخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه
الثابت له فلا يملك بغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد
حتى كان له الاخذ بالثمن الاول فكذا هذا لما يلحقه بذلك من الضرر
ويلتحق به في نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع
المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه ايضا حتى جاز بناوهما
عليها لانه ليس فيه ابطال حق احد لان المشتري لم يستحق عليه اخذ
بيع المرابحة فيلتحق في حقهما باصل العقد ص وان كان الثمن عرضا
او عقارا اخذ بالقيمة او مكيلا او موزونا فبالمثل ش اذا وجبت الشفعة
فان كان البدل مثليا اخذها الشفيع بمثله او قيميا اخذها بقيمته لان
القاضي حكم بالملك له بالعقد الاول فيجب عليه ما وجب بالعقد الاول
ثم المثل لا يخلوا اما ان يكون مثل له صورة ومعنى كالمكيل والموزون
والمعدود المتقارب او معنا لا صورة وهو ما عدا ذلك فيصير ذلك المثل
كما في ضمان العدوان فياخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشترى عقارا
بعقار احد كلا منهما شفعته بقيمته الاخرى لانهما من ذوات القيم
اشترى دارا بعوض فهلك قبل القبض بطل البيع لان العرض مبيع وهلاك

المبيع قبل القبض يبطل المبيع ولكن للشفيع الشفعة لان الواجب عليه
تتمة العرض وهي مقدرة التسليم ص او موجلا فان شاء صبر الى انقضاء
الاجل والا اخذ بثمن حال ومنعوه منه مع التاجيل ش قال علماؤنا
اذا بيعت دار بثمن موجل الى اجل معلوم فالشفيع بالخيار ان شاء
صبر الى انقضاء الاجل فياخذ عند ذلك بثمن حال وان شاء اداه حالا وليس
له ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال مالك وهو قول زفر ايضا له
ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي ملك به المشتري بصفته والاجل
صفة للدين الا ترى انه يقال دين حال ودين موجل ولنا ان الرضا بالتاجيل
على المشتري لا يكون رضا بالتاجيل على المشتري لتفاوت الناس في الملاءة
والاعتبار والوفاء والمطل وكانه ليس من حقوق العقد ولم يشترطه
الشفيع فلا يثبت له ولا نسلم انه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين
حق المطالب ولو كان وصفا له لا يستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه
بثمن موجل مرابحة او توليه لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له
لثبت ثم ان اخذها من البايع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول
الصفقة الى الشفيع ووصول الثمن الى البايع وان اخذها من المشتري
فالثمن على حاله موجل للبايع على المشتري لان الاجل يثبت بالشرط فلا يبطل
باخذ الشفيع بثمن حال وصار كما اذا اشتراه موجلا وباعه حالا وان ضم
الى انقضاء الاجل واداه بعده فله ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث تقديم الثمن لكن لا بد من طلبه في الحال حتى لو سكت ولم
يطلب بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد وبه كان يقول ابو يوسف
اولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل لان

الطلب

الطلب ليس مقصودا لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن موجل
فلا فايدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهما ان حق الشفيع
قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذ بثمن حال ولو لا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ
في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة ولو قال
لاجل مجهول كالحصاد والدياس وقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن
له ذلك لان حق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد ص او خمرا او خنزيرا
او هما ذميان فبالمثل فيهما وبالقيمة فيه او الشفيع مسلم فبالقيمة فيهما
ش اذا اشتري ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل
الخمر لانهما مثليان وبقيمة الخنزير لانه ليس بمثلي لان هذا المبيع يقضى بصحته
فيما بينهم واذا صح ترتب عليه احكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب
الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر
عليه تسليم الخمر فياخذه بها لانها من ذوات الامثال والخنزير من ذوات
القيمة فيجب عليه قيمته وان كان شفيع الدار مسلما اخذها بقيمة
الخمر والخنزير لان المسلم ممنوع من التصرف فيهما فاستحال المثل في حقه
فصار الى القيمة كما في ضمان العدوان لا يقال قيمة الخنزير تقوم
مقام عينه فوجب ان يحرم على المسلم تمليكها بخلاف قيمة الخمر على
ما عرف في موضعه لانا نقول انما حرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة
بدلا عن الخنزير واما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا
بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقوم بقيمته بدل الدار
فلا يحرم عليه تمليكها ولو كان شفيعها مسلما وذمي فهما سواء في الشفعة
لاستوايهما في علمه اخذ الذمي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف

قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل فان اسلم الذمي قبل ان ياخذها لم تبطل
شفعته لان الاسلام لا يبطل الحقوق ويأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلي
ولو اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة والدار مقبوضة او غير مقبوضة
انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن المبيع لا يبطلها والمستامن
كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة مقامه في دارنا
فصار كالذمي في تلك المدة والذمي اذا كان يتدين بديننا ينفذ
تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز وهذا اذا ترافعوا الينا
نحكم بينهم باحكامنا والمرتد لا شفعة له وقيمة الخمر والخنزير بالرجوع
الى ذمي اسلم او فاسق تاب

كتاب الشركة

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان كلا منهما وارد على الملك اعلم ان
الشركة عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين
من الاخر ومنه الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض
حبله بالبعض ويطلق اسم الشركة على العقد وان لم يوجد اختلاط
النصيبين لما ان العقد سبب له وشرعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وقال وان كثيرا من الخلطاء
ليبغي بعضهم على بعض والخلطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي ان البراء بن
عازب وزيد بن ارقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ
النبي صلى الله عليه وسلم فقال انما كان بنقد فاجيزوه وما كان نسيئة
فردوه وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا
وروي ان السائب بن شريك وفي رواية السائب بن يزيد كان شريك
النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اعرفني

قال عليه الصلاة والسلام كيف لا اعرفك وكنت شريكي خير شريك لا تداري
ولا تماري اي لا تداجي ولا تخاصم وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس
يتعاملون بها فاقرهم عليها واجمعت الامة على جوازها واما المعقول
فهو طريق لابتغاء الفضل وهو مشروع ص ويكون على نوعين املاك
وعقود فاذا ورثا عينا او اشتريا ها او اتهباها او استوليا عليها او
اختلط مالاهما او خلطاه بحيث يعسر التمييز كانت شركة ملك وتجوز
لكل منهما بيع حصته من شريكه وغيره بغير اذنه الا في الخلط والاختلاط
ولا يتصرف في نصيب صاحبه الا باذنه ش الشركة على نوعين شركة املاك
وشركة عقود وشركة الاملاك جبرية تكون بغير فعلهما مثل ان يرثا
عينا او تختلط مالاهما من غير صنع واختياره يكون بفعلهما مثل ان
يشتريا شيا او يتهباه او يملكاه بالاستيلاء او تخلطا ما لهما خلطا يمتنع
فيه التمييز كالجنس بالجنس او المايع بالمايع او يسير كخلط الحنطة
بالشعير وكل واحد منهما في الجميع كالاجنبي في صاحبه حتى لا يتصرف
فيه الا باذنه ويجوز ان يبيع لصاحبه في الوجوه كلها فان باعه لغير
صاحبه ان كان في الخلط والاختلاط لم تجز الا باذنه لان كل جزء يشار اليه
ليس مشتركا وانما هو ملك احدهما بعينه الا انه لا يمكن التمييز بين ملكيهما
فلا يجوز بيعه للاجنبي لعدم القدرة على تسليم نصيبه جزا وكلا لان كل
جزء ليس بمشترك والعجز عن التسليم مانع من الجواز فيتوقف على اذن شريكه
لا اختلاط المبيع بغيره بخلاف بيعه لشريكه لانه يمكنه تسليمه اليه
وان كان في غيرهما من انواع الشركة تجوز لان ملك كل واحد منهما ثابت
في كل جزء من اجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز ص واذا عقدا ها

بالايجاب والقبول فيما يقبل الوكالة مفاوضة او عنانا او في الصنايع او بالوجوه
كانت عقودا يحكم بصحتها ولا تعين العنان ش شركة العقود كما تنعقد
الا بالايجاب والقبول بان يقول احدهما شاركتك في كذا او في عموم التجارات
ويقول الاخر قبلت لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنيه وهو
الايجاب والقبول وشرطها ان يكون التصرف الذي وقع العقد عليه قابلا
للتوكيل حتى لا تجوز التوكيل في الاحتطاب والاصطياد فان التوكيل
عبارة عن اثبات ولاية التصرف فيما كان ثابتا للموكل ولا يكون ثابتا للموكل
والاحتطاب ثابت للوكيل قبل الوكالة فلا يكون قابلا للوكالة ولا قابلا
للشركة ويشترط قبول الوكالة ليكون كل واحد منهما في الشركة اصيلا في
بعضه ووكيلا عن صاحبه في بعضه فيكون المشترى مشتركا بينهما وكسبه
بحسبه وشركة العقد على ثلاثة انواع شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة
بالوجوه وكل نوع ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام
وجعلها القدوري في مختصره اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة
الصنايع وشركة الوجوه فان ذكر المال وشرط المساواة فيه في راسه
ورنحه مفاوضة وان لم يشترطا فعنان وان لم يذكر المال وشرطا
العمل في مال الغير فالصنايع وان لم يشترطا فالوجوه والشركة في هذه
الاقسام كلها صحيحة عندنا وقال الشافعي لا يصح الا العنان لان المعاوضة
المساواة من كل وجه وانها غير ممكنه ولان الشركة لتتميز المال وهو لا يتصور
بغير مال ولنا في المعاوضة قوله عليه الصلاة والسلام فاوضوا فانه
اعظم للبركة وقوله عليه الصلاة والسلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة
وتعامل الناس من غير نكير وبذلك يترك القياس كما في دخول الحمام بغير تعيين

اجر

اجر مع جهالة مدة المقام وكيفية ما يراق من الماء والجهالة متحملة فيما يكون
تبعا غير مقصود كما في المضاربة والمساواة ممكنة في مال التجارة وهي الشرط
ولان الشركة كما شرعت لتميز المال شرعت لتحصيله وقد امكن تحصيله ص
ولا تصح المفاوضة الا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين او الذميين
ويجيزها مع اختلاف الدين مع الكراهة ولا بد من لفظ المفاوضة او بيان
جميع مقتضاها وتنعقد على الوكالة والكفالة حتى يدخل في الشركة
كل ما يشترط احدهما الاطعام اهله وكسوتهم ويطالب البايع بالثمن ايهما شا
ش يعني ان شركة العقد تكون معاوضة بهذه الشروط المذكورة وانما
سمي هذا النوع من الشركة معاوضة لاعتبار المساواة فيه في المال وفي الربح
وفي التصرف وغيره على ما نذكره لان المعاوضة تبنى عن المساواة لان المعاوضة
مشتقة من التعويض لان كل واحد منهما يعوض عن الشركة الى صاحبه على
الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع انواع التجارة لتحقيق المساواة فيهما وانما
شرط التساوي في الحرية والبلوغ والعقل والدين لما بينا ان المعاوضة
تبنى عن المساواة فاقتضى ذلك التساوي في التصرف فلا تجوز بين الحر والعبد
ولا بين البالغ والصبي ولا بين العاقل والمجنون ولا بين المسلم والكافر ولا مكاتبين
لعدم التساوي في التصرف الا ترى ان الحر البالغ العاقل يملكه بنفسه والعبد
والصبي والمجنون لا يملكونه الا العبد فانه يملكه باذن المولى والصبي فانه
يملكه باذن الولي ولانهم لا يملكون التكفل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط
فيها واشترط ايضا ان يتساويا في المال الدين لان الاختلاف فيه يودي
الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم
ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا عنه

في البيع والشرا ولذلك المسلم لا يقدر على شرايهما كما يقدر الكافر عليه نفاذ
الشرط عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجوز بينهما لان كلا منهما يملك
التصرف فيستويان في الوكالة والكفالة ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه
احدهما الا انه يكره لان الكافر لا يهتدي الى العقود الجايزه ولا يحترز عن
الربا وتطيره انها تجوز بين الشافعي والحنفي وان كان الشافعي يتصرف
في متروك التسمية عمدا والحنفي في المثلث وجوابه ما بينا والفرق لهما ان
الشافعي والحنفي لا يتفاضلان في التجارة وضمانها لان في زعم الشافعي
ان شراه لمتروك التسمية عمدا جايز لهما وفي زعم الحنفي انه غير جايز لهما
فقد استويا في التصرف انما يرجع الى اعتقادهما وكذا المحاجة بانه بينهما
فيلزم ترجيح احدهما لان ذلك مجيبة فيه ولا كذلك الذمي لعدم التزامه
وليس لنا ولاية الالزام فلم يعتبر الاختلاف ثمه واعتبرهنا وتجوز
بين اليهودي والنصراني والمجوسي لان الكفر ملة واحدة ومن جعل
الموقوذة مالا متقوما في حقهم لا يفصل بين الكتابي والمجوسي ولا تجوز بين
المسلم والمرتد في قولهم ذكره الكرخي وقياس قول ابي يوسف ان تجوز او
يفرق من حيث ان تلك المرتد ناقض حتى لو قضى قاض بزوال ملكه نفذ
وكان كالمكاتب بخلاف الذمي ولا تجوز بين المسلم والمرتد اما عندهما فظاهر
واما عنده فالكفر غير مانع بل المانع نقصان الملك وهو لا يوجد في حقها
ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد
شرطها لان العوام لا يعلمون شرايطها فان بينا جميع ما تقتضيه المفاوضة
تجوز لان العبرة للمعنى وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو
الشركة في المشترى لانه لا يقدر على ان يدخل شيئا في ملك صاحبه الا بالوكالة

منه

منه اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز يوجب ان لا تجوز
هذه الشركة لتضمنها الوكالة بالمجهول الجنس كما اذا وكله بشرا ثوب لانا
نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة
لانها توجل بشرا شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذا هذا وانما شرطت
الكفالة فيها ايضا لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما فيما باشره
احدهما ولا يقال الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول به في المجلس فكيف
جازت هنا مع جهالته لانا نقول ذلك في التكفيل مقصودا واما اذا دخل
في ضمن شيء اخر فلا يشترط على ما ذكرنا في الكفالة الوكالة مع الجهالة
او نقول جوزناه للتعامل الناس ومثله يترك القياس كما في الاستصناع
ولا يشترط فيها ذكر الوكالة والكفالة لكن اذا صح العقد يثبت حكمها
وصوره المعاوضة ان يشترك اثنان شركة تامة في التجارة وهذا تنصيص
على ان من شرط جواز المعاوضة العموم وذكر شيخ الاسلام انها تجوز في نوع
خاص ايضا ولا تكون المعاوضة الا بالمساواة وفي المشترى والربح وما
يشتريه كل منهما يكون على الشركة لان عقد المعاوضة يقتضي المساواه
وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراوه كشرايه
والقياس ان يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراه مشتركا بينهما
لانها من عقود التجارة فكانا من جنس ما يتناولها عقد الشركة الا انا
اثبتناه له استحسانا للحاجة والضرورة اذ كل واحد حين شارك
صاحبه كان عالما بصاحبه ولم يقصد ان يكون نفقته ونفقة عياله
على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيله الا بالشرا فكان مستثنيا لهذا القدر
من تصرفه من مقتضى العقد دلالة او عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستيجار

للسكني او للركوب لحاجته وكذا الادام والجارية التي يطاها لما ذكرنا ويطالب
البايع بالثمن ايهما شا فان كل واحد منهما اصيل وكفيل ويرجع الاصيل على الكفيل
بحصته مما ادي لانه قضى عنه دينا من مال مشترك بينهما ويطالب صاحبه
بالثمن للكفالة وان لم يقع على الشركة فان ادي من ماله رجع عليه بالكل
وان ادي من مال مشترك بينهما رجع عليه بحسابه لانه قضى دينه بمال
صاحبه او قضى عنه صاحبه بامره ص ويضمن كل منهما ما لزم الاخر بدلا
عما تصح فيه الشركة ش كل واحد من المتعاوضين يضمن ما لزم شريكه
من الدين بدلا عما تصح فيه الشركة معناه ان يكون بدله شيء لو اشتراه يقع
على الشركة وليس معناه ان يكون بدل شي تجوز عقد الشركة فيه ابتدا
وذلك كثمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وضمان
الغصب لانه معاوضة عندنا وكذا الواستاجر احدهما دارا يلزم لما جر صاحبه
لان المساواة به تتحقق ولا يلزم ارش الجناية والخلع والمهر والصلح عن دم
العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك
فيه فلا يلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد
الا ديون التجارة وهذه الاشيا ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد
ص وان كفل اجنبيا بمال باذنه فهي لازمة لشريكه ش احترز بالمال
عن الكفالة بالنفس وبالاذن عن الكفالة بغير امر المكفول عنه فانه
غير لازم لشريكه اجماعا واما اذا نقل اجنبيا بالمال باذنه قال ابو حنيفة
يلزم صاحبه وقالا لا يلزمه لانه تبرع فلا يلزم الشريك وهذا لا يصح من
الصبي والعبد الماذون والمكاتب ويعتبر من الثلث في المرض وصار
ذلك كالكفالة بالنفس ولابي حنيفة ان ذلك تبرع ابتدا معاوضة

انتهى

انتهى لانه يرجع بما يودي عن المكفول عنه اذ اكفل بامره وكلامنا في البقا
بخلاف المريض والكفالة بالنفس لانه تبرع ابتدا وانتها وبخلاف الكفالة
بغير امره قيد بعضهم لانعدام معنى المعاوضة ص او غصب تخصه بضمانه
ش قال ابو يوسف اذا غصب احد المتعاوضين شيا وهلك في يده يختص
الغاصب بالضمان ولا يلزم الشريك وقالا يواخذ به الشريك لابي يوسف
انه ضمان يتعلق بالفعل كضمان الجناية والظاهر انه بسبب ضمان التجارة
لانه معاوضة انتهى وعلى هذا الخلاف الاستهلاك ص واقراره للاب
بدين غير لازم لشريكه ش قال ابو حنيفة اذا اقر احد المتعاوضين
بدين لمن لا تقبل شهادته بولاد او زوجية لا يلزم الاخر وقالا يلزمه
وهذا بنا على اختلافهم في ان الوكيل لا يملك ان يبيع مع هو لا عنده وعندهما
يملك وسياتي الكلام عليه في موضعه ان شا الله تعالى اما اذا اقر لمن يصلح
ان يكون شاهدا له تجوز بالاجماع وللمقر له ان يطالب ايهما شا لان كل
واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته
ص وهو بشرايه جاريه لنفسه من المال باذن غير ضامن للاخر النصف
ش ليس لاحد المتعاوضين ان يشتري جارية للعطا او للخدمة بغير
اذن شريكه لعدم الضرورة فان اشتراها احدهما باذنه قال ابو حنيفة
هي له خاصة بغير شيء وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه قضى دينه الخاص
بمال مشترك كما لو اشتري طعاما لاهله ونقد الثمن من مال الشركة ولابي حنيفة
ان مطلق الشرا يوجب الملك لهما وبالهبة يثبت حل الوطي وقد جعلها
له لما احل له الوطي ولم يذكر عوضا فلا يكون له الرجوع بخلاف شرا الطعام
فان ذلك من الحوائج اللازمة فكان مستثنى من عقد المعاوضة ولو اذن احدهما

للاخر في الوطي لا يثبت به الملك لان الاذن بالوطي حرام شرعا فلا يثبت به
الملك اقتضاء خلاف الاذن بالشراء الوطي حيث يثبت به الملك اقتضاء لانه مباح
شرعا بدوام يده عليه كقوله للفقير كفر عن يميني يصير الفقير وكيلا بالقبض
ثم بدوام يده يصير قابضا لنفسه ص وان ادعى مفاوضة على اخر فانكر
فبرهن ثم ادعى ذو اليد ملكية عين بينة يردها وقبلها ش قال ابو يوسف
اذا ادعى رجل على اخر انه فاوضه وان المال الذي في يده مال الشركة
فجحد ذو اليد فاقام عليه بينة فقضي له ثم ادعى ذو اليد عينا انها
ملكه وليست داخلة في الشركة بسبب ارث او هبة فجحد واراد اقامة
البينة على ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وقال محمد يسمع ويقبل
لابي يوسف انه لا يقضي بالمفاوضة في الحال لان ذا اليد جاحد والمفاوضة
تنقض بجحود احدهما عند حضرة الاخر ولا في الماضي لعدم الفايدة فلم
يبق الا قضا بكون المال مشتركا فيكون المدعي عليه مقضيا عليه كما لو قامت
البينة على المفاوضة وان المال مشترك ولمحمد ان البينة قامت على المفاوضة
في الماضي فيقضي لها ولم يكن المال مشتركا في الحال الا بظاهر الحال
فلم يصير مقضيا عليه بالشركة فيه فتقبل بينته ص اذا استحق
عقارا بينه برهن ذو اليد على تحديد بنا فيه اطرد الخلاف س
وعلى هذا الخلاف لو ادعى على رجل عقارا في يد اخر انه ملكه وحقه وفي
يده بغير حق فاقام البينة على ذلك وقضى القاضي للمدعي ثم ادعى ذو اليد
انه احدث هذا البنا واقام بينة على ذلك لا تقبل عند ابي يوسف وتقبل
عند محمد والتعليل امر في الباقية ولو كان المدعي صرح بذكر البنا في دعواه
لا تسمع بينة ذي اليد اجماعا كما لو كان المفاوض قد صرح في دعواه ان هذا

المال

المال الذي في يده مشترك بينهما فشهد وا بذلك ص ولو اشتري من احدهما
ثم وجد عيبا ثم انكر بقي بتحليفه على الثبات وحده واضاف يمين الاخر
على العلم ش اذا اشتري رجل من احد المتفاوضين ثم ظهر على عيب فانكر
بايعه ان به ذلك العيب فله ان يحلف البايع على البتات وحده ولا يحلف الاخر
اصلا وقال محمد تحلف المنكر على البتات وشريكه على العلم لان كل واحد من
المتفاوضين نقل عن صاحبه ايضا ولهذا يطالب بما على صاحبه والكفيل
اذا انكر سبب المطالبة يحلف على العلم لابي يوسف ان كل واحد من المتفاوضين
وكيل عن صاحبه ولهذا يتوجه عليه الخصومة بعقد صاحبه والوكيل لا يحلف
على فعل الموكل لانه نايب عنه واليمين لا تجزي فيها النيابة ص واذا ملك
ما يصح فيه الشركة صارت الشركة عنانا ش اذا استفاد احد المتفاوضين
مالا بالميراث او بالوصية او بالهبة او بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك
مما يجوز عليه عقد الشركة كالدراهم والدنانير فانه لا يبطل ايضا حتى يصل
الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا في جميع التجارات
لان المساواة فيما يصلح راس المال ابتداء وبقاء ولو ملك مما لا تصح فيه الشركة
كالعروض والعقار والديون لا تبطل المفاوضة ص ولو فاوضه مرتد
توقفت فان قتل في باطلة وقالا عنان ش في شرح الطحاوي شركة
المرتد موقوفة عند ابي حنيفة عنانا كان او مفاوضة حتى ان اسلم
جازت وان قتل او مات على ردته او لحق بدار الحرب بطلت اصلا لان في
العنان وكالة وهي موقوفة وعندهما شركة المرتد تجوز اذا كانت عنانا
او مفاوضة موقوفة ان اسلم جازت وان قتل او مات على ردته او لحق بدار
الحرب بطلت المفاوضة اتفاقا وقيد بالمرتد لان المرتدة لو فاوضت يصير

عنانا اتفاقا لانها لا تقبل وتصرفاته نافذه وفي المحيط ينبغي ان تجوز مفاوضة
المسلم مع المرتد وتكره كمفاوضة المسلم مع الذمي عند ابي يوسف رحمه الله تعالى
لهما ان تصرفات المرتد نافذه مهما امكن وجعلها عنانا ممكن هنا وله ان المرتد
اذا قتل بطل تصرفه من حين الارتداد لانه هو السبب لهلاكه ص لا تصح
المفاوضة والعنان الا بالنقدين وتبرها ان جرى به التعامل ش
قيد به لانه ذكر في المبسوط ان التبر يصلح ان يكون راس المال في الشركة
لانها مخلوقة للتمنيه وذكر في الجامع الصغير انه بمنزلة العروض وقال
صاحب الهداية هذا هو الاصح لانها وان خلقت للتجارة لكن التمنية مختصة
بالضرب المخصوص ولهذا قبل الضرب يصرف الى شيء اخر من صياغة الخاتم
وغيره وبعده لا يصرف ظاهرا فيعتبر العرف فيه ان جرى التعامل
باستعمال التبر ثمنا يكون كالمضروب وان لم تجز يكون كالعروض انما لم
تصح ان تكون راس مال الشركة لانا اول تصرف في العروض بعد الشركة
يكون بيعا فلا يصح ان يبيع احد ماله على ان يكون الاخر شريكا في الثمن
وفي النقد من اول تصرف يقع بعدها يكون شراء وجاز ان يشتري انسان
بماله شيئا على ان يكون بينه وبين غيره ص واجاز الشركة والمضاربة
بالفلوس النافقة ويوافقه في رواية ويخالفه في المضاربة في اخرى
ش لانها تروج كالاثمان حتى لا تتعين بالتعيين عنده وقالا لا تجوز
لان الثمنيه ليست بلازمة لها وانما يثبت رواجها بالاصطلاح واذا تبدلت
ساعة تصير سلعة فلا يصح ان تكون راس المال وروي عن ابي يوسف ان
المضاربة بالفلوس النافقة غير جايزة لانها لو كسدت تحتاج الى اخذ راس
المال بالقيمة وهي مجهولة والشركة بها جايزة لانها لو كسدت في الشركة يأخذ

راس

راس المال عددا ولا جهالة فيها ص واجزناها مع اختلاف النقدين ومن
دون خلط ش هل يشترط لصحة الشركة خلط المالين وهو خلط الدراهم
بالدراهم والدنانير بالدنانير قال اصحابنا لا يشترط وقال الشافعي وزفر
يشترط فعلى هذا الاصل يتفرع ما اذا كان لاحد الشريكين دراهم والاخر
دنانيرا وكانت لاحدهما دراهم سود والاخر بيض فعندنا يجوز وعندهما
لا يجوز وجه قولهما ان الشركة تبنى على الاختلاط والاختلاط لا يتحقق مع
تميز المالين فلا يتحقق معنا الشركة ولان من احكام الشركة كون الهلاك
من المالين وما هلك قبل الخلط من احد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة
وهذا ليس من مقتضى الشركة والذي اثبت شريطة الخلط اتحاد الجنس
لان الخلط مع اختلاف الجنس غير ممكن وكذلك شرط المساواة في الربح
والمال وبطل شركة القبيل والوجوه عند الشافعي لعدم المال ولنا
ان معنى عقد الشركة ان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في الشرا
بالمال الذي عينه بالشركة وهذا يحصل بغير خلط ص ولا تجوز بالمكيل
والموزون والمعدود المتقارب قبل الخلط وتجيزها بعده شركة ملك
لا عقد ش لا تجوز الشركة بالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز
والبيض قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي يوسف ويكون
المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعند محمد يكون شركة
عقد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا تساويا في المالين واشترطا التفاضل في الربح
فعند ابي يوسف لا يجوز والربح على قدر راس المال وعند محمد يجوز وجه
قول ابي يوسف ان ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط
وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالتين وهو تعينه بالتعيين فصار

كما اذا خلطاه بغير جنسه وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى صح الشراء به دينا في الذمة وعرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن يجوز نقده فوجب العمل بالشبهين بان يجعل كالعروض قبل الخلط وكالنقود بعده وان اختلف المالان جنسا فخلطا لم يصح عقد الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد مثلي حتى يضمن متلفه مثله ومن جنسين قيمتي حتى يضمن متلفه قيمته فيتمكن الجهالة كالعروض وابو يوسف يقول لا تاثير لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط ص ولا تجوز بالعروض الا بتبييع النصف بالنصف عند تساوي القيمتين ش انما لا تجوز الشركة في العروض لانه يودي الى ربح مالم يضمن وهو منهي عنه لانه اذا باع كل منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يضمن ومالم يملكه فلا تصح بخلاف النقود على ما بينا لان ثمن ما اشترته في الذمة لانها لا تتعين فكان الربح فيه ربح ما يضمن واما اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر وقيمتهما سوا وعقدا عقد الشركة معاوضة اوعنانا جاز لانهما اذا فعلا ذلك صار الثمن بينهما نصفين ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقيل لا تجوز ويكون شركة ملك واليه ذهب صاحب الهداية وشمس الايمة السرخسي واخرون وذهب الحاكم الشهيد والكرخي وابو بكر الرازي والقدوري وشيخ الاسلام وغيره الى جوازه شركة عقد لانهما متساويان في الحال شريكان فيها ولا يحتاج في القسمة الى اعتبار القيمة لان ما يحصل من الثمن يكون جميعه بينهما نصفين ولان نصف مال كل منهما يكون مضمونا على

الاخر

الاخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون وقال بعضهم اذا كانت قيمتهما متفاوتة يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة كما اذا كانت قيمته عرض احدهما اربعماية وقيمة عرض الاخر مايه يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله اخماسا بينهما وهذا القول غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا الفلس جايز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الاخر حتى يكون المال علة بينهما ارباعا فيعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الاخر حتى يكون وقع اتفاقا فانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العروض الذي باعه جاز ايضا وشركة الملك يكون الربح على قدر المالين ولا ينعقد على الوكالة وشركة العقد تنعقد على الوكالة ويكون الربح على ما شرطنا ص وينعقد العنان على الوكالة دون الكفالة ش شركة العنان ماخوذة من قولهم عنن له كذا اي عرض له قال امري القيس شعر

:: فعن لنا سرب كان نعاجه :: عذاري دوار في ملاءمذيل ::

اي عرض او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى ما يشاء وهكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان المتصرف في بعض المال الى صاحبه وشركة العنان تنعقد على الوكالة فيتحقق مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما حتى لا يصح في الاحتطاب والاصطياد والاحتشاش واما عدم انعقادها على الكفالة فلعدم اقتضا اللفظ المساواة فانها ماخوذة مما ذكرنا

والحكم لا يثبت الا بقدر دلالة اللفظ وليس من قضية اللفظ المساواه ص
ولو شرط فضل الربح مع تساوي المال او بالعكس اجزناه ش قال علماؤنا
الثلاثة يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ويجوز التساوي في الربح
مع التفاضل في المال وقال زفر يستحقان الربح على قدر مالهما ولا يجوز
ان يشترط خلاف ذلك لانه يودي الى ربح ما لم يضمن لان المال اذا كان
نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بغير ضمان فان الضمان
على قدر راس المال ولان الشركة في الربح عنده بنا على الشركة في الاصل ولهذا
شرط الخلط بمنزلة الاعيان فكان الاستحقاق في الربح على قدر المال في الاصل
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر
المالين ولان الربح يستحق باحد ثلاثة امور المال والعمل والضمان
وقد وجد العمل هنا فوجب ان يستحق المشروط كالمضارب فانه يستحقه
بالعمل والاستاذ الذي تقبل العمل بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة
مست الى اشتراط التفاضل لان احدهما قد يكون اهدى واحذق في التجارة
ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه ليلا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط
جميع الربح لانه خرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض او البضاعة
وبخلاف الوضيعة لانه امين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة
منافية كالوديعة ولا ينافي استحقاق الزيادة من الربح ص او التفاضل
في الوضيعة والمال سواء بطل الشرط ام لا ش اذا شرط ان تكون الوضيعة
اثلاثا وراس المال نصفان فالشرط باطل والشركة صحيحة والوضيعة
لا تكون الا على قدر المالين لقول علي رضي الله تعالى عنه الربح على ما اشترط
العاقدان والوضيعة على قدر المال والشركة ببعض الشروط الفاسدة

وتبطل

وتبطل ببعض حتى لو اشترطا التفاضل في الوضيعة لا تبطل ولو اشترطا
ربح عشرة دراهم لاحدهما بطلت وعلى هذا لو شرطا الوضيعة على المضارب
بطل ولم تفسد المضاربة وذكر شيخ الاسلام في شرح المضاربة ان الشركة
لا تبطل بالشرط الفاسد لان فيها معنى الوكالة والوكالة لا تبطل بالشرط
الفاسد ص ويصح بالبعض دون البعض ش اي يجوز عقد العنان ببعض
المال من احدهما دون البعض لانه لا يراعى فيها شروط المعاوضة حتى لا يشترط
فيها المساواه في المال او الربح والاهلية الكفالة حتى صحت من الصبي والعبد
المأذون والمكاتب والعموم التجارات حتى جازت في نوع خاص كالبز
والخز وحيث فقد شرط من شروط المعاوضة وليس بشرط في العنان
صارت عنانا والعنان يصح عاما وخاصا ص ويطالب المشتري منهما
بالثمن ش ما وجب على احدهما بتصرفه طولب به وحده لان الوكيل هو
الاصيل في الحقوق ولا يطالب به الاخر لانها لا تتعقد على الكفالة
ص ويرجع بحصته اذا اداه من مال نفسه ش يعني اذا كان الشريك
قد ادى الثمن من ماله يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه وكيل اذا
دفع الثمن من ماله يرجع به على الموكل ثم ان لم يعرف اداء الثمن من ماله
او من الاخر فالقول للاخر لانه مدعي وجوب المال على غيره وهو
ينكر والقول قوله ص وان باع احدهما واجل شريكه فهو باطل
واجازاه في نصيبه ويصح في الكل اذا قال اعمل برايك ش قال ابو
حنيفة اذا باع احد شريكي العنان شيا واخر الشريك الاخر الثمن عن
المشتري الى مدة معلومة لا يصح تاجيله لا في نصيبه ولا في كله وقالا يصح
التاجيل في نصيب الموكل لهما انه اجل حقه وحق شريكه فيصح في حق

نفسه لانه فيه اصيل ولم يصح في حق شريكه لانه لا يصح الا بالاستنابة
ولم توجد وللامام ان جواز ذلك مستلزم لقسمة الدين قبل القبض بتمييز
نصيبه من نصيب صاحبه في تحصيل المطالبة وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز
لان قسمة العين قبل القبض لا تجوز في الدين اولى لان كون العين محلا
للتصرف وقابلا له فوق محليه الدين وقبوليته بالاجماع وانما قلنا ان قسمة
العين قبل القبض لا تجوز لان رجلين لو اشتريا مكيلا اوموزونا مشارا اليه
لم يقبضا وقسم اذن احدهما الاخر في قبض نصيبه فيقبض في غيبته نصفه
ثم تلف الباقي كان كمن اذن مشاركه القابض في حصته لان القسمة قبل
القبض لا تصح هذا اذا لم يقل اعمل برايك امّا اذا قاله فانه يجوز التاخير
في الكل بالاجماع في المتصرف بالاصالة وفي النصف الاخر بالاستنابة
وعلى هذا الخلاف لو باعا جميعا ثم اخر احدهما بنا على ان اخذ بنا الدين لا يملك
تاخير شيء منه عنه وعندهما يملك تاخير نصيبه ولو عقد احدهما واخر
العاقد جاز تاخيره في الكل وقال ابو يوسف لا يجوز في حصة شريكه
بنا على الخلاف في الوكيل بالبيع اذا ابرا عن الثمن اوحط او اجل ص ولو هلك
المالان او احدهما قبل الشرا بطلت ش اذا هلك المالان او احدهما
قبل الشرا هلك على صاحبه لبقايه على ملكه وانتقضت الشركة اما اذا
ملكا فلفوات محلها لتعينه كما في الهبة والصدقة بخلاف المضاربة
والوكالة لانها لا تتعين الا بالتعيين كذا قالوا بل النقود في الشركة
والمضاربة قبل التسليم تتعين وفي الوكالة قبل التسليم تتعين نص عليه
في الزيادات وشرح مختار الاسلام وبعده فيه اختلاف المشايخ واما اذا
هلك احدهما فلان صاحبه مارضي بشركة الا ليشركه في ماله وقد فاتت

الشركة

الشركة في الهالك فيفوت الرضي فيبطل العقد بخلاف الهلاك بعد
الخلط لعدم الاولوية ففي شركة العنان اذا هلك احد المالين قبل الشرا
والخلط هلك من مال صاحبه سواهلك في يده اوفي يد صاحبه او يدهما لان
راس مال كل منهما قبل الشرا والخلط باق على ملكه فتبطل الشركه ص
وان اشتري بماله فهلك الاخر فان المشتري مشتركا ويرجع بحصته ش احد
الشريكين اذا اشتري بماله شيا ثم هلك مال الاخر قبل الشرا هلك على ربه
لبقايه على ملكه فالذي اشتراه مشترك بينهما على الشركة على ما شرطا لانه
اشتري حال قيام الشركة فلا يتغير حكمه بهلاك مال الاخر بعد ذلك ويرجع
المشتري على صاحبه بحصته من الثمن لانه اشتري له بالوكالة ونقد الثمن من ماله
فيرجع عليه وان هلك احد المالين ثم اشتري الاخر بالمال الباقي فان صرحا بالوكالة
في الشركة بطلت شركة العقود والمشتري بينهما على ما شرطا ويكون شركة
املاك لان الشركة بطلت والمشتري بحكم الوكالة المصرح بها يحكم شركة
العقود ويرجع المشتري على شريكه بحصته من ثمنه لبقا الوكالة للتصريح وان لم
يصرحا بالوكالة فهو للمشتري لبطلان الوكالة الثانية في ضمن الشركة ص
ولا تجوز بشرط تسمية دراهم مسماه من الربح لاحدهما ش اذا شرطا لاحدهما
دراهم مسماة من الربح فسدت الشركة لاحتمال ان لا يربح الا ذلك القدر الذي
شرطاه فتنقطع الشركة ص ويبضع كل من شريكي النوعين ويودع ويضارب
ويوكل ويكون امينا س لشريكي المفاوضة والعنان ان يبضع ويفعل هذه
الاشيا اما الابضاع وهو ان يشترط الربح كله لرب المال لانه معتاد في عقد
الشركة ولانه لما ملك ان يستاجر على العمل باجر ماله يكون له التحصيل بغير
عوض اولى واما الايداع فلانه معتاد ايضا ولوجد التاجر يدا بملكه واما

المضاربة وهي رواية الاصل فلانهما دون الشركة وتحصل المقصود وهو الربح
وعن الامام انه لا يدفع مضاربة لانها ايجاب الشركة في الربح فلان التوكيل
بالبيع والشرا من توابع التجارة والشركة معقودة لها بخلاف التوكيل بالشرا
لانه توكيل بعقد خاص والمطلوب تحصيل العين ولم يرض براي غيره ويكون
امينا حتى اذا هلك في يده هلك بغير ضمان لرضي كل منهما بقبض المال لا على وجه
البدل والتوثق وكل شي يجوز للمضارب ان يفعله في مال المضاربة فللشريك
ان يفعله في مال الشركة لان تصرف الشريك اقوى من تصرف المضارب واعم
ص واذا اشترك الصانعان على ان يتقبلا الاعمال ويقتسما الكسب جاز
ش شركة الصنايع وتسمى شركة الاعمال وهي ان يشترك صانعان على ان
يتقبلا الاعمال ويكون الكسب على الشركة وهذه الشركة جايزة عندنا للتعامل
بها في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وقال زفر في رواية لا يجوز
بنا على ان الربح فرع المال ولا مال لهما فكيف يتصور التمييز بدون الاصل
ولنا ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز الا
ترى انه لو وكله بتقبل الاعمال من غير ان يكون للعاقد فيه شركة يجوز
فكذا اذا كان له فيه شركة كالشرا وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل
كما يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على
ما ذكرنا فكذا وجب ان يستحقان بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة
لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة
ص واجزناها مع اختلاف الصنعة ش قال علماونا الثلاثة لا يشترط
اتحاد العمل في شركة الصنايع حتى لو اشترك خياط وصباغ على ان يتقبلا
بالاعمال ويكون الكسب بينهما يجوز وقال زفر لا يجوز له ان يعجز كل منهما عن
عمل

عمل صاحبه فلا يحصل المقصود ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو امكان
تحصيل الربح بالتوكيل لا يختلف باختلافهم او التوكيل يصح ممن لا يحسن مباشرة
العمل فان المتقبل لا يتعين عليه ان يقيم ذلك العمل بنفسه بل له ان يقيمه
باعوانه واجرايه وان غاب احدهما او مرض وعمل الاخر كان الاجر بينهما على
ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر واما الاخر فلانه يلزمه العمل بالتقبل
فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل وقد يكون مفاوضة اذا
كانا من اهل الكفالة واشترطا ان ما رزقهما الله تعالى يكون بينهما نصفين ويلفظا
بلفظ المفاوضة كما في شركة الاموال وتكون عنانا ايضا اذا كانا من اهل الوكالة
سوا كانا من اهل الكفالة ام لا ص ويجوز التفاضل في الربح مع استوا العمل
ش اذا شرطا العمل نصفين بينهما والربح اثلاثا وهذا اذا كانت عنانا
لا مفاوضة والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر واليه ذهب القدوري
في شرحه لان الجراح بالضمان والزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن
فوجب ان لا يجوز هذه الشركة كشركة الوجوه وجه الاستحسان ان العمل
لا يتقوم الا بالعقد او شبهه فللانسان ان يقوم عمله بما شا فاذا قوما عمل
احدهما بشي وعمل الاخر ما نقص عنه او ازيد لا يمنع كثمن العين فيكون
ما ياخذه من الاجرة بدل عمله ابتدا لا ربحا لان الربح يكون عند اتحاد
الجنس ولم يوجد لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم
كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشتري متقوم فيستحقان من
الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ص ويلزمهما ما يتقبله احدهما
فيطالب كل منهما بالعمل ويطالب بالاجر ش ما يتقبله كل واحد منهما
يلزمهما لانه يقبله لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيجبر عليهما فيطالب

ما ضمنا وان شرطا الاكثر لاذناهما
عملا فالصحيح الجواز لان الربح بقدر

كل منهما بالعمل ويطالبان بالاجر ويبرا ان بعمل احدهما ويبرا المستعمل بدفع الاجرة
الى احدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسانا والقياس ان لا
يلزم ولا يطالب غير المستقبل لان ذلك مقتضى الكفالة والكفالة تثبت
مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان العمل في العنان كالثمن في شركة
المال فكما انه يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن
ذلك بتقبل العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه
الشركة حكم المفاوضة والعنان في الضمان وهذا لان الزرع يستحق اما بالمال
او بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل الا على هذه الصورة
ص وان اقر احد قصارين انهما قبضا الثوب وانكر الاخر ينفذ عليهما
وخصه ش قال ابو يوسف وهو استحسان اذا اقر احد شريكي
القصارة انهما قبضا ثوب فلان للقصارة وجحد الاخر ينفذ عليهما لانها
مفاوضة في ضمان العمل والمطالبة بالاجر وعن محمد وهو القياس ان
اقراره ناقد عليه كاقرار احد شريكي العنان بدين ص وتنعقد شركة
الوجوه على الوكالة ش انما سميت هذه الشركة بشركة الوجوه لانهما ليس
لهما مال ولا عمل فاشتركا بوجوههما اي بوجاهتهما وامانتهما عند الناس
فيبيع الناس لهما التجارة بالنسيئة وصورتها ان يشترك اثنان بغير
راس مال على ان يبيعا بالنسيئة ويشتركا وتنعقد هذه الشركة على
الوكالة لان بها يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا
يتضمن بها جميع انواع شركة العقود وتتضمن ايضا الكفالة مع ذلك اذا
كانت مفاوضة بان نص عليها او شرطا او ذكر جميع شرايطها والانفان
وكشركة التقبل والمصنف لم يشر الا الى العنان ص وتقتسمان الربح

على قدر

على قدر المشتري ش اذا شرطا ان يكون المشتري بينهما نصفين فالربح كذلك
او شرطا له اثلاثا فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا في الربح لان الربح لا يستحق
الا باحد ثلاثة اشياء اما بالمال او بالعمل او بالضمان وهو لا ملك له في نصيب صاحبه
ولا عمل ولا ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه ص ولا تصح الشركة في الاحتطاب
والاصطياد ش لا تجوز الشركة في المباحات كالاحتطاب والاصطياد
والاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال والبراري لان التوكيل لا يصح فيه اذ التو كيل
اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وتحقق بهذا المعنى هنا
غير ممكن لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره ولكل منهما ما اخذه لانه
مباح سبقت يده عليه وان اخذاهما معا فهو بينهما نصفين لاستوايهما
في سبب الاستحقاق فان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيا فهو للعامل
لوجود السبب منه ص وان اعان احدهما فاستحق اخر مثله تكلم له
بنصف قيمته الحاصل لا بالغا ما بلغ ش اذا اشتركا فيما لا تجوز الشركة
فيه كالاحتطاب ونحوه فاحتطب احدهما واعانه الاخر فللمعين اجر مثله
لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه اجر مثله وما يتجاوزبه
نصف قيمة الحطب عند ابي يوسف واليه مال في الايضاح وقال محمد
له اجر مثله بالغا ما بلغ لابي يوسف انه عمل له بعقد فاسد فاستحق اجر مثله
لكن لا يتجاوز به المعين لانه قد رضي به ولمحمد ان الجهالة تفاحشة فان
نصف الحطب غير معلوم اصلا فبطلت تسميته به بخلاف سايرالاجارات
لان الجهالة فيها يسيرة ص ويودي صاحب البغل اجرة مثل الرواية
وبالعكس ش اذا اشتركا واحدهما بغل وللاخر راوية يسقي عليها الماء
فالكسب بينهما لم تصح الشركة لانها عقدت على احراز المباح ونصف الماء والكسب

كيل

كله للذي يبقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان هو صاحب البغل وان كان
هو صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل لانه انتفع بملك غيره بعقد فاسد
فيجب عليه اجرته ص وجعل الزرع في الشركة الفاسدة على قدر المال
ش الزرع في الشركة الفاسدة على قدر المال وان شرط التفاضل لان
الاصل ان الزرع يكون بقدر المال كالربح في المزارعة الفاسدة فانه
يقسم على قدر البذر وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل
شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد
وهو واجب الدفع ص فاذا مات احدهما او ارتد وحكم بلحاقه
بطلت ش اذا مات احد الشريكين او مات بدار الحرب مرتدا وحكم
بلحاقه بطلت الشركة وهذا لانها تتضمن الوكالة وهي لابد منها ليتحقق
المقصود وهو الشركة في المشتري على ما مر والوكالة تبطل بالموت
واللحاق على ما يعرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه
او لا لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة تبطل الشركة يعني شركة العقد
لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ احدهما الشركة
في حالة يكون له الفسخ فيها بان كان المال دراهم او دنانير حيث يتوقف
على علم الآخر لكونه عزلا قصديا ص وليس لاحدهما ان يودي زكاة مال
الآخر الا باذنه ش لانه لم يوذن له فيها لان الاذن وقع بينهما في التجارة
والزكاة ليست منها ص فان اذن قاضي بعد ادائه فهو ضامن مطلقا
وقالا ان علم ش اذا اذن كل واحد منهما لصاحبه في الاداء فان اديا
معا ضمن كل منهما نصيب صاحبه وان اذن على التعاقب ضمن الثاني للاول
سواء علم باداء الاول او لا عند الامام لانه امره باداء الزكاة والمؤدي لم يقع زكاة

وعنه

وعنه انه فرق بين العلم والجهل وهو قولهما كالوكيل اذا تصرف
بعد العزل قبل العلم به او بعده وفي الزيادات انه لا يضمن بحال وهو الصحيح
عندهما لانه مامور بالدفع الى الفقير وقد فعل وللامام ان هذا عزل حكمي
فلا يشترط العلم به كالموت وعلى هذا الخلاف اذا دفع الى رجل شيا ليكفر
عنه به فكفر الآمر ثم كفر المامور وهو لا يعلم

كتاب المضاربة

لما كانت المضاربة لا تصح الا ما تصح به الشركة وكان المضارب شريكا عند الزرع
ناسب ذكرها عقيبها وهي مفاعلة من الضرب وهو السير في الارض قال الله
تعالى واخرون يضربون في الارض اي يسافرون بتجارة وانما اختار
اصحابنا لهذا النوع من التصرف لفظ المضاربة لموافقة الاية واختار الشافعي
له لفظ المقارضة لانها مشتقة من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا
من ماله ويسلمه للعامل وانما سمي هذا النوع من التصرف مضاربة لان
تاييده وهو الزرع لا يحصل غالبا الا بالضرب في الارض وهو عقد مشروع
بالكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول اما الكتاب فما تلونا
من الاية واما السنة فما روي ان العباس رضي الله عنه كان يدفع ماله
مضاربة ويشترط على المضارب انه لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا
ولا يشتري به ذات كبد رطبة وان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك النبي
صلى الله عليه وسلم فاستحسنه واجازه وبعث النبي صلى الله عليه وسلم
والناس يتعاملون فاقرهم عليه وعن عمر رضي الله عنه انه دفع مال يتيم
مضاربة وتعامل بها الصحابة رضي الله عنهم فكان ذلك اجماعا على الجواز
واما المعقول فلكم من موسر لا علم له بوجه التصرف في المال وعالم به لا مال
له يتصرف فيه فمست الحاجة الى شرعيتها تحصيلا لمصلحة كل منهما والقياس

ان يكون هذا العقد فاسدا لانه في الحقيقة استيجار العامل باجر مجهول
وانما جاز استحسانا بما ذكرنا وكان ابو بكر الرازي ينكر كون عقد المضاربة
مخالفا للقياس ويقول انه اصل من الاصول لا يقال انه مخالف للقياس
وانما يقال ذلك في مسايل الاجتهاد ص ويعقد على الشركة في الربح بمال
من احدهما وعمل من المضارب س المضاربة في الشرع ما ذكرنا انها اجارة
بدليل انها لا يشترط فيها التوقيت وينفرد احدهما بالفسخ بخلاف الاجارة ص
فان شرط كله للعامل كان قرضا او لرب المال كان بضاعة واذا قبض المال
كان امينا واذا تصرف كان وكيلا واذا ربح صار شريكا وان فسد كان اجيرا
وان خالف كان غاصبا س للمضاربة احكام من عقود مختلفة فان رب
المال اذا سلم للعامل راس المال كان امانة كالوديعة لانه قبضه باذن
مالكه لا على وجه البدل والتوثق واذا تصرف فيه كان وكيلا لانه تصرف فيه
باذن مالكه ويرجع بالعهدة على رب المال لان التصرف مضاف الى امر
المالك واذا ربح صار شريكا لاستحقاقه جزءا من الربح بواسطة العمل واذا
شرط الربح لرب المال كان بضاعة لان هذا معناها عرفا وشرعا واذا شرطه
المضارب كان قرضا لان كل الربح لا يملك الا بملك راس المال فلما شرط جميع
الربح فقد ملكه راس المال ثم قوله مضاربة شرط لزومه فيكون قرضا
واذا فسدت كانت اجارة فاسدة يجب فيها اجر المثل لانه عمل له باجر مجهول
فيستحق اجر مثله لما مر واذا خالف كان غاصبا وصار المال مضمونا عليه
لانه تعدى في ملك غيره بغير اذنه فهذه حقيقة احكام ايداع ووكالة
وشركة وبضاعة وقرض واجارة وعيب نبين احكم كل حكم منها في وقته وشرايطها
خمسة احدها انها لا تجوز الا بالنقدين الثاني اعلام راس المال عند العقد

اما بالاشارة

اما بالاشارة او بالتسمية ويكون المال مسلما للمضارب الثالث ان يكون
الربح شايعا بينهما الرابع اعلام قدر الربح لكل واحد منهما الخامس ان يكون
المشروط للمضارب من الربح حتى لو شرطه من راس المال او منهما فسدت
وينعقد استحسانا بقوله خذ هذه الالف واعمل فيها بالثلث او النصف
لان البيع والشراء امر مذكورين بذكر العمل والنصف متى ذكر عقيب البيع
والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وهو كالمشروط والحيلة في جعل
المال مضمونا على المضارب ان يقرض رب المال جميع المال للمضارب الا درهما
ثم يشتركا في ذلك شركة عنان على ان يكون راس المال المقرض درهما
وراس مال المستقرض جميع ما استقرضه على ان يعملا ويشرطا الربح منهما ثم
يعمل المستقرض خاصة بالمال فاذا هلك المال في يده فالمعوض عليه على
حاله واذا ربح فالربح بينهما على ما شرطا وحيلة اخرى ان يقرض
المضارب ثم يأخذه منه مضاربة بالثلث او بالنصف ثم يدفعه اليه
ليستعين به في العمل فاذا هلك في يده هلك كالمعوض واذا ربح ولم يهلك
كان الربح بينهما على الشركة ص ولا يصح الا ما تصح به الشركة س لا تصح
المضاربة الا بما تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير لا غير عند ابي
حنيفة وابي يوسف والفلوس النافقة عند محمد مثلها وقد بينا
في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة بالمكيل والموزون لانها
من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال بمثل المقبوض ولنا انه عليه
الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود يؤدي اليه
لانها امانة في يد المضاربة وربما زادت قيمتها بعد الشراء فاذا باعها
شركة في الربح فحصل ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان

يدخل في شيء في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء يجب الثمن في ذمته
لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون
عروض الا ترى انها تتعين فاو تصرف يكون فيها بيع وقد تحصل هذا البيع
ربح بان تبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر فيها ربحه بدون الشراء
فيكون هذا استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض
ص ولو قال بع هذا العروض واعمل في ثمنه او اقبض مالي على فلان واعمل
به جاز لانه الدين الذي له عليك ش هذه ثلاث مسايل الاوليان منها جايزه
بخلاف الثالثة والاولى اذا دفع الى رجل عوضا وقال بعه واعمل بثمنه
مضاربة فباعه وتصرف في ثمنه جاز لان عقد المضاربة قابل للاضافة الى
الزمان المستقبل لتضمنه معنى الوكالة والاجارة وليس فيهما يمنع صحة
الاضافة الى المستقبل فجازت المضاربة لانها مضافة الى الثمن دون
العرض وهذه حيلة لجواز المضاربة بالعروض الثانية اذا قال رب المال
اقبض مالي على فلان ثم اعمل به مضاربة بالنصف جاز ايضا لان عقده
المضاربة بعد ما قبض المال والمال بعد القبض يصلح مال المضاربة
وانه عقد يحتمل الاضافة الى الزمن المستقبل لانه توكيل الثالثة اذا
قال له اعمل مضاربة بالدين الذي في ذمتك في الثلث او النصف لم تجز
لان الدين الذي عليه لا يصلح راس مال المضاربة لكونه عليه ومن شرط المضاربة
ان يكون راس المال عنده ومن باع واشتري فلنفسه وربحه له وما شيء لرب
المال فيه في قول الامام ودينه عليه باق على حاله وقالا لرب المال وبري
المضارب من دينه وله على رب المال مثل اجر عمله لان المضاربة متى فسدت
بقي امرا بالشركة له بما عليه وانه باطل عند الامام فيصير مشتريا لنفسه

وعندهما

وعندهما صحيح فيصير مشتريا للامر وقد اطعمه في مقابلة عمله شيئا ولم
يصح فيلزم لرب المال مثل اجر عمله ولو اضاف الى نقود في يد امانة بان
قال للمودع او المبضع اعمل بها مضاربة بالنصف جاز بلا خلاف ص ويشترط
شيوع الربح فلو شرط لاحدهما دراهم مسماة فسدت س لا تتم المضاربة الا
ان يكون الربح شايعا بينهما لان الشركة تتحقق به حتى لو شرط لاحدهما دراهم
مسماة بطلت لانه يودي الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد الربح على
المسمى ص فيكون الربح لرب المال في المال امانة وللمضارب اجر مثله فيحكم
به ان ربح وتمنع مجاوزة المشروط وخالفه فيما ش اشار الى حكم المضاربة
الفاسدة وما يجب فيها اما كون الربح لرب المال فلكونه تبع للمال لانه نماؤه وانما
يشاركه في الربح بعقد صحيح ولم يوجد واما كون المال امانة في المضاربة الفاسدة
فبالاتفاق لانه اخبر خاص واعتبارا بالمضاربة الصحيحة وقال الطحاوي
في مختصره انه امانة في قول الامام وبه ياخذ ومضمون في قولهما وظاهر
الرواية اصح وانما يجب للمضارب اجر مثله لانه عامل لرب المال باذنه
واستحقاق الربح بالشرط فاذا لم يصح الشرط بقيت منافعه مستوفاة بحكم
العقد فيجب اجر المثل واما ما يتفرع على ذلك من الخلاف نذكر مسئلتين
احديهما ان عند ابي يوسف ان المضارب اذا لم يربح شيا في المضاربة الفاسدة
لا يستحق اجرا اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انهما فوقهما في امضاحكمها
واستحقاق المسمى فيها وعند محمد وهي رواية الاصل له اجره وان لم يربح لان
الاجير يستحق الاجر بتسليم المنافع والعمل وقد وجد كما في الاجير الخاص
الثانية ان له اجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح عند ابي يوسف لانه رضي
به وان كان مجهولا في الحال لكنه يعرضه ان يصير معلوما عند حصول

الزرع فيقدر به لمكان التراضي كما يقدر في سائر الاجارات الفاسدة وعند محمد
له اجره بالغا ما بلغ لانه يقدره بالقدر المسمى من الزرع للجهالة الفاحشة
فبطلت التسمية في حق المقدار وبقي كانه قال استاجرتك على عمل كذا فيجب
اجره بالغا ما بلغ ص ويشترط التسليم الى المضارب س لانه لا تصح المضاربة
الا ان يكون المال مقبوضا للمضارب لان قيامها بعمله فيجب ان يكون
في يده بسبب الشركة ص واذا اطلق المضاربة باع المضارب واشترى
ورهن واسترهن وابضع واودع ووكل وسافر واستاجر ش اذا كانت
المضاربة مطلقة بان لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان جاز ان يعمل
فيها ما هو من عادة التجار وان لم يقل اعمل برايك كالبيع والشراء والرهن
والارتهان والايداع والتوكل والايجار والاستيجار للاطلاق لانها من
ضرورات التجارة وطرق الاسترباح وله ان يسافر بالمال في البر والبحر
في المشهور لاطلاق العقد واعتبارا بالمودع بل اولى ص ولا يضارب
الا باذن او تفويض ش المضارب ليس له ان يدفع المال مضاربة الا ان
ينص رب المال على ذلك او يفوض اليه بان يقول له اعمل برايك لان
الشيء لا يتضمن مثله لبسا وبما في القوة كالوكيل لا يوكل بخلاف الابضاع
والايداع لانها دونها وبخلاف المستعير والمستاجر والمكاتب لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والمضارب بطريق النيابة ص ولا يقرض س لانه لا يحصل
به المقصود ولانه مضمون بالمثل ص ولا يهب ولا يتصدق ش لانه
نوع الابتنصيص او تفويض الاصل فيه ان تصرفات المضارب
على ثلاثة انواع نوع يملكه مطلق العقد وهو ما يكون من المضاربة
وتوابعها كالبيع والاجارة والرهن ونوع لا يملكه مطلق العقد ويحتمل

ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وهو التفويض مثل الدفع
الى غيره مضاربة او شركه او خلطه بماله او بمال غيره لان رب المال
لا يرضى بشركة غيره وهو امر زايد على ما تقوم به التجارة ولكن فيه تحصيل
مقصود العقد والتفويض دليل على الطلاقه ونوع لا يملكه مطلق العقد
ولا بالتفويض كالاقراض والهبة والصدقة والاستدانة لانه تصرف
بغير راس المال والتوكيل مقيد براس المال الا ان ينص عليه ويكون بمنزلة
شركة الوجوه لانه ليس لاحدهما راس مال ص وان خصها ببلدة او سلعة
او معامل لم يجاوز ذلك ش ان قيد رب المال المضاربة ببلدة او بسلعة
او معامل تقيدت به وليس له ان يتجاوز وهذه المضاربة الخاصة فمتى
شرط رب المال على المضارب شرطا فيه فايدة يصح ويجب على المضارب مراعاته
وان كان شرطا لا فايدة فيه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه فاذا شرط ان يعمل
بها بالكوفة فقد شرط عليه شرطا له فايدة يجب مراعاته ويصير المضارب
بتركه مخالفا ضامنا ثم معرفة ما يصير شرطا وما يكون مشورة فما يكون
شرطا ستة الفاظ الاول ان يقول دفعت اليك مضاربة على ان تعمل
بها بالكوفة الثاني ان يقول لتعمل بها بالكوفة الثالث ان يقول
تعمل بها بالكوفة بالجزم الرابع ان يقول اعمل بها بالكوفة بالدفع الخامس
ان يقول فاعمل بها في الكوفة السادس ان يقول دفعت اليك مضاربة
بالكوفة وما يكون مشورة لفظان احدهما ان يقول دفعت اليك الالف
مضاربة اعمل بها بالكوفة الثاني ان يقول واعمل بها بالكوفة والضابط
انه متى ذكر عقيب لفظ المضاربة لفظا لو اعتبر ابتداء لا يستقيم الابتداء به
ومتى اعتبر متعلقا بما قبله يصح لا يعتبر ابتداء كيلا يلغوا واذا ذكر كلاما

يستقيم الابتداء به يعتبر مبتدأ والالفاظ الستة لا يصح الابتداء بها ولا يستقيم
الابتداء بقوله على ان يعمل بالكوفة فاعتبرت بمعنى الشرط وقوله واعمل بها
بالكوفة بالواو وبغير الواو يستقيم الابتداء به لان الواو تجوز الابتداء بها
فبقيت المضاربة مطلقة فكان هذا مشهورا كانه قال ان فعلت كذا فهو
نفع ولو دفع مالا مضاربة على ان يعمل به في الكوفة فليس له ان يعمل في
غيرها ولا ان يعطيه لمن يخرج به فان اخرجه منها فباع واشترى في غيرها
فربح او خسر صار مخالفا لانه يملك التصرف بتفويضه والتفويض اليه مقيد
بالكوفة والتقييد مفيد لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة في الاسعار
والارتفاق ومقصود رب المال تختلف باختلافها فان اخرجه من الكوفة
فلم يشتر به شيأ حتى رده اليها فالمضاربة على حالها لانه امين خالف
ثم عاد الى الوفاق ثم قيل يصير مخالفا بنفس الاخراج لانه مامور بالحفظ
في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ مقيدا وقيل
لا يصير مخالفا ما لم يشتر لاحتمال عوده الى البلد قبل الشراء فان اشترى
ببعضه في غير البلد ثم اشترى ما بقي منه في الكوفة فهو مخالف فيما اشترى
بغير الكوفة وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة لان دليل الخلاف
وجد في بعضه دون بعض ولو دفع مالا مضاربة على ان يعمل به في سوق
الكوفة فله ان يعمل في غير السوق بالكوفة استحسانا والقياس ان لا يملكه لانه
قيده به والاستحسان ان الشراء لا يتفاوت بين ان تكون في السوق او في
غيره لان الاسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيدا
ولو قال لا تعمل الا في السوق يعمل في الكوفة في غير السوق فهو مخالف
بخلاف ما اذا قال على ان يعمل في السوق لانه اطلق العمل به ثم قيده

بمكان

بمكان والتقييد لغو ولو دفع مالا مضاربة في الطعام فهو مضاربة في الحنطة
والدقيق خاصة وليس له ان يشتري به غيرها لان هذه الالفاظ توجب
التقييد عرفا ولو قال على ان يشتري به من فلان ويبيع منه فهو على فلان
خاصة لا يتعداه لان هذا التخصيص فيه فائدة تثبت حكمه ولو قال على
ان يشتري به من اهل الكوفة ويبيع فاشترى وباع من رجل من الكوفة
من غير اهلها جاز لان هذا التخصيص لا فائدة فيه الا ترك السفر كانه قال
على ان تشتري ممن بالكوفة ولو دفع اليه مالا مضاربة في الصرف على ان
يشتري من الصارفة ويبيع فله ان يشتري به من غير الصيارفة ما دام له
من الصرف لانه لا فائدة فيه الا تخصيص البلد او النوع فيشتري فيه الصرفي
وغيره ص او مدة بطلت بمضيها ش اذا قيد المضاربة بزمان بعينه
تقيد به حتى يبطل العقد بمضيه لان التقييد مفيد كالتقييد بالنوع لان
المضاربة فيها معنى الوكالة فتتقيد بما قيد الموكل كالوكالة الموقتة ص
ولا يزوج عبدا ولا امة ش ليس للمضارب ان يزوج من مال المضاربة
عبدا ولا امة خلافا لابي يوسف في الامة له انه يتع محض كاجارتها ولهما انه
ليس من التجارة ولا من ضروراتها فلا يتضمنه العقد والخلاف مذكور في
كتاب المأذون ص ولا يشتري من يعتق على المالك ش ليس للمضارب
ان يشتري من مال المضاربة من يعتق على رب المال يقربه او يمين
لفوات المقصود ولو ربح ص فان فعل ضمن الثمن ش لانه صار مشتريا
لنفسه كالوكيل بالشراء اذا خالفه ص ولا من يعتق عليه ان كان في المال
ربح ش ليس للمضارب ان يشتري من يعتق عليه ان كان في المال ربح لانه
يعتق نصيبه فيفسد الباقي او يعتق على الخلاف المعروف فيمنع التصرف فيه

وان فعل عتق عليه لانه صار مشتريا لنفسه ويضمن بمال المضاربة ص
وان لم يكن فاشتري فازدادت القيمة عتق نصيبه وسعي العبد في قيمة
نصيب رب المال ش اذا لم يكن في المال ربح جاز للمضارب ان يشتري
من يعتق عليه لعدم المانع من التصرف لعدم الشركة فيه فان اشتري فازدادت
قيمته عتق نصيبه منه لملكه بعض قريبه ولا ضمان عليه لانه ثبت حكما
لا بصنعه كما اذا ورث قريبه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيب رب
المال لان ماله ليته احتبست من عنده كما في الارث واصله ان المضارب اذا
اشتري ما لا يملك بالقبض او ما لا يقدر على بيعه بعد الشراء يكون على المضاربة
لان المضارب اذن في التصرف الذي يحصل به الربح وذا لا يكون الا بالبيع والشرا
فيما لا يملك وما لا يقدر على بيعه لم تحصل فيه الربح فلم يدخل تحت الاذن
فان اشتراه كان مشتريا لنفسه فان دفع اليه مال المضاربة ضمنه ص
ولو اشتري بالف المضاربة عروضا واقترض مايه لحملها فله بيعها
مرابحة على الكل وحصة المايه له وقالا لا على الالف ش رجل دفع الف
درهم الى رجل مضاربة فاشتري بها ثوابا ثم اقترض مايه وحملها
بها ثم اراد بيعها مرابحة قال ابو حنيفة يبيعها مرابحة على الف ومايه
وحصة المايه له وقالا لا يرابح على الالف وهو في المايه متبرع لانه
متطوع في الكراء لعمله بغير اذن فصار كاستكراء اجنبي وله ان العروض
قامت على المضارب بالف ومايه ولانه اصل في العقد بمنزلة الوكيل
فيبيعها مرابحة بما قامت عليه والكراء في ماله خاصة فيكون حصته من
الربح له ص ولو تصرف بما نهي عنه فاجاز لم يجيزوه ش قال علماونا اذا
اشتري المضارب ما نهاه رب المال عن شرائه ثم باعه وتصرف فيه تصرفات
ثم اجاز

ثم اجاز رب المال تلك التصرفات فان لم يجز واكان مخالفا غاصبا ضامنا والربح
كله له وقال مالك يجوز تصرفاته والمال على المضاربة والربح كذلك لان الاجازة
اللاحقة كالاذن السابق ولنا انه اشتري بغير امر رب المال فنفذ على المضارب
فكان تصرفه بعد ذلك في مال نفسه فلا يتوقف على اجازة غيره وعلى هذا
الخلاف المستضع بفتح الضاد اذا خالف ص ولو ادعي التقييد والمضارب
الاطلاق جعلنا القول له لا للاول ش قال علماونا الثلاثة اذا اختلف
رب المال والمضارب بعد التصرف فادعي رب المال تقييد المضاربة وخصو ص ٥
وادعي المضارب اطلاقها وعمومها يكون القول للمضارب وقال الحسن بن
زياد القول لرب المال كما اختلفا قبل التصرف او كان الاختلاف على العكس
قال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من قال انه قول زفر ووجهه ان
المضارب يدعي وجود الاذن منه ورب المال ينكر والقول قول المنكر كما في
الوكالة ولنا ان الاصل هي المضاربة الاطلاق والعموم وفي الوكالة الخصوص
والقول قول من يدعي الاصل بخلاف الاختلاف قبل التصرف فانه يجعل
انكار رب المال نصا له على العموم وذكر في التكملة اذا اختلف رب المال
والمضارب فادعي احدهما الاطلاق والاخر الخصوص فالقول لمن يدعي الخصوص
لانه ينكر ثبوت الزيادة والقول قول المنكر وذكر في اصول شمس الايمة
وفخر الاسلام في باب معرفة احكام العموم قال علماونا اذا اختلف رب المال
والمضارب في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم ولو ادعي
المضارب الدفع في الطعام ورب المال في البز فالقول لرب المال لانهما
اتفقا على خصوص العقد فكان القول لمن استفيد الاذن من جهته
ص ولو باع من رب المال ما اشتراه به اجزناه ش ولو باع رب المال

مال المضاربة من المضارب او بائعه المضارب من رب المال جاز سواء كان
في المال ربح ام لا الا انه اذا باع رب المال منه تبطل المضاربة وفي العكس
تجوز خلافا لزفر وتخير رب المال بين دفع الثمن الى المضارب ويبقى
المضاربة وبين امساك الثمن وفسخ المضاربة لان راس المال حصل في يده
انتهاء فيعتبر بما لو كان في يده ابتداء ولزفر ان ما اشتراه المضارب مال رب
المال والانسان لا يشتري مال نفسه فلا يجوز ولنا ان هذا المال في حق
التصرفات كالمملوك للمضارب لان له حق التصرف وهو كغير المملوك لرب المال
فلا يملك رب المال فسخه عليه الا بالشراء فيجوز فالمولى يشتري من مكاتبه
شيأ من اكتسابه ص او دفع المال اليه مضاربة حكمنا ببقاء الاولى لا بانفساخها
س قال علماؤنا الثلاثة المضارب اذا دفع الى رب المال مال المضاربة
فاشترى به وباع لم تنفسخ الاولى خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا
دفع المال اليه بضاعة له ان تصرفه يقع في ملكه فلا يصلح وكيلا فيه
فيصير مستردا ولنا انه عمل فيه باذن المضارب فصار عمله كعمله وكان امانة
فان قيل لم يوجد التخلية وهي شرط قلنا وجدا بتداء فلا تبطل ولو اخذه
بغير رضاه وعمل فيه انتقضت المضاربة لانه لم يوجد من المضارب
استعانة فيجعل عاملا لنفسه فتنقض المضاربة اذا كان راس المال ناميا
بخلاف ما اذا كان عرضا لانه لا يعمل فيه نقصه ضرحا فلا يعمل نقضه
اقتضاء ص وان دفع المال مضاربة بغير اذن فالاول ضامن ان ربح
الثاني وقالا ان عمل وما ضمناه بنفس التسليم وقيل يتخير في تضمين
ايهما شاء س اذا دفع المضارب مال المضاربة الى غيره مضاربة بغير اذن
ان كانت المضاربة فاسدة لم يضمن المضارب الاول لانه اجير وللمضارب

ان يستاجر وان كانت صحيحة فعن الامام انه لا يضمن حتى سلم الثاني لانه انما يصير
مضمونا بالمخالفة واذا ما اشترى غيره في ماله ولهذا لا يضمن ان صنع او اودع
وقالا يضمن اذا عمل الثاني وان لم يربح لحصول العمل في المال بغير رضى المالك
وهو ظاهر الرواية عن الامام لان الربح انما يحصل بالعمل فيقام السبب مقام
حصوله في صيرورته مضمونا وقال زفر يضمن لمجرد الدفع وعن ابي يوسف
انه رجع اليه لانه يدي الدفع على وجه الايداع وهذا دفع على وجه المنازعة
وهل يضمن الثاني قيل يجب ان يكون على الاختلاف في مودع المودع والمشهور
انه يخير بين تضمين الاول والثاني بالاتفاق لوجود التعدي من الاول
بالدفع ومن الثاني بالقبض بخلاف مودع المودع لانه يقبضه لمنفعة
الاول والمضارب يقبض لمنفعة نفسه فان ضمن الاول نفذت المضاربة
لانه ملكه باداء الضمان وان ضمن الثاني رجع على الاول بما ضمن لانه عامل
له ولانه مغرور من جهته في العقد وتفسخ المضاربة لان الضمان على
الاول ويطيب الربح للثاني لانه استحقه بعمل ولا يطيب للاول لانه
استحقه بملك يستند باداء الضمان فصار كالمودع اذا تصرف في الوديعة
وربح ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا ضمان
على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بالدفع او هو حفظ وله ان
يامر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم ولو استهلك المضارب
باقي المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى امره فانقطعت
اضافته عنه ص وان دفع اليه المال وقال له ما رزق الله تعالى بيننا
نصفين واذن له ان يضارب فضارب بالثلث كان نصف الربح لرب المال
والسدس للاول والثلث للثاني س اذا دفع رب المال المال الى المضارب

على ان مارزق الله تعالى من زرع كان بينهما نصفين واذن له ان يضارب
فدفعه المضارب الى غيره مضاربة فهذه على ثلاثة اوجه احدها ان يشترط
الاول للثاني اقل مما شرط له كالثلث فعمل الثاني وزرع فلرب المال
نصف الزرع وللمضارب الاول السدس الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني
صحيح لانه بامر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله
تعالى وقد جعل المضارب الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه
لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيا فبقي له السدس ويطيب
ذلك له لان رب المال يستحقه بالمال لانه مالكه والمضارب الاول
والثاني يستحقان بالعمل لان عمل الثاني دفع عنهما فصار ذلك نظير من
استاجر خياطا ليخيط له يوما بدرهم فاستاجر هو غيره ليخيط له ذلك
الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميعا لما قلنا فهذه
لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الزرع ص او
قال على نصفه فضارب بالنصف فلا شيء له ش الوجه الثاني من
الاوجه الثلاثة والمسئلة بحالها ان يدفع رب المال الى المضارب
مضاربة على ان يكون الزرع بينهما نصفين فدفع المضارب المال الى غيره
واشرط له من الزرع النصف فيجوز ويكون للمالك النصف وللمضارب
الثاني النصف ولا شيء للاول لان قول رب المال مارزق الله تعالى
ينصرف الى جميع الزرع فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب
الاول للثاني نصف جميع الزرع فيكون له ايضا النصف فلم يبق للاول
شيء من الزرع فيخرج بغير شيء كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم
فاستاجره الاجير غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم ص او بالثلثين من

الاول

الاول للثاني فقد سدس الزرع ش الوجه الثالث من الاوجه الثلاثة
المتقدمة والمسئلة بحالها ان يشترط المضارب الاول للثاني من الزرع
الثلثان فيجوز ايضا ويضمن الاول للثاني من الزرع سدسا من ماله
لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الزرع فله ذلك واستحق
المضارب الثاني ثلثي الزرع بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما
لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر له بغير شرطه فيغرم له قدر
السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غيره بالتسمية
والغرور في العقود يتعلق به الضمان كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا
بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف ص او مارزق
الله اخذ الثاني الثلث واقتسم الاول ورب المال ما بقي ش يعني
وان كان رب المال دفع الزرع مضافا الى المضارب فقال مارزقك الله
تعالى بيننا نصفين فشرط الاول للثاني الثلث فلنا الزرع بين رب
المال والمضارب الاول نصفين لان رب المال هنا شرط ان يكون مارزق
الله تعالى الى المضارب الاول بينهما نصفان والمرزوق للاول الثلثان
لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو ماذون له فيه فلم يكن
من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بين رب المال والمضارب
الاول نصفين ويطيب لهم بلا شبهة ايضا لما ذكرنا وهذا احسن في حق
الاول وان شرط للثاني نصف الزرع فالنصف بين الاول وبين رب
المال وان شرط للثاني ثلثي الزرع فالثلث بينه وبين رب المال
لانه اضاف الى الحاصل له ص وتجيز لرب المال ان يزيد في الزرع بعد
القسمة كالعكس وخالفه ش قال ابو يوسف وهو القياس اذا اقتسم

رب المال والمضارب الربح واخذ رب المال راس ماله ثم زادت المال المضارب
شيا على قدر نصيبه يجوز واشار اليه في الكتاب بقوله كالعكس وهو
من الزوايد يعني انه كما يجوز ان يدفع المضارب الى رب المال زيادة
على نصيبه من الربح اجماعا فكذا هاهنا وقال محمد وهو الاستحسان
لا يجوز وابي يوسف ان القسمة تنهي العقد والمنهي متقرر فكان الزيادة
حصلت في العقد المتقرر لان العقد المنقضي كان بمعنى القايم فيجوز
كالمضارب ولمحمد ان المعقود عليه قد فات لان العمل كالمبيع والربح كالثمن
ولما انتهى عقد المضاربة بالقسمة فات المعقود عليه وهو العمل لانه
عرض يتلاشى وانما كان موجودا حكما لبقا العقد فاذا انقضى العقد
لم يبق العمل لا حقيقة ولا حكما فصار كالزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع
بخلاف العكس لانه بمنزلة الحط والحط يجوز بعد الهلاك المعقود عليه
كحط بعض الثمن بعد هلاك المبيع وانما وضع المسئلة بعد الانقسام لان
الزيادة والحط قبل الانقسام جايزان بالاتفاق ص وان ضارب من
استاجره حولا بالنصف يعطيه الاجر ويجعل الربح لرب المال واعطاه
ما شرط له ولا تنفسخ الاجارة ش قال ابو يوسف اذا استاجر رجلا مدة
معلومة باجر معلوم ليشتري له البر ويبيع جاز ثم انه اذا دفع اليه
في المدة مالا مضاربة بالنصف فعمل فيه وربح فكله لرب المال وله
الاجر المسمى في عقد الاجارة وقال محمد له ما شرط له في عقد المضاربة
والاجر له ما دام يعمل بهذا المال حتى ان عمل بمال اخر له ولم يعمل في مال
المضاربة كان له الاجر لابي يوسف انه ملك بعقد الاجارة منافعه
في المدة فاشتراط شيء من الربح له يكون بمقابلة ملكه فلا يصح كالو دفعه
الى عبده

فصل في نفقة المضاربة

ولا دين عليه ولمحمد انهما كانا جعلا بدل منافع الاجير في المدة ما سمياه
في تلك المدة ثم انهما جعلا بدلها نصف الربح فيصح كالو دفع اليه غير من استاجره
بالا مضاربة صحت المضاربة وسقط من الاجر بمقدار مدة العمل فيها من
المحمول كذا هذا ولا تنفسخ الاجارة في ضمن المضاربة بالاجماع لان الاجارة
اقوى حيث لم تنفسخ بالاعذار والمضاربة عقد يتفسخ بغير عذر وقوله
حولا وبالنصف من الزوايد على نفسه من مال المضاربة وفي بطلانها لما كانت مسايل هذا الفصل
غير ما ذكر قبله فصلها عنه ص فلا ينفق المضارب من المال اذا عمل
به في مصره او مصر اتخذه دارا ش لا نفقة للمضارب في المال
اذا عمل به في مصره او مصر اتخذه داره واذا انفق منه ضمن لان الاصل
ان يكون نفقة الانسان عليه الا اذا كان محتسبا لغيره كنفقة القاضي
والزوجة والمضارب ما دام يعمل في مصره او مصر اتخذه داره غير محتبس
لرب المال لانه مسكنه وكان احتسابه لنفسه اما اذا سافر فسفره واقع لاجل
المال فيصير محتبسا لاجل المال فوجب له النفقة في المال لاجل الاحتباس
له وهذا بخلاف الاجير فانه يعمل باجره والاجر له لا محالة فكان عاملا ومحتبسا
لنفسه فلا يجب له النفقة وبخلاف المبضع لانه متبرع في عمله فلا يستحق
بدلا ص ولا في الفاسدة ش اذا كانت المضاربة فاسدة لا يجب فيها للمضارب
نفقة لانه فيها اجير معين والنفقة للاجير ص فان سافر ولو يوما
ليعمل فيه انفق منه على نفسه ومن يخدمه واخرج ما لا بد منه بالعادة
بالمعروف فان تجاوز ضمن ش اذا سافر المضارب في المضاربة الصحيحة
للعمل في مال المضاربة صار محتبسا له فينفق منه ما لا بد منه ولو خرج الى

ما دون السفر بطرف من اطراف المصر ان كان يبيت في اهله فهو بمنزلة
المصر لان اهل المصر يتجرون في السوق ويبيتون في منازلهم وان كان
لا يثبت في اهله فهو بمنزلة السفر والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة
العادة الراتبة بالكري والكسوة والطعام واجراجير يخدمه وفراش
ينام عليه وغسل ثيابه وشراء دابة يركبها واجرة الحمام والحلاق كل ذلك
بالمعروف لان الاطلاق باعتبار العرف فيتقدر بقدره حتى لو تجاوز ضمن
بالفعل لانه صار غاصبا **واما** ما كان من فضول الحوائج كثمن الادوية
واجرة الحمام والحجام والطبيب وثمن النورة فهو من ماله والدهن من
فضول الحوائج خلافا لمحمد رحمه الله تعالى ويحتسب النفقة من الربح اذا
كان في المال ربح والا فمن راس المال لانها هلاك والهلاك يحتسب اولا من
الربح **ص** ولو سافر بمال ومال المضاربة او خلطه باذن او بمالين لرجلين
انفق بالحصة **س** اذا سافر المضارب بمال المضاربة وماله او خلط مال
المضاربة بماله باذن او بمالين لرجلين فنفقته في المالين بالحصة لان الاحتباس
وقع لهما فتقسم النفقة عليهما وهذه من الزوائد وان كان احد المالين
مضاربة والاخر بضاعة فهو في مال المضاربة لان الاحتباس لا يمنع البضاعة
الا اذا تفرغ للعمل في البضاعة لينفق من مال نفسه دون البضاعة لانه
متبرع في البضاعة الا ان يكون اذن له **ص** واذا قدم رد ما فضل
من كسوة وطعام الى المال **ش** اذا رجع المضارب الى مصره رد ما فضل
من النفقة لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة وقد زالت كالحاج عن غيره
اذا رجع ويقي شيء من النفقة والمولى اذا بوأ امته مع زوجها ثم نقلها
وبقي معها شيء من النفقة **ص** وتبطل بموت رب المال وردته ولحاقه

بموت

وموت المضارب دون ردته **ش** اما موت رب المال فلانه مبطل للمضاربة لان
المضاربة تتصرف باذنه فاذا مات بطل الاذن فلم يجز له التصرف في مال
الغير بغير اذنه واما ردته ولحاقه بدار الحرب والعياذ بالله تعالى فمبطل
لها ايضا لان الحكم بلحاقه بدار الحرب نزل منزلة موته لان الحكم بلحاقه منزل
لملكه وموجب لقسمة ماله بين ورثته **واما** موت المضارب فلانه بمنزلة
الوكيل وموت الوكيل مبطل للوكالة ولا ينتقل ذلك الى ورثته لما نذكره بعد
واما ردة المضارب فلا تبطل المضاربة لبقاء ملك رب المال وصحة مباشرته
الا ان العهدة تكون على رب المال لانها تلزم بسبب المال وقالا على المضارب
لان تصرفه كتصرف المسلم ولو كان رب المال امرأة فارتدت لم تبطل لانها
لا تقتل فلم تنعقد بسبب التلف في حقها ارتد رب المال ولحق فلم يقض
شيء حتى عاد مسلما والمضارب قد تصرف ورب المال في دار الحرب لم تبطل
لانه نقض ردته قبل تقررها ارتد المضارب ولحق وتصرف في دار الحرب
فرجع وعاد مسلما كان له جميع المال لانه صار غاصبا باللحاق وملكه بالاحراز ولا
يتعرض له اذا عاد بالنقض **ص** ولا ينعزل بعزله ما لم يعلم **ش** اذا عزل
رب المال المضارب ولم يعلم بعزله لم ينعزل فلو باعه واشتري بعد العزل
قبل العلم نفذ لان المضارب وكيل رب المال في التصرف فيشترط فيه العلم
بعزله على ما بينا في الوكالة وكذا اذا مات ولم يعلم المضارب بموته **ص**
واذا علم فان جانس راس المال كله ينصرف والا جعله من جنسه وامتنع من
التصرف **ش** اذا عزل رب المال المضارب وعلم بعزله انعزل ثم انه لا يخلو
المال اما ان يكون من جنس راس المال او لا فان كان من جنسه لم تجز التصرف
فيه لانه صار اجنبيا بالعزل ولا ضرر عليه في ذلك وان كان عروضا فله

ببيعها لا يمنعه العزل من ذلك كان حق المضارب ثابت في الربح وهو انما يظهر
اذا علم راس المال وانما يعلم اذا نض وانما ينقض بالبيع اذا نض فاذا
نض لا ينصرف ثمنه لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان
فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس
راس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس راس المال ليس
له ان يبيعه بجنس راس المال قياسا اذ النقدين جنس واحد من حيث
الثمنية وفي الاستحسان له ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب
على المضارب ان يرد مثل راس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان
له بيعه ضرورة ص واذا افترقا وفي المال ديون وربح اجبر على
الاقتضاء وان لم يكن ربح وكل رب المال فيه ش اذا افترق رب المال
والمضارب وفي المال ديون وربح اجبر المضارب على الاقتضاء الديون لانه
كالامين والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة
الصحيحة ولو ضمن المضارب الدين لم يجز لانه امين فلا يجعل ضمين وان لم
يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا اجبر
على التبرع وفيما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد واجب
عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما اتخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع
وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة وانما يوكل المضارب رب المال في الاقتضاء
لان حقوق العقد ترجع الى العاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يمكنه
المطالبة الا بتوكيله فيوكله بالتوكيل كيلا يضيع حقه وهذا بخلاف الشمار
وهو المتوسط بين البايع والمشتري فانه يجبر على التقاضي لانه يبيع
ويشتري للناس في العادة باجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة

بحكم

بحكم العادة فيجب عليه ذلك لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب
اذا كان في المال ربح ولو استاجره باجرة معلومة على ان يبيع ويشتري
شيا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استوجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه
فان البيع والشرا لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البايع او المشتري فلا يقدر
على تسليمه بنفسه والحيلة في الجواز ان يستاجره يوما للخدمة ويشتمله
في البيع والشرا الى اخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة
ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمها بتسليمها بنفسه في المدة وان عمل
من غير شرط واعطاه شيا لا باس به لانه عمل بعقد حسنه فجازاه خيرا وبذلك
جرت العادة وما راه المومنون حسنا فهو عند الله حسن والسمار بكسر السين
فارسي معرب ص ويصرف الهالك الى الربح ش اذا هلك من مال المضاربة
شي صرف الهالك الى الربح لان الربح اسم للزيادة فلا بد من تعيين الاصل
حتى تظهر الزيادة قال عليه السلام مثل المومنون كمثل التاجر لا يسلم له
ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له
فرايضه او قال فرايضه والربح تابع وراس المال اصل لتصور وجوده
بدون الربح من دون العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقايه
بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكاة ويبدا اولا برا س المال
ثم بالنفقة ثم بالربح الاهم فالاهم ص فان زاد عليه لم يضمن المضارب
شي ش اذا زاد الهلاك على الربح فمن راس المال ولا ضمان على المضارب لانه امين
فلا يكون ضمينا للتنافي بينهما في شي واحد ص ولو اقتسما الربح قبل الفسخ ثم
هلك المال او بعضه تراد ليستوفي ماله ش قسمة الربح قبل قبض راس المال
موقوفة ان بقي راس المال في يد المضارب قبل قبضه رب المال كانت القسمة

جايزة وان هلك في يده كانت باطلة فيتراد الربح حتى يستوفي رب المال
راس ماله لان راس المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل على ما نطق
به الحديث المذكور فاذا هلك ما في يده تبين انه ليس براس مال وان ما اقتسماه
ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه على
انه ربح لانه اخذه بنفسه حتى يتم راس المال وما اخذه رب المال محسوب عليه
من راس ماله والحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة
بسبب هلاك ما هو في يده من راس المال ان يسلم المضارب الى رب المال
راس ماله اولا ثم يقتسما الربح ثم يرد رب المال الى المضارب راس المال ويقول
له اعمل على المضاربة فيكون بذلك مضاربة مستقبلة فاذا هلك المال فيها
بعد ذلك لا يجب عليه رد الربح الذي كان في الاولى ص فان فضل شيء
اقتسماه ش ثم اذا تراد الربح واستوفى المالك راس ماله ثم فضل شيء
من راس المال يكون بينهما لانه ربح لان ربح المال لم يبق له حق بعد استيفاء
راس ماله الا في الربح وان نقص عن ماله لم يضمن المضارب لانه امين فيه
ص وان كان فسخا ثم عقداها فهلك راس المال لم يتراد اش اي لو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال فانتهى حكمها لم يتراد الربح
الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ فانتهى حكمها وثبوت الثانية
بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار
كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد
منه الربح بعد العقد وقد ذكرناها ولما مر المضارب على السلطان فاخذ منه
شيئا كرها لا ضمان عليه وان دفع اليه شيئا ليكفه عنه ضمن لانه ليس
من امور التجارة وكذلك العاشر اذا اراد ان ياخذ منه العشر وصالحه المضارب

بشيء

بشيء من المال ليكفيه عنه ضمن **كتاب الوكالة** وهي في
اللغة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى وهو الحافظ وهذا توكلتك
وكلتك في كذا كان وكيلا في حفظه او التفويض او الاعتماد لا غير على الحقيقة
اللفظ ومنه قوله على الله توكلنا اي فوضنا امورنا اليه والتوكيل تفويض التصرف
الى الغير والمعينان متلازمان وفي الشرع اقامة الغير مقام نفسه في التصرف
ممن يملكه قوله في التصرف اي الجايز المعلوم حتى اذا لم يكن التصرف معلوما
يثبت به اذن تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقد وقوله ممن يملكه اي يملك
التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد
ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية
ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد
اما على قول الامام فالشرط ان يكون بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا
للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير
وتوكيل المحرم الحلال ببيع العبد وهي مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع
والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى حكاية عن اهل الكهف فابعثوا احدكم
بورقكم الآية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة
لنا ما لم يظهر ناسخ واما السنة فما روي انه عليه السلام وكل عمرو بن اميه
الضمري في النكاح والاجماع منعقد عليه واما المعقول فلان الانسان قد
يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره
اشد الاحتياج فتكون مشروعة دفعا للحرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق
كقوله وكلتك او اجزت او رضيت او شئت او اردت ولو قال لا انهاك
عن طلاق المراة لا يكون توكيلا ص ولا يصح الا ان يكون الموكل مالكا للتصرف

ش لا تصح الوكالة حتى يكون الموكل ممن يملك التصرف وانما اشترط ذلك لان الوكيل لتقييد ولاية التصرف من الموكل فاذا لم يكن الموكل مالكا للتصرف استحالت نيابته عنه ص ويلزمه الاحكام ش لابد ان يكون الموكل ايضا ممن يلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها واذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما فانهما لو اشتريا شيا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما وقيل الاحتراز بذلك عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرف وهو الملك فان الوكيل بالشراء يملك المشتري والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيلهما ص يعقل العقد ويقصده ش اي يقصد العقد يعني بقصد مباشرة السبب ولابد ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان صبيا او عبدا محجورين اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع بالعكس ويعرف الغبن الفاحش من اليسير بثبوت الحكم او الربح او العزل لان الوكيل قايم مقام الموكل في العبارة فلابد ان يكون من اهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بما قلنا والفايدة في اشتراط ذلك ان وكالة الصبي الذي لا يعقل والمجنون باطلة ص واذا وكل الحر البالغ والماذون مثلهما او صبيا او عبدا او محجورين عاقلين جاز وتتعلق الحقوق بموكلهما ش اذا وكل الحر البالغ مثله او العبد الماذون مثله جاز وذلك لاجتماع شرايط صحة الوكالة من مالكية التصرف للموكل واهلية التوكيل وتتعلق التصرف بموكلهما ص او صبيا او عبدا محجورين عاقلين جاز ش اذا وكل الحر البالغ او العبد الماذون صبيا او عبدا محجورين عاقلين جاز ايضا وذلك لان الصبي العاقل للعقد من اهل العبارة الا ترى ان تصرفه نافذ عند اذن المولى والعبد من اهل التصرف والملك

على نفسه

على نفسه وعدم النفاذ مخصوص بالمولى لحقه والتوكيل ليس تصرفا في حقه فصحت الوكالة الا ان الحقوق المتعلقة بالعقد لا يرجع اليهما بل الى موكلهما اما الصبي فلقصور اهليته واما العبد فلحق سيده وفي تقييد المصنف بكونهما محجورين اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تتعلق الحقوق بهما لا وكيلهما لكن ليس ذلك على الاطلاق بل فيه تفصيل مذكور في الذخيرة فليراجع ثمة ويجوز للوصي ان يوكل لانه يتصرف بالولاية وكل من ملك انشا تصرف ملك تفويضه الى غيره للحاجة او للتعامل ص ويجوز بكل عقد للموكل مباشرته ش كل عقد يجوز للانسان ان يعقد بنفسه يجوز ان يوكل به غيره لما ذكرنا من الادلة ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه في بعض الاحوال او لان غيره اهدى منه الى معرفة المصالح فيجوز له ان يوكل غيره اما دفعا لضرر العجز عن نفسه او هو تحصيلا لتلك المنفعة ولا يرد على التوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لان المراد بذلك ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من غيره من التصرفات لان ذلك ينقل بامر آمره ولا يرد ايضا جواز توكيل المسلم الذمي جميع الخمر لانه عكس والنقض لا يكون الا على التصرر ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز ان يوكل فيه غيره حتى لو وكل به شخصا واستقرض له الوكيل كان له لا للمستقرض الا ان تخرج كلامه مخرج الرسالة فيقول فلان استقرض منك عشرة لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم فيه غيره مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل

لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار
العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعه لنقل عبارة الموكل لان العبارة
للوكيل ولهذا ترجع حقوق العقد اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستيفاء
جايز ص وتجوز بالخصومة في سايرالخصومة ش اي يجوز التوكيل بالخصومة
في سايرالحقوق عند مساس الحاجة وثبوت الامكان الشرعي لان كل أحد
لايهتدي الي وجوه الخصومة لقوله عليه السلام لعل احدكم ان يكون ابلغ
بحجته من بعض ص وبايفايها واستيفايها ش اي يجوز التوكيل بايفا
جميع الحقوق واستيفايها الحاجة لان كل واحد ليس عالما بطريق الاستيفا
فلو منع منه ادي الي الحرج ص الا في الحدود والقصاص فلا يجوز استيفايها
عند غيبة الوكيل ش لايجوز التوكيل باستيفا الحدود والقصاص مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفي ممن يقوم مقام الغير
لما فيه من نوع شبهة ولانها عقوبة فتندري بالشبهات وشبهة العفو
ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر
لان العفو مندوب اليه قال تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف
ما اذا كان الموكل حاضرا لان الظاهر منه اذا عاين العقوبة او العفو او تكذيب
الشهود او المقر بخلاف الاستيفا في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم
وبخلاف الخصومة لانها شرط محض لاحظ لها في الوجوب فاشبهت
سايرالحقوق ص والتوكيل باثباتها جايز وبخالفه وقيل الخلاف
في الغيبة ش قال ابوحنيفة يجوز التوكيل باثبات حد القذف
والسرقة والقصاص باقامة البينة فاذا قامت وثبت الحق فللموصي
استيفاوها وقال ابو يوسف لايجوز التوكيل باثباتها لان الوكيل

بمنزلة

بمنزلة البدل عن الاصل والمدخل للابدال في هذا الباب ولهذا لايجوز
فيه شهادة الاخرس لان اشارته بدل عن عبارته ولا الشهادة على الشهادة
ولا شهادة النساء ولا كتاب القاضي الي القاضي ولان المقصود من الاثبات
الاستيفا وهو لايصح فاذا لم يصح التوكيل به لايصح بالاثبات ايضا ولابي حنيفة
ان التوكيل يتناول ما ليس بحد ولا قصاص فلا يضاف وجوب الحد الي الخصومة
فيصح التوكيل بها كما في سايرالحقوق وهذا لان وجوب الحد يضاف الي الجناية
وظهورها يضاف الي الشهادة والخصومة شرط محض لاثر لها في الوجوب
ولا في الظهور اذ الحكم لايضاف الي الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط
بخلاف الاستيفا وقول محمد مع الامام وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا
الخلاف مختص بغيبة الموكل دون حضرته واما حال حضرته فهو جايز
اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل يتنقل الي الموكل اذا لم يكن فيه
عهدة على الوكيل فانه تكلم بنفسه ص ورضي الخصم في التوكيل بالخصومة
شرط اللزوم الا ان يكون الموكل مسافرا او مريضا او مخدرة ش قال
ابوحنيفة اذا كان الموكل صحيحا مقيما لايلزم التوكيل بالخصومة بغير
رضي الخصم اي لايسقط حق الخصم في طلب الحضور والدعوي والجواب
بنفسه الا ان يكون معذورا بعذر تلك الاعذار المذكورة ويجوز بغير
رضي الخصم وقال ابو يوسف ومحمد رضاه ليس بشرط ويلزم حكمه
ويسقط حقه في احضاره ودعواه بنفسه لهما اذ الدعوي خالص حق
المدعي لانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضي الخصم فلذا يملك التوكيل
بها من غير رضي خصمه وقد صح ان عليا رضي الله عنه لم يطلب رضي خصومة
في التوكيل وصار ذلك كالتوكيل بالقبض والايفا ولابي حنيفة ان الناس

يتعاولون في الخصومة والظاهر انه يختار من هو اشد دفعا فيتضرر به الخصم والظاهر ان خصوم علي رضي الله عنه كانوا يرضون بتوكيله لانه كان اهدى الى طرق الخصومة من غيره لوفور علمه وهذا بخلاف التوكيل بالقبض وان الحق معلوم بصفته فلا يقبل لهذا التوكيل ضرر بالاخر وكذلك المتقاضي فان له حقا معلوما يمنع الوكيل من مجاوزته فلا يتضرر به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد معلوم حتى اذا جاوزه يمنع فلهذا شرطنا فيها رضي الخصم ومدة السفر متعذرة بثلاثة ايام ويريد السفر كالمسافر لتضرر المنع طالبا كان الموكل او مطلوبا ويومر المطلوب باعطاء الكفيل اذا جانب الدعوي في الدين ليستوفي منه متى ثبت على وكيل المطلوب وان كذب في ارادة السرقة استحلفه القاضي انه يريد السفر في وقت كذا وتقبل منه التوكيل وهو اختيار الخصاف وقيل يتفحص عنه القاضي بامينه في السفر وهو الاصح والاوفق في المرض انه اذا كان لا يمكنه الحضور الى مجلس القاضي بنفسه ويمكنه ركوب الدابة او الحمل على الايدي يقبل منه وان كان لا يزداد بالركوب مرضا واما المخدرة فقال فخر الاسلام البزدوي هي التي لا يراها غير المحرم من الرجال واما التي جلست على المنصة فراها الاجانب لا تكون مخدرة وقيل هي التي لم يكن لها عادة بالبروز وحضور مجلس القضا واعلم ان المخدرة اذا دخلت بخصومة ووجب عليها اليمين يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول ليستحلفها احدهم وليشهد الاخران على حلفها وكذا المريضة لان النيابة لا تجري في الايمان واختار المتاخرون من اصحابنا منهم شمس الائمة السرخسي للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الابا

من قبول التوكيل انه لا يمكنه من ذلك ويقبل من الموكل التوكيل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه والحايض اذا كان القاضي في المسجد ان كانت طالبة يقبل منها وان كانت مطلوبة لا يقبل منها ان اخرها الطالب حتى خرج القاضي من المسجد والموكل ان كان محبوسا في حبس القاضي الذي رفعت اليه الخصومة لا يقبل منه التوكيل لان القاضي يمكنه ان يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده وان كان في سجن الوالي ولا يمكن خروجه للخصومة يقبل منه ص ولو اقر على موكله في مجلس الحكم اعتبرناه ش قال علماؤنا الثلاثة اذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله في مجلس القاضي صح وينفذ على موكله وقال زفر وهو قول ابي يوسف اولا ينفذ عليه لانه وكله بالخصومة وانه اتى بضدها وهو الاقرار لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لو اقر في غير مجلس الحكم لا ينفذ عليه فينعزل ولنا ان التوكيل بالخصومة توكيل بالجواب المطلق والاقرار جواب ولهذا لو كلفه القاضي بالجواب فاقر خرج عن العهدة ص ولا يشترط المجلس ش قال ابو يوسف اذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله في غير مجلس القاضي يصح ويلزم وهذا هو قوله المرجوع اليه وقال ابو حنيفة ومحمد لا يلزم الا اذا كان في مجلس القضا لابي يوسف ان التوكيل صدر منه مطلقا والتقييد بمجلس الحكم تقييد المطلق وانه خلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد ان التوكيل يصرف الى جواب فصل الحاجة اليه وهو الجواب في مجلس الحكم دون غيره فانه مجرد شغب فيتناول الاقرار والانكار وعن محمد انه لا يجوز من المطلوب لانه يجبر على الخصومة بخلاف الطالب فانه يتخير بين الخصومة وتركها ص وجعلنا الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض ويفتى بقول

ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار جاز لانها لا تجاز من اجزاء المطلق

ز فرش قال علماؤنا الثلاثة الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض وقال
ز فر رحمه الله تعالى لا يكون وكيلا به ولنا ان تمام الخصومة وانتهاءها بالقبض
والمالك للشيء مالك لتمامه وله انه ليس كل من يوتمن على الجدال يوتمن على المال
فلا يكون توكيلا به وعليه الفتوى لظهور الخيانة وهو كالتوكيل بالتقاضي
فانه يكون وكيلا بالقبض في جواب كتاب الوكالة لان التقاضي والاقتضاء
في اللغة سواء وقد قال مشايخنا انه لا يقبض وجعلوا التقاضي مستعملا
في المطالبة لانه سبب الاقتضاء ص والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة
وقولهما رواية وبقبض العين لا يكون وكيلا به س قال ابو حنيفة الوكيل
بقبض الدين وكيل بالخصومة حتى لو اقيمت عليه البينة باستيفاء الموكل
بقبض او ابراء تقبل عنده وقالا وهو رواية الحسن عنه لا يكون وكيلا
به لانهما غيران وللامام انه وكيل بالمبادلة لان الديون تقضى بامثالها
فصار كالوكيل باخذ الشفعة والوكيل بالرد بالعيب واما الوكيل بقبض
العين فلا يكون وكيلا بالخصومة اجماعا لانه امين والمبادلة فيه
والوكيل بقبض الدين ان كان من جهة القاضي لا يملك الخصومة بالاتفاق
كوكيله بقبض ديون الغايب ص ولو ادعى انه وكيل الغايب في قبض
دينه فصدقه الغريم ثم امر بالتسليم اليه فاذا حضر فان صدقه
والا سلم ثانيا ورجع على الوكيل ان كان في يده وان هلك لم يرجع الا
ان يكون دفعه اليه مضمنا له ش لو ادعى رجل انه وكل الغايب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بالدفع اليه لانه اقر على نفسه بتسليم
ماله اليه حتى لو ادعى بعد ذلك انه او في الطالب دينه لا يصدق لانه
لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وبسبب الوكالة تثبت به ولم يثبت

الايفا

الا يفا بمجرد دعواه فلا يوخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك فان
احضر الغايب فصدقه بري لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض
الوكيل قبض الموكل فتبرا ذمته به وان كذبه يدفع الدين اليه لانه لم يصر
مستوفيا بالقبض لان وكالته لم تثبت والقول في الانكار قوله مع يمينه
لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيا خذ منه الدين ثانيا لان انكار الوكالة
لم يثبت استيفاء الدين فيكون الاداء للوكيل فاسدا ثم يرجع به الغريم
على الوكيل اذا كان قايما في يده لانه يملكه وانقطع حق الطالب منه ولم
يبق فيه احتمال حيث قبض دينه منه ثانيا فان هلك في يده لا يرجع عليه
بشيء لانه لما صدقه في الوكالة فقد اعترف الغريم انه قبضه بحق وان
الطالب ظلمه بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره الا ان يكون عند
الدفع الى الوكيل قد ضمنه اياه لان ما اخذه منه ثانيا يكون مضمونا عليه في
زعم الغريم والوكيل وهذه كفالة مضافة الى حالة القبض فتصح
كالكفالة بما ادرك وما داب له على فلان او يكون الغريم عند الدفع
لم يصدقه في الوكالة ودفع وانكر المطالب واخذ منه فله ان يرجع عليه لانه
ما اقر انه قبضه بحق وانما دفع اليه رجاء الاجازة من الطالب ولم تجزه
فظهر انه قبض بغير حق وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد من الوكيل
مالم يحضر الغايب ويجحد كما لو دفع الى فضولي رجاء الاجازة يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة وان من باشر تصرفا لغرض لم يكن له نقضه مالم يقع الياس
عن حصوله لخلوه عن الفايدة المطلوبة التي صح لاجلها ولو ادعى انه وصي الميت
فصدقه الغريم فالصحيح انه لا يومر بالتسليم اليه كما لو ادعى انه وكيل بقبض
الوديعة وصدقه المودع ص وان انكر الوكالة واقر بالدين فتحليفه على نفي

العلم ساقط ويحلفه وهو الظاهر ش الوكيل اذا جا الى الغريم وادعى
انه وكيل الغايب في قبض دينه فكذبه في الوكالة وصدقه في الدين فاراد
الوكيل تحليفه على نفي العلم بوكالته ذكر الخصاف ان عند الامام لا يحلف
لان اليمين يترتب على صحة الدعوى على كونه وكيلا ولم يثبت كونه
وكيلا فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين وقال ابو يوسف وهو ظاهر المذهب
انه يحلف فان حلف برئ وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل وجه الظاهر انه
لو ادعي عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف كما في ساير الدعاوي قال
شمس الايمة السرخسي وهذا ينبغي على ان النكول عند الامام بدل فما
لم يعمل فيه البدل لا يعمل فيه النكول وبدل المطلوب بهذا المعنى لا يصح
واذا لم يصح لم ينفذ النكول وعندهما اقرار فما يعمل فيه الاقرار يعمل
فيه النكول ولو اقر بالوكالة صح منه واجبر على الدفع فيحلف ص ولو
ادعاها بقبض وديعة لم يومر بدفعها وان صدقه ش اذا حضر وكيل
الغايب الى المودع فادعي انه وكيله في قبض الوديعة التي بيده فصدقه
المودع لم يومر بدفع الوديعة اليه بخلاف الدين فانه يتصرف فيما هو حق
الغير وفي الدين يتصرف في حق نفسه لان الدين يقضي بمثله وامكن حفظ
حق الغايب فيه ثم اذا اخذها الوكيل وجا الغايب وصدقه في الوكالة بريا
وان انكر وحلف فله ان يضمن المودع ثم ان كانت العين قايمة في يد الوكيل
رجع المودع عليه وان هلكت في يده ان دفع اليه المودع مع التصديق
بلا تضمين لم يرجع لان في زعمه ان الوكيل محق في الاخذ والموكل ظالم
فيواخذ بزعمه وان دفع بالتصديق وشرط الضمان رجع لان ذلك ضمان
معلق بشرط فيرجع بضمانه وكذا ان دفع بالتكذيب لان في زعمه انه اخذه

بغير حق وكذا ان دفع بلا تصديق ولا تكذيب لان الدفع كان على رجا الاجازة
من الغايب وقد انقطع الرجا فيرجع ص وتعلق حقوق العقد فيهما
يضاف الى الوكيل به لا بالموكل كالبيع والشرا والاجازة والصلح عن اقرار
فيسلم المبيع والثمن ويتسلمهما ويخاصم في العيب ولو طلب الموكل الثمن
من المشتري جاز له المنع والدفع وينقطع عنه مطالبة الوكيل ش
قال علما ونا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والشرا ونحوهما
تتعلق حقوقه به ان لم يكن مجورا كتسليم المبيع وقبض الثمن وقبض المبيع
وتسليم الثمن والخصومة في العيب والرجوع عند الاستحقاق والملك يثبت
للموكل ابتدا حتى لا يعتق قريب الوكيل عليه لشرايه وقال الشافعي يتعلق
بالموكل لان حكم العقد وهو الملك يقع للموكل وحق الملك تبع للملك ولنا
ان الوكيل هو العاقد حقيقة وحكما اما حقيقة فلان حكم العقد ثم
بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه اديما عاقلا فقضيته ان يكون الحاصل
بالتصرف واقعا له بميزان الموكل لما استناب به في تحصيل الحكم جعلناه نايبا
فيه في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق
الحقوق واما حكما فلانه يستغني عن الاضافة الى الموكل ولو كان سفيرا
لما استغني عنها كالرسول ولا نسلم ان الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل
ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية ولنا ان يمتنع والصحيح انه يمتنع
للموكل ابتدا خلافا عن الوكيل بمعنى ان الوكيل اصل في حق الكل لكن في حق
الحكم تحلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد ينتهب
او يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل قريبه اذا اشتراه بالوكالة وفي حق
الحقوق لم تحلفه وللمشتري ان يمتنع من دفع الثمن الى الموكل اذا طالبه بثمن

ما باعه له وكيله لان الموكل اجنبي عن العقد وحقه فيه ولو دفعه اليه
سقطت مطالبة الوكيل له لانه حقه وقد وصل اليه ولا فايدة في اخذه
ودفعه ثانيا اشارة الى ان العبد والصبي الماذون لهما تتعلق الحقوق
بهما وتلزمهما ولو كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة بدينه
لمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق القصاص ولو كان له على الوكيل
دين فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال
الموكل ولو كان له عليهما دين وقعت المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل
وفي قولهما يتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي
الماذون لهما تتعلق الحقوق بهما ويلزمهما العهدة ص ويتعلق فيما
يضاف الى الموكل به كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وكالعتق على مال
والكتابة والهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاقراض
والشركة والمضاربة ش كل عقد يضيفه الوكيل الى الموكل تتعلق حقوقه
بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيه سفير محض ولهذا يستغني
عن اضافة العقد الى الموكل ولهذا اضاف الى نفسه وقع النكاح له فصار
كالرسول وهذا لان الحكم فيه لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط معنى
فيتلاشى فلا يتصور ثبوت السبب من شخص وثبوت حكمه لغيره فلهذا قلنا
انه سفير ومعبر فتتعلق حقوق العقد بمن قام به حكما ولذلك ان
كان التوكيل من جانب الملتمس لها والتوكيل بالاستقراض باطل لانه
تصرف في ملك الغير بخلاف الرسالة ولما كان الصلح عن اقرار جاريا
مجرى البيع علة في النوع الاول بخلافه عن انكار **فصل في الوكالة**
بالشراء لما ذكر من تصح وكالته ومن لا تصح وفيما تصح وفيما لا تصح اخذ في بيان

شروطها

شروطها في التوكيل بالشرا وتوابعه تجوز الوكالة اذا قدر الوكيل على تحصيل
مقصود الموكل لانه اذا قدر عليه كان عقدا مفيدا المقصود فتصح وان لم
يقدر لا تجوز لانه اذا لم يقدر عليه لم يفد فلا يجوز واعلم ان الاصل
في هذا الباب ان الجهالة على ثلاثة انواع **النوع الاول** جهالة
فاحشة وتفي الجهالة في الجنس وهذه تمنع صحة التوكيل وان بين الثمن
كما اذا وكله بشراء دابة او ثوب لان الدابة اسم لما يدب على الارض
والثوب يطلق على الاطلس وثوب القطن ففيه جهالة في الجنس ولا
يتمكن الوكيل من الامتثال فيها لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه
الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل ان يقول اني عنيت خلافه
والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل وكذا اذا سمى ما هو في حكم الاجناس
كالدار لا يصح التوكيل فيه وان بين الثمن للتفاوت الفاحش في المحال
والجيران والغرض وان سمى نوع الدابة والثوب وسمى ثمن الدار ووصف
جنسها ص **النوع الثاني** جهالة بين الجنس والنوع كما اذا وكله بشراء عبد
او جارية فهذه جهالة ليست بفاحشة ولا يسيرة فان بين النوع بان قال
حبشي او تكروري او الثمن بان قال بكذا الدراهم صح لان ببيان النوع
يحصل العلم بمقصود الموكل ولانا اذا جوزنا صحة الوكالة به اذا
بين الثمن لكونه يعلم به فعند التقرير به اولى ان يجوز وببيان الثمن
يعلم النوع الذي يريده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس
فالتحق بذلك بجهالة النوع فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق
بجهالة الجنس فلا تجوز الوكالة به واذا بين النوع او الثمن وترك وصف
الجودة او الرداءة جاز ايضا لما قلنا **النوع الثالث** جهالة في النوع

المحض كما اذا وكله بشراء فرس فهذه جهالة يسيرة يصح التوكيل به وان لم
يبين الثمن لان جهالة النوع لا تخل بالمقصود لان رفعها ممكن فتصرف
التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى انهم قالوا لو ان قاضيا وكل بشراء حمار
ينصرف توكيله الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الاذنين او الذنب
لا يصح ولما لو شرطنا البياض في النوع والاستقصا في الصفة اد ى ذلك
الى تضييق الامر على الناس لان الوكيل قد لا يمكنه القيام بذلك فيلتحق
لنا ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان
كانت في النوع تجوز فيه مطلقا وان كانت بينهما بان كانت انواعا فان ذكر
النوع او الثمن جازت والتحق بالثالث وان لم يبين التحق بالاول
فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايره والنوع ما يدخل تحت اسم
فوقه وهذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان
فيه دلالة عليه بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض
الامر الى رايه فاي شيء اشتراه له يكون ممتثلا ص وان عين له ما يشتري
لم يكن للموكل شراوه لنفسه ش اذا امر الموكل الوكيل ان يشتري له شيئا
بعينه لم يكن له ان يشتريه لنفسه اي لا يتصور ان يشتريه لنفسه
حتى لو اشتراه ينوي الشرا لنفسه او يلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه
عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غايب لان في ذلك تعزيره
حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له
لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وهذا بخلاف ما اذا وكله ان
يزوجه امراة معينة حيث تجوز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي اتى
به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت وكالته نكاح مضاف الى

الموكل

الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشرا الداخل
فيها شرا مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد وكل شيء اتى به لا يكون
مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلق الا ذاته دون صفاته فيتناول
الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك ص وان اشتراه
بخلاف جنس الثمن الذي سماه او بغير النقدين او وكل بشرايه فاشتري
الثاني بغير حضرة الاول وقع الشرا له ش يعني اذا سمى الموكل للوكيل
ثمنا فاشترى باكثر منه او بجنس اخر او وكل هذا الوكيل رجلا اخر فاشتراه
وكيله وهو غايب كان الملك للوكيل الاول لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل
في ضمن المخالفة وان اشتراه بحضرته نفذ على الاخر الموكل الاول لان المقصود
رايه وقد اشتراه برايه فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه
عليه بخلاف ما اذا كان غايبا وهذا بخلاف الوكيل
في الطلاق والعتاق اذ وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول
حيث لا ينفذ ولو حضر رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول
فلا يتصرف من عنده بشيء بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ
واما الوكيل في البيع والشرا منزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف
ولهذا لو فعل غيره ذلك من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق
والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا بما ذكرنا ص
وان لم يعين فاشتراه كان له ان يضيف العقد الى مال الموكل او ثبوته
له ش اي لو امر الموكل الوكيل بشرا عبد موصوف غير معين فاشتراه
الوكيل فلا يخلوا اما ان يضيف الشرا الى دراهم نفسه او الى دراهم
الموكل ففي الاول يقع الشرا له حملا لحاله على ما يحل له فعله شرعا وعادة

وان اضاف العقد الي دراهم الموكل كان له حملا لامره على الصلاح وان اضاف
العقد الي دراهم مطلقة يرجع الي نيته فان نواها للامر فالشراء له وان نواها
لنفسه فلنفسه لان العمل للموكل وله نفسه فيعتبر نيته في ذلك فاذا عينه
بنية فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان
تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة
الشراء اليه لان الظاهر ان يفعل ما له يجوز فعله شرعا وان اتفقا على انه لم
تحضره نية فعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فيبقى
موقوفا فمن اي النقدين تعين المحتمل به فصار كحالة التكاذب وعند محمد هو
للوكيل لان ما يطلبه الانسان من التصرفات يكون لنفسه والاسلام في الطعام
على هذه الوجوه حتى يحكم او بالاضافة فيكون المسلم فيه لمن اضيف عقد
السلم الي ماله ثم النية فتكون لمن نوى بالعقد ان تصادقا على النية وان
تكاذبا فيحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره نية فعلى الخلاف التي ذكرنا
ص واذا اطلع على عيب وهو في يده رده عليه وان سلمه الي الموكل فباذنه
ش الوكيل اذا اطلع على عيب في السلعة وله ان يردها مادامت في يده لان ذلك
من حقوق العقد وهي راجعة اليه لما مر وان سلم السلعة الي الموكل لم يردها
الا باذنه لان الوكالة انتهت بالتسليم وفي الرد بغير اذنه ابطال يده فلا يتمكن
منه الا برضاه ولانه اصل في حق الحقوق ثابت في حق الحكم على الاصح فكان
جهتان فجهة النيابة يمنعه الرد وجهة الاصالة لا تمنعه فعملنا بجهة
الاصالة قبل الدفع للموكل وبجهة النيابة بعده وقد امكن العمل بعده لامكان
الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل بالحقوق
وهذا على قولهما ظاهر ولهذا كان خصما بتشفيع قبل التسليم لا بعده والمسئلة

حجة على ابي يوسف في الوكيل بالبيع اذا برا المشتري من الثمن فلو لم يكن الابرا
عن الثمن صحيحا في حق الامر لما صح عن العيب وقيل المسئلة فيما اذا ابرا الوكيل
البايع من العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن فلم يكن الابراء عن العيب
ابرا بعض من الثمن وقيل الابراء عن العيب صحيح عند الكل قبل القبض وبعده والفرق
لابي يوسف انه لا ضرر للامر في ابرا الوكيل بالشراء عن العيب فان للآمر ان يتركه
على المامور وفي ابرا الوكيل بالبيع عن الثمن له ضرر لانه لو صح الابرا كان الثمن على
الوكيل ويبرا المشتري وقد يكون المشتري املا من الوكيل ص وان سلمه الي
الموكل فباذنه ش اي يرده لان الوكالة انتهت بالتسليم ولو وجد الموكل به
عيبا بعد موت الوكيل يرده الموكل ان لم يكن للوكيل وارث او وصي ص
وان توكل في اسلام او صرف صح ش يجوز التوكيل في الاسلام والصرف
لان كلا منهما عقد يملكه الموكل بنفسه فيملك التوكيل به كسائر العقود وانما
قال في اسلام ولم يقل في سلم لان هذه العبارة اوضح في معناه فان
السلم يشمل قبول العقد والاسلام فيه والتوكيل بقبول عقد السلم
لانه تجنيد بيع طعام في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا تجوز
فكانت لفظة الاسلام اشد ص فان فارق صاحبه قبل القبض والموكل
غايب بطل العقد ولا يعتبر مفارقة الموكل ش اذا فارق الوكيل صاحبه
قبل القبض والموكل غايب بطل العقد لان القبض حق العاقد وقد
افترقا قبله فات شرط الصحة وانما لم يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس
بعاقد فالمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل وهذا بخلاف الرسول
في السلم والصرف لان الرسالة في العقد دون القبض وكلام الرسول
ينقل الي المرسل اليه فكان قبضه قبض غير العاقد فلم يصح وهذا بخلاف

ما لو كان الموكل حاضرا حيث يصير هو بمنزلة العاقد فلا يعتبر مفارقة الوكيل
ولا يجوز التوكيل بقبول السلم لانه لو صح يلزم ان يكون المبيع في ذمة
الوكيل على ان يكون الثمن لغيره وهو الموكل وانه لا يجوز فيكون الوكيل عاقدا
لنفسه فيملك راس المال وقد سلمه الى موكله على وجه التمليك فكان
قرضا ص واذا نقد الوكيل ثمن المبيع من ماله وقبضه رجع به ش
الوكيل بالشراء اذا نقد ثمن المبيع من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع بالثمن على
الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وصار الوكيل كالبايع والموكل
كالمشتري منه ولهذا لو وجد به الموكل عيبا يرده عليه ولو اختلفا في
الثمن تحالفا والمبيع قد سلم للموكل من جهة الوكيل فوجب ان يسلم له العوض
فيرجع عليه بثمنه ولان الموكل لما علم بتعلق الحقوق به كان راضيا بنقد
الثمن من ماله عنه فصار كما لو اذن له صريحا فيرجع به عليه ص واجرنا
حبسه لاستيفائه ش قال علماؤنا الثلاثة اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله الى البايع له ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن وقال ز فليس له حبسه
عنه لانه ثابت عنه فقد قام بيد مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل
ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس للامين
حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشرة الوكيل
بدلن فيستوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كالوديعة اياه حقيقة
وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية من الاوجه التي ذكرناها وهي من خصايص
البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز ان يكون
لاجل حق نفسه ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين بحبسه في الاخر
ان القبض كان لحقه وبعدم الحبس انه كان للموكل قبل ذلك بامر موقوف

عليه فلا نحكم عليه بشئ ص فان هلك قبله فمن الموكل ش اذا هلك المبيع في يد
الوكيل قبل حبسه على الثمن هلك من مال الوكيل ولم يسقط الثمن لان الوكيل في الثمن
عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فما لم يمنعه لا يكون مستردا فاذا
هلك هلك من مال الامر وكان له ان يرجع عليه بالثمن بخلاف ما اذا حبسه
عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس وتبين به انه قبضه لنفسه ص
او بعده جعلناه مضمونا لا كالغصب فيجعله كالمرهون وهما كالبيع ش اذا هلك
المبيع في يد الوكيل بعد حبسه قال ز فلم يضمنه ضمان الغصب فيضمن جميع قيمته
لانه ليس له ان يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة
عن صاحبها وقال ابو يوسف يضمنه ضمان الرهن فيكون مضمونا بالاقل من
قيمته ومن الدين لانه لا بيع بينهما حقيقة وانما يحبسه على الدين فيكون حكمه
حكم الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد سواء حبسه البايع ام لا
تحقق للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد لا ينفسخ بهلاكه
وهذا حكم الرهن بخلاف المبيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من اول ما يوجد
وينفسخ البيع بهلاكه وقال ابو حنيفة ومحمد يضمنه ضمان المبيع لانه محبوس
بالثمن ولان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة
وهي البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع
والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف السايع والحبس بحكم الرهن
لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت الاجل في حق
الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا الوكيل
والموكل بمنزلة البيع بعقد واحد فما يشترط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه
يملك بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني ص

ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشتري به عشرين من ذلك اللحم
بالدرهم للموكل عشرة بنصف والزمام العشرين ش اذا وكل انسان رجلا
بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشتري بدرهم عشرين رطلا من لحم يباع
عشرة ارطال منه بدرهم قال ابو حنيفة يلزم الموكل منه عشرة بنصف
لانه امره بشراء عشرة وما زاد عليه لم يتناوله الامر فصار فيه كالاجنبي
وقالا يلزمه العشرين لانه امره بصرف الدراهم الى اللحم فظن ان سعره
عشرة بدرهم فزاده الوكيل خيرا وللامام ان المقصود هو المبيع لا الثمن
والوكيل انما زاده خيرا في توفير نصف الثمن بخلاف الزيادة القليلة ه
كعشرة ارطال ونصف فان الامر يلزمه الجميع لانه يدخل بين الوزنين فلا
يتحقق حصول الزيادة بخلاف ما اذا اشتري ما يساوي عشرون رطلا منه
درهما بدرهم لان الامر يتناول السمين لا الهزيل وفي بعض نسخ القدوري
قول محمد مع الامام ولم يذكر الخلاف ص وان وكله بشراء امة فاشتري
عميا او شلاء فهو نافذ على الموكل ش قال ابو حنيفة اذا وكل انسان احدا ان
يشتري له جارية وسمي جنسا وعينها فاشتري فاينة حبسر المنفعة عميا او
مقطوعة اليدين او الرجلين او مقطوعة اليد والرجل من جانب او مفعدة
او مجنونة ينفذ على الموكل وقالا لا ينفذ عليه ويكون للوكيل لهما ان المتعارف
من الجارية الخدمة والمطلق ينصرف الى المتعارف فلا يتناول الامر هذه
وللامام ان الامر مطلق فيتناول الماهية وهذه جارية فينفذ عليه
فهما على اصلهما وهو ان الاعتبار للخير المتعارف اولي والامام على اصله
ايضا وهو ان المطلق يجري على اطلاقه ويعمل بالحقيقة ما لم تصر مهجورة
ومثل هذه قد يشتري للاعتاق حتى لو اشتري عورا او مقطوعة يد او رجل

نفذ على الموكل بلا خلاف وعلى هذا الخلاف لو وكله بشراء عبد بخلاف
وعلى هذا الخلاف ما لو قال جارية للخدمة او عبدا لاسلمه الى خباز ه
للتقييد ص او بشراء عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشتري احدهما جاز
ش اذا وكل انسان رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا
فاشتري احدهما جاز لانه قد لا يتفق له الجمع والتوكيل مطلق فيجري على
اطلاقه بعد ان لا يكون بغبن فاحش ص او بالف وقيمتهما سواء فاشتري
احدهما باكثر من خمسماية فهو غير لازم وقالا يلزم اذا زاد ما يتغابن به وقد
بقي ما يشتري بمثله الاخر ش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فاشتري احدهما بخمسماية او اقل جاز وان اشتراه باكثر قال ابو حنيفة
لا يلزم الآمر الا ان يشتري الباقي بمقية الالف قبل ان يختصما وقالا
اذا اشترا باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه وقد بقي من الالف ما يشتري
بمثله الباقي جاز على الآمر لهما ان الاطلاق مقيد بالعرف لكن لا بد ان يبقى
ما يشتري به العبد الاخر تحصيلا لغرض الآمر ولهذا لو اشتري الثاني بما بقي
من الالف قبل ان يختصما يلزمان الموكل وللامام انه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء فانقسم عليهما فصار حصة كل واحد منهما نصف الالف دلالة فكانه
قال اشتر لي هذا بخمسماية وهذا بخمسماية ولهذا لو اشتري احدهما بخمس ماية
يلزم الموكل لموافقة الامر وكذا لو اشتري باقل لانه وان خالف فقد خالف
الى خير واما اذا اشتري باكثر فقد خالف الى شر فلا ينفذ ويكون للموكل
كما لو نص على الشراء بنصف الالف فاشتري باكثر كان مخالفا لقلة الزيادة
او كثرتها واما شراء الثاني قبل الاختصام فانما يلزم استحسانا لحصول غرض
الآمر المصرح به فيكون العمل بالصريح اولي من الدلالة واما اذا لم يشتر الثاني

فالدلالة قايمة ثابتة سالمة عن معارضة الفرع فيوجب العمل بها قال
الفقيه ابو الليث يحتمل ان لا خلاف في الحقيقة فيقول الامام في زيادة لا يتغابن
بمثلها وقولهما فيما يتغابن فيه ويحتمل الخلاف وهو الاظهر في قوله اذا زاد على
خمسماية قليلا او كثيرا لا يجوز على الامر وفي قولهما يجوز اذا زاد قليلا ص
او يشتري هذا العبد او يبيعه بالف فاشتري معه او باع اخر بالغبن وقيمتهما
سواء فهو غير نافذ على الموكل ش قال ابو حنيفة اذا وكل انسان رجلا ان
يشتري له هذا العبد بخمسماية فاشتراه من عبد اخر بالف وقيمتهما سواء
لا ينفذ على الموكل وقالا ينفذ في عبد الموكل وعلى هذا الخلاف لو امره ببيع
عبد بخمسماية فباعه مع عبد نفسه بالف وقيمتهما سواء لهما انه اذا كانت قيمتهما
سواء لم يثبت المخالفة وللامام ان الانقسام باعتبار القيمة وذا يجري فيه
التفاوت فلا تعلم الموافقة بيقين ص او يشتري عبد بالف فاتاه بعبد
وقال اخذته لك بالف فادها فقال بل اخذته لنفسك فالقول للآمر وقالا
للمامور ش رجل وكل رجلا في شراء عبد بالف درهم فاتاه الوكيل بعبد وقال
قد اشتريت لك هذا بالف درهم فطالبه بثمنه فقال الموكل انما اشتريته
لنفسك قال ابو حنيفة القول قول الموكل وقالا القول قول الوكيل لانه امين
والقول قول الامين مع اليمين وصار كما لو اعطاه الالف والاعلم انه موضع تهمة
فانه قد يكون اشتراه لنفسه ولم يوافقه فاراد ان يلزم الامر به وهذا
متعارف فلا يقبل قوله بخلاف ما اذا كانت الالف منقودة لانه صدق
باعتبار الثمن فتبعه حكم البيع والمسئلة تفاصيل اما في شراء عبد بعينه
او بغير عينه او نقد الثمن او لم ينقد والعبد حي او ميت فهذه ثمانية
اوجه والخلاف في عبد منكر حي لم ينقد الموكل ثمنه ص او يشتري شيء معين

فاشتراه

فاشتراه مكيل او موزون في الذمة نفذناه على الوكيل ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا وكل انسان رجلا بشراء شيء بعينه فاشتراه مكيل
او موزون في الذمة ينفذ على الوكيل وقال زفر ينفذ على الموكل لانه
شراء من كل وجه لان المكيل والموزون في الذمة ثمن كالنقدين ولنا
ان التوكيل ينصرف الى المتعارف وهو الشراء بالاثمان المطلقة وهي
النقدان وصار كما لو اشترى مكيل معين او موزون معين فانه لا يجوز
بالاجماع لانه بيع من وجه لا شراء وانما قيد الوكيل بالشراء لان الوكيل
بالبيع عند ابي حنيفة يملك البيع بما غبن وهان وباي ثمن كان **فصل**
في الوكالة بالبيع والشراء لما بين شروط الوكالة في التوكيل بالشراء
وتوابعه اخذ في بيان التوكيل بالبيع وتوابعه وما يجوز فعله للوكيل
وما لا يجوز فعله ص والوكيل بالبيع والشراء يعقد مع اصوله وفروعه
وزوجته واجازاه بمثل القيمة ش قال ابو حنيفة لا يجوز للوكيل بالبيع
او الشراء ان يعقده مع ابنه وجده وابويه وولده وولد ولده ولا زوجته وقال
ابو يوسف ومحمد يجوز منهم بمثل القيمة او بغبن يسير لان التوكيل مطلق
ولا تهمة فيه اذ هو بمثل القيمة لان الاملاك بينهم متباينة والمنافع
منقطعة فصار كالمضارب ولابي حنيفة ان مواضع التهم مستثناة من
الوكالات وهذه من مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والوكالة امانة فيجب تنزيهها عن الخيانة فلا تجوز ولهذا
لا تقبل شهادته لهم وبيان الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر
بخلاف المضاربة لان المضاربة كالتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان
المالك ليس له ان يهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه

في النزع فلا يلحقه تهمة في البيع بمثل القيمة من هؤلاء وهذا اذا لم يطلق
له الموكل الوكالة اما اذا اطلق له بان قال له بع من شئت فلم يجز له
بيعه لهم بمثل القيمة لانه لما فوض اليه على العموم كان ذلك بمنزلة
التنصيص على البيع منهم وعلى هذا الخلاف الصرف والسلم والاجارة ومنهم
من قال اجارة متولي الوقف تجوز بلا خلاف وذكر في النهاية ان الوكيل
في البيع اذا باع ممن لا تقبل له شهادة ان كان باكثر من القيمة جاز بلا
خلاف وان كان بغبن فاحش لا يجوز بلا خلاف وان كان بغبن يسير
لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجوز عندهما وان كان بمثل القيمة
نعم ابي حنيفة روايتان في رواية البيوع لا يجوز للتهمة وفي رواية
المضاربة يجوز ص وعبده ومكاتبه س اي والوكيل بالبيع او الشرا
لا يجوز له ان يعقده مع عبده الذي هو غير مديون لان ما في يد العبد
ملك له فيكون كبيعه من نفسه لانه ملك له ولامع مكاتبه لان له
في ماله حقا وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه او شبهة
تمكنت فيه وكذا لا يجوز له ان يعقد مع ابن له صغير وان نص على ذلك
لان الواحد اذا باشر عقد التبايع من الجانبين يودي الى تضاد الاحكام
فيكون مستزيدا ومستنقصا قابضا ومسلما مخاصما في العيب ومخاصما
ص وبيعه جايز مطلقا وقيداه بثمن المثل وهو رواية ش قال
ابو حنيفة الوكيل بالبيع يجوز له ان يبيع بما عز وهان وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز بيعه بمثل القيمة او بغبن يسير وهو رواية الحسن عن
الامام اعتبارا بالشرا وله اطلاق الامر ص وهو بالعرض جايز وخصاه
بالنقود ش قال ابو حنيفة للوكيل بالبيع ان يبيع بالعروض وقالا لا يجوز

الا بالاثمان لان مطلق الامر بالبيع ينصرف الى المتعارف والمتعارف في البيع
النقود حالة او موجلة باجل معلوم بين الناس فيختص به ولابي حنيفة
ان البيع بالعرض متعارف عند الحاجة الى الثمن بالبيع والمقابضة
بيع وشرا من كل وجه لصدق حد كل منهما عليها فلم يخرج بذلك من ان يكون
بيعا في العرف وفي الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به والثمن
يصرف الى المتعارف ويستحق الشفعة به ص وكذا الاجارة واستيجار
الارض بكيلي او وزني بغير عينه جايز وخصاه بالايمان وبعض الخارج
ش قال ابو حنيفة اذا وكل انسان رجلا ان يوجر ارضه يجوز له
ان يوجرها بما عز وهان وباي عوض كان عملا باطلاق من القيمة كالوكيل
بالبيع وقالا لا يجوز له ان يوجرها الا بالنقدين او ببعض ما يخرج من الارض
مزارعة حملا للاطلاق على المتعارف وكذا اذا وكله باستيجار الارض يجوز له
ان يستاجرها بكيلي او وزني بغير عينه عنده وعندهما لا يصح الا بالنقود
او ببعض الخارج مزارعة تقييدا للاطلاق بالعرف وله انها اثمان فيتناو
عموم اللفظ كالبيع ولو استاجرها بمكيل او موزون بعينه لم يجز لانه
لو نفذ هذا التصرف منه ادى الى خروج الغير عن ملكه وهو مامور
بادخال المنفعة في ملك الموكل لا بنقل ملكه الى غيره فتبين بهذا ان
قول المصنف بغير عينه قيد في مسئلة الاستيجار لا الاجار لانه لا فرق في
الجواز في الاجار بين ان يكون معينا او غير معين وان قوله وبعض الخارج في
بيان مذهبهما ليس بقيد في مسئلة الاستيجار بل ذلك يكون في الاجار
والاستيجار والوكيل باستيجار الارض مطلقا لا يجوز له ان يستاجرها
مزارعة عنده بناء على فساد عقد المزارعة عنده وعندهما يجوز بناء على جوازها

عندهما والمتعارف ص ويجوز بيعه نسية س قال علماؤنا يجوز للوكيل
بالبيع ان يبيع بالنسية وقال الشافعي لا يجوز له لان الاصل في الثمن
ان يكون حالا فينصرف التوكيل اليه فاذا باع نسية صار مخالفا واما ان
التوكيل يتنبي على البيع المطلق عند الامام وعندهما على المتعارف في الجملة
وما هو متعارف بين التجار ثم قيل يجوز بالنسية طالت المدة او قصرت
وقال لا يجوز الا باجل متعارف في تلك السلعة وهو المأخوذ وهذا اذا
لم يكن في اللفظ ما يدل على النقد اما اذا كان ما يكل عليه بان يقول
بع هذا واقضي ديني او فاني محتاج الى النفقة لا يجوز بيعه بالنسية
واذا وكله بالبيع نسية فباعه بالنقد قال في الذخيرة ان باع بما
يباع نسية جاز والا فلا وقال في شرح الطحاوي يجوز من غير فصل
ولو قال بعه بالف نسية فباعه بالف نقدا جاز لانه خلاف الى خير
من كل وجه ولو باعه باقل من الف لم يجز لان الخلاف لا يسر من وجه
يكفي في المنع ص ولو ضمن الثمن عن المبتاع بطل ضمانه س اذا باع
الوكيل او المضارب وكفل الثمن عن المبتاع بطل ضمانه لان حق القبض
له فلو جاز صار مطالبا ومطالبا وانه محال ولانه امين في الثمن فاذا
ضمنه صار مضمونا عليه والامانات لا تتعلق مضمونه بالشروط كالوديعة
والمضاربة بخلاف الوكيل بالنكاح او الولي اذا ضمن المهر لانه حق القبض
ليس له ص ويجوز للوكيل بالشرا العقد بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في الحيوان
ودرهمين في العقار س يجوز للوكيل بالشرا ان يشتري بمثل القيمة
ولغبن يسير ولا يجوز بغبن فاحش للتهمة لجواز ان يكون اشتراه لنفسه

ثم علم

ثم علم بالغبن واضافه الى الامر حتى لو انتفت التهمة بان وكله بشرا شيء بعينه
قيل ينفذ على الامر لعدم التهمة فانه لا يجوز له ان يضيفه الى نفسه
ومشايخ بلخ قدروا وما يتغابن في مثله بما ذكر لان كثرة الغبن عند قلة
التصرف وبالعكس وبيع العروض كثير والحيوان متوسط والعقار قليل
وقيل انه مفوض الى راي القاضي قال الامام جواهر زاده وهذا التحديد
فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب ونحوهم
اما اذا كانت له قيمة معلومة عند اهل البلد عندهم كالخبز واللحم لا يلزم
الزيادة الا مرقلت او كثرت لان هذا لا يدخل تحت تقويم المقومين لان
الداخل تحت تقومهم ما يحتاج فيه الى تقومهم وهنا لا يحتاج اليه للا يدخل
وبه يفتي ص ولمن وكل ببيع عبد فباع نصفه فهو جائز وقالا ان باع
الباقي قبل الخصومة س قال ابو حنيفة اذا باع الوكيل ببيع العبد
نصفه يجوز مطلقا وقالا لا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان
يختصما لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب وينقص به القيمة
فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ببيع النصف الاخر قبل ان يختصما
لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الاشتمال بان لا يجد من يشتريه جملة
فيحتاج الى التفريق فيتيسر بذلك بيع الباقي بعده ولابي حنيفة ان اللفظ
مطلق عن قيد الجمع والتفريق فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كالو وكله
ببيع مكيل او موزون والقياس قول ابي حنيفة وعن الامام رواية اخرى
ان الوكيل بالشرا تحمل منه مطلقا كالوكيل بالبيع لاطلاق الامر والفاحش
مما لا يدخل تحت تقويم المقومين لظهور الزيادة وتحقق الغبن فيه
بخلاف ما لا يدخل تحت التقويم لانه مختلف فيه فلا يتحقق الغبن ومشايخ

بلخ قدروا الي اخره والوكيل بالصرف اذا اشتري بما لا يتغابن فيه لا يجوز
بلا خلاف لان الغبن يلحق قول الامام وان كان يجوز باعتبار انه بيع من كل
وجه لا يجوز باعتبار انه شرا من وجه والشرا اصل في هذا العقد لان
التمييز في التقدير اصل والعبرة للاصل وكان شرا من كل وجه والفاحش
لا يتحمل في الشرا بلا خلاف وفي الوكيل بشرا شيء لا بعينه يتحمل فيه اليسير
على كل حال سواسمي الوكيل الثمن اولم يسم ص او بشرا يه فاشتري نصفه
بوقت فان اشتري الباقي قبل الخصومة الزمناه الموكل ش قال
علمائنا الثلاثة اذا وكل البيعان رجلا بشرا عبد فاشتري بعضه لزم
المامور فان اشتري الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر وقال زفر
يلزم المامور لانه لا يمكن تنفيذه على الموكل لمخالفته ولا توقيفه على الوكيل
لان الشرا لا يتوقف ولنا ان شرا النصف يحتمل المخالفة لجواز ان يكون قصد
بشرا النصف ويحتمل الموافقة لجواز ان يكون وسيلة الي شرا الكل بان كان
العبد بين جماعة فلم يقدر على شرا يه كله دفعة واحدة فيحتاج الي شرا يه
شقصا شقصا حتي يشتري الكل فتعين التوقف واذا اشتري الكل قبل
رد الامر الشرا تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وان لم يشتر حتي رد
الشرا نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند الامام والفرق
له عنهما ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيصير فيه الطلاقه والامر
بالشرا يصادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد
فيتوقف على شرا الباقي ولان الشرا يتحقق فيه التمييز دون البيع
على ما مر بيانه ولو اعتقه الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي
يوسف ولا ينفذ عتق المامور لان العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى

انه

انه لو اجازه صرح بالنفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ
اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراه لنفسه
ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه وعند محمد على العكس لانه قد
خالف امره فلزمه وثبت العزل حكما فجاز عتقه لملكه اياه دون
الامر لعدم ذلك ص او يبيعه في السوق فباعه في البيت اجزناه ش
قال علمائنا الثلاثة اذا امر انسان رجلا ان يبيع هذه السلعة في السوق
فباعها في داره جاز وقال زفر لا يجوز ولا ينفذ على الموكل لانه مخالف حقيقة
ولنا ان هذا تقييد بما لا يفيد فلم يعتبر فبقي الامر بمطلق البيع وقد وجد
فينفذ الا ترى انه لو قال بعه في سوق كذا فباعه في سوق اخر
ينفذ على الموكل فكذا هذا الا ان يقول له لا تبعه الا في سوق كذا ص
ولو خالف الي خير انفذناه ش قال علمائنا الثلاثة اذا خالف الوكيل
امر الآمر الي خير نفذ على الامر خلافا لزفر هو يعتبر الموافقة الصورية
والمعنوية معا ونحن نعتبر الموافقة المعنوية حتي اذا وجدت لا تضر
المخالفة الصورية بالامتثال وخلاف الوكيل اذا كان من حيث الجنس
لا ينفذ على الامر مطلقا ولو كان المأتي به من المامور به كما اذا امره ببيع
عبده بالف درهم فباعه بالف دينار وان كان الخلاف من حيث
القدر ان كان انفع كما اذا امره بالبيع بالف درهم فباعه بالف وخمسمائة
نفذ على الامر وان كان اضر لا ينفذ كما اذا امره بالبيع بالف فباعه
بتسعمائة ص وان امره بالبيع فاسدا فباع صحيحا اوقفه على الاجازة
وانفذاه ش قال محمد اذا وكل انسان رجلا يبيع داره بيعا فاسدا
فباعها بيعا صحيحا يتوقف على الاجازة فان اجاز جاز والا فلا ولا ينفذ على

الموكل لمحمد انه امره ببيع يبقى معه حق الاسترداد وقد باعه بيعا ينقطع
به هذا الحق فكان مخالفا لهما وهو استحسان انه خالفه الى خير لانه
امره ببيع حرام وقد باع بيعا حلالا فينفذ على الموكل وتثبت حق الاسترداد
لحق الشرع للبايع وهو الصحيح لان البايع قد يرضى بزوال ملكه فلا يتفاوت
بين الفاسد والصحيح بالنسبة الى الشرع ولو باع بيعا صحيحا فباعه فاسدا
يقتضي ان يكون مخالفا لان الصحة وصف مرغوب فيه وفسدت الوكالة
بها فبفواتها تتحقق المخالفة من كل وجه ولو وكله ببيع مطلق او بشراء مطلق
يتناول الصحيح والفاسد لان اسم البيع وهو مبادلة المال بالمال يقع على
كل من النوعين بخلاف الوكيل بالتزوج مطلقا فانه لا يملك النكاح الفاسد لان
المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيده ومن البيع الملك وانه
يثبت بالبيع الفاسد كالصحيح ص او بالبيع بخيار شهر فاشترط ثلاثة
ايام فهو جايز ش قال ابو حنيفة اذا قال لانسان لاخر بع عبدي
هذا واشترط الخيار شهرا فباعه واشترط ثلاثة ايام فجوزه وقال لا يجوز
لانه توكيل ببيع جايز وقد امره ببيع لا يزيل ملكه الى شهر وقد باعه
بيعا يزيل ملكه قبله فقد خالف الى شر وللامام انه توكيل ببيع فاسد
والوكيل بالبيع اذا باع بيعا صحيحا جاز عنده فكان خلافا الى خير واذا كان
في الوكالة شرط يفيد من كل وجه يراعى مطلقا وان كان لا يفيد لا يراعى
مطلقا وان كان يفيد من وجه دون وجه ان اكد بالنفي روعي والا فلا
قال بعه بخيار فباعه باتا لا يجوز لانه ترك شرطا مفيدا من كل وجه
قال بعه بالف نسية او قال لا تبعه الا بالف نسية فباعه بالف
نقد جاز لان هذا لا يفيد قال بعه في سوق كذا فباعه في سوق اخر ان

لم يوكد بالنفي جاز وان اكد به لا يجوز لانه تعيين السوق قد ينفع
وقد لا ينفع فكان مفيدا من وجه دون وجه امره ان يبيع ويشهد
على بيعه ولم يوكد بالنفي فباع ولم يشهد جاز وان اكد فباع ولم يشهد
لا يجوز لان الاشهاد قد ينفعه وقد لا ينفعه امره ان يبيع برهن
او كفيل فباع بلا رهن ولا كفيل لا يجوز سواء اكد بالنفي او لا لانها مفيدان
من كل وجه امره ان يبيعه من فلان بدين فباعه من اخر به لا يجوز
لان المذم تتفاوت في الملاة بخلاف ما اذا كان الثمن عينا لان التعيين
لا يفيد ص ولو شرط فازدادت القيمة في المدة فاجاز او سكت
حتى مضت فالبيع لازم ويلزمه بالسكوت ونفاه هما ش قال ابو حنيفة
الوكيل بالبيع اذا باع عبدا قيمته الف وشرط الخيار ثلاثة ايام فصارت
قيمته الفين فاجاز الوكيل البيع او سكت عن الاجازة حتى انقضت
مدة الخيار يلزم البيع بناء على اصله من ان الوكيل بالبيع يملك انشاء العقد
بالغبن الفاحش ابتداء فيملكه امضاء وعند محمد لا يملكه ابتداء فلا يملكه
امضاء وفرق ابو يوسف بين الامضاء والمضي بان الامضاء فعله فصار كانشاء
العقد في حق حكمه والمضي لا يضعه فلا يوثر في فساد العقد والوكيل
بالشراء اذا اشترى بالخيار فانتقصت قيمته في المدة بطل البيع بلا
خلاف لانه لا يملك العقد بغبن فاحش ابتداء فلا يملكه امضاء ص
او يعتق عبدا فاعتق نصفه فهو صحيح وقالا كله او بنصفه فكله باطل
وانفداه ش قال ابو حنيفة اذا وكل انسان رجلا باعتاق عبده فاعتق
نصفه عتق النصف لانه اتى ببعض ما امر به فلم يكن مخالفا وعلى العبد
ان يسعى في نصف قيمته ولا يعتق كله ولا يسعى في شيء كذا في المبسوط ولو امره

اكد

باعتاق بعضه فاعتقه كله لم يجز عنده فلم يعتق شيء منه وعندهما يعتق
كله والمسئلتان مبنيتان على تجزي الاعتاق وعدمه وسياتي الكلام عليه
ان شاء الله تعالى ص او بتزويج امراة فزوجه بغبن فاحش في المهر فهو جايز
ش قال ابو حنيفة اذا امره ان يزوجه امراة ولم يذكر مهرا فزوجه
الوكيل امراة وزاد في مهر مثلها زيادة فاحشة جاز النكاح وقالا لا يجوز وهذا
الخلاف بناء على الخلاف في البيع في الغبن الفاحش اعتبر الامام الاطلاق وهما
اعتبرا العرف وانما لم يعتبر الاطلاق في التوكيل بالشرا لتوهم التهمة لاضافة
العقد الى نفسه بخلاف النكاح وعلى هذا الخلاف اذا وكلت امراة رجلا
بان يزوجها من رجل فزوجها الوكيل بدون مهر مثلها او من غير كفو ص او بغير
كفو ممن يقبل شهادة الوكيل فهو جايز ش قال ابو حنيفة اذا وكله بان
يزوجه امراة فزوجه امراة غير كفو له ممن يقبل لها شهادة الوكيل يجوز
وقالا لا يجوز ولو اوجه عميا او مقطوعة اليدين او رتقا او مفلوجة او
مجنونة او معتوهة ذكر في رواية ابي سليمان انه على هذا الاختلاف ووكيل
المراة ان زوجها خصيا او عنينا على هذا الخلاف لهما ان الوكالة تتقيد
بالعرف وفي العرف لا يتزوجون الا بالاكفا والخالية عن العيوب
وللامام ان الامر مطلق فيجب ان يجري على اطلاقه والعرف مشترك اذ قد
يتزوجون بغير كفو طلبا لتخفيف المونة ص او بكفو ممن لا يقبل شهادة
الوكيل لها فهو غير جايز واستثنيا من يلي عليهما الوكيل ش قال ابو حنيفة
اذا وكله بتزويج امراة فزوجه من هي كفو له ممن لا تقبل لها شهادة الوكيل
لا يجوز وقالا ان لم يكن وليها كالبنت الكبيرة يجوز وان كان وليها كالبنت
الصغيرة لا يجوز لانه كالعقد بنفسه وهذا بناء على ان الوكيل بالبيع اذا باع

من لا يقبل

من لا تقبل شهادته له لا يجوز عند الامام اذ التهمة تقيد المطلق وعندهما
يجوز ولو زوجه امته او مكاتبته بالاجماع لانه متهم كما في الوكيل بالشرا
ولو وكلت امراة رجلا ان يزوجها فزوجها الوكيل من غير كفو قال
في الكتاب لا يجوز قالوا يجب ان يجوز على قول الامام وللاولياء حق الاعتراض
عملا باطلاق اللفظ كما في جانب الوكيل ومنهم من قال ما ذكر في الكتاب
قول للجميع لان التوكيل بالنكاح من جانبه لا يتقيد بالكفو بخلاف
التوكيل من جانبها ص او بهذه الحرة فزوجه بها بعد لحاقها وسبيها
فهو جايز ش قال ابو حنيفة اذا وكل انسان رجلا ان يزوجه هذه الحرة
فارتدت والعياذ بالله تعالى ولحقت بدار الحرب ثم سبيت واخرجت
الى دار الاسلام جاز فزوجه بها جاز النكاح وقالا لا يجوز وهذا بناء على ان
الوكيل بالنكاح يملك تزويج الامة عند الامام اجرا للتوكيل على الاطلاق
وعندهما لا يملكه تقييدا له بالعرف ص او بالصلح عن دم العمد فصالح على اقل
من الدية فهو صحيح ش قال ابو حنيفة الوكيل بالصلح عن دم العمد من جانب
المطلوب اذا صالح على اكثر من دية النفس فلو بفاحش يجوز وقالا لا يجوز
الامام اعتبر الاطلاق وهما اعتبرا العرف والوكيل من جانب المطلوب اذا صالح
على الدية او اكثر يسير يجوز بالاجماع او بفاحش لا يجوز فان هذا وكيل بشرا
النفس وذا وكيل ببيعه والاب لو صالح عن قود الصغير وحط عن الدية لا يجوز
وسلم به الدية ص او عن موضحة خطا وما حدث منها بخمسماية فبريت فله
نصف عشرها ويرد الباقي وقالا الكل له ش رجل شج رجلا موضحة
خطا فوكل الشاج او المشجوج وكيلا يصالح عنها وعن ما حدث منها فصالحه عنها
على قدر ان مات المشجوج كان الصلح عنهما وان برئ قال ابو حنيفة ليسلم للمشجوج

نصف عشر البدل وعليه ان يرد الي الشاج تسعة اعشاره ونصف عشرة
حتى لو كان بدل الصلح خمسماية يسلم للمشجوج خمسة وعشرون ويرد الي الشاج
اربعة مايةٍ وخمسة وسبعين وقالا يسلم المشجوج البدل كله وهذا مبنا
على ان الصلح عن الموضحة عند الامام يقع عن جميع النفس وبدل الشجة وبدل
النفس عشرة الاف ولما جعل الخمسماية بدل جميع النفس كان باز الشجة
نصف عشرها وعندهما الصلح عن الموضحة صلح عنهما فيستوي ذكر ما يحدث
منها وعدمه وفي الاقتصار على الشجة يسلم له البدل كله فكذا في عدمه
والصلح عن القلع والجراحة والضربة على هذا الخلاف ولا فرق في جواز
الصلح والخلاف بين الصلح والخطا والموضحة في عمدها القصاص وفي خطاها
نصف عشر الدية وهي خمسماية وفي الصلح باقل منها او باكثر بغبن فاحش فيما
يختلف الحكم بين وكيلي الشاج والمشجوج على ما سبق **فصل في التوكيل**
والعزل وبطلان الوكالة لما بين احوال الوكيل الواحد اخذ في بيان
احوال الوكيلين وما يبطلها وما لا يبطلها ص واذا وكل اثنين لم ينفرد
احدهما في كل تمليك او عقد فيه بدل ش اذا وكل اثنين بكلام واحد
وذلك التصرف مما يحتاج فيه الي الراي ويمكن اجتماعهما فيه لم يجز لاحدهما
ان ينفرد فيه بالبيع والشرا الا برايهما لا برأي احدهما والاجارة والنكاح
والخلع لان الموكل لم يرض الا برايهما لا برأي احدهما ولو كان البدل مقدارا
لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان وفي اختيار
البايع او المشتري واما ما لا يحتاج فيه الي الراي كالطلاق والعتاق
بغير عوض فيما ورد وديعة او عارية او غصب او قضاء دين عليه يجوز لاحدهما
ان ينفرد بالتصرف فيه لان هذه التصرفات لا تفتقر الي الراي والتدبير

بخلاف

بخلاف ما لو قال طلقاها ان شئتما او امر بايديهما لانه تفويض الي
رايهما حتى انه يقتصر على المجلس ولانه علق بفعلهما ولو وكلهما بكلامين
جاز لاحدهما ان ينفرد لانه رضي برأي احدهما بخلاف الوصيين اذا اوصي
لكل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعنده صار وصيين بجملة واحدة والوكالة
حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استند كل
واحد منهما التصرف ص واجزياه بالخصومة ش قال علماؤنا الثلاثة
اما بالخصومة فلاحدهما ان ينفرد بها خلافا لزفر له ان التوكيل رضي برايهما
لا برأي احدهما ولنا ان الاجتماع في مجلس القاضي متعذر لانه يودي الي
التلبيس على القاضي والي المشغب والراي يحتاج اليه سابقا على الخصومة
ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه
الخصومة وهو ساكت فاية ولا ينفرد احدهما بالقبض لامكان الاجتماع
عليه ولو وكل اثنين بقبض الدين لا يملك احدهما ان يقبض دون صاحبه
لانه لم يرض الا برايهما واما نتهما فان قبض احدهما لا يبرا الغريم الا ان
يصل المقبوض الي صاحبه او الي الموكل لحصول المقصود بالقبض ص ولا
يملك الوكيل التوكيل الا باذن او تفويض ش اي لا يوكل الوكيل فيما
وكل به لانه رضي برايه ولم يرض برأي غيره لان الناس متفاوتون
في الاراء ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون
التفويض اليه واما اذا اذن له او فوض الي رايه جاز لان المنع من ذلك
انما كان لحقه فاذا اذن فيه او فوض الي رايه جاز ويكون وكيلا عن الموكل
لانه يعمل له حتى انه لا ينعزل بعزل الوكيل ولا بموته وهو نظير القاضي اذا

استخلف قاضيا ص فلو عقد الثاني بحضرة الاول اجزناه ش
قال علماؤنا الثلاثة اذا لم يكن الوكيل ماذونا له في التوكيل فوكل اخر ان
عقد الثاني بحضرة الاول فاجازة الوكيل الاول جاز وان كان في غيبته
لم تجز وقال زفر لا يجوز فيهما لان التوكيل الثاني لم يصح النظر فالتصرف
عنه كما لو عقد بغيبته ولنا ان مقصود الموكل حصول رايه وقد حصل
وقيل يشترط الاجازة واليه ذهب عامتهم لان التوكيل لما لم يصح التحق
بالعدم فيكون الثاني كالفضولي ومنهم من جعل في المسئلة روايتين وعلى هذا
احد الوكيلين اذا امر صاحبه فباع بحضته ففي رواية لا يجوز ما لم تجز الوكيل
او المالك وفي اخرى يجوز وكذا ان عقد الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز من
غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد باذنه
ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال
رايه في تقدير الثمن بلا خلاف واختلفوا في العقدة فيما اذا عقد الوكيل
الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر الباقلي في فتاويه والمحبوني ايضا ان
الحقوق تتعلق بالاول لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني
وذكر في حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني لانه هو العاقد
والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره واليه ذهب
الشامه ابو الليث والوكيل بالطلاق او العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني
بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثاني
وهو يتعلق بالشرط بخلاف المبيع ونحوه ص او بغير خصومة فاجازه جاز
ش ولو ان الوكيل الثاني عقد مع غيبة الوكيل الاول فاجازه جاز
لان اجازته امضا للعقد برايه فكانه عقد بنفسه ص ويملك الموكل
عزله

عزله ما لم يتعلق به حق الغير ش اعلم ان للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شا
لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس
من المطلوب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه
انما خلي بسبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه متى شا ولو وكل وكيلين
وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن علم ان عزله لاجتماع رايهما في الزيادة
واختيار المشتري جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفا المطلوب لما فيه
من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة في الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب
حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس الطالب ليمكنه من الخصومة في الوجه الاول
ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب ص ويشترط
علمه في ابطال تصرفه ش قال علماؤنا في الوكيل اذا لم يعلم بعزل الموكل فهو
على وكالته وتصرفه جايز وقال الشافعي في اقيس قوليه ينعزل بعزله
وان لم يبلغه العزل له ان يتصرف في خالص حقه فلا يعتبر علم الوكيل كما في العزل
الحكمي مثل الموت والجنون وكما لو باع الموكل ما وكل ببيعه ولنا ان العزل
نهي بعد الامر فيشترط فيه العلم كنهي صاحب الشرع وكانه لو انعزل بغير علمه
صار مغرورا فيما يباشره بخلاف العزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة
عدم المحل فلا يتوقف على العلم وعزل الوكيل نفسه بدون علم الموكل على
هذا الخلاف لتعلق حق كل منهما وفي بعض النسخ ابطاله وانه ضربه ص
والعزل يثبت باخبار اثنين او واحد عدل وقالا بواحد مطلقا كالرسول
ش اذا جا رسول الموكل الى الوكيل بعزله خرج عن الوكالة وان كان الرسول
عدلا او غير عدل لقيام الرسول مقام المرسل فكانه خاطبه بالعزل شفاها
فلا يعتبر صفاته لمساس الحاجة واما اذا اخبره بذلك مخبر لا على وجه

الرسالة قال ابو حنيفة يعتبر فيه العدد او العدالة فان كان المخبر اثنين
اكتفي مستورين ولا يشترط فيهما العدالة وان كان واحدا اشترط ان يكون
عدلا وقال يكفي في ذلك اخبار الواحد عدلا كان او غير عدل كالرسول لانه
من باب المعاملات وللامام ان هذا الخبر جار مجري الشهادة لايجابه الضمان
على الوكيل بالتصرف وفيه شبه باخبار المعاملات لان العزل عن الوكالة
منها فوجب اعتباره فيثبت احد شطري الشهادة ويثبت الاخر وعلى هذا الخلاف
اخبار الثيب والبكر واخوانهما قال فخر الاسلام وغيره يجمل الاشتراط
عند الامام حتى لا يقبل خبر المراة والعبد والصبي بحال واما الرسول فينعزل
قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل تبليغ العزل
لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك
قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد
بمعاذة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا
كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة الموكل فلا يعتبر فيه التوكيل ايجابا
وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه العزل لانه صار اصيلا
في حق العبارة فان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل
في شيء فافترقا ص وتبطل بموت احدهما وجنونه جنونا مطبقا ويقدر
بشهر او اكثر من يوم وليلة وقدره بحول ش اي تبطل الوكالة بما ذكر
ايضا اما موت الموكل فلان التوكيل تصرف غير لازم وكل تصرف غير لازم
لبقايه له حكم الابتداء فيشترط قيام الامر بقاء وهذه العوارض تبطله وهذا
لان الموكل اذا قدر على عزله يكون الوكالة غير لازمة والوكالة غير اللازمة
لبقايها حكم الابتداء فلو انشا الموكل الوكالة بعد جنونه مطبقا لا يصح فكذا

لا ينفي

لا ينفي الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة واما اذا لم يقدر على عزله
يكون الوكالة لازمة والوكالة اللازمة لا يكون لبقايها حكم الابتداء ويكون
الوكيل في هذه الحالة بمنزلة المالك من حيث انه لم يملك الموكل عزله ومن
ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المالك لم يبطل ملكه كالو ملك عينا
فكذا اذا ملك التصرف فان قيل ما المعني فيما اذا كانت الوكالة غير
لازمة يكون لبقايها حكم الابتداء بخلاف اللازمة قلنا المعني فيه ان التصرف
اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة من لحظات دوام التصرف بسبيل
من الفسخ فاذا لم يفسخ جعل امتناعه عنه عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف
اخر من جنسه تنزيلا للممكن منزلة المنشي والمبتدي واما اذا كان التصرف
فيه لازما لا يتاتي هذا المعني فيه لان المتصرف لا يتمكن في لحظة من الفسخ
والعزل فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء والانشاء لذلك الفعل
لان الشيء انما يتصور تقديرا اذا تصور حقيقة كاليمين المنعقد مع اليمين
الغموس واذا ثبت ان التوكيل اذا كان غير لازم كان لدوامه حكم الابتداء
في كل لحظة وابتداء التوكيل لا يتصور في هؤلاء فكذا البقاء واما موت
الوكيل فلانقطاع الامر بموته وتصرفه كان بالامر وقد بطل فتبطل الوكالة
وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السما
اي استوعبها لان كثرة كالموت وقليله كالاغماء فلا يعتبر في ابطال الوكالة
وذكر المصنف عن ابي يوسف في حد الجنون المطبق رواية ان احدهما انه
مقدر بشهر لانه يسقط به الصوم وجعل ابو بكر الرازي وصاحب الفتاوى
الصغرى الشهر قول الامام قال في الواقعات وهو المختار لان ما دون الشهر
في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الاجل فكان طويلا الرواية

الثانية عنه انه مقدر باكثر من يوم وليلة لان الصلوات تسقط به وعن
ابي يوسف رواية اخرى انه لا ينعزل حتى يحن اكثر السنة لانه بذلك
يلتحق بالميت في حق اكثر احكام الشرع وعن محمد انه مقدر بيوم وليلة لما
ذكرنا لابي يوسف ثم رجع وقال حتى يحن شهرا لما ذكرنا لابي يوسف ايضا
ثم رجع وقال حتى يحن حولا لانه بذلك يسقط عنه جملة التكاليف والوظائف
حتى الزكاة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه اما دون
الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت وهو الصحيح ص ولحاق
الموكل بعد ردته بدار الحرب مبطل وقالا ان حكم به ش قال ابو حنيفة
اذا ارتد الموكل والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب بطلت وكالته وقالا
لا تبطل حتى يحكم الحاكم بلحاقه او يموت على ردته او يقتل وهذا الخلاف
بناء على اختلافهم في المرتد فعند ابي حنيفة تتصرفاته موقوفة فكذا وكالته
فان اسلم نفذت وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت تصرفاته فتبطل
وكالته وعندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته حتى يموت او يقتل على
الردة او يلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقه ثم عند ابي يوسف هو بمنزلة
من عليه القود وعند محمد بمنزلة مريض الموت فاذا حكم بلحاقه يصير كالميت
ولو كانت الموكلة امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى يموت او يلحق
بدار الحرب لانه لا اثر لردتها في عقودها لانها لا تقتل ص واذا لحق الوكيل
بطل تصرفه ش اذا لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا وحكم بلحاقه بطل
تصرفه لان البين يمنع استيفاء مقاصد العقد ص فان عاد مسلما
لا يعيده وخالفه ش اي اذا عاد الوكيل من دار الحرب بعد ذلك قال
ابو يوسف لا يعود الى الوكالة الا ان يجددها وقال محمد يعود اليها

لابي يوسف

لابي يوسف انه حكم ببطلانها والباطل لا يعود ولمحمد ان الاهلية عادت
كمن وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل ثم رد عليه الموكل بعيب بقضاء ان الملك
عاد فيعود بحقوقه ثم مدة اللحاق ان بقي اقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة
لان البقاء على احتمال العود بخلاف ما اذا بقي اكثر لان احتمال العود قد
يبطل بالحول ظاهرا ص واذا عاد الموكل لم تعد في الظاهر واعاده
ش اذا عاد الموكل مسلما لم تعد الوكالة لانها تعلقت بملك الموكل وقد
زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة وعن محمد في غير الظهيرية انها تعود
لان الردة لا تنافي الوكالة والموكل وان زال ملكه بارتداده لكن يعود
مسلما عاد اليه ماله على تقدير ملكه فيعود بحقوقه ص واذا وكل الكاتب
فعجز او الماذون فحجر عليه او الشريكان فافترقا بطلت علم او لم يعلم ش
يعني لو كان الموكل مكاتبا او عبدا اوماذونا له في التجارة فينعزل الوكيل
بعزل المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقاء الوكالة
معتبرا بابتدائها لانها غير لازمة لان العقود التي تلزم لبقائها حكم الابتدا
يشترط في حال البقاء قيام الامر كما في الابتدا وقد بطل بالعجز والحجر
فتبطل الوكالة ويستوي في ذلك علم الوكيل وجهله لان البطلان
حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشئ الذي وكل به وهذا اذا كان وكيلا
في العقود والخصومات واما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل
بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز والحجر يوجب الحجر عليه من
انشاء التصرف فيخرج وكيله من الوكالة ولا يوجب الحجر عليه في قضاء الدين
واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك وان كوتب بعد ذلك
او اذن المحجور لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل

التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالحجر والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالوكالة
للثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون لا ينعزل لان
ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا ترى
ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه
وتبطل الوكالة ايضا بافتراق الشريكين وان لم يعلم به الوكيل لانه عزل
حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم وهذا الكلام يحتمل وجهين احدهما
ان احد الشريكين اوكلهما لوكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو
افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا الاذن في
التوكيل والثاني انه ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها
عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في التصرف فينعزل
بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة
في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم تكن مصرحا بها وفيه اشكال من
حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف
على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن
ان يحمل على ما اذا هلك المال في يد احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل
به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل
حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بينا في كتاب
الوكالة ولو وكله ببيع عبده ثم باعه بنفسه ثم رد عليه بقضاء فله
بيعه في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ليس له بيعه لانه انعزل
فلا يعود الا بتوكيل جديد والظاهر انفساخ الاول بخلاف الرد
بغير قضاء وبخلاف ما اذا وكله بالهبة ووهب بنفسه ثم رجع لم يكن له

ان يهب

ان يهب لانه مختار في الرجوع فدل على عدم الحاجة بخلاف الرد بالقضاء
لانه بغير اختياره

كتاب الكفالة

وجه ايراد الكفالة عقيب الوكالة ان في كل منهما ايصالا الى الحق لان كل احد لا يتأتى له الوصول
الى حقه بسبب عجزه عن المباشرة بنفسه فيحتاج ان يستعين بغيره الى الوصول
اليه اما في مباشرة الوجوب وهي الوكالة او في حكم السبب وهي الكفالة وهي في
اللغة مطلق الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال
عليه الصلاة والسلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه وفي الشرع
ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصل في المطالبة وقيل في الدين لانه يطالب بالدين
والمطالبة والدين محال والضم في المطالبة اولى لانه يسمل جميع الكفالات
والضم في الدين لا يتناول الكفالة بالنفس وليلا يلزم كون الدين الواحد دينين
لان المكفول به باق في ذمة الاصيل كما كان وليس من ضرورة المطالبة وجوب
الدين كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن والثمن على الموكل وينبغي على الثاني
ان لا يصح تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لان الابراء عن الدين تمليك فلا
تقبل التعليق وعلى الاول يصح لان الابراء عن المطالبة اسقاط والاسقاطات
تقبل التعليق وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة
او تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي
يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة
على ما يجيء بيانه في موضعه وان يكون المكفول به ممن يملك استيفاءه من
الكفيل وقال بعض العلماء انه وجد مكتوب على باب عمود به
الكفالة اولها ملامة واوسطها ندامة واخرها غرامة ومن لم يصدق
فليجرب ليعلم البلاء من السلامة ص ولم يسقطوه عن الاصيل بالكفالة

ش يعني قال مالك الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة لان الدين واحد
فلا يبقى في ذمة الاصيل ليلا يصير الدين الواحد دينين كما في الحوالة ولنا
ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة فيقتضي قيام الدين في
الذمة الاولى بخلاف الحوالة لانها تبنى عن النقل ص ولا تصح الا ممن يملك
التبرع س لان الكفالة عقد تبرع فلا يصح الا ممايصح منه التبرع حتى لا تصح
ممن لا يملك التبرع كالصغير والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة اما
الصغير والمكاتب من اهل التبرع واما العبد ونحوه فلا يطالب في الحال
ولكن يطالب بعد العتق لامتناع اليد وفي حق المولى ما دام ملكه باقيا
ولنا لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر منه وهي نوعان
كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فيجوز
مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة
تصح الكفالة بها كالمغصوب والمبيع والصلح عن دم العمد وبدل الخلع ونحوها
وكفالة باعيان هي امانة غير واجبة التسليم كالودايع والمضاربات
والشركة ونحوها مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة
باعيان هي امانة واجبة التسليم كالعارية والمستاجرة او باعيان مضمونة
بغيره بالبيع فان الكفالة بها لا تصح وتسليمها يصح ويعتقد مع الايجاب
والقبول بقوله تكفلت بنفس فلان لانه حقيقة في المعين او بما يعبر
به عن كله كزوجة زيد او جسده او راسه او عينه او وجهه لانه يعبر
بها عن جميع البدن او بجزء شايع كنصفه او ثلثه لان ذكر بعض ما لا
يتجزى كذكر كله بخلاف قوله بيده او رجله والروح شيء يحرك البدن
ويدرك الغايبات واريد بالغايب حضور النتيجة بضم بعض المقدمات

في بعض

الى بعض ولم يذكر المعرج في الكفالة وذكر في الطلاق بالواو وينبغي ان تصح اضافة
الكفالة اليه اذا كانت مضافة الى المراة والصبي لم يذكر في الكفالة ولا في
الطلاق قيل لا يصحان الا اذا نوى جميع البدن وتنعقد بقوله ضمينه لانه
تفريع موجبه او على انه للالزام قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت
او الى لقوله عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي وبقوله زعيم لان الكفيل
يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي
كفيل ومنه الحديث الزعيم غارم وبقوله قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا
سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل بخلاف قوله
انا ضامن لمعرفته او بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وفي المنتقى
يكون كفيلا وعلى هذا معاملة الناس ولو قال الدين لك عندي فهو كفالة
وان كان عندي يستعمل للامانة الا انه لما اضاف الى الدين علم ان المراد
به الوثوق ص وجيز بها بالنفس فيضمن احضار المكفول به ش قال
علماؤنا تجوز الكفالة بالنفس وان تعددت الكفالة بان اخذ منه كفيلا
ثم كفيلا وكذا اذا جوز لو تعددت النفوس المكفول بها ايضا كما تجوز الديون
الكثيرة وتجب بها احضار المكفول بنفسه او اعلامه مكانه على وجه
يقدر عليه وقال الشافعي لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على
تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا قال بغير امره لانه لا ينقاد له
ولا يلتزم طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يثبت
له ولاية في ماله لتودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كالوباع طيرا
في الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه لو لم يكن له ولاية على مال الامر
فله ولاية على مال نفسه فيودي من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام

الزعم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس او بالمال فيقتضي شرعيتها
ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناولها لحديث لانا نقول
الغريم عبارة عمن يلزمه ضرر فان تعالى ان هذا بها كان غراما رقيه
ذلك وقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة وضمنت ام كلثوم
بنفس علي حين حرمي بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة ولان الحاجة
ماسة اليها ضرورة احياء حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان يعلم
مكانه يخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او توافقه اذا دعاه او
يكرهه على الحضور الى مجلس الحاكم والتزامه ذلك ورضي الخصم به دليل على
قدرته فيصح وان لم يقدر عليه استعان عليه باعوان القاضي فكانت مفيدة
واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد
والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي
ص ولو علق تسليمه بوقت معين احضره فيه اذا طالبه والا حبس ش
اذا شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه
احضاره اذا طالبه به في ذلك الوقت لانه التزمه كذلك فان احضره فيه
والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه هذا اذا لم يظهر عجزه
اما اذا ظهر بان غاب المكفول به ولا يعرف مكانه فلا يحبس لانه لا حال
بينه وبينه فيلازمه كالمفلس اذا اخرجه القاضي من الحبس ولا يحبس
في اول مرة مقرا بالكفالة لانه لم يظهر ظلمه ولو غاب المكفول به امهله القاضي
مدة ذهابه ومجيئه ان علم مكانه فان امتنع منه حبسه لامتناعه وان كان في موضع
تعذر الخروج اليه لم يحبس لانه لا يقدر على احضاره ص واذا سلمه
في مكان يقدر على محاكمته بري ش اذا سلم الكفيل المكفول بنفسه

في مكان

في مكان يقدر المكفول له على محاكمته كما اذا سلمه في المصر بري لانه اتى
بما التزم اذ الم يلزمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا
حاجة الى ابقاء الكفالة فصار تطيير ما تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم
غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله
لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين الموجل اذا قضاه فمثل حلول
الاجل يجبر المطالب لان الاجل حق المدين فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية
بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك وانت اعلم بشانه
فخذه ان شئت ثم لا يخلوا اما ان يسلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه
بري وان لم يقل سلمه اليك بحكم الكفالة لانه يضمن اعارة قول الطالب
وان سلمه بعد طلبه لا يبرا حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وسواء قبله
المكفول له اولم يقبله لانه اوفى عين حقه كالمديون اذا خلى بينه وبين
الدين ص وان عين مجلس الحكم فسلمه في السوق بري ش اذا شرط
الكفيل ان يسلم المكفول بنفسه في مجلس القاضي فسلمه في السوق بري
لحصول المقصود فانه في البرية او في موضع لا قاضي فيه يهرب او يمتنع من
احضاره والتقييد بموضع من المصر لا يفيد لان المقصود المحاكمة وهي في السوق
ممكنة ومن مشايخنا المتاخرين من قال في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس
القاضي تقيد به لغلبة اهل الفسق فيعينون المطلوب على الامتناع ه
وان شرط التسليم في المسجد الاعظم فسلمه في السوق بري لان المصر كبقعة
واحدة وعن ابي يوسف انه لا يبرا لان الناس لا يعينونه للاحضار ويجب ان
تكون الفتوى اليوم على هذا ص وكذا في مصر غير المنتهى ش قال ابو حنيفة
اذا سمى مصرا للتسليم فسلمه في مصر اخر بري وقالا لا يبرا لان شهوده قد لا تكون

فيه ولابي حنيفة انه يقدر على محاكمته فيه وان شهوده قد تكون فيه
والعجز جاء من قبله من تسليمه وان سلمه في السجن فالكلام فيه مستوفى
في الذخيرة ص لا في برية ش لعدم القدرة على الخصومة في البرية فلم
يحصل المقصود ولذلك اذا سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لعدم
القدرة على المحاكمة ص ويبرأ الكفيل بموته وموت المكفول به لانه المكفول
له ش تبطل الكفالة بالنفس بموت الكفيل لعدم القدرة على التسليم
منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه في ماله لا فيما عليه وماله لا يصلح
لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله
صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول به
ان كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم لانه اداء الذي هو بنفسه حال حيوته
وموت المكفول به لتعذر التسليم لا موت المكفول له لان الكفيل غير عاجز والورثة
يحلفون المكفول له في المطالبة لانه حقه قال عليه السلام من ترك
مالا او حقا فلورثته ولو حصلت الكفالة الى اجل يطالب الكفيل بعد مضي
الاجل وليس معناه انه ليس بكفيل للحال وعن ابي يوسف وهو قول الحسن
ابن زياد انه لا يطالب الا في الاجل فاذا قضى الاجل يبرأ الكفيل ويشهد له
مسئلة الظهار والايلاء اذا ظاهر من امراته او الى منها مدة يقطع الظهار
والايلاء في المدة وسقط بمضي المدة ويشهد لظاهر الرواية مسئلة الطلاق
اذا قال لامراته انت طالق الى عشرة ايام يقع عليها الطلاق بعد عشرة
ايام وكان ابو علي النسفي رحمه الله يقول ابي يوسف لان الناس اذا كفلوا الى مدة
يعلمون بقرب المدة انهم يطالبون فيها لا بعدها الا انه يجب على المفتي ان
يكتب في الفتوى امهاذا مضت المدة اخرج القاضي عن الكفالة تحرزا عن

خلاف

خلاف الكتاب ولو كفل من هذه الساعة الى شهر انتفت الكفالة بمضي المدة
بلا خلاف ولو كفل ثلاثة ايام او شهرا قيل هو كالى شهر وقيل يطالب في
المدة ويبرأ بمضيها واليه مال عبد الواحد الشيباني ص ولو قال ان لم
اوافك به غدا فانا ضامن الالف التي عليه ولم يوافك به تضمنه ولم يبرأ من
الاولى ش قال علماؤنا اذا كفل بنفس فلان على انه ان لم يات به فعلي
وقت كذا فعليه ما عليه وسمي الدين فمضى الوقت فلم يات به يلزمه المال
ولا يبرأ من الكفالة بالنفس وقال الشافعي الكفالتان باطلتان اما
الكفالة بالنفس فعلى اصله واما بالمال فلان تعليقها تعليق لسبب
وجوب المال بالشرط فلا يصح ولنا انه ضم الى الكفالة بالنفس الكفالة بالمال
معلقة بشرط عدم الاتيان به فيصح لانه اضاف الكفالة بالمال الى عدم
الموافاة ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب
المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة
ولم يوافك به مع قدرته او لعجزه بموته فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط
لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب ثم ان اتى به في الاجل
برئ من الكفالة بالنفس ولا يكون كفيلا بالمال لان الكفالة بالمال
كانت معلقة بشرط عدم الاتيان به ولم يوجد الشرط وان لم يات
فيه صار كفيلا بالمال ليتحقق الشرط واذا ادى المال لا يبرأ عن الكفالة
بالنفس اذ الاتيان به بين الكفالتين فكل منهما للتوثق ص ولو قال
كفلت بنفس زيد فان لم اوافك به غدا فانا كفيل بنفس عمرو من كفل بنفس
زيد ثم قال ان لم اوافك به غدا فانا كفيل بنفس عمرو وعمرو وعمرو غريم
آخر للطالب عليه دين صحت الكفالتان خلافا لمحمد في الثانية لها انها علقت

بشرط مجهول وجوده فتبطل ولهما ان بين الكفالتين اتصالا اذ يصح
التعليق بعدم الموافاة المتعارف ص او مالك على عمرو ش وعلى هذا
الخلاف لو كفل بنفس زيد فان لم اوافك به غدا فعليه ما على عمرو وله انه لا
يمكن تصحيح الثانية تبعا للاولى اذ هي معلقة بالخطر فيبطل ولهما ان الفا
توثق بحق من وقعت له الاولى فتصح كما لو اتخذ المطلوب وهذا لان الكفالة
وقعت للطالب حتى تحتاج الى قبوله فاذا اتخذ امكن جعل الثانية تبعا
للاولى بخلاف ما اذا تقدم الطالب لانه لا يمكن جعله تبعا ولا مقصود الا نه
تعليق الالتزام بالشرط ص او فعلي الف مطلقا ابطل الثانية ش كفل بنفس
زيد فان لم اوافك به غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي لك على زيد ولانها
التي التزمتها لك وهذا معنى قوله مطلقا فمضى الغد ولم يوافك به لزمه الالف
في قول الامام وابي يوسف الاخر وفي قول محمد الكفالة بالنفس جائزة
ولا يلزم المال وذكر العتابي في شرح الجامع الصغير ان عند محمد لا تصح الكفالة
بالنفس ولا بالمال فلا يلزمه شيء له ان هذا التزام رشوة للطالب عند عدم
الموافاة وانه حرام ولهما انه يحمل على الكفالة بالمال تصحيحا للكلام كمن
كفل عن غايب بحضر وقال اقررت بالكفالة فيصح وقال الكفيل
بل انشات بها في غيبتك فلا تصح فان القول للطالب لانه عني الصحة
ولهذا لو قال لغيره لك علي الف درهم حمل على الاقرار لا الانشاء وان قال
ان لم اوافك به غدا فعليه ما لفلان اخر وقال فعليه ما لفلان اخر
على زيد قبل على الخلاف والصحيح انه لا تصح الثانية بلا خلاف ص والكفالة
بالنفس جبرا في القصاص وحد القذف باطلة كساير الحدود ش
تجوز الكفالة في الحدود والقصاص اذا بذلها المطلوب لان تسليم النفس

الى مجلس

الى مجلس القاضي واجب ولا يجبر عليها عند الامام وقالا يجبر في حد القذف
والسرقة والقصاص لانها حق العبد تحتاج فيه الى التوثيق وللامام
انها عقوبات تحتاج لدرئها فلا يليق بها التوثيق وتفسير الجبران يامره بالملازمة
فيذهب معه اينما دار كيلا يتغيب ويمنعه من دخول داره الا ان يدخل
معه وذكر قاضيخان اضطراب قول محمد فيه ص ويحبس للتهمة بشهادة
مستورين او عدل ش اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان
مستوران او واحد عدل لان الحبس هنا للتهمة الفساد وثبتت باحد شطري
الشهادة وقد صح انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس
في دعوى الاموال لانها نهاية العقوبة فيها فلا تثبت الا بكمال الحجة وذكر
الخصاف في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس فيها لحصول الاستيثاق بالكفالة
فلم تنتهي الحاجة اليه وعنده لا يجبر على الكفالة فيحبس ص ولا تصح بنفس
الحد والقصاص ش لا تجوز الكفالة بنفس الحد والقصاص لانها انما تجوز
فيما يجري في ايفائها النيابة والعقوبات لا تجري في ايفائها النيابة ص
وان ادعى قذفا على عبد فبرهن بحضرة مولاه فالحكم حبسه الى حين التزكية
واخذ كفيل بنفس المولى ويامر باخذه بنفس العبد لا بنفسهما ش قال
ابو حنيفة اذا ادعى رجل قذفا على عبد واقام البينة بحضرة مولاه بذلك
يحبس هذا العبد لانه صار متهما ويوخذ من المولى كفيل لان الحد يقام
على ماله فيشترط حضوره في الاستيفاء وقال ابو يوسف يوخذ كفيل
بالعبد لا بمولاه لانه لا يشترط حضوره عنده بعد ما ثبت بحضوره وقال محمد
يوخذ منهما جميعا لانه مع الامام في اشتراط الحضور فيوخذ بالمولى لحضوره
وبالعبد لاحضاره الا ان الامام لا يرى الكفالة في الحد فيحبس العبد

ولا يوخذ منه كفيل **فصل في الكفالة بالمال** لما بين احكام
الكفالة بالنفس اخذ في بيان احكام الكفالة بالمال **ص** وتجوز بالمال
معلوما كان او مجهولا اذا كان دينا صحيحا تكفلت عنه بالف او ما لك عليه او
بما دركك في هذا البيع **ش** هذا هو النوع الثاني من نوعي الكفالة وهو
الكفالة بالمال والها جايزه سواكان المال المكفول به معلوما كقوله
تكفلت لك بما عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني اذا استحق المبيع
من يد المشتري ولزمه غرامة الثمن والدليل على جوازها مطلقا لما مرّ
من قوله ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وهو مجهول والاجماع على صحة
الكفالة بالدرك مع انه لا يعلم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة ولان
مبناها على التوسع لكون التضييق فيه صارفا عن الاقدام عليه فيتحمل فيه
الجهالة وشرط ان يكون الدين صحيحا وهو لا يشترط الا بالاداء او الابرا
والاحتراز به عن بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لانه يسقط بدونهما
بتعجيز نفسه فلا تصح الكفالة به والشافعي ناقض حيث جوز ضمان الدرك
وهو مجهول ولم يجوز ضمان الدين المجهول واعتبره بقوله تكفلت ببعض
ما عليه وانه يجوز عندنا ويجبر الضامن على البيان **ص** وبتخيير المكفول
له في مطالبة ايهما شاء **ش** اي اذا صحت الكفالة فللمكفول له بتخيران شا
طالب الكفيل وان شا طالب الاصيل لما بينا من الضم وله مطالبتهما جميعا
ومتفرقا لتحقق معنى الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين الغاصب
او غاصب الغاصب فانه ليس له مطالبة الاجير لانه لما اختار تضمينه
فقد ملكه العين فليس له ان يملكها للاخر واما المطالبة في الكفالة
لا تقتضيه مالم يوجد فيه حقيقة الاستيفا **ص** فان شرط براة الاصيل

لا فقدت

انفقدت حوالة كما اذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل كانت كفالة **ص**
اذا شرط في الكفالة عدم مطالبة الاصيل جاز ويكون حوالة لانه اتى بخاصية
الحوالة كما اذا شرط في الحوالة ان لا يبرا المحيل جاز ويكون كفالة لان
العبرة للمعاني لا للمجرد اللفظ **ص** وتجوز تعليقها بشرط ملايم كشرط
وجوب الحق او امكان الاستيفا او تعذره كما ثبت فعلي او ما داب لك
عليه فعلي او اذا قدم المكفول عنه او غاب عن البلد لان بمجرد الشرط
كهبوب الريح ومجي المطر ولو جعله اجلا وجب المال حالا **ش** يصح تعليق
الكفالة بشرط ملايم لان الكفالة تبرع ابتدا معاوضة انتها فلو كانت
تبرعا من كل وجه جاز تعليقها بالشرط المحض كالنذر ولو كانت معاوضة
من كل وجه لم يجز تعليقها به واذا كانت تبرعا من وجه معاوضة من وجه
جاز تعليقها بشرط ملايم ولم يجز بشرط غير ملايم عملا بالشبهين والملايم
ان يكون شرطا لوجوب الحق لقوله اذا استحق المبيع فعلي او شرطا
لامكان الاستيفا لقوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فعلي او شرطا
لتعذر الاستيفا كقوله ان غاب المكفول عنه عن البلد او مايعت فلانا
او غصبك او ما داب لك عليه او مات ولم يدع شيا او مات ولم يوافك
به فعلي فقال في الاصيل معنى ما داب لك مذهب ولا يصح تعليقها بشرط
غير ملايم كهبوب الريح ومجي المطر لانها جهالة فاحشة فلو جعلها اجلا
بان قال كفلته الى هبوب الريح او مجي المطر لا يصح الاجل وتصح الكفالة ويجب
المال حالا لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح والطلاق والعتاق
ولو قال ما بايعت من الناس فعلي لم يصح لجهالة المكفول عنه والمكفول
به تتفاحش الجهالة بخلاف قوله ما بايعت فلانا لان الجهالة يسيرة محتملة

ويجوز تاجيل الكفالة الى وقت يشبه تاجيل الناس كالحصاد ونحوه
ثم ان اقر المطلوب بوجوب شيء معين على نفسه وانكره الكفيل لزم الكفيل
ما اقر به ولو قال ما قضى لك عليه فعلي لزمه ما قضي به على المطلوب
بعد الكفالة ولا يلزمه ما يقر به والوجوب واللزوم في عرف اهل
الكوفة يراد به الوجوب بجهة القضاء وفي عرفنا عبارة عن الوجوب
لكل ما وجب على المطلوب يلزم الكفيل وان لم يكن المال مقتضيا به
ص ولا يصح تعليق البراءة منه بالشرط ويصح في رواية ش لا يصح تعليق
البراءة من الكفالة بشرط كان يقول اذا جاء غد فانت بري من الكفالة
لما في البراءة من معنى التمليك والتمليك لا يعلق البراءة محضا طيا عن معنى
التمليك والاسقاط يتم بالمسقط وفي رواية يصح لان الكفيل انما عليه المطالبة
دون الدين فكان اسقاط ولهذا لا يزيد كالابراء من الدين بخلاف
سائر البراءات فانها تمليك فلا تتم مع التعليق وبخلاف براءة الاصيل
لانها تمليك حتى يرتد بالرد ص ولو تكفل بما عليه فقامت بينة بالف
ضمنه والا كان القول للكفيل على ما يعترف به فان اعترف المكفول
عنه باكثر لزمه دون كفيله ش تكفل بما لزيد على بكر فقامت بينة
عليه بالف ضمن الكفيل لالتزامه وان لم يتم بينة فالقول قول الكفيل
في مقدار ما اقر به مع يمينه لانكاره الزيادة ولا يقبل عليه قول الاصيل
لانه اقرار على الغير واما القول عنه فان اعترف بالزيادة لزمته
دون كفيله لان له ولاية على نفسه فيلزمه ما اعترف به ولا يلزم
كفيله لان ذلك اقرار على الغير والاقرار حجة قاصرة لا تعدو المقر
ص ويجوز بامر المكفول عنه ويضمن امره ويرجع في الاول اذا ادى دون

الثاني

الثاني ش تصح الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لانه التزام على نفسه ولا ضرر
على غيره فان كان بامره رجع بما ضمن لانه ملكه بالاداء حتى اذا كان عليه دراهم
جياد فادى زيوفا ويجوز بها الطالب رجع بالجياد او مكيلا او موزونا
او عروضا رجع بالدراهم وهذه المسئلة ترجح ان الكفالة ضم الى ذمة في الدين
لانه لو لم يجب على الكفيل دين لزم تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف
المامور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لا شيء عليه حتى يملك الدين بالاداء
وبخلاف ما لو صالح الطالب على البعض فانه يرجع به لا بالكل لانه تعذر جعله
تمليكا لامكان الربوا فكان اسقاطا وانما يرجع الكفيل اذا كان المكفول عنه
ممن يجوز اقراره على نفسه بالدين وملك التبرع حتى اذا كفل عن الصبي المحجور
وادى لا يرجع وان كفل باذنه لان الكفيل مستقرض من الكفيل معنى واستقراض
الصبي لا يتعلق به ضمان وان كفل عن العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق
لان امره صحيح في حق نفسه دون مولاه وان كفل بغير امره لم يرجع لانه
متبرع بقضاء دين الغير ص وان قال لغير خليط اقض فلانا الفا ولم يقل
عني فادى يحكم له بالرجوع ش قال ابو يوسف اذا قال رجل لآخر
ليس خليطا له كالاجير المشترك والاصديق يضع المال عنده والاهو من عياله
كالزوج والزوجة اقض فلانا الف درهم ولم يقل اقض عني فادى المامور
فانه يرجع بها على الآمر وقالا لا يرجع ولو كان المامور واحدا مما ذكر رجع بالاتفاق
بقضاء القرينة بقضاء دين على الآمر لابي يوسف انه وجد القضاء بامر
الآمر من جهة الآمر ظاهرا فصار كانه قال اقض علي ولهما ان الآمر يحتمل ان
يكون على وجه التبرع ويحتمل غيره فلا يجوز ايجاب الضمان بالاحتمال مختص
به ان يكون عن الآمر وصار كما لو قال ادفع اليه الفا ولم يقل اقض وفي الذخيرة

لو قال انفق علي وانفق على اولادي فانفق فله الرجوع على الآمر ص
وليس للكفيل مطالبة الاصيل قبل الاداء عنه الا ان يلازمه فيلازمه حتى
يخلصه ش ليس للكفيل بالامر ان يطالب الاصيل بالمال قبل اداءه عنه
فان المطالبة تستلزم سبق الملك ولا ملك له في الدين الا بعد الاداء بخلاف الوكيل
بالشراء حيث يرجع بالثمن قبل الاداء لان الوكيل من الموكل بمنزلة البايع
من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما انه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو
اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفيه
الثمن كما كان ذلك للبايع واذا طولب الكفيل ولزم طالب المكفول عنه
ولازمه حتى يخلصه ويقول له اد اليه ولا يقول له اد الي ولكن احبسه
اذا حبسه لان ملاحقه بسببه يوا خذه بمثله واذا ادى رجع عليه اذا لم يكن
على الكفيل دين للمكفول عنه اما اذا كان عليه فليس للكفيل ملازمة الاصيل
اذا لوزم وله ان يحبسه اذا حبس وله ان يرجع عليه بما ادى ولكن
يسقط عنه دين المكفول عنه هذا اذا كانت الكفالة بامره اما اذا كانت
بغير امره فليس للكفيل الرجوع على الاصيل ولا مطالبة ولا حبسه لان الكفيل
متبرع ص ويبرا الكفيل ببراة الاصيل وبالاستيفاء منه ش اذا ابرا
المطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لانه فرع على الاصيل
فيبرا ببراته ولان الكفالة بالدين والدين محال والهبة والصدقة
كالاستيفاء ص ولا يبرا الاصيل ببراة الكفيل ش اذا ابرا المطالب
الكفيل لم يبرا الاصيل لبقا الدين عليه وبقاوه عليه بدون مطالبة
الكفيل جايز واسقاط المطالبة لا يوجب سقوط الدين ص وان اخر عن
الاصيل تاخر عن الكفيل لا بالعكس ش اذا اخر الطالب دينه عن الاصيل

فاخر

تاخر عن الكفيل لان الكفيل ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فيتاخر
بتاخيره وان اخر عن الكفيل لا يتاخر عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين
على ما بيناه وتاخير المطالبة لا يوجب تاخير الدين لان للدين وجودا بدون
المطالبة ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال موجلا الى سنتين
مثلا حيث يتاجل على الاصيل ايضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود
الكفالة فانصرف الاجل الى الدين الا ان يشترطه في وقت الكفالة الاجل
للكفيل خاصة فانه لا يتاجل على الاصيل ص ولو قال الطالب للكفيل
ضمن له بامر الاصيل برئت الي رجع بالمال او ابرا تك لم يرجع او برئت يلحقه
بالاول لا بالثاني ش هذه ثلاث مسايل الاولى اذا قال الطالب للكفيل
برئت الي من المال فهو اقرار بالقبض حتى كان للكفيل ان يرجع بما كفل به على
الاصيل لانه اضاف البراة الى نفسه والى الكفيل وذا لا يكون الا بالايفا ولو
قال ابرا تك لم يكن اقرارا بالقبض حتى لا يكون للكفيل ان يرجع على الاصيل
لان البراة التي ثبتت من جهة الطالب على الخصوص لا تكون الا بالاسقاط
وان قال برئت من المال ولم يقل الي فعند ابي يوسف يكون اقرارا
بالقبض وعند محمد بمنزلة الابرا لان البراة تحتمل الايفا وتحتمل الابرا
فلا يثبت الايفا بالاحتمال ولابي يوسف ان البراة بالابرا توجد بفعل
المكفول بل بفعل صاحب المال فلا تكون البراة مضافة الى الكفيل فيرجح
احد الاحتمالين وهو البراة بالقبض والتخلية وهذا اذا غاب الطالب
في المسايل الثلاث اما اذا كان حاضرا فيرجع اليه لانه هو المجمل ص ولو ابرا
الميت فرده وارثه يحكم بانه يرتد وخالفه ش قال ابو يوسف اذا
ابرا الطالب المكفول عنه بعد موته فقبل ورثته صح ولو رده ورثته ارتد

وبطل الاقرار ان الابرا بعد الموت ابرا للورثة وقال محمد لا يرتد كما لو
ابرا في حياته ثم مات ويبرا الكفيل بالاتفاق وعلى هذا رد الورثة ابرا دين
الميت الذي لا كفالة فيه ص ولو كفل عبد عن مولاه باذنه فعتق فادى
سقط عنه من الرجوع به ش قال علماؤنا الثلاثة اذا كفل عن سيده
باذنه مالا ثم عتق فاداه او كفل عنه سيده باذنه ثم عتق فاداه سيده لم يرجع
احدهما على صاحبه خلافا لزفر له ان الكفالة بامر سبب الرجوع فلما لم يرجع
حال كونه عبدا لمانع الرق وقد زال ولنا ان هذه كفالة وقعت
غير موجبة للرجوع ابتداء فلا ينقلب موجبه انتهاء كالكفالة بغير امر
يتصل بها الاجازة ص ولو ادعى انه كفل له عن فلان بامره بكذا فانكر
فبرهن حكمنا له بالرجوع ش قال علماؤنا الثلاثة اذا ادعى زيد على
عمرو انه كفل له عن فلان بامره كذا من المال فانكر عمرو فبرهن زيد
والزمه القاضي واداه عمرو رجع على فلان وقال زفر لا يرجع لانه
لو رجع لكان بدعوى الكفالة وقد جحدها فيتناقض ولنا انه صار مكذبا
في زعمه فلا تناقض كمن اشترى شيئا فاستحق عليه ببينة رجع بالثمن
على بايعه وان زعم صحة البيع وعدم ولاية الرجوع لصير ورته مكذبا
شرعا ص ولو تعجل الموجل بموت الكفيل فاداى وارثه حكمنا له بالرجوع
وقت الاجل لا للحال ش قال علماؤنا الثلاثة اذا كفل رجل لاخر بدين
موجل بامره ثم مات الكفيل فحل الاجل بموته كسايردیونه الموجله واستوفى
الطالب من تركته لم يرجع ورثته على الاصيل بما ادوا الا بعد الاجل وقال
زفر يرجعون للحال لان الدين صار حالا واداى بالكفالة بامره ولنا
ان الكفيل لو اعطى قبل حلول الاجل لا يرجع على الاصيل حتى يحل الاجل فكذا الوارث

ص

ص ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد الا في قول المريض
لورثته تكفلوا عني بما علي فتكفلوا به مع غيبة الغريم ش قال ابو حنيفة ومحمد
لا تجوز الكفالة بالنفس وبالمال الا بقبول المكفول له او نايبه في المجلس وعن
ابي يوسف روايتان في رواية تجوز مطلقا ولا يتوقف على الاجازة وهي احدى
روايتي الاصل عنه وجه هذه الرواية انها التزام لا ضرر فيه على الطالب
فيستند به الكفيل وفيه نفع للطالب بانضمام ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل
في المطالبة وفي رواية عنه يتوقف على اجازته ووجه هذه الرواية انه تبرع
للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود وبيانه تبرع عن المطالب بالالتزام
وانشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة
فالحاصل ان الكفالة عند التزام المطالبة للحال لاغير وعندهما التزام
المطالبة للحال وايجاب الملك في المؤدى واما المسئلة المستثناة من قولها
فهي ان المريض اذا قال لورثته تكفلوا عني بما علي من الدين فتكفلوا عنه
به مع غيبة الغرماء فانه يجوز استحسانا وان كان القياس ابا ه على
قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في الصحة وجه الاستحسان
ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا عنه ولهذا يصح وان لم يسم المريض
الدين وغرماءه ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا والجهالة لا تمنع صحة
الوصية ولان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه
في تفريغ ذمته بقضاء الدين من تركته فيقام مقامه اذ فيه نفع له ولو
قال ذلك لاجنبي يضمن بالتاسه فيه اختلاف المشايخ فمنهم من قال
لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في
حقه والصحيح سواء ومنهم من قال يجوز لان المريض قصد به النظر لنفسه

والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على
ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك
ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فيوخذ فيه بالقياس ص وهي عن الميت
المفلس باطلة ش قال ابو حنيفة اذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك
شيا فتكفل به عند رجل به للغرما فلا يصح وقالا يصح لما روي انه عليه الصلاة
والسلام اتي بجنازة رجل من الانصار فقال هل عليه دين قالوا نعم
درهمان او دينار ان فامتنع من الصلاة وقال صلوا على اخيكم فقام ابو
قتادة فقال صلى عليه يا رسول الله وعلي دينه فصلى عليه وعلي دينه
فصلى عليه رواه احمد والبخاري والنساي ولانه دين ثابت وجب عليه
للطالب في حياته وهو لا يسقط الا بالايفا او الابرا ولم يوجد واحد منهما
فلا يسقط بالموت الا تري انه لو كان له مال او كفيل او تبرع به عنه
انسان صح ولو سقط بالموت لما صحت هذه الاحكام ولابي حنيفة انه تكفل
بدين ساقط لان الدين في الحقيقة هو الفعل يقال وجب عليه الدين
اي اداوه كما يقال وجبت عليه الصلاة اي اداوها والاداء لا يتصور من
الميت فسقط في حق احكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق
احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم ذمة الى ذمة في حق وجوب
المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا
اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه يول الى المال بواسطة الاستيفا
اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه فغاب المقصود وهو
عاقبة الاستيفا فلا يبقى اما لو كان له مال او كفيل فهو قادر بخلفه او لانه
يفضي الى الاداء فلا تفوت العاقبة والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه يبريه

وهو

في حق

في حق الاخرة وما رويا ه كان اقرارا منه بان كان كفيلا عنه قبل الموت
ويحتمل انه كان وعدا منه لاكفاله فالحاصل انه حكاية حال فلا يمكن
الاحتجاج به ص ولا يصح من الماذون المديون عن مولاه باذنه فان اعتقه
في المرض ومات سعى العبد للغرما ثم اذا اعتق فالكفالة نافذة وانفداها
عند عتق المولى ش عبد كفل عن مولاه باذنه ولا دين عليه جاز لان امر
المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن له عليه دين الا تري ان له ان يجعله بالدين
ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وفايدة كفالته عن
مولاه تعليق الدين برقبته وان كان عليه دين مستغرق لم يلزمه في
حال رقه لانه بمنزلة الاجنبي ولهذا لا يملك بالاقرار عليه شغل بالدين
ولا رقبة وان مات مولاه وترك مالا واعتقه عند موته فغرما العبد
يستسعونه في قيمته ولا شي للغرما المولى من القيمة لانه بدل رقبته
وهم احق بها من المولى وغرما ئه في حياته وما ته حتى يباع به وان شا
غرما العبد يتبعون غرما المولى بقيمته لانه استهلك محل حقهم
بالعتق ثم لا تنفذ الكفالة عند ابي حنيفة ما لم يفرغ من السعاية
لانه بمنزلة المكاتب عنده فلا تصح كفالته وقالا تنفذ للحال لان المستسعى
حر مديون عندهما وقيد بالاذن لانه اذا كفل بغير اذنه لا يجوز لحق
المولى وقيد بالمديون لانه اذا لم يكن مديونا تكفل باذن سيده
يجوز وانما وضع المسيلة في الاعتاق في مرض الموت ليظهر الاستسعا
فانه لو اعتقه في الصحة لم يجب الاستسعا بل يضمن المولى للغرما الاقل
من قيمته ومن الدين ص وتصح بالثمن لا بالمبيع ش ان تكفل عن المشتري
بالثمن جاز او عن البايع بالمبيع لم يجز لان الثمن دين مضمون والمبيع غير مضمون

على البايع بنفسه بدليل انه لو هلك انفسخ البيع ولم يجب قيمته ص ويصح
بالاعتاق المضمونة بنفسها كالمقبوض على سوم الشرا او ببيع فاسد وكالمقبوض
لا بغيرها كالمبيع والمرهون ولا بالامانات ش المكفول به اربعة النفس
والدين وقد مر والعين او الفعل اما بالعين فتصح اذا كانت مضمونة بنفسها
كالمقبوض على سوم الشرا والبيع الفاسد والمغصوب والمضمون بغيره ه
كالمرهون بعد الفكاك والمبيع في يد البايع فالمضمون بنفسه يجب فيه
تسليم عينه حال بقايه وقيمته حال هلاكه لان المبيع ينفسخ ويسقط
الثمن فلا يبقى الضمان ولا تصح بالامانات كالمضاربة والعارية والمشاجر
واما بالفعل بان يتكفل بالرد كان بضمن من تسليم العين المستاجرة فيجوز
لانها مضمونة على الاصيل والكفالة بتسليم العارية ذكر شمس الايمة
السرخسي انها باطلة وهذا ليس بصواب فقد نص محمد على انها صحيحة والكفالة
عن المرتهن للراهن بعين الرهن او برده حتى قضي الدين او بالعكس قيل
لا يصح وذكر القدوري ان الكفالة بتسليم الرهن جايزة لكن ان هلك
يسقط الضمان والكفالة بالعبد والامة للمولى آبقا او غيره لا يصح وفي
الكفالة بتسليم المبيع ان هلك المبيع لا شيء على الضامن والكفالة بتسليم
نفس الشاهد ليحضر مجلس القاضي لا تصح ص وفي عما في يد الاجير المشترك
باطلة ش قال ابو حنيفة الكفالة بما في يد الاجير المشترك لا تصح
كما اذا وقع ثوبا الى القصار ليقصره وعندهما تصح وهذا الخلاف بنا على ان الاجير
المشترك امين او ضامن فعنده هو امين فلا تصح الكفالة بالعين التي هي
غير مضمونة وعندهما هو ضامن فتصح الكفالة بها ص ولا تصح بالحمل على
دابة بعينها وتصح بغير عينها ش استاجر دابة للحمل عليها ان كانت معينة

لم تصح

لم تصح الكفالة بالحمل لان الكفيل عاجز عن الحمل عليها على تقدير هلاكها
وان كانت غير معينة جازت لان الواجب الحمل فامكن استيفاوه من الكفيل
على اي دابة شا اذ الحمل هو المستحق عليه وكذا لو كفل بخدمة عبد بعينه
او بخياطة خياط بعينه لما قلنا فان تكفل بتسليم العبد او المخياط او بفعل
الخياطة جاز لانه مقدور له فان المستحق مطلق الخياطة فاي خياطة وجدت
جعلت المكفول به ولو ضمن لامراة عن زوجها نفقة كل شهر جاز وليس له
الرجوع عن الضامن في راس الشهر ولو ضمن اجرة كل شهر في الاجارة فله ان
يرجع في راس الشهر والتسبب في النفقة لم تجدد عند راس الشهر بل تجب
في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الاجرة في الاجارة يتجدد في كل شهر
لتجدد العقد فله ان يرجع عن الكفالة المستقبلة استاجر دابة او
عبدا ومحل الاجرة ولم يقبض المأجور وكفل له كفيل به بدفعه اليه لم يؤخذ
به الكفيل ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما تجري فيه
النيابة فتصح الكفالة وان هلك المأجور ولم يكن لدى على الكفيل شيء لان الاجارة
انفسخت وخرج الاصيل من كونه مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر
والكفيل ما كفل الا جر ص ولا تصح بمال الكتابة ش لانه دين غير مستقر
ثبت مع المنافي لان المولى لا يثبت له دين على عبده فلا يظهر في حق صحة الكفالة
ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح لا يسقط الا بالاداء والابراء وبدل الكتابة
قد يسقط بدونهما بتعجيز النفس وعلى هذا الكفالة ببدل السعاية لا تجوز
لان المستسعى كالمكاتب عندنا فلا تجوز لانه كالحر المديون عندهما ولا تصح
بدين اخر للمولى عليه كبدل الكتابة لانه فرع عليه ولا تجوز بدين له على
مولاه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة لان الاصيل مطلوب به فتصح ص

واذا كان دين على اثنين فتكافلا وادى احدهما زيادة على النصف رجع بالزيادة
ش اذا كان دين على اثنين كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد
منهما صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على صاحبه بشيء حتى يزيد ما يوديه
على خمسماية فح يرجع بتلك الزيادة لانه اصيل وكفيل وجهة الاصالة
اقوى لانه دين وجهة الكفالة اضعف لانه مطالبة فيقع عن الاقوى
وفيما زاد يقع عن الكفالة لانتفا المزاحم ولان لصاحبه ان يقول اداوك
عني بمنزلة اداي فارجع اليك فتودي الى الدور ص ولو تكفلا
عن ثالث وكل منهما كفيل عن صاحبه رجع كل بنصف ما يوديه على الاخر
مطلقا ش اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا وكفل عنه رجلان
كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين
عن صاحبه ما لزمه بالكفالة جاز لان الكفالة عن الكفيل جايزة كما
يجوز على الاصيل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه قليلا كان
او كثيرا لان ما يلزم كل واحد منهما انما لزمه بالكفالة لانه كفل عن الاصيل
بالجميع وعن شريكه بالجميع ايضا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما لعدم
الاولوية اذ الكل كفالة ثم يرجعان على الكفيل لانهما اديا عنه دينه بامره
احدهما بنفسه والاخر بنايبه وان شا المودي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع
بامره وان ابرا رب الدين احدهما اخذ الاخر بجميع الدين لان ابرا الكفيل لا يوجب
براة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله فيوخذ به افترق
المتفاوضان فلصاحب الدين ان ياخذ ايهما شا بجميع الدين لان كل منهما كفيل
عن صاحبه ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يودي اكثر من النصف كتاب
الحوالة وجه ايراد الحوالة عقيب الكفالة ان الكفالة لتوثيق جانب الوجوب

والمطالبة

والمطالبة والحوالة لتوثيق جانب المحتال لان الانسان انما يقبل الحوالة اذا كان
المحال عليه املى واحسن قضا من المحيل وهي في اللغة مشتقة من التحول بمعنى
الانتقال يقال تحول فلان من المنزل اذا انتقل عنه ومنه تحويل الغراس
نقله وفي الشرع نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ولهذا قلنا
اذا صحت الحوالة برئ المحيل لتحول الدين الى ذمة المحال عليه لان من المحال
بقا الشي الواحد في محلين في زمان واحد وهو عقد مشروع باجماع الامة
قال عليه الصلاة والسلام من احيل على ملي فليتبع امره باتباعه ولولا
الجواز لما امر به حتى ان من العلما من قال بوجوب الاتباع نظرا الى ظاهر
الحديث ونحن نقول المراد منه الاباحة لان تحول حقه الى ذمة اخرى من
غير اختياره ضرر به ولانه التزم ما يقدر عليه فيوجب القول بصحته دفعا
للحاجة كالكفالة وانما خصه صلى الله عليه وسلم بالملي حكما للغالب لانه
الغالب في الحوالات لا انه شرط الجواز ص ويصح بالدين دون العين برضى
المحيل والمحتال والمحال عليه ش انما خصت الحوالة بالديون لانها ينبي
عن النقل والتحويل وهو انما يتحقق في الدين دون العين لان الدين وصف
شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يوثر النقل
الشرعي في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل
بالنقل الحسي وانما اشترط رضى المحتال لانه صاحب الحق والذمم تختلف
عليه فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفا فمنهم من يماطل مع القدرة
ومنهم من يوافي ناقصا فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال
ويختلف عليه الطلب والناس يتفاوتون فيه فمنهم من يغرم فيه
ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح ورضاهما من شروط الحوالة ومن

شرايطها أيضاً القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وأما المحيل
فلانه الاصيل ومنه تؤخذ الحوالة وذكر في الزيادات ان رضاه ليس بشرط
لان المحال عليه متصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه
نفعه لانه لا يرجع عليه الا برضاه وامره ص واذا تمت حكما ببراءة المحيل
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تمت الحوالة بما ذكرنا برئ المحيل وقال
زفر لا يبرأ لان المقصود منها التوثق وهو بزيادة المطالبة كالكفالة
لا يوثر فيها سقوط ما كان له من المطالبة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت
على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ
ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها
الضم فيقتضي بوجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق مع ذلك مع براءة
الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى
من المحيل واحسن منه في القضاء فيبرأ المحيل حتى لو مات ليس للمحال ان
ياخذ من تركته شيا لكن له ان ياخذ كفيلا من الورثة لاحتمال الثوي ولا
يقال لو برئ المحيل لم اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو
قضاه الاجنبي لانا نقول المحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالثوي
فلم يكن اجنبيا او قصد دفع الضرر عن نفسه والاجنبي متبرع ص فلو
ابراه المحتال بطلبه واجازه ش قال ابو يوسف الحوالة توجب
البراءة عن الدين والمطالبة براءة موقتة الى ان ينوي ما على المحال عليه
حتى لو ابرا المحتال المحيل صح ولو اجاز الراهن المرتهن بدينه استرد الرهن
كما لو ابرا من الدين وقال محمد ينوي عن المطالبة فقط ولا يبرا عن الدين
كما لو اجل الدين فلا يصح الابرا ولا يسترد الراهن الرهن لابي يوسف ان الحوالة

اضيفت

اضيفت الى العين ولو اضيفت الى المطالبة لا يكون حوالة فيوجب
القول بتحويل الدين بحقيقة الاضافة وانما صح الاداء من المحيل لانه
ثبت صح له بالحواله براءة موقتة وبالاداء براءة مؤبدة وانما هو زيادة
فايدة ولمحمد ان نقل الدين غير ممكن لانه تمليك المال وذلك لا يقبل
النقل ويوجب المطالبة وهي تقبل النقل ولهذا لو ادى المحيل الدين
اجبر المحتال على قبوله ص ويثبت الرجوع بالثوي ش الثوي هو
العجز عن الوصول الى حقه قال علماؤنا ليس للمحتال ان يرجع على المحيل
الا ان ينوي وقال الشافعي لا يرجع وان نوى الا ان تكون الحوالة
بشرط ملاءة المحيل عليه فتبين انه غير ملي لان حكمها براءة مطلقة فلا
تعود الا بسبب جديد ولم يوجد وصار كالغاصب وغاصب الغاصب
اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الاخر ثم بالثوي لا يعود
الحق على الاخر عنده ولنا ما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه موقوفا
ومرفوعا في المحال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين على ذمة المحيل وقال
لا ثوي على مال امرئ مسلم في حوالة ولا كفالة ولان المقصود من شرعيتها
الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم
لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء وهذا هو المعلوم
بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته تجب الرجوع الا ترى ان
المبيع لما كان في العرف انما يراد به سلامة المبيع للمشتري او سلامة العيب
فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف
السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال
عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته فاذا فات الخلف رجع الى الاصل بخلاف

الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما يثبت
الخيار للمالك ابتداء لملك المغصوب من ايهما شاء فيأخذ منه عوضه
من غير ان يجعله عليه احد فلا يرجع على احد فافترقا ص وهو ان يجحد
ويحلف ولا بينة او يموت مفلسا فالاول بالحكم به في حياته ش الثوي
باحد امرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل
ولا للمحتال او يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا ويتحقق
ذلك بهما وهذا اذا لم يثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه
فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه
على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان حيا وانكر اليسر
ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون ثويا عند الامام وقالا هو ثوي
لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما
فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او موته مفلسا وللامام ان الدين ثابت
في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه يتعذر غيبة
المحال عليه ولا يرجع على المحيل وهذا لان الثوي في الدين لا يتصور حقيقة
وانما يكون ذلك حكما لخروج محله من ان يكون محلا صالحا للوجوب
بموته مفلسا او بالجحود لان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح
يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس يحتمل انه استغنى في مجلس الحكم
بان مات له قريب يرثه وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس
وعدمه ص واذا مات المحيل مديونا قبل اداء المحال عليه قسمنا المحال به
بين الغرماء ولم ينفرد به المحتال ش قال علماؤنا الثلاثة اذا مات
المحيل قبل ان يؤدي المحال عليه الى المحتال المال المحال به وعلى المحيل ديون

لشارك

لشارك المحتال باقي الغرماء ويقتسمون المال المحتال به بينهم على قدره
حصصهم وقال زفر المحتال به احق من سائر الغرماء لانه ملكه بالحوالة كالرهن
في يد المرتهن ولنا ان الحوالة تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يملك
المحتال قبل القبض بخلاف المرتهن فانه يصير مستوفيا دينه عند قبض
الرهن فاذا مات المحيل قبل اداء المحال عليه فهو باق على ملكه المحيل
فيشترك فيه الغرماء ص ولو احال البايع غيره بماله على المشتري بالثمن
ثم رد المبيع بعيب حكمنا ببقائها ش باع عبدا من اخر بالف ثم احال غريما
له على المشتري بالثمن ثم رد العبد بعيب سواء كان بقضا او بغير قضا قال
علماؤنا الثلاثة الحوالة باقية وللمحتال ان يطالب المشتري بمال الحوالة
وقال زفر يطالب له ان الحوالة مقيدة بالثمن ولنا رد بالعيب الفسخ العيب
فبطل الثمن المحال به فتبطل الحوالة كما لو استحق المبيع او وجد العبد حرا
ولنا ان الحوالة وان كانت بالثمن الا انه كان واجبا وقت الحوالة فصحت
وبالرد لم يتبين انه كما لم يكن واجبا بل سقط بالانفساخ بعد ثبوته وذلك
مختص بالمتعاقدين فلا يظهر في حق الغريم المحتال بخلاف الاستحقاق
والحرية لانه ظهر بذلك ان الثمن لم يكن ثابتا فلم تبق الحوالة صحيحة
وعلى هذا الخلاف اذا مات العبد قبل القبض او رد بخيار رؤية
او بخيار شرط او باقالة ص واذا طالب المحال عليه المحيل فقال
انما احلت بدين لي عليك لم يقبل ش اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال
به فقال المحيل انما احلت بدين كان لي عليك وقد رجع لك علي لم يقبل قوله
والقول للمحال عليه لان سبب الرجوع عليه قد تحقق وهو قضاء دينه
بامره فيرجع عليه بمثله والاقرار بالحوالة لا يستلزم الاقرار بالدين لجوازها

بدونه الا ان يظهر خلاف ذلك ص او المحيل المحتال بمال الحوالة فقال انما احلتني بدين لي عليك لم يقبل ش وان طالب المحيل المحتال بما قبض وقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال احلتني بدين كان لي عليك فالقول للمحيل لان المحيل يدعي عليه الدين وهو ينكر وجوب الدين ه للمحتال وبالاحالة لم يكن معترفا بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة لما فيها من نقل الولاية قال محمد اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له اعط رب الدين او وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل لانه متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ص ويكره قرضا يستفاد به امن الطريق ش وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرده عليه في موضع الامن وهو معنى قولهم ويكره السفاتج وهي جمع سفتجه بضم السين وفتح الفا وتعريب سفته بمعنى شئ محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره ذلك لما روي انه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا فهو ربوا وانما ادناه ان يفيد الكراهة وقال عليه الصلاة والسلام كل قرض جر نفعا فهو ربوا وانما لم يكره لانه دفعه اليه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به ومناسبة ايراد هذه المسئلة في كتاب الحوالة ان هذا القرض احالة الخطر المتوقع في مال المقرض الى مال المستقرض

كتاب الصلح

وجه ايراد الصلح عقيب الحوالة ان المنازعات كما ترتفع بنقل الدين من ذمة الى ذمة كذلك ترتفع بالصلح وكما يحصل تفريغ الذمة للمحيل بالحوالة فكذلك يحصل للمصالح

بالصلح وهو ضد الفساد يقال صلح الشئ اذا زال عنه الفساد وهو اسم بمعنى المصالحة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشرع عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشا الفساد ومثار الغبن وهو عقد مندوب اليه قال الله تعالى واصلحوا بينهما وقال عليه الصلاة والسلام كل صلح جايز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او حلل حراما وقال عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم كي يصطلحوا ووجه الندبية وضع الشريعة على وضع مثار العين والتنازع واصلاح ذات البين لبقا نظام العالم وحصول التراضي بين الخصمين يقطع الخصومة بينهما فيقرب اليه ص ويجوز مع الاقرار ويجوز مع السكوت والانكار ش اما الصلح مع الاقرار فجايز بلا خلاف لما تلونا وروينا وبينا من المعنى واما مع السكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ومع الانكار وقال علماؤنا هو جايز فيهما وقال الشافعي لا يجوز فيهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جايز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهذه لهذه الصفة لان المبدل كان حلالا للدافع حرام على الاخذ وبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا للاخذ ولانه بدل شئ لدفع الخصومة الباطلة وانه رشوة ولنا ما قدمنا من الاية والحديث والاثر واما الحديث فنقلنا ما ذكره ليبين مراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار لان الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما زاد على الماخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان منعه قبل الصلح حراما على المدعي عليه وحل له بعده فلو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا وانما مراده عليه الصلاة والسلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او تحرم ما ليس بحرام وذلك مثل ان يصالح

احدي الضرتين زوجها علي ان لا يطا الاخري او امته فيحرم عليه علي زعمهم
بالصلح او يصالح علي خمر او خنزير وهذا ظاهر لانه عليه الصلاة والسلام
ذكر الحرام مطلقا والمطلق منها ينصرف الي الكامل وذلك بان يكون حراما
او حلالا لا لعينه ودفع الرشوة لدفع الظلم جايز لما روي عن ابن مسعود
رضي الله عنه انه كان بالحبشة فرشا دينارين وعن جابر انه قال ما وجدنا
في زمن الحجاج او زياد او ابن زياد شيا خيرا لنا من الرشا وكذا في دار الاسلام
ان رشا انسانا يخاف ظلمه فلا باس به للراشي ويكره للمرتشي بهذا الاباس به
وهذا البس بسحت الا علي من اكله اما من اعطاه لمنفعة فلا باس به ولان
في ابطاله فتح باب الخصومات والمنازعات والفساد الذي يتولد منها واما
ما جا فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشي والمرتشي
فالمراد به اذا كان هم الظالم فيدفعها الي بعض الظلمة من ولاة الامور ليسعين
بها علي الظلم بالرشوة واما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتي روي
عن ابي يوسف انه اجاز ذلك للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عنه
الا تري ان الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا ياخذها الظالم وما
كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المفسد من المصلح وقال ابو منصور
الماتريدي ما صنع الشيطان في ايقاع العداوة في بني ادم ما صنع
من انكر الصلح عن الانكار وقال ابو حنيفة اجود ما يكون الصلح عن الانكار
لان معني الصلح وهو قطع الخصومة ودفع اذي الشعب يتحقق فيه
وهذا بخلافه مع الاقرار بانه لا يوجد فيه هذا المعني علي التمام اذ ليس
فيه منازعة حتي يحتاج فيه الي الصلح بل هو استيفا البعض حقه
واسقاط للباقي ان اخذ بعض حقه من جنسه وان اخذ من خلافه

فهو

فهو تبع عن طوع منه واختيار ص فان وقع عن اقرار بمال عن مال اعتبر
بالبيع س اذا وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال فهو في حكم البيع لوجود
معني البيع فيه وهو مبادلة مال بمال علي سبيل التراضي فيعتبر فيه
ما يعتبر في المبتاعات من ثبوت الخيارات وحرمان الشفعة واشتراط
القدرة علي تسليم البدل حتي اذا صالح عن عبد ابق لم يصح الصلح كما لا يصح
بيعه وفساد العقد بجهالة البدل للافضا الي المنازعة ولا يفسد
جهالة المصالح عنه لانه اسقاط وهذا لان الاصل في الصلح ان يجعل علي اشبه
العقود له فيجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون الصورة ولهذا
جعلنا الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براة الاصيل حواله
والحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر
فان وقع علي خلاف جنس المدعي فهو بيع وشرا وان وقع علي جنسه
فان كان مثله فهو قبض واستيفا وان كان اقل منه فهو حط وابرا
وان كان اكثر منه فربا ص او عن مال بمنافع فلا اجازة ش يعني
الصلح عن اقرار ان وقع عن مال بشفعة او بعكسه يكون في حكم الاجارة
لما ذكرنا انه يحمل علي اشبه عقد له اذ العبرة للمعاني فوجب حمله عليها
لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض فيصح بما تصح فيه الاجارة
وتنتقض به فيشترط بيان المدة يعني في الاجير الخاص بان ادعي
شيا فوقع الصلح عن خدمة عبد وفيما عداه لا يشترط كما اذا صالحه علي
صبغ ثوب وسطل بموت احدهما في المدة كما في صورة الاجارة وهلاك
محل المنفعة قبل الاستيفا فيرجع بالمدعي ولو كان بعد استيفا
بعض بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي بقدره وهذا كله

قول المدعي عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حالة ص وان استحق
فيه بعض المنافع عنه رد حصته من العوض وان استحق الجميع فبالجميع او
كل المصالح عليه رجع بطل المصالح عنه او بعضه ببعضه ش وان استحق
في الصلح عن اقرار بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصته من المبدل
وان استحق بعض المصالح عليه رجع بحصته من المصالح عنه وان استحق كله رجع
بكل المصالح عنه لان الصلح عن اقرار بيع معنا لوقوع المعاوضة من الطرفين
عن تراض وحكم الاستحقاق في البيع هذا ص وان وقع عن سكوت او
انكار كان معاوضة في حق المدعي ولا فتدا اليمين وقطع الخصومة في حق
المدعي عليه ش واذا وقع الصلح عن سكوت او انكار فهو بمعنى المعاوضة
في حق المدعي لان من زعمه انه ياخذ عوضا من ماله وانه محق في دعواه
ولافتدا اليمين وقطع الخصومة في حق المدعي عليه لان من زعمه ان لا حق عليه وان
المدعي مبطل في دعواه وانما دفع المال ليلا يحلف وليقطع الخصومة ويجوز ان
يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح فان موجبه الحل
في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيواخذ كل واحد منهما بما يزعم وهذا في الانكار
ظاهر لانه تبين بالانكار انما يعطيه لقطع الخصومة وفدا اليمين وكذا السكوت
فانه يحتمل الاقرار والانكار وجهه الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم
فلا يجعل معاوضة في حق المدعي عليه في الشك ولو صالح عن دار بانكار او سكوت
لم تجب فيها شفعة لان من زعمه انه لم يملكها بالصلح وقول المدعي لا ينفذ
عليه وان صالح عن دار وجبت فيها الشفعة لان من زعم الاخذ انه ملكها بعوض
اي اذا استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع المدعي الى المدعى به في
كله ان استحق كل العوض او في بعضه ان استحق البعض لان المدعي ما ترك المدعى

الا ليسلم له البدل واذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا
وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا وقال الاخر
اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعي عليه بنفس المدعي
لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على المبالغة اقرار منه بان المدعي ملك
المدعي كذا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه
اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة ص او المصالح عنه رد العوض
ورجع بالخصومة او بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه ش يعني لو ادعى
رجل على شخص شيئا فانكره ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعي كله او بعضه
رد المدعي العوض اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعي عليه لان المدعي
عليه انما دفع العوض ليدفع الخصومة عنه ليبقى المدعي في يده من غير خصومة
احد فاذا استحق بان حصل له مقصوده وتبين ايضا ان المدعي لم يكن له خصومة
معه فيرجع عليه فصارت نظير ما اذا ادى المكفول عنه المال الى الكفيل
ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم اذا قضى المكفول عنه الدين فانه
يرجع على الكفيل باعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما يرجع المدعي بالخصومة
لان المستحق قام مقام المدعي عليه حين اخذ المدعي منه فيكون له ان يخاصمه
وهلاك البدل قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين اي في فصل الاقرار
وفي فصل السكوت والانكار فاذا كان كاستحقاقه يبطل الصلح لان
هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا ويجيء هذا في فصل
الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الانكار والسكوت
لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فان هلك بعضه يكون كاستحقاق
بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق وهذا

اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين
كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود
والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما
في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك ص ويجوز عن مجهول ولا يصح الا عن
معلوم فلو استحق بعض دار صولح عن بعضها مجهولا لم يرد شيا من العوض
ش يجوز الصلح عن مجهول لانه اسقاط ولا يجوز الا الى معلوم لانه تمليك
فيودي الى المنازعة والصلح عن اربعة اوجه مجهول على معلوم ومعلوم
على معلوم وهذان جايزان وقد مر الوجه فيهما وعن مجهول على مجهول وعن
معلوم على مجهول وهذان فاسدان والضابط ان كل ما لا يحتاج الى قبضه
يكون اسقاطا لا يحتاج الى علمه به لانه لا يفضي الى المنازعة وكل ما يحتاج
الى قبضه لابد ان يكون معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة ولو ادعى
حقا غير معين في دار فصولح منه على شيء معلوم ثم استحق بعض تلك الدار لم
يرد شيا من العوض لجواز ان يكون دعواه في الباقي وان استحقت كلها
رجع بالعوض لانه تعذر الوفاء العوض عن شيء يقابله فيرجع بكله ادعى حقا في دار
لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقا في ارضه فتصالحا على ان يدفع احدهما
الى الاخر مالا لا يجوز لانه يحتاج الى التسليم ولو تصالحا على ان يترك
كل منهما دعواه جاز لانه لا يحتاج الى التسليم ص ولو ادعى دارا فصولح
على بعض منها معلوم جاز ان ابراه عن دعواه في الباقي ش ادعى دارا
فصولح على قطعة منها معلومة المقدار لم تجز لانه مبني على زعم المدعي
وفي زعمه انه غير حقه وهو مقيم على دعواه في الباقي وبه كان يقضي ظهير
الدين المرغيناني وطريق الجواز ان يبريه عن دعواه في الباقي او يزيد درهما

في بدل

في بدل الصلح حتى يكون عوضا عن الباقي واعلم ان ما وقع من الجواب في هذه
المسئلة على غير ظاهر الرواية واما الجواب على ظاهر الرواية فجواز الصلح
كان في زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك الباقي وفي زعم المدعى عليه انه
افتدا يمينه ببدل معلوم ولو ادعى بعد ذلك لا يسمع حتى لو اقام بينة لا
يستحقه وروي انه يسمع ويستحقه باقامة البينة لانه استوفى بعض
حقه وابرا عن باقيه والابراء عن الاعيان باطل وجوده وعدمه بمنزلة
وجه الاول ان الصلح شرع لقطع المنازعة فيجب تصحيحه على وجه من
يقع به المنازعة فيجعل كانه اخذ بعض حقه وابرا عن دعوى باقيه لان
ابراه لا في عينا ودعوى والبراة عن دعوى العين تصح وان لم تصح عن العين
وفي تصوير الابراء وكيفية كلام واضطراب ص او شاه فصولح على صوفها
نجزه للحال بجيزه ومنعه والمنع رواية ش قال ابو يوسف اذا ادعى
شاة فصولح على صوفها على ان يجزه من ساعته يجوز لانه صالح على بعض
حقه في زعمه وهو ظاهر معلوم وترك بعضه بخلاف ما لو صالح على لبنها
او ولدها الذي في بطنها لانه مجهول مكتوم وقال محمد لا يجوز وهو
رواية عن الامام لانه لا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه والصلح على بعض
المدعى وان صالح على صوف غيرها قيل لا يجوز وقيل على الخلاف لما يوجب
جواز الصلح وانقطاع الخصومة كما لو ادعى دارا ثم صالح على نصفها او ربعها
فانه لا يجوز حتى كان له ان يدعي عليه بباقيها كما بينا انتهى ص ولا يجوز
تعليق الصلح والاضافة ش لا يجوز تعليق الصلح بالشرط والاضافة
الى وقت بان يقول صالحتك على كذا اذا جاء غدا او يقول صالحتك غدا
على كذا لان تعليق التمليكات بالشرط واضافتها الى الوقت باطلة ص

وان قالت ابت الحكم بيننا غدا او ان اسلمت يمنعه واجازه ش قال ابو يوسف
اذا قال رجلان لاخر ابت الحكم بيننا غدا او اول الشهر او سلمان قال الذي
ان اسلمت فابت الحكم بيننا لم تجز وقال محمد تجوز لابي يوسف ان صلح
وتعليق الصلح بالاخطار لا يجوز ولمحمد انه تعويض فيصح تعليقه كالتوكيل
وتقليد الامارة والقضاء والفتوى على قول ابي يوسف وجواز التعليق
مضافا ومعلقا بالاجماع وعن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم امر في غزوة موته زيد بن حارثة وقال ان قتل زيد
فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحه وقد استشهد فيها الثلاثة
ص ويجوز من دعوى مال ومنفعة وجناية عبد وخطاني النفس
وما دونها لاحد ش اما جواز الصلح من دعوى الاموال فلانه في معنى
البيع في حقهما ان وقع عن اقرار بمال وفي حق المدعي وحده ان وقع عن
انكار او سكوت وفي حق الاخر لافتدا اليمين وقطع الخصومة واما من
دعوى المنافع فلانه يكون في معنى الاجارة ان وقع عنها بمال او بمنافع
لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح الا ترى
ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال او منفعة جاز وهذا
اولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة
على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان صالح عن سكنى دار على خدمة
عبد او زراعة ارض او لبس ثوب اما اذا اتحد جنسها كما اذا صالح عن السكنى
على سكنى او عن زراعة على زراعة فلا يجوز لان استيجار منفعة بمثلها
من المنافع لا يجوز فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة
وكذا بالصلح ولو ادعى استيجار عين والمالك ينكر انه صالحه لم يجز واما جواز

الصلح

الصلح عن جناية العمد فلقول ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فمن عفي له
من اخيه شيء الاية انها نزلت في الصلح عن دم العمد ومعناها من بدل له
مال بدل اخيه المقتول وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت في المحل في
حق الفعل فجاز اخذ العوض عنه كما في النكاح وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدل الصلح لان كل منهما مبادلة مال بما ليس وذلك مثل الاموال
المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن العقود مثل
الخمر والخنزير ولكن في النكاح يجب مهر المثل الا النكاح لم يشرع الا مال
والعفو مشروع بدو به مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيئا فيهما
يجب في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة
له لانه هو الواجب الاصلي وفي العفو عن العقود لا يجب شيء لانه
لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وذلك لان التقويم يكون بقيام
غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا يماثله غيره الا ان
الشرع اجاز اخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز اخذه بخلاف الصلح عن
حق الشفعة على مال حيث لا يجوز اخذه لانه لا حق له في المحل بل هو
ملك المشتري وانما له ان يتملك ان شاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز اخذ
العوض عنه كخيار الشرط والرؤية والعيب ثم اذا فسدت التسمية في الصلح
كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين تجب الدية لان الولي لم يرض بسقوط
حقه مجانا فيضاف الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم يسم شيئا او سمى خمرا او
خنزيرا حيث لا يجب شيء لانه لم يجب بالعفو شيء ويسقط القصاص لان
اقدامه على الصلح يتضمن الابراء عنه واما الخطاء في النفس فلان موجبه
المال فكان كالبيع الا انه لا تثبت الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح عن احد

مقادير الدية فيرد الزيادة للربا كما لا يجوز الصلح على اكثر من الدين من جنسه
في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر
الدية وكذا على الاقل وان كان اقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال
وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرها بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسميته
ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير
الدية جاز كيف ما كان لعدم الربا الا انه يشترط القبض في المجلس
اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كي لا يكون افتراقا عن حالي بكالي
وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في
النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيه ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشيا
بين ان يكون عن اقرار او سكوت او انكار لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف
فيها السبب عن معاوضة او اقتدايمين واما عدم جواز الصلح من دعوى
من دعوى حد فلان الحدود حق الله تعالى والاعتياض عن حق غيره لا
يجوز ولهذا لو ادعت امراة ان ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها
على شيء حتى يترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وانما
نكر الحد ونفاه ليدخل في العموم فيدخل فيه حد القذف ايضا لان المغلب
فيه جهة حق الشرع والاحكام اربعة حقوق الله تعالى خالصة وحقوق
العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى غالب كحد القذف
وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب كالقصاص والصلح انما يصح
في حقوق العباد الخالصة او فيما يغلب حقهم فيه كالقصاص ص وان
صالح من عمد على هذين العبدين فاذا احدهما حر فله العبد لا غير ويضيف
اليه قيمة الحر لو كان عبدا واضاف تمام الدية ش رجل صالح عن دم عمد

على عبدين باعيانهما فاذا احدهما حر قال ابو حنيفة له العبد لا غير والارش
وقال ابو يوسف له العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وقال محمد له العبد
وتمام الدية من النقد لابي حنيفة انه سمي ما يدخل تحت العقد وما لا
يدخل فلغا ما لا يدخل وصار كان الصلح وقع على ما يدخل تحت العقد
فيجب هو لا غير ولابي يوسف ان الحر والعبد جنسان وكانت العبرة لقيمة
العبدين لكن عجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته ولمحمد ان تسمية العبد عند
الاشارة الى الحر لغو والولي لم يرض بسقوط حقه بعبد واحد فيجب اتمام
ارشه دفعا للضرر عنه وانما وضعت المسئلة في العبدين فانه لو صالح عن
القصاص على عبد فاذا هو حر او على دن من خل فاذا هو خمر فهو على الخلاف
الذي في النكاح وسياتي الكلام على ذلك في النكاح ان شا الله تعالى ص
وان عفى او صالح عن شجة فمات فالدية واجبة في مال الجاني ش قال
ابو حنيفة الصلح عن الشجة او الجراحة لا يكون صالحا عن القتل الذي
يحدث منها حتى لو سري وجبت الدية وقالا يكون حتى لا تجب الدية
لان الصلح عن الشي صلح عن موجبه وموجبه امران ضمان الطرف اذا
اقتصر وضمان النفس اذا سري بالجناية يتناول المقتصر والسارية
ولابي حنيفة انه صالح عن شجة وهذا قبل وعلى هذا العفو وهذا اذا
مات اما اذا برى فان بقي لها اثر جاز الصلح لان الصلح عن بعض تمكن فيه
جايز وان لم يبق بطل لانه ظهر ان المجروح لم يستحق عليه ضمانا ويجوز الاعتياض
عنه اذا لم يستحق عليه قصاصا ولا ارش بل تعزيرا او تاديبا ص وان
قتل مدبر خطا فصالح مولاه ولي القتيل على عبد بغير قضا او على قيمته
بغير قضا في الاصح ثم قتل اخر فولي الثاني مخير ان شا رجع على ولي الاول

بالنصف كما قالا وان شا على المولى بنصف القيمة ليرجع هو على المولى
ش مدبر قتل حرا خطا فدفع مولاه الى ولي القتيل قيمته بغير قضا ثم
قتل المدبر اخر فلك ابو حنيفة ولي القتيل الثاني ان شا اتبع ولي الاول
بنصف القيمة كما قالا وان شا اتبع المولى واخذ منه نصف القيمة ثم يرجع
المولى به على ولي الاول لهما ان المولى حين دفع ذلك الى الولي لم يكن للجناية
المقاسة موجودة فكان الدافع اليه صحيحا ولم يكن لهذا الدفع جايزا في حق الثاني
لان السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد فلا يضمن له شيا وكيف
يكون فعل الدفع من المولى جناية لانه فعل عين ما يفعله القاضي او يامره
فلا ضمان عليه ولابي حنيفة ان المولى لما دفع القيمة الى ولي الاول بكما لهما
تبين بتقدير الجناية الثانية ان نصف القيمة المدفوعة حق الثاني وقد
دفعه باختياره الى ولي الاول فيضمن له ثم يرجع بما ضمن على الاول واما اذا
كان الدفع اليه بقضا القاضي لا يرجع الى ولي الجناية الثانية على المولى
بالاجماع لانه يكون مجبورا على الدفع بالحكم فلا يضمن وانما يرجع على ولي
القتيل الاول فيشاركه فيما اخذه بالحصص قيل وعلى هذا الخلاف اذا
صالح المولى ولي القتيل الاول على عبد بغير قضا ورد به لو كانت قيمة
المدبر الفا وقيمة العبد عشرة وكان لولي الثاني خمسماية ويصلح الاول
يلزم على قولهما ان يرجع الخمسماية الى خمسة وانه مستبعد ياتي الدليل
على هذا النقض الفاحش يصلح غيره ولانه ما عهد في الشرع نقل حق العبد
من نقد الى نقد بغير رضاه بخلاف ما اذا اختار الرجوع على ولي الاول
بنصف العبد حيث ينتقل فيه برضاه وانه معهود واعلم ان المدبر اذا اتى
جنا جناية خطا على حر يضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارش جنايته وخايا

وان توالت

وان توالت لا يوجب الا قيمة واحدة ويتقاسمونها بالحصص ويعتبر فيه المدبر
فكل واحد منهما في حال الجناية عليه لا في حال التدبير لان موجب الجناية
لا يسبق الجناية حتى لو قتل انسانا خطا وقيمته الف ثم صارت قيمته الفا
وخمسماية ثم قتل اخر خطا فلا حق لولي الجناية الاولى في هذه الزيادة وهي
للثاني لما بينا والخلاف في ام الولد كالمدبر لان الاستيلاد مانع كالتدبير
ص وان غصب عبدا فصالح مولاه على اكثر من قيمته فهو جايز ش قال ابو
حنيفة اذا غصب عبدا فمات او استهلكه الغاصب وصالح مولاه قبل القضا
بالقيمة على اكثر من قيمته دراهم او دنانير جاز وقالا لا يجوز وتبطل الزيادة
التي لا تتغابن في مثلها وهذا بنا على ان وجوب الشيء الذي وقع عليه الصلح من
احد النقدين بمقابلة عين المغصوب اما تحقيقا فيما اذا كان قايما او تقديرا
فيما اذا كان مستهلكا فجاز الصلح على اكثر من قيمته لوقوع ذلك في مقابلة عين
الغير ولا ربا بين العبد وبين النقدين وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب
فالقيمة بالنقدين متى زاد ما وقع عليه الصلح على قيمته يكون ربوا فلا
يجوز وانما وضع المسيلة في العبد وقيده بالموت اشارة الى انه لا يخلو اما
ان يكون العبد قايما او هالكا فان كان قايما جاز الصلح مطلقا اي سوا كان البدل
حالا او موجلا او كان الصلح عن اقرار او انكار وسوا كان الصلح على اضعاف
قيمته او لم يكن وان كان مستهلكا فصالحه على دراهم مسماة كقيمة العبد
او اقل جاز حالا او موجلا واما اذا صالحه على اكثر من قيمة العبد دراهم
او دنانير ان كان حالا فهو على الخلاف وهي مسيلة الكتاب واما اذا وضع
المسيلة في العبد ليعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبه في كل ما مثل
له ثابت ص ولو ادعى نكاحها فجحدت ثم صالحه على مال ليترك الدعوى

جاز وكان في معنى الخلع ش ادعى نكاحا على امراة فجحدت فصالحته على
عوض ليترك الدعوى صح وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيح المصالحة خلعا
في جانب المدعي لانه يزعم ان النكاح قايم بينهما وفي جانبها بدلا للمال لدفع
الخصومة وانما قلنا ذلك لان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه واخذ
العوض على ترك البضع هو الخلع ويكون في حقها لدفع الخصومة قالوا واذا
كان مبطلا في دعواه لا يحل له ان ياخذ ما بدلته من المال بينه وبين الله
تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح ولو اقامت بعد الصلح بينة على تزوجه
لم يقبل لانه لا يفيد اذا التقدير معنى الخلع ص ولو ادعت هي نكاحه
فصالحها جاز وقيل لم يجز ش ولو ادعت امراة نكاحا على رجل فجحده
فصالحها على عوض اعطاها لم يجز وهو الاصح لانه لا وجه لصحته اذ هو لا يعطي
البدل في الفرقة وقيل يجوز لانه يجعل زيادة في مهرها وجوابه ان صلحه
على مال عبارة عن ترك النكاح به فكيف يكون زيادة على مهرها ص أو
ادعى عبودية رجل فصالحه جاز وكان في معنى العتق على مال ش ادعى على
رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال دفعه اليه ليترك الدعوى
جاز وكان في حق المدعي بمنزلة العتق على مال لانه يدعي قيام عبوديته
لدنيء زعمه فامكن تصحيح الصلح على ذلك التقدير ومن جهته بدل المال لدفع
الخصومة لزعمه انه حر الاصل الا انه لا ولاء عليه لانكار العبد فان اقام بينة
على دعواه قبلت وثبت له الولاء ص والتهايي في غلتي عبدين على ان
ياخذ هذا غلة هذا شهرا وذاك غلة ذاك شهرا باطل ش قال ابو حنيفة
اذا تهايا رجلان في غلتي عبدين بيعا ان ياخذ هذا غلة هذا العبد
شهرا اي بدل خدمته وذاك غلة الاخر شهرا لم يجز وقالا يجوز لانهما استويا

في النظر

في النظر والمنظر والحرفة لا يتفاوتان الا يسير فلا يمنع ان يكون اقرار
من وجه كما في اتحاد الجنس وله ان التفاوت فاحش في الامانة والحذاقة
والهداية فلا يوجد المعادلة فصار كاختلاف الجنسين فيعتبر مبادلة
محضة والتهايي في الخدمة انما جوز لضرورة عدم امكان قسمتها والضرورة
في الغلة وقيل هذا مبني على قسمة الجبر في الرقيق ولهذا لا يجوز في غلة
عبد واحد بلا خلاف وفي النهاية المهاياة في استخدام عبد يجوز
بلا خلاف وكذا في عبدين في الاصح وفي اشتغال عبد واحد لا يجوز بلا
خلاف وفي اشتغال عبدين لا يجوز عند الامام وعندهما يجوز انتهى ص
وهو في ركوب دابة وغلتها او غلة دابتين او ركوبهما اصطلاحا جايز
لا جبرا ومنعاه في غلة دابة واجازاه في الباقي جبرا ش قال ابو حنيفة
اذا تهايبا في ركوب دابة او في غلتها او غلتي دابتين او ركوبهما لم
يجز على سبيل الجبر ويجوز ان اصطلحا عليه وقالا التهايي في غلة
دابة واحدة لا يجوز مطلقا كما لا يجوز في غلة عبد واحد ويجوز في
الباقي بناء على ان القاضي لا يقسم الحيوان عند الامام للتفاوت فيها
فكذا في غلتها لانه بدل منافعها المتفاوتة وعندهما يقسم الحيوان جبرا
فكذا يقسم منافعها وستاتي المسيلة في القسمة ان شا الله تعالى
وفي الذخيرة في الدابة لا يجوز استغلالها بلا خلاف وهل يجوز ركوبا
فعلى قول الامام لا يجوز وذكر شيخ الاسلام انه لا يجوز على قولهما
التفاوت في الركوب ولانه بيع الشيء بجنسه نسيئة وانه حرام فيعتبر
المهاياة مبادلة محضة ص ولو اسلم عشرة في كر ثم اصطلحا على زيادة
نصف كر الى اجله لم يصح وعليه رد ثلث العشرة وابطال ذلك الكر

وقالا لا يرد شيأ ش قال ابو حنيفة اذا اسلم عشرة دراهم في كر حنطة
الى اجل معلوم ثم اصطلحا على ان يزيده نصف كر اخر الى ذلك الاجل لم تصح
الزيادة وعليه رد ثلث العشرة وايصال الكر بتمامه عند انقضاء الاجل
وقالا عليه كر تام من غير رد شيأ لهما ان قدر الزيادة لم تجز اجماعا لانها
لو جازت لبطلت لانها اذا جازت خرج ثلث راس المال عن ان يكون مقابلا
بالمسلم فيه حتى يجعل مقابلا بهذه الزيادة واذا خرج يصير دينا في ذمة
المسلم اليه وقد اسلمه في نصف كر موجل فلا يجوز لان اسلام الدين فيما يثبت
في الذمة دينا الى اجل لا يجوز لنهيه عليه الصلاة والسلام عن دين
بدين واذا بطلت الزيادة لا يرد شيأ من راس المال لان الرد حكم لصحة
الزيادة وهي لم تصح فبقي العقد الاول على حاله كما لو زاده نصف كر بعد
انقضاء المدة ولهما انها قصدا شيئين احدهما اخراج ثلث راس المال عن
السلم الاول والثاني جعله مقابلا بهذه الزيادة واذا قال فهذه الزيادة
لم تصح لما ذكرا من الدليل ولا مانع من الاخراج فتصح بخلاف ما لو زاد بعد
انقضاء المدة فان قلت قد قال صاحب المنظومة

وان يزد في سلم قد انقرض ... صح ورد قسطه من العوض

والمصنف ذكر في المتن بقوله لم يصح فقد حكم بعدم صحة الزيادة
وبينهما تناقض ولجيب بان صحة الزيادة عنده في حق اخراج البعض
من كونه راس مال لا في حق لزوم الزيادة فلم يتوجه النفي والاثبات
الى معنى واحد فلا تناقض ص وان وجد بطعام اشتراه عيبا فصالحه
على ان يزيده طعاما من غير جنس المعيب الى اجل فهو باطل مطلقا
وقالا ان لم ينقد الثمن في المجلس ش قال ابو حنيفة اذا اشترى

طعاما

طعاما فوجد به عيبا فصالحه على زيادة طعام من غير جنسه الى اجل لا يجوز
مطلقا اي سواء كان الثمن منقودا ام لم يكن وقالا ان نقد الثمن في المجلس جاز
الصلح وعلى هذا الخلاف كل مكيل وموزون ومذروع مسمى موصوف موجل
بنا على ان اعلام قدر راس المال في السلم شرط عند الامام فالصلح على هذه
الزيادة الى اجل في معنى السلم وما يقابله من الثمن مجهول فلا يصح وعندهما
يصح اذا نقد الثمن وان كان مجهولا كما لو اسلم عشرة دراهم في كر حنطة
وشعير او في كر حنطة وثوب لم يجز عند الامام حتى يبين راس مال كل واحد
منهما وعندهما يجوز من غير بيان ولو صالح على زيادة طعام من جنسه
قيل يجوز الصلح بلا خلاف عند بعض المشايخ لان الطعام العين والموجل نوعهما
واحد وصفتهما واحدة فيجوز عند الامام وان لم يبين راس مال كل واحد
من الطعامين كما لو اسلم عشرة دراهم في كر حنطة وقيل على الخلاف
ايضا ص او على خدمة عبد او سكنى داره او زراعة ارض او لبس او ركوب شهرا
فهلك المدعى عليه لا يبطله او المدعي يبطله في الركوب واللبس وانطلاقه
في الكل ش رجل صالح رجلا على خدمة عبده او سكنى داره او زرع ارضه
او لبس ثوبه او ركوب دابته مدة معلومة فهلك المدعى عليه قال ابو يوسف
لا يبطل الصلح والمدعي يستوفي المنافع وقال محمد وهو الاظهر بطل الصلح
فابو يوسف يعتبر في هذا الصلح معنى الاستيفاء ومعنى الاجارة فباعتبار
الاستيفاء لا يبطل بالهلاك وباعتبار الاجارة يبطل فلا يبطل بالشك
ومحمد يعتبر معنى الاجارة لان المنفعة وجدت لا تملك الا بالاجارة ولهذا
يشترط فيه التوقيت ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وذا اختص
بالاجارة وانما اعتبر استيفاء في الصلح من المنفعة على المنفعة تصحيحا

ولو مات المدعي لم يبطل الصلح عند ابي يوسف الا في الركوب واللبس لان الصلح قاطع للخصومة والوارث كما يقوم مقام الموروث في الخصومة يقوم مقامه في قطعها واما الركوب واللبس فيظهر فيهما التفاوت والمالك لم يرض به من الوارث فيفوت المعقود عليه فيبطل وعند محمد يبطل في الكل لانه نوع اجارة فيبطل بالموت ص او محل المنفعة بفعل ضامن فاخذت قيمته بخيره في مطالبة عبد للخدمة او بعض الصلح وابطله ش اذا هلك محل المنفعة فان كان حيوانا وهلك بطل الصلح بلا خلاف او باستهلاك بفعل ضامن بان قتل العبد اجنبي ثم اخذت منه القيمة قال ابو يوسف لا يبطل الصلح ويخير المدعي ان شاء طالب بان يشتري له بالقيمة عبد فيستوفي منه الخدمة وان شاء بعض الصلح ورجع الى دعواه لانه تغير عليه كما في البيع وقال محمد يبطل الصلح كما تبطل الاجارة او باستهلاك المدعي بطل الصلح عند محمد كما في الاجارة لا تبطل عند ابي يوسف ويوخذ من المدعي قيمة العبد فيشتري به عبدا يخدمه ولا يجبر المدعي في بعض الصلح في الاصح لان التغير مضاف الى فعله وان كان الاستهلاك بفعل من لا يضمن بان استهلكه المدعي عليه بان قتله او اعتقه بطل الصلح بلا خلاف عند ابي يوسف كالبيع وعند محمد كالاجارة ولو اعتقه المدعي او باعه لم يجز لعدم ملكه وكذا لو باعه المدعي عليه عند ابي يوسف لانه باعه في حق المنفعة وعند محمد يجوز اذا كان لعذر كالاجارة وان كان غير حيوان كسكني بيت فعلى هذا التفصيل وعلى هذا اسكني الدار اذا انهدمت او هدمها المدعي او المدعى عليه او غيرهما وسائر الاعواض على هذه الوجوه ص وان استاجره منه بعد ما صالحه على خدمته وسلمه بخيره ومنعه ش قال ابو يوسف اذا صالحه على خدمة عبده او سكني داره مدة معلومة وسلمه الى

المدعي

المدعي ثم استاجره منه تجوز الاجارة ولا يبطل الصلح كالمواجرة من غيره وقال محمد لا تجوز الاجارة ويبطل الصلح كالمواجرة الموجر ص واجاز صلح الاجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك او الرد ش قال محمد اذا قال الاجير الخاص هلك ما كان في يدي امانة او رددتها اليك او قال المودع هلكت الوديعة او رددتها اليك ثم صالحه صاحبها جاز الصلح وقالا لا يجوز له ان المالك يدعي عليه الضمان بمنعه اياها بعد طلبها فيصير كالغصب ولو ادعى الغاصب الهلاك او الرد فصولح جاز بناء على زعم المدعي كذا هنا لانه يقتدي بمينه الواجبة عليه بالمال فصار كما اذا ادعى المالك استهلاكها ثم صالحه على مال ولها انه امين فيثبت ما اخبر عنه بقوله لان ما يتركونه امينا في قبول قوله فينزل منزلة ثبوته بالبينة ولو ثبت بالبينة لم يجز الصلح كذا اذا ثبت بخبره وانما يحلف لنفي تهمة عدم الظهور ثم اعلم ان الصلح في الوديعة على اربعة اوجه احدها ان يدعي صاحب المال الايداع ويجحده المودع ثم صالحه صاحب الوديعة جاز الصلح بلا خلاف الثاني ان يدعي صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع اقر بالوديعة وسكت فلم يدع ردا ولا استهلاكا ثم صالح صاحب المال جاز الصلح ايضا بلا خلاف الثالث ان يدعي صاحب المال الايداع والاستهلاك وادعى المودع الرد او الهلاك جاز الصلح وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف اخرا ولو حلف المودع ثم صالح لم يجز الصلح بالاتفاق الرابع ان يقول المودع هلكت او رددت والمالك لم يقل شيا ذكر الكرخي ان على قول ابي يوسف لا يجوز الصلح وعلى قول محمد يجوز لابي يوسف ان الضمان لا يجب الا بالدعوى وقد انعدمت لانه في زعمه لم يجب الضمان فلا يجوز الصلح بخلاف دعوى الاستهلاك لان الضمان

واجب في زعمه ولمحمد ان السكوت يحتمل التصديق والتكذيب وتقتضي
اقدامه يرجح التكذيب وعلى هذا كل ما كان أصله امانة كالاجارة والمضاربة
والمباضعة والعارية ص ويمنع الرد بعيب حادث قبل القبض بعد
صلحه عن ابراه من كل عيب واجازه ش قال ابو يوسف اذا اشتري انسان
عبدا ولم يقبضه حتى صالحه البايع على البراة من كل عيب به ثم حدث به عيب
قبل القبض لم يكن للمشتري رده به وقال محمد يملك رده به لابي يوسف ان
الحادث قبل القبض له حكم الموجود عند العقد حتى كان له الرد به ولمحمد
ان الصلح لو تناول العيب الحادث كان معلقا بالخطر وانه لا يجوز
كالتعليق بقدوم فلان وعلى هذا الخلاف شرط البراة من كل عيب
عند العقد والمسئلة مرت في خيار العيب **فصل في المصالحة**
في الديون والتوكيل به والتبرع لما بين احكام الصلح في العين شرع
في بيان احكامه في الدين وغير ذلك ص واذا صولح عن دين ببعضه
صح ولم تكن معاوضة بل استيفا لبعضه واسقاطا للباقي كمن صالح عن
الف على خمسماية او عن الف جياد بخمسماية زيوف او عن حالة بمثلها
مؤجلة ش اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحق المدايبنه او بالغصب
لم يحمل على المعاوضة بل على انه اخذ بعض حقه واسقط الباقي كمن له
على اخر الف درهم فصالحه عنها على خمسماية جاز ويجعل مستوفيا نصف
حقه ومبريا له عن النصف الاخر ولا يجعل ذلك معاوضة لان تصرف
العاقل المسلم يصان عن الالغا ويصح ما امكن وفي جعله معاوضة
ربا فلا يصح وفيما ذكرناه يصح فيصالحه عليه الف جياد فصالحه على خمسماية
زيوف جاز ايضا ويجعل اسقاطا لحقه في البعض والصفة او عليه
الف

الف جياد فصالحه على خمسماية زيوف جاز ايضا ويجعل اسقاطا لحقه في البعض
والصفة او عليه الف حالة فصالحه على الف موجلة جاز ويجعل كانه اجل نفس الحق
لان في جعله معاوضة افضا الى الربا لان بيع الدراهم بمثلها نسية لا يجوز فحملناه
على تاخير نفس الحق وهذه الحقوق كلها له فيتمكن من اسقاطها ص او عن دراهم
بدنانير موجلة او عن الف موجلة بخمسماية حالة او عن الف سود بخمسماية
بيض ش وان لم يكن البدل من جنس ما يستحق بالعقد حمل على المعاوضة
فلو صالح عن دراهم حالة على دنانير موجلة لم تجز لانه تعذر حمله على الاسقاط
فيكون معاوضة وبيع الدراهم بالدنانير لا يجوز وبطل بالافتراق من غير
قبض ولو صالح عن الف موجلة بخمسماية حالة لم تجز لان المعجل خير من المؤجل
وهو خير مستحق بالعقد فيكون اعتياضا عن الاجل فلا يجوز وعلى قول
ابي يوسف يجوز لانه احسان في القضايا بالتعجيل واحسان في الاقتضاء بحط
بعض وهما لا هذا احسن اذا لم يكن احدهما مشروطا في الاجر فاذا
شرط دخل فيه معاوضة فاسدة فيفسد ولو صالح عن الف سود بخمسماية
بيض لم تجز لان البيض غير الحق المعقود عليه وهي زايدة في الوصف فيكون
معاوضة على الذات بالالف بالوصف ولو صالح عن الف بيض على خمسماية
سود جاز لانه اسقاط الاصل ولو صالح قبل الدين وهو اجود كالف بيض
من الف سود جاز لانه معاوضة المثل بالمثل والمعتبر بالصفة الا انه
يشترط التقابض في المجلس ولو صالح عن الف درهم وماية دينار على ماية
درهم وماية دينار على ماية درهم حالة او موجلة جاز لانه اسقاط الدين
وبعض الدراهم وتاجيل الباقي ص وان قال ادّ الي غدا خمس ماية
على انك بري من الباقي تحكم ببراته مطلقا وقالا ان نقد في غد والا عادت

الالف ش رجل له على اخر الف درهم فقال له ادّ الي غدا خمسماية علي انك بري
من الباقي فاداها لي بري بالاتفاق وان لم يود غدا قال ابو يوسف لا يعود
عليه الالف وقالا يعود عليه لابي يوسف ان الابرا الصادر منه ابرا مطلق
لانه جعل الاداء عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي مستعملة في المعاوضات
ونفس الاداء مستحق عليه فلا يصلح عوضا فبقي الابرا مطلقا عن الشرط فلا
تعود كما لو بدا بالابرا ولهما ان هذا ابرا مقيد بشرط لانه بدا باداء خمسماية
في الغد وانه يصلح عوضا وان لم يصلح بدلا كما اذا قيد الابرا بشرط الكفالة
او الرهن فلم يعطه وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه عند تعذر حمله على
المعاوضة تصحيحا لانه متعارف والابرا مقيد بالشرط كما في الحوالة
ولو صالح من الالف على خمسماية يدفعها اليه غدا ويبرا من الباقي على
انه ان لم يدفعها غدا فالالف عليه بحالها فان دفعها في الغد بري وان لم
يدفعها لم يبرا لانه صرح بالتقييد ولو ابراه من خمسماية على ان يدفع اليه
الباقي غدا صح الابرا سواء دفع الخمسماية ام لم يدفع لانه اطلق الابرا ووقع الشك
في تقييده بالشرط فلا يتقيد بخلاف ما اذا بدا بالدفع لانه من حيث انه
لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت
الاطلاق بالشك وهذه المسئلة مذكورة في الاصل في الحط والابرا والحط
في الحكم والخلاف واحد ووضع فيه وفي المنظومة خلاف ابي يوسف فيما
بدا الحط والابرا ووضع فخر الاسلام وقاضي خان وصاحب الهداية وغيرهم
فيما اذا بدا الاداء ولو قال ان اديت الي خمسماية او اذا اديت او متى اديت
فانت بري من الباقي لم يصح الابرا لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراة
بالشرط لا يصح بخلاف الاول لانعدام الشرط فيحمل على المقيد وتحقيقه ان

البراة اسقاط فيه معنى التمليك ولهذا لا يتوقف على القبول وترتد بالرد
والتمليكات لا تتوقف على القبول وترتد بالرد والتمليكات لا تحتمل التعليق
والاسقاطات تحتمل لكمعنى التمليك اذا صرح بالشرط لم يصح ولمعنى الاسقاط
لا يصح اذا لم يصح اذا لم يصرح له ولو صالحه على ان يودي اليه خمس ماية على
انه بري من الباقي ولم يوقت قبول ابرا مطلق لان الاداء واجب عليه في جميع
الاوقات فلم يصح عوضا فلم يتقيد ص ولو كان له عليه ماية درهم وعشرة
دنانير فصالحه على ماية وعشرة دراهم على ان ينقد خمسين ويوجل الباقي
فنقدها قبل التفرق بخيزه وخالفه ش له على رجل ماية درهم وعشرة
دنانير فصالحه على ماية درهم وعشرة دراهم على ان ينقده خمسين درهما
والباقي يكون موجلا ثم نقد خمسين قبل التفرق جاز عند ابي يوسف
خلافا لمحمد له انه لما اجل في الباقي صار التاجيل شرطا في الصرف فاسده
ولابي يوسف ان التاجيل يحتمل الشرط ويحتمل البر فيحمل على البر تصحيحا
لتصرفهما ما امكن حتى لو صرح بالشرط فقال وعلى ان يوجل الباقي كان الصرف
باطلا بلا خلاف ولانه وان حمل على الشرط فشرط التاجيل قد بطل بالتعجيل
لانه شرط يوجب تاخير قبض البدل وقد وجد القبض فلم يبق الشرط
معتبرا فعلى التعليل الاول لا يجوز بغير قوله ويوجل وعلى الثاني يجوز
ص ولو وكل في الصلح عن دم عمد او دين بعضه لم يلزم الوكيل ما صالح
عليه الا ان يضمنه ش رجل وكل اخر بالصلح عن دم عمد وعن بعض ما يدعيه
من الدين فصالحه الوكيل صح الصلح ولزم الموكل البدل ولا يلزم الوكيل ما صالح عليه
بكل حال الا ان يضمنه هذا على ما ذكره القدوري في مختصره قال ابو نصر
البغدادي وصاحب الهداية هذا اذا لم يكن الصلح في معنى المعاوضة كالصلح

عن دم العمد والصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط فكان سفيرا
كما في النكاح الا اذا ضمن فيلزمه بحكم الكفالة لا بحكم الصلح اما اذا كان في معنى
المعاوضة فان كان عن مال فهو بمنزلة البيع يلزم الوكيل الا ان يكون عن
انكار وصاحب التحفة وشرح الطحاوي وشرح الكافي للاستيجابي على الطلاق
جواب المختصر والوكيل بالصلح او بالخلع اذا ضمن البدل واخذ منه رجع على الموكل
والوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر واخذ منه لا يرجع لان الصلح والخلع يجوز بغير
امر والامر يكون لافادة الرجوع والنكاح بغير امر لا يجوز والامر يقتضي
على افادة الجواز ص ولو تبرع به عنه فان صالح بمال او ضمنه وقال
على الف وسلمها او قال علي الفي هذه او هذه الالف صح ولزمه تسليمها وان
قال علي الف توقف على اجازة المدعي عليه ش اذا صالح اجنبي عن اخر
بغير اذنه فهو على خمسة اوجه اربعة منها تصح ويلزم المصالح تسليم المال الاول
منها ان يقول صالحتك على الف علي اني ضامن لك هذه الالف لان الحاصل
للمصالح عنه البراءة فصلح الاجنبي اصيلا كالفضولي في الخلع اذا ضمن البدل
الثاني ان يقول صالحتك على الف وسلمتها له لان التسليم يوجب سلامة العوض
له الثالث اذا نسب المال الى نفسه فقال صالحتك على الفي هذه لانه التزم
تسليمها بالاضافة الى مال نفسه الرابع وهو زايد على ما قال القدوري اذا
اشار اليها فقال صالحتك على هذه الالف لانه لما عينها فقد شرط سلامته
فتم فيه ولا فرق بين المقر والمنكر لان الصلح عن اقرار اسقاط للدين عن انكار
وعن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كيف ما كان وفي الخامس اختلاف المشايخ
وهو اذا لم يشر الى الالف ولم ينسبها الى نفسه بان قال صالحتك على الف درهم
فقيل يجوز الصلح ويلزمه المال لانه اضاف العقد الى نفسه وقيل يتوقف

على اجازة

على اجازه المصالح عنه لان الفعل كما يقع للفاعل يقع لغيره وانما يقع للفاعل
فيما اذا كان له فيه نفع ولا نفع له في هذا بخلاف قوله صالحني على الف
لانه جعل نفسه مفعول الصلح ولا يقع مفعول الصلح الا اذا وقع الصلح عليه
فان اجاز المصالح عنه جاز ولزمه المال لان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة وان لم يجز بطل عنه جاز ولزمه المال لانه لا يجب المال
والمدعي لا يرضي بسقوط حقه مجانا ولو استحقت او وجد بها زيف
فلا شيء على المصالح لانه لم يلتزم شيئا وانما التزم الايفاء من محل بعينه
فان سلم تم الصلح بخلاف ما اذا ضمنها ودفع ثم استحقت او ردت بزيف
فانه يرجع عليه لانه اصيل في حق الضمان **فصل في الدين المشترك**
والتخارج لما كانت مسايل هذا الفصل غير ما ذكر فيما قبله جعل له فصلا
ص ولو صالح احد الشريكين من نصيبه على ثوب فان شاء شريكه اتبع المديون
نصفه وان شاء اخذ ربع الثوب الا ان يضمن له ربع الدين ش اذا
كان الدين مشتركا بين اثنين بسبب واحد كثمن المبيع بان كان لهما عين
واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب
كل واحد منهما او قيمة العين المشتركة المستهلكة او بدل قرض
من المال المشترك بينهما او يكون الدين مورثا بين اثنين فصالح احدهما
المديون من نصيبه على ثوب فشريكه الاخر بالخيار ان شاء اتبع الذي
عليه الدين بنصف الدين لان حقه في ذمته لانه لم يأذن له بالدفع
الى غيره وان شاء اخذ من شريكه نصف الثوب لان له حق المشاركة لانه
عوض عن دينه فاذا اختار ذلك فقد اجاز فعل الشريك الا ان يضمن شريكه
له ربع الدين ثم يرجعان على الغريم بالباقي فتبين ان قوله الا ان يضمن

لربع الدين استثنا من ثبوت الخيار للشريك الساكت يعني ان الشريك
الساكت بالخيار بين ان يرجع على الغريم بنصف الدين وبين ان يرجع
على صاحبه بنصف الثوب الا ان يضمن له شريكه القابض ربع الدين فحينئذ
لا يبقى له خيار في اتباع الغريم او شريكه القابض وبين بهذا ان الخيار
يثبت لكل واحد من الشريكين اما الساكت فانه مخير بين ان يتبع المديون
بنصف الدين وبين ان يتبع القابض بالصفة التي بيناها واما القابض
فانه مخير بين ان يعطي نصف الثوب وبين ان يعطي ربع الدين واراد
المصنف بذكر الثوب ان يكون المصالح عليه من خلاف جنس الدين لانه لو
صالحه على جنسه شاركه فيه او يرجع على المدين وليس للقابض فيه
خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين وكذا لو كان المصالح عنه عينا مشتركة
يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة
من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين ولا فرق فيما
ذكرنا من الحكم بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان
المدعيين يتصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا وما ياخذه بدل
عنه وزعمها يكون حجة عليهما ولو اراد القابض ان يختص بما قبض ولا
يرجع عليه شريكه فيه فالحيلة فيه ان يهب الغريم له قدر دينه
ويقبضه ثم يبري الغريم من حصته او يبيع الطالب كفا من زبيب
او نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبين به من الدين ويا خذ ثمن
الزبيب ص ولو استوفى احدهما نصف نصيبه شركة الآخر فيه
ثم يرجعان بالباقي ش اي لو استوفى احدهما نصف نصيب من الدين
كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض ثم يرجعان على الغريم بما بقي اما المشاركة

في القدر

في القدر المقبوض فلانه من الحقين جميعا واما الرجوع بالباقي فلاستلزام
اشتراكهما في المقبوض اشتراكهما في الباقي فيتمكنان جميعا من الرجوع
ولو سلم الشريك لشريكه ما قبضه من الديون ولم يشاركه فيه ثم نوى
ما على الغريم كان له حق المشاركة فيما قبض بعد التسليم لانه لم يرض بالتسليم
الا ليسلم له ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم عاد حقه في المشاركة في المقبوض
ص ولو اشترى بنصيبه سلعة ضمنه الآخر ربع الدين ش اذا اشترى
احدهما بنصيبه سلعة لم يشاركه الآخر فيها ويا خذ منه ربع الدين والاخيار له
لانهما لم يتقاصا بالدين وثمن السلعة صار قابضا حقه كملا لان مبنى البيع على
المماكسة والمضايقة بخلاف الصلح لان مبناه على الحط فلو الزمناه ربع الدين
لتضرر المصالح لان ربع الدين قد يكون اكثر من قيمة الثوب فيخير القابض
كما مر وليس للشريك حق في الثوب المشتري ولا مشاركة لانه مملوك للمشتري
بعقد البيع وللشريك ان يتبع المديون لبقاء حقه في ذمته لان الشريك
استوفى في نصيبه حقيقة ولو وقعت المقاصة بينهما بدين كان قبله
لم يرجع عليه الشريك لانه قضى دينه فان قيل ينبغي ان يكون الثوب
مشتركا بينهما لحصوله بدين مشترك بينهما قلنا لا نسلم حصوله بدين مشترك
بل بدينه الخاص بطريق المقاصة بينه وبين الدين اذ الديون تقضي
بامثالها فان قلت في المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز لانه
معنى في الذمة قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا
فيجوز وههنا المقاصة وقعت في ضمن الشراكة وقعت في المسئلة الاولى في
ضمن صحة الصلح وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا ص وان ابرأ احدهما
عن الديون توبا فتقاصا بمنع شريكه من الرجوع بحصته وخالفه ش

رجلان باعا زيدا ثوبا بمائة درهم ثم ان احدهما باع ثوبا لزيد يساوي
خمسين درهما فضمنه قيمته وتقاصا قال ابو يوسف ليس لشريكه ان يرجع
عليه بربع الدين وهو خمسة وعشرون وقال محمد له الرجوع به لابي يوسف
انه لم يصل اليه بهذا الفعل مال فلا يرجع عليه شريكه كما لو جنى عليه
جناية موجبة للارش وصار قصاصا ولهما انه بالافساد ملك العين فصار
كانه قبض قبل الخلاف في الاحراق اذا رمي النار على الثوب فاحرقه اما
اذا اخذ الثوب ثم احرقه فللشريك ان يتبع المحرق بلا خلاف لانه يكون
الاستهلاك بعد الغصب ولو امر احدهما عن نصيبه لم تجز عند الامام خلافا
لابي يوسف ومحمد مع الامام على رواية كتاب الشركة ومع ابي يوسف على
رواية كتاب الصلح لابي يوسف ان التاجيل ابرا مقيد فيعتبر بالابرا المطلق
ولانه يملك التاجيل بالاقرار فيملكه بالانشا وللامام انه يودي الى
الى قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وهذا لان نصيب احدهما يصير
مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما اما وصفا فان احدهما معجل والاخر
موجل واما حكما فلان للساكت ان يطالب بنصيبه حالا دون شركة الموجل
والقسمة ليس الا ان يتميز احدهما عن الاخر وقد صار كذلك كذا في
المبسوط ص وان صار احد الشريكين في سلم من نصيبه على راس المال
فالصلح جايز س قال ابو يوسف اذا كان سلم بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على راس المال جاز وشريكه بالخيار ان شا شارك
فيما قبض ثم يرجعان على المطلوب بالباقي وان شا اتبع المطلوب بحصته
وسلم للقابض ما قبض وقول محمد مع الامام ذكره في الاصل وشرح الاستحابي
وكتاب التقريب للقدوري وغيرها وجعله في شرح الاقطع مع ابي يوسف

وقالا

وقالا لا يجوز الا ان يجيزه شريكه لابي يوسف انه دين مشترك فجاز
صلح احد الشريكين عن نصيبه كساير الديون ولهما انه لو جاز لزمت قسمة
الدين قبل القبض وانها فاسدة وانما جاز اذا رضي الاخر لانه يصير كانهما
فسخا جميعا والخلاف فيما اذا خلطا راس المال وكان المال مشتركا بينهما وفيما
اذا لم يخلطا في الموضعين جميعا ذكرهما الحاكم في مختصره وذكر في الهداية
ان المشايخ قالوا انه فيما اذا خلطا راس المال وقال ابو بزيد الدبوسي
في احتجاج عامة المشايخ بلزوم قسمة الدين قبل القبض اختلال لان
التاجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل الدين باق على
ما كان عليه مشتركا وبالتاخير تتغير صفة احد النصيبين وتغير
صفته لا يدل على انقطاع الشركة كما لو اقر بان نصيبه لفلان صح
وقد تغيرت صفة المالك وكذا لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب
احدهما نصيبه لاخر وسلم صح والشركة باقية وقد تغير المالك وصفته
اذ حكم الهبة يخالف حكم غيرها وقال شمس الايمة السرخسي هذا
قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر وصفا وحكما وليست
القسمة الا هذا فان القول ما قالت حرام ص ولو صالح الورثة احدهم
فاخرجوه من التركة وهي عقار او عروض بمال جاز قليلا كان او كثيرا
س اذا كانت التركة بين قوم وهي عقار او عروض فاراد واحد اخراج
واحد منهم عن التركة فصالحوه على مال اعطوه اياه جاز قليلا كان
ما اعطوه من المال او كثيرا لانه يجعل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا
يمكن حمله على الابرا اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابرا عن العين وبيع
العقار والعروض بالقليل والكثير ص وان كانت فضة فاعطوه دنانير

او بالعكس جاز مطلقا ش وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا أو
بالعكس جاز مطلقا اي سواء كان ما اعطوه قليلا او كثيرا لعدم الربا لاختلاف
الجنس والاصل فيه ما روي ان ماضر امراة عبد الرحمن بن عوف صالحها
ورتبه على ربع ثمنها على ثمانين الف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين الفا
بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وروي ان ذلك كان نصف ثمنها
وروي ان ابن عباس رضي الله عنه قال يتخارج اهل الميراث اي تخرج
بعضهم بعضا بطريق الصلح ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف الا ان
الذي في يده بقية التركة ان كان منكرا اكتفي بذلك القبض لانه قبض
ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا يكتفي به لانه قبض ضمان
امانة فلا ينوب عن قبض الصلح فلا بد من تجديد القبض بان ينتهي الى
مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند
اتحاد القبضين ينوب احدهما عن الاخر كالمضمون عن المضمون او الامانة
عن الامانة ص وان اشتملت على نقود وغيرها فصالحوه على نقد
زادوه على نصيبه من ذلك النقد ش ولو كانت التركة ذهبا
وفضة وعروضا فصالحوه على ذهب او فضة او عروض جاز ان كان
ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس والزيادة بحقه من بقية
التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان
وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانهم لو اعطوه قدر
حقه او اقل يكون العروض وبعض الذهب او الفضة حاصلا لهم بلا عوض
فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا والاصل الفساد
على تقدير ان يكون مساويا له او اقل مكان اولى بالاعتبار ولو كانت التركة

دراهم

دراهم ودنانير والبدل دراهم ودنانير جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس نظيرا للتغيير فيهما كما في البيع لكن يشترط التقابض في المجلس
ولو كان بدل الصلح عروضا جاز في الصور كلها مطلقا قليلا كان او كثيرا
قبض في المجلس او لم يقبض لعدم الربا ص فان كان فيها ديون فاخرجوه
منها على ان يكون الدين لهم لا يجوز ش ولو كان في التركة دين
على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم لم يجز لان فيه تمليك الدين
وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم
يتعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين او لم يبين
عند الامام وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل
الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد او ميتة وشاة ذكية وباعهما صفقة
واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن يبطل في الكل عنده وعندهما
يصح في العبد والذكية ص فان شرطوا ان يبرا الغرماء من نصيبه
جاز ش اي وان شرطوا ان يبرا الغرماء ولا يرجع عليهم بنصيب
المصالح لم يجز لانه اسقاط او تمليك الدين ممن هو عليه وكل ذلك جائز
وهذه حيلة جواز المصالحة وحيلة اخرى وهي ان يعجلوا قضاء نصيب
المصالح من مالهم بطريق التبرع عن المديون وفي الوجهين ضرر
بالورثة اما في الوجه الاول فلعدم تمكنهم من الرجوع على الغرماء واما
في الوجه الثاني فللزوم النقد عليهم في مقابلة الدين الذي هو نسيه
والنقد خير من الدين والاوجه ان يبيعوه كفا من تراب بيبب
بقدر دينه ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوا
له ثم يأخذوا لانفسهم

كتاب الهبة

وجه ايراد الهبة

عقيب الصلح ان في كل منهما معنى التبرع وهي في اللغة تمليك الشيء ما ينفع
الموهوب له مالا كان او غيره بغير عوض قال الله تعالى فهب لي من لدنك
وليا وقال تعالى لهب لمن يشا اناثا وفي الشرع تمليك بغير عوض يقال
وهبته ووهبت منه ووهبت له وتطلق الهبة على الموهوب مجازا والاتهاب
قبول الهبة وقبولها سنة فانه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد وقال
في حديث بريرة هو لها صدقة ولنا هدية وهي من صفات الكمال فان الله
تعالى وصف بها نفسه حيث قال انك انت العزيز الوهاب والبشر
اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استمال الكرم
وازالة شح النفس وادخال السرور على قلب الموهوب له وايراث المحبة
والمودة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان
من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون
وهي امر مندوب اليه بالسنة قال عليه الصلاة والسلام تهادوا
تحابوا وفي رواية تهادوا وبالاجماع وشرطها ان يكون الواهب حرا بالغا
عاقلا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول
وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازمه ص وتنعقد
بالايجاب والقبول اما انعقادها بالايجاب والقبول فلانها عقد
كساير العقود وقال الامام جواهر زاده في مبسوطه ركنها مجرد الايجاب
الواهب والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له لان العبد ينعقد به ولهذا
قال علماؤنا اذا لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث وفي البدايع القبول
ليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وقال صاحب التحفة ه
القبول ركن لان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول ص وشرطوا

القبض

القبض للملك ش قال علماؤنا لا يثبت الملك في الهبة الا بالقبض وقال
مالك قول ابي بكر رضي الله عنه لعايشة رضي الله عنها بحضرة الصحابة
رضي الله تعالى عنهم كيف كيف نحيلك جداد عشرين وسقا بالعالية
ولم يكن في حوزته ولا قبضته وانما هو اليوم ملك الوارث ولو كانت تملكت
قبل القبض لكان لها ذلك ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع وروي
عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم كابي بكر وعمر وعثمان وعلي انهم
قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة والمراد الملك لان الجواز ثابت
بدونه اجماعا ولان الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلتزمه
وهو التسليم بخلاف الوصية لانه لا الزام للميت لعدم الاهلية والوارث
لعدم الملك ولان الملك بالتبرع ضعيف لا يلزم وملك الواهب كان قويا
فلا يزول بالسبب الضعيف وعلى هذا الخلاف الصدقة ص فان قبض
في المجلس بغير اذن جاز لا بعد الافتراق ش اذا قبض الموهوب له الهبة
وهو في مجلس عند الهبة بغير اذن الواهب جاز استحسانا والقياس
ان لا تجوز الا باذنه لان ملك الواهب قبل القبض قايم في الموهوب
فالقبض بغير اذنه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه
الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة من حيث ان حكم الهبة وهو
الملك متوقف عليه كتوقفه على القبول والمقصود من الايجاب اثبات
الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد
ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما بعد الافتراق
لان القبض كالقبول فلا يتوقف على ما وراء المجلس وبخلاف ما اذا نهاه
عن القبض في المجلس لان التصريح يفوق الدلالة فلا يعمل بمقابلته شيئا

قبض الموهوب له لا يصح اما ان يكون الامر امره به او نهاه عنه او سكت فان
امره به صح مطلقا قبضه وان نهاه عنه لا يصح قبضه مطلقا وان سكت ان
قبضه في المجلس صح استحسانا فان قبضه بعد الافتراق لا يصح ولو قبض الموهوب
له الهبة ولم يقل قبلت صحت الهبة ولو وهب لرجل ثوبا فقال قبضت
صار قابضا عند ابي حنيفة جعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية في البيع
وقال ابو يوسف لا بد من القبض بيده ص وان كانت في يده كالمودع
والغاصب والمستعير ملكها بمجرد الهبة ش يعني لو كانت العين الموهوبة
في يد الموهوب له كالمودع والمستعير والمستاجر والغاصب ملكها بمجرد
الهبة وان لم يجدد قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت
في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ثبوت عن نقله لا عن المضمون
والمضمون يثبت عنها والاصل في ذلك انه متى اتحد القبضان ناب
احدهما عن الاخر لاتحادهما جنسا واحدا وان اختلفا ناب الاقوى عن
الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في
الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده عارية
او اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وكذا اذا كان في يده مضمونا
كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء فلا اشكال فيه لان المقبوض
في يده حقيقة وحكما فيبرا عن الضمان بمجرد قبول الهبة واما اذا كان
في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه ثابت عنه في الحفظ
وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي
ان يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب ترتب القياس في الوديعة
ان لا يصير قابضا لان يد المودع فكانه وهبه ما في يده فلا بد من قبض مستحدث

ان صحة

ان صحة الهبة تتوقف على مجرد القبض فلا يفتقر الى قبض يضفه ومجرد
القبض موجود عقيب العقد بخلاف بيع الوديعة ممن هي في يده لان البيع
يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد فيكون امانة فلا بد
من قبض جديد لكن للمودع حقيقة فباعتبارها نزل قابضا لانا اقمنا يده
مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر
الحقيقة وعلى هذا الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد ص
كوهبت ونحلت واعطيت واطعمتك هذا الطعام وجعلته لك واعمرتك
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى الهبة ش انما انعقدت الهبة بقوله
وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لكثرة الاستعمال فيه قال عليه
الصلاة والسلام اكل ولدك نحلت هكذا وبقوله اطعمتك هذا
الطعام لان الطعام اذا اضيف الى المطعوم يراد به التمليك بغير عوض
وهو الهبة لانه لا يطعمه الا باكل ولا اكل الا بالملك بخلاف ما اذا قال
اطعمتك هذه الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد ما يستغل منها
فامكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك فصار
كانه قال ملكتك هذا الثوب الا ترى ان ذلك لو كان بعوض
كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله اعمرتك هذا الشيء لقوله عليه السلام
من اعمر عمرى فهي للمعمر ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك
للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له يصح التمليك ويبطل
الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه
الدابة ناويا للهبة لان الاركاب تصرف في المنفعة فيكون عارية
الا اذا اراد به الهبة لانه يستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة

يعنون به التمليك ويبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
وبقوله حملتك على هذه الدابة فيصح بنية لا سيما اذا كان شديدا عليه
وان لم يكن له نية يحمل على العارية لتيقنها لان ما زاد عليه مشكوك فلا
يثبت من غير فصل وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد بها
التمليك قال تعالى او كسوتهم اراد تمليكهم الكسوة لان الكفارة لا تتادى
بالمنافع وكذا يقال كسا فلان فلانا اذا ملكه لا اذا اعاره ولو قال
منحتك هذه الدار او هذه الجارية فهي عارية الا ان ينوي الهبة ولو قال
ذلك فيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والدنانير والمطعوم
والمشروب فهو هبة ص وتجوز هبة المشاع فيما لا يقسم ش هبة
المشاع فيما لا يمكن قسمته كالحمام والرحي والعبد بجوز بالاجماع لعدم
تصور القبض الكامل فيه فاكتفي فيه بالقبض الناقص ولانا لو اعتبرنا
كمال القبض فيه لانسد باب الهبة وما لا يحتمل القسمة هو كل ما يضره
التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته وقيل كل ما تفوت منفعته
بالقسمة اصلا كالعبد او جنس منفعته كالحمام والرحي وقيل ما لو طلب
احدهما قسمته وابى الاخر لم يجبره القاضي عليه اذ الجبر على النقل
في محل اية قبوله اياه ص ولا يجيز فيما يقسم الا بعد القسمة بسهم
من دار ش قال علماؤنا لا تجوز هبة المشاع فيما يحتمل القسمة اي لا يتم
ولا تفيد الملك قبل القسمة خلافا للشافعي له انها عقد تمليك وتملك والمحل
قابل له فلا يتوقف على القسمة فيما يقسم كالبيع بجميع انواعه وكونه
تبرعا لا ينافي الملك في التبايع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص
عليه كما مر من حديث ابي بكر رضي الله عنه فيشترط وجوده على الكمال
لما في

لما في النقصان من شبهة العدم وقبض المشاع ناقصا لكونه موجودا من وجه
دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس
في حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وبما
لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع وما لم تجتمع لا يصير
مجموزا او يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولان في تجويزه
الزام ما لا يلزمه وهو مطالبته بالقسمة ووجوب اجرة القسمة عليه
فيصير عقد التبرع موجبا للضمان القسمة على التبرع وهو خلاف موضوع
التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لان
اجرة القسمة لا تجب فيه فلا يحتمل كذا ذكر ولا يقال المهايأة فيما لا يقسم
واجبة على المتبرع فوجب ان يمتنع لما قلتم لانا نقول المهايأة قسمة
المنافع والتبرع انما وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا
يبالي به واما المحظور الايجاب في عين ما تبرع به ولا يلزم مما قاس
عليه لان القبض ليس بشرط في البيع الصحيح اما القرض فلكون القبض
فيه فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال واما الوصية فلكون القبض
ليس بشرط لصحتها والمؤثر هو المستوي المقارن ومنه الاستحقاق لا
الطاري لرجوع الواهب في بعض الهبة شايعا ويعتبر الشيوع وذلك كسهم
من دار وعمر في نخل وزرع في ارض ولبن في ضرع وصوف على ظهر وقت
القبض لا وقت الهبة حتى لو وهب مشاعا وسلم مقسوما جاز لان تمام
الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شايعا ذكر الطحاوي وقاضي خان
انه لا يتم حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف
الواهب وذكر عصام انه يفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ ولو وهب

مشاعا ثم وهب الباقي وسلم جملة جاز ولو وهب مشاعا وسلم ثم وهب الباقي
وسلم لم تجز ولو وهب مشاعا وسلم مشاعا ذكر بن رستم انه لا يفيد الملك
مثل ما قال الطحاوي وقاضي خان وبيع مضمونا وان اتصل به القبض حتى
لو دفع درهمين وقال احدهما اهبه نصفا من درهما وان وهب نصف
دار او تصدق ثم باع ما وهب او تصدق به ذكر في وقف الاصل انه جوز
بيعه لانه لم يقبض ولو باعه الموهوب له لا يجوز لانه لم يملكه ص
وان وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم لم تجز وان استخرجها ش
اي لو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم او سمنا في لبن فاستخرجه
وسلمه لم تجز لان الموهوب معدوم والمعدوم ليس محلا للملك فلا يمكن
تمليكه فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت
وصارت دقيقا وكذا غيره وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما يعرف
في الغصب بخلاف ما اذا وهب شقصا مشاعا لانه محل للملك الا انه لم يمكن
تسليمه واذا زال المانع جاز بخلاف الوصية بها لان الوصية بالمعدوم
جايزة ص واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز ش اذا وهب رجلان
لرجل ما يقسم جاز لان التسليم وقع منهما جملة واحدة والقبض حصل من
الموهوب له جملة فلا شيوع يمنع من الصحة ولا ضرر القسمة ص وهبة
الواحد من اثنين لا تجوز ش قال ابو حنيفة لا تجوز هبة الواحد لاثنين
وقالا تجوز ايضا لانها هبة واحدة والتمليك واحد منها فلا شيوع وصار
كالرهن من اثنين وللامام ان التمليك من اثنين يستلزم تمليك النصف من
كل واحد منهما الا ترى ان الموهوب اذا كان مما لا يقسم تقبل احدهما صح في
النصف وكان تمليكا في النصف وانه شايع والقبض الكامل شرط فيما يقسم

وقد تعذر

وقد تعذر الشيوع فمنع من نفاذ الهبة بخلاف المسئلة الاولى لان القبض
غير متعذر لان اثبات يده على كل الموهوب اثبات يده على نصفه
لاشتماله عليه وهنا اثبات يده على كلما سواه لا اثبات يد الاخر على كلها
فتعذر اثبات يدهما على كلما سواه لاثبات يد الاخر معا لكون كل منهما
مثبتا يده على ما وهب له وبخلاف مسئلة الرهن فان عقد الرهن اوجب
لكل منهما حكمه وهو الحبس كلا ولهذا لو قضى احدهما دينه كانت كلها
رهنا عند الاخر حتى يستوفي فالحاصل ان الامام يعتبر الشيوع عند
القبض فلم تجز الهبة من اثنين لوجود الشيوع وقت القبض وهما
يعتبران الشيوع عند العقد جميعا فجوزاها لانه لم يوجد في الحالين
ومدار الخلاف على حرف واحد وهو ان الهبة من اثنين تمليك كل
الدار لهما معا او تمليك نصف ونصف فيكون هبة المشاع فيما يقسم كانه
افرد تمليك كل نصف وعندهما تمليك الكل فلا يكون تمليك الشايع ص
ولو وهب لاحدهما ثلثيها وللاخر الثلث اجاز ش اذا وهب لاثنين
ما يقسم ثلثه لاحدهما وللاخر ثلثيه قال محمد يجوز خلافا لهما فالامام
مر على اصله في عدم التجويز في هبة ما يقسم ومحمد مر على اصله في
الجواز وابو يوسف فرق لان التفصيل ان لم يخالف الاجمال اهدر واذا خالف
اعتبر فالتفصيل بالتسوية لا يخالف الاجمال لان موجب الاجمال ان يملك
كل واحد منهما النصف فلم يعتبر التفصيل وبالتفصيل يخالف فيعتبر
التفصيل واعتباره يوجب تفريق العقد وتفريقه يوجب الشيوع واذا
اجمل ثم فصل على طريق التفاصيل لا يجوز خلافا لمحمد ولو اجمل ثم فصل
وسوى بين النصيبين جاز خلافا للامام ولو ابتدا بالنصف بلا سابقة

اجمال لم تجز بلا خلاف وذكر في الهداية عن ابي يوسف فيه روايتين
ولو فصل ابتداء على طريق التفاصيل لم يذكر في الكتب فينبغي ان لا يجوز
عندهما كما لو فصل ابتدا وسوى بين النصيبين فتبين بهذا ان المراد
من قوله ولو وهب لاحدهما ثلثها انه اجمل ثم فصل بان قال وهبت
هذه الدار لكما هذا ثلثيها ولهذا ثلثها ص واجازهبة الاب مال ابنه
بشرط عوض مساو قيمة ش قال محمد اذا وهب الاب مال ابنه الصغير
من اخر يشترط ان يعوضه عنه عوضا يساوي الموهوب في القيمة أو
يتقاوتان يسيرا يجوز لانه بيع انتهاء والاب يملكه عن ولده لانه يصير
مبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة حتى تقابضا صح العقد وصار في
حكم البيع فيرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب به الشفعة في العقار
وقالا لا يجوز لانه هبة ابتدا وهو تبرع فلا يملكه عليه ولهذا لا يملك
قبل القبض ومعاوضة انتهاء بعد القبض فاذا لم يكن له ولاية التبرع
ابتدا لم يصح العقد في الحال فلا ينقلب معاوضة في الانتهاء وصار كالعتق
بشرط العوض فانه لا يصح وعلى هذا الخلاف العبد المأذون والمكاتب
اذا وهب بشرط العوض جاز عند محمد خلافا لهما كذا في المحيط ص واذا
وهب ابوه ملكه بالعقد ش اذا وهب الولي للصغير شيا ملكه
الصغير بمجرد العقد لان الموهوب في يد الاب وهو الذي يقبض له
فكان قبضه كقبضه ولا فرق بين ان يكون في يدها ويد مودعه
لان يد المودع بمنزلة يد المودع ولو باع ماله من صغير ثم هلك كان
على الصغير لانه صار قابضا بقبض الولي والصغير اذا وهب امه
شيا وهو في عيالها والاولي له جازت الهبة وقبض الام كقبض الولي

وكذا كل من يعوله كالعم والاخ لانه يتمحض نفعه له ولو وهب لابنه
الكبير وهو في عياله فلابد من قبضه لانه لا ولاية له عليه فلا يقبض له
ص ويقبض الولي عن اليتيم ش اذا وهب اجنبي للصغير شيا
قبضه له وعلى هذا اذا تصدق عليه ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه
ثم القاضي ثم من ينصبه القاضي سواء كان الصغير في عيالهم ام لم يكن لانه
يملك عليه ما كان متردد ا بين النفع والضرر فلان تملك ما كان نفعا
محضا اولى وان وهب لليتيم هبة قبضها لها وليه لانه يتولى جميع حقوقه
كالاب وولي الصغير ابوه ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم
من نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيالهم ام لم يكن ص وان كان
في حجر امه او اجنبي جاز قبضهما عنه ش اذا كان الصغير في حجر امه
او اخيه او عمه او حجر اجنبي فقبض له جاز لانه محجور قبضها له لان
لها ولاية حفظه وهذا منه لانه لا يقاله بد ون المال فاحتاجت الى
ولاية التحصيل وهذا منه وكذا اذا كان في حجر اخيه او عمه او حجر اجنبي
فقبض له جاز لانه نوع ولاية بدليل انه يوديه ويسلمه في صناعه فجاز
قبضه له اذ هو نفع محض ولا يجوز قبض من لا يعوله ممن لا ولاية له عليه
واذا كان ذا رحم محرم منه لعدم الولاية ص وان قبض بنفسه جاز ش
اذا كان الصغير عاقلا وقبض بنفسه جاز استحسانا والقياس انه لا يجوز
لانه لا معتبر بفعله قبل البلوغ لان ولاية الغير عليه لم تزل عنه
قبل البلوغ والاستحسان ان كل تصرف هو نفع محض فالصبي فيه غير محجور
عنه كالعبد المحجور اذا وهب له شيء فالقبول والقبض اليه لا الى المولى
وانما يثبت الملك للمولى بحكم انه كسب عبده بالاحتطاب والاصطياد

ص ولو وهب لابنه وبنته يأمره بالقسمة نصفين لا كالميراث
ش قال ابو يوسف اذا وهب الرجل لابنه وبنته شيئا فالعدل ان
يقسم الموهوب بينهما نصفين وقال محمد العدل قسمته بينهما اثلاثا
ثلثاه للابن وثلثه للبنت لابي يوسف ان قسمته اثلاثا يستلزم تخصيص
احد الولدين على الاخر بالهبة وانه مكروه قال عليه الصلاة والسلام
لبشير اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام
هذا جور ولان في التسوية تاليف قلوبهم اذ التفضيل يورث
وحشة ولان كل منهما يساوي الاخر في كونه ولدا وفي اقتراض الصلة
ولهذا يجب نفقة الاب المعسر على الذكر والانثى بالسوية قال الصدر
الشهيد وهو المختار لحديث بشير ولمحمد الاعتبار بقسمة الشرع بينهما
بجد مؤنه وفي النص اشارة الى ذلك قال الله تعالى يوصيكم الله في
اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وقال في البدايع الصحيح ان قول محمد
كقول ابي يوسف فانه قال في الموطا وينبغي للرجل ان يسوي بين ولده
في النحل ولا يفضل بعضكم على بعض ولا يفضل بعضكم على بعض وهذا
مثل قول ابي يوسف وعن ابي حنيفة لا باس بالتفضيل لزيادة فضل
له في الدين لان ابا بكر رضي الله عنه فضل عايشة رضي الله تعالى عنها
على غيرها من اولاده في الهبة في الصحة وان استووا فيه كره وان كان
في ولده فاسق لا ينبغي ان يعطيه اكثر من قوته ليلا يصير معينا
له على المعصية وان وهب ماله كله لواحد منهم جاز في القضا لانه
تصرف في خالص ملكه الا انه ياثم لانه صح انه عليه الصلاة والسلام
قال في مثل هذه الصورة اتقوا الله تعالى قال في البدايع ولا يلوح عندنا

سوا

سواء كان المحرم فقيها تقيا او جاهلا فاسقا على قول مشايخنا المتقدمين
ولا باس به على قول المتاخرين ان يعطي المتادبين منهم والمتفقهين
دون الفسقة الفجرة انتهى فصل في الرجوع في الهبة
لما بين الهبة مع احكامها شرع في بيان الرجوع فيها ص ويكره الرجوع
فيها ش للواهب ان يرجع في هبته اي لمانع لقوله عليه الصلاة والسلام
الواهب احق بهبته مالم يثب منها اي مالم يعوض عنها والمراد التسليم
لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال
اكلنا خبز فلان وان كان قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض
كما يقال الايادي قروض وفايد ذلك ايضا بالشرع قال عليه الصلاة
والسلام تهادوا وتحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان
له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع
بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع وانما كره لانه
من باب الحساسة والدناة فايد عليه الصلاة والسلام شبيهة بخساسة
الفعل ودناة الفاعل حيث قال العايد في هبته كالكلب يعود في
قيئه ص ويجيزه فيما يهبه لاجنبي برضاهما او بحكم الحاكم فان هلكت
بعد الحكم لم يضمن ش قال علماؤنا للواهب ان يرجع في هبته الا لمانع
وقال الشافعي ليس له ان يرجع الا فيما وهبه لولده لقوله عليه
الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده
ولانه عقد تمليك يوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع مضاد لمقتضى
العقد والعقد لا ينتقض ضده وانما يثبت جواز الرجوع في الولد لان
لان اخراجه من ملكه لم يتم لان الولد بعضه او كسبه ولنا الحديث

المذكور ولان المقصود بالعقد لم تحصل فلم يلزم والمقصود العوض
للعادة وانه كما يقع انعاما يقع طمعا في المكافاة والموهوب له مندوب
اليه باشارة قوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها
واذا فات العوض او ما يقوم مقامه ثبتت ولاية الفسخ لان العقد
يقبله والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الولد فانه ينفرد به
فيكون له اخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في سايراموله
على ما قال عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك ان اطيب
ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيا رواه احمد وابو
داود ويسمى ذلك رجوعا جمعا بين الحديثين ينفرد الواهب بالرجوع
قبل التسليم لان ملك الواهب باق ولا ينفرد به بعد التسليم بل يحتاج فيه
الى الرضا او القضا لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا منهما ولا يتهما على الفسخ
او من له ولاية عامة كالرد بالعيب بعد القبض والايض بالهلاك بعد الفسخ
لانه امانة الا ان يمنعه بعد الطلب المتعدي في يده حيث قبضه لا على
وجه الضمان ومعرفة محل الخلاف تحتاج الى قيود ان يهب لاجنبي او لذي
رحم ليس بمحرم او لذي محرم ليس برحم وان يسلمها اليه وان لا يقترن بها
ما يمنع الرجوع ويكون الرجوع بالتراضي او القضاص وتمتنع الرجوع
بالمحرمية والزوجية والمعاوضة وخروجها عن ملك الموهوب له وموت
احد المتعاقدين وحدوث زيادة متصلة لانفصال نش المانع
من الرجوع الرحم المحرم والزوجية وقت العقد والمعاوضة او التعويض
وخروجه عن ملك الموهوب له وموت الواهب له وهلاك الموهوب
والزيادة المتصلة وتغيره من جنس الى جنس اما الرحم المحرم فلقوله

عليه

عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها
ولان المقصود منها وهو صلة الرحم قد حصل والرجوع يودي الى القطيعة
فلا يجوز سواء كان مسلما او كافرا ولا فرق بين قرابة الولاد وغيرها في ذلك
بعد فان وهب لذي رحم غير محرم او لمحرم غير ذي رحم فله الرجوع واما
الزوجية فلانها كالقرابة التامة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب
وترد شهادة كل منهما للاخر للصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة
المحرمية وقد حصل فلا يرجع لحصول المقصود وسواء كان احد الزوجين
مسلما او كافرا لشمول المعنى وهذا بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود
فيها العوض على ما بيناه فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك
حال الهبة حتى لو وهب لاجنبية ثم تزوجها كان له الرجوع لان مقصوده
فيها العوض فلا يسقط بالتزوج ولو وهب لحليله كان مقصوده
بعد الابانة واما المعاوضة فلما روينا من الحديث ولان المقصود من
الهبة التعويض عادة وقد حصل فيستلزم العقد به فيمتنع الرجوع
وانما يسقط بها الرجوع اذا كان العوض مشروطا في العقد اما اذا
تاخر عنه فلا يسقط به الرجوع لانه غير مستحق على الموهوب له
وانما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فكان هبة مبتداة واما التعويض
فلان المقصود من الهبة العوض عادة وقد حصل فالمشروط في العقد
والمتاخر عنه سواء في ذلك لا رجوع فيه في الهبة ولا في التعويض ذكره
في الاصل وصورته ان يقول بعد العقد اعوض هذا العوض عن هبتك
او مكان هبتك او نحوهما مما يبين انه عوض هذا العوض عنها لان حق
الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به اذ لا يتم ذلك بدون

رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والاقران لانه ليس
بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدا ولهذا يجوز باقل من الموهوب
من جنسه في المقدرات ويشترط في العوض ان لا يكون بعض الموهوب
حتى لو كانت الهبة الف درهم نعوضه عنها درهما منها او كانت دارا
نعوضه عنها بيتا منها لم يجز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه
بعضه لم يسقط حقه به في الباقي بخلاف ما لو كانت حنطة نعوضه
عنها من دقيقها او كانت ثوبا فصبغه وعوضه جاز لتبدل الملك بذلك
فليس له ان يرجع فيها ويكون العوض هبة تصح بما تصح به الهبة وتبطل
بما تبطل به ولا تكون في معنى المعاوضة حتى لا يثبت فيه الشفعة
ولا الرد بالعيب اما اذا لم يضف الى الهبة الاولى بان وهب الموهوب
ولد الواهب شيا ولم يقل عوضا عن هبتك فهذا هبة مبتداة ويكون
لكل منهما الرجوع فيما وهب واما خروجها عن ملك الموهوب له فلان
الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن
من بعض ما تم من جهته ولا تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى
فلا يرجع فيها واما موت احد المتعاقدين فلان بموت الموهوب له حصل
الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم
كما اذا انتقل اليهم في حال حيوته ولا تبدل الملك كتبدل العين
فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل فاما موت الواهب فلانه
لا سبيل للوارث عليه اذ هو اجنبي في العقد واما الزيادة المتصلة
كالسمن والصبغ والخياطة والبناء والغرس فلانه لا يمكن الرجوع بدون
الزيادة ولا سبيل الى الرجوع مع الزيادة لان العقد ما ورد عليها

والمراد

والمراد بالزيادة المتصلة هي الزيادة في نفس الموهوب لشيء يوجب
زيادة في القيمة كالجمال والخياطة والصبغ ونحوها فان زاد من حيث
السعر فله الرجوع لعدم الزيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال
حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد
في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا
يمتنع الرجوع ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له لا يرجع
ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد
ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع كالهدم في البناء والقطع في الثوب
والذبح في الشاة وقطع الشجر وكسر الحطب سوا نقصت الذات او القيمة
وان ولدت الجارية الموهوبة وكذا فله ان يرجع فيها دون ولدها
لكن لا يرجع فيها حتى يستغني الولد عنها ولو وهب غلاما فشب وازداد
قيمته ثم شاخ فنقصت ذكر في المنتقا انه لا يرجع فيه لانه ازداد
في يديه وطال في جلسه ثم انتقص لشيخوخته وذكر الناطفي في
اجناسه انه يرجع وعلى هذا جميع الحيوان ص وان وهب لعبد اخيه
فله الرجوع كما لو وهب لاخيه وهو عبد س هاتان مسئلتان الاولى
خلافيه والثانيه وفاقيه اما الاولى اذا وهب عبد لعبد اخيه قال
ابو حنيفة يثبت له حق الرجوع وقالا لا يرجع لان الهبة تنفع للمولى وانه
اخوه ولابي حنيفة ان الهبة تنفع للعبد حتى اعتبر قبوله ورده وقبضه
ولهذا اذا الموهوب حرا وهو كافر والمولى مسلم صح وعلى احد الطريقين
الملك تنفعه حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل الى مولاه عند استغنايه
وعلى الطريق الاخر الملك تنفع للمولى بطريق الخلافة وهو اجنبي وان كان

كل من العبد والمولي ذا رحم محرم ذكر الكرخي عن محمد ان قياس قول الامام
له الرجوع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة قرابة العبد لا اثر
لها في المنع عن الرجوع وقال ابو حفص الهندواني لا رجع في قولهم
لانه اما ان يكون المعتبر حال العبد او حال المولي وايا ما كان يمتنع
واما الثانية الوفاقية وهي ما اذا وهب لاجنبي وهو عبد فله ان
يرجع لان الهبة نفع وانه اجنبي ص او المكاتب فعجز بخيزه كالو اعتق
وخالفه ش رجل وهب مكاتبا وهو المولي اجنبان منه فان ادي فعتق
رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند ابي يوسف خلافا
لمحمد اصل ابي يوسف ان الملك لا ينتقل الى مولاه بل يظهر انه وقع للمولي من
وقت الهبة واصل محمد ان المكاتب اذا عجز ينتقل الملك الى مولاه والاستحقاق
يمنع الرجوع وفي المحيط لو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان ادي
المكاتب فعتق لم يرجع وان عجز لم يرجع خلافا لمحمد ولو كان مولاه رحما محرما
منه دون المكاتب فان عتق رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك
عند ابي حنيفة وعندهما لا يرجع بناء على الاختلاف فيمن وهب لعبد
اخيه ص واطلقوه في القسمة للزيادة المتصلة ش قال علماؤنا اذا
وهب انسان لرجل شيئا فازداد في يد الموهوب له زيادة متصلة
لم يرجع في قيمته خلافا لمالك له ان الرجوع متعلق بصورته وقيمته
والزيادة ان منعت الرجوع في صورته لم تمنع في قيمته كما في الغصب
واما ان الرجوع متعلق بصورته لا بقيمته وقد يمتد الرجوع في صورته
اجماعا فامتنع الرجوع مطلقا بخلاف الغصب فان الرد متعلق بصورته
وقيمته فان تعذر رد صورته لم يتعذر رد قيمته ص وجعله القول

للواهب

للواهب المنكر لا للموهوب له في دعواه ش الموهوب له اذا ادعى ان الموهوب
زاد في يده زيادة متصلة تبطل حق الرجوع كالسمن وقال الواهب لم يزدد
وانما هو بحاله فالقول للواهب مع يمينه وقال زفر القول للموهوب
له لان الواهب يدعي فيه شيئين الاصل والزيادة والموهوب له منكر فصار
كما لو قال الموهوب له بنيت او غرست ولنا ان الموهوب له يدعي لزوم
العقد وبطلان الرجوع والواهب ينكر بخلاف البناء والغرس فانه يجوز ان
يقصد ويفرد بالهبة والملك بخلاف السمن ولو اختلفا في وجود المانع ادعى
الموهوب له المحرمية برحم او التعويض وكذبه الواهب فالقول قوله
لانه انكر لزوم الهبة لعدم اتصال مقصوده ولو قال الموهوب له بنيت
او غرست في الارض او صبغت الثوب او خطته وانكر الواهب فالقول
للموهوب له لان الواهب يدعي بقية الاصل والزيادة والرجوع فيهما
والموهوب له ينكر فكان القول قوله ص ولو قال خذ هذا بدلا
عن هبتك او في مقابلتها او عوضها او عوضه اجنبي متبرعا فقبض فلا رجوع
ش اذا قال الموهوب له خذ هذا بدلا عن هبتك او عوضها او في مقابلتها
او مكانها فقبضه الواهب سقط الرجوع هكذا ذكره القدوري وقال
في الاصل اذا عوض الموهوب له من هبته عوضا وقبضه الواهب فليس
للواهب ان يرجع في هبته لحصول مقصوده وهو استقاط حق الرجوع ويشترط
ان يضيف العوض الى الهبة بان يقول هذا عوض عن هبتك او بدلها
او مكانها او مقابلها او ما اشبه ذلك حتى انه اذا لم يقل هذا عوض هبتك
او نحو ذلك يصير عوضا ويكون هبة مبتداة حتى كان لكل واحد منهما
ان يرجع في هبته انتهى وقال في البدايع التعويض المتاخر عن الهبة

هبة مبتداة بلا خلاف بين اصحابنا تصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل
به ولا تخالفها الا في اسقاط الرجوع فعلى معنى انه يسقط الرجوع في الاول
ولا يسقط في الثانية واما في ماوراء ذلك فهو في حكم هبة مبتداة سقط
لحق الرجوع في الهبة الاولى انتهى وان عوض اجنبي عن الموهوب له متبرعا
او غير متبرع فقبض الواهب العوض بطل رجوع الواهب لان العوض للاسقاط
فتصح من الاجنبي كالخلع والصلح ورجوع العوض لانه متبرع باسقاط الحق ص
وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض او كل العوض رجع في الهبة
ش اذا استحق بعض الهبة فللموهوب له ان يرجع على الواهب بقدره من
العوض لانه تحصل بمقصوده من العوض في هذا القدر وان استحق كل العوض
فللواهب ان يرجع فيما وهب لان الهبة بقيت بلا عوض وان استحق جميع
الهبة فللموهوب له ان يرجع بجميع العوض لعدم حصول مقصوده وهو
تأكد ملكه في الهبة وان استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع على الموهوب
له لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان استحقت الهبة والعوض هالك
يرجع على الهالك بمثل العوض ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل
لانه لم تحصل مقصوده من العوض ص او نصفه منعناه من الرجوع
الا ان يرد الباقي ش قال علماؤنا الثلاثة اذا استحق نصف العوض
ان شاء الواهب رد ما بقي من العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء امسك ما بقي
ولم يرجع بشيء وقال زفر يرجع بقدر ما يستحق من الهبة ويمسك ما بقي
من العوض اعتبارا باستحقاق الهبة ولنا ان الباقي صلح ان يكون عوضا
والهبة ما وقعت مقابلة بالعوض فيكون فوات بعض العوض موجب
لاستحقاق بعض الهبة بخلاف العوض فانه بدل في مقابلة الهبة

ولو وجد

ولو وجد الموهوب له عيبا فاحشا بالهبة او وجد الواهب بالعوض
ليس له ان يرد ويرجع لان الرد بالعيب من احكام المعاوضة والهبة
ليست بعقد معاوضة ص واذا تلف الموهوب او استحق وضمن الموهوب
له لم يرجع على الواهب ش اذا تلف الموهوب او استحق وضمن الموهوب
لم يرجع على الواهب بشيء اذا لم يكن عوض لان الواهب لم يضمن له
السلامة لان الهبة عقد تبرع ولا تنقلب الزاما ولان الرجوع انما
يثبت اذا غره والغرور انما يثبت في عقد فيه بدل كالبيع او قبض
نفع للدافع كالوديعة او في الامر بالتصرف في شيء يضيفه الى نفسه
مثل ان يقول اهدم هذا الحائط فانه لي ولم يوجد شيء من ذلك فلم
يثبت له الرجوع ولهذا اذا هلكت الدابة في يد المستعير ثم استحقها
رجل بالبينة وضمن قيمتها لا يرجع على المعير بما ضمن ولو هلكت في يد
المرتهن او المودع او المستأجر ثم استحقها رجل بالبينة واخذ القيمة
منه كان له ان يرجع على الراهن او المودع او المؤجر ولو وهب ماغصب
او باع او تصدق او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا قيمته
ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب
ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة والمشتري بالثمن ص
واذا وهب بشرط العوض اعتبرنا حكم الهبة قبل القبض والبيع
بعده لا البيع مطلقا ش قال علماؤنا الثلاثة اذا وهب بشرط
العوض فقال وهبت على ان تعوضني كذا يراعى احكام الهبة قبل التقابض
حتى لا يتم قبل القبض وتبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يجبر على القسمة
ولا يملك الموهوب واحكام البيع بعده حتى يرد بالعيب وخيار الرؤية

وتجب فيه الشفعة عملا بحقيقة المعاوضة وقال زفر هو بيع ابتدا
وانتها لانتها بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني
دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط
عدم البراة كفالة ولنا ان العقد اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين فيكون ابتداه معتبرا بلفظ فيجري فيه احكام الهبة
وانتهاوه معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع واعتبار اللفظ والمعنى
عند الامكان اولى من الغا احدهما ولا تنافي بين حكميهما لان حكم البيع
قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لاحدهما فيكون موافقا لحكم الهبة
من حيث تاخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع
بشي مما ذكرنا من موانع الرجوع بخلاف المستشهد به فان العمل فيه
بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين فيه الغا اللفظ والعمل
بالمعنى والخلاف فيما اذا ذكره بكلمة على اما اذا ذكره بكلمة البا يكون
بيعا ابتدا وانتها بلا خلاف ص ولو اضحى بالموهوب او نذر التصدق
به يسقط ش رجل وهب رجلا شاة فقبضها فضحى بها او قال لله علي ان
اتصدق بها ثم اراد الواهب ان يرجع فيها قال ابو يوسف ليس له ذلك
لانه لما عينها لهذه القرب تعلق بها حق الله تعالى او حق الفقير فيبطل الرجوع
وقال محمد وهو رواية عن الامام له الرجوع لان هذه القرب انما تجب حقا
لله تعالى وحق الله تعالى في المال لا يمنع النقل من ملك الى ملك فلا يمتنع
الرجوع بخلاف ما لو سلمها لخروجها عن ملكه حينئذ فاذا رجع الواهب
لا ضمان على الموهوب له لان الاستحقاق بمنزلة الهلاك كما في نصاب
الزكاة بخلاف ما لو نذر بتصدق بدنه فنحر بدنه موهوبة له فاذا

رجع

رجع الواهب فعلى الموهوب له قيمتها منحورة لانه بالنذر الزم عليه تصدق
لحم فارغ وهذا المحل مشغول بحق الواهب فلم يوجد الوفا بالنذر كذا في المحيط
قيد بالتضحية اذ لو ذبح من غير تضحية بقي حق الرجوع اتفاقا واذا صح الرجوع
في التضحية جاز الاضحية من الموهوب له لان رجوع الواهب فيها بمنزلة
هبة الموهوب له الشاة المذبوحة من الواهب من الحقايق ص وان وهب
عبده المديون من رب الدين فسقط دينه ثم رجع فيه بعبده وابطله ومنع
من الرجوع في رواية ش رجل له على عبد اخر دين فوهب العبد له
فسقط دينه لامتناع ان يثبت للمولى على عبده دين ثم ان الواهب رجع
في عبده قال ابو يوسف يعود الدين على العبد كما كان وقال محمد لا يعود
لابي يوسف ان بالرجوع تنفسخ الهبة من الاصل ويعود العبد الى قديم
ملك الواهب وبطلان الدين كان حكما لملك الموهوب له العبد فاذا بطل
الملك فيه بطل حكمه ايضا كمن له على اخر دين موجل فقضاه قبل الاجل الدين
بدراهم فاستحقت يعود الدين موجلا لبطلان القضا بالاستحقاق
ولمحمد ان الدين قد سقط بالهبة والساقط لا يعود وروى هشام عن
محمد عدم جواز الرجوع اصلا لان سقوط الدين بمنزلة زيادة متصلة
فيمنع الرجوع ص او جارية الا حملها صحت الهبة لا الاستثنا ش
ولو وهب جارية واستثنى حملها صحت الهبة وبطل الاستثنا لان
الاستثنا تصرف لفظي لا يعمل الا فيما يتناوله اللفظ والحمل لم يدخل
تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية وكان تبعا لها فلا يصح استثناوه
فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان النبي
صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وهذا هو الحكم في كل

معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف
المعاوضة المالية فانها تبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة متعلق بفعل حسي وهو القبض
والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل وما في البطن في
العقد له ثلاثة اوجه في وجه العقد والاستثنا فاسدان كالبيع
والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود يبطلها الشرط الفاسد
واستثنا ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد وفي وجه العقد جائز
واستثنا فاسد كالهبة والصدقة والنكاح والخلع كما تقدم لان هذه
العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فتنعقد وتبطل الاستثنا وفي
وجه العقد والاستثنا جائزان وهو الوصية ولو اعتق ما في بطنها ثم
وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها
به لا يوجب الفساد كما اذا وهب ارضه وفيها ابنية بخلاف ما اذا
دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن
ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل الملك من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح
الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون
التمر او الحوائط بدون الدقيق من حيث ان كل واحد منهما يمنع القبض
بخلاف البيع حيث لا تجوز في الفصول كلها فصل الاستثنا والعتق
والتدبير بخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون
الام لان بابها اوسع **فصل في العمرى والصدقة** وتجوز
العمرى للمعمر في حياته ولورثته من بعده وتبطل الشرط س العمري
ان تجعل داره لانسان مدة عمره واذا مات ترد اليه فاذا فعل ذلك

صحت العمرى وتكون لورثته المعمر بعد وفاته ويبطل شرط المعمر وهو
الاسترداد لما روي مسلم باسناده الى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال العمري ميراث لاهلها وقال امسكوا عليكم اموالكم لا تفسدوها
فانه من اعمر عمري فهي للذي اعمر حيا وميتا ولعقبه ولما روي انه عليه
الصلاة والسلام اجاز العمري وابطل شرط المعمر ص وتجوز الرقبى وابطلها
ش الرقبى ان يقول داري لك رقبى معناه ان مت قبلك فهي لك وان مت
قبلي فهي لي فهذه على ثلاثة اوجه احدها ان ينوي بقوله رقبى الهبة
ومعناه رقبة داري لك ففي هذا الوجه تجوز بلا خلاف الثاني ان ينوي
بها الترقيب كان كل واحد منهما يراقب موت الآخر ففي هذا الوجه لا تجوز
بلا خلاف لانها تعليق الملك بالخطر فلا تجوز الثالث ان لا ينوي شيئا
ففي هذا الوجه الخلاف قال ابو يوسف تجوز وقالا لا ابي يوسف حديث
جابر رضي الله تعالى عنه انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمري والرقبى
ولان قوله داري تمليك وقوله رقبى شرط فاسد فيلغوا ولهما حديث
شريح انه عليه الصلاة والسلام اجاز العمري وابطل الرقبى وفي لفظ
جعل الرقبى الذي ارقبها رواه احمد والنساي ولان في ذلك تعليق الملك
بالخطر فلا يصح واذا لم يصح يكون عندهما عارية لانه مأذون له في
الانتفاع بها من قبل المالك ولان الرقبى ان كانت من العقب فلا تصح
لنا قلنا وان كانت من الارقاب وهو هبة الرقبة فيجوز ولما احتملت
المعنيين وملك المالك ثابت فلا يزول بالشك وقوله داري لك
انما يكون هبة اذا لم يبين شيئا اما اذا فسره كقوله داري لك سكنى
فلا وعلى هذا الخلاف قوله داري لك حبيس لك رقبى تمليك حبيس عليك

والله اعلم بالصواب

ربتي حبس عليك ربتي عليك والخلاف في اثنين واما البواقي فعارية
بلا خلاف وضبطها لفظان حبس وربتي وصلتان لك وعليك تقدم الصلة
عليهما او توخر لابي يوسف ان اللام في لك ضرح في التمليك وحبس ينفي
الملك فعم التمليك بصدوره اولا يبطل النفي لكونه شرطا فاسدا ولهما
ان قوله حبس تفسير لقوله لك كما لو قدم الحبس ولان التمليك يطرق
الحبس باطل لما روي عن شرح انه قال جامحد سبيع الحبس ص ولو
قال جميع مالي او ما املكه لفلان كان هبة ش حتى لا تجوز بدون
القبض لان ملكه لا يصير لغيره الا بتمليكه ص او ما ينسب الي او يعرف
بي كان اقرارا ش ولو قال جميع ما ينسب الي او يعرف بي لفلان فهو
اقرار لجواز ان يكون للمقر له وهو في يده ويعرف به وينسب اليه ص
ويشترط القبض في الصدقة ولا يصح في مشاع كالهبة ولا رجوع فيها بعد
القبض ولا في الهبة للفقير ولا الصدقة على الغني ش الصدقة كالهبة
لا تصح الا بالقبض لانها تبرع فلا يثبت الملك بمجرد القول كالوصية
ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة في رواية لانه عقد تبرع فلا يتم الا
بالقبض والشيوع مانع منه ولا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض لان
الثواب قد حصل فيمنع الرجوع كالعوض في الهبة ولا يصح الرجوع في الهبة
للفقير استحسانا لان الاعتبار في العقود للمعاني وكانت هبة مستعارة
للصدقة ولا يصح الرجوع في الصدقة على غني في ظاهر اطلاق الكتاب
كما في الصدقة على الفقير ومن المشايخ من قال تصح لان المقصود منها
العوض فيكون هبة والظاهر ان المقصود من التصدق عليه قد يكون
الثواب وقد حصل ثم المعتبر هاهنا بهذا المعنى دون اللفظ فالهبة

اذا صادفت الفقير كانت صدقة والصدقة اذا صادفت الغني كانت هبة
وان سقط الرجوع فيها لغني لما حق بها ص ويجوز الصدقة على فقيرين
وهي على غنيين لا تجوز ش قال ابو حنيفة الصدقة على غنيين فيما
يحتمل القسمة لا تجوز وقالا تجوز كالصدقة على فقيرين وللامام ان الصدقة
على غنيين هبة بخلاف التصدق على فقيرين لانه يراد به وجه الله تعالى
فلا شيوع والهبة يراد بها وجه العبد وهما اثنان هكذا ذكر الخلاف في
الجامع الصغير وذكر في الاصل الخلاف في الفقيرين كما ذكره في الغنيين
ووجهه ان الصدقة تملك من الفقيرين حقيقة فيتحقق الشيوع فلا
يصح ص ولم يعينوا الثلث على من نذر التصدق بماله او ملكه ولا
غنيا بل يخرج في الحال جنس يزكى وفي الملك الكل وبجنس قدر النفقة
الى ان يكتسب فيخرج ملكه ش قال علماؤنا اذا نذر ان يتصدق بماله
فهو على ما فيه الزكاة استحسانا فيتصدق بالذهب والفضة وعروض
التجارة والسوايم والغلة والثمرة العشرية والارض العشرية خلافا
لمحمد لان الغالب في العشر معنى العبادة حتى لا تجب على الكافر فكانت
في معنى الزكاة ولا يتصدق بغير ذلك من الاموال لانها ليست اموال
الزكاة وكذا لو قال جميع ما املك في الاصح وقال مالك يجب اخراج الثلث
في الوجهين لان في ايجاب الكل اجحافا به وهو غير مشروع والتبليغ الى الثلث
في الوصايا مطلق فقدره به وقال ش فرض يجب اخراج جميع ماله وجميع
ملكه عملا بعموم اللفظ ولنا انها يستعملان استعمالا واحدا وايجاب
العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى للصدقة المضافة الى
المال يتناول اموال الزكاة قال الله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم

فكذا انجاب العبد فيتصدق بما ذكرنا بخلاف الوصية لانها خلافة كالوراثة
وذا يتناول جميع الاموال وان لم يكن له مال سوي مال الزكاة لزمه ان
يتصدق بكله اجماعا ويمسك منه ما ينفعه الي ان يكتسب شيا ثم يتصدق
بمثل ما امسك لانه لو تصدق بالجميع احتاج الي ان يسال او يموت جوعا
وانه ضرر فاحش فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ولم يقدره بشئ
لان الناس يختلفون في ذلك باختلاف احوالهم في النفقات فالحاصل
انه يمسك قدر كفايته في نفقته الي ان يقدر علي اداء مثله ولو قال
داري في المساكين صدقة فعليه ان يتصدق بها وان تصدق بقيمتها
اجزاه ولو قال لاخر كل ما يصل الي من مالك فعلي ان اتصدق به لان
في الاباحة لا يملكه الا بالاكل وبعد الاكل لا يمكن التصدق به

كتاب الوقف

وجه ايراد الوقف عقيب الهبة ان الهبة تبرع بالاعيان
والمنافع والوقف تبرع بالمنافع فيما تشاركان والوقف في الاصل مصدر
يقال وقفه اذا حبسه وقفا ووقف نفسه ووقوفا يتعدي ولا
يتعدي وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وكذلك جمع علي اوقاف
كوقت واوقات ولا يقال اوقفه الا في لغة رديئة قليلة حكاها
الازهري وهو في اللغة الحبس ومنه الموقف لان الناس يوقفون فيه
اي يحبسون للحساب وفي الشرع حبس شئ معلوم نصفه معلومه علي
ما بين ان شاء الله تعالي ثم لا خلاف في جواز اصل الوقف لما روي انه عليه
الصلاة والسلام تصدق بسبع حوايط بالمدينة وكذلك الصحابه رضي الله
تعالي عنهم وقفوا والخليل عليه الصلاة والسلام وقف وتوفاه الله تعالي
الي يومنا هذا وانما اختلفوا في كيفية جوازه علي ما بين ص وقف جايز

ولزومه

ولزومه بالقضا او بعد الموت اذا علق به وقالا هو لازم مطلقا ش المراد
بالجواز الذي في مقابلته اللزوم لا الفساد بقرينة قوله ولزومه بالقضا
ثم اعلم انه لا خلاف في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضا
القاضي او اضافه الي ما بعد الموت بان يقول اذا مت فقد جعلت داري
وقفا بعد كذا وانما الخلاف في جوازه مزيلا لملك الرقبة اذا لم يتصل
به حكم حاكم ولم يوجد اضافة الي ما بعد الموت فقال ابو حنيفة لا يجوز
حتي كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته
الا ان يجيزوه فيصير جايزا ويتابد وقال ابو يوسف ومحمد لا يشترط
لجوازه شئ من ذلك حتي لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو معني الاطلاق
وهذا بنا علي ان الوقف عنده هو حبس العين علي ملك الواقف عملا
بمقتضي قوله وقفت والتصدق بثمرته وغلته المعدوم علي المساكين
بمنزلة العارية وعندهما ازالة العين عن ملكه الي الله تعالي وجعله
محبوسا علي حكم ملك الله تعالي علي وجه يصل نفعه الي العباد
فوجب ان يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالي ويصير محرزا عن التمليكات
ليستدام نفعه ويستمر وقفه للعباد وجه قولهما ما قدمنا من
فعله عليه الصلاة والسلام وفعل اصحابه ولان الحاجة ماسة الي
لزوم الوقف ليصل ثوابه الي الواقف علي الدوام وانه ممكن باسقاط ملكه
وجعله لله كالمسجد فيحصل كذلك ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنه انه قال لما نزلت سورة النسا وفرضت فيها الفرايض قال
رسول الله صلي الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله تعالي وكان نفيا
شرعا وروي النسايي وابن ماجه عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال

لعمر احتبس ثمر اصلها وسبل ثمرها اي احتبسه على ملكك وتصدق
بثمرتها والا لكان مسبلا جميعها وروي الطحاوي عن عطاء بن السايب
انه قال سالت شريحا عن رجل جعل داره حبسا على الاخر فالاخر
من ولده فقال انما اقضي ولست اقضي قال فناشدته فقال لا حبس
عن فرايض الله تعالى فكان منفيا شرعا كما اذا قال ارضي هذه موقوفة
حال حياتي وبعد مماتي الا ان عند الامام هو نذر في حياته حتى
لو تصدق بقيمتها جاز لانه التزم قربه ووصيه وعن شريح انه قال
جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه جوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى مفعول اذ الوقف
حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وعن عبد الله بن
زيد انه تصدق بضيعة له فشكا ابوه الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال له ارجع في صدقتك ولان شرايط الواقف تراعى فيه ولو زال
عن ملكه لم تراع كالمسجد ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دايما ولا
ذلك الا ببقاء العين على ملكه وانما جاز وقفه عليه الصلاة والسلام
لان المنافع من وقوعه حبسا الحبس عن فرايض الله تعالى ووقفه
عليه الصلاة والسلام لم يقع حبسا لقوله عليه الصلاة والسلام
انا معاشر الانبيا لا نورث ما تركنا صدقة واما اوقاف الصحابة
رضي الله تعالى عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
يحتمل انها كانت قبل نزول سورة النسا فلم تقع حبسا عن فرايض الله
تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام يحتمل ان ورثتهم
امضوها بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز قاضي حكم

به حاكم لان حكمه صادف محل الاجتهاد وافضى اجتهاده اليه وقضا القاضي
في موضع الاجتهاد بما افضا اليه اجتهاده جايز كما في سايز المجتهدات
وفي حكم المحكم اختلاف المشايخ ففي فتاوي سمرقند انه لا ينفذ وفي
الفتاوي الصغري انه ينفذ عملا بظاهر الجواب وهو الاصح لكن لا يفتى به
وانما جاز مضافا الى ما بعد الموت لانه لما اضافه الى ما بعد الموت فقد
اخرجه مخرج الوصية فيجوز كسايز الوصايا وفي التتمة والعيون والحقايق
الفتوي على قولهما وعليه اكثر المشايخ فان الناس لم ياخذوا بقول
ابي حنيفة في هذا للاثار المشهورة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة
وتعامل الناس والحاصل ان الوقف لا يخلو اما ان يكون محكوما
به فان كان الاول لزم بالاجماع وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون
منجزا او معلقا او مضافا او مركبا من التنجيز والتعليق او من التنجيز
والاضافة فان كان منجزا ففيه الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه
وان كان معلقا فلا يخلو اما ان يكون معلقا بالموت او بغيره فان كان
بغير الموت فالوقف باطل بالاجماع وان كان بالموت فان علق بموت مقيد
بمرض كذا فكذلك باطل بالاجماع وان كان بالموت فان علق بموت مقيد
بمرض كذا فكذلك باطل بالاجماع وان علق بموت مطلق فالوقف لازم
بالاجماع وان كان مضافا فلا يخلو اما ان يكون مضافا الى الموت او الى
الوقت فان كان الاول فالوقف لازم بالاجماع كما اذا قال وقفت داري
بعد موتي على الفقرا وان كان الثاني بان قال وقفت داري بعد سنة
من هذا الوقف على المساكين فقد ذكر في وقف المخبره ان الخصاف
سيل به فقال لا احفظ عن اصحابنا في هذه المسيلة شيا قال وعندي

الا تكون هذه الدار وقفا وان كان مركبا فالوقف لازم بالاجماع وعليه
اكثر المشايخ وقوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرايض الله تعالى
يحمل على انه لا يمنع اصحاب الفرايض عن فروضهم بعد الموت وما روي عن
شريح من قوله جا محمد ببيع الحبيس محمول على حبيس الكفره مثل البحيرة
والسايبة والوصيله ولان هذا تقرب الى الله تعالى بعين من اعيان
ماله فتجوز كالمسجد وصورة قضا القاضي فيما ذكر في فتاوي قاضي
خان ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع فيه
وينازعه بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي بلزومه
وهذا غير مختص بالوقف بل كل حكم مجتهد فيه اذا اتصل به قضا
القاضي يصير بمنزلة المجمع عليه ص فيخرجه عن ملكه بالقول
من غير تسليم الى ولي وشرطه ش قال ابو يوسف يزول ملك الواقف
عنه بمجرد قوله جعلته وقفا فلا يشترط القبض ولا الافراز لانه
اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد لا يزول حتى يسلمه
الى المتولي لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولان التمليك
من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه مالك الاشيا وانما يثبت ذلك في ضمن التسليم
الى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ص ويجيزه في المشاع
ومنعه فيما يحتمل القسمة ش اي ويجيز ابو يوسف وقف المشاع وان كان
مما يقسم لان القسمة من تتمة القبض واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا
تتمته وانما كان كذلك لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع
لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق وقد روي ان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه
ملك ماية سهم بخيبر فقال النبي صلى الله عليه وسلم احتبس اصلها فدل ذلك

على ان

على ان الشيوع لا يمنع صحة الوقف وعند محمد لا يجوز وقفه وعليه الفتوى
بخلاف ما يحتمل القسمة لان التسليم شرط الجواز عنده والشيوع يخل بالتسليم
والقبض وما روي عن عمر رضي الله عنه انه وقف ماية سهم قبل القسمة
يحتمل بعدها فلا يكون حجة مع الاحتمال على انه ان ثبت ان الوقف كان
قبل القسمة فيحتمل انه وقفها شايعا ثم قسم وسلم وقد روي انه فعل
ذلك فيجوز كما لو وهبه مشاعا ثم قسم وسلم بخلاف ما لا يحتمل القسمة
فان وقفه يجوز اعتبارا بالصدقة المنفذة والهبة وان حكم به حاكم
جاز بالاجماع لما مر ص ولا يجوز في المسجد والمقبرة ش اي لا يجوز الشيوع
في المسجد والمقبرة بلا خلاف لان بقا الشركة يمنع الخلوص لله تعالى
والتهابي فيهما فيبيح مسجدا يوما واصطبلا يوما ويقبر مدة وينبش مدة
بلا خلاف بخلاف غيرهما من الوقوف لان المقصود فيها الاستغلال
فيستغل ويقسم الغلة ص ويجيز شرط المنفعة والولاية لنفسه
وخالفه فيهما ش قال ابو يوسف اذا جعل غلة وقفه لنفسه مدة حياته
جاز خلافا لمحمد قيل الاختلاف بينهما على اشتراط القبض والافراز وعدمه
وقيل ابتدا اي لمحمد ان التقرب بازالة الملك وهذا الشرط يمنع الازالة
ولابي يوسف انه عليه الصلاة والسلام كان ياكل من صدقته والمراد
به الصدقة الموقوفة واكل الواقف من وقفه بلا شرط لا يحل فتعين
الشرط وروي عن محمد رضي الله تعالى عنه انه وقف وشرط في وقفه
ولا جناح على من وليه ان ياكل منه بالمعروف وكان يلي امر وقفه بنفسه
ولان القرابة لا تنعدم لقوله عليه الصلاة والسلام نفقة المرء على نفسه
صدقة وعلى هذا الاختلاف اذا جعلها لعبيده او امايه ولو جعل لمديونه

اوامهات اولاده قيل على هذا الاختلاف وقيل يجوز بلا خلاف وعن ابي يوسف
ان الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو افضل
منه يجوز لان شرط البيع شرط لاثبات الوقف الا ترى انه يباع اثاث
المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس واما شرط الولاية لنفسه فيجوز
عند ابي يوسف ايضا وهو ظاهر المذهب فانه ذكر في وقف هلال
اذا لم يشرط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك
ام لم يشترطه وقال محمد لا يجوز بنا على اشتراط التسليم عنده فاشتراط
الولاية لنفسه بنا في شرط صحة الوقف وللظاهر ان الولاية للقيم
في الوقف يثبت بشرط الواقف فمحال ان لا يثبت للواقف وولاية غيره
مستفادة منه ولو شرط الولاية لنفسه وهو غير مامون ينزعه منه
القاضي ويوليه غيره نظرا لاهل الوقف كما يخرج الوصي به نظر الصغير
وان شرط ان ليس للسلطان او القاضي عزله فالشرط باطل لانه يخالف
حكم الشرع ولو ترك العمارة وفي يده من غلته ما يمكنه ان يعمره فالقاضي
يجبره على العمارة فان فعل والا يعزله سلم للمتولي ثم اراد اخذه جاز
له ذلك وان لم يشترطه لنفسه عند ابي يوسف وهو المختار خلافا لمحمد
ثم عند محمد لصحة الوقف اربعة شرايط التسليم الى المتولي وان يكون مفرزا
وان لا يشترط لنفسه شيأ من منافع الوقف وان يكون مؤبدا بان يجعل
اخره للفقراء لما روي عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم انهم قالوا
لا تجوز الصدقة الا محرزة مقبوضة ولان الملك حقيقة من الله تعالى
لا يتصور لانه مالك الاشيا وانما يثبت ذلك ضمنا للتسليم الى العبد
كالزكاة ولانه متى كان لشيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى وعند

انظم ابو يوسف

ابي يوسف رضي الله عنه لا يشترط شيء من ذلك لانه اسقاط كالاعتاق
واخذ مشايخ خراسان بقول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف ص
ويجيز من غير ذكر تابيد ويكون للفقراء وان لم يسمهم ش قال ابو يوسف
ذكر التابيد ليس بشرط في صحة الوقف خلافا لهما وانما جعل الخلاف
في ذكر التابيد دون نفس التابيد لان التابيد شرط بالاجماع هو
الصحيح وانما الخلاف في ذكره قال ابو يوسف اذا ذكر جهة تنقطع جاز
ويكون للفقراء وان لم يسمهم لان لفظ الوقف والصدقة ينبي عن
التابيد لكونه اسقاطا للملك بدون التملك كالاعتاق فينصرف عند
انقطاع الجهة الى الفقراء لان كونه صدقة وقربة لا يحصل الا بذلك وقال
الخصاف ذكر الوقف ذكر للتابيد عند ابي يوسف وعند محمد لا بد من
ذكره قال القاضي ابو عاصم قول ابي يوسف اقوى لمقاربة بين
الملك والوقف اذ في كل منهما معنى التمليك وقول محمد اقرب الى مواقف
الاثار وبه اخذ مشايخ بخارى ص ولا تدخله في ملك الموقوف عليه
ش قال علماؤنا لا يصير عين الوقف ملكا للموقوف عليه خلافا
للشافعي في قول الا انه لا يبيع ولا يهب حتى لو كان ارضا كان خراجها
عليه او عبدا كان صدقة فطره عليه له انه زال ملك الواقف عنه ولم
يدخل في ملك الموقوف عليه كان مالا ضايعا ولنا ان الملك لو انتقل الى
الموقوف عليه لم ينتقل عنه بشرط الواقف الى غيره كساير الاملاك
ولانه ازالة ملك لا تمليك وما ذكره ينتقض بالة المسجد وستارة الكعبة
والعبد المشترى لخدمة الكعبة ص وبزيل ملكه عن المسجد بقوله
وشرط لخزانته وصلاة واحد او جماعة فيه باذنه ش قال ابو حنيفة

ومحمد اذا جعل داره مسجدا جاز اذا سلمه والتسليم ان يصلي فيه بجماعة باذان
واقامة باذنه وقيد القدوري بالاقرار لان المسجد مع الشيوع لا يكون خالصا
لله تعالى وانما اشترطت الصلاة فيه لان التسليم شرط عندهما فجعل
تسليم المسجد بالصلاة فيه لان التسليم في كل شيء بحسب ما يليق به
بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عنهما لانه بني للصلاة بالجماعة
وقد وجد قبض من جعل المسجد له فتح الباب وصلى فيه واحدا وجماعة
وحدانا في احدى الروايتين عنهما انه قبض اعتبارا بالمقبرة والخان
وفي الاخرى ليس بقبض لان بناء المسجد لصلاة الجماعة فما لم يوجد ما بني
له لا يعتبر قبضا وقال ابو يوسف اذا قال جعلت داري مسجدا كفى لان التسليم
عنده ليس بشرط على ما مر من اصله ولو جعل شخصا واحدا امامها ومؤذنا
للمسجد فاذن فيه وصلى وحده صار مسجدا بلا خلاف لان ادا صلاته على
هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا موذن مسجد اذا اذن واقام وصلى وحده
ليس لمن يجيء بعده ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد ولو دفع الى المتولي من
غير ان يصلي فيه احد قيل لا يكون قبضا لان المسجد لا يكون فيه متول وقيل
يكون قبضا لان المسجد يكون له خادم يغلق ويكنس والتسليم اليه قبض
ولو جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي قبل انه قبض كما في الخان وقيل
ليس بقبض لانها لا يكون لها متول ص وافراز الطريق شرط ش قال
ابو حنيفة اذا جعل وسط داره مسجدا واذن بالصلاة فيه لا يصير مسجدا
لان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع والمسجد ما لا يكون لاحد فيه
منع وعن ابي يوسف ومحمد انه يكون مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا
الا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما في الاجارة بان استاجر بيتا ولم يذكر

الطريق فان الطريق يدخل لامتناع انتفاع المستاجر الا به فكذلك هذا
وان كان الذي جعل مسجدا صلى فيه بنفسه ذكر هلال في وقفه ما يدل
على انه يصير مسجدا فانه قال كان الامام يقول لا يكون مسجدا حتى يصلي
فيه على ما لم يسم فاعله فهذا دليل على ان صلاته وصلاة غيره سواء فيه
وروي الحسن عن الامام انه يشترط صلاة غيره وروي بشر عن الامام
انه لا يصير مسجدا حتى يامر القوم بان يصلوا فيه بالجماعة ابدا وفي
الواقعات ولو كان له ساحة لا بناء فيها وامر القوم ان يصلوا فيها بجماعة ان
امرهم بالصلاة ابدا وامرهم بالصلاة مطلقا صارت مسجدا وان وقت الامر
كالخان ص وان خرب ما حوله واستغني عنه لا يصير ملكا وخالفه وحشيه
وحصيره لا يعود فيحول الى مسجد اخر او يبيعه القيم للمسجد ش قال ابو يوسف
اذا خرب جوار المسجد واستغني عنه لا يعود ملكا لاحد وقال محمد يعود
الى ملك واقفه او ورثته وقول الامام كقول ابي يوسف ونقل كقول
محمد لابي يوسف ان الجهة ما بطلت لان المسجد ليس لاهل المحلة خاصة
بل للعامة ويمكن ان يعاد العمارة فيه ويصلي فيه المارة وان لم يوجد الساكنون
حول المسجد كالكعبة كانت عليها اصنام زمان الفترة وكانت تعطلت
عن الطاعة ولم تخرج بذلك عن كونها موضعا للطاعة ولهما انه اخرجه
عن ملكه لجهة من المنافع فاذا بطل الانتفاع بتلك الجهة عاد الى ملكه
وقيل المسئلة بناء على ان اقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط لصيرورته
مسجدا عند ابي يوسف ابتداء فلا يكون شرطا بقاء وعند محمد شرط في الابتداء
فكانت شرطا في بقائه وعلى هذا الخلاف اذا خرب المسجد واستغني عنه
اهله وان بحيث لا يصلي فيه وما حكي ان كلامهما كان يستبعد قول صاحبه

فابو يوسف مر باصطبل فقال هذا مسجد محمد ومحمد مر بمزبلة فقال
هذا مسجد ابو يوسف من وضع الجهلة ص واللزوم في الرباط والخان
والسقاية والمقبرة بالحكم وبجعله بالقول لا باستعماله فيما وضعت له ش
قال ابو حنيفة اذا بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه ابنا السبيل او
رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يلزمه وقفه حتى يحكم به حاكم لان حق العبد
فيه قايم لجواز انتفاعه بكل منها لما عينت له فيشترط الحكم للزومه
او التعليق بالموت كما مر وهذا بخلاف المسجد لانه لم يبق له انتفاع به فخلص
لله تعالى بدون الحكم وقال ابو يوسف يلزم بمجرد القول لان التسليم
عنده ليس بشرط وقال محمد يلزم باستعماله فيما وضع له ويكتفي بالواحد لتعذر
الجنس لان التسليم عنده شرط وهو بتسليم نوعه فيما وضع له ولو سلم الى المتولي
جاز لان فعله ينوب مناب الموقوف عليه واما في المسجد فقيل لا يكون
تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يسكنه
ويغلق بابه ص ولا يجيز وقف كل عين معينة مملوكة قابلة للنقل
مقيدة باقية فيجوز وقف العقار ش هذه القيود المذكورة رواية التعريف
مذهب الشافعي فعنده الوقف يصح في كل عين احترازا عن المنافع فانه
وقفها لا يصح وعن الوقف الملتزم في الذمة وقوله معينة احترازا عن
وقف احد عبديه وقوله مملوكة احترازا عما لا يملك وقوله قابلة للنقل
احترازا عن ام الولد وقوله مقيدة اي يحصل منها غاية كالثمرة واللبن والسكن
واللبس وقوله باقية احترازا عن الطعام ونحوه والاصل في ذلك ان
جواز الوقف لحصول الانتفاع به وكل ما كان بهذه المثابة كان قابلا للانتفاع
به مع بقاء عينه فجاز وقفه كالعقار والكراع والسلاح وقال عامة ما لا يجوز

ذلك لان الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر فيه على مورد الشرع وهو العقار
والكراع والسلاح فبقي ما وراءه على اصل القياس الا ما جرى به التعامل لان
التابيد في الوقف شرط والمنقولات لا تتابد لانها لا تبقى وصار كوقف
الدراهم والدنانير بخلاف العقار فانه تتابد وبخلاف الكراع والسلاح
لورود الاثر به واما العقار فلان جمعا من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه
ص ووقف المنقول باطل ولا يجوز ما كان تبعا كالات الحرث وبقره
وعبيده الا كرة مع الضيعة ش قال ابو حنيفة لا يجوز وقف المنقول
لان التابيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتابد لكونه على شرف
الهلاك فلا يجوز وقفه وقال ابو يوسف يجوز ما كان تبعا للعقار كما
اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده لان التبع يثبت له حالة التبعية
من الحكم ما لم يثبت له بطريق الاصالة فانه يصح وقفه مع الارض لا وحده
وهذه الاشياء تابعة للارض في تحصيل ما هو المقصود منها فجاز وقفها
ومذهب محمد في ذلك كمذهب ابي يوسف لان محمدا يرى جواز وقف المنقول
المتعارف وقفه بطريق الاصالة فلان يرى جوازه تبعا اولى ص
واجاز ما يتعارف وقفه كالمصاحف والكتب والفاس والقدوم والقدور
والجنازة والكراع والسلاح ويفتى به ش قال محمد يجوز وقف
ما جرى فيه التعامل كالمذكورات واليه ذهب عامة المشايخ وعليه الفتوى
لحاجة الناس وتعاملهم بذلك لان بالتعامل يترك القياس كما في الاستصناع
قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن بخلاف
ما لا يعامل فيه كالثياب والامتعة لان من شرط الوقف التابيد وعند
ابي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والقياس ان لا يجوز الوقف

بي المنقول اصلا الا ان ابا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روي ابو
هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من احتبس
فرسا في سبيل الله تعالى ايمانا واحتسابا كان شبعه وبوله وروثه
في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه احمد والبخاري وقد صح انه عليه
الصلاة والسلام قال في حق خالد قد حبس ادراعه واقتاسا في سبيل
الله تعالى وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله تعالى اي خيله والابل
كالخيل لان العربة كانت تقابل مثلها وتحمل عليها السلاح والقياس يترك
بالنص وقد تركه بالتعامل لان القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الاشيا
التي عددناها جري فيها التعامل وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه
على الفقها من اصحاب ابي حنيفة ولا يجوز وقف الكراع والسلاح عند ابي
حنيفة لانها من المنقول ولم تجز العادة به واما وقف الكتب فلا يجوز
عند ابي حنيفة لما قلنا واما على قولهما فاختلف المشايخ فيه ص ولا
يجيز تمليكه ويجيز القسمة في المشاع ش لا يجوز بيع الوقف ولا تمليكه
لما روي ان عمر رضي الله تعالى عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا
نفيسا فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا نفيسا افتصدق به قال
تصدق باصله لا يباع ولا يوهب الحديث ولانه يبطل التابيد والمقصود
من الوقف ولو كان مشاعا وطلب الشريك قسمته صحت مقاسمته
عند ابي يوسف نظرا للموقوف على ان المقاسمة ليست ببيع حقيقة
وانما هي افراز وتمييز وفي المحيط لو قضى القاضي بجواز وقف المشاع لا يجوز
قسمته وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لان القسمة افراز وتمييز لا بيع
وتمليك فيجوز وله ان القسمة بيع لاشتمالها على الافراز والمبادلة وجمة

المبادلة راجحة في غير المثليات ولو كان الكل وقفا على اربابه واراد وا
القسمة لم يقسم بلا خلاف ص ويبدا بعمارته مطلقا ش يجب ان يبدا
من غلة الوقف بعمارته مطلقا اي سواشرط الواقف ذلك ام لم يشرط
لانه لم يبق الا لها فيثبت الشرط اقتضاص وان وقف دارا على سكنى
ولده عمره ش لان المنفعة وهي السكنى لا تحصل الا بالعمارة وهن على الساكن
كنفقة العبد الموصى بخدمته ص فان امتنع او افتقر اجرها الحاكم ثم
رده اليه ش اذا ابى من له السكنى او افتقر اجره القاضي او المتولي وعمره
ثم رده اليه تنويرا للمحقين ولا يجبر الممتنع عن العمارة لان فيه اتلاف
ماله كالممتنع عن الزراعة اذا كان البذر من قبله ولا يبطل حقه والمستحق
من العمارة بقدر ما يبقى على الصفة التي وقف ص ويصرف ما انهدم من
الوقف في عمارته فان استغنى حبس للحاجة فان تعذر اعادة العين تبع في
العمارة ولا يقسم بين مستحقيه ش ما انهدم من بنايه والته صرف في عمارته
فان استغنى عنه حفظه لوقت حاجته لان العمارة لا بد منها فيحبسه لئلا
يتعذر عليه وقت الحاجة فان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه في العمارة
صرفا له الى مصرف الاصل ولا يقسم بين المستحقين لانه جزو العين ولا حق
لهم فيه والله اعلم **فصل في اجارة الوقف** هذا الفصل كله
من الزوايد ص يتبع شرط الواقف في اجارته فان اهمله قيل يطلق
وقيل يفسد بسببه ويختار للفتوى ان يوجر الضياع ثلاث سنين وغيرها
سنة ش يراعي شرط الواقف في مدة الاجارة لانه يجب اتباع شروطه
وان لم يشترط شيا قال المتقدمون من اصحابنا يجوز اجارته اي مدة كانت
لان الواقف فوض الامر الى المتولي فنزل منزلة الواقف وقال المتاخرون

منهم لا يجوز اكثر من سنة ليلا يتخذ ملكا بطول المدة فيندرس تسمية
الوقفية ويسم تسمية الملكية لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم
واستحلالهم وقيل تجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غيرها سنه وهو المختار
للفتوى لان مصلحة الوقف فيها اذ لا يرغب في اقل منها وهو اختيار ابي
حفص وقال الصدر الشهيد في واقعاته المختار في الضياع الجواز ثلاث
سنين الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع عدم الجواز فيما زاد
على السنه الا اذا كانت المصلحة في الجواز وهذا ممن يختلف باختلاف الموضع
والزمان والاجر اذا اجر الوقف اجارة طويله ان كان يخاف على رقبتها
التلف ليست هذه الاجارة فللحاكم ان يبطلها كما اذا اجرها من رجل يخاف
منه على رقبتها ص ولا يوجر الا بالمثل ش لا تجوز اجارة الوقف الا باجر
المثل دفعا للضرر عن الفقرا ولان ولايته مقيدة بالنظر ولهذا لا يجوز من
نفسه او ابيه او ابنه او عبده او مكاتبه فان اجر باقل بغبن فاحش لا يجوز
لانه لا نظر فيه والاحتراز عنه ممكن فيمتنع الجواز دفعا للضرر ص ولا
ينقض ان زادت الاجرة لكثرة الرغبة ش اذا اجر الوقف باجرة المثل ثم
كثرت الرغبات فزادت اجرته لا تنفسخ الاجارة في رواية فتاوي اهل سمرقند
لانه شرط فيعتبر وجوده عند العقد وذكر الاستنجابي انها تنفسخ ويجدد له
العقد ولا يعرف له وجه وان استاجر الوقف بغبن فاحش وقع العقد له
وان ادي من غلة الوقف ضمن كالوكيل بالشرا اذا اشتري بغبن فاحش
ولو استاجر قيم على عمارة وقف اجيرا بدرهم ودانق واجر مثله درهما
فاستعمله على العمارة ونفقة الاجير في مال الوقف ضمن جميع ما نقد لان
الاجارة وقعت له ص وليس للموقوف عليه ان يوجر الا بانابة او ولاية فان

مات وقد عقد لم ينفسخ ش ليس للموقوف عليه ان يوجر اذا لم يكن متوليا
على الوقف او نايبا من جهة الحاكم ان يوجر لانه لا يملك الا الغلة دون العين
والاجارة تمليك المنافع بعوض فلا تتحقق الا من المالك والتصرف بالاجارة الى
من له الولاية في ذلك ولو اجر الوقف قاضي او نايبه او الولي ثم مات
لم ينفسخ العقد لانه كالوكيل عن الموقوف عليه وموت الوكيل لا يوجب
فسخ عقوده وان كان الواقف هو الذي اجر قال في الذخيره فيه قياس
واستحسان بالقياس ان يبطل الاجارة وبه اخذ ابو بكر الاسكاف لان
الواقف بمنزلة المالك ليس لاحد منعه والمالك لو اجره ومات تنتقض
الاجاره لان الملك بالموت ينتقل الى الوارث فلو لم يبطل يحصل استيفا المنافع
على خلاف ملك الاخر وهو لا يجوز لكذا هذا وفي الاستحسان لا ينتقض لانه
اجرها لغيره وهم الفقرا فصار كالوكيل والوصي اذا اجر مال اليتيم ثم مات
الموصي لا تنتقض الاجارة ولو مات الصبي ينتقض ولو مات بعض
الموقوف عليهم قبل تمام المدة لا تبطل الاجارة لان الموقوف عليه ليس
بمالك للرقبة وانما حقه في الغلة قال ولا يعلد ولا يرهن وان بلغت
منافعه او غصب عقاره صار عليه وجوب الضمان والقول لا يجوز اعارة
الوقف ورهنه والاسكان فيه لان فيه ابطال حق الموقوف عليهم فان
سكن فيه لزمه اجر المثل سواء كان معدا للاستغلال او لم يكن وهو المختار
صونا للوقف وفي غصب عقار الوقف واتلاف منافعه وجوب الضمان
في المختار نظرا وصوفاله عن ايدي الظلمة وتجوز الشهادة على اصل
الوقف وشرطه بالشهرة يروي ذلك عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث
احيا للاوقاف القديمة وقيل لا تجوز مطلقا وقيل يقبل على اصله لانه انما

يشهر لا على شرائطه لانها لا تشهر والحاجة اليه دونها وهو الصحيح واليه مال
شمس الائمة السرخسي وقال انما يقبل اذا كان قديما ولم يدركوا الواقف
للحاجة وكان الامام ظهير الدين يقول لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه
وقف على المسجد ونحوه وينبغي للشاهد بالشهرة ان يطلق الشهادة اطلاقا
حتى لو فسر لم يقبل وقيل يقبل وقيل يجوز للقاضي ان يسمع البينة على
الوقف من غير دعوى **كتاب الغصب** وجه المناسبة
بين الكتابين من حيث التضاد لان الوقف سبب لحصول ملك الغلة ص
والمنفعة والغصب سبب لزواله ويقال غصبته وغصبت منه وفي اللغة
اخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غيره حتى يطلق على احد الحر
ونحوه مما لا يتقوم وقد زيد عليه اوصاف في الشرع على ما بين وفي
الشرع ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة وحال مقوم محترم قابل
للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت
بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه
كما اذا غصب دابة فتبعتها اخرى اوولدها وكذا لو حبس المالك عن
مواشيه حتى ضاعت لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة ولا الحر وكاه
مال الحرب في دار الحرب وما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد الغصب
هو تفويت يد المالك لا غير حتى يضمن العقار بالغصب لوجود تفويت
يد المالك ولو استخدم مملوك غيره بغير امره او ارسل في حاجة او زلت
دابة او حمل عليها او ساقها فهلكت كان غصبا لانه اثبت اليد البطالة
ولو جلس على بساط الغير او هبت الريح بثوب انسان فالقته في حجره
لا يكون غاصبا ما لم ينقله او يمسكه وهو تصرف ينهى عنه حرام لكونه تصرفا

في مال الغير بغير رضاه وقد قال تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
وقال عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه
وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه وعلى حرمته
انعقد الاجماع والغصب على ضربين ضرب لا يتعلق به مأثم وهو ما وقع
عن جهل كمن اتلف مال الغير وهو يظن انه ملكه ثم ظهر انه لغيره
لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا والنسيان والمراد الاثم
وضرب يتعلق به الاثم وهو المأخوذ على وجه التعدي فانه اثم
باخذه وامساكه وقد يدخل فيه حكم ما ليس بغصب ان ساواه في حكمه
مثل جحود الوديعة لان الجحود ليس بتناول ولا نقل وفي التحفة الغصب
الموجب للضمان ازالة اليد المحقة بفعل في العين على وجه التعدي لان
بدون ازالة اليد يكون غصبا موجبا للرد لا للضمان خلافا لمحمد ولو استعمل
عند غيره في امر نفسه لم يصر غاصبا حتى لو قال له ارق هذه الشجرة
وانزل الثمر لتاكله ان فعل وقع ومات لم يضمن ولو قال لاكله ص
يجب على الغاصب رد عين المغصوب في مكان غصبه فان هلك ضمن مثله
ان كان مثليا والا قيمته يوم غصبه فان نقص ضمن النقصان ش
يلزم الغاصب ان يرد عين المغصوب ما دام على حاله ما لم يتغير
لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال صلى الله عليه
وسلم يا خذ احدكم متاع اخيه لاجاد او لاعبا فان اخذ احدكم عصا اخيه
فليرد ها عليه ولقوله صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو احق به
ولانه يجب عليه دفع الظلم وانه بالرد ودفع البدل مع القدرة على العين
ظلامة اخرى قالوا رد العين هو الموجب الاصلي ورد القيمة مخلص لانه اعدل

واكل في رد الصورة والمعنى ورد المثل او القيمة لا يعتد به لكونه قاصرا ولهذا
يبرا الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما
اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه وقيل بالعكس
وعليه اكثر المشايخ ولهذا لو ابراه من الضمان حال قيام العين صح حتى لا تجب
عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب
تصح مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان الغاصب نصاب ينتقض به كما ينتقض
بالدين فدل ذلك على ان الواجب الاصلي هو المثل او القيمة ولكونه لا يصار
اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة
فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها
وانما يبرا الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين
في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرا برده باي وجه
كان وان لم يعلم به البايع لما قلنا بخلاف المثل او القيمة لان حقه غير متعين
في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي عين كان وذلك لا يتعين الا
باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا لذلك العين
لان حقه متعين فيهما فباي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فلقي
ما عليه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عينه
ولقي ما عليه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتادى الا
بالتعيين لعدم التعيين والواجب الرد في مكان الغصب لان القيمة تتفاوت
بتفاوت الاماكن والاعدل ان يرده في مكانه ويجب رد الزيادة المنفصلة
كما يجب رد الاصل ومونة الرد على الغاصب لانها من ضرورات الرد فان هلك
وهو مثلي فعليه مثله بالنص ولان المثل اعدل لوجود المالية والجنس وان لم

يكن مثليا كالحيوان والعددي المتفاوت والمدروع فعليه قيمته لان القيمة
تقوم مقام العين ماليه عند تعذر المماثلة دفعا للظلم وصيانة لحق
المستحق تقدر الامكان سواهلك بفعله او بغير فعله لانه تعدى بالغصب
ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب عليه الضمان ويعتبر قيمته يوم غصب
لان الموجب للقيمة هو الغصب فيعتبر زمانه ولو كان المغصوب مثليا
وهو هالك ان كانت قيمته بمكان المطالبة والغصب سواء وكان بمكان
المطالبة اكثر والمثل وان كان بهذا المكان اقل ان شاء اخذ مثله
للحال لانه مضمون بالمثل او اخذ قيمته حيث غصب او انتظر حتى يرجع
الى مكان غصبه فياخذ مثله وان نقص المغصوب في يده ضمن النقصان
لان ضمان الغصب ضمان القبض والاتباع يمكن افرادها بالقبض فجاز افرادها
بالضمان ومعرفة النقصان والاتباع الذي يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب
فيضمن قدر ذلك هذا في غير الاموال الموروثة لا في الربويات مثل ان
يغصب حنطة فعفنت او انافضة فتهشم فان شاء صاحبه اخذ ذلك
بعينه ولا شيء له غيره لانه لو اخذه وقيمته النقصان كان ربوا وان شاء
تركه وضمنه مثله ان كان مثليا وهذا بناء على ان الجودة في الاموال الربوية
لا قيمة لها عندنا كحال الافراد فلا يضمن وان كان آنافضة او ذهب
فتهشم ان شاء اخذه ولا شيء له وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه كيلا
يودي الى الربا او يصل الى معنى حقه بكماله والنقصان اما بتراجع السعر
فلا يوجب الضمان مطلقا واما بفوات جزء العين فيوجب مطلقا واما
بفوات الوصف المرغوب فيه فيوجب في غير الربويات اما في الربويات
فيخير بين اخذ عين ماله مع النقصان وبين تركه وتضمين مثله واما

واما بفوات المعنى في العين كنسيان القرآن والحرفة فيوجب وهذا كله إذا
انتقص بافة سماوية ص وان انقطع المثلي فوجوبها لقوم القضا ويعتبر
يوم الغصب لا الانقطاع ش اذا انقطع المثلي ضمن قيمته يوم القضا في ظاهر
الرواية والانقطاع ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد
في السوق وقيل ان يكون بحيث يوجد في زمان خاص فيمضي زمانه وهو
الاصح وعن ابي يوسف انه يعتبر قيمته يوم الغصب لان بالغصب التحق بذوات
القيم فيعتبر قيمته يوم الغصب وعنه ومحمد وزفر انه يعتبر قيمته يوم الانقطاع
فيعتبر لان الواجب المثل والانتقال الى القيمة بالانقطاع فيعتبر
قيمته يوم الانقطاع وبه اخذ الطحاوي ولنا ان المثل لا يسقط عنه
بالانقطاع ولهذا لو صبر حتى يوجد يجب المثل وانما ينتقل الى القيمة
بالقضا بخلاف القيمي لانه مطالب بقيمته من وقت السبب وهو الغصب
فيعتبر قيمته يوم الغصب ص واذا ادعى الهلاك حبسه الحاكم حتى يظهر
انها لو كانت باقية اظهرها ثم قضى عليه بالبدل ش اذا ادعى هلاك المغصوب
وهو عين حبسه الحاكم مدة يغلب على الظن انه لو كان في يده لاتى في ظهره
وكيفية مدة الحبس في كتاب الحجر او يقوم بينة على الهلاك لانه يدعي عارضا
خلاف الظاهر فلا يقبل قوله الا ببينة او بما يغلب على الظن صدقه
كما لو ادعى الافلاس في الدين ثم قضى عليه ببدله لان رد العين قد سقط
فيوخذ ببدله وهو القيمة ص واذا غيب المغصوب قضي بالقيمة
لملكه اياه ش قال علماؤنا اذا قضي عليه بالقيمة ملكه الغاصب
وقال الشافعي لا يملك الغاصب المغصوب اذا قضي عليه بالبدل لان الملك
نعمة فلا تنال بسبب محظور وهو الغصب كما في غصب المدبر واما الولد ولنا

رواه

ما رواه ابو حنيفة في مسنده عن عاصم عن ابي بردة عن ابي موسى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه زار قوما من الانصار في دارهم فذبحوا
له شاة وصنعوا له طعاما فقال فاخذ من اللحم شيا باكله فمضغه ساعة
لا يسيغه فقال ما شان هذا اللحم فقالوا شاة فلان ذبحناها حتى يجي
صاحبها فنرضيه في ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها
الاساري والاسري فلو ان ملك المغصوب منه زال عنهما لم يامرهم
بالتصدق بها ولانه ضمان تمليك فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص
واحد فيما يقبل النقل بخلاف المدبر واما الولد فانها لا يقبلان النقل
وسبب الملك فيه قبل الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
ورد بان الملك يثبت من وقت الغصب ولهذا يسلم الكسب للغاصب
وينفذ بيعه واجيب بان الملك يستند الى الغصب السابق ص ويقبل
قوله مع يمينه في القيمة الا ان يبرهن انها اكثر ش اذا اختلفا
في قدر القيمة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره الزيادة
الا ان يقيم المالك بينة انها اكثر لان الثابت بالشهادة كالثابت
بالمشاهدة ولو جا الغاصب ببينة ان قيمة المغصوب كذا وكذا وجا المالك
وسال يمينه حلف ولا تقبل بينته بنفي الزيادة والبينة على النفي لا
تقبل اعلم ان ذكر الجنس والصفة والقيمة ليس بشرط في دعوى الغصب
والزيادة فيه في الصحيح الضرورة فان الغاصب يمتنع من احضار المغصوب
عادة وانما يتاتى من الشهود وفعل الغاصب لا العلم باوصاف المغصوب
فسقط اعتبار العلم باوصافه للتعذر ويثبت بالشهادة فعل الغصب
في محل هو مال متقوم فصار سوية بالبينة كثبوته بالاقرار فيحلس لان

وجوب الردّ ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم بشهادتهم فيتمكن القاضي من القضا
ص فان ظهر وقد ضمنه بنكوله او بقول المالك او ببينته فلا خيار او بقول
الغاصب مع يمينه خير المالك بين امضا الضمان او الاخذ ورد العوض ش
اذا اظهر المغصوب وقيمته اكثر وقد اخذ قيمته برضاه او بنكول الغاصب
او ببينة فلا خيار للمالك وسلم للغاصب لانه رضي بذلك والضمان من اسباب
التمليك وان ضمنه بيمينه ان شا المالك امضى الضمان وان شا استرد ورد
العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما اخذه لعجزه عن الوصول
الى كمال حقه فيتخير ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل في هذه
الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي والقدوري
في شرحه لا خيار له لانه وصل اليه بدل كماله فلا معنى للخيار وفي ظاهر
الرواية وهو الصحيح للمالك الخيار لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن المغصوب
اذا لم يعط له ما يدعيه من القيمة فيثبت له الخيار ثم اذا اراد المالك
استرداد العين المغصوبة فللغاصب ان يحبسها حتى ياخذ القيمة
التي دفعها اليه لانها مقابلة به ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعى
الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت قبله
كان الجصاص يقول عبدي على قياس قول اصحابنا ان القول قول الغاصب
لان التمليك قد صح فلا ينفسخ بالشك ص وان برهن كل منهما على هلاكه
عند الاخر يرجح المالك ورجح الغاصب وهو ظاهر المذهب ش قال ابو يوسف
اذا اقام المالك بينة انه تلف عند الغاصب واقام الغاصب بينة انه تلف
عند المالك فبينة المالك اولى وقال محمد وهو ظاهر المذهب بينة الغاصب
اولى لابي يوسف ان المقصود من البينة وجوب الضمان وبينة المالك اولى

وقال محمد وهو ظاهر المذهب بينة الغاصب اولى لابي يوسف ان المقصود
من البينة وجوب الضمان وبينة المالك مثبتة له وبينة الغاصب دافعة
والمثبتة اولى وللظاهر ان بينة الغاصب قامت على اثبات امر لم يكن
وهو الردّ وبينة المغصوب منه قامت على ابقا ما كان وهو الغصب
فبينة الردّ اولى ص ويضمن ما نقص من العقار بفعله وسكناه ش
اذا نقص العقار بفعل الغاصب او سكناه بان هدم شيا او انهدم بسكناه
فانه يضمن لانه متلف لما هدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف
يتحقق فيه كما اذا انقل برايه لانه فعل في العين فجاز ان يضمن في الاتلاف
وان لم يضمن بالغصب كالحرّ ص وضمنه بهلاكه ش قال محمد وهو
قول ابي يوسف اولا وقوله فراذا تلف العقار في يده من غير صنعه
مثل ان يهدم بافة سماوية يضمن وقال ابو حنيفة وابو يوسف اخرا لم
يضمن لمحمد ان اليد العادية تحققت ويلزم من ذلك زوال يد المالك
لان اجتماع يدين في محل واحد في زمان واحد فتحقق الغصب وان كل حكم يتعلق
بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري
ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من
ارضه طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين فانه ذكر الجزا في غصب
العقار ولم يذكر الضمان ولو وجب لذكره ولان هذا تصرف في المالك لان
العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه والتصرف في المالك
لا يوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى لو هلك وان ما لا يجب
القطع بسرقته لا يتعلق به ضمان الغاصب كالحرّ وغصب العقار على قولهما
قيل لا تتحقق واليه مال الكرخي الشايخ وقيل تتحقق ولا يجب الضمان واليه

مال القدوري ص واذا تغيرت العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم
منافعها بملكه اياها ولا ينتفع بها حتى يودي البدل والقياس الحل
وهو رواية كما لو ذبح شاة فطبخها او شواها او طحن حنطة او زرعها او خبز
دقيقا او جعل الصفر انية والحديد سيفا او بنى على ساحة او عصر زيتونا
او عنبا او غزل قطنا او نسج غزلا ش قال علماونا اذا تغير المغصوب
بفعل الغاصب حتى تبدل اسمه وفات معظم منافعه زال ملك المالك
عنه وملكه الغاصب بالضمان وقال الشافعي لا يزول ويضمن المالك
النقصان لان فعل الغاصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك فلغى فعله
والتحق بالعدم ولنا انه احدث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا
لوجود الرضى من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة
بالتراضي من وجه بدليل زوال الاسم والمقصود وحقه في الصنعة قايم
من كل وجه فيترجح على ما فات من وجه بخلاف ما اذا ذبح شاة وسلخها
لان الاسم باق ولا يحل الانتفاع بالمغصوب حتى يودي البدل لقوله عليه
الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضى صاحبها اطعموها
الاسارى فان فيه دليلا على زوال ملك المالك وخروجه الانتفاع قبل
الارضا ولانه يصير راضيا بالابرا باخذ البدل او يقضي به القاضي او
يبريه المالك لانه يصير راضيا بالابرا ولان في اباحة الانتفاع قبل
الارضا فتح باب الغصب والقياس ان لا يجوز له الانتفاع قبل الادا وهو
قول زفر ورواية عن ابي حنيفة لانه يثبت له الملك فيه فيجوز له
الانتفاع به قبل الادا ولهذا جاز بيعه وهبته وجه الاستحسان
والاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لورود الملك وذلك لا يدل
على الحل

على الحل الا ترى ان المشتري شرا فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل
له الانتفاع به وفي المحيط وغيره لو غصب حنطة فطحنها او لحما فطبخه
او شوا او غزلا فنسجه ونحو ذلك صار المال له ووجب عليه الضمان وحل له
اكله عند الامام وعندهما لا يحل حتى يرضى صاحبه بنا على ان شرط الحل
عند الامام الملك بالبدل وعندهما ادا البدل ص وان غصب تبرا فصاغه
انية او ضربه دنانير فهي للمالك وقالا ملكها الغاصب وعليه المثل ش
قال ابو حنيفة اذا غصب تبر ذهب او فضة فضربه دنانير او دراهم
او صاغه حليا او انا فللمالك ان ياخذه ولا اجر للغاصب وقالا ملكه الغاصب
وليس له ان ياخذ ويلزم الغاصب مثل المغصوب لما تقدم انه استهلاك
بصنعته من وجه لان بالكسر فات بعض المقاصد ولابي حنيفة
ان العين باقية من كل وجه نظرا الى بقاء الاسم والتمنية والوزن وجريان
الربا فيه والصنعة فيها غير متقومة لما بينا انها لا قيمة لها عند المقابلة
بالجنس والصحيح قولهما لان ملك الزيادة متقومة معتبرة حكما حتى يضمن
المتلف قيمته مصبوغا من خلاف جنسه ولا يملك الوصي ولا المريض تلك الزيادة
ص وان ذبح شاة غيره او قلع عضوا منها فان شا المالك اخذها وضمنه
نقصانها او سلمها وضمنه قيمتها ش اذا ذبح شاة غيره او جزوره بغير اذنه
ففي ظاهر الرواية يخير المالك بين ان يسلمها اليه ويضمنه قيمتها وبين
ان يضمنه نقصانها لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع وهو الدر
والنسل وغير اتلاف من وجه لبقا بعضها وهو الاكل فيخير وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح
والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف انفها وامكن الانتفاع بيقين

والظاهر ان الذبح نقصان باعتبار فوت بعض الاغراض على ما بينا انفا
فكان له امساكه والرجوع بالنقصان كما لو قطع الثوب وهذا اذا كانت
الدابة ماكولة اللحم واما اذا كانت الدابة غير ماكولة اللحم يضمن
قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد
حيث يضمنه نصف قيمته مع أخذه لانه يتمتع به بعد قطع الطرف لانه بعد
القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة
فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع ولو غصب دابة فقطع رجلها
ضمن قيمتها وروى هشام ان اخذها المالك لا شيء عليه وان شاء تركها واخذ
القيمة عند ابي حنيفة في الجثة العمياء خلافا لهما وان قلع عين الدابة
فعليه ربع القيمة استحسانا وقيمة النقصان قياسا وفي جنايات الحسن
عن ابي حنيفة لو فقأ عين برذون او بغل او حمار عليه ربع قيمته وكذا كل
ما يحمل عليه من الابل والبقر وما لا يحمل عليه ما نقص وقال في الجامع الصغير
وفي عين بقرة الجزار وحزوره ربع القيمة وفي عين شاة القصاب ما
نقصها والجمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه وقال ابو يوسف
عليه ما نقصه في جميع البهايم اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه
الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وكذا قضى عمر ولانها
تصلح للحمل والركوب والعمل لا يقوم بهذه المصالح الا باربعة اعين عينيها
وعيني المستعمل فصارت كذات اربعة اعين فيجب في احدهما ربع القيمة
كما قلنا في احد الاهداب ربع الدية لما كانت اربعة ص وان حرق
ثوبا فابطل عامة منفعته ضمنه وان كان يسيرا ضمن نقصانه ش
اذا غصب ثوبا فخرق فيه خرقا فاحشا فللمالك ان يضمنه جميع قيمته

لانه استهلكه معنى كما اذا احرقه فاذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب
ليلا يجتمع البدلان في ملك واحد وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان لبقاء
العين وبعض المنافع وان كان خرقا يسيرا يضمن نقصانه لانه نقصه مع
بقاء منافعه وليس فيه رباء واختلفوا في العيب الفاحش قيل هو ان يوجب
نقصان ربع القيمة فيما زاد وقيل ما ينقص به نصف القيمة والصحيح
انه ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة وانما تفوت به الجودة ويدخل بسببه نقصان
في المالية هذا هو الصحيح وهو الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية
فان فيها خير المالك بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء او
يسلم العين ويضمنه سواء كان التعييب فيها فاحشا او يسيرا لان تضمين
النقصان متعذر لانه يودي الى الربا ص وان بنى في ارض او غرس
فرعها وسلمها فان نقصت به كان للمالك ان يضمن قيمة غرسه او بنائه
مقلوعا ويكون له ش غصب ارضا وبنى فيها او غرس لزمه قلعهما وردها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وصف العرق تصفه صاحبه وهو
الظلم وهو من المضار كما يقال صام نهاره وقام ليله قيل معناه انه اذا
غرس في ارضه فخرجت عروق الغرس الى ارض جاره او اغصان شجره فانه
لا يستحق الموضع الذي تعدت العروق او الاغصان اليه لانها ظالمة لكونها
حاصلة في غير موضعها ولانه اشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا للظلم
ورد الحق الى مستحقه فان كانت الارض تنقص بالقلع فان كان لصاحب
الارض ان يضمن للغاصب قيمة البناء او الغرس مقلوعا اي مستحق القلع وتملكه
لان في ذلك نظرا للغاصب والمالك وكيفية التقويم ان يقوم الارض بدون

الشجر والبنا ويقومها وبها شجرا وبنا والمالك نقضه لان حقه فيه اذ الاقرار
لما احدث في الارض فيقوم مامورا بقلعه ثم يضمن ما بينهما حتى لو كانت
قيمة الارض بدون الشجر عشرة ومع الشجر مامورا بقلعه خمسة عشر ضمن
صاحب الارض خمسة واحد الارض والشجر والبنا كالشجر وقيمة المامور
بالقلع اقل من قيمة المقلوع لان في القلع مؤنة دون القايم وهذا
الحكم اذا كانت قيمة الارض اكثر اما اذا كانت اقل فالغاصب
يضمن قيمة الارض ص ويضمن المسلم قيمة ما اتلف من ذمي والذمي
مثلها ش قال علماونا اذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن
قيمتهما وان اتلف الذمي خمر الذمي ضمن مثلها او خنزيره ضمن قيمته وقال
الشافعي لا يضمنهما الذمي ايضا وهذا بناء على ان الخمر والخنزير عندنا مال
متقوم في حق الذمي وعنده ليس بمتقوم له انهما غير متقومين في حق
المسلم فوجب ان يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع لنا في الاحكام قال عليه
الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي ان كل حق يثبت في حق المسلمين يثبت في
حقهم ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام
اذ الخلف لا يخالف الاصل فيستقط تقومهما كما في حق المسلم ولنا انا
امرنا بتركهم وما يدينون الا ترى الى عمر رضي الله تعالى عنه حين سأله
عماله ماذا تصنعون بما يسر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها
فقال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة
وبيعها جايز لهم لما امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه
يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من

قبل

قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام
بخلاف الربا لانه مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا
ان بيننا وبينه عهدا وانما لم يضمن المسلم مثل الخمر لانه ممنوع من
التصرف فيها وانما تعرف القيمة بقول ذمي اسلم او فاسق تاب وان
اتلفاها على مسلم فلا ضمان عليهما بالاتفاق لانها ليسا بمال متقوم في
حقه فان المسلم مامور باتلافها ممنوع من تملكها وذكر صدر الاسلام البزدوي
في شرح الكافي في المسلم يتلف على ذمي خنزيره لا ضمان عليه عند الامام
وقالا يضمن قيمته لان الخنزير متقوم في حقهم كالخمر وله ان قيمة الحيوان
قايمة مقامه حتى اذا جا بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا
جا بالحيوان فيكون اداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك
تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته بخلاف قيمة الخمر لان القيمة ليست
في معنى الخمر لان الخمر من ذوات الامثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه
فلا يكون اداء القيمة كتمليك الخمر ص فان اسلم بعد اتلافها يبريه واوجب
القيمة والقولان روايتان ش قال ابو يوسف وهو رواية عن الامام
اذا اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلم لا ضمان عليه وقال محمد وهو رواية عن
الامام عليه القيمة وجه هذه ان سبب الضمان قد وجد ولتعذر ايجاب
الخمر للاسلام فانتقل الى قيمتها كما لو اتلفها مسلم ووجه تلك انه تعذر ايجاب
الخمر للاسلام وتعذر ايجاب قيمتها باصل السبب ولتعذر ايجاب العوض عما
في الذمة لان شرطه ملك ما في الذمة وهو ممنوع عن تملكه بخلاف ما لو
اتلفها مسلم لان وجوبه باصل السبب من غير ان يكون موجبا للملك في المحل
عند التعذر كغصب المدبر وفي الكافي لو كان المتلف خنزير انتقل الى

القيمة لان الواجب فيه القيمة والاسلام لا ينافي وجوبها ص ولا تضمنه
زق خمر شقه لا راقتها وخالفه ش رجل شق زق خمر لمسلم ينبغي ان يضمنه بذلك
عن المتكرلم تضمنه قيمته عند ابي يوسف خلافا لمحمد لابي يوسف انه من الامر
بالمعروف وهو من ضروراته وعليه الفتوى ولمحمد انه مال متقوم لا يضمن
الزق واراقة الخمر ممكنة بدونه وعن القدوري انما اذا شق زق خمر مسلم
لا يضمن الزق اذا كان اما ما يري ذلك لانه مختلف فيه ذمي اظهر بيع
الخمر ثم منع منه ولو اتلفه امام يري ذلك لا يضمن لانه مختلف فيه وعن
عمر انه احرق البيت الذي فيه الخمر وعن اصحابنا يهدم البيت الذي فيه
الخمر حتى قالوا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق ٥
العصير قبل ان يشد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق لان عمر
هجم على نائحة من نساء اهل المدينة وضربها بالدرة حتى سقط خمارها
فقيل له قد سقط خمارها فقال انه لا حرمة لها ومعناه اشتغلت بما
يحل في الشرع فسقطت حرمتها واحرق على الثقفي بيته حين سمع فيه
شرابا وخرج الفقيه ابو بكر البلخي على نهر كانت النساء على شطه كاشفات
الروس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن قال ذلك
استدلالا بما روي عمر ص وان كسر معزفا لغير لهو فهو ضامن ش
قال ابو حنيفة اذا كسر الذمي او المسلم كالطنبور والدف والمزمار
وما اشبه ذلك من الات الملاهي مما استعمل لغير اللهو يضمن قيمته وقالا
لا ضمان عليه لانه تعين للهو غالبا فصار غيره كالمعدوم فسقط تقومه
كالخمر ولابي حنيفة انه يصلح للانتفاع به من جهة اخرى سوى اللهو بان
يجعل طرفا فيضمن قيمته من هذا الوجه لا من حيث كونه طنبورا اذ فعاكلامه

المغنية

المغنية والحمامة الطيارة فاذا وجب الضمان على قوله يجب على وجه
يصلح لغير لهو على ادنى وجه يمكن الانتفاع به قال ابو اليسر البزدوي
الفتوى على قولهما قال في الذخيرة وذكر في الجامع الصغير ان الفتوى
على قولهما لكثرة الفساد وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير ان قولهما استحسان وروي عن عبد الله بن عمر انه راى بعض
ايدي الناس شيا من المعازف فكسره على راسه وعلى هذا الاختلاف الزمر
والشطرنج لانه يمكن ان يجعل لصفحات الميزان ونحو ذلك وفي الطنبور
يضمن قيمة خشبه منحوتا وذكر في المنتقى يضمن قيمة خشبه الواحا
ولو كسر من الات اللهو الذي لا يصلح الا للهو لا ضمان عليه بالاتفاق
ص وان ابق المغصوب فرد على المالك فادي الجعل منعه من
الرجوع على الغاصب وخالفه ش قال ابو يوسف في عبد مغصوب
ابق عند الغاصب فرده انسان على مولاه من مسيرة سفر واخذ منه
الجعل لا يرجع به على الغاصب وقال محمد يرجع به عليه بالدفع بجناية
وجدت عند الغاصب ولابي يوسف انه بمنزلة الاجر على العمل وليس
بضمان والعمل للمالك فلا اجر عليه ص ومشتريه منه ان اعتقه ثم
اجاز المالك فالعتق جايز وابطله ش قال ابو حنيفة في رجل غصب
عبدا فاشتراه رجل من الغاصب ثم اعتقه فاجاز المالك البيع يصح
اعتاقه ويكون الولاء له وقال محمد وهو قول زفر لا يصح والخلاف
في هذه المسالة بنا على ان تصرف الفضولي هل هو منعقد في حق الحكم
او لا فعند محمد غير منعقد وعند الامام منعقد لمحمد ان العتق لم يقع
في ملكه فبطل لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم

لانه قال ان طلقه فعبده حر وهو عند الغاصب يقع عليه

واعتبارا بالطلاق في نكاح الفضولي قبل اجازة المراة وللامام ان العتق
صادف ملكا موقوفا فيتوقف وتفسير التوقف ثبوت الملك فيما ينفع المشتري
ولا يضر المالك ولو ادي الغاصب الضمان ففي نفاذ العتق روايتان ولو اعتق
الغاصب ثم اجاز المالك جاز عن المالك لان العتق لا يتوقف ولو باعه
الغاصب ثم ضمنه المالك جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمنه لم يجز عتقه
لان ملكه ناقص فيكفي للبيع دون العتق كملك المكاتب ص او قطع يديه
فالمالك يضمنه ان سلمه اليه وقالا يمسكه وياخذ النقصان ش قال ابو حنيفة
في رجل غصب عبدا فقطع يديه او رجليه او فقا عينيه ان شا سلمه الي
الجاني ورجع بقيمته وان شا حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشي وقالا ان
شا سلم ورجع بالقيمة وان شا حبس لنفسه ورجع بالنقصان لانه جني
على مال غيره فيتخير المالك بين ان يدفع المال اليه ويضمنه القيمة
وبين ان يمسكه وياخذ منه ما نقصته الجناية كالخرق الكبير في الثوب
ولابي حنيفة ان الشرع قدر ضمان العينين او اليدين بكل القيمة وليس
للعبد تغيير ما قدره الشرع فمن ضرورة تضمينه العينين تسليم الجثة
والا يجتمع البدلان في ملك واحد اعني بدل كل العبد وجثته وان اراد
امساك الجثة لم يكن له من الضمان شي واجمعوا على انه لو قطع احدى
يديه او احدى رجليه او فقا احدى عينيه له ان يمسك العبد وياخذ
النقصان ص او دبغ جلد ميتة بما له قيمة ثم استهلكه فهو بري وقالا
يضمن قيمته طاهرا ش غصب جلد ميتة ودبغه بشي متقوم كالعفص
والقرض ثم اتلفه لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن لان الجلد مال
متقوم للمالك فيضمنه بالاتلاف اذ الدبغ بمنزلة الغسل ولابي حنيفة

ان تقومه

ان تقومه مضاف الي ما زاد الغاصب فيه وهو تابع للاصل والاصل
غير مضمون عليه فكذا تابعه الا ترى انه لو هلك في يده لم يضمن ولصاحبه
ان ياخذه ويعطيه ما زاد الدبغ لان الجلد ملكه وللغاصب فيه عين
مال قايم يمكن تضمينه فياخذه بالضمان كما في الصبغ يقوم ذكيا مدبوغا
وغير مدبوغ فيضمن فضل ما بينهما وليس له ان يترك الجلد ويضمن قيمته
في قولهم في الاصح لانه لم يكن له قيمة يوم الغصب وان تلف عنده
فلا ضمان عليه لانه لا اتلاف منه وان دبغه بما لا قيمة له اخذه
صاحبه ولا شي عليه لانه بمنزلة غسل الثوب وان تلف عنده فلا
ضمان عليه لان الضمان اما بالغصب السابق وانه ورد على مال غير متقوم
واما بالاتلاف ولم يوجد وان اتلفه ضمن لانه صار متقوما على ملك
صاحبه فيضمن باتلافه فالحاصل ان حال قيامه العين اصل والمالية
تبع فيجب رده وبعد الهلاك المالية اصل والعين تبع فلا يجب ضمانه
واختلفوا فيما يضمن عندهما قيل يضمن قيمته طاهرا اي جلدا مذكى غير
مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمن به وقيل قيمته
مدبوغا وعليه العامة لان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد
عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ص والسواد في
الصبغ نقصان وقيل هو اختلاف زمان ش رجل غصب ثوبا فصبغه
اسود قال ابو حنيفة هذا بمنزلة تخريق الثوب الا ان يكون ثوبا
يزيد فيه السواد ويعتبر فيه العرف وقالا هو زيادة كما لو صبغه بحمرة
وهذا اختلاف عرف وزمان فان بني امية في ~~بني امية~~ زمن ابي حنيفة
كانوا يمتنعون عن لبس السواد لخساستها وفي زمن ~~طاهر السواد~~ شعاك

الدولة العباسيه صار السواد من اشرف الملابس وانفسها حتى قيل
في ذلك كيف لا يشرف السواد وقد صار شعارا لبني العباس فاجاب
كل منهم بما شاهد من عادة اهل مصره ولا خلاف بينهم في الحقيقة لان
من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينقص به وكذا من الثياب
ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينقص فلا معنى للتقييد بلون
دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقه قيل
سبب اتخاذ بني العباس لبس السواد على ما حكي ان هرون الرشيد
شاور ابا يوسف في لون ثوب يلبسه فقال احسن الالوان ما يكتب
به كتاب الله تعالى فاستحسنه واختار لبس السواد ولم يكن الخلاف
مبنيا على دليل ص فان صبغه احمر اولت السويق بسمن فان شا
اخذ هذا وما زاد الصبغ والسمن فيهما او ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل
السويق وسلمهما ش رجل غصب ثوب انسان فصبغه احمر او اصفر او
سويقا فلته بسمن فصاحب الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب من الغاصب
واعطاه ما زاد الصبغ او السمن فيه وان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض
يوم الغصب لان في اثبات الخيار رعاية للجانبين والخيار لصاحب الثوب
لانه صاحب اصل وانما وجب مثل السويق لانه مثلي وذكر ابو عصمة
انه يباع ويضرب صاحب الثوب بثوبه ابيض وصاحب الصبغ بما
زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ فرعاية حقهما فيه وذكر
في الاصل انه يضمن قيمة السويق لانه يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
كالغزل المنسوج ص وان اطعم المالك ما غصبه منه ولم يعلم بغيره
عنه ش لان علماونا اذا اطعم الغاصب الطعام المغصوب مالكه سواء فه

اولم

اولم يعرفه سقط ضمانه خلافا للشافعي له ان سبب الضمان قايم وهو الغصب
فلم يبرا عنه الا بالاداء او الابراء من المالك ولم يوجد واحد منهما ولنا ان سبب
الضمان انتقض بالرد على المالك فكانه لم يكن والمغصوب منه اذا احدث
في الغصب حدثا او احدثه في ملك الغير صار به غاصبا يصير به قابضا
ويبرا الغاصب من الضمان كان يستخدم المغصوب او يلبس الثوب لانه
يثبت يد المالك عليه وتزول يد الغاصب فينتقض الغصب فيبرا عن
الضمان سواء علم ذلك ام لم يعلم لان الحكم يترتب على السبب لا على العلم
ص ولا نضمنه زوايد المغصوب مطلقا الا بالتعدي او بالمنع بعد الطلب
ش قال علماونا زوايد الغصب في يد الغاصب امانة سواء كانت منفصله
كالولد والثمرة والصوف والعقر او متصله كالسمن والجمال خلافا
للشافعي له وجود حد الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير حق
وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده لانها مضمونة
عليه ولنا ان ضمان الغصب لا يجب الا به والغصب ازالة يد المالك باثبات
يده ولم يوجد الا اذا تعدى فيها بان اتلفه او اكله او ذبحه او باعه وسلمه
او منعها فانه يضمنها كايضمن الامانات بعد الطلب لاستيلا على المباح
لان الملك متصور على المحل فيتم سببه باثبات اليد عليه والضمان للجبران
فلا يتم الا باتلاف شيء واما ولد الظبية فان هلك قبل التمكن من
الارسال فلا ضمان عليه لعدم المنع واما اذا تمكن من الارسال وامتنع منه
فهلك ضمن لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع ص ولا المنافع
استوفاها او عطلها ش هذه المسئلة فيها خلاف الشافعي ايضا لانها تعطو
على ما قبلها قال علماونا منافع المغصوب غير مضمونة سواء فوتها على نفسه

على ان ص

او عطلها على المالك وقال الشافعي هي مضمونة في الحالين لتحقق اثبات اليد
على مال الغير ظلما لان المنافع اموال متقومة كالاعيان لانها تضمن بالعقود
ولنا عدم وجود الغصب وهو ازالة اليد وعدم المماثلة بين ما يبقى ويدخر
الى وقت الحاجة وبين ما لا يبقى ولانها غير متقومة بدون العقد
الا اذا انتقص بيده يضمن ضمانه قيل الخلاف فيما اذا لم تكن العين
معدة للاستغلال اما اذا كانت فيضمن المنافع بالغصب والاتلاف بلا خلاف
وذكر في الفتاوى الكبرى ان منافع محتكر الوقف مضمونة سواء كانت
معدة للاستغلال او لم تكن نظر اللوقف والمتاخرون كانوا يفتون به في
المسبلات والاوقاف واموال اليتامى وقال مالك ان استوفاها فعليه
اجر مثلها وان عطلها فلا شيء عليه لانه في الاول انتفع دون الثاني ص
والزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم س قال ابو حنيفة اذا غصب
الغاصب حيوانا فزاد في يده خيرا ثم باعه وسلمه الى المشتري لا يضمن
الزيادة وقالا يضمنها لانه فوت على المالك امكنه الاسترداد بواسطة
البيع والتسليم لانه كان متمكنا من الاخذ منه ولم يبق بعدهما وتفويت
امكان الاخذ تفويت اليد فكان غاصبا ولابي حنيفة ان الاصل
مضمون لا يتصور لانه اثبات الثابت والزيادة المتصلة لا يتصور
افرادها عن الاصل لتصير مضمونة بالبيع والتسليم ثم على قولهما اذا اختار
المالك تضمين البائع يثبت له الخيار بين ان يضمنه العين وقت البيع
وبين ان يضمنه الغاصب وقت الغصب ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي
ومبسوط شيخ الاسلام قال صاحب البدائع وهذا غير سديد لان التخيير
بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه ثم اذا ضمن المالك

فلا يقع البيع والتسليم غصبا لان غصب المضمون ضمن

الغاصب

الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب او وقت البيع والتسليم جاز البيع
لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه واذا ضمن المشتري
قيمته يوم القبض بطل البيع ورجع المشتري بالثمن على البائع لانه
تبين انه اخذه بغير حق وليس له ان يرجع على البائع بالضمان ص ويضمن
ما نقصت الجارية بالولادة الا ان يفي الولد بحبرة فتسقط ش وولدت
الجارية المغصوبة عند الغاصب ومات الولد فعليه رد الجارية
ونقصان الولادة لفوات بعضها وان لم تمت فعليه ردها وان كان الولد
امانة كرد المستعار وان كان في قيمة الولد وفا بنقصان الولادة جبر
النقصان بالولد وسقط عن الغاصب الضمان وهذا استحسان وان لم يكن
ضمن ما زاد على قيمة الولد وقال الشافعي وهو قول زفر ضمانه ولا يجبر
بنقصان الولادة بالولد مطلقا وهو القياس لان زوائد المغصوب
عنده امانة وعنده مضمونة والولد ملكه فلا يجبر ملكه بملكه كسائر
املاكه ولكن الاستحسان انعدام النقصان حكما بالولد لان سبب الزيادة
خلفا للثمن في البيع وهذا النقصان مطلوب لتحصيل هذه الزيادة ولعدم
الانفكاك غالبا فانعدم سبب الضمان بخلاف الحقي لانه تغييب وانما
يرغب فيه الفسقة ويجعلونه كالمحرم فلا يعتبر به وانه محل والعبرة
في الاخبار بقيمة الولد يوم الرد حتى يجبر بالزيادة قبل الرد
لا بالزيادة بعده لان حكم الغصب ينتهي بالرد كالبيع ينتهي بالقبض والزيادة
قبل القبض كالموجودة عند العقد في حق الانفسام والحادثة بعده بخلافه
نبات السن بعد الرد لانه تبين به عدم وجوب الضمان لانعدام سببه
وهو فساد المنبت ولو مات وبالولد وفا بقيمتها فاصح الروايات انه لا شيء

الزيادة اذا كانت متصلة كالسمن والتعلم فانها امانة ولا يجبر بهلاكها وان كانت منفصلة كالولد والغلة فانها مضمونة ولا يجبر بهلاكها

عليه لانه لما ضمن قيمتها يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين ان النقصان
حصل على ملكه فلا حاجة الى الجابر وحكم الغرة كالولد لانها قائمة مقامه
لوجوبها بدلا عنه والخلاف فيما اذا لم يكن الولد من الزوج او المولى اما
اذا كان من احدهما لا يجب الضمان على الغاصب لا في النقصان ولا في الهلاك
وعلى هذا اذا كانت جارية التجارة فحال عليها الحول وقيمتها الف فولدت
فنقصتها الولادة مائتين وفي الولد وفا بالنقصان تبقى الزكاة في
جميع الالف ولا يسقط منه شيء وعند زفر يبقى فيما وراء النقصان
ويسقط بقدره ص وان حملت فردها فماتت في نفاسها فعليه قيمتها يوم
العلوق وبالانقصان الحبل في الاصح ش ك ابو حنيفة اذا غصب جارية
فزنا بها هو او غيره فحبلت عنده فردها فهلكت بالولادة او في النفاس
ضمن قيمتها يوم علقت وقالا لا يضمن شيئا على ما ذكره في المختلف لانها
تعيبت في يد الغاصب بالحبل فما ردها وولدت زال العيب فزال الضمان
والنفاس حصل في يد المالك فلا يضمن الغاصب وعلى ما ذكره قاضي خان
وهو الاصح يضمن نقصان الحبل لان الرد قد حصل وهو الواجب عليه لكنها
معيبة بعيب الحبل وانه يوجب ضمان النقصان والعيب والهلاك حصل
بسبب الولادة فلا يضمن الغاصب ولابي حنيفة ان الواجب عليه الرد كما اخذ
ولم يوجد لانه اخذها فارغة عن سبب التلف وردها مشغولة به وفي
البدايع غصب جارية فحبلت في يده من زنا اخذها المولى وضمنه النقصان
والكلام في قدر الضمان قال ابو يوسف ينظر الى ما نقصها الحبل والى
ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر استحسانا لان الجمع بين الضمانين غير ممكن
اذ نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى

يرد

يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب احدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل
فيه لا العكس وعند محمد يضمن الامرين جميعا وهو القياس لان الزنا والحبل
كل منهما عيب على حدة فكان النقصان بكل منهما نقصانا على حدة فيوجد بضمان
على حدة **كتاب الوديعة** وجه المناسبة بين الكتابين
من حيث ان المودع اذا خالف او تعدى يكون كالغاصب في وجوب الضمان
والاثم وهي فعيلة بمعنى مفعوله وهي مشتقة من الودع وهو الترك يقال
ودع هذا اي اتركه ومنه المواعدة في الحرب اي ان يترك كل واحد الفريقين
الحرب وقال صلى الله عليه وسلم لينتهين قوم عن ودعهم الجماعات او
ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين اي لتركهم الجماعات ومنه
الوداع لان كل واحد منهما يترك صاحبه او هي من الحفظ قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم في حديث وداع المسافر استودع الله دينك وامانتك
اي استحفظ الله اي اطلب منه حفظها فالوديعة الشرعية يوجد فيها كل من
المعنيين فانها تترك عند المودع لاجل الحفظ ولهذا لا تودع عادة الا عند
من يعرف بالامانة والايداع في اللغة تسليط الغير على الحفظ اي شيء
كان مالا او غيره وروت عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الايمان نور الله الازلي اودعه في قلوب المومنين فعلى العبد
ان يسال التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وشرعا هو التسليط
على حفظ المال والوديعة عقد مندوب اليه قال تعالى وتعاونوا على
البر والتقوى وهي عقد مشروع على وجه الامانة دون الغرامة قال
عليه الصلاة والسلام ليس على المستودع غير المغل ولا على المستعير غير المغل
ضمان وتجب حفظها على المودع اذا قبلها لانه التزم الحفظ بالعقد ويثبت

صريحا ودلالة فالصريح ان يقول اودعتك فيقول الاخر قبلت فيلزمه الحفظ
ولا يتم في حق الحفظ الا بذلك ويتم بالايجاب وحده في حق الامانة حتى لو
قال للغاصب اودعتك المغصوب برئ من الضمان وان لم يقبل لان كون المال
امانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده واما وجوب الحفظ فيلزم
المودع فلا بد من قبوله والدلالة ان يضع عنده متاعا ولم يقل شيا او يقول
هذه وديعة عندك ويسكت الاخر فانه يصير مودعا حتى لو غاب المالك
ثم غاب الاخر فضاع ضمن لانه ايداع وقبول عرفا وشاور رجل ابا حنيفة
في ايداع شي من ماله عند احد بالكوفة وهو يريد مكة فقال له اودع
وقل اشهدت الله عليك ففعل ورجع من مكة وطلب المال الوديعة فجحدها
المودع فاخبر ابا حنيفة بذلك فقال قل له هل لي عليك بهذا المال شاهد
استشهدته عليك فان قال لا فقد كفر وان قال نعم فقد اقر ففعل
فاقر المودع ص من استودع كان امينا ش الامانة قبض الشي لا على وجه
البدل والوثيقة فالبدل كالمقبوض على سوم الشرا والوثيقة كقبض
الراهن فانه مقبوض على وجه الوثيقة والوديعة غير مضمونة اذا هلكت
من غير تعد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضمان على موتمن
رواه الدارقطني وقال عليه الصلاة والسلام ليس على المستودع غير المغل
ضمان وعن ابي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم انهم جعلوا الوديعة
امانة ولان الضمان لو وجب لامتنع الناس من قبولها خوفا من الغرامة مع
شدة الحاجة اليها فشرعت امانة لئلا تعطل المصالح المتعلقة بها ولا يضمنها
الا بالتعدي فيها بان يفعل فيها ما ليس له فعله ص فيحفظها بنفسه ومن في
عياله وتعتبر المساكنة وحدها وقيل مع النفقة ش اي يحفظ المودع

الوديعة

الوديعة بنفسه ومن في عياله فان نهاه لانه التزم ان يحفظها بما يحفظ
به ماله وذلك بالحوز واليد اما الحوز فداره ومنزله وحانوته سوا كان
ملكا او اجارة او عارية واما اليد فيده وكذا زوجته وزوجها وامته وعبده
واجيره الخاص وولده الكبير ان كان في عياله ولان المودع رضي بذلك
لانه يعلم ان المودع لا بد له من الخروج لمعاشه واداء فرضه ولا يمكنه
استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من هو في عياله فلم يكن
له بد من ذلك ولهذا لا يصح نهيه على ما مر في الرهن فلو قال لا يدفعها
الى شخص عينه من عياله ممن لا بد له منه فان لم يكن له عيال سواه لم
يضمن وان كان له سواه يضمن لان من العيال من لا يوتمن على المال وليس
ذلك بايداع لان يده ويد من في عياله متحدة حكما ولئن كان ايداعا
لكنه ماذون فيه دلالة والمعتبر في ذلك المساكنة وحدها لان النفقة
عليه الا ترى ان المراة اذا اودعت الوديعة الى زوجها لا تضمن وان لم يكن
الزوج في عيالها وذكر في شرح الطحاوي من في عياله من يسكن معه
ويجب عليه نفقته من غلامه واجيره وولده وغيرهم ولو دفع الى امين
يوثق به في ماله وليس في عياله يجوز وعليه الفتوى ولهذا قال في التحفة
يحفظها على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه بحرزه وبيد من كان ماله
في يده كالاجير مشاهرة وبنفقته وكسوته والعبد الماذون الذي ماله
في يده والشريك المفاوض والعنان وان لم يكونوا في عياله ص فان
حفظها بغيرهم ضمن الا لخوف غرق او حرق ش ليس للمودع ان يحفظ الوديعة
بغير من في عياله لان المودع لم يرض بحفظ غيرهم فان الناس يتفاوتون
في الامانات ولان الشي لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب فان حفظها بغير من

لا بد له منه او اودعها اجنبيا ضمن لعدم رضي المالك به الا ان يخاف الغرق فيسلمها
الى سفينة اخري او الحريق فيسلمها الى جاره او اللصوص لان هذا افقي ه
ما يقدر عليه من الحفظ وهو اسلم من الابقاء في بيته ظاهر لكن لا يصدق
عليه الامين في قول ابي يوسف وهو قياس قول الامام لان الدفع الى غيره
سبب لوجوب الضمان ظاهرا وهو يدعي سقوطه بهذا فلا يصدق الامين
قال الامام جواهر زاده هذا اذا كان الحريق غالبا احاط بمنزل المودع اما
اذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع الى الاجنبي ص وان نهاه عن التسليم الى واحد
منهم وما بد له منه لم يعتبر ش اذا شرط المودع شرطا ان كان يمكن اعتباره
ويفيد اعتبر والا فلا هو شرط ان يمسكها بيده ليلا ونهارا لا يضعها من يده ه
فالشرط باطل حتى لو وضعها فيما يحرز فيه ماله فضاعت لم يضمن لان هذا
الشرط لم يمكن مراعاته ولو نهاه عن الدفع الى من يحفظ ماله كنفسه بيده عادة
وعينه ان كان لا بد يدا من الدفع اليه فله ان يدفع لان النهي عنه يكون
نهيا عن الحفظ فلا يصح نهيه كما لو كانت الوديعة دابة ونهاه عن التسليم
الى غلامه او كانت الوديعة مما يحفظها النساء نهاه عن التسليم الى امراته
فخالف لم يضمن وان كان بد يدا من الدفع اليه فلا يدفع بان كانت الوديعة
شيئا خفيفا كالخاتم فدفعه الى غيره ضمن لانه ينكر اعتبار الشرط وهو مفيد
لتفاوت الناس في الحفظ والاصل في الشرط اعتباره ما امكن ص او امره
بالحفظ في بيت من داره فحفظ في بيت اخر منها مساو له لم يضمن بخلاف
المخالفة في الدار ش قال احفظها في هذا البيت من هذه الدار فحفظها
في بيت اخر من تلك الدار لم يضمن استحسانا لانهما يتفاوتان في كونهما
حرزا غالبا فلم يكن التقييد مفيدا فلغا وفي الدارين يضمن لانهما يتفاوتان
في كونهما
حرزا غالبا وقيل يضمن في الفصلين اذا كان الثاني دون الاول
في الحرزية لان التقييد مفيد وان امره ان يحفظها في داره فنهاه عن
وضعها في دار اخري فوضعها فيما نهاه عنها ضمن لان الشرط مفيد وفي البيتين
لا يضمن لان الشرط لا يفيد الا ان يكون الذي نهاه عنه عورة وقال الشافعي
رضي الله عنه يضمن في الجميع لوجوب اعتبار تصرف العاقل على ما وقعه
قلنا نعم اذا لم تخرج مخرج العبث اما اذا خرج كذلك والتعيين فيما لا يتفاوتان
يجري مجري العبث لعدم الفائدة ص وان خلطها بجنسها حتى لا يتميز فهو
ضامن وقالا يشاركه ان شاء ش قال ابو حنيفة اذا خلط المودع الوديعة
بماله خلطا لا يتميز ضمن ولا سبيل للمودع عليها وقالا ان خلطها بجنسها ان شاء
شاركه في المخلوط وان شاء ضمنه لانه لا يمكنه الوصول الى غير حقه صورة
وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما
شاء وهذا لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى ملك كل
من الشريكين ان يأخذ حصته عينا من غير قضاء ورضي فكان امكان الوصول
الى عين حقه قائما معنى فيتميز وللامام انه استهلاك من كل وجه لانه
فعل يتعذر معه الوصول الى غير حقه وما يكون الاستهلاك من العباد
اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا وما معنى القسمة
لانها توجبها الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا يصلح ان تكون موجبة للشركة
لان حكم العلة لا يكون علة ثم قالوا لا يباح للمخالط التناول قبل اداء الضمان
ولو ابرا المودع المخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي حنيفة لان حقه
في الدين غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة
في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الاختلاف ص وان اختلطت بغير صنعه كان

شريكا ش اذا اختلطت الوديعة من غير صنعه اختلاطا لا يمكن التمييز
فيه فلا ضمان عليه وهما شريكان فيه لاختلاط الملكين من غير جنايه منه
فان هلك البعض هلك من مالهما على قدر المالين حتى لو كان لاحدهما الف
وللاخر الفان قسم الباقي اثلاثا ص وان انفق بعضها ورد مثله فخلطه
بالباقي ضمن الجميع ش اذا انفق المودع بعض الوديعة وهي من ذوات الامثال
ضمن ما انفق لانه حافظ في الباقي ولم يتعيب وان رد مثله وخلط بالباقي
وصار بحيث لا يتميز ضمن الجميع لكونه خلطها بماله لان الضمان لا يبرأ الا بالتسليم
الى صاحبه وقد ملك ما في ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة
فيضمن ولو اخذ بعضها للانفاق ثم رده ولم ينفق لا ضمان عليه لان نفس
الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليست باتلاف فلا يوجب الضمان لانه
ان خالف عاد الى الوفاق وكذا لو اودعه كيسا مشدودا فحمله المودع أو
صندوقا ففتحه فحمله ولم يأخذ منه شيأ حتى ضاع ص او دفع بعضها فانفقه
ثم هلك الباقي ضمنه بقدره ش قال علماؤنا اذا اتلف المودع بعض الوديعة
ثم هلك الباقي يضمن قدر ما اتلفه لانه متعد في هذا القدر فقط وعن
مالك انه يضمن الكل لانه صار خائنا فلا يبقى امينا ولنا انه لم يوجد منه
جناية في الباقي فلا يضمن ص او اودعها عند اخر فالاول ضامن وحده
ش قال ابو حنيفة اذا اودع المودع الوديعة اخر اجنبيا فهلكت عنده
ضمن المالك الاول خاصة وقالا يضمن ايهما شاء الاول بالدفع والثاني
بالقبض لان كلا منهما تصرف في المال بغير اذن المالك كمودع الغاصب
فان ضمن الاول لا رجوع على الثاني لانه ملكه بالضمان مستندا لان
ضمن الثاني رجع على الاول لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة وللامام

ان مجرد

ان مجرد الدفع لا يجب الضمان لانه امين في الدفع حتى لو هلكت عند حضرته
لم يضمن لان الثاني اخذ من يد امين وان هلكت بعد غيبته ضمن لانه ترك
الحفظ الملتزم ولا يضمن الثاني لانه لا يجوز ايجاب الضمان عليه بجناية
غيره لانه لم يترك الحفظ الملتزم ص او طولب بها فحبسها ضمن ش صاحب
الوديعة اذا طالب المودع بها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها اليه ضمنها لان
الرد واجب على المودع بقوله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها
وقوله عليه الصلاة والسلام ادّ الامانة الى من ائتمنك فاذا طالبه
بالوديعة فقد عزله عن الحفظ فاذا حبسها فقد امسك مال غيره بغير اذنه
فيلزمه الضمان قالوا الواجب عليه التمكن من الاخذ لا حملها اليه ص أو
تعدى ثم ازاله نزيل الضمان ش قال علماؤنا اذا تعدى المودع في الوديعة
بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره
ثم ازال التعدي ردها الى يد مالكها زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ
عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الامانة
والضمان فلا يبرأ الا بالرد على مالكها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد وصار
كالمستعير والمستأجر والمجحود ولنا ان الامر بالحفظ باق بعد الخلاف
لاطلاق الامر فيتناول جميع الاوقات فاذا خالف في البعض ارتفع حكم
العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره اتى بالمأمور به فيه
فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجر اجيرا للحفظ في بيته
فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجرة بقدره بخلاف المستعير
والمستأجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم ازال
التعدي حيث لا يبرأ من الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة

يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان
لانفسهما لاستيفا المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها
لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده يد المالك حكما لانه عامل له في
الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما فصار هو نايبا
عنه واختلفوا هل تدخل العين بالخلاف في ضمانه اولا والاصح انها تدخل
وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد
جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض ايمانه فلا يعود مسلما
الا بعقد جديد وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق
صح ولهذا يكون جحود الوكيل الوكالة فسخا ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه
وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولان المودع لما طالبه فقد عزله فيكون
هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار ص او جحد ثم اعترف
لم يزل ش اذا طلب المودع الوديعة من المودع فجحدها ثم اعترف
بها ضمن ولا يبرا من الضمان الا بالرد او الابرا لان بالطلب ارتفع عقد الوديعة
فصار غاصبا بعده وبالاعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد الى المالك ص
ومنعنا الضمان بالجحود في غيبة المودع ش قال علماونا اذا سال رجل
المودع فقال له ما حال وديعة فلان عندك فجحدها لم يضمن وقال
زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف
الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا ان الجحود انما يكون سبب الضمان
من حيث انه رفع العقد بالعزل وذلك لا يصح حال الغيبة فلا يرتفع
ولان الجحود من تمام الحفظ لانه ربما يخاف عليها من جهته فلا يكون سببا
للضمان بخلاف الجحود عند المالك وعلى هذا الخلاف اذا جحد في وجه المالك

من غير

من غير طلب وكان ابو عبد الله الجرجاني يقول انما تضمن الوديعة بالجحود
اذا نقلها من موضعها فان جحد ثم جا بها فقال مالكها دعها عندك فهلكت
ان امكنه الاخذ ولم ياخذ لم يضمن لانه ايداع جديد وان لم يمكن ضمن
لان الرد لم يتم ولو جحد الوديعة في العقار قال شمس الايمة السرخسي
لا ضمان عليه في قول الامام وابي يوسف في الوجوه كلها ومن المشايخ من
قال العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وان كان الغصب لا يتحقق فيه عندنا
ص وان تصرف فيها فربح يطيبه له وامره بالتصدق به ش قال ابو
يوسف اولا اذا تصرف المودع في الوديعة وربح يطيب له الربح ولا يتصدق
لان المنهي عنه ربح ما لم يضمن وهذا ربح ما قد ضمن وقال ابو حنيفة ومحمد
لا يطيب له فيتصدق به ولهما انه خبيث لانه استفاده بسبب لا يحل له
وهو ربح ما لم يملك وانه اشد من ربح ما لم يضمن وعلى هذا الخلاف اذا
تصرف الغاصب في المغصوب فربح يطيب له عنده خلافا لهما ص ولا
نمنعه من السفر بها ش قال علماونا اذا سافر المودع بالوديعة ولم
يكن لها حمل ومونة والطريق امن لم يضمن ان هلكت خلافا للشافعي
له انه تعريض للتلف لقوله عليه الصلاة والسلام المسافر وقاعد على فلت الا ما وقى
الله ولنا ان الامر بالحفظ غير مقيد بزمان ولا مكان والحديث ورد في
ابتدا الاسلام حين كانت الطريق مخوفة بسبب غلبة الكفار ص فله ذلك
مع الامن وعدم النهي وقالا ان لم يكن لها حمل ومونة ش قال ابو حنيفة
اذا كان للوديعة حمل ومونة فسافر بها لم يضمن وقالا يضمن لان الظاهر
عدم الرضى والطريق امن ولم ينه عن السفر فكان الظاهر نهيه عن ذلك
لما يلزمه من مونة الحمل فكان ذلك بمنزلة النهي صريحا بخلاف ما اذا لم

يكن لها حمل ولا مونة لانتفاء المنهي صريحا ودلالة ووجود الامر بالحفظ
مطلقا وللامام ان الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد
بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه فصار
كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما
نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولو لا
انه من الاحسن لما جاز ذلك بخلاف الركوب في البحر لان الغالب فيه
العطب بالرياح والامواج وغير ذلك والنجاة ليست بغالبة فلا يحكم
بها بالاحتمال فيضمن وما يلزم الامر من مونة الرد لضرورة صحة امره
فلا يعد ذلك اضرارا به ولو كان الطريق مخوفا ليس له ان يسافر
بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله لا يضمن
ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر
ابلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن وذكر
في الذخيرة والمحيط وغيرها انه لا يضمن عند الامام قربت المسافة او
بعدت وعند ابي يوسف ان كانت بعيدة يضمن وان كانت قصيرة لا يضمن
ووجهه ان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة القصير السفر
بغير زوج ولا محرم وعند محمد لا تخرج بها في الحالين ووجهه انه يلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومونة والظاهر من حاله ان لا يرضى به وربما
يستغرق المونة الوديعة وفيه اهلاكها فلا تجوز ص وان اودعه مكيلا
او موزونا وغاب واحد وطلب الاخر نصيبه ندفع اليه ش
قال ابو حنيفة اذا اودع رجلان عند اخر شيا من ذوات الامثال
ثم غاب احدهما وحضر الاخر وطلب نصيبه لا يدفع اليه شيا وان دفع

اليه

اليه ضمن وقالا يدفع اليه نصيبه لان الحاضر طلب نصيبه خاصة فيومر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك ولهذا لانه يطالب بتسليم ما سلم اليه وهو النصف
وهوله ولهذا كان له ان ياخذه اذا ظفر به فكذا يومر المودع بالتسليم اليه
ومذهب ابي حنيفة مروي عن علي رضي الله تعالى عنه ولان المودع مامور
بالحفظ لا بالقسمة وفي الدفع قسمته والمودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا
لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى لو هلك الباقي رجع صاحبه
على الاخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغائب
اليه لعدم اذنه في ذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين
المشترك لانه يطالب بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها
واخذ الشريك على الظريه لا يدل على ان المودع يومر بالدفع الا ترى
ان رجلا لو كان له على اخر الف درهم دين وللمديون الف درهم وديعة عند اخر
فلغريمه ان ياخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يومر بذلك
وفي المسئلة حكاية ذكرها الاستجابي في شرح الكافي وهي ان رجلين دخلا
حماما ودفعا الى الحمامي كيسا فيه الف درهم فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ
الكيس من الحمامي وذهب به فخرج الاخر وطلبه منه فقال له قد اخذه صاحبك
فتعلق به وقال انا دفعته اليك وقد ضيعت حتى بالدفع اليه وحمل الحمامي
الى ابي حنيفة وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة قل له اني
لا ادفعه اليك وحدك لانك ما دفعته الي ولكن ايت بصاحبك حتى ادفعه
اليك فتخلص منه بهذه الحيلة ص او اودعهما ما يقسم فاقتسماه ودفع احدهما
قسمه الى شريكه فهو ضامن وان كان لا يقسم جاز حفظ احدهما باذن الاخر
ش قال ابو حنيفة اذا اودع رجل عند رجلين شيا مما يقسم وجب عليهما

اقتسامه ويحفظ كل واحد منهما نصيبه ولا يجوز لاحدهما ان يدفع الى الاخر
نصيبه فان دفعه اليه وهلك عنده فالاول ضامن دون الثاني واذا كان
مما لا يقسم جاز لاحدهما ان يحفظ الكل باذن صاحبه وقالا لاحدهما ان يحفظ
باذن الاخر في الوجهين لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما
ان يسلم الى الاخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة وهو اقيس ان
المالك رضي بحفظهما جميعا لا بحفظ كل واحد منهما ورضاه بامانتهما لاثنين
لا يكون رضي بامانة الواحد والحفظ بالقسمة ممكن وهذا لان الاصل ان
فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل الوصف بالتحري يتناول البعض
لا الكل فاذا سلم احدهما الكل الى الاخر ولم يكن المالك راضيا به ضمن ولا
يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده بخلاف ما لا يقسم للاذن بالدفع
دلالة لانه لم يمكن قسمتها ولا الاجماع عليها دايما وعلى هذا الخلاف القولان
في الرهن والوصيان والمرتهنان والوكيلان بالشرا اذا سلم احدهما الى الاخر
ص ويضمن الصبي والعبد المودعين ما اتلفاه للحال وقالا يضمن العبد وحده
بعد العتق ش قال ابو يوسف اذا اودع رجل شيا عند صبي محجور او عند
محجور فاستهلكه يضمن للحال وهو قول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة
ومحمد لا ضمان على الصبي اصلا ولا على العبد ما دام رقيقا فاذا عتق وكان بالغا
ضمن وحكم المدبر وام الولد كالعبد واما المكاتب فانه يضمن للحال بالاتفاق ضمن
لابي يوسف ان الايداع ان كان صحيحا فاستهلاك الوديعة وان لم يكن صحيحا
فاستهلاك مال الغير بغير اذنه وكلاهما سبب للضمان للحال ولهما انه سلطه
بتحويل يده في المال اليه فانه باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه وبالتحويل
صار ممكنا له صبيا كان او بالغا اخرج التسليط الفعل من ان يكون سببا

للضمان

للضمان لانه رضي باتلافه الا ان يقوله احفظ قصد اعتبار التحويل على الحفظ
وانه صحيح في حق البالغ دون الصبي لانه التزام بالعقد والصبي ليس من اهله
فبقي التسليط ولهذا لو راى انسانا ياخذها او دله على اخذها لم يضمن بخلاف
العبد البالغ لان الالتزام صحيح منه والمانع حق المولى كما في كفالته وعلى هذا
الخلاف الاقراض والاعارة والبيع والتسليم ولو كانا ماذونين يضمنان
للحال لصحة اشتراط الضمان عليهما حالة الاذن ولان الاذن في التجارة
اذن بقبول الوديعة اذ لا بد للتجار من قبولها فتصح التزام الحفظ فيضمن
بتركه قال فخر الاسلام البزدوي الصبي الذي لا يعقل يضمن بلا خلاف لان
التسليط غير معتبر وفعله معتبر فيواخذ بفعله وقال صاحب المحيط هذا
ظن من بعض مشايخنا بل الخلاف في الكل وقيل لا يضمن الذي لا يعقل بلا
خلاف واليه ذهب قاضي خان في شرح الجامع الصغير ص وان دفع العبد
الوديعة الى مثله فهلكت فللمالك ان يضمن الاول بعد العتق فقط ويخيره
في ايهما شا للحال ووافق الاول في الاول والزم الثاني في الحال وقيل
بعد العتق ش اذا اودع ملكه عبدا محجورا فاودعه العبد مثله فهلكت
قال ابو حنيفة الضمان على العبد الاول بعد العتق وليس على العبد
الثاني ضمان وقال ابو يوسف للمالك ان يضمن ايهما شا للحال وقال محمد
لا يضمن الاول حتى يعتق كما قال الامام واما الثاني فذكر في التعريف وشرح
مختلف الفقه ان له تضمين الثاني في الحال عنده وفي المنظومة انه لا يضمن
الا بعد العتق ايضا لابي حنيفة ان المودع المحجور لا يضمن بالاتلاف في الحال
اذا كان عبدا وانما يضمن بعد العتق لما تقرر في المسئلة السابقة والثاني
مودع المودع ولا ضمان عليه عنده حتى يتعدى ولم توجد منه الجناية ولا التعدي

فانتفى سبب الضمان ولابي يوسف ان المحجور يضمن بالاتلاف للحال والدفع
الى الثاني اتلاف واما الثاني فلانه قابض مال غيره بغير اذنه فكان ضمانه
ضمان فعل فيضمن للحال ولمحمد ان الضمان ضمان عقد فلا يلزم الا بعد العتق
واما الثاني فله على الرواية الاولى انه قبض ملك غيره بغير امره فصار
ضمان فعل فيلزمه في الحال وعلى الرواية الثانية انه لو ضمن للحال رجع
به على الاول لانه استعمله وذلك يستلزم تضمين المودع المحجور قبل
العتق وهو لا يقول به ثم ان عتق الاول قبل الثاني فللمالك ان يضمنه
عندهما للاستهلاك ولا يرجع هو على الثاني سوا اعتق الثاني ام لا لانه
مودع ومودعه فلم ينفذ وان عتق الثاني قبل الاول لا يضمنه المالك
عند الامام ويضمنه عند محمد ويرجع هو على الاول اذا اعتق هذا هو المعول
عليه ص او عبد ثالث مثلهما فالاول كالاول والثاني ضامن للحال
فقط وتخيره في ايهم شا ووافق الاول في الاول وخير في الاخيرين
ش فلو اودع العبد الثاني ثالثا مثله وهلك في يده فعند الامام
لا يضمن الاول الا بعد العتق لما مر وله ان يضمن الثاني للحال لانه
مودع مودعه لكنه استهلك بالدفع للثالث وعند ابي يوسف يضمن اي
الثلاثة شا للحال لان الاول سلم مال غيره بغير اذنه وضمانه ضمان
التسليم وكذلك الثاني والثالث لان كلا منهما قبض مال غيره بغير اذنه
فكان ضمان فعل فله ان ياخذ به ايهم شا للحال وعند محمد يضمن الاول
بعد العتق كما قال الامام لانه لا ضمان ضامن للحفظ بالعقد ولا يلزمه في
الحال فتاخر الى زمان العتق وله ان يضمن الثاني والثالث للحال لان كلا
منهما قبض مال غيره بغير اذنه فكان فعلا يواخذ به في الحال ولو ضمن

الثاني

الثاني لم يرجع على الاول لانه استهلك وكذا لو ضمن الثالث لم يرجع على
الاول لانه لم يجر بين الاول والثالث سبب

كتاب العارية

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان كلا من الوديعة
والعارية امانة في يد المودع والمستعير وهي بالتشديد على وزن فعلية
وسمي هذا العقد بها لتعريها عن العوض وقيل لانها من التعاور وهو
التناوب والعارة مثل العارية قال بن مقبل شعر
فاخلف واتلف انما المال عارة ۞ وكله مع الدهر الذي هو آكله ۞
وقيل هي في اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه لان طلبها عار قال
المطرزي واخذها من العار العيب او من العري خطا ويؤيده انه عقد
مندوب اليه لما فيه من قضا حاجة المسلم قال الله تعالى وتعاونوا على
البر والتقوى وقد ذم الله تعالى المانع لها بقوله ويمنعون الماعون
اي العواري من القدر والقدوم ونحو ذلك وسياتي تفسيرها في الشرع
ص وتفسر بهبة المنافع بغير عوض ش فالمشهور وهو اختيار ابو
بكر الرازي وهو الصحيح انها تمليك فاذا اعار مكيلا او موزونا كان قرضا
لا يتحقق العارية اختلفت عبارات اصحابنا في تفسير المنافع العارية
شرعا بغير عوض وانما ملكها الماذون والصبي وان كانا لا يملكان التبرع
لانه لا بد للتجار منها وقال الكرخي والشافعي اباحة الانتفاع بملك
الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة
لا يصح التمليك وكذا يعمل فيها النهي ولا يملك المستعير ان يواجرها من غيره
ونحن نقول انها تنبي عن التمليك لانها ماخوذة من العرية وهي العطية
في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعملت في المنفعة كذلك فاقتضت

اختلف عبارات اصحابنا في تفسير العارية شرعا

تمليكهما ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وللمستعير ان يعير ما لا يختلف بالاستعمال
ولو كانت اباحة لما جاز لان المباح له ليس له ان يبيح لغيره وهذا لان تمليك
المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون مشروعا بغير عوض ايضا كالاعيان
لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح وانما
لا يملك الاجارة لانها تقع لازمة فتبطل حق الاسترداد للمعير وانه لا يجوز
والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا توجب
الفساد وهذا لانها غير لازمة فله ان يرجع فيها في كل ساعة بخلاف المعاوضات
فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة
كالخياط جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد
بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه
قبل الحدوث ص ولا تكون الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه فاذا اعار مكيلا
او موزونا كان قرضا ش لان تحقق العارية انما يمكن الانتفاع به مع بقاء
عينه على ملك صاحبها كالدار والعبد والثوب لان ما لا يمكن الانتفاع به
الا باتلافه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب وسائر ما لا تقع الاجارة
على منافعه يكون قرضا معنا لانه رضي باتلافه ببدل فكان تمليكا ببدل
وهو المراد بالقرض ولو بين الجهة كما اذا استعار دراهم او دنانير ليعايرها
بها ميزانا او يزن بها دكانا او يتحمل بها او غير ذلك مما لا يتلف به عينها
لا يكون قرضا لانه امكن العمل بحقيقة العارية وسأل خلف بن ايوب
محمدا عمن استعار رقعة ليرقع بها قميصه او خشبة يدعمها في بنائه
قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن بمنزلة القرض الا ان يقول اردده عليك
فيكون عارية ص ونجعلها امانة ش قال علماؤنا العارية اذا هلكت

بغير

بغير تعد امانة لم يضمن المستعير وقال الشافعي يضمن اذا هلكت في غير
حالة الاستعمال لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة وقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم
من صفوان يوم حنين دروعا فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية
مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه الصلاة والسلام فقال انا اليوم
في الاسلام ارغب رواه احمد وابو داود ولانه قبض مال الغير لنفسه لا عن
استحقاق فاشبه الغصب والاذن والقبض يثبت ضرورة بالانتفاع فلا
يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض في الاجارة
عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان اي غير المتعدي وهو قول علي وابن مسعود
رضي الله تعالى عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء
ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان
العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي
فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه المتعدي وانتفى المبادلة
لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب الضمان او لشبهته بان كان فاسدا او بالتعدي
فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهة لانه عقد تبرع
والتعدي لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن له بالاتلاف فاتلفه
لا يضمن فهذا اولى لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن له بالاتلاف في
فاتلفه لا يضمن لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه بشرط الضمان
لحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا شرط فيها الضمان
يضمن عندنا في رواية وان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت وتجوز من

الشروط بين المسلم والحربي ما لا يجوز بين المسلمين ويحتمل ان يكون المراد
بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه وقوله عليه
الصلاة والسلام على اليد ما اخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان
رد العين واجب في الامانات وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبض لنفسه
وهذا اذا كانت العارية مطلقة اما اذا كانت مقيدة بوقت فطلبه في
غيره مع الامكان ضمن اذا هلكت سواء استعملها بعد الوقت او لا وذكر
صاحب المحيط وشيخ الاسلام ان من مشايخنا من قال هذا اذا انتفع به بعد الوقت
لانه يصير غاصبا اما اذا لم ينتفع به فلا يضمن كالمودع اذا امسك بعد المدة
ومنهم من قال يضمن على كل حال واليه مال شمس الائمة السرخسي وغيره
لان المستعير يمسك مال الغير بعد المدة لنفسه بخلاف المودع ويستوي فيه
كون العارية موقتة نصا او دلالة حتى قيل انه من استعار قدوما ليكسر
بها حطبا فكسر الحطب ولم يرد حتى هلكت ضمن ولو شرط الضمان في العارية
هل يصح فيه اختلاف المشايخ ص وتصح باعرتك ومنحتك هذه الدابة وحملتك
عليها اذا لم يرد بها هبة واخدمتك هذا العبد وداري لك سكني وسكني
وعمري ش اي وتنعقد العارية بقوله اعرتك هذا الشيء لانه صريح فيها
وبقوله منحتك لان المنح تمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك
المنافع واصله ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا
ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيا منح واذا اريد به الهبة
افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه شيئا وبقوله حملتك على هذه
الدابة اذا لم يرد به الهبة ايضا لان هذا اللفظ يستعمل فيها يقال حمل فلان
فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما

صحت

صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى ليلا يلزمه الاعلى بالشك
وبقوله اخدمتك هذا العبد لانه اذن في استخدامه بغير عوض وبقوله
داري لك سكني او سكني عمري لان قوله داري لك محتمل يحتمل ان يكون
له رقبتها ويحتمل ان يكون منفعتها وقوله له سكني محكم في ارادة المنفعة
فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكني خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل بخلاف
قوله هذه الدار لك تسكنها لانه اضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله
يسكنها مشهورة فلا يتغير به قضية العقد وينعقد ايضا بقوله
اطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل عينه يراد به ما
يشتغل منه مجازا لانه محله ص ويجيز للمستعير ان يعير ما لا يختلف
بالاستعمال ش قال علماؤنا يجوز للمستعير ان يعير وان شرط ان لا يعير
الا ان يكون المعار مما يختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة ولبس
الثوب خلافا للشافعي في احد الوجهين وهذا بناء على ان الاعارة تمليك
المنفعة عندنا وعنده اباحة المنافع والمباح له لا يملك الاباحة ولنا
ان لفظة الاعارة للتمليك ولهذا تنعقد العارية بلفظ التمليك لو قال
ملكتك منفعة هذه العين شهرا والملك للشيء يملك التمليك فيه بقدر
ما يملك كما في المستأجر ثم العارية على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة
في الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع بها في اي منفعة شاء لاطلاق
العقد الثاني ان تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بان قيد بيوم وعين
نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له ان يتجاوز عملا بالتقييد الا ان يكون
خلافا الى خير او مثله خلافا لزفر له انه خالف ولنا انه لا يفيد اعتباره
الثالث ان تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع الرابع ان يكون على

العكس فليس له ان يتجاوز المسمى فيهما ص وليس له ان يوجر س ليس للمستعير
ان يوجر دفعا للضرر لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لان
الاجارة لو جازت من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع عليه حتى تنقضي مدتها
فيتضرر فلا يلزم بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية
او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجرة فلا يجوز فلو اجرها فهلكت فللمالك ان يضمن
ايهما شاء ويكون الاجر له يتصدق به فان ضمن المستعير اذا لم يعلم به انه
كان عاريه للغرور ويملك الايداع في الاصح لانه دون الاعارة وقال محمد
المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم انه ملكه فهو خصم ولو
قال اودعني الذي اعترها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن له ان يودع
والوديعة لا تودع ولا تعار ولا توجر والمستاجر يعار ويوجر وفي ايداعه
اختلاف المشايخ ص ولو استعاره ليرهنه جاز س اذا استعار شيا ليرهنه
والمطلق جاز ان يرهنه باي قدر شاء واي جنس شاء ومن شاء وحيث شاء عملا
بالاطلاق ص وان قيد بقدر او جنس او مرتهن او بلد لم يتجاوز ذلك
لانه تقييد مفيد وان قيد بمقدار او جنس او مكان لم يتجاوزه س وان
قيد بقدر او بجنس او بمرتهن او ببلد لم يتجاوز ذلك لانه تقييد مفيد
في الرهن بالاكثر لانه يزداد عليه الضمان في الفكاك وفي الرهن بالاقل
لنقصان محل ضمان المحل وهو لم يرض به وفي غير الجنس ان الفكاك ربما
عينه من الجنس قد يكون ايسر عليه مما لم يعينه وفي غير المرتهن لان الناس
يتفاوتون في الامانه والقضا وفي غير البلد لان الاماكن تتفاوت في يعني
الحفظ والصيانة ويلزم بالخلاف الضمان في الجميع لانه تصرف في ملك غيره
على وجه لم يأذن له فصار غاصبا ويأخذه المعير من يد المرتهن وينفسخ الرهن

لا يرجع على المستاجر لانه
ملكها وان ضمن المستاجر
رجع على المستعير ص

فيه

فيه لانه لم يؤذن له في هذا الرهن وللمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير
فيتم عقد الرهن لانه تملكه بالضمان سابقا على الرهن او المرتهن فلا ينفذ
الرهن لانه لا يصح تملك متاخر عن الرهن ويرجع المرتهن على المستعير بدينه
وهو ظاهر وبقيمة الشيء التي ضمنه لانه غره في ذلك كما في الاستحقاق
بان مات المرهون ثم استحقه انسان فضمن المستحق احدهما ص او في يد
المرتهن ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بالهلاك من الدين س وان
هلك عند المستعير قبل الرهن او بعد الفكاك فلا ضمان عليه لانه حافظ
باذنه ولم يقبض دينه منه وان هلك بعد الفكاك او قبل الارهان فلا
ضمان وان وافق المستعير ولم يخالف فهلك في يد المرتهن ضمن الراهن
للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن حتى لو استعار ثوبا
ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمته عشرة او اكثر فهلك بطل الدين
ووجب مثله للمعير على المستعير لانه قضى دينه بماله وان اصابه
عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب عليه مثله فان كان يساوي خمسة
ورهنه بعشرة وهلك ذهب بخمسة وعلى الراهن خمسة للمرتهن وللمعير خمسة
ص وان اعار ارضه للبنا والغرس كان له ان يرجع ويكلفهما س
اذا اعار ارضه للبنا والغرس ولم يوقت فبنى او غرس فله ان يرجع فيهما
لان الارض ملكه والاعارة غير لازمة فيؤمر بالتفريغ ولا يضمن المعير بانه
لم يغره لانه مأذون فيه كالموقت ص فان وقت فرجع فله كره قبله
والزمناه الضمان فقيل ما نقصها القلع وقيل قيمتها وتملكهما الا ان
يرفعهما المستعير وقيل ان ضر الارض يخير المالك س اذا اعار ارضه
لرجل ان يبني فيها او يغرس عشرين سنة فبنى المستعير فيها او غرس

ثم بدا له فرجع قبل انقضاء المدة فله ذلك لما مرّ وكره لما فيه من خلف الوعد
ولزمه الضمان عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ضمان عليه لانه مغتر
وليس بمغرور اذ بنى او غرس مع علمه ان له الرجوع فيه متى شاء ولنا انه
غره اذ وقت وقتا فرجع قبله فللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع
على الغار وفي كيفية وجوب الضمان اختلفت الرواية فذكر القدوري في
مختصره ان المعير يلزمه الضمان بقدر ما نقص البنا او الغرس بالقلع بنظر
كم يكون قيمة البنا او الغرس قايما الى المدة الموقته فيضمن ما نقص من قيمته
حتى لو كانت قيمة البنا الى المدة عشرة وبالقلع في الحال تكون قيمة المقلوع
اثنين رجع بثمانيه وذكر الحاكم الشهيد ان الخيار للمستعير ان شاء ضمن المعير
قيمة غرسه وبنايه قايما سليما لانه غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من الحمة
اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة وملكها المعير باداء الضمان وان شا اخذ بنايه
وغرسه لانها ملكه ورضي بالنقص ولا شيء على المعير وقيل انما يخير
المستعير اذا لم ير النقص والقلع بالارض اما اذا اضر فالمعير ان شا املكها
بالقيمة وان شا رضي بالقلع والنقص لان الارض الاصل وقال في شرح
الطحاوي انما تمسك بقيمتها مقلوعة غير قايمة ص وان اعارها للزرع فلا
رجوع قبل حصده مطلقا ش اذا اعار ارضه لرجل ليزرعها فليس
للمعير الرجوع قبل ان يحصد زرعه مطلقا اي سوا اطلق الاعارة او وقتها
استحسانا لانه زرعه باذنه وينتظر بالقلع وله غاية معلومة فيترك
في يده باجر المثل حتى يستحصد لان ضرر المعير في التاخير وضرر المستعير
في الابطال بخلاف الغاصب لانه متعد وبخلاف البنا والغرس لانه
لا غاية له ص والمستعير يكتب الطحني ارضه وقال الاعاري ش اذا اعار

ارضه

ارضه بيضا للزراعة فاك ابو حنيفة يكتب في الصك انه اطعمه ارضه
وقالا يكتب انه اعاره لانه هو الموضوع للاعارة وبه اخذ الفقيه ابو
الليث وابي حنيفة ان الاطعام ادل على الزراعة من لفظ الاعارة فكان
اولى ص ويؤدي المستعير والموجر والغاصب اجرة رد العارية والعين
المستاجرة والمغصوبة ش مونة الرد على من يتبع القبض له لان الخراج
بالضمان فهي العارية على المستعير وفي الوديعة على المودع لان الرد نقض
القبض وانما يجب على من ينفع منفعة القبض له وفي الاجارة على الموجر
لان الرد ليس بواجب عليه بل عليه التخلية والتمكين من الاخذ لان منفعة
قبضه للموجر معنى باعتبار اخذ العوض فاذا لم يجب الرد لم تجب مونته
ولانها لا تجب بدون العقد وفي الاجير المشترك عليه لحصول العين له
وفي الرهن على الراهن لانه يصير به قابضا بينه وفي الغصب على الغاصب
لانه عليه لنهي فعله وفي العبد الموصى له بالخدمة قالوا الرواية فيه
ويجب ان يكون على الموصى له ص واذا رد الدابة الى اصطبل مالكها او مع
عبده او اجيره او عينا مستعارة او مستاجرة الى داره يبري دون الوديعة
ش اذا استعار دابة فردها الى دار مالكها او اصطبله او عبدا فردّه
الى دار مالكه يبري استحسانا والقياس ان لا يبرا ووجهه انه لم يوجد
الردّ الى المالك ووجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المعتاد بين الناس
عرفا وعن ابن سلمة ان كان المربط خارج الدار لا يبرا لان الظاهر انها
تكون هناك بلا حافظ وحكم الاجارة كالعارية لاشتراك العرف ولو استعار
دابة فردها بيد من في عياله كعبده واجيره مشاهرة او مسانهة يبري
استحسانا كالوديعة وان ردها مع عبد رب الدار واجيره يبري وان لم يبرا

في الوديعة لان المالك راض به عادة والعبد الذي لا يقوم على الدواب
كالذي يقوم في الصحيح لانه صالح للحفظ كالمربط ولو ردها مع اجنبي لم
يبرا لانه بمنزلة الايداع ودلت المسئلة على انه لا يملك الايداع ومن قال
انه يملك تاول فنقول ان الاعارة قد انتهت فبقي مودعها ولو رد المغصوب
او المسروقة الى دار المالك او الى يد من في عياله ولم يسلم اليه لم يبرا لان
عليه نسخ فعله وذا بالرد اليه ويجب ان يكون الجواب في الوديعة لان
العين امانة فيهما الا ان في الوديعة صاحبها لا يرضى برد ها الى داره او
عياله لانه لو رضي بالرد الى غيره لم يودعها عنده بخلاف العواري للعرف
حتى لو كانت شيا نفيسا لا يردها الا الى المعير لانه لا عرف فيه

فصل هذا في عرف زمانهم واما في عرف زماننا فلا يبرا في الكل الا بالتسليم الى المالك

كتاب اللقيط

وجه المناسبة بين
الكتابين من حيث ان العارية اخذ الشيء بطلب وقصد والالتقاط اخذه
بغير طلب وقصد وهو فعيل بمعنى مفعول سمي به باعتبار ما يول اليه من
اللقط والالتقاط العثور على الشيء مصادفة من غير طلب وكا قصد وفي
اصطلاح الفقها هو اسم لحي مولود من صغار بني ادم طرحه اهله
فرارا من العيلة او الزنا والتقاطه مندوب اليه الا ان يغلب على ظنه
ضياعه فيجب لما فيه من احيا النفس لانه على شرف الهلاك قال تعالى ومن
احياها فكانما احيا الناس جميعا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال
وهو من افضل الاعمال ولهذا قيل محرز غانم ومضيعه اثم وقال عليه
السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب
اليه ان كان غالب رايه انه لا يهلك بان وجد في مصر كما ذكرنا ومفوض
عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجد في مفازة ونحوه من المهالك صيانة

له

له ودفعا للهالك كمن راى اعمى يقع في البير ونحوه يفترض عليه حفظه
عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته ص
وحكم حريته ش ان الحرية اصل في بني ادم اذ هم اولاد آدم وحوا والاصل
بقاء ما كانوا عليه حتى يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها
يكون حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر ثم هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه
يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولدنها لا يعرف له اب ص وليس لغير
الملتقط اخذه منه ش ليس لغير الملتقط اخذه منه لسبق يده بمنزلة المباحات
ص وينفق عليه من بيت المال ش روي ذلك عن عمر وعلي شريح رضي الله
تعالى عنهم ولانه عاجز محتاج ولا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد
للصرف في مثله فصار كالمعتد الذي لا مال له ولا قريب ولان ميراثه
لبيت المال فيجب نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته
فيه ص فان انفق الملتقط كان متبرعا الا ان ياذن له القاضي بشرط
الرجوع او يصدقه اللقيط اذا بلغ ش لانه ليس له ولاية الالزام
الا ان يامره القاضي بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط لان للقاضي ولاية
عليه فيكون دينا عليه وان انفق الملتقط عليه كان متبرعا الا ان
يامره القاضي بان ينفق عليه على ان يكون دينا عليه فيكون دينا عليه
لانه انفق عليه بامر من يلي عليه وان امره القاضي به ولم يقل على ان
يكون دينا عليه ذكر في مختصر هشام انه يكون دينا لانه امره بان يقضي
دينا عليه كما لو قضى بامره وذكر الحاكم الشهيد في الكافي انه لا يكون دينا
عليه وهو صحيح لان بدون الشرط يحتمل انه للحث والترغيب في اتمام ما شرع
فيه من التبرع وامر متقضا واجب عليه بغير عوض فلا يكون دينا عليه

الا بالشرط كما لو امره باداء زكوته عنه لا يكون دينا عليه الا بالشرط بخلاف
قضا القاضي لانه وجب عليه بعوض وان لم يامره القاضي بالانفاق عليه
وصدقه عليه كان حقا عليه لانه اعرف بحقه ص ومن ادعى انه ابنه وكبر اللقيط ص
ثبت نسبه منه ش اذا ادعي رجل نسبه صحت دعوته استحسانا لانه محتاج
اليه فهو يقدم بما ينفعه ويلتزم حقاله ويترجح على الملتقط في حفظه
في الاصح ضمنا للنسب كالارث بشهادة القابلة ولو لنسبه بعد موته لم يصح ادعى ص
لانه انما صح في حياته للانتساب والشرف ولم يبق بعد ذلك ولو ادعي
بعد كبره يعتبر تصديقه ان امكن لانه في يد نفسه وانه يحتمل قول معتبر
وان ادعت امراة لا تصدق الا بشهود لانه يثبت من صاحب الفراش وهي
تحمل على غيرها كما قد قيل وانما امهات الناس اوعية مستودعات وللانساب
اباحتي لو لم يكن لها زوج ثبت منها ولو ادعاه الملتقط فهو اولي من الخارج
لانه صاحب يد الا ان يسبقه الخارج بالدعوي لانه يثبت منه في وقت
لا ينازعه فيه غيره ص وان ادعاه اثنان وذكر احدهما علامة او سبق
كان اولي وان ادعياه معا ثبت منهما ولا تعتبر قول القايف ش
اذا ادعي اللقيط خارجان وبينة ان كان احدهما مسلما والاخر ذميا
فالمسلم اولي لانه انفع للقيط وان كان احدهما حرا والاخر عبدا فالحر
اولي لما قلنا وان كانا على السواء ان وصف احدهما علامة في جسده
فالواصف اولي لان العلامة تصلح ان تكون مرجحة كما في متاع البيت
بخلاف دعواهما عينا في يد غيرهما لان العلامة تدل على يد كانت
ويد كانت لا يستحق بها العبد حتي لو اقام المدعي بينة انه كان في يده لم
يستحق بذلك وفي نسب اللقيط يستحق فافترقا ولو لم يصف احدهما

علامة

علامة فهو ابنهما وقال الشافعي يرجح في ذلك الي قول القايف لا الي
العلامة لما روي ان المدلجي مر بزيد واسامة بن زيد وهما تحت قطيفة
قد غطي وجههما وارجلهما باديه فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسر
بذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولنا انهما تساويا في سبب الاستحقاق
وهو الدعوي فيستويان في الاستحقاق وقول القايف رجما بالغيب
وحكم بغير دليل اذ يلد الابيض اسود وبالعكس وسروره عليه السلام
انما كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لكونه اسود شديد
السواد وزيد ابيض مثل القطن والجاهلية كانت تصغي الي قول
القايف ويجعلونه حجة فسر عليه الصلاة والسلام لقطع الطعن
وان ادعي اكثر من اثنين روي عن الامام انه جوز الي خمسة وقال
ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين وعن محمد انه لم يجوز اكثر من
ثلاثة وان ادعته امراتان واقاما بينة فهو ابنهما عند الامام في رواية
ابي حفص وروي عنه ابو سليمان انه لا يثبت من واحدة منهما وهو الروايتين
قولهما وجه هذه انه محال كونه مولودا منهما وجه تلك كونه مجازا عن
الارث والتربية وهي من احكام اليد كما في الرجلين واذا ادرك ولي من
شاء ان ولاه لم يتأكد لثبوت المال قبل ان يعقل عنه كالحربي اذا اسلم
والي من شاء قبل ان يعقل عنه يثبت المال ص ويرجح بالاسلام
والحرية ش قد تقدم الكلام على ذلك ص وان وجد في بعض امصار
المسلمين او قراهم فادعاه ذمي ثبت نسبه وكان مسلما لهما وذميا
هناك فاعتبار المكان او الواجد او الاسلام روايات ش اذا وجد
اللقيط مسلم في كان المسلمين فهو محكوم باسلامه وان وجده كافر

في مكان الكفار كالبيعة فهو محكوم له بالكفر الاصلي وان وجد كافر في مكان المسلمين او وجد مسلم في مكان الكفار حكم في كتاب اللقيط ان العبرة للمكان وروي بن سماعه عن محمد ان العبرة للواجد وفي بعض نسخ كتاب الدعوي يعتبر الاسلام من ايهما كان وفي البعض يعتبر زيه وعلامته كما في خليط الموتي قال الله تعالي تعرفهم بسيماهم وقال تعالي يعرف المجرمون بسيماهم ص وان ادعاه عبد ثبت نسبه منه وكان حرا ش اذا ادعي اللقيط عبد انه ابنه ثبت نسبه منه وكان حرا لان النسب ينفعه ولا تبطل الحرية الظاهرة لانه يضره وينفك عنه ومن ادعي ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الحرية هي الاصل ص وان كان معه مال كان له ش اذا وجد مع اللقيط مال يكون له وتكون نفقته فيه لان الظاهر ان الذي وضعه وضع المال للانفاق عليه وبه اسبق ولا يصرفه الملتقط اليه الا باذن الحاكم في ظاهر الرواية لانه نصب ناظرا لامور المسلمين فان امره بالانفاق عليه فالقول قوله في نفقته مثله لانه امين ينكر الضمان كالوصي ص ولا يزوج الواجد ولا يتصرف في ماله ويقبض عنه الهبة ويسلمه في صناعة ولا يواجره في الاصح ش لا يجوز للملتقط تزويج اللقيط ولا بيعه ولا شراؤه عليه لانعدام الولاية بانعدام سببها ويجوز قبضه الهبة والصدقة له للنفع المحض كما يملك الصغير والام ووصيها ولا يواجره في الاصح وذكر القدوري في مختصره جوازا اجارته لان فيها شفقة وحفظ ماله من الضياع وذا النفع له وجه الاصح انه التزام فلا بد فيه من الولاية ولا ولاية له بخلاف الام فانها اتلاف منافعه بغير عوض كالاستخدام فبالعوض اولي ص ويمنع الامام عن

استيفا

استيفا القصاص لو قتل ش اذا قتل اللقيط عمدا فللامام ان يصالح علي الدية لانه انفع للمسلمين وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقهم واما القصاص قال ابو يوسف ليس له ان يستوفيه لاحتمال الولي وهو الظاهر الا انه غائب فلا يقبض دونه ولنا قوله عليه السلام الامام ولي من لا ولي له وقد علم بهذا الحديث ان اقرب الناس اليه اذا كان مجهولا لا يكون وليا لانه لا ينتفع به مع الجهالة به فالتحق وجوده بعدمه ص وقبلوا شهادته بالزنا ش قال علمائنا اذا بلغ اللقيط وهو عدل قبلت شهادته في كل شيء وعن مالك انها لا تقبل علي الزنا وما يتعلق به كاللعان وغيره لقوله عليه السلام لا شهادة لظنين اي متهم ولانه لا نسب له فيتهم انه شهد علي الزنا ليجعل لنفسه شبها في انتفاء النسب فترد شهادته ولنا ان شرائط قبول الشهادة اجتمعت في حقه فيقبل علي الزنا كما يقبل علي غيره وما ذكر لا يسقط القبول كشهادة الاقطع والاعور علي قطع اليد وفي العين

كتاب اللقطة

وجه المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع وحكي عن الخليل ان قال اللقطة بتحريك القاف هو الذي يلتقط الشيء وبسكونها ما يلتقط قال الازهري هذا الذي قاله قياس لان فعله جاء في اكثر كلامهم فاعلا وفعله جاء مفعولا غير ان كلام العرب جاء في اللقطة علي غير قياس ذكر في شرح الطحاوي الافضل ان يرفعها اذا كان يأمن علي نفسه وان كان لا يأمن لا يرفعها وفي الذخيرة ان خاف ضياعها يفترض عليه الرفع وان لم يخف يباح اجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب لانه لا يأمن ان يصل اليها يد خائنة ص واذا انشد الملتقط انه يأخذها ليردها كان امينا ولم يشترط

الاشهاد ش انه اذا اختار الملتقط الاخذ اشهد عليه انه ياخذها للرد
ويكفي ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي سواكانت واحدة اوكثر
وان هلكت في يده وقد اشهد حين اخذ فلا ضمان عليه لانه ماذون في اخذها
مندوب اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي
عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق بها وان لم
يجي صاحبها فهو مال الله تعالى يوتيه من يشاء رواه احمد وابن ماجه وان لم
يشهد فعليه الضمان عند الامام خلافا لابي يوسف اذا ادعى الاخذ للرد
لان الظاهر منه الحسبة دون المعصية فكان حمل فعله على الصلاح اولى من
حمله على الفساد وللامام انه اخذ مال الغير بغير اذنه وهو سبب الضمان
فيضمن وهذا لان الاذن مقيد بالاشهاد لما روينا واذا لم يشهد لم يوجد فيضمن
وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون الملتقط عاملا
لنفسه وصار نظير اما لو اخذ مال الغير وادعى انه وديعة قالوا هذا الاختلاف
عند الامكان واما اذا لم يمكنه بان لم يجد احدا يشهده او خاف عليها من
الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على اخذه لنفسه
عند القدرة وان اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن
وان اقر انه اخذها لنفسه ضمن لانه ممنوع من اخذها وقال عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وان تصادقا على انه اخذها للرد فلا ضمان
لان تصادقهما كالبينة وان اختلفا في الاخذ لنفسه او لما لكها ولا اشهاد
فالقول للمالك وعند ابي يوسف للملتقط ص ويعرفها مدة يغلب
على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك هو الصحيح وتعريف ما دون العشرة
دراهم اياما وهي فما فوقها حولا لرواية ش مدة التعريف مقدرة بالحول
مطلقا

مطلقا في ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا
فليعرفه حولا من غير فصل وروي هشام عن محمد عن ابي حنيفة ان كانت
عشرة او اكثر يعرفها حولا وان كانت اقل فعلى ما يرى وهو قول محمد وجه
ان العشرة مال نفيس يتعلق بها احكام مال كثير لوجوب القطع بالسرقة
واستحلال الفرج بها فالحقت بما فوقها في حق التعريف احتياطا وما دون
العشرة مال حقير لا يتعلق به احكام التفاسد في الشرع فنفوض مقدار مدة
التعريف فيه الى رايه وقالوا الاصح ان لا تقدير فيها لازم لانه يختلف بقلة
المال وكثرته فيعرف مدة تغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك
لان الاخبار بعضها مقدر بحول وبعضها بساعة وبعضها مطلق عن التقدير فهذا
يدل على ان التقدير ليس بلازم وانما هو مفوض الى راي الملتقط وروي
الحسن عن ابي حنيفة انها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما
فوق العشرة الى مائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة
ايام وفي درهم يوما وان كانت تمرة ونحوها تصدق بها مكانها وان كان
محتاجا اليها اكلها مكانها فقد رلكل لقطة ما يليق بحالها وان كانت اللقطة شيا
لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان تفسد تصدق بها وعنه صلى الله عليه وسلم
انه مر بتمرة في الطريق فقال لولا اني اخاف ان تكون من الصدقة لاكلتها
رواه البخاري ومسلم وينشدها في الموضع الذي اصابها فيه او في مجامع الناس
لان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وفي الهداية ان كانت اللقطة شيا
يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاوها اباحة وتحل
الانتفاع بها من غير تعريف لكنه مبقى على ملك صاحبها لان التمليك من
المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في النواة والقشران يملكه وفي

الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك
ص ثم يتصدق بها ان شاء ان جاء صاحبها فامضاها والا ضمن الملتقط
او المسكين ان شاء وان كانت قائمة اخذها منه ش اذا عرف الملتقط
اللقطة المدة التي يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها فهو مخير بين
ان يحفظها حسبة ورجاء للظفر بصاحبها وبين ان يتصدق بها عنه
لان الواجب ايصال الحق الى من هو له بقدر الامكان وذلك بايصال
العين عند الظفر بالمالك وايصال العوض وهو ثواب الصدقة عند
اعتبار اجازة المتصدق بها اذ ايصال عوضها وهو الثواب كايصال
عينها وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه انه اشترى جارية
فذهب البايع فلم يقدر عليه فتصدق بثمنها واذا جاء صاحبها دفعها اليه
وان لم تجئ امسكها حتى تجئ وهو العزيمة او ترخص وتصدق بها
بالحديث فان جاء صاحبها بعد التصدق بها لا شئ اما ان يمضي الصدقة
فيكون له ثوابها لان الفقير ملكها قبل الاجازة فلا حاجة الى بقاء
المحل وان لم يمض فان كانت قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وان
كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط لدفعه ماله الى غيره بغير اذنه واذن
الشرع بالتصدق لا يمنع الضمان ليتناول مال الغير عند المخمصة وان
شاء ضمن الفقير لقبضه ماله بغير اذنه وانما كان مخيرا بين الامضاء
والتضمين لان الصدقة وان كان الشرع اذن فيها الا ان مالكها لم يأذن
فيها فيتوقف على الاجازة وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه اما الملتقط
فلانه ملكها من وقت التصدق فيكون متصدقا بماله فلا يرجع واما الفقير
فلانه عوض ما وصل اليه وفي الفتاوى الظهيرية ان ضمن الدافع هل يرجع على

القابض

القابض فيه روايتان والاعتماد على رواية الرجوع وقال القاضي ابو جعفر
ان تصدق باذن القاضي فليس له ان يضمنه وفي الذخيرة وفتاوى قاضي
خان وهذا ليس بصواب لان تصدقه باذن القاضي لا يكون على حال من
تصدق القاضي بنفسه وهناك يضمن القاضي فهنا اولى ص وان اتلف العبد
ما التقطه قبل التعريف بيع او فدي او بعده طولب به للحال ولم يؤخره
الى عتقه ش عبد الملتقط لقطة يعرفها ام لم يعرفها ثم اتلفها فجاء صاحبها
قال علماؤنا يطالب المولى بقضاء الدين او البيع وقال مالك ان اتلفها بعد
التعريف لا يطالب المولى ويطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له في
الانتفاع اذا احتاج بشرط الضمان فكان ضمانا يخصه فلا يظهر في حق المولى فيطالب
به العبد بعد العتق ولنا انه ضمان اتلاف يتعلق برقبته فيظهر في حق
المولى للحال فيفدي او يبيع ولا يختلف الحكم بالتعريف وعدمه ص ويجوز للفقير
ان ينتفع بها ش اذا مضت المدة وكان الملتقط فقيرا جاز له ان يصرفها الى
نفسه لان في صرفها الى نفسه مراعاة النظر من الجانبين مراعاة جانب الملتقط
بالانتفاع ومراعاة جانب المالك لحصول الثواب له ولهذا جاز دفعها الى غيره
من الفقراء ص ولا يجيزه للغني ش قال علماؤنا لا يجوز للملتقط الغني أن
ينتفع باللقطة وقال الشافعي يجوز له ذلك ويكون قرضا عليه لما روي ان
ابي بن كعب رضي الله عنه اصاب صرة فيها مائة دينار فامره عليه السلام ان
يعرفها سنة ثم ينتفع بها وكان من المياسير وروي ان عليا رضي الله تعالى
عنه اصاب دينارا فعرفه فلم يجد من يعرفه فامره عليه السلام ان يأكله وكان
لا تحل له الصدقة ولانها انما تباح للفقير حملا له على رفقها صيانة لها والغني
ليشاركه فيه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه

سنة فان جاء صاحبها فليرد عليها وان لم يات فليتصدق بها وما كان سبيله
التصدق لا يجوز صرفه الى الغني وجواز الانتفاع لابي وعلي ان ما كان باذن
الامام فوقع ترضا عليهما ويجوز ان يتصدق بها الغني على اهله الفقراء كولده
واصوله وزوجته لانه نايب في التصدق وهم محل له واذا كان المبيح هو الفقر
فلا يختلف الحال بين ان يكون الفقير واجدا لها او غيره من اقاربه او خايف
حصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج ص ولا يتصدق بها
عليه س لا يجوز للملتقط ان يتصدق باللقطة على غني لان المامور به الصدقة
لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها والا تصدق بها وهي لا تجوز على الغني كالصدقة
المفروضة ص ويجوز في الشياه والبقر والابل والفرس س يجوز التقاط
حيوان له قوة المنع عن نفسه بالنطح كالبقر او الرفس كالابل والفرس
وغيرها لانه مال يتوهم ضياعه فيستحب اخذه وتعريفه صيانة لاموال
الناس عن الضياع وما روي انه عليه السلام سئل عن ضالة الابل فقال
مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر وسئل عن ضالة
الغنم فقال هي لك او لاخيك او للذيب انما كان في عصره عليه السلام حين
كان الخوف من الافتراس دون اخذ الناس وفي زماننا يخاف منهما جميعا
فكان الاخذ اولى ص فان اذن له الحاكم في التقاطها والا كان متبرعا
س اذا انفق الملتقط عليها بامر القاضي كان دينا على مالكها لان اذنه
كاذن المالك وان انفق عليها بغير امره كان متبرعا لانه ولايته قاصرة
عن ذمة المالك ص ويوجرها الحاكم وينفق عليها من الاجرة ان كان لها
منفعة والا باعها ان كان اصلح وحفظ ثمنها س اذا كان للبهيمة الضالة
منفعة اجرها الحاكم وانفق عليها من الاجرة لان بذلك يتوصل الى حفظ المالية

والمنافع

والمنافع لا تبقى فكان نظرا محضا وان لم يكن لها منفعة وخاف ان يسترقها
النفقة باعها وحفظ ثمنها عملا بالاحوط والاصلح وان راى الاصلح ان ينفق
عليها امره ان ينفق عليها ويجعل ذلك دينا على مالكها ولا يرجع الملتقط عليه
بما انفق اذا لم يشرط القاضي ذلك في اصح الروايتين ص وان راى الانفاق
مدة قصيرة لصلح امر به س اذا راى الحاكم المصلحة في الانفاق عليها اذن
في ذلك وقالوا انما ياذن في الانفاق مدة قصيرة يومين او ثلاثة على ما
يرى رجاء ان يظهر صاحبها وذكر في الاصل انما يامر بالانفاق اذا اقام الملتقط
بينة انها لقطة لاحتمال انه غصب او وديعة في يده والقاضي لا يامره
فيه بالانفاق وهذه بينة لكشف الحال انها غصب او وديعة لا للقضاء
اذ القضاء على الغايب لا يجوز والخصم في مثله ليس بشرط ص وجعلها
دينا ليحبسها لاستيفايها س للملتقط ان يحبس اللقطة بما انفق لانه
احبى ملكه بها فكانت متعلقة بالمالية فيحبسها كما يحبس الابق بالجعل
فان امتنع بيعت في النفقة كالرهن لان امر القاضي كامره وان هلكت
في يد الملتقط قبل الحبس لم يسقط دين النفقة لانها امانة وان هلكت بعد
الحبس لم يسقط دين النفقة سقط كالرهن ص واذا ادعاها لم يدفع
اليه الا ببينة ويحل له دفعها اليه بذكر علامة فيها ولا يجبر س اذا حضر
رجل وادعى اللقطة لم يدفع اليه الا اذا اقام بينة انها ملكه فان اقامها
اخذها اعتبارا بساير الدعاوي وان لم يقم وذكر علامتها قبل ان يسمي وزن
الدراهم او يذكر عددها ووكاءها فللملتقط ان يدفعها اليه لان الظاهر
انه مالكها ولا يجبر على الدفع لان غير المالك قد يعرف اوصافها وقال
الشافعي يجبر على ذلك لحديث ابي بن كعب رضي الله تعالى عنه فان فيه

فان جاء صاحبها فادفعها اليه قلنا امره عليه السلام بالدفع يحمل على الاباحة
توفيقا بين حديث ابي وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر وانما يستحق مدعي اللقيط بالعلامة لانه يدعي نسبه على
نفسه فيصدق بعلامة وغير علامة وفي اللقطة مدعيها لا يصدق بغير
علامة فلا يصدق بعلامة كساير الدعاوي ولهذا كانت البينة شرطا
ثم المدعي اذا صدقه بعلامة بدون البينة ودفعها اليه اخذ منه كفيلا
لان الحق ليس بظاهر للحاضر ولهذا كان له ان يمنعه وهل يجبر على الدفع
فيه اختلاف المشايخ وان دفع بينة لا ياخذ منه كفيلا عندهما وعن
الامام لا ياخذ في اصح الروايتين ص ونسوي بين لقطة الحل والحرم
ش قال علماؤنا وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول ان لقطة الحل
والحرم سواء في قول اخر له يعرفها ابدا حتى يجي صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم
لا تحل لقطته الا لمنشد ولنا عموم النصوص من غير فصل بين لقطة الحل
والحرم وروي الطحاوي عن معاذ العدوية ان امراة سالت عايشة رضي الله
عنها فقالت اني قد اصبت ضالة في الحرم واني قد عرفتها فلم اجد احدا يعرفها
فقالت لها عايشة رضي الله عنها استغني بها ولان عصمة المال لا تتفاوت
في المحلين ولا حجة له فيما رواه لانه يقتضي الحل والتملك لمن انشدها والتخصيص
بالحرم نفي لما يتوهم من سقوط التعريف بناء انه للغرباء ظاهرا ببيانه
ان مكة مكان الغرباء لان الناس ياتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون
شعر بعرفا الغالب ان لقطتها لغريب لا يدري عوده الى مكة ولا فايدة
اذن في التعريف فينبغي ان يسقط التعريف اصلا فازال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرف كما هو الحكم في غيرها

من البلاد

كتاب الخنثى

وجه المناسبة بين
الكتابين من حيث وجود التوقف في كل منهما اما اللقطة فلان امرها
موقوف الى ظهور صاحبها وعند عدم البينة تظهر احكامها واما الخنثى فلذلك
امره موقوف الى ان يتبين حاله وعند عدم البينة يظهر احكامه وهو مشتق
من التخنث وهو التكسر سمي به لانه ينقص حاله عن حال الرجال وزاد على
حالة النساء لان جمع بين الآلتين والخنثى الذي له ما للرجال والنساء
والجمع خناثى بالفتح كجبلي وجبالي واعلم ان الله تعالى خلق البشر ذكرا وانثى
قال تعالى يهب لمن يشاء ذكورا وانثى فدل ذلك على ان الوصفين لا
يجتمعان في شخص واحد وكيف يجتمعان وهما متضادان وقد حصل علامة
التمييز بينهما لاله ثم يقع الاشتباه بان توجد الا لتان ولم يوجد التمييز
ص اذا كان للمولود فرجان فبال من احدهما او سبق اعتبر به وان كانا
معا فهو مشكل واعتبرا بالاكثر ش اذا كان للمولود فرج المراة وذكر الرجل
او ليس له الة الرجل والة الانثى يخرج من سرته كهيئة البول والغايط
فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام او من الفرج فهو انثى لانه
عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله
تعالى عنه مثله وروي ان قاضيا في الجاهلية يسمى عامر بن الطرب العدواني
رفعت اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامراة فاستبعد ذلك
قومه فتحير ودخل بيته وجعل تتقلب في فراشه وليا خذه نوم لتحيره
فسالته بنته خصيلة عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع المحال واتبع
حكم المبال فخرج الى قومه وحكى لهم ذلك فاستحسن وحكى انها قالت حكيم
المبال اي اجعل موضع البول حاكما كما يعرف بذلك ان الحكم كان في الجاهلية

ما اورده مورود به الشرع ولان البول من اي عضو كان هو دليل على انه العضو
الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك انما يقع به الفصل عند الولادة
لان منفعة تلك الالة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من امه وما
سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك انه هو العضو الاصلي
وان بال منهما فالحكم لاسبقهما لانه دلالة الاصالة ولانه كما خرج البول
حكم بموجبه لانه علامة تامة ولا يعتبر بعد الخروج البول من الالة الاخرى
وان استويا في السبق قال ابو حنيفة هو مشكل فلا تعتبر الكثرة وقالا
ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه هو العضو الاصلي لان للاكثر
حكم الاصل في اصول الشرع فيرجح بالكثرة وللامام ان الكثرة لا تدل على
القوة لجواز ان يكون لضيق مجرى احدهما وسعة مجرى الاخر لا لانه هو
العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه والكثرة من جنسه لا يدفع
بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة واستقبح ابو حنيفة
ذلك فقال وهل رايت قاضيا يزن البول بالاواقي والتوقف عند عدم
الدليل واجب فانه نوع علم قال تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وسئل
الامام عن ثلثماية الف الف وثمانين الف الف وكذا كذا مسئلة فاجاب
عن كلها ولم يتوقف الا في اربع مسايل هذه والدهر واطفال المشركين
ووقت الختان لعدم الدليل فيهما وان كان يخرج منهما على السوا فهو مشكل
بالاجماع لعدم الترجيح ص واذا بلغ فظهرت له علامات الرجال او النسا
اعتبر بها وان لم يظهر او تعارضت كان مشكلا فيوخذ فيه بالاحوط فيقدم
على صف النسا فان صلى معهن اعاد ومع الرجال اعاد من عن يمينه وشماله
وخلفه ويصلي بقناع ويجتنب لبس الحرير ولا يخلوا به غير محرم ولا يسافر

الامعه

الامعه وتختنه امة تشتري له من ماله والا من بيت المال ثم تباع
ش الخنثى اذا بلغ فظهرت له امارات الرجال او النسا اعتبرت بها فان
خرج له لحية او وصل الى النسا او احتلم كما تحتلم الرجال او كان له
ثدي كثدي الرجال فهو رجل وان ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل
له لبن في ثدييه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج
فهو امراة وان لم يظهر له شيء من هذه الامارات او تعارضت فهو خنثى
مشكل ويوخذ فيه بالاحوط في امور الدين ولا نحكم بثبوت ما وقع الشك
في ثبوته ويرجح الحرمة على المبيح فاذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنسا ولا يتخلل الرجال لئلا يفسد صلاتهم ولا النسا حتى لا تفسد
صلاته فان قام في صف النسا فالاحب ان يعيد لاحتمال انه رجل وان
قام في صف الرجال فصلاته تامة وتفسد صلاة من عن يمينه ويساره
ومن خلفه بحذائه احتياطا لاحتمال انه امراة ويصلي بقناع ويجلس
في صلاته كالمراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جايز في الجملة
وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر واجب على النسا
ما امكن ان صلى بغير قناع امر بالاعادة ولو لم يعد جاز ويجتنب
لبس الحرير والحلي والتكشف بين الرجال والنسا والخلو بغير محرم
رجلا كان او امراة والسفر بغير محرم وان تختنه رجل او امراة
فيبتاع له امة تختنه لانه كيف ما كان جاز لها ان تنظر اليه للحاجة
وان لم يكن له مال يبتاع له الامام من بيت المال ثم تباع ويرد الثمن
الى بيت المال لانه معد لنوايب المسلمين ولا مضرة فيه على بيت
المال وهذا اذا كان مراهقا واما اذا لم يكن فلا حاجة الى شرا الجارية

فانه لا باس ان تختنه رجل او امراة وقال شيخ الاسلام لا يجوز ان يزوج
امراه تختنه لان النكاح موقوف اذ يحتمل انه ذكر فيجوز النكاح ويحتمل
انه انثي فلا يجوز فكان مشكل الحال فيتوقف النكاح فلا يفيد اباحة النظر
الي الفرج وقال شمس الايمة الحلواني ولو قيل يزوج امراة تختنه
فهو مستقيم لان الخنثي اذا كان امراة فهذا نظر الجنس والنكاح لغو وان
كان ذكرا فهو نظر المراة الي زوجها وقيل انما لم يقل يزوج امراة لانها
تبقي معلقة اذا لم يصل اليها لانه لا يمكن التفريق لانه خنثي ولا تصل
الي حقها في الجماع بل يوخر ص وان ورث مع ابن فهو انثي وقالا له نصف
ميراث ذكر وانثي فيعطيه ثلاثة اسهم من سبعة لا خمسة من اثني عشر
ش قال ابو حنيفة اذا مات ابوه وترك ابنا وخنثي فهو انثي في الميراث
فيكون للابن سهمان وللخنثي سهم واحد وعلي قول الشعبي يكون له نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثي واختلف ابو يوسف ومحمد في تخريج قول
الشعبي فقال ابو يوسف المال بينهما علي سبعة اسهم اربعة للابن وثلاثة
للخنثي اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة الانفراد فان الذكر لو كان وحده كان له
كل المال والخنثي لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثي كان له
نصف المال فياخذ نصف النصيبين بنصف الكل ونصف النصف وذلك
ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة اسهم للابن
اربعة وللخنثي ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد
والخنثي تستحق ثلاثة ارباع المال وليس للمال كل وثلاثة ارباع فيضرب
كل منهما بجميع حقه اعتبارا بطريق العول وقال محمد المال بينهما علي اثني عشر
سهما سبعة للابن وخمسة للخنثي اعتبر نصيب كل واحد منهما في حالة

الاجتماع

الاجتماع فنقول لو كان الخنثي ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان انثي كان
اثلاثا فالقسمة علي تقدير ذكورته من اثنين وعلي تقدير انوثته من ثلاثة
وليس بينهما موافقة فيضرب احديهما في الاخري يبلغ ستة للخنثي علي
تقدير انه انثي سهمان وعلي تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين
وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون
للخنثي ستة علي تقدير انه ذكر واربعة علي تقدير انه انثي فياخذ
نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنين
وثلاثة من سبعة اكثر من خمسة من اثني عشر لانه اذا زيد نصف
سبع علي ثلاثة اسباع كان نصف المال ولا يكون خمسة وخمسين من نصف
المال الا بزيادة سهم من اثني عشر ونصف السدس اكثر من نصف السبع
والاثنان ياخذ الكسرين من مخرج يجمعهما وهو ستة وثلاثون علي قول
ابي يوسف وخمسة وثلثون علي قول محمد والتفاوت سهم من اربعة وثلاثين
اورد علي قول محمد اذا كان نصيب الابن سبعة من اثني عشر كان نصيب
البنت ثلاثة ونصف والمجموع عشرة ونصف ونصفه خمسة وربع لا خمسة
فقط واجيب بانه اريد بالنصيبين نصيب الخنثي علي تقدير ذكورته
وانوثته لا نصيب الابن من النصيب المعبر عن اصله اذ نصيبه ثمانية
من اثني عشر لا سبعة منها ولابي حنيفة ان المتيقن هنا سهم الانوثة
لان الحاجة الي اثبات المال ابتدا والاقل متيقن وهو ميراث
الانثي فصرنا الي المتيقن وعدلنا عن اثبات الزايد لان المال لا يجب
بالشك فصار كما لو وقع الشك في وجوب المال لسبب اخر كانه ياخذ
فيه بالمتيقن فان اصابه اخس السهام بتقدير كونه ذكرا فانه يعطي

نصيب الابن في تلك الصورة مسألة ان تكون الورثة زوجا واما واختا
لاب وام هي خنثى فعندنا للزوج النصف وللام الثلث والباقي له
لانه اقل النصيبين ص واذا مات بيمم وكفن كالمراة ش اذا مات
الخنثى وقد راهق لم يغسله رجل لاحتمال انه انثى ولا امراة لاحتمال
انه ذكر فييمم بالصعيد ولا فرق بين ان ييممه رجل او امراة فان
ييممه ذو رحم محرم ييممه بلا خرقة او اجنبي ييممه بخرقة ويكف
بصره عن ذراعيه ويكفن كالمراة في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت
السنة وان كان ذكرا فالزيادة على الثلاث لا باس بها كمال الجمعة ولو كان
انثى ففي الاقتصار على الثلث ترك السنة والله سبحانه اعلم **كتاب المفقود**
وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان ظهور الاحكام في كل منهما
عند عدم تبين الحال والمفقود لغة المعدوم من فقدت الشيء اذا طلبته
فلم تجده وشرعا من خرج الى جهة او اسر ولم تعرف حياته ولا موته
ص اذا جهل مكان المفقود وحياته نصب القاضي من يحفظ ماله ويستوفي
حقوقه وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته في حضوره بغير
قضاء ويبيع منه ما يخاف هلاكه فاذا مضت مدة لا يعيش مثله اليها حكم
بموته واعتدت زوجته وقسمت تركته ولم يعينوا اربعة اعوام ولم
يقطعوا نكاح الاول بدخول الثاني وجعل حيا في ماله ميتا في مال
غيره ش اما تولي القاضي لذلك فلان له الولاية النظرية على كل من عجز عن
النظر لنفسه والمفقود عاجز عن ذلك فالتحق بالصبي والمجنون وفي
نصب من يقوم في ذلك ويستوفي حقوقه ويحفظ ماله نظر لانه قد يتولاه
وقوله ويستوفي حقوقه يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غرماؤه

لانه من

لانه من باب الحفظ ولا تخاصم في دين لم يقر به غريم ولا في نصيب
له في عقار او عرض في يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو
وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك بالخصومة بالاتفاق لما فيه
من تضمين الحكم على الغائب فاذا تضمن ذلك لا يجوز عندنا الا اذا راه
القاضي وقضاه لانه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه فان قيل
نفس القضاء مجتهد فيه فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو
كان القاضي محدودا في قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة
هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر او لا واذا راها القاضي حجة
وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف والفتوى على هذا
وذكر في فتاوى ظهير الدين ان نفس القضاء مختلف فيه فيتوقف على امضاء
قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف وينفق من ماله على من
يجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء لانه اعانه ولو كان له دين
او وديعة ينفق من الوديعة لانه انظر ومن لا يستحق النفقة بحضرته
الا بقضاء لا ينفق عليه كالاخ لانه قضاء على الغائب ولا يتعرض لماله ان
كان في يد احد وان لم يكن فما يخاف عليه الفساد يباع واذا مضى له من
مولوده ما لا يعيش اقرانه من اهل بلده حكم بموته في ظاهر الرواية
وقيل اذا مضى مائة وعشرون سنة وقيل لسبعون سنة وعليه الفتوى
والاعتبار بالسنين ارفق لان مضي المدة ان دل على موته فبقاء من بقي
من اقرانه يدل على حيوته فيقع التعارض بين الدليلين اما موته فموت
اقرانه لا لان بدليل لا تعارض فيه الا في التفحص عن حال الاقران
ضرب حرج فقدر بالسنين دفعا للحرج كما اعتبر تقدير مدة ايلاء المراة

باقرانها والمشايخ اعتبروا بالسنين رفقا بالناس واذا حكم بموته
اعتدت زوجته عدة الوفاة وقسم ماله بين ورثته الموجودين اعتبارا
بالموت الحقيقي وقال مالك تتربص امراة المفقود اربع سنين ثم يرفع
الامر الى القاضي فيفرق بينهما ثم تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت
باخر فان جاز وجها الاول ان شاء تركها على الثاني واخذ منه المهر وان شاء
فسخ النكاح الثاني وتزوجها كذا ذكر شيخ الاسلام جواهرزاده في مبسوطه
وذكر في شرح المنظومة انه ان عاد الزوج وهي لم تتزوج فهو احق بها
وان تزوجت فلا سبيل له عليها لنفسه عمد في الذي استهوا الجن وهذا
لا يعرف حيا فيحمل على انه كما مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولنا ما روي المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه عن النبي صلى الله عليه
انه قال في امراة المفقود انها امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين
موت او طلاق ولان الغيبة لا توجب ازالة الملك كما في ملك اليمين
وكان بعد اربع سنين كما قبلها وعمر رجع عن ذلك القول وفي الاية دليل
على ان الجن يتسلطون على بني ادم خلافا لاهل الزيغ منهم من ينكر
دخولهم في الادمي لان اجتماع روحين في جسد واحد لا يتحقق ومنهم
من ينكر حملهم لانهم اجسام لطيفة فلا يتصور ان يحملوا جسما كثيفا
ولاهل السنة قوله عليه الصلاة والسلام ان الشيطان يجري
من ابن ادم مجرى الدم وقوله عليه السلام ان الشيطان يدخل في
بدن الانسان فيكون على قافية راسه فيتتبع الاثار ولا يشتغل
بالكيفية وحكم المفقود في الحال انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم
ماله ولا تتزوج امراته ولا ينقض اجارته ميت في حق غيره حتى

لا يرث

هكذا تصوح

لا يرث احد من قرابته اذا مات لان حياته بالاستصحاب وانه حجة للدفع
لا للاستحقاق **كتاب الاباق** وجه المناسبة
بين الكتابين من حيث وجود معنى الفقدان في كل منهما وهو مصدر ابق
والاباق لغة الهرب لا عن تعب ولا رهب من حد ضرب وقصر والابق
هو الذي هرب من مالكه قصدا والضال هو الذي ضل الطريق الى
منزله وهو في ذلك غير قاصد واخذ الابق افضل ان قدر عليه لان فيه
احياء ماليته وللمال حرمة النقض وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له
الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء رفعه الى الامام
فاذا رفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة
ثم يحبسه الامام تعزيرا له ولانه لا يومن اباقه ثانيا ولهذا لا يوخره
ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه
واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا
في الضال فقيل اخذه افضل احياله وقيل تركه افضل لانه لا يبرح من
مكانه فيلقاه مولاه واذا رفع الى الامام لا يحبسه لانه غير مستحق للتعزير
ولا ابق وان كان له منفعة اجره وان انفق عليه من اجرته ص
اذا رد الابق من مسيرة السفر فصاعدا من اشهد عليه انه اخذه ليرده
وجب له الجعل اربعون درهما وفيما دونها بحسابه ولا يوقفه على الشرط
ش من اخذ الابق ورده على مالكه من مسيرة السفر استحق عليه الجعل
اربعون درهما وان رده من اقل منها رضخ له وهل يشترط الاشهاد للرد
فهو على الخلاف الذي في اللقطة ولنا ما روي عن عمر وابن دينار رضي
الله تعالى عنه انه قال لم نزل نسمع انه عليه السلام قال جعل الابق

وعند الشرط وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لانه متبرع بالرد
فاشبه رد الضال والملتقط وهو فرض لان الرد واجب
نهاية عن الكفاية وهو فرض لان الرد واجب
باقاسته صح

اربعون درهما وكان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اتفقوا على اصل الوجوب
واختلفوا في قدره فروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اوجب اربعين
درهما وعن عمر رضي الله عنه انه اوجب دينارا واثني عشر درهما وعن علي
رضي الله عنه انه اوجب دينارا او عشرة دراهم وعن عثمان رضي الله عنه
انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر فله اربعون
درهما فيحمل الكل على السماع لان الراي لا مدخل له في التقدير ثم يحمل قول
من قال اربعين على مسيرة السفر ومادونه على ما دونها توفيقا وان
ايجابه حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس
وايجاب المقدر بالسبع والاسبع في الضال واللقطة فيبقى على الاصل
اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة ماسة الى صيانة الضال
دون الحاجة الى صيانة الابق لان الابق يختفي والضال يبرز فيظهر
وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة المنقول فلا يصح والرضخ
يتقدر بتقدير القاضي على حسب ما يراه وهو الاشبه او باصطلاحهما
وقيل يقسم الاربعون على ادنى مدة السفر فيجب لكل يوم ثلاثة عشر
وثلث ص فان كانت قيمته اقل منه حكم له بقيمته الا درهما وباس
بالجعل ش قال محمد اذا كانت قيمة الابق من اربعين له قيمته اقل
الا درهما وقال ابو يوسف له الجعل اربعون لاطلاق الآثار الواردة
كصدقة الفطر في طفل قيمته دون وقال شريح وان كانت ماليته
اقل فكسبه قد يزيد عليه عن ابي يوسف انه ينقص منه قدر ما
يقطع به اليد ولمحمد ان وجوبه انما شرع لمصلحة المولى وهو قضى بالجميع
لم يكن في رده فايدة وذكر في مختصر الطحاوي وشرحه والمحيط قول
الامام

الامام مع محمد ص وان ابق منه فلا عليه ولا له ش اذا ابق العبد من
الراد فلا شيء عليه ولا له لانه امانة في يده اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا
في اللقطة ولا جعل له لانه ما رده على مولاه ولو اخذه غيره فرده على مولاه
فلا جعل له لانه هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى فاعتقه قبل
التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض ولهذا لو اعتق المشتري
المبيع قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره والمسئلة
بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس بقبض ص ولو رده الى
المصر فمات المالك وهو مورثه قبل قبضه بطله ش ولو رده ووجد
المولى قد مات والراد وارث للمولى وكان المولى حيا وقت الاخذ فله الجعل
خلافا لابي يوسف لانه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المولى ولهما
انه اتى به في حياة المولى على قصد الرد فاستحق الجعل كالاجنبي واريد بالوارث
وارث يستحق الجعل لا مطلق الوارث لان شرط استحقاقه ان لا يكون الراد
في عيال المالك حتى لو كان في عياله فلا جعل سواء كان وارثا او اجنبيا
وان لم يكن في عياله فلا جعل سواء فله الجعل الا للولد لان رده يجري
مجرى الخدمة لابيه والاحد الزوجين لاتصال المنافع بينهما عادة
والاب اذا كان في عيال ولده لم يستحق الجعل وان لم يكن استحق وعلى
هذا سائر ذوي الارحام ص ويجعل المدبر وام الولد والمكاتب كالقن
ش يشترط ان يكون المردود موقوفا مطلقا كالقن والمدبر وام الولد
لقيام ملكه بخلاف المكاتب لانه حر فيما يرجع الى مكاسبه ولان المدبر
وام الولد يستخدمان والاستخدام يحملهما على الاباق فيحتاج الى الصون
بالجعل كالقن ولو مات مولى المدبر وام الولد قبل الوصول اليه فلا جعل

لانهما يعتقان بموت المولى **فان قيل** لا مالية في ام الولد والجعل احيا المالية **قلنا** فيهما مالية باعتبار كسبهما بخلاف المكاتب فانه اخص بمكاسبه فلا يحى للمولى ما ليد لا باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب **كتاب احيا الموات** وجه المناسبة بين الكتابين من حيث وجود معنى الاحياء في كل منهما اما في الاول فلانه اذا رد الى مالكه يحيى ملكه واما هنا فظاهر والمراد بالحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها وانما سميت مواتا اذا كانت الصفة التي تذكر لبطلان الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها او غلبته عليها او غلبة الرمال عليها او السبخ ه تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به ص اذا احيى مسلم او ذمي ارضا لا ينتفع بها وليست مملوكة لمسلم ولا لذمي وهي بعيدة من القرية اذا صاح من اقصى العامر لا يسمع بها صوته ملكها باذن الامام شرط س اعلم ان الاراضي اما مملوكة او مباحة والمملوكة لم تصر مواتا اذ عرف مالكها وان مضت عليها القرون وان لم تعرف فهي لقطة في الاصح يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضايعة وان ظهر لها مالك بعد ذلك ردت اليه وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شيء عليه والمباحة نوعان احدهما ما ينتفع به اهل مصر وقريه محتطبا لهم ومسرحا لدوابهم ومرمى لنزاعهم فهي حقهم حتى لا يجوز للامام ان يعطيها لاحد لان في ذلك ضررا بهم ولكن ينتفعون بها هم وغيرهم وليس لهم ان يمنعوها من غيرهم لانها ليست بملك لهم والثاني ارض الموات وهي ما كان خارج البلدة ولم يكن فيها حق لمسلم ولا لذمي قريبة كانت او بعيدة في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف

ما قرب

ما قرب من العامر فليس بموات وما بعد عنه فهو موات وهو اختيار القدوري والسرخسي وقاضي خان وغيرهم والبعيد ما اذا وقف انسان جهوري الصوت من اقصى العامر وصاح بمكان عال بأعلى صوته لم يسمع صوته منه واعتبر محمد انقطاع ارتفاق اهل البلدة عنه حقيقة حتى لا يجوز احيا ما ينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احيا ما لا ينتفعون به وان كان قريبا وابو يوسف اعتبر القرب والبعد وعن هذا قالوا لا يجوز للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي ينتفع الناس بها لاحتياجهم اليها واذا احيى مسلم او ذمي مواتا باذن الامام ملكها وبغير اذنه لم يملكها عند الامام وقالا يملكها لاطلاق قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه وقوله عليه السلام من اعمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخاري ولانه مباح سبقت يده اليه كالماء والحطب والحشيش والركاز والصيد ولابي حنيفة ما رواه الطحاوي عن مصعب بن حسانه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول لا حمى الا لله ولرسوله والحمى ما حمي من الارض فدل ذلك على ان حكم الارض الى الائمة وروي عن معاذ رضي الله تعالى عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لمرء الا ما طابت به نفس امامه والمراد الاباحات المجملات الا ان الحطب والحشيش كالحديث فبقي ما عداه على الاصل والان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيأ ولا يختص احد بالفيء دون راي الامام كالغنايم ومر وبهما حد اذنا منه عليه الصلاة والسلام لا نصب شرع كما في قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب

خرجا

لا نصب شرع على ما بينا في موضعه بخلاف ما استشهد به من الصيد واشباهه
لانه لم يكن في ايدي الكفرة فلم يكن في حكم الغنى ثم اذا احياها هل يكون
خراجيه او عشريه مبين ذلك في السير ان شاء الله تعالى ولو تركها بعد
الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها
دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه بالاحياء ملك رقبتها فلا تخرج
عن ملكه بالترك ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان في سبب
الملك كسائر اسباب الملك والموات يملك بالاحياء عند عامة المشايخ ص ومن
حجر ارضا او اهملها ثلاث سنين دفعت الى غيره ش من احتجر ارضا واهملها
ثلاث سنين اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لقول عمر رضي الله عنه ليس
للمتحجر حق بعد ثلاث سنين ولان الامام دفعها اليه ليحصل الخراج او العشر
ولم تحصل فيدفعها الى غيره ليحصل المقصود واعلم ان من حجر ارضا لا يملكها
بالتحجير لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة
والتحجير الاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر
او حصاد ما فيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها او باحراق
ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها
لكنه هو اولى بها فلا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها
اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها
فيحصل للمسلمين منفعة العشر او الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا
فائدة في تركها في يده وانما قدرنا بثلاث سنين لقول عمر المتقدم
ولان للمتحجر ان يحتجر اي موضع شاء من دار الاسلام وافقوا دار الاسلام
يقطع في سنة الذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه ولا ينبغي

لاحد

لاحد ان يحيي ذلك الموضع حتى يمضي ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة
واما في الحكم فان احياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه
دون الاول الا انه يكره كالسوم على سوم غيره يكره ويصح العقد ص
وحريم بير الناضح اربعون كالعطن وقال الاستون ش من حفر بيرا
في ارض موات فله حريمها لانه لا يتمكن من الانتفاع الا به اذ يحتاج الى
الوقوف على شفيره للاستقاء وتركيب البكرة والحوض ووقوف المواشي
في الشرب وبعده والحريم اربعون ذراعا من كل جانب في الصحيح لان
المقصود دفع الضرر عنه ليلا يحفر احد بيرا بجنبها فيتحول ما الاولى
الى الثانية ولا يندفع بعد الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيقدر باربعين
ذراعا كيلا يتعطل عليه المصالح ولا فرق في ذلك بين ان يكون البير للعطن
او للناضح عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كانت للعطن فاربعون
ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام فيما رواه
الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا
وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة
وحاجة بير الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع للبعير وقد يطول الرشا
وفي بير العطن يستقي بالبعد من التفاوت بينهما ولابي حنيفة عموم
قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا فله فيما حولها اربعون ذراعا
عطفا للشيء ومن اصله ان العام المطلق المتفق على قبوله والعمل به
ارجح من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله صلى الله عليه وسلم
ما اخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة اوسق
صدقة ولان استحقاق الحريم يثبت بالنص على خلاف القياس اذ لا عمل

له في الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص فقدرما اتفق عليه الآثار يستحق
وما زاد عليه اخذ باقيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك فان قيل
قوله عطفا لما شبهته بتقييد العطن قلنا ذكر العطن فيه التغليب لا للتقييد
به مثل قوله تعالى وذروا البيع وقوله تعالى ان الذين يأكلون الربا
فانه يتناول جميع الاشغال والمنافع والتقييد بالبيع وبقدر للعين
والاكل لكونه غالبا ولانه يمكنه ان يدير البعير حول البير فلم تحتج
الى الزيادة ص ويقدر للعين خمسماية من كل جانب وتمنع غيره من الحفر
فيه ش حريم العين خمسماية ذراع لقوله عليه السلام حريم العين خمسماية
ذراع قال في الايضاح وهذا بالاجماع ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد
من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يسري اليه ومن موضع يجري منه إلى
الزراعة فقدره الشارع بخمسماية ولا مدخل للراي في المقادير فاقتصر
عليه وهذه التقديرات في الاراضي الصلبة اما في الاراضي الرخوة فقيل
يزاد اذا احتيج الى ذلك دفعا للضرر ثم قيل هو خمسماية ذراع من الجوانب
الاربعة من كل جانب والذراع المتكسر وهو ست قبضات وكان ذراع الملك
سبع قبضات فكسر منه قبضة ومن اراد ان يحفر في الحريم منع منه لانه
صار ملكا لصاحب البير ضرورة ليمكنه الانتفاع به فكان الحافر متعديا
بالحفر في ملك غيره فان حفر رجل في حريمه كان للاول ان يكبسه
لما ذكرنا انه متعد فيه فكان له ان يمنعه ويزيل تعديه ولو اراد ان
ياخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه اتلف ملكه بالحفر واختلفوا فيما
يواخذه به قبل تكبسه لانه ازالة التعدي كما اذا وضع شيئا في ملك
غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له ان يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه

تبرعا

تبرعا كما اذا هدم جدار غيره فان لصاحبه ان يواخذه بقيمته لا ببناء
الجدار وهو الصحيح ص ويلحق ما امتنع عود دجلة والفرات اليه بالموات
اذا لم يكن حريما وان جاز عوده لم تجز احياؤه ش ما تركه دجلة والفرات
وعدل عنه الماء ان جاز ان يعود اليه لم تجز احياؤه لتعلق حق العامة به
على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه وان لم تجز عوده جاز
احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر لوقوع اليأس من حاجة النهر اليه ص
والنهر في ملك الغير لا حريم له الا بيمينه وقال له حريم بقدر القاء الطين
ونحوه وقيل هذا بالاتفاق وفي رواية بقدره بنصف عرض النهر من
جانبيه وقدره بكله ش قال ابو حنيفة من كرى نهرا في ارض غيره لم يستحق
له حريما الا بيمينه وقالا يستحقه من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة
وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البير والعين وهذا لانه يحتاج الى
المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا حبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي
في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي فيه الطين عند الكري مما في
المعل الى اسفله من الحرج ما لا يخفى ولابي حنيفة ان استحقاق الحريم في
البير والعين ثبت نصا خلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما
لان الحاجة لهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتاتى بدون الحريم
وفي النهر موهوبة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا نعم يلحقه بعض
الحرج في نقل الطين والمشي وسط النهر الى اسفله يمكنه دون الحرج
فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير الاصل الا
ترى ان من بنى قصرا في الصحرا لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقا
النجاسة فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البير

لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البير الى الحريم واذا لم يستحق بان
تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر
ملكي كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان
لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول فيه قوله فكانت
هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه ووجه البيان ان استحقاق
الحريم تثبت اليد عليه عندهما والقول في المنازعة لصاحب اليد وعنده
لما لم يثبت استحقاق الحريم لم تثبت اليد عليه والظاهر لصاحب اليد
وعامة الاصحاب على انه يستحق الحريم بلا خلاف استدلالا لان نص الشرع
في حريم البير لان النهر لا يستغني عن الحريم كما لا يستغني عنه البير والاصل
في موضع الاشتباه وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما
وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالطين والغرس ويظهر اثر الخلاف
فيما اذا كان على المسقاة زراعة او اشجار ولا يدري لمن هي له فعنده لصاحب
الارض وعندهما لصاحب النهر وفي ان ولاية الغرس والزرع على
المسقاة لرب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما لهما ان صاحب النهر
مستعمل للحريم باستمساك الماء والقاء الطين والاستعمال يد والقول
لصاحب اليد وللامام ان الحريم يشبه الارض صورة لانه موازلها
ومعنى لانه يصلح لما تصلح له الارض من الزراعة وغيرها والظاهر لمن في يده
ما هو اشبه وهذا قضاء تركي ولهذا لو اقام صاحب الارض بينة ان الحريم
له قضي له بها ولو كان قضاء ملك لم يقض له لان المقضي عليه في حادثة لا يكون
مقضيا له فيها ابدا والحاجة الاصلية لصاحب النهر امساك الماء وهي لا تندفع بدون
ملك الحريم والكلام فيما وراءها كالغرس والقاء الطين وليس له ان يهدم المسقاه

لانه يبطل حق تسييل الماء لصاحب النهر فيه اذ جوز الملك لواحد واخر حق
فيه كحايط رجل واخر عليه جذع ليس له ان يهدم الحايط لما فيه من ابطال حقه
على ان صاحب النهر ان كان لا يتمسك الا بالحريم فصاحب الارض لا يدفع الماء
عنها الا به فاستويا في استعمال الحريم ومقدار الحريم عند ابي يوسف قدر
نصف عرض النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي وكان المعتبر هو الحاجة
الغالبة ويمكن القاء الطين من جانبيه ويقسم عرضه من الجانبين وعن
محمد وهو اختيار الكرخي انه مقدر بعرض النهر كله من كل جانب لانه لا يمكنه
القاء الطين من الجانبين جميعا فيقدر عرضه من كل جانب وهو الارفق
وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لانه يحتاج فيه
الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها في كل وقت
فلها حريم بالاتفاق **فصل في الشرب** الشرب بكسر الشين النصيب
من الماء للاراضي او لغيرها قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
اي نصيب وفي الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او للدار
كذا في المغرب وهذا الفصل جميعه من الزوايد الا المسئلة الخلافية ص
ويجوز قسمة الماء بين الشركاء ش قسمة الماء بين الشركاء جايزة لان النبي
صلى الله عليه وسلم بعث والناس يفعلونه فاقرهم عليه وتعاملوا الناس
من غير نكير وهو قسمة باعتبار الحق دون الملك اذ الماء في النهر غير مملوك
لاحد ثم القسمة تكون تارة باعتبار الملك وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنايم
ص ودعوى الشرب بغير ارض ش دعوى الشرب بغير ارض جايزة
استحسانا والقياس انه لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى
والشهادة والشرب مجهول جهالة لا يقبل الاعلام لانه يطلب من القاضي

لا فرق اصحابنا المواف ذكر هنا
ما يتعلق بالشرب كما ذكر ابن الشرب بالحريم ان الحريم
الانسان الى الشرب كما ذكر الحريم
محتاج الى الشرب كما ذكر الحريم
في مسئلة الحريم و صح

ان يقضي له بالملك في المدعي اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك
بدون الارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين
وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن ان يملك بدون
ارض بان يبيع الارض دون الشرب فاذا استولى عليه غيره كان له ان
يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة ص ويورث ويوصى بمنفعته
لا برقبته ولا يتصدق به ش اما الارث فلانه حق مالي فيجري فيه الارث
واما الايصاء به وان كان مجهولا فهو غير مانع من الوصية لان الوصية مبنية
على التوسعة حتى جازت بالمعدوم وبالموجود واما عدم جواز البيع والهبة
والصدقة فلان القبض من لوازمها وهو غير متصور ولاشتماله على الجهالة
الفاحشة ولانه ليس بمتقوم ومن مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة
وغيرهما من جوز بيع الشرب يوما او يومين لان اهل بلخ يتعاملوه لحاجتهم
اليه وان كان القياس ياباه وكان ابو حفص وابو بكر البلخي يمنعان ويقولان
هذا تعامل اهل بلدة واحدة والقياس انما يترك بتعامل اهل البلاد كلها
ص ويشترك الناس في ماء الاودية والابار والانهار العظام في الشفة
وسقي الاراضي وشرب الارحية وفي الشفة لا غير في النهر الخاص في القرية
والبير والحوض وليس لاحد ان ياخذ شيأ مما احرز منه الا برضى صاحبه
ش الشركة في الماء على اوجه بعضها اعم من بعض فالاعم الشركة في ما
البحار فانه مشترك بين الناس في كل شيء منتفع به كالشمس والقمر والهوا
واخص منها الشركة في ماء الاودية العظام كسيحون وجيحون ودجلة والفرات
والنيل فالناس شركاء فيه في حق الشفة اما سقي الاراضي ان كان لا يضر العامة
فلا يمنع منه لان الشركة فيه عامة اذا لم يدخل في المقاسم وان كان يضر

في المقاسم

في المقاسم الناس فيه شركا في حق الشفة لسقي انفسهم ودوابهم للضرورة
وان اتى حق الشفة على الماكله ذكر خواهر زاده ان على قول الامام ليس
لاهله المنع وذكر شمس الايمة السرخسي فيه اختلاف المشايخ واكثرهم على جواز
المنع ولو اراد احدهم ان يسقي به ارضه فلهم المنع سواء ضرهم ام لم
يضر وشركة اخص من الكل وهي الشركة في الماء المحرز في الاواني والجباب
لانه ينقطع شركة الناس في حق الشفة وغيره لانه بالاحراز صار ملكا له
الا انه لو سرقه انسان لا تقطع يده لان شبهة الشركة قايمة واهل السفة
ان ياخذ والماء بقدر ما يحتاجون اليه للوضوء وغسل الثياب والطبخ والخبز
عند اكثر المشايخ ولو اراد ان ياخذ الماء منه بجرة ليجري في داره ذكر شمس الايمة
ان له ذلك في الصحيح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناة
وذكر شيخ الاسلام ان في النهر ليس له ان ياخذ وفي البير والعين ان ياخذ
الا ان يضر بصاحبها بالاخذ متتابعا لان النهر دخل تحت القسمة والقسمة
تقطع الشركة في الشرب وان لم تقطع في الشفة بخلاف البير والعين
فانها لم تدخل تحت القسمة صبي او عبد ملاكوا من ماء الحوض فارق بعضه
في الحوض لم يحل لاحد ان يشرب من الماء الذي في الحوض لان الذي في الحوض
صار ملكا للاخذ فاختلط بالماء المباح صبي امراه ابوه ان ياتي من الماء المباح
فجاء به لا يحل للاب ان يشرب منه اذا لم يكن فقيرا لان الماء صار له وليس
للاب ان يتناول من ماله بغير حاجة وعن محمد انه يحل له وان كان غنيا
للعرف والعادة والنار اذا اوقدها احد في مفازة تكون مشتركة بين
الناس حتى لو اراد انسان ان يستضي بضوها او يخبز ثوبا له حولها او بين
الناس او يجفف ثيابه او يصطلي بها او يتخذ منه سراجا لم يمنعه صاحبها

الا ان يكون في موضع مملوك له فيمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار ولو اراد
ان ياخذ من فتيلته سراجا او من الجمرة فلصاحبه المنع لانها حطب او فحم
قد احرزه والنار جوهر الجمر فان اخذها ان كان لها قيمة اذا جعلها صاحبها
فحما فله ان يسترد ها وان كانت يسيرا لا قيمة لها لا يسترد ها وله ان ياخذها
من غير استيذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة ويعدون المانع
متعنتا والشركة في الكلا على اوجه بعضها اعم من بعض فالاعم ان يكون
في ارض لا تكون مملوكة لاحد فالناس فيه شركا في الرعي والاحتشاش وشركة
اخص منها وهي ان تكون في ارض مملوكة نبت لا بانبات صاحب الارض
فالناس فيه شركا حتى لو اخذه انسان ليس بصاحب الارض ان يسترده منه
لانه ملكه باخذه ولكن له المنع عن الدخول في ارضه وشركة اخص من
الكلا وهي ان ينبت الكلا في ارض تكون مملوكة له وليس لاحد اخذه
لانه حصل بكسبه الا انه يبقى فيه شبهة الشركة حتى لا يجب القطع بسرقته والكلا
ما ينبسط على وجه الارض وينتشر ولا ساق له وما كان له ساق فهو شجر وعلى هذا
الشوك شجر لانه يقوم على ساق والشوك الاخضر الذي ياكله الابل فيه اختلاف
المشايخ وعن محمد ان ما انبته الناس ليس بكلا وان لم يكن شجرا وما لم ينبته
الناس فهو كلا وان كان شجرا وقال في المغرب الظاهر ان الكلا يقع على
ذي الساق وغيره وفسر في الصحاح الكلا بالعشب رطبه ويابسه سواء وفسر
في العربين بالنبات وبيع الحشيش قيل لا يجوز لانه يذوب ولا يمكن تسليم
جميعه وقال ابو نصر يجوز مطلقا وقال ابو بكر الاسكاف والفقيه ابو الليث
ان لم يسلم حتى تمضي عليه ايام يفسد البيع لان في القليل لا ينتقض ما بين
له حصة من الثمن واذا كان البير او النهر او العين او الحوض في ملك انسان ذكر

الطحاوي

الطحاوي ان للمالك ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه ان كان يجد
ما في موضع اخر يقرب منه اخرجه المالك اليه بقدر حاجته واذن له بالدخول
ليا خذ بنفسه ومن المشايخ من قال ان كان في ارض موات لم يكن له المنع وان
احتفره بنفسه ولو منع المالك صاحبه عن المضطر ان كان مال الناس فيه حق
الشفة كالبير والعين فللمضطر ان يقاتله بالسلاح كالمرور وانه يقصد
اتلافه بمنع حقه في الشفة فيقاتله بالسلاح وان كان مال احد فيه حق
الشفة كالمحرز في الاواني فليس للمضطر ان يقاتله بالسلاح فيا خذه قهرا
ويقاتله بدون السلاح لانه ملكه بالاحراز ولهذا يضمنه ولكنه مامور
بان يدفع اليه بقدر حاجته فهو بالمنع مرتكب ما لا يحل فيه فيوديه وحكم
الطعام عند المخمصة كالماء المحرز اباحة ومقابلة وضمانا وان منع صاحب
البير الدلو من المحتاج ان كان الدلو لصاحب البير قاتله عليه دون السلاح وان
كان للعامة قاتله بالسلاح وكذا الانهار العظام التي لا تدخل في المقاسم على
الامام من بيت المال لان منفعته تعود الى العامة وان لم يكن في بيت المال
شيء يجبر الناس على كريها احيا لحق العامة ودفعا للضرر عنهم تخرج من بطيقه
ويجعل نفقته على المياسير الذين لا يطيقونه وما دخل في المقاسم الا انه
عام فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم
ومن ابى منهم يجبر عليه بلا خلاف دفعا للضرر العام بالضرر الخاص مع انه
ينتفع به وان خافوا الاشتاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطريق
اجبر واعلى تضمينه لان في ترك الاجبار فتنة وان لم يكن فيه ضرر
عام لم يجبروا لانه موهوم وعلى كل واحد ان يحمل نصيبه وكري
النهر الخاص على اهله ومن ابى منهم قال ابو بكر الاسكاف اجبر وقال

الا ان يكون في موضع مملوك له فيمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار ولو اراد
ان ياخذ من فتيلته سراجا او من الجمرة فلصاحبه المنع لانها حطب او فحم
قد احرزه والنار جوهر الجمر فان اخذها ان كان لها قيمة اذا جعلها صاحبها
فحما فله ان يستردها وان كانت يسيرا لا قيمة لها لا يستردها وله ان ياخذها
من غير استيذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة ويجدون المانع
متعنتا والشركة في الكلا على اوجه بعضها اعم من بعض فالاعم ان يكون
في ارض لا تكون مملوكة لاحد فالناس فيه شركا في المرعي والاحتشاش وشركة
اخص منها وهي ان تكون في ارض مملوكة بنبت لا بانبات صاحب الارض
فالناس فيه شركا حتى لواخذه انسان ليس بصاحب الارض ان يسترده منه
لانه ملكه باخذه ولكن له المنع عن الدخول في ارضه وشركة اخص من
الكلا وهي ان ينبت الكلا في ارض تكون مملوكة له وليس لاحد اخذه
لانه حصل بكسبه الا انه يبقى فيه شبهة الشركة حتى لا يجب القطع بسرقته والكلا
ما ينبسط على وجه الارض وينتشر ولا ساق له وما كان له ساق فهو شجر وعلى هذا
الشوك شجر لانه يقوم على ساق والشوك الاخضر الذي ياكله الابل فيه اختلاف
المشايخ وعن محمد ان ما انبته الناس ليس بكلا وان لم يكن شجرا وما لم ينبته
الناس فهو كلا وان كان شجرا وقال في المغرب الظاهر ان الكلا يقع على
ذي الساق وغيره وفسر في الصحاح الكلا بالعشب رطبه ويابسه سواء وفسر
في العربين بالنبات وبيع الحشيش قيل لا يجوز لانه يذوب ولا يمكن تسليم
جميعه وقال ابو نصر يجوز مطلقا وقال ابو بكر الاسكاف والفقيه ابو الليث
ان لم يسلم حتى تمضي عليه ايام يفسد البيع لان في القليل لا ينتقص ما بين
له حصة من الثمن واذا كان البير او النهر او العين او الحوض في ملك انسان ذكر

الطحاوي

الطحاوي ان للمالك ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه ان كان يجد
ما في موضع اخر يقرب منه اخرجه المالك اليه بقدر حاجته او اذن له بالدخول
ليا خذ بنفسه ومن المشايخ من قال ان كان في ارض موات لم يكن له المنع وان
احتفره بنفسه ولو منع المالك صاحبه عن المضطر ان كان مال الناس فيه حق
الشفة كالبير والعين فللمضطر ان يقاتله بالسلاح كالمر عمر وكانه يقصد
اتلافه بمنع حقه في الشفة فيقاتله بالسلاح وان كان ملك احد فيه حق
الشفة كالمحرز في الاواني فليس للمضطر ان يقاتله بالسلاح فيا خذه قهرا
ويقاتله بدون السلاح لانه ملكه بالاحراز ولهذا يضمنه ولكنه مامور
بان يدفع اليه بقدر حاجته فهو بالمنع مرتكب ما لا يحل فيه فيوديه وحكم
الطعام عند المخمصة كالماء المحرز اباحة ومقابلة وضمانا وان منع صاحب
البير الدلو من المحتاج ان كان الدلو لصاحب البير قاتله مما دون السلاح وان
كان للعامة قاتله بالسلاح وكذا الانهار العظام التي لا تدخل في المقاسم على
الاعام من بيت المال لان منفعته تعود الى العامة وان لم يكن في بيت المال
شيء يجبر الناس على كريها اجبا لحق العامة ودفعا للضرر عنهم يخرج من بطيقه
ويجعل نفقته على المياسير الذين لا يطيقونه وما دخل في المقاسم الا انه
عام فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم
ومن ابى منهم يجبر عليه بلا خلاف دفعا للضرر العام بالضرر الخاص مع انه
ينتفع به وان خافوا الاستاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطريق
اجبر واعلى تحصينه لان في ترك الاجبار فتنة وان لم يكن فيه ضرر
عام لم يجبر والانه موهوم وعلى كل واحد ان يحصن نصيبه وكري
النهر الخاص على اهله ومن ابى منهم قال ابو بكر الاسكاف اجبر وقال

الاثر

ابو بكر البلخي لا يجبر ويرفع الامر الي القاضي فيامر الباقين بكري نصيبهم
على ان يرجعوا عليه من الشرب واليه ذهب الفقيه ابو جعفر وان لم
يرفع الامر الي القاضي هل يرجع على الابي بقسطه وهل يمنع الابي عن
شربه حتى يؤدي ما عليه قال ابو علي النسفي لا يمنع وذكر في العيون
ان المنع قول ابي حنيفة وابي يوسف وان ابي الكل لم يجبروا في ظاهر
الرواية ومونة كري النهر الخاص اذا جاوز ارض رجل يرفع عنه وقالا
لا يرفع ويكون كري كله على كلهم بحسب الشرب في الارضين لان صاحب
الاعلى ينتفع بالاسفل من حيث التسييل وللامام ان الكري على من
له حق في رقبته النهر والحق لصاحب الاعلى في رقبة اسفل النهر ولا
عمارة على من له حق التسييل كسطح لجاره عليه مسيل لا عمارة على صاحب
المسيل والفتوى على قول الامام وقيل والكري يرفع عنه عند الامام
اذا جاوز فوهة نهره والاصح انه لا يرفع الا اذا جاوزه حد ارضه لان له
ارضا في اتحاد فوهة الارض من اعلاها واسفلها فهو منتفع بالكري منفعة
السقي ثم اذا جاوز وسقط عنه مونة الكري فهل له ان يفتح الماقيل يفتح
وقيل لا يفتح وللاحتراز عن هذا الاختلاف جري الرسم ببداية الكري
من اسفل النهر او بترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفله وعلى
هذا الخلاف اذا احتاجوا الي اصلاح حافتي النهر والطريق الخاص بين
قوم اذا وقعت الحاجة الي اصلاحه من اسفله الي اخره اذا بلغ دار رجل
منهم قيل ترفع عنه مونة الاصلاح على الخلاف وذكر شيخ الاسلام
في شرحه عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه يرفع عنه بلا خلاف
ولو كان النهر عظيما عليه قسري يشربون منه فاجمع كلهم على كريه

فبلغ

فبلغ فوهة نهر قرية ذكر في النوادر انه يرفع عنهم مونة الكري بلا خلاف
وعلى هذا قياس النهر الخاص ينبغي ان لا يرفع ما لم يجاوز حد ارض نهر
لرجل يجري ماؤه في ارض غيره ليس له منعه منه لانه مستعمل له باجرا مايه
فهو في يده فيكون القول له وان لم تجر فيه الما فعليه البينة على اثبات
رقبة النهر له او حق التسييل وعلى هذا الخلاف المصب في نهر او في سطح
او الميزاب او الطريق في دار غيره ولا بد ان يقول في الدعوى مصب ما الوضوء
او المطر او غيره للتفاوت ص واذا اجتمعوا في شرب كان بينهم على
قدر اراضيهم ش نهر بين قوم اختصموا في الشرب ولا يعرف كيف كان
فهو بينهم على قدر اراضيهم وعن ابي علي الدقاق انه بينهم على قدر
الحاجة حتى لو تساووا في الارض وارض احدهم لا تكتفي بقدرها من
الما كان بينهم نصفين وعلى قول ابي علي كانت له زيادة ومن الناس
من قال يقسم بينهم على عدة الخراج له ان المقصود من الشرب سقي
الاراضي فيتقدر بقدرها بخلاف الطريق لان صاحب الكثير مع صاحب القليل
تفاوتا في الشرب في سبب الاستحقاق فيتفاوتا في الاستحقاق وفي الطريق
تساويا في السبب فيستويان في الاستحقاق ص وليس للاعلي ان يسكر ليسقي في
الابتراضيهم ش وان كان الاعلي منهم لا يشرب حتى يسكر الارض عن الاسفل
لقلة الما وارتفاع ارضه لم يكن له ذلك الا ان يتراضوا به لان فيه حق قطع
الاسفل فلا يملكه الا برضاه ومعنى المسيلة اذا كان نصيب الاعلي لا يكفي
جميع ارضه حتى يسكر فيساق كل الما اليه ليس له ذلك الا ان يكون الاعلى
لا يصل الما اليه الا بسكر حتى يرتفع الما اليه اما اذا كان يصل بدون السكر
الا انهم اراد وا السكر لتعجيل السقي فليس لهم ذلك الا باذن الشركا ولو طلب

أهل الاعلى من الامام ذلك لا يجيبهم اليه لانهم يمكنهم الوصول الى حقهم
من غير احداث امر في مكان مشترك وان تراضوا على ذلك جاز لان
المنافع حقهم ولم تبق وان طلب اهل الاعلى حقهم واهل الاسفل يمنعهم
من احداث السكر فالقاضي يجعل الما بينهم بالنوبة واهل الاعلى يسكرون
في نوبتهم بوضع اللوح ويحبسون به الما ولا يسكرون ص ولا يشق
احدهم نهرا ولا ينصب رحى ش اي ليس لاحد ان يشق منه نهرا او ينصب
رحى الا برضى اصحابه لان فيه كسر صفة النهر المشترك وشغل ملك مشترك
بالبنا الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالما ويكون موضعها في ارض صاحبها
بان يكون شطر النهر وحافاته مملوكا له وللاخر حق التسيل فانه يجوز لان ما يحدثه
يحدثه في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينقص الما بل ينتفع صاحب الرحى
بالما مع بقا الما بحاله ومعنى الضرر بالنهر كسر صفته وبالما ان يتغير
عن سننه الذي كان يجري الما عليه لانه اذا تغير الما عن صفته لا بد
ان ينقص الما به واذا كان يجري على سننه لا يتبين فيه نقصان فاذا
اعوج يتبين فيه النقصان وان عاد الى النهر ص ولا يتخذ جسرا ش اي
ولا يتخذ جسرا عليه ولا قنطرة الا برضاهم بمنزلة طريق بين قوم والجسر
اسم لما يوضع ويرتفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من
الاجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع وان كان نهر خاص لرجل ياخذ
من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه بان يشد
جانبي القنطرة من النهر فله ذلك لانه تصرف في خالص ملكه وان كان مقنطرا
مستوثقا منه فاراد ان ينقض لعلة او بغير علة فان كان لا يزيد ذلك
في اخذ الما فله ذلك لا يرفع بنا خالص ملكه وان كان يزيد في اخذ الما منع

لحق

لحق الشركا ص ولا يسوق شربه الى ارض اخرى ليس لها شرب الا بتراضيهم
ش اي وليس لاحد الشركا في النهر ان يسوق شربه الى ارض اخرى
لم يكن لها في ذلك شرب فيما مضى لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعى
لهذه الارض شربا من هذا النهر مع الاولى واستدل على ذلك بالنهر
المعد لاجرا الما فيه من ذلك النهر الى هذه الارض وكذا لو اراد ان يسوق
شربه في ارضه الاولى التي لها شرب حتى ينتهي الى هذه الاخرى فليس
له ذلك لانه يستوفي فوق حقه ولا فرق في المنع بينهما اذا ملا صاحب
الارضين ارضه التي لها شرب ثم فتح مسقاتها واجرى الما الى ارضه التي
ليس لها حق الشرب وسقاها بالما التي ملا ارضه الاولى واجرى الما في
الارض الاولى كما بلغ الى الارض الاخرى فانه لا يجوز له لانه يستوفي اكثر
من حقه كطريق بين قوم واراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى وساكن
تلك الدار غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذه الطريق فانه لا يجوز فكذا
هذا بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحد حيث لا يمنع لان المادة لا تزداد
وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه ص كتاب المزارعة
ش المناسبة بين احيا الموات وبين المزارعة ظاهرة لان المزارعة هاهنا
احيا الارض ايضا والمزارعة مفاعلة من الزراعة وهي الانبات وانما يقال
زرع الله الحرث اي انبته وانهاه كذا في المغرب وفي الشرع الزراعة عقد
على الزرع ببعض الخارج والمفاعلة في الغالب ما يجري بين اثنين وهنا
فعل المزارعة يوجد من واحد فعلم ان المراد به العقد اطلاقا لاسم المسبب
على السبب فانه يجري بين اثنين ص وهي باطلة وقالا جايزة ويختار
الفتوى ش اي المزارعة فاسدة عنده وهي المراد بالبطلان وبه قال

مالك والشافعي وعندهما جايزة وانما صرح بقولهما وان كان يفهم من اطلاق
الجملة الاسمية لانه لما اختير للفتوي مذهبهما فذكره صريحا اوضح وادل على
الاهتمام به من ان يدل على المختار بالالتزام والمفهوم وجه قولهما انه عليه
الصلاة والسلام دفع نخيل خيبر الي اهلها معاملة وارضها مزارعة علي نصف
ما يخرج من ثمر وزرع وبذلك عمل الصحابه والتابعون والصالحون رضي الله
تعالي عنهم الي يومنا هذا من غير نكير ولان العقود ما شرعت الا لحاجة الناس
وللناس حاجة اليها فان الانسان قد يكون له ارض ولا يهتدي الي الزراعة
وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الي انعقادها لينتظم
مصلحتهما وتحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة فانه يكون العمل فيها
من احدهما والمال من الاخر وما يحصل من الربح بنا على العمل فالمال بينهما
لحاجتهما الي ذلك بخلاف الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف دفع صح
الاولاد والابريسم فان تلك الزوايد تتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي
والحافض فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرها
باختياره فيضاف اليه لانه فعل مختار ولا يضاف الي غيره فلم يبق شركة
فلم يتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر اما هاهنا
فلعمل الزراع تاثير في تحصيل الخارج والعرف ظاهر في عامة البلدان
فافترقا ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي رافع بن خديج رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كانت له ارض فليزرعها او يزارعها
اخاه او يعطيها لتزرع ولا يكريها بالثلث او بالربع ولا بطعام مسمي ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فكان في معني قفيز الطحان ولان الاجر
معدوم او مجهول اما كونه مجهولا فعلي تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم
نصيبه

نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزه او اقل او اكثر واما كونه
معدوما فعلي تقدير ان لا يخرج من الارض شي اذا اصابه افة او ان
ذلك الاجر لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا
استاجر شيا وليس في ملكه شي من الاجر حيث يصح الاستيجار لوجود الاجر
في الذمة والاستدلال لها بالمضاربة لا يصح لان معني الشركة في عقد المضاربة
اغلب حتي يصح بدون ضرب المدة فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا
وعقد الشركة ينعقد على محض العمل كما في شركة الاعمال وفي المزارعة معني
الاجارة اغلب حتي شرط فيها بيان المدة فلم تكن المضاربة نظير المزارعة ومعاملة المضاربة صح
النبي عليه السلام مع اهل خيبر على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز
فانه ملكه غنيمة ولكن النبي صلي الله عليه وسلم من عليهم بدمايهم واراضيهم
ونخيلهم وجعل عليهم الخراج بطريق خراج المقاسمة وللامام راي في الارض
المنون بها علي اهلها ان شا جعل عليها الخراج الوظيفة وان شا جعل عليها
خراج المقاسمة وان شا جعل باخذ الكل فعلم ان الشرط الذي دفعه اليهم
النبي صلي الله عليه وسلم بطريق المصالحة فليس في هذا الحديث حجة لمن جوز
المزارعة والحيلة لجواز المزارعة والمساقاة عنده ان يستاجر رب الارض
العامل باجر معلوم الي مدة معلومة فاذا مضت المدة يستوجب الاجر
سوا حصل الخارج او لا ثم يتراضيان على بعض الخارج فيجوز ذلك كذا
في الكافي والذخيرة والنهاية واذا اراد رب الارض والمزارع ان
يطيب لهما الزرع عندهما في موضع قيدت فيه المزارعة عندهما وعند
ابي حنيفة رضي الله عنه في موضع صحت المزارعة عندهما فالوجه في ذلك
ما حكي عن الشيخ الامام اسماعيل الزاهد رحمه الله تعالي انه قال

النصيبان نصب رب الارض ونصيب المزارع فيقول رب الارض للمزارع وجب
عليك اجرة مثل الارض او نقصانها ووجب لك علي اجر مثل عملك وتبر انك
وقدر بدرك فهل صالحتني على هذه الحنطة وعلي ما وجب لك علي عما وجب
لي عليك اجر مثل علي وبذري ووجب لك علي اجر مثل الارض او نقصانها
فهل صالحتني عما وجب لك علي ما وجب لي عليك على هذه الحنطة فيقول رب
الارض صالحت فاذا تراضيا على ذلك جاز ويطيب لكل واحد منهما ما اصابه
لان الحق بينهما لا يعدوهما فاذا تراضيا على ذلك فقد زال الموجب للخبث ص
وبجيزها من غير تبعية المساقاة واتحاد العامل والعقد وعسر الافراد وتخلل
البياض بين ما سوقي عليه ش اي بجيز المزارعة منفردة من غير تبعية
المساقاة الى اخره وقال للشافعي رضي الله عنه انما تجوز المزارعة تبعا للمساقاة
وفي شرح الحاوي لو قال ساقيتك وزارعتك يصح ولو قال زارعتك وساقيتك
لم يصح عنده بشرط ان يكون العامل فيهما واحدا وعقدهما واحدا وبشرط ان
تكون الاراضي المخللة بين الاشجار متعسرة زراعتها على الانفراد لان المساقاة
جايزة لشبهها بالمضاربة من حيث ان الشركة ثابتة في الزيادة دون
الاصل والمزارعة لا تشبهها لانه لو شرط فيها الشركة في الزيادة بعد رفع
البذر الذي هو الاصل تفسد فتجوز المزارعة بتبعية المساقاة كما جاز
مع الشرب تبعا للارض ووقف المنقول تبعا للعقار ولنا ما قدمناه من
تعليل الجواز على قولهما من غير نعل الشروط المذكورة ص ويشترط صلاحه
الارض واهلية العاقدين والتخلية بينها وبين العامل والشركة في الخارج
على الشيوع حتى فسد باشتراط قفزان معلومة لاحدهما ويرفع البذر والتسليم
الباقي واشترط ما على الماديانات والسواقي ويشترط بيان المدة وجنس

البذر

البذر ومن هو عليه ونصيب من لا بذر له ش اي لصحة الزراعة على قولهما شروط
ثمانية احدها ان يكون صالحة للزراعة لان ما هو المقصود من الزرع لا يحصل
الا بذلك حتى لو كانت الارض مسبخة او نزة لا يجوز العقد لان المزارعة
عقد استيجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة او النزة لا يجوز اجارتها
ولا مزارعتها والثاني ان يكون الارض والمزارع من اهل العقد ولا اختصاص
لهذا الشرط بالمزارعة فان العقود لا تصح الا من الاهل ولهذا لا يصح عقد المزارعة
من المجنون والصبي الذي لا يعقل واما البلوغ والحرية فلما شرط لجواز
المزارعة فتصح المزارعة من الصبي المأذون والعبد المأذون والثالث
التخلية بينهما وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة
لانعدام التخلية وكذا لو شرط عملهما جميعا قلنا ولهذا قلنا اذا شرط رب
المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط
مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما شرط لصحة العقد
وهو التخلية فتمتنع التخلية كذا هاهنا وعلى هذا اذا دفع ارضا وبذرا
وبقرا على ان يعمل العامل وعبد رب الارض فللعامل الثلث ولرب
الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جايز لان صاحب الارض مستاجرا
للعامل ببعض الخارج الذي هو نما ملكه فيصح وشرط العمل على عبده
لا يكون شرطا على نفسه لان العبد له يد نفسه على كيسه لا يد النيابة
عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقيق التخلية فلا الصحة
ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة
على ما ذكره والخارج له وعليه اجر مثل الارض والبقر والعبد لذا
في البدايع والرابع يكون اشتراكهما في الخارج على الشيوع حتى لو لم يشترط

بان اشترط لخارج لاحدهما او اشتركا لكن على وجه الشيوع يفسد العقد
لان معنى الشركة لازم هذا العقد وكل شرط يكون قاطع للشركة يكون مفسد
فعلى هذا اذا شرط لاحدهما قفزانا معلومة يفسد لجواز ان لا يخرج من
الارض الا هذا القدر المسمى فيكون هذا الشرط قاطعا للشرط حينئذ وصار
كما شرط دراهم مقدرة لاحدهما في المضاربة وكذا لو شرط الذي يدفع رب
البذر بذره من الخارج ثم يكون الباقي بينهما نصفين لجواز ان لا يخرج من
الارض الا هذا المقدار فيودي الى قطع الشركة وكذا لو كانت الارض خراجيه
فشرط رفع الخراج وان يكون الباقي بينهما نصفين وهذا اذا كان الخراج موصوف
لانه عسى لا يخرج الا ذلك القدر فاما اذا كان خراج مقاسمة يجب الثلث
او الربع جوز كما شرطا والخامس المدة لان المزارعة عقد على المنافع اما
منافع الارض او منافع العامل فلا بد من ذكر المدة لتصير المنافع معلومة
لان المدة مقدارها وعن محمد بن سلمة ان المزارعة بلا بيان المدة ويقع على زرع
واحد واختاره ابو الليث وعن احمد تجوز بلا بيان المدة لانها عقد جايز
غير لازم وعند اكثر الفقها لازم كالاجارة فيشترط فيها ما يشترط في الاجارة
فان قلت ذكر بيان المدة مطلقا ولم يبين مقدار المدة كم يكون ولا شك
ان المدة لو كانت قليلة جدا بحيث لا يدرك الزرع فيها لا يصح لعدم الفايدة
ولو كانت طويلة جدا بحيث لا يعيشان اليها كانت بمنزلة التابيد ولا
يصح ايضا ولا بد من مقدار المدة التي يصح بها المزارعة قلت انه ذكر
في الذخيرة ان بيان المدة ان يقول الى سنة او سنتين او ما اشبهه
وان بين وقتا لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة والسادس
بيان حسن البذر لا بد من اعلام جنس الاجرة ولا يصير ذلك معلوما

الا ببيان جنس البذر وفي الذخيرة اشتراط بيان ما يزرع في الارض
قياس وفي الاستحسان ليس بشرط فوض الى راي المزارع اولم يفوض
بعد ان ينص على الزراعة كذا ذكره شيخ الاسلام وذكر في موضع اخر
بيان ما يزرع في الارض شرط من غير ذكر القياس والاستحسان وهذا
اقرب الى الصواب وعليه الاعتماد والسابع بيان من عليه البذر ليعلم
ان المنفعة المعقود عليها منفعة الارض او العامل والشرط الثامن من بيان
نصيب من لا بد من قبله لانه يستحق ذلك عوضا بالشرط فلا بد وان
يكون معلوما فان ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد وفي الذخيرة اذا
بينا نصيب احدهما ان بينا نصيب من لا بد جهته جازت المزارعة ص
استحسانا لا قياسا وان بينا نصيب من كان جهته البذر جازت المزارعة
استحسانا لا قياسا انتهى فهذه شروط ثمانية لصحة المزارعة الثلاثة
الاولى والثالثة الاخرة من الزوايد ص فاذا كانت الارض والبذر
لواحد والبقر والعمل للاخر او الارض وحدها او العمل وحده من احدهما
والباقي من الاخر جازت ش اي جازت المزارعة في الصور الثلاثة
المذكورة لان في الصورة الاولى يقع الاستيجار على العمل والبقر الة
فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرته كان الاجر كله باز اخياطته
لا بابرته وفي الصورة الثانية وهي ان تكون الارض لواحد والعمل
والبقر والبذر من الاخر يقع الاستيجار على الارض ببعض معلوم من
الخارج فيجوز كما اذا استاجر ها بدراهم معلومه وفي الصورة الثالثة
وهي ان يكون العمل من واحد والارض والبذر والبقر من اخر يقع الاستيجار
على العمل بالة المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة المستاجر

او البقر والارض لاحدهما لم تجز وتجيزها في رواية ومنعه

ش اي لم تجز المزارعة اذا كان البقر والارض لاحدهما والبذر والعمل للاخر لان صاحب البذر اذا استاجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان منفعة الارض الانبات ومنفعة البقر الشق ولا تجانس بينهما حتى يجعل تبعا للارض فيمنع الاستيجار على البقر ببعض الخارج وانه باطل فان الشرع انما ورد باستيجار الارض او العامل ببعض الخارج لا غير فبقي ما وراءه على البطلان اذا استاجر الشئ باجرة غير مشار اليها وفي الذمة لا تجوز والاثر ورد في استيجار العامل او الارض فيقتصر عليه وتجيزها ابو يوسف في هذه الصورة ورواية عنه لوجود التعامل هكذا بين الناس والقياس ومنعه محمد لما ذكرنا اعلم ان ههنا ثلاث صور غير ما ذكر في المتن احدها ان تكون الارض والعمل من واحد والبذر والبقر من اخر وثانيها ان يكون البذر من احدهما والباقي من الاخر وثالثها ان يكون البقر من احدهما والباقي من الاخر وكل هذه الصور غير جايزه وجهته تعرف بما سبق ص فاذا صحت كان الخارج على الشرط وان لم يخرج فلا شئ للعامل ش اي فاذا صحت المزارعة كان الخارج على الشرط النصف او الثلث او غيرهما وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل لان اجرته كانت مسماه بان يكون من الخارج فاذا لم يخرج لا يستحق شيا بخلاف المزارعة الفاسدة لان اجر المثل كان في الذمه وبفوت الخارج لا تفوت الذمه ص واذا فسدت كان لصاحب البذر اجر المثل للاجر عن عمله او ارضه لا يزاد على المسمى واجازها ش اي حكم المزارعة الفاسدة انواع منها ان لا يجب على المزارع شئ من اعمال المزارعة لان وجوبه بالعقد الصحيح ولم يصح فلا يجب

ولا يتعرض لهذا في المتن ومنها ان يكون الخارج كله لصاحب البذر ويجب عليه للاجر اجر مثل عمله ان كان صاحب البذر هو العامل لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد الا ان البذر اذا كان من قبل رب الارض فالخارج كله يطيب لانه نما حصل من بذره في ارضه وان كان البذر من قبل العامل فالخارج كله لا يطيب له بل ياخذ من الزرع بقدر بذره وبقدر اجر مثل الارض ويطيب له ذلك لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في ارض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق ومنها ان اجر المثل اذا وجب في المزارعة الفاسدة يجب بقدر المسمى ولا يجوز الزيادة عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى يجب بالغا ما بلغ وهذا اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماه في العقد فان لم يكن يجب اجرة المثل بالغا ما بلغ لمحمد ان الاصل في اجارة وجوب اجر المثل لانها عقد معاوضة وهي تبنى عن المساواة في البدلين وذلك في وجوب اجر المثل الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المقصود عليه فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فاذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرايطه وجب المصير الى البدل وهو اجر المثل ووجه قولهما ان الاصل هو وجوب اجر المثل لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن اعتبار المسمى به بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما امكن وامكن بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير اجر المثل عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان اولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى

في القدر لسقوط اعتبار القيمة اصلا لعدم المسمى فوجب اعتبار اجر المثل هو
الفرق ص ولو شرط التبن لرب البذر بعد شرط الحب نصفين جاز
لا للاخر او سكتا عنه كان لرب البذر وقيل بينهما ش هذه المسئلة لم
تذكر بجميع تفاصيلها وهي من الزوائد وانا اذكر الجمع فاقول وبالله
التوفيق رب الارض والمزارع اما ان شرط الحب بينهما او لم يشرطا فان
شرطا ان يكون الحب بينهما فلا يخلو اما ان شرطا ان يكون التبن بينهما او شرطا
ان يكون لاحدهما دون الاخر او سكتا عنه فان شرطا ان يكون بينهما لانه
انه يجوز لانه شرط يقرر مقتضى العقد لان الشركة في الخارج من مقتضى هذا
العقد على ما مر وان شرطا ان يكون لاحدهما دون الاخر فان شرطاه
لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط
لكونه نماء ملكه والشرط لا يزيده الا توليدا وان شرطاه لمن لا بذر
من قبله بمنزلة كون الحب له وذلك تقييد هاهنا وهو المقصود وان
سكتا عن اشتراط التبن صحت المزارعة لانها شرط الشركة فيها ثم التبن
يكون لرب البذر لانه نماء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط والكلام فيما
لا شرط فيه وقيل التبن بينهما ايضا لان المعتبر هو العرف فيما لم ينص عليه
العاقد ولانه بيع للحب فيعطى له حكمه وان لم يشرطا الحب بينهما فلا يخلوا
اما ان يشترطاه لاحدهما بعينه او سكتا عنه فالمزارعة فاسدة ويكون
الخارج بين الحب والتبن لصاحب البذر وللاخر اجر المثل على ما بينا ص
وان امتنع صاحب البذر من العمل او الاخر اجبر ش اي اذا عقدت المزارعة
عقدا صحيحا فامتنع احد العاقدين عن المضي في العقد فان كان الممتنع من
العمل رب البذر فله ذلك سواء كان له عذر او لا اذا كان امتناعه قبل القا

البذر

البذر عن عذر فله ذلك وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما ان يمتنع الا من
عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد
الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع
ملزما في حقه اذ الانسان لا يحمل على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس
من قبله البذر لانه ليس في لزوم المضي اياهم اتلاف ملكهم وكان الشروع
ملزما في حقهم فلا يفسخ الامر في سائر الاجارات وما شرع للعامل في عمل الكرا
او حفر الانهار وتسوية المسقات يعلى صاحب البذر لان عمله انما يكون
بالعقد والعقد قرنه بجزء من الخارج والخارج بعد وقالوا هذا الجواب
في الحكم فاما بينه وبين الله تعالى نفتي بان يعطي العامل اجر عمله لانه
انما اشتغل بافانة العمل ليزرع وتحصل له نصيب من الخارج فاذا اخذ
الارض بعد ما اقام هذه الاعمال والتغرير حرام فيفتي بان يطلب
رضاه كذا في المبسوط والبدايع ص واذا مات احدهما بطلت ش
اي اذا مات المزارع بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وفي التبيين هذا
على اطلاقه جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت
الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع من الارض ثم تبطل
في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة للحقين فيفعل العامل
لورثته فاذا حصد يقسم على ما شرطا والضرورة في الباقي فيبطل
ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد كرب الارض انفسخت المزارعة
ولا شيء للعامل لان المنافع انما تقوم بالعقد وتقويمها بالخارج فاذا
انعدم الخارج لم تجب شيء ص واذا انفسخت المدة قبل الادراك على المزارع
اجر مثل نصيبه من الزرع وعليهما النفقة على مقدار حقوقهما الى ان

يستحصد ش اي واذا انقضت مدة المزارعة قبل ادراك الزرع كان على المزارع
اجر مثل نصف الارض لصاحب الارض الى ان يستحصد لانه استوفى منفعة
نصف الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك وهذا ان المدة اذا
انقضت فقد انتهى العقد الا ان في قطعه ضرورة فبقينا العقد بالاجرة
كما في الاجارة بان استاجر ارضا للزراعة فزرعها اونبت فانقضت المدة فانه
يثبت اجارة مبتداة الى ان يستحصد الزرع صيانة لحق المستاجر في الزرع
فكذا هذا والمنفعة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد لانه
عمل في مال مشترك واستحقاق العمل على العامل انما كان في المدة بالعقد
ولم يبق وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون
العمل فيه على العامل لان العقد ثمة يبقى في مدته فاتمامها هنا
فقد انتهت المدة فانتهى العقد فلم يختص العامل بالعمل يكون مشتركا
بينهما فان انفق احدهما بغير امر صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع
في النفقة لان كل واحد منهما غير مجبر على الانفاق فصار كالدار المشتركة
بينهما اذا انهدمت فانفق احدهما في مرمتها بغير امر صاحبه كان متطوعا في
ذلك فان قلت هو متطوع في الانفاق لانه يحمي حق نفسه ولا يوصف
بالتبرع قلت هو غير مضطر في ذلك لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي
ص ويستاجران للحصاد والرفاع والدياس والتذرية بالحصص فان
شرطاه على العامل فسدت وبجنب اشتراطه عليه ومنعه س الحصاد
بفتح الحاء وكسرها وقر الحصاد بهما في قوله واتوا حقه يوم حصاده
والرفاع فقد ذكر في المغرب هو ان يرفع الزرع الى البيدر وهذا الحكم
وهو اشتراكهما في اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية ليس مختص

بما اذا انقضت مدة المزارعة قبل ادراك الزرع بل هو عام في جميع المزروعات
لان العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود وهو بعد ذلك مال مشترك
والعقد مرفوع فتجب المونة عليهما واذا شرط في العقد ان الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية على المزارع او على رب الارض فسدت
المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
فيفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل هكذا في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اجاز شرط الحصاد والرفاع
والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس كشرط حد والنقل على
البايع قال الفقيه ابو بكر البلخي عن محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ يفتون
بجواز المزارعة مع وجود هذه الشرائط بل يزيدون على هذا ويقولون
يجوز ان تشترط الصيفية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة
بهذه الشرائط يتعاملون فيها والمعروف كالمشروط فقد جوزنا الاستصناع
المعرف وان كان القياس يابا ه فهذا مثله قال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله تعالى وهذا هو الصحيح في ديارنا وهكذا ذكر رواية ابي يوسف
في عامة الكتب مثل المبسوط والمحيط والذخيرة والبدايع وغيرها
فعلم به ان ما ذكر من خلاف ابي يوسف في الحصاد في النظم والنثر
ليس لتخصيص الخلاف في الحصاد وحده بل للتمثيل والتصوير لا غير
والاصل ان كان ما كان من عمل قبل الادراك كالحفظ والسقي وقلع الحشيش
من الانهار ولتسوية المسناه فهو على العامل لان ما هو المقصود من الزرع
وهو النماء لا يحصل بدون عادته فكان من توابع المعقود عليه فكان
من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد نهاية الزرع واداكه

وحفانه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما
على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع ارضا مزارعة
وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت العمل اذ العمل فيه بعد الادراك
نما لا يزيد وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت والطحن وغيره مما
يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة
ملكه فيكون دون غيره والمعاملة على القياس ما كان قبل الادراك
كالسقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالحداد
والحفظ فهو عليهما ولو شرطا الجداد على العامل لا يجوز باتفاق الروايات
اما على ظاهر الرواية فلا يشكل واما على رواية ابي يوسف فلا يعدو في
التعامل وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما لما مر وانما وضع
الخلاف في جانب المزارع حيث قال عليه اي على العامل اذ لو شرط
ذلك على رب الارض لا يجوز بالاتفاق كذا ذكره في التتمة وشرح المنظومة
والمبسوط وغيره ولو اراد فصل الفسيل او جز التمر بسرا او التقاط
الرطب فهو عليهما لانهما اذا اتفقا على القطع كانهما انهيا العقد
فصار كالحصاد بعد انتهايه ص فصل ولو شرط بالنصف
بالعمل في شهر كذا والثلث في كذا فالاول صحيح وقالا هاش ان زرعت
في رجب فلك نصف الخارج وان زرعت بعده في رمضان فلك ثلث
الخارج فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الشرط الاول هو الصحيح دون
الثاني تصريفا على فعل من يجيز المزارعة وقالا الشرطان جايزان والمسئلة
مرت نظيرها في الاجارة فان قيل فمن فرع هذه التعريفات على قوله بعد
ما فسد المزارعة والمعاملة قيل انما فرع ابو حنيفة مثل هذه على اصوله

اذا لو كان يرى جوازهما لعلمه ان الناس لا ياخذون بقوله فيهما قال محمد
ابن الحسن رحمه الله تعالى لم ير ابو حنيفة رضي الله عنه المعاملة والمزارعة
جايزا ولكن فرع عليهما وقال لو جوزناهما لكان يجوز في كذا وانا فيهما فارس
ولم يجوز الوقف ولم يفرع عليه فقال انا فيه راجل فعلى هذا صح الشرط الاول
في مسئلتنا عنده على قياسه دون الثاني حتى يستحق المسمى ان وفى بالاول
واجر المثل ان وفى بالباقي ص ولو اختلفا فقال العامل شرط لي زيادة
عشرة اقفزه على نصف الخارج وانكرها رب الارض وذاك قبل
العمل فالقول له وقالا للعامل ش اي لو اختلف رب الارض والمزارع
فقال العامل شرط لي الي اخره وذاك الاختلاف كان قبل العمل فالقول
لرب الارض عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يدعي صحة العقد والظاهر
شاهد له وقالا للعامل لانه انكر لزوم العمل عليه والقول للمنكر
حتى لو اختلفا بعد العمل فالقول لرب الارض اتفاقا لامتناع جعله
منكرا ولو اقاما البينة فبينة المزارع اولى لانها تثبت الزيادة وانما
وضع في الزيادة اذ في النقصان بان قال المزارع شرطت لي النصف
الا عشرة اقفزه ورب الارض يقول شرطت النصف فقط القول
قول رب الارض اتفاقا لانه ينكر وجوب اجر المثل عليه من الحقايق
ص ولو شرط رب الارض والبذر منه الثلث للعامل والثلث لعبد
العامل المأذون المديون بغير عمل فثلثه لرب الارض وقالا للعامل
ش اي ولو شرط رب الارض الثلث للعامل والثلث لعبد العامل
المأذون المديون بغير اشتراط عمل على ذلك العبد فثلث العبد
الذي كان نصيبه لرب الارض عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه

وقالا للعامل قيد بالمديون لانه لو كان مديونا فما شرط للعبد يكون لمولاه اتفاقا وقيد بقوله بغير عمل لانه لو شرط فعل العبد يكون له المسمى له اتفاقا وهذا الخلاف مبني على ان المولى لا يملك اكتساب العبد المأذون عنده فاشتراطه له كاشتراطه للاجنبي بغير عمل فلم يصح فيكون ذلك الثلث لرب الارض لانه نماء بذره ويملكه عندهما فاشتراط الثلث للعبد يكون اشتراطا لمولاه والدليل من الحرفين من في كتاب المأذون ص ولو دفع اليهما ارضا ببذرها وسمي لاحدهما ثلث الخارج وللاخر خمسين درهما فالفساد شايع وقضاه على الثاني ش اي ولو دفع أرضه الى رجلين على ان يزرعاها على ان لاحدهما ثلث الخارج وللاخر خمسين درهما او خمسين قفيزا من الخارج تفسد المزارعة في الكل عنده لان المزارعة على ان يكون لاحدهما دراهم مسماة أو قفيزان مسماة من الخارج فاسدة عندهم والصفقة متحدة فيفسد الكل عنده بفساد البعض كما هو اصله وعندهما جايز في حق صاحب الثلث ويفسد في حق من شرط له خمسون وقد مر مثل هذا في البيوع وفي الحقايق اذا دفع ارضه الى رجلين يزرعانها واشترطوا ان الخارج بينهما اثلاثا ولرب الارض على احدهما بعينه ماية درهم فسدت لانه شرط لرب الارض مع ثلث الخارج دراهم وهو سبب لقطع الشركة فتفسد في حق هذا وشاع في حق الكل عنده ولو شرطوا الماية على رب الارض للعامل فسد لانهم لما شرطوا عليه الدراهم وهو مواجر للاجير كان بيعا للبذر بالدراهم والبيع في المزارعة صفقتان في صفقة ولو شرطوا الماية على رب الارض لاحد العاملين فسد حقه عندهما

ويجب الكل

وفي الكل عنده ثم عنده الخارج للعاملين وعليهما اجر مثل الارض وعندهما نصف الخارج ونصف اجر مثل الارض لفساد العقد في حقه ثم يجعل الخارج لصاحب البذر كذا ذكره في الحقايق ص ولو غصبها فزرعها فالخارج له والعشر والخراج عليه وان نقصت فضمن فالخراج والعشر على المالك مطلقا وقالا العشر على الغاصب بكل حال واما الخراج فعلى المالك ان كان الضمان اكثر وعلى الغاصب من دون ضمان ان كان اقل ش اي رجل غصب ارضا فزرعها فالحال لا يخلو اما ان كانت الارض عشريه او خراجيه وعلى التقديرين لا يخلوا اما ان لا ينقص الارض بالزراعة او ينقص بها فعلى التقادير كلها الخارج للغاصب اجماعا والعشر والخراج على الغاصب ان لم ينقص الارض اجماعا وان نقصت الارض بالزراعة وضمن الغاصب النقصان لرب الارض والعشر والخراج على رب الارض عند ابي حنيفة رضي الله عنه قل او كثر بنا على ان الضمان عنده كالاجر فكما ان العشر والخراج على الاجر عنده قل الاجر او كثر فكذلك الضمان وعندهما العشر على الغاصب بكل حال لان العشر في الخارج والخارج له ولو كان الغاصب كافرا فلا عشر على واحد منهما ذكره في المحيط واما الخراج فعلى التفصيل فينظر الى نقصان الارض والى الخراج فان كان ضمان النقصان مثل الخراج او اكثر من الخراج فالخراج على رب الارض بالاجماع فيأخذ الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه فان كان ضمان النقصان اقل من الخراج فالخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان بخلاف ما اذا اجرها باجرة اقل من الخراج حيث تجب الخراج على رب الارض اجماعا لانه متمكن من الانتفاع واستمنا اما هاهنا فهو غير متمكن لمكان الغصب فانتفى سبب وجوب الخراج على رب

الارض وهو ملك الارض النامية اما رقبة الارض فظاهر واما وصف
النما فللان فصل الضمان بمنزلة نما الارض واما اذا كان الضمان
مثل الخراج فالحكم فيه عندهما كالحكم فيما اذا كان الضمان اكثر من الخراج
كما مرّ على ما ذكر في شرح المنظومة ولكن لم يتعرض لهذا في المتن
كما لم يتعرض له في النظم الآن المصنف رحمه الله تعالى ذكر في شرحه
ان المشايخ رحمهم الله تعالى اختلفوا فيه على قولها وفي فتاوى قاضي
خان والمرغيناني ارض خراجها خراج وظيفة اغتصبها غاصب فان كان
الغاصب جاحدا وبينة للمالك ان لم يزرعها فالخراج على الغاصب
وان كان الغاصب مقرا بالغصب او للمالك بينة ولم تنقصها الزراعة
فالخراج على رب الارض وان نقصتها الزراعة فعند ابي حنيفة رضي الله
عنه فالخراج على رب الارض قل او كثر كانه اجرها من الغاصب بضمان
النقصان وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر الى الخراج والنقصان فايهما كان
ذلك على الغاصب فان كان النقصان اكثر من الخراج فمقدار الخراج يودي
الغاصب الى السلطان ويدفع الفضل الى صاحب الارض وان كان الخراج
اكثر يدفع الكل الى السلطان ص ولو تزوج على ان تزرع هي ارضه
بالنصف يذرعها فصح وفسدت فيجعل مهرها نصف اجر مثل الارض
وربعه ان طلقها قبل الدخول فاوجب مهر المثل لا يزاد على اجر مثل
الارض والمتعة في الطلاق قبله ش اي رجل تزوج امراة على انها
تزرع بيذرها وعملها ارضه هذه السنة على ان ما خرج بينهما نصفان
فالنكاح جايز والمزارعة فاسدة لانه شرط عقدا في عقد فاحدهما يبطل
بالشرط الفاسد وهو المزارعة والاخر يفسد بالشرط والنكاح ولبيان احدهما

تبع

تبع للاخر لانهما عقدان مقصود ان شرط احدهما في الاخر تفسدت المزارعة
كالو قال زوجتك ابنتي هذه بعشرة على ان تبيع هذا العبد بخمسماية
جاز النكاح ولان المراة استاجرت الارض ببعض الخارج وبالدراهم فكذلك
لا يجوز فكذا هذا واذا صح النكاح فالواجب لها عند ابي يوسف نصف
اجر مثل الارض ان دخل بها او مات وربع اجر مثل الارض ان طلقها
قبل الدخول وقد نبه في المتن بقيد الطلاق قبل الدخول في ايجاب
الربع وعلى الدخول في ايجاب النصف اختصارا وعند محمد رحمه الله تعالى
لها عليه مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول
لان الزوج جعل منفعته الارض على سببين متقومين احدهما معلوم
وهو البضع والاخر مجهول وهو نصف الخارج فانه مجهول اصلا وقدرا لانه لا يدري
هل يخرج ولم يخرج فيتوزع منفعة الارض عليها باعتبار القيمة كما
هو قضية المقابلة فكان ما يقابل البضع في منفعة الارض مجهولا ايضا
جهالة فاحشة ومثل هذه الجهالة تمنع صحة التسمية فيجب لها
مهر المثل لا يزاد على اجر الارض لانها رضيت بمنفعة الارض عوضا
عن بضعها وعن شيء اخر فصار كما لو تزوجها على الف وعلى ان تهدي المراة
هدية وجب مهر المثل لا ينقص من الالف ولا يزاد عليها هكذا هذا من
المحيط وغيره وتحقيق الخلاف ههنا مبنيا على ان التسمية في حق المهر
صحيحة او فاسدة فعند ابي يوسف رحمه الله تعالى صحيحة وعند محمد
رحمه الله تعالى فاسدة فلما صحت عند ابي يوسف كان صداقها اجر
مثل نصف الارض لان الانقسام بين البضع ونصف الخارج اعتبار
التسمية لا باعتبار القيمة لانه لا يمكن التسمية باعتبار قيمتها لجهالة احدهما

ينتوزع نصفين لان الشيء متى توزع بمجهول ومعلوم انقسم عليهما نصفين
اذ وجود الاضافة اليهما على السواء كالوصي بثلث ماله لفلان وللفقراء
كان نصف الثلث لهما هنا ايضا يكون الصداق منفعة نصف الارض
والمنفعة مال متقوم في حق الصداق فتصح التسمية ويلزمه تسليم
نصف منفعة الارض اليها وقد عجز عن ذلك لفساد المزارعة فيكون
لها اجر مثل نصف الارض فاذا طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى
وهو ربع اجر مثل الارض لصحة التسمية عنده وعند محمد لها المتعة
لفساد التسمية فاذا زرعت المراة الارض فاخرجت اولم تخرج ولم يطلقها
فالخارج للمراة لانه نما بذرها وعليها في قياس ابي يوسف نصف اجر مثل
الارض ولا صداق لها على الزوج لان منفعة نصف الارض صداقها
وبالزراعة قد استوفت صداقها وعند محمد عليها اجر مثل جميع الارض
لانها استوفت جميع منفعة الارض بسبب فاسد ولها على الزوج
الاقل من مهر المثل ومن اجر الارض فان كان مهر مثلها مثل اجر الارض
او البر فقد استوفت ما وجب لها عليه فصار قصاصا وان كان مهر مثلها
اقل يرد عليه فضل ما بينهما الى تمام اجر الارض لانها استوفت من حقها
فتزداد الزيادة كذا في المحيط والفتاوى الظهيرية ص ولو كان هو
العامل في ارضها فبذرها بجعل مهرها نصف اجر مثل عمله لا مهر
المثل ش اي هذا الخلاف ما اذا تزوجها على ان يكون هو العامل
في زراعة ارضها ببذرها او على ان يكون هو العامل في كروبها على ان
الخارج بينهما نصفان فان المزارعة فاسدة والنكاح صحيح والخارج كلها
لها لانه نما ملكها وقد استحق الزوج عليها بالمزارعة الفاسدة او المعاملة

الفاسدة

الفاسدة اجر مثل عمله والمراة تستحق عليه بالنكاح الصحيح نصف اجر مثل
عمله مهرا ان دخل بها او مات ونصف ذلك وربع اجر مثل عمله ان طلقها
قبل الدخول بها عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لان الزوج جعل منافع
بدنه في مقابلة منافع بضعها ونصف الخارج الى اخر ما قررنا وعند محمد
لها عليه مهر المثل لما من من بطلان التسمية بالجهالة لان منافع بدن
الزوج تنقسم على منافع بضعها وعلى نصف الخارج وهو مجهول جهالة
فاحشة الى اخر ما قررنا لكن يرد على مثل اجر الزوج والمزوج عليها
اجر مثله يتقاصان ان تساويا والا يرد الفضل على ما مر ص او على
ان تزرع هي ببذره او هو ارضها وجب مهر المثل ش اي اذا تزوجها على ان
تزرع هي ببذره ارضه او على ان يزرع هو ببذره ارضها على ان الخارج
بينهما نصفان او تزوجها على ان تعمل هي في نخله او في كرمه على ان الخارج
بينهما نصفان فانه تجب مهر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع والفرق لابي يوسف
ان المزارعة اذا فسدت كان الخارج كله لصاحب البذر وهو في هذه الصورة
للزوج لانه نما ملكه فكان بعض الحاصل مقابلا بمنافع بضعها وهو مجهول
جهالة فاحشة فبطلت التسمية فوجب مهر المثل بخلاف المسئلة الخلافية
فان المقابل بمنافع بضعها نصف منافع ارضه او بدنه وانه معلوم فافترقا ه
فالحاصل ما ذكره وفي السابقة ان المزارعة في النكاح على اربعة
اوجه اما ان يكون الارض من قبل الزوج والعمل من المراة او بالعكس
وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون البذر من قبله او من قبلها والشيخ
رحمه الله تعالى ذكر في منظومته ست مسايل اربعة في المزارعة وهي
ما ذكرنا ووجهان في المعاملة وهو ان يكون الكرم منه والعمل منها

او بالعكس ففي ثلاث منها اتفاق وثلاث منها اختلاف والاختلاف
فيما إذا لم يكن البدر من قبل الزوج والاصل في هذه المسايل انه
متى كان الشروط بمقابل البضع بعض الخارج فالتسمية فاسدة عندهم
ومتى كان المشروط منفعة الارض او منفعة العامل بمقابلة البضع
ففي صحة التسمية اختلاف فهذه ست مسايل وستة اخري في الخلع على
هذه الصور فالمراة في الخلع بمنزلة الزوج في النكاح لانه بدل الخلع يجب
عليها للزوج الا ان في كل موضع ذكرناه في النكاح انه يكون له صداق
مثلها ففي الخلع يجب عليها رد ما ساق اليها زوجها ص حاب

المساقاة ش انما اخرت عن المزارعة وان كان في حقها ان تقدم عليها
لكثرة قايلها بالجواز الا تري ان الشافعي رحمه الله تعالي يجوزها مفردة
ومركبة والا تجوز المزارعة الا مركبة تبعا لها ولورود الاحاديث في معاملة
النبي صلي الله عليه وسلم لاهل خيبر انما اخرت عن المزارعة لشيين
احدهما شدة الاحتياج اليها لكثرة وقوعها في جميع البلاد والثاني كثرة
تفريعات مسايل المزارعة بالتنبيه الي مسايل المساقاة وهي مفاعلة من
السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض ما يخرج منها وهي لغة اهل المدينة
فان لهم لغات يستعملونها علي الخصوص فيسمون المعاملة مساقاة والمزارعة
مخابرة والاجارة شق والمضاربة مقارضة ص وهي بجزء من الثمرة
باطلة وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالي اذا ذكر مدة معلومة وجزء من الثمرة مشاعا ش
اي المساقاة بجزء من الثمرة ومشاعا باطلة عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال اذا سمي جزء الثمرة مشاعا وبين مدة معلومة والكلام فيها
كالكلام في المزارعة واشتراط المدة علي قولها قياسا علي انه اجارة معني

فيشترط المدة كما في المزارعة وفي الاستحسان تجوز المساقاة وان لم يذكر
المدة وتقع علي اول ثمرة تخرج من تلك السنة لانه لادراك الثمرة وقتا
معلوما وان تقدم او تاخر فذلك يسير لا يقع بسببه منازعة عادة وقد
تيقنا بان العقد تناول اول ثمرة وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت
الا بالتيقن حتي اذا لم تخرج الثمرة في تلك السنة انتقضت المعاملة
لان العقد لم يتناول الا ذلك القدر في المدة فكانه نص علي ذلك
بخلاف المزارعة فان الزرع يختلف ابتدا وانتها لان ما يزرع في
الخريف يدرك في اخر الربيع وما يزرع في الربيع يدرك في اخر
الصيف وما يزرع في الصيف يدرك في اخر الخريف فلجهالة وقت
ابتدا عمل المزارعة يصير وقت انتهايه مجهولا وهذه جهالة مفضية
الي المنازعة فلهذا لا تجوز العقد الا ببيان المدة فالحاصل من الفرق
انه اذا لم يبين المدة في المزارعة لا تجوز المزارعة لا في سنة ولا في
سنتين بخلاف المعاملة فانه اذا لم يذكر فيها المدة تقع المعاملة
علي سنة واحدة يعني علي ثمرة واحدة تخرج في تلك السنة للجهالة الفاحشة
في المزارعة وعدمها في المعاملة ولو دفع اليه غرسا ليغرسه في الارض
ولم يبلغ الثمر معاملة علي ان يقوم عليه ويسقيه فما خرج فهو بينهما
نصفان فهو فاسد لان بينا المدة لان الشجر يتفاوت في ذلك تفاوت
الاراضي بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود
عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا مدة لم تجز ولو دفع
اليه اصولا رطبة علي ان يقوم عليها ويسقيها حتي تذهب اصولها
وينقطع نبتها علي ان الخارج بينهما فهو فاسد وكذلك النخل والشجر

لانه ليس لانقطاعها نهاية معلومة وجهالة المدة في المعاملة تفسد المعاملة
وفي الفتاوى الظهيرية شرايط العامل اربع احدها بيان نصيب العامل
والثاني الشركة في الخارج كما في المزارعة والثالث التخلية بين الاشجار
وبين العامل والرابع بيان الوقت فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا
ويقع العقد على اول ثمرة تكون في تلك السنة على ما مر ص ونجوز
في الشجر المرطاب واصول الباذنجان ولا يقصرها على النخل والكرم ش
اي تجوز المساقاة عندنا في الشجر والرطاب واصول الباذنجان
ولا تقصر المساقاة على النخل والكرم ش اي تجوز المساقاة عندنا
في الشجر وقال الشافعي رحمه الله تعالى تقصر عليهما لان مساقاة رسول الله
صلى الله عليه وسلم لاهل خيبر كان فيهما ولنا ان الاصل في النصوص التعليل
وجوازها للحاجة وهي تعم الكل والمروي ان مساقاته عليه الصلاة والسلام
اهل خيبر كانت على ما فيهما من الاشجار لا على النخل والكرم ص واذا دفع
اليه نخلا مثمرا يزيد بالعمل جاز ش اي واذا دفع اليه نخلا فيه ثمرة
مساقاة يزيد بالعمل جازت وان كانت قد انتهت لم تجز وكذا على هذا
اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم تجز لان الشركة
بعقد المعاملة انما تصح فيما يحدث بعمل العامل او بزيادة عمله ولا
اثر للعمل بعد الادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بلا عمل فيكون
خلاف موضوع المعاملة بخلاف ما قبل انتهائه للحاجة الى العمل
ص واذا فسدت فللعامل اجر مثله ش اي فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة والمزارعة ثم
المفسد للمساقاة انواع منها شرط كون الخارج كله لاحدهما او شرط

قفزان

قفزان معلومة لاحدهما او شرط العمل على صاحب الارض او شرط
الحمل او الحفظ بعد القسمة على العامل او شرط القطاف والجذاذ على العامل
او شرط عمل يبقى صفقته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو غرس الاشجار
وقلب الارض وما اشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من
ضروريات المعقود عليه ومقاصده ومنها ان ما كان وجوده شرطا
للصحة كان انعدامه شرطا للفساد كالتخلية وغيرها ص وتبطل
بالموت ش اي وتبطل المساقاة بموت احدهما لان رب الارض استاجر
العامل ببعض الخارج ولو استاجر بدراهم بطلت الاجارة بموت
احدهما فاذا مات رب الارض والخارج بسرا انتقضت المعاملة قياسا
وكان البسر بين ورثة رب الارض وبين العامل وفي الاستحسان لا ينتقض
وللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة
رب الارض لان في انتقاض العقد بموت رب الارض اضرارا بالعامل
وابطالا لما كان مستحقا له بعد المعاملة وهو ترك الثمار في الاستيجار
الى وقت الادراك واذا انتقض العقد تكلف الحداد قبل الادراك وفيه
ضرر عليه ولما جاز نقض الاجارة لاجل الضرر لا يجوز ابقاء العقد
لدفع الضرر اولى فان قال العامل انا اخذ نصف البسر فله ذلك لان
ابقاء العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد
بموت رب الارض الا انه لا يملك الحاق الضرر بورثة رب الارض فثبت
الخيار لهم ان شاؤا صرموا البسر فقسموه على الشرط وان شاؤا اعطوه نصف
قيمة البسر وصار البسر كله لهم وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ
ويرجعوا بنصف قيمة نفقتهم في حق العامل من الثمر كما مر في المزارعة

وان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كرهه رب الارض لانهم
قاموا مقامه وفيه نظر للجانبين فان قالت الورثة نحن نقربه له فلرب
المال الارض الخيارات التي بيناها انفاص وتفسخ بالاعذار ش اي
وتفسخ المعاملة بالاعذار كالمزارعة والاجارة ومن جملة الاعذار في المعاملة
ان يكون العامل سارقا مقمرا وقابالسرقة يخاف عليه سرقة الزرع والثمر
والتسعف قبل الادراك لانه يلزم منه رب الارض ما يلزمه فيفسخ به وبها
مرض العامل اذا كان يضعفه عن عمل لان في الزام استيجار الارض
الحاق ضرر به لم يكن التزمه بعقد المعاملة واذا كان عليه في اتيانه العقد
ضرر فوق ما التزمه يصير ذلك عذرا له في فسخ المعاملة ومنها السفر
لانه يحتاج اليه ومنها تركه حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يغني عن الخرج
فيحتاج الى الانتقال الى غيره كذا في البدايع ص كتاب
النكاح المناسبة بين النكاح وبين ما تقدم ان النكاح لا بد له من المال
قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم وقال تعالى وليستعفف الذين لا يجدون
نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله اي صداقا والمال عادة لا يحصل الا بالتجارة
والزراعة فلما فرغ من بيان اسبابه شرع في بيان النكاح اولان النكاح زراعة
قال الله تعالى نساؤكم حرث لكم والنكاح في اللغة هو الوطي هكذا في
الصحاح وقال ابوبكر الرازي وشمس الايمة والسرخسي رحمهما الله تعالى النكاح
الوطي حقيقة وفي المبسوط وطلبة الطلبة اصل النكاح الضم والجمع
وفي الشرع عبارة عن معنى شرعي ثبت في المحل وقولها زوجت وتزوجت
الة انعقاد ذلك المعنى ص ليس حالة الاعتدال ويجب في التوقان
ويكره لخوف الجور ش اي للنكاح احوال ثلاثة حالة الاعتدال وحالة

التوقان

التوقان وحالة خوف الجور والظلم والاختلاف في ان النكاح فرض في حالة
التوقان حتى ان من ثاقت نفسه الى النساء بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو
قادر على المهر والنفقة فلم يتزوج يأثم وكذا الاختلاف في ان النكاح فرض
في حالة التوقان مكروه في حالة خوف الجور والظلم لان استيجاب النكاح
لاشتماله على مصالح دار الدنيا لحسن العشرة والصحبة بالمعروف ودار الاخرة
بثواب طلب المولد لعبادة الله تعالى وتوحيده فاذا اشتمل على الجور والظلم
ينقلب ما فيه المصلحة مفسدة فيعود الامر على موضوعه بالنقض والابطال
فاقتضى ذلك ان يكون حراما في حقه الا ان النصوص تعارضت نقلنا بالكراهة
عملا بالشبهين وقال الكرخي اذا لم يثق ولم يخف الجور انه مندوب مستحب
ص وتفضله على التخلي للنوافل ش اي تفضل النكاح على التخلي للنوافل
على ان يكون خاليا عن النكاح وشواغله ومستغلا بالنوافل وقال الشافعي
رحمه الله تعالى التخلي افضل وفي الحقايق الاشتغال بالتعليم والتعلم على هذا
الاختلاف له ان النكاح من المعاملات حتى يصح من الكافر فالاشتغال بالعبادة
والمقصودة لذاتها يكون افضل منه ولنا ما روي ان قوما هموا بطلاق
النساء والتخلي لعبادة الرحمن فرد عليهم النبي صلى الله عليه وسلم وقال
تناكحوا توالدوا فان قيل مدح الله تعالى يحيى عليه السلام بكونه سيدا
وحصورا والحصور من لا يأتي النساء مع القدرة وهذا يدل على ان التخلي
افضل من النكاح قلنا يحتمل ان يكون ذلك ممدوحا في شريعتهم فنسخ
في شريعتنا بجعل النكاح افضل منه كما نسخت الرهبانية فيها ص وينعقد
بالايجاب والقبول وهما بلفظ الماضي او احدهما ش اي ينعقد النكاح
الذي هو عبارة عن معنى شرعي يثبت في المحل بالايجاب والقبول فالايجاب

والقبول الة لانعقاد ذلك ولهذا ذكره بالبا لانها تدخل على الالة كما
يقال كتبت بالقلم لكن الانعقاد الحقيقي لايكون الا بين موجودين لابين
موجود ومعدوم والانعقاد المحكوم به بين الايجاب والقبول انما هو حكم
شرعي لانعقاد حقيقي لان زمان وجود كل واحد من الايجاب والقبول
يصادف زمان عدم الاجزا اذا اورد على التعاقب فلما حكمنا بانه لاينعقد
عدمه الابان يصدر معا استلزم ذلك معنى الحرج المنفي في الشرع الا ان
الشرع جعل المجلس المحكم الزمان الواحد تحقيقا لليسر كما عرف في سجدة
التلاوة فلما كان المجلس جامعا للتفرق شرعا جعل الايجاب والقبول كانهما
صدرا في زمان واحد تيسيرا والمعنى من الايجاب ان يكون منجزا اذ يضاف
الى وقت والمعلق بالشرط لايجوز بالاجماع حتى لو قال زوجت نفسي منك
غدا وان دخلت الدار فقال الزوج قبلت لاينعقد وصيغة المعنى
في الايجاب والقبول ان يقول زوجتك وقبلت لما بينا في البيع واذا
كان احدهما مستقبلا والاخر ماضيا كقوله زوجني فيقول زوجتك
جاز في النكاح دون البيع والفرق قدمر وينعقد باللفظ الصالح للحال
والاستقبال مثل قوله انزوجك وانكحك وزوجتك لتزوجني ابنتك
فقال الاب قد زوجتك فالنكاح لازم في ذلك كله انتهى وفي البدايع لاخلاف
ان النكاح بلفظين ماضيين واما بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي
وبالاخر عن المستقبل كما اذا قال لرجل زوجني بنتك او قال جئتك
خاطبا بنتك او قال جئتك لتزوجني بنتك فقال الاب قد زوجتك
او قال لامراة انزوجك بعلى الف درهم فقالت تزوجتك على ذلك
او قال لها تزوجيني او انكحيني نفسك فقالت زوجتك او انكحتك ينعقد

استحسانا

استحسانا وفي القياس لاينعقد لان لفظ الاستقبال عدة والامر
فروع الاستقبال وجه الاستحسان هذا توكيل بالتزوج فقوله زوجتك
ينعقد النكاح به وحده ويقوم مقام الايجاب والقبول والواحد من
باب النكاح يتولى طرفي العقد فلم يكن انعقاده بلفظين وانما اللفظ الاول
توكيل منه لاغير بخلاف البيع فان الواحد لايتولى طرفي العقد فيه الا الاب
والجد استحسانا وفي البدايع الفور في القبول ليس من شرايط الانعقاد
عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه قوله وهما بلفظ الماضي احدهما من
الزوايد ص ولايقتضي لفظي النكاح والتزوج فينعقد بالتمليك والصدقة
والهبة والبيع والشرا الا الاجارة والاباحة والعارية ش اي ولايقتضي
على لفظي النكاح والتزوج وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقتضي انعقاد
النكاح عليهما وفي الحقايق هذا اذا ذكر المهر فان لم يذكره لايصح وينعقد
النكاح بالتمليك والصدقة والهبة والبيع والشرا عندنا وفي المحيط لو طلب
من امراة زنا فقالت وهبت نفسي منك بحضرة الشهود وقيل الزوج لايكون
نكاحا لان هذا جواب لما التمس منها لانكاح لان الزوج اذا ملك زوجته
فسد نكاحها فلايكون مايدل على التمليك موجبا له بل الاصل في المتناكحين
معنى الانضمام وهذان اللفظان حقيقتان فيه فلاينعقد بغيرهما ولنا
ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال في نكاح امراة ملكتكها بما معها
من القرآن والبضع مملوكة للزوج في حق الاستمتاع ولهذا له المنع عن
بروزها فثبت الحل في غيرها تبعا لها فان قلت البضع ليست
بمال فلايقبل التمليك قلت غير المال قد يكون مملوكا كالقصاص حتى
جري فيه الارث والاعتياض وفي جوامع الفقه كل لفظ موضوع لتمليك

العين في الحال ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فبالنية ولو قال
اوصيت لك بنتي في الحال ينعقد لانه تمليك في الحال ولو لم يقل
في الحال لا ينعقد به النكاح واما بلفظ القرض فقيل ينعقد لانه لا يفيد
التمليك كلفظ الهبة وقيل لا ينعقد لان الاستقراض غير جايز في الحيوانات
فلا يصير سببا لحكم النكاح ولا ينعقد بالاجارة والاباحة والاعارة
لان موجبه تمليك منفعة البضع وموجب هذه الالفاظ تملك المنافع بسايل
اجزايها دون البضع ولم يصح كنايته عن ملك النكاح وعن ابي حنيفة رضي الله
عنه ان النكاح ينعقد بلفظ الاجارة لانه لتمليك المنفعة موقتا والنكاح
لا يجوز بالتوقيت ص وجاز انكاح السر وشرطوا الاشهاد ش اختلفوا
في شرطية الاشهاد بعقد النكاح فقال عامة العلما منهم علماونا والشافعي
واحمد رحمه الله تعالى ان الشهادة شرط جواز النكاح وقال مالك ليس
بشرط وانما الشرط الاعلان حتى لو عقد النكاح وشرط الاعلان جاز وان لم
يحضر شهوده وشرط عليهم الكتمان لم يجز ولا خلاف في ان الاشهاد في سايل
العقود وليس بشرط لكنه مندوب اليه لان النكاح انما يمتاز عن السفاح
بالاعلان لان الزنا يكون سرا فيجب ان يكون النكاح علانية وقد
نهي عن نكاح السر والنهي عن السر امر بالعلانية لان النهي عن الشيء
امر بضده وقد روي انه عليه الصلاة والسلام قال اعلنوا النكاح ولو
بالدف ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح الا
بشهود لانها لا تندفع الا بظهور النكاح واشتهاره ولا يشتهر الا بقول
الشهود وبه تبين ان الشهادة في النكاح انما شرطت للحاجة الى دفع الجحود
والانكار لان ذلك يندفع بالظهور والاشتهار لكثرة الشهود على النكاح

بالسماع

بالسماع من الفاسقين بالسامع وبهذا افترق سايل العقود فان الحاجة هناك
الى الشهادة لدفع احتمال السهو والنسيان والجحود والانكار اذ ليس بعدها ما يشهرها
ليندفع به الجحود فتقع الحاجة الى الدفع بالشهادة فندب اليها وما روي عن نكاح
السر فنقول بموجبه لكن نكاح سر ما لم يحضر شاهدان فاذا حضر شاهدان
فهو نكاح علانية لا نكاح سر فان السر اذا جاوز الاثنين خرج من ان
يكون سرا قال الشاعر وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي
قوله ولو بالدف ندب الى زيادة الاعلان كذا في البدايع ص ولا ينعقد
بين المسلمين الا بحضور شاهدين مسلمين حرين بالغين عاقلين ويجزيه رجل
وامراتين ولو غير عدول واعميين ومحدودين في قذف ش اي لا ينعقد
النكاح بين المسلمين الا بحضور شاهدين مسلمين حرين بالغين عاقلين انما
شرط هذه الاوصاف لان الشهادة من باب الولاية لكونها نافذة على الغير
رضي اولم يرض والعبد والصبي والمجنون ليسوا من اهل الولاية واما
الكافر فلا ولاية له على المسلم وفي قيد حضورهما دلالة ان سماعهما
معا ليس بشرط حتى لو سمع احدهما التزوج ولم يسمع الاخر فاعاد التزوج
فسمع الاخر دون الاول وهما في المجلس يجوز كذا في المنتقي وقال
هذا استحسان وكذا قاله الامام السعدي حتى جوز شهادة الاصمين في النكاح
وفي المحيط لو شهد احدهما انه تزوجها امس والاخر اليوم لا تقبل ولو شهدا
هكذا في البيع تقبل لان حضورهما شرط في النكاح لا في البيع ويجوز عندنا
عقد النكاح بحضور رجل وامراتين وقال الشافعي رضي الله عنه بناء على
اصله من ان شهادة النساء في غير المال غير مقبولة عنده ويجوز عندنا ايضا
عقد النكاح ولو كان شهوده فسقة وقال الشافعي اقول لو قال بغير عدول

لكان اولى لانه احوط واسلم من كثرة التحذير لان هذه مسئلة اخرى خالفنا
فيها الشافعي غير واقعة قيد لما قبلها فظاهر عبارة المتن انه قيد وهو يوهم
ان رجلا وامراتين لو كانوا عدولا لا يجاز النكاح عند الشافعي وليس كذلك وضع
المسئلة في غير عدول لان في المستورين ينعقد اتفاقا كذا في الحقائق وينعقد
النكاح عندنا بحضور اعميين او محدودين في قذف وقال الشافعي لا ينعقد
لان شهادتهم غير مقبولة فلا ينعقد بحضورهم ولنا ان كلا منهم اهل للشهادة
كملا وعدم قبولها عنده لا يمنع تحققها اذ الاداء من لم اتها وفوت
الثمرة لا يدل على فوت الاصل وانعقاد النكاح موقوف على حضور الشاهدين
لا على اداء الشهادة وفي الحقائق محل الخلاف المحدودين قبل ظهور
التوبة او بعده تنعقد اتفاقا ص ولو وصلها كتاب مشهود عليه ومضمونه
نكاحها ولم يعلموه فقبلت بجيزه س اي رجل كتب الى امراة كتابا يخطبها
بان يكتب تزوجتك على كذا واشهد وا على الكتاب بان قال هذا كتابي
الى فلانة بنت فلان فاشهد وا على ذلك فان قرا عليهم الكتاب او اعلمهم بما فيه
ولم يقر بالاشهاد بلا خلاف بيننا وان لم يقرا عليهم ولم يعلم ما فيه صح عند
ابي يوسف وقالا لا يصح ثم النكاح انما ينعقد بالكتاب اذا قرات الكتاب
على الشهود واعلمهم بما فيه ثم قالت زوجت من فلان او قالت كتبت الى فلان
يخطبني فاشهد وا اني زوجت نفسي منه اما اذا لم تقرا الكتاب عليهما
ولم يجبرا بما فيه لكن قالت زوجت نفسي من فلان بين يدي الشهود وبعد
ما بلغهما لم يجز هذا النكاح لان سماع الشاهدين كلام الزوجين او ما اقيم
مقام الكلام وهو قراءة الكتاب شرط النكاح والشاهدان لم يسمعا كلام المراة ولم
يسمعا كلام الزوج ولا اقيم مقامه كما بيع النكاح وانما قلنا ان قراءة الكتاب

بمنزلة

بمنزلة كلام الزوج لان الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر وهو اذا كان
بلفظ الماضي اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجني نفسك لا يشترط اعلام
الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة وفايدة الخلاف
تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعدما اشهدهم عليه من غير قراءة اذا علا مهم
ما فيه وقد قرا المكتوب اليها المكتوب اليهم وقبلت العقد بحضرتهم ثم تشهدوا
ان هذا الكتاب الى فلانة ولم يشهدوا بما في الكتاب تقبل هذه الشهادة
عنده ويقضي بالنكاح وعندهما لا تقبل ولا يقضي بالنكاح والمختوم وغيره
سواء على القولين واجمعوا في الصك ان الاشهاد لا يصح الا باعلام الكاتب
بما في الكتاب فاحفظ هذه المسئلة فان الناس اغفلوا بخلاف ذلك
فانهم يشهدون بما في الصك من غير قراءة الحدود وتذكر حادثة ص
وتزوج مسلم ذميه بشهادة ذميين جاز وابطله س اي اذا تزوج مسلم
ذميه بشهادة ذميين يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله سواء
كانا الذميان موافقين لها او مخالفين وقال محمد وزفر لا يجوز لان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والمراد به عدالة الدين
لا عدالة التعاطي لا تفاقنا ان الفسق في التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح ولان
الاشهاد شرط جواز العقد والعقد يتعلق وجوده نظرا فيه طرف
النكاح للزوج وطرف للمراة ولم يوجد الاشهاد على الطرفين لان شهادة
الكافر حجة في حق الكافر دون المسلم فكانت شهادته في حقه ملحقة
بالعدم فلم يوجد الاشهاد في جانب الزوج فلم ينعقد كما لو سمع المسلمان كلام
المراة دون كلام الزوج ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى عمومات
النصوص من الكتاب والسنة قوله فانكحوا ما طاب لكم من النسا قوله واحل

كلم

ما وراء ذلكم الاية وقوله صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا وقوله
تناكحوا وردت مطلقا من غير شرط ذلك الا ان اصل الشهادة واسلام الشاهدين
واشتراط نكاح الزوجين المسلمين بالاجماع فمن ادعى شرطا في نكاح المسلم
الذمية فعليه الدليل واما الحديث فقد قيل انه ضعيف ولين ثبت
فنحمله على نفي الندب والاستحسان توفيقا بينه وبين قوله عليه الصلاة
والسلام لا نكاح الا بشاهدين ولا نكاح الا بشهود ولان شهادة الكافر
انما لم تقبل على المسلم لانه يلزم منه اثبات ولاية الكافر على المسلم وذلك
لا يجوز لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا وهاهنا
شهادة للمسلم على الذمية وهذا لان الواجب على الزوج انما هو المال ولا
شهادة تشترط في المال ولا ذكره اصلا وانما تشترط الشهادة لتملك البضع
ليخرج بها على التسفاح لانه يكون سرا في العادة وذلك شهادة عليها
وهي متبولة ص فصل تحرم الام والجدة مطلقا والبنت ونحوها
من الزنا وبنت الولد وان سفلت والاخت مطلقا والخالة مطلقا
والعمة مطلقا وبنت الاخ والاخت وان سفلت ش النسا التي حرمت
بكتاب الله تعالى وبالسنة تنقسم الى تسعة اقسام محرمات بالقرابة وبالمصاهرة
وبالرضاع وبالجميع وبالتقدير في الامة والحرة وتتعلق حق الغير به
بالملك والشركة والتاسعة المطلقات الثلاث فالكل مذكور في المتن
فعليك اعتبارها هنا وفيما بعده اما القسم الاول فيما حرمت بالقرابة
وهي سبعة الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات
الاخ وبنات الاخت فهذه محرمات بنص الكتاب وهو قوله تعالى حرمت عليكم
الاية نكاحا ووطيا ودواعيه على التابيد مطلقا لاطلاق النص اما الامهات

كام

كام الرجل وجداته من قبل ابيه وامه وان علون الى اعلى الذرية لكن على
الام حقيقة بالتولد وعلى الجدات مجازا بالنسبة بالنسب فبعد من يجوز
الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل حرمة الجدات ثبت بالنص
الذي ثبت به حرمة حقيقة الام وهو قوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وعند من ينكره ثبت حرمة الجدات بالاجماع واما البنات فبنته
لصلبه وبنات ابنه وبنته وان سفلت لما قلنا في الام واما البنت
من الزنا فقيل داخلة تحت هذا بالنص وهو قوله تعالى وبناتكم فعندنا
داخلة حتى اذا زنا ببكر وامسكه حتى انتت ببنت فانها تحرم عليه عندنا
وهو قوله عامة العلماء منهم الامام مالك واحمد رحمهما الله تعالى وقال الشافعي
يحل له نكاحها وعلى هذا الخلاف لو ملك بنته من الزنا عتقت عليه عندنا
خلافا له واجمعوا انه لا يجوز للام ان تتزوج بابنها من الزنا وجه قول
الشافعي رحمه الله تعالى ان بنت الزنا حلال له لوجود المبيح في حقه
وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وليست هذه داخلة في المحرمات
المتقدم ان المراد من قوله تعالى وبناتكم بنات الرشدة الاتري انها
لا تضاف اليه نسبا ولا يجري التوارث والنفقة بينهما ولنا انها بعضه
حقيقة لكونها مخلوقة من مائه والجزية الموجودة خلقة لا تختلف بالحل
والحرمة والولد الحاصل من مائهما يضاف الى كل واحد منهما اضافة كاملة
موجبة للاتحاد بينهما اضافة صحيحة فكانت هذه البنت بعضه حقيقة
فكانت مضافة الى حقيقة فكانت بنته فتناولها النص عملا بحقيقة
الاطلاق غاية الامر ان انها لا ترثه وعدم الارث لا يدل على عدم البنية
الاترى انها تحرم بالقنية والمدبره والمكاتبه وامومة الولد مع حرمة

النكاح لكونها بنتا له فيجوز ان يجر الميراث لكونها بنت المزني بها وتحرم
نكاحها لكونها بنتا له واما بنت الولد وان سفلت فحرام بالاجماع لما ذكرنا
في الجدة ومعنى قوله والاخت مطلقا اي من اي جهة كانت قرابتها اطلاق
النص وكذلك يدخل في الاطلاق العمة والخالة وجميع الخالات والعمات
المتفرقات وكذلك بنات الاخوة المتفرقين عملا بالاطلاق وهذان القيدان
اعني الاطلاق في الموضعين من الزوايد وكذلك قوله من الزوايد ص
وام المراة بالعقد الصحيح وبنت المدخول بها ولا يشترط فيها الحجر وحليلة
ابنه واجداده وبنيه وبني اولاده ش اي وتحرم عليه ام امراته سواء
دخل بها اولم يدخل قيد بالصحيح لان الفاسد لا عبرة به الا اذا دخل بها
فحينئذ تحرم عليه ام الموطوية وتحرم عليه بنت امراته المدخول بها لقوله
صلى الله عليه وسلم من تزوج امراة حرمت عليه امها دخل بها اولم يدخل
وحرمت عليه بنتها ان دخل بها ولا يشترط في حرمت بنت المدخول بها لكونها
في حجر الزوج بان رفت مع امها الى بيته انما فاكده نصا لما قيل كونها في
حجر الزوج شرط لحرمتها لان الله تعالى قيد حرمتها به بقوله وربائبكم
اللاتي في حجوركم من نسايكم اللاتي دخلتم بهن ولنا لاثبت باحدهما
ان هذا القيد عرفي لا تقييد للحكم بدليل قوله تعالى فان لم تكونوا
دخلتم بهن فلا جناح عليكم علق الاباحة بعدم الدخول فقط ولو كانت
مقيدة بهما لتعلقت الاباحة بعدمهما وتحرم عليه حلايل اولاده وان سفلوا
دخلوا بهن اولم يدخلوا بالاطلاق قوله تعالى وحلايل ابنايكم الذين من
اصلابكم فقيد الاصلاب لاخراج ابن المتبني فان حليلته جايزة الاخراج
الابن رضاعا لان حليلته حرام لقوله صلى الله عليه وسلم تحرم الرضاع ما يحرم

من

من النسب اعلم ان هذه المحال تحرم نكاحها وداعيه على التابيد وفي اسناد
الحرمة الى ذاتين دلالة عليه قال المصنف رحمه الله تعالى وهذا
التحرير المضاف الى الاعيان مجاز عن الافعال عدل عن الحقيقة طلبا
للمبالغة فاقتضى عدم نكاحهن عقدا ووطيا مع تحريم الداعي على التابيد
انتهى ص ويثبت حرمة المصاهرة بالزنا وباللمس والنظر الى الفرج بشهوة
ش اي تثبت حرمة المصاهرة بالزنا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى
لا تثبت به لان المصاهرة نعمة من الله تعالى بدليل قوله تعالى فجعله نسبا
وصهرا والنعمة لا تناط بالمعاصي ولقوله عليه الصلاة والسلام الحرام لا يحل
الحلال ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم والنكاح حقيقة هو الوطي
فمقتضاه يحرم وطي منكوحة الاب على الابن مطلقا فتقييد بوطي الحلايل
زيادة على الكتاب بخبر الواحد وبالقياس فلا يثبت وقد نقل مذهبا
عن ابن مسعود وابن عباس وابي ابن كعب وعمران بن الحصين رضي الله عنهم
ولانه وطي في محله فيثبت به الحرمة وملك اليمين لان حرث الواطي في
المحل المثبت لا يختلف بالحل والحرمة والملك وعدمه فاشترك الحلال
والحرام في كونه سببا لحصول الولد المضاف كله الى كل منهما كملا اضافة
حقيقة وهذا اصله ثبوت الحرمة بين الواطي والموطوه والاستحلال
اضافة حمله الى كل منهما فثبتت الحرمة بالوطي الحرام عملا بالعلة فصارت
اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس والاستمتاع بالحر حرام
الا في موضع الضرورة فعلى هذا ليست حرمة المصاهرة مضافة الى نفس
الزنا بل الى ثبوت الحرمة المناشية عن الولد والولد لا معصية فيه فلم
يكن في ذلك اماطة النعمة بالمعصية وانما اثبتناه بالزنا لتعدية له الى

السبب من حيث حصول الولد به لا من حيث كونه حراما ومعصية هذا كالرمي
بالقوس والسهم المغصوب فانه يحل الصيد بالاجماع وحل الاكل نعمة بسبب
بالرمي من حيث انه طريق الى اكتساب الحلال من المال لا من حيث انه استعمال
ملك الغير واتلاف منافعه بغير رضاه فان ذلك حرام واما النظر الى فرج
المراة بشهوة يوجب حرمة المصاهرة وقال الشافعي رحمه الله عندنا وحده
ان تنتشر الته لذلك او تزداد انتشارا هو الصحيح لان المجرد لا انتشار والمراد
بالفرج هو الداخل دون الظاهر وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يثبت
به وبعلى هذا اذا مسته امراة بشهوة او نظرت الى ذكره او مسها هو له ان
المس والنظر لتنافي معنى الدخول الا ترى انه لا يتعلق بها فساد الصوم
ولا الاحرام ولا وجوب الغسل فيمتنع الحاقها به ولنا حديث ام هانى عنه
صلى الله عليه وسلم من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وبنتها
ولان منها سبب داع الى الوطى وممكن الاحتراز عنه فوجب ان يقام
مقام الوطى في الحرمة دليله النكاح بخلاف النظر الى غير الفرج لعدم
امكان التحرز عنه فسقط اعتباره ولو مس ماتول قيل يوجب الحرمة
والصحيح انه لا يوجب لانه بالانزال تحقق عدم قضاء ذلك اللمس الى الوطى
فيتعذر ان يقام مقامه والمراد بالمراة المنظورة الى فرجها الامة لانه لا يخلو
اما ان المنكوحة او الاجنبية او الامة والسبيل الى الاول لان ام المنكوحة
حرمت بالعقد وبنتها والنظر واللمس لان حرمتها جميعا بالنظر فلا
يستقيم في المنكوحة الا فائدة تحريم الربيبة دون الام كما ذكره في الكافي
والسبيل الى الاجنبية لان الدخول بالاجنبية لا يوجب حرمة المصاهرة
عند الشافعي رحمه الله تعالى وفي التعليل اشارة الى ان النظر تحرم في موضع

يكون

يكون الدخول محرما يكون مقاربه فتعين ان المراد الامة ومسها هو المحرم
لامها وابنتها ص وثبتها بوطي صغيرة لا تشتهي ش اي ويثبت ابو
يوسف حرمة المصاهرة بوطي صغيرة لا تشتهي وقالا لا يثبت قيد بقوله
لا تشتهي اذ لو كانت الصغيرة مشتهاة يثبت بوطيها المصاهرة اتفاقا وفي
التبيين يثبت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس غير مشتهاة
من غير تفصيل وما بينهما ان كانت صغيرة كانت مشتهاة والا فلا له انه
وطي في القبل يوجب الحرمة كوطي عجوز لا تشتهي ولهما ان وطيها لا يصلح
سببا للولد فاشبه اللواطة بخلاف العجوز لانها تحمل العلوق كما في قصة
ابراهيم وزكريا عليهما السلام ص وتحرم من الرضاع ما تحرم من النسب
ام الاخ واخت الابن ش لما فرغ من بيان المحرمات بالنسب وهن سبع وعن
المحرمات بالصهرية وهن اربع شرع في بيان المحرمات بالرضاع فكل من حرم
بالنسب والمصاهرة يحرم بالرضاعة بيان لشانه حيث لم يذكر على التصريح
والتنصيص الا الامهات والاخوات لقوله تعالى اللاتي ارضعنكم واخواتكم
من الرضاعة بسط حكم غير المذكور من المذكور على ما يجيء بيان ذلك في كتاب
الرضاع فالحاصل ان المحرمات بالنسب والصهرية احد عشر نوعا فكذلك
المحرمات من الرضاع سبع ما حرم بالنسب واربع ما حرم بالصهرية فيحرم على
الرجل ام زوجته من الرضاع وان علت وبنت زوجته من الرضاع وان سفلت
الا ان الام تحرم بنفس العقد الصحيح والبنت لا تحرم الا بالدخول وكذلك تحرم
حليلة الابن من الرضاع وان سفل على ابن الرضاع وان علا وكذلك تحرم
حليلة ابي الرضاع وابن ابنه وان علا على الابن من الرضاع وابن ابنه وان سفل
فصارت المحرمات الجداة اثنين وعشرين نسما والاصل ان ما يحرم بسبب النسب

والمصاهرة يحرم بسبب الرضاع الا ما استثني من الرضاع لقوله عليه الصلاة
والسلام يحرم من الرضاع رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وعليه
انعقد الاجماع وهو بالنسب هو القرابة وهو اعم من ان يكون لحرمة المصاهرة
فالمصنف رحمه الله تعالى استثنى منه الصوريه كما استثنى من المبسوط
والمحيط والقدوري والهداية وهما ام اخيه او اخته واخت ابنه وفي
الاستنجابي كل من يحرم من جهة النسب يحرم من جهته الرضاع ولم يستثني
والصواب انه لابد من الاستثنا اعلم انهم لم يقتصروا على استثنا المستثنى
من عموم الحديث بل استثنوا من الحرمة بالرضاع ست مسايل احداها
اخيك اوام اختك من النسب لانها امك وزوجة ابيك وهما حرامان وان ارضعت
اجنبية اخاك او اختك لم تحرم لانعدام ذلك والثانية اخت ولدك من النسب
لانها ام بنتك او ربيبتك وهاتان هما المسئلتان في المتن والثالثة ام نافلتك
من النسب اما حليلة ابنك او حليلة ابيك وهما حرامان وفي الرضاع قد لا تكون
بنتا ولا حليل بان ترضع اجنبيه نافلتك الرابعة جدة ولدك من النسب
اما امك اوام زوجتك وهما حرامان وفي الرضاع قد لا يكون اما ولا ام زوجته
كما اذا ارضعت اجنبية ولدك فانها جدة ولدك وليست بامك ولا ام زوجتك
والخامسة ام عمك اوام عمتك فانها حرام من النسب كونها جدتك او موطوءة
جدك ولم يوجد ذلك المعنى في الرضاع فلم تحرم والسادسة ام خالك
اوام خالتك فانها حرام من النسب لكونها جدتك او موطوءة جدك ولا كذلك
في الرضاع فلا تحرم ص والجمع بين الاختين نكاحا وملك يمين وطيا
ش هذا هو القسم الاول وهو ما حرم لمعنى راجع الى صفة العقد
وهو الجمع من القسم الثاني وهو ما حرم لا على سبيل التابيد وهذا هو

اول

اول فسمى الجمع اعني الراجع الى الاعيان فنقول الجمع بين الاختين حرام
لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله صلى الله عليه وسلم من
كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماوه في رحم اختين ويجوز الجمع
بينهما ملكا بدون الوطي لان المراد بالنص حرمة الوطي اجماعا ص فلو ادعت
نكاحه وبرهنت كل على سبقها وهو جاهل به فرق بينه وبينهما وقسم نصف
المهر عليهما ولا يوجب شيا واوجبه كاملا بينهما ش اي اذا جمع بين الاختين
فلا تخلوا اما ان يجمع بينهما اما في عقد واحد او عقدين فالاول باطل بالاجماع
واما الثاني فان علم السابق منهما صح وبطل الثاني وان لم يعلم السابق
منهما فرق بينه وبينهما لبطلان نكاح احدهما بيقين ولا وجه الى تعيين
احدهما لعدم الرجحان ولا الى التقييد في احدهما لعدم الفايدة فتعين
التفريق ولها نصف المهر يقسم بينهما لانه قد وجب لاولاهما ولتعذر
التمييز وهذه رواية الاصل والجامع وروي هشام عن محمد رحمه الله
ايجاب المهر بينهما وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى لا يجب عليه شيء لعدم
امكان القضا ومحمد رحمه الله تعالى يقول انه مقر بصحة نكاح احداهما وعدم
طلاقهما فيجب كاملا بينهما وقيل لابد من سبق الدعوى او الاصطلاح بقسمة
المهر او نصفه ص فلو ادعتا نكاحه وبرهنت كل على سبقها وهو جاهل
به فرق بينه وبينهما وقسم نصف المهر عليهما ولا يوجب شيا واوجبه
كاملا بينهما ش اي اذا جمع بين الاختين فلا تخلوا اما ان يجمع بينهما
في عقد واحد او عقدين فان جمعهما في عقد واحد فسد نكاحهما بالاجماع
وان جمعهما في عقدين فان علم السابق منهما صح وبطل الثاني لان الجمع حصل
بالثاني فاقتصر الفساد على الثاني وصار كمن له اربع نسوة وتزوج

الخامسة بعد نكاح الخامسة لا غير فكذا هذا وجب عليه ان يفارقها
ولم علم القاضي بذلك يفرق بينهما لان العقد الفاسد معصيه وسبيل
المعصيه رفعها ما امكن فان فارقها قبل الدخول لا يثبت شيء من الاحكام
لان العقد الفاسد قبل الدخول لم يفد شيا من احكامه وقد ارتفع
بالمفارقة وان فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب
ويثبت حرمة المصاهرة وان لم يعلم السابق منهما فرق بينه وبينهما
لبطلان نكاح احداهما بيقين وليس احدهما بالبطلان اولى من الاخر
فبطلا جميعا ولها نصف المهر وهذا اذا ادعت كل واحدة منهما انها الاولى
لا حجة لها وان قالتا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى لها بشيء حتى
يصطلحا على اخذ نصف المهر فان اصطلحا حينئذ يقضي القاضي بنصف المهر
وان ادعت كل واحدة انها هي الاولى واقامت كل منهما بينة على ذلك فبينهما
قال الزوج هي الاولى فهي امراته وان قال لم اتزوجهما او اتزوجتهما ولا
ادري ايهما الاولى في مسئلة الكتاب يفرق بينه وبينهما بالاجماع لانه لا وجه
الى تصحيح نكاحهما اذ الجمع محرم بالنص ولا الى تصحيح نكاح احدهما غير عين لانه
لا فايدة فيه للزوج لانه لا يقدر على وطيء واحدة منهما لان العقد يضاف
الى المعينة والاصل في المعينة وان كل واحدة تبقى معلقة اذ ات بعل
او مطلقة وفيه ضررهما اذ المعلقة التي لها زوج قد اعرض عنها لا ينتفع
بها هو ولا يتزوجها غيره لانها في عقده ولا الى التصحيح احدهما بعينه اذ
ليس احد العقدين باولى من الاخر فتعين التفريق فان قيل ما الفرق
بين هذه المسئلة وبينما اذا كان لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن
ثم نسيها يومر بالبيان ولا يفرق وهاهنا يفرق قلنا ان الزوج هاهنا

يتمكن

يتمكن من دعوى نكاح ثلاث منهن باعيانهن لان نكاح كل واحدة منهن كان
ثابتا بيقين فيتمكن الزوج بدعوى ثلاث منهن تمسكا بما هو ثابت بيقين
واما هاهنا نكاح كل واحدة منهما غير ثابت بيقين ولا يتمكن من دعوى
النكاح في واحدة منهما تمسكا بما هو ثابت ولها نصف المهر فيكون لكل واحدة
منهما ربع المهر اتفاقا وهو رواية الاصل والجامع لان كل واحدة منهما
اما لاحقه او سابقه فان كانت سابقه فلها نصف المهر وان كانت لاحقه
فلا شيء لها فكان لكل واحدة منهما ربع المهر ص او نكاح امراة فادعت
نكاح اختها الغايبه وبرهنا فقضى زوجيته ووقفا الامر الى حضورها س اي اذا
ادعى رجل نكاح امراة فانكرته فاقام البينة انها امراته وادعت هي انه تزوج
اختها قبل الوقت الذي ادعى فيه نكاحها وانما اليوم امراته واقام البينة
على ذلك والزوج ينكر فالقاضي لا يقضي بنكاح الغايبة بالاجماع وهل يقضي
بنكاح الحاضرة عنده يقضي وعندهما يوقف الامر الى ان تحضر الغايبة لجواز
ان تحضر الغايبة ويقيم البينة على سبق نكاحها فتحرم الحاضرة فتمس الحاجة
الى التفريق بينهما فيجب التوفيق احتياطا وصيانة للقضاء عن النقض فالحاصل
انهما اوقفا الى حضور الغايبة فاذا احضرت واقامت بينة على ما ادعت
لها الحاضرة يقضي بانها امراته ويفرق بين الزوج وبين الحاضرة وان انكرت
ذلك يقضي بنكاح الحاضرة ببينة الزوج ولا يلتفت الى بينة الحاضرة ولابي
حنيفة رضي الله تعالى عنه ان التعارض يقتضي المساواة والموهوم لا يعارض
المحقق ونكاح الحاضرة قد ثبت بالبينة ونكاح الغايبة لان البينة قامت
لغايبة فلا يقبل لها هذا يحتاج اذا حضرت الى الدعوى والبينة وحضور
الغايبة واثباتها موهوم وليس نفس نكاح الغايبة سببا لنكاح هذه

ليثبت هذه خصما عنها بل بقاء ذلك النكاح ولا احاطة للشهود بذلك وجواز
ظهور نكاحها معارض بعدمه فلا يجوز ترك المتيقن بالموهوم لجواز عدم
العقد اولعدم البقاء بتقدير وجوده ص ويحرم بين المراة وعمتها أو
خالتها او بنت اخيها او اختها ش اي ويحرم الجمع بين المراة وعمتها او بين
المراة وخالتها او بين المراة واختها او بين المراة وبنت اختها عند عامة
العلما خلافا لعثمان البتي وداود الظاهري والجوارح والشيعة فانهم
جوزوا الجمع في غير الاختين واستدلوا بقوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم
ولعامة العلما رضي الله تعالى عنهم حديث ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراة على عمتها او خالتها رواه
الجماعة وعن عامر الشعبي عن ابي هريره رضي الله تعالى عنه قال قال
رسول الله صلى الله عليه لا تنكح المراة على عمتها ولا العمة على بنت اخيها ولا المراة
على خالتها ولا الخالة على بنت اختها ولا تنكح الكبرى على الصغرى ولا
الصغرى على الكبرى رواه ابو داود والنساي والترمذي وقال حديث
حسن صحيح والمراد بالصغرى ابنة الاخ وابنة الاخت والكبرى العمة والخالة
ولم يرد به صغر السن وهو اجماع ولا معتبر لمخالفة الظاهرية والشيعة
والخوارج لان هذا الحديث تلقته الامة بالقبول والعلة في تحريم
الجمع بين ذوات رحم محرم في النكاح ان الجمع بينهما في النكاح سبب
لقطيعة الرحم لان الضرتين يتشاجران ويختلفان ولا يأتلفان وهذا
أمر معلوم بالعرف والعادة فيفضي الى قطع الرحم وقطع الرحم حرام
فما يفضي اليه كذلك ص واجزناه بينهما وبين امراة ابيها ش هذا فرع
على ما تقدم في الاصل وهو ان الرجل اذا جمع بين امراة وبنت زوج كان لها

من

من قبل فانه يجوز وهو مذهب الائمة الاربعة وعامة العلما رضي الله تعالى
عنهم وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرت ذكرا لم يجز له ان يتزوج
بامراة ابيه واذا ثبت الامتناع من وجه فالاحوط الحرمة وهو مذهب
ابن ابي ليلى والحسن البصري وعكرمة والجمهور قوله تعالى واحل لكم ماوراء
ذلكم ولانه لا قرابة بينهما فلم يكن مفضيا الى قطيعة الرحم وقد صح ان عبد
الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامراة علي وكذا جمع ابن عباس بين امراة
وابنة من غيرها ص ويحرم على الحر اكثر من اربع ش يجوز للحر ان يتزوج
الى اربع لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع نص
على الاربع فلا يجوز الزيادة عليهن ولا يجوز حمل الواو على الجمع لانه عي في
الكلام لا فصاحة فيه وليس في كلام الحكيم عي هكذا روي عن الفرا وليتوق
في ذلك الحرائر والاما المنكوحات لان النص لم يفصل ويحل الجمع بين الاما
وطيا بملك يمين وان كثر والقوله تعالى الا على ازواجهن او ما ملكت
ايمانهن مطلقا من غير حصر ولا يمكن العمل بظاهر الاية لان ادنى ما يراد
بالمثنى مرتان من هذا العدد وادنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من
هذا العدد وكذا ارباع كذا في شرح التأويلات والبدايع وقيل للاية
تاويلان احدهما ان تكون الواو بمعنى او على التخيير بين نكاح الاثنين
والثلاث والاربع واستعمال الواو مكان او جايز والثاني ان يكون ذكر
هذه الاعداد على التداخل فان المثنى داخل في الثلاث والثلاث
داخل في الرباع وذكر بن عمرون احاد بمعنى واحد غير مكرر ووقع
مثنى موقع اثنين غير مكرر ومنه قوله عليه الصلاة والسلام صلاة
الليل مثنى مثنى اي ركعتان اثنتان وفي معني اللبيب جعل الواو

بمعنى واو لم يعرف في اللغة وانما يقوله الضعفا من المعربين والمفسرين
والاعداد التي تجمع قسمان قسم يوتى به ليضم بعضه الى بعض والاعداد
الاصول كثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وثلاثين
ليلة واتممناها بعشر فتم ميقات ربه اربعين ليلة وقسم يوتى به
لا ليضم بعضه الى بعض وانما يراد الانفراد لا الاجتماع وهو الاعداد المعدولة
والعرب لا تقول ثلاث وخماس وتزيد ثمانية وللجهل بموقع هذه الالفاظ
واستعملها المثنى في غير موضع التقسيم فقال شعر
احاد ام سداس في احاد ليبلتنا المنوطة بالتناد ص وحرموا على
العبد اكثر من ثنتين ش قال علماونا يحرم على العبد والمدبر والمكاتب
ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لهم التزويج باربع كالحرائر
لان الرق لا ينافي مالكية النكاح ولا ما يوثر به الرق الحر والعبد
فيه سوا ولنا قول عمر رضي الله عنه لا يتزوج العبد اكثر من ثنتين
وهو مروي عن عبد الرحمن بن عوف وجمهور التابعين وروي عن
عطا ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم اجمعوا على ان العبد لا يجمع من
النسا فوق اثنتين ولان الرق ينصف للنعمة فينصف وهذا لان النعمة
تزداد بالشرف ولهذا جاز للنبي صلى الله عليه وسلم نكاح تسع وما نقل
من المبسوط ان ابن ام الولد في هذا كالعبد سوا ص ونحرم اخت المعتدة
من باين كالرجعي ش قال علماونا لا يجوز للرجل ان يتزوج ذات رحم
محرم من امراة تعتد منه سوا كانت العدة عن طلاق رجعي او باين وقال
الشافعي رضي الله عنه يجوز في عدة الباين بواحدة او ثلاث لان المحرم الجمع
بينهما نكاحا ولم يوجد لان النكاح زال بالابانة والثلاث ولهذا لو وطيها
في العدة

في العدة يجب الحد فصار كما لو طلقها قبل الدخول ولنا ما رواه ابو عبيدة
السلماني ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لم يجتمعوا على شي كاجتماعهم
على اربع قبل الظهر وان لا تنكح المراة في عدة اختها وعنه صلى الله عليه
انه قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماوه في رحم اختين
واما ما فيه علي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وكفى بهم قدوة
ولان نكاح المطلقة قايم من وجه لبقا احكامه من وجوب النفقة والسكنى
والمنع من الخروج والفراش حتى يثبت بسبب ولدها اذا جات به لاقل من
ستة اشهر من الزوج والقاطع وهو الطلاق قد تاخر عمله في حق الاحكام
غير حرمة الوطي ولهذا بقي في حق القيد حتى لا يجوز لها ان تتزوج بغيره
فصار كالرجعي والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق واما ان يمنع وعلى
عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الكل فيتحقق الزنا
لانه حصل في محل محترم حرام ولم يرتفع النكاح في حق من ذكر وعلى هذا
الخلاف اذا تزوج باربع سواها ص وعدة ام الولد اذا اعتقت مانعة
من نكاح اختها وقالا من وطيها ش قال ابو حنيفة اذا اعتق الرجل
ام ولده ووجب عليها العدة ثلاث حيض لا يجوز له ان يتزوج اختها
حتى تنقضي عدتها وقال ابو يوسف ومحمد لا يمنع صحة العقد وانما يمنع
جواز الوطي حتى تنقضي عدتها لان الحرمة لمكان الجمع بينهما نكاحا ولم يوجد
ولهذا جاز له ان يتزوج اربعا سواها ولان العدة فيها اثر الملك وحقيقة
الملك فيها لا تمنع تزوج الاخت فبالاثر اولى الا انه لا يطا المحرم حتى
تنقضي العدة لئلا يكون جامعا بينهما وطيا وللامام ان فراش ام الولد
قبل العتق ضعيف حتى جاز له نقله الى غيره بالتزويج وبعده قوي حتى

لا يجوز له ان يتزوج باختها كي لا يكون مستجمعا لنسب ولد اختين في
زمان واحد لان اربع سواها لفقد هذا المعنى وكذا يبقى نسب ولدها
بمجرد بغيه قبل العتق لا بعده اذا اتت به في العدة فصار كفراش المعتدة عن
نكاح ولهذا تعتد بثلاث حيض ص واجزنا الاربع فيها ش قال علماؤنا
الثلاثة اذا تزوج المولى في عدة ام الولد المعتقة اربعا جاز النكاح والوطء خلافا
لزفر له انها معتدة فلا تحل اختها ولا الاربع كالمعتدة عن نكاح صحيح او فاسد
او وطي بشبهة مع ان اصل الفراش في الفاسد والشبهة لم يكن موجبا للحل وقد
منعت العدة التي هي اثر الفراش فيها فهاهنا اولى ولنا ان تزوج الاربع كان
جايزا للمولى قبل عتقها مع قيام حل وطيها فجوازه بعد عتقها مع انعدام الحل
يكون اولى فانهم اجمعوا على انه اذا تزوج اخت ام ولده قبل العتق او اخت
مدبرته او اخت امته الموطوءة جاز واجمعوا على ضعف فراش ام الولد وقد
تاكد بالعتق ولا اثر في تحريم الجمع في عدتها الا ترى انه يجوز له الجمع بين الاماء
وان كثرن ص وصدقنا المخبر عن معتدته بانقضايها مع انكارها ليتزوجه
باختها ش قال علماؤنا الثلاثة اذا اخبر رجل عن زوجته المطلقة المعتدة
انها اخبرته بانقضاء عدتها وكذبته المعتدة جاز له ان يتزوج اختها او اربعا
سواها وقال زفر لا يجوز والخلاف فيه راجع الى تعرض القاضي له اما المحل
فثابت ان غلب على ظنه صدقها في الاخبار لامكان الوقوف والصدق في
الاخبار عنها وغيرها ثابت ان كان كاذبا اولم يغلب على ظنه صدقها بالاجماع
له ان الاسناد يبطل بتكذيب المسند اليه واما انه مسلك اقل درجات اخبار
بما يحتمل صدقه فلا يرد الا اذا عارضه ما يمنع القبول فلا يصدق فيما يتعلق
بابطال حقها كالنفقة والسكني ويصدق في بطلان حقه كالرجعة ولو قال

انقضت عدتك وكذبته ذكر الحاكم الشهيد انه على الخلاف ص وتجوز الكتابيات
ش يجوز تزوج الكتابيات مطلقا بالنص وعن الشافعي رضي الله تعالى
عنه انه لا يجوز لان ابن عمر كان يقول الكتابية مشركة والجواب ان النص
عطف المشركة على اهل الكتاب والعطف يقتضي المغايرة ولان حذيفة بن
اليمان وكعب بن مالك وطلحة بن عبد الله كل منهم تزوج يهودية والمشرك ثلاث
مشرك ظاهرا وباطنا كعبدة الاوثان ومشرك باطنا لا ظاهرا كالمنافق ومشرك
معين كاهل الكتاب فقوله سبحانه وتعالى عما يشركون وقوله تعالى ان
الله لا يغفر ان يشرك به يتناول جميع الكفار وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات
يتناول اهل الكتاب والمنافقين توفيقا بين الدلايل لتعذر الامكان واهل
الكتاب قال بعضهم من دان بدين النصرانية او اليهودية من بني اسرايل
وغيرهم قال الطحاوي في احكام القرآن في كتاب النكاح واليه كان يذهب
ابو حنيفة واصحابه وجمهور العلماء وقال بعضهم الناس هم بنو اسرايل
ينتحلون النصرانية او اليهودية لا من سواهم من دان دينهم من العرب او غيرهم
وذكر الوبري والاستجابي في شرحيهما ان اهل الكتاب هم اليهود والنصارى
بظاهر قوله تعالى انما انزل الكتاب على طايفتين من قبلنا وذكر الطحاوي
في الاحكام في كتاب الصيد والذبايح اهل الكتاب هم اليهود والنصارى وكل
من انتحل كتابا من كتب الله تعالى المنزلة كالتوراة والانجيل وما يؤمن به
المؤمنون ونشهد انه من عند الله تعالى وان كان هو في زبره وقد غيره سواء كان
من اهل العرب او العجم ص وتجوز الامة الذمية ومع طول الحرة ش
قال علماؤنا الثلاثة يجوز للحر نكاح الامة الكتابية ونكاح الامة مع طول
الحرة وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز للحر ان يتزوج امة كتابية ويجوز

انقضت

بالمسلم عند عدم القدرة على الحرة لقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا
ان ينكح المحصنات المومنات فما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات اباح نكاح الاما
بشرطين عدم الطول وان تكون مومنة فاذا انتفيا او انتفى احدهما انتفي
الحكم بناء على أصله وهو ان الحكم متى علق بشرط او اضيف الى مسمى بوصف
خاص اوجب ذلك نفي الحكم عند عدم الشرط او الوصف ولان نكاح الامة ضروري
اذ الاصل ان يكون الزوجان متكافيين والامة ليست بكفو للحر لان الحرية
مثبتة للولايات بخلاف الرق وقد ارتفعت الضرورة بالمسلمة ولنا النصوص
المطلقة عن عدم طول الحرة وقيد الايمان قال تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء ولفظ النساء يدخل تحته الحرايروالاماء وما سلي يوجب الحكم عند وجود
الشرط والوصف ولا يوجب النفي ولا الاثبات عند عدمهما لان اللفظ لا يدل
على خلاف ما وضع له وهذا لان غاية درجات الوصف اذا كان موثرا
ان يكون علة وانتفاء العلة المعينة لا يدل على انتفاء المعلول ولا انتفاء
الشرط يدل على انتفاء المشروط وقد عرف ذلك في موضعه ولان الله
تعالى وصف المحصنات ايضا بالايمان فقضيته على أصله ان يجوز الامة
مع طول الحرة الكتابية وهم منعوه في احد الوجهين وفيه ترك أصله
وفي الوجه الاخر جوزوه وفيه ارقاق الولد مع الاستغناء عنه فقد
ناقضوا على التقديرين ص والاربع منهن ش هذه المسئلة فيها خلاف
الشافعي ايضا لانها معطوفة على ما فيه خلافه قال علماوناً يجوز للحر
ان يتزوج من الاماء اكثر من واحدة الى الاربع وقال الشافعي لا يجوز
له من الاماء الا واحدة لان نكاح الامة عنده ضروري لدفع الضرورة
بالواحد والمسلمة عندنا ليس بضروري فيعمل باطلاق النص وهو ما تلونا

من قوله

من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء اذ لفظ النساء تنظم الحرايروالاماء كما في قوله تعالى للذين يولون من نسايهم والذين يظهرون من
نسايهم ص وجارية ابنه ش هذه المسئلة فيها خلاف الشافعي ايضا لانها
معطوفة على ما فيه خلافه قال علماوناً يجوز للاب ان يتزوج جارية
ابنه خلافا للشافعي له انها مملوكة له من وجه لقوله عليه الصلاة والسلام
انت ومالك لابيك والملك من وجه يمنع صحة النكاح ولنا انها غير مملوكة
له اصلا اذ هي مملوكة للابن من كل وجه ولهذا يحل له وطيها وينفذ عتاقه
فيها والحديث محمول على الاستخدام والتملك عند الحاجة ولهذا لم يرد به
الملك في الابن والاضافة اضافة واصنة ص وتحرم الامة على الحرة لا بالعكس
ش لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز عكسه وهو ان يتزوج الحرة
لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة وان تزوجهما
في عقد واحد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الامة لانها ليست بمحل حالة الضم
الى الحرة لان الرق منصف ويمكن اظهاره بنقصان العدد لان الواحدة
لا تحل لاثنين فيظهر التنصيف باعتبار الحالة والاحوال ثلاثة التقدم
والتاخر والضم والحالة الواحدة لا تتجزى فيغلب الحرمة فيجعل محلله
حالة السبق محرمة حالة الضم والتاخر او نقول في الحقيقة حالتان
حالة الانضمام وحالة الانفراد فيثبت الحل حالة الانفراد لا الانضمام
وكذا لو تزوج اربعا من الاما او خمسا من الحرايرفي عقد واحد صح نكاح
الاما لان التزوج بالخمس باطل فلا يتحقق الجمع ص وهي في عدة
الحرة من باين محرم ش قال ابوحنيفة لا يجوز نكاح الامة في عدة
الحرة وقالا يجوز في عدة البينونة لان المحرم تزوج الامة على الحرة

ولم يوجد بدليل ان من حلف لا يتزوج عليها فتزوج في عدة امن طلاق
باين لا يحنث ولابي حنيفة ان العدة ما دامت باقية والنكاح باق من
وجه والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب المحرمات
احتياطا بخلاف اليمين فان المعتبر فيها العرف فلا يسمى متزوجا عليها بعد
البينونة في العرف والمعتبر في الفاظ الشرع المعنى ومعنى الحرمة باق
بقاء العدة بخلاف العدة عن نكاح فاسد ان سلم فان المنع لم يكن ثابتا
بالنكاح الفاسد فلم يبق بقاء العدة والمكاتبة والمدبرة وام الولد كالامة
لان الرق باق فيهن ص ولا يتزوج امته ولا المراة عبدها ش لا يتزوج
الرجل امته ولا المراة عبدها الاجماع على بطلانه ولان النكاح لم يشرع
الا لمثرات مشتركة بين المتناكحين توجب له عليها التمكين من
نفسها وقرارها في بيته وخدمته داخل البيت ويوجب لها عليه المهر
والنفقة والكسوة والقسم والملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع
الثمرة على الشركة فلا يشرع لما عرف ان كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده
لا يكون مشروعا ولان المقصود من النكاح التوادد والاحسان ومقصود
الرق الامتهان والتهريب ما سبق منه من الكفر فلا يجتمعان
للتضاد ولا يتزوج امة له فيها حق ملك بان كانت من اكتساب مكاتبه
او اكتساب عبده الماذون المديون لان حق الملك للمالك من وجه مناف
للنكاح بحكمه ص وتحرم المجوسية والوثنية والصابيات ان لم يكن اهل
كتاب ش لا يجوز نكاح المجوسية والوثنية ولا وطيهما بملك اليمين ايضا
اما المجوسية فلقوله عليه الصلاة والسلام في مجوس هجر سنوا بهم غير
سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسايهم ولا اكلي ذبايحهم وقد ما يحرم تزوج الوثنيات

جمع

جمع وثنية وهي التي تعبد الوثن وهو الصنم والمحرم لقوله تعالى ولا
تنكحوا المشركات حتى يومن والوثني مشرك وقال سعيد بن المسيب وعطا
وطاووس وعمرو بن دينار يجوز وطي المشركة بملك اليمين لورود الاثر بجواز
وطي سبايا العرب ولنا ما تلونا والنكاح حقيقة في الوطي والنهي في موضع
النفي فيتناول العقد والوط وما ورد في الخبر من جواز وطيهن محمول على
الوط بعد الاسلام او هو منسوخ بما تلونا ويجوز تزوج الصابيات ما إذا
خرج من الدين وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز نكاحهن وهذا الخلاف
بنا على انهم عبدة الاوثان امرا فعند الامام ليس لعبدة الاوثان وانما هن
معظمات للنجوم كتعظيم المسلم القبلة وعندهما هن عبدة الكواكب وليسوا من
أهل الكتاب فان كان الامر كما فسراه لا يجوز نكاحهن بالاجماع
لانهم اهل كتاب وان كان الامر كما فسراه لا يجوز بالاجماع لانهم مشركون فالخلاف
انما هو خلاف في مناكحتهم في الحقيقة وانما نشا الخلاف مبنيا على اشتباه
مذهبين فكل اجاب بما عنده من احوالهن والفتوى على قولهما ص وتحرم
الحامل من الزنا وهما وطيها حتى تضع ش قال ابو يوسف لا يجوز تزويج الحبلى
من الزنا وقال ابو حنيفة ومحمد يجوز تزويجها ولكن لا يطاها حتى تضع
لابي يوسف ان النكاح سبب للوطي والوطي حرام فكذا سببه ولهما ان حرمة
النكاح لحق الواطي ولا حرمة للزاني وانما حرم الوطي ليلا يكون ساقيا ماه زرع
غيره وهو مني بالحديث وان كان هو الذي زنا بها جاز النكاح ويطاها
بلا خلاف وهل يستحق النفقة والسكنى في الخلافيه ذكر في الذخيرة
انها تستحق وذكر في غيره انها لا تستحق لانه ممنوع من الوط والاستمتاع ص
وتبطل المتعة ش نكاح المتعة باطل وصورته ان يقول اعطيك كذا على

صل

ان اتمتع مدة كذا على ان أمتع بك مدة كذا يذكر المتعة بغير شهادة واشتهر
عن ابن عباس تحليلها استدلالا لقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن
اجورهن وتبعه على ذلك اكثر اصحابه من اهل اليمن ومكة ولنا انها منسوخة
باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم اجمعين وقد صح رجوع ابن عباس رضي الله
تعالى عنه الى قولهم فتتعذر الاجابة وروي انه عليه الصلاة والسلام حرمها
يوم خيبر من رواية علي بن ابي طالب رضي الله عنه متفق عليه وروي مسلم
انه عليه السلام حرمها يوم الفتح فثبت نسخه به والجواب عن الاية ان المراد منها
الاستمتاع منهن بالنكاح والمهر يسمى اجرة قال تعالى فانكحوهن باذن اهلهن
واتوهن اجورهن وروي ثلاثة اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر
الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في صلاة ص وابطلنا الموقت
لا التوقيت ش قال علماؤنا الثلاثة النكاح الموقت باطل وصورته أن
يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام ولا يذكر فيه لفظ المتعة قال
زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يحتمل التوقيت والتوقيت شرط فاسد
والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فتتابد ويبطل التوقيت فصار كما لو تزوجها
على ان يطلقها بعد شهر ولنا انه اتى بالنكاح لفظا وبالمتعة معنى والنكاح
المقاصد بعقد من الازدواج وطلب الولد والمتعة للاستمتاع فقط
والنكاح الى عشرة ايام مثلا يقصد للاستمتاع لا غير والعبرة في العقود
للمعنى لا للفظ الا ترى ان من قال لغيره جعلتك وكيلا بعد موتي تكون
وصية ولو قال جعلتك وصيا في حياتي يكون وكيلا واذا اعتبر المعنى صار
متعة وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا اوتى برجل تزوج امراة
الى اجل الا رجمته بخلاف ما اذا شرط في العقد ان يطلقها بعد شهر لان اشتراط

التأطيح

التأطيح يدل على انعقاده مؤبدا بخلاف الموقت فانه لا يبقى بعد مضي المدة
كالاجارة ولا فرق بين المدة الطويلة والقصيرة وروي الحسن عن ابي
حنيفة انه اذا ذكر مدة لا تعيش مثلها اليها صح النكاح لانه يكون في معنى
المؤبد وجه الظاهر ان التأقيت قد وجد وكذا لا فرق بين المدة المعلومة
والمجهولة لما ذكرنا ولو تزوجها مطلقا ونيته ان يقعد معها مدة
نواها فالنكاح صحيح ولا باس بتزويج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يقعد
معها نهارا دون الليل ص وتجيز الشغار ويجب مهر المثل ش قال
علماؤنا يجوز نكاح الشغار وصورته ان يقول رجل لآخر زوجك بنتي على
ان تزوجني بنتك على ان يكون نكاح كل واحدة منهما صداق الاخرى او يقولا
في الاختين او الامتين وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز له ما روي
عن ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار
والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولنا ان ذكر الصداق ليس بالكثر من تركه
فبالاولى ان لا يبطل العقد والمسمى ليس بمال فيجب مهر المثل والنهي لمعنى
في غيره وهو خلو العقد عن المهر فلا يعدم المشروعية ووجب مهر المثل
فلا يكون شغارا ص ويبطل شرط الخيار لا العقد ش قال علماؤنا اذا
شرط الخيار في النكاح لاحدهما او لهما بطل النكاح وبطل الشرط وقال الشافعي
يبطل النكاح لان الخيار يمنع ثبوت الحكم والعقد لا يثبت الا للحكم ولنا
انه باشر العقد والخيار اثره في عدم الرضا بالحكم والرضي ليس بشرط في
النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق والعتاق واشتراط الخيار في معنى الهزل لاجتماعهما في مباشرة
العقد وعدم الرضا بحكمه واختلافهما في التابيد لعدم الرضا وتوقيته

فالهزل غير مانع فكذا شرط الخيار ص ويجيز تزوج المحرم والمحرمة حال
الاحرام دون الوطئ وكذلك بجيز انكاحهما ش قال علماؤنا يجوز ان
يتزوج المحرم والمحرمة في حال الاحرام وان يزوج وليته خلافا للشافعي
رحمه الله قوله عليه السلام لاينكح المحرم ولاينكح وفي رواية ولا يخطب رواه
مسلم وغيره ولنا حديث جابر ابن زيد عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام
تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال وقال الطحاوي روى ابو عوانه
عن مغيرة عن ابي الضحى عن مسروق عن عائشة قالت تزوج رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعض نسايه وهو محرم قال الطحاوي نقلة هذا الحديث
كلهم ثقات يحتج برواياتهم وهو قول ابن مسعود وابن عباس وانس ابن مالك
وجمهور التابعين ولانه عقد معاوضة والمحرم غير ممنوع منه كثيرا الجارية
للتسري ولو جعل عقد النكاح بمنزلة ما هو المعقود به وهو الوطء لكان
باشره في ايجاب الجزاء وفساد الاحرام لابي في بطلان النكاح ولان النكاح
بعد الاحرام يبقى ولو كان منافيا لابتدايه لكان منافيا لبقايه كالرضاع وما رواه
ضعيف قاله البخاري فلا يلزم حجة ولين صح فهو مجمول على الوطء لانه الحقيقة
اي لايطا المحرم ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص ولا يعارض
بما روي عن يزيد بن الاصم انه عليه السلام تزوج بها وهو حلال لان روايته
لا تعارض رواية ابن عباس ولهذا قال عمرو بن دينار الزبيري وما يدري
ابن الاصم اعرابي بوال على ساقه انجعله مثل ابن عباس وهذا الحديث
ضعيف ايضا قال الطحاوي رفعه من رواية مطر الوراق وهو كبير
ممن يحتج به وقال ابو عمرو وهو غير متصل ووصله وهو غلط وبين
وجهه وكان القاضي الامام تقي الدين السبكي الشافعي يقول لو حرم قاض

ولو نايب

ولو نايب في بلده وعقد انكحه تعقودها باطله على مذهب الشافعي ص
ولو تزوجها بالف واحديهما حرام صح في الحال ولها الالف وقالا حصتها
من مهر مثلها ش اذا تزوج امراتين في عقد واحديهما لا تحل له صح نكاح
التي تحل وبطل نكاح الاخرى لقيام المانع في احديهما بخلاف الجمع بين الحر
والعبد في البيع فانه يفسد بالشروط الفاسدة ثم اذا صح النكاح قال
ابو حنيفة جميع المسمى للتي تحل وقالا يقسم على مهري مثليهما فما اصاب
التي لا تحل يسقط وما اصاب التي تحل يثبت لان المهر جعل بدل البضعين
فينقسم عليهما كما لو جاز نكاحهما وللامام ان الانقسام انما يكون لو صح نكاحهما
ولم يصح نكاح احديهما فبقي مقابلا باحد البضعين ويجوز ان يراد الواحد
من المثنى وقسمة البدل من حكم المعاوضة والمساواة في الدخول
في العقد ولهذا لو طلق امراته ثلاثا بالف كان بازا كل تطليقة ثلث
الالف ولو كانت عنده بتطليقة كانت الالف بمقابلة الواحدة فاذا دخل
بالتي لا تحل فلها مهر مثلها وسقوط الحد من حكم صورة العقد لا من حكم
انعقاده والانقسام حكم انعقاده ولم يعكس الخلاف مع ان نكاح المحارم
له حكم الصحة عند الامام لان التسمية غير معتبره عنده في حق المحرمة
لوقوع نكاحها فاسدا فلا تزاحم في المسمى وعندهما معتبره فتزاحم
فان قيل ينبغي ان يكون الخلاف على عكسه اذ نكاح المحارم له حكم
الصحة عند الامام لا عندهما قيل التسمية غير معتبره في حق من لا
تحل اذ نكاحها وقع فاسدا فلا تزاحم في المسمى من تحل وعندهما معتبره
فصلحت مزاحمة فصل في الاولياء والاكفاء والوكالة في النكاح
لما بين نكاح من يجوز نكاحها ومن لا يجوز اخذ في بيان الاولياء والاكفاء

وغيرهما ص وبجيزه بعبارة النسا فلو زوجت نفسها وهي حرة عاقلة
بالغة او وكلت غيرها او توكلت به جاز من غير ولي وبشرطه في رواية
واوقفه على اجازته في اخرى ش عبارة النسا في النكاح صحيحة
عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية بكرا كانت المراة او ثيبا
وروي الحسن عن الامام اذا زوجت نفسها من غير كفو لا ينعقد النكاح
وبه كان يفتي شمس الايمة السرخسي وقاضي خان وصاحب الفتيه وخلاصه
الفتاوى وقال صدر الاسلام البزدوي لو زوجت المطلقة نفسها
من غير كفو ودخل بها ثم طلقها لا تحل للزوج الاول على ما هو المختار
وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه حتى لو زوجت المراة العاقلة البالغة
نفسها او وكلت غيرها او توكلت هي لغيرها فعقدت جاز وكان ابو يوسف
اولا يقول انه لا ينعقد الا بولي اذا كان لها ولي وهو معنى قول
المصنف ونشترطه في رواية ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز
والا فلا ثم رجع وقال جاز سواكان الزوج كفوا لها اولا وعند محمد
ينعقد موقوفا على اجازة الولي سواكان الزوج كفوا لها ام لم يكن لان
الملك يرتفع باجازة الولي ويروي رجوعه الى قولهما وقال الشافعي
لا ينعقد بعبارة النسا اصلا لقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
وجه التمسك به ان الولي لو لم يكن له ولاية التزويج لما منع عن العضل
وقال الشافعي هي ابين اية في كتاب الله تعالى على اشتراط الولي ولقوله
عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولان النكاح يراد به المقاصد
والتفويض اليهن يخل بها ولنا قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فانه
اضاف الانكاح اليها لان النكاح المذكور فيه منسوب الى المراة وقوله

واذا طلقتم

واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ووجه
التمسك به ان العضل لغة هو المنع فكان معنى الاية فلا تمنعوهن ان
ينكحن ازواجهن فلولا ان لهن ولاية ان ينكحن ازواجهن لما منعنا من منعهن
ان ينكحن ازواجهن لان تلك الولاية لو لم تكن لهن لوجب علينا منعهن وقوله
عليه الصلاة والسلام الايم احق بنفسها من وليها وهو متفق على صحته
وروي الطحاوي عن عايشة رضي الله عنها انها زوجت حفصة بنت اخيها
عبد الرحمن حين كان غايبا بالشام من ابن المنذر ابن الزبير فلما قدم عبد الرحمن
وعرف الامر قال ما كنت ارد امرا قضيته فقرر حفصة عنده والاستدلال
بفعلها من وجهين احدهما ان للنسا صلاحية ولاية الانكاح اذ لولا ذلك
لما فعلت مع روايتها عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير
اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل والثاني انها حكمت مراد النبي صلى الله
عليه وسلم من الحديث وهو الرضا واعتمدت على رضا اخيها عبد الرحمن ثم
رضي ولم يجدد العقد ولو كان باطلا لجدده فصح ما ذكرنا من ان عبارتهن
صحيحة وللاولياء الاعتراض وروي ابن عباس رضي الله عنه ان فتاة
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابي زوجني من ابن اخ له ليرفع خسيسه
وانا له كارهة فقال اجيزي ما صنع ابوك فقالت لا رغبة لي فيما صنع ابي
قال فاذهبي فانكحي من شيت فقالت لا رغبة لي فيما صنع ابي ولكن اردت
ان اعلم النسا ان ليس للاباء من امورنا تم شيا الحق النكاح لها من شات
وسكت عن الانكار فيما قالت فكان رضا لصحه ولانها تتصرف في خالص
حقها ولهذا يجبر الزوج الولي عليه عند طلبها ويدل لها وهي من اهل
استيفاء حقها كالغلام وقد تقدم الجواب عن استدلاله بالاية واما حديث

الرحمن

نقل قال البخاري وابن معين لم يصح في هذا الباب حديث يعني على اشتراط
الولي ص وتستاذن البكر فيكفي صماتها وتعرب الثيب ش الولي اذا اه
استاذن البكر البالغة في تزويجها من رجل وسماه لتسمية يقع لها به
المعرفه لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه فسكتت فذلك رضي لقوله
عليه الصلاة والسلام البكر تستامر في نفسها واذنها صماتها ولان جهة الرضا
راجحة فيه لانها تستحي من اظهار الرغبة فيه لا عنه وان ضحكت فهو رضي دلالة
لانه ادل على الرضي من السكوت فانه علامة السرور والفرح بما سمعت
الا اذا كان على وجه الاستهزاء فانه لا يكون رضي وان بكت فهو رد لانه دليل
الكراهة وقيل هذا اذا كان بصوت اما اذا كان بلا صوت فهو رضي لانه
للحزن على مفارقة اهلها وذكر المرغيناني ان دمعها ان كان بارد لا يكون
رضا وان كان حارا لا يكون رضا والسكوت والضحك انما يكونان رضا
اذا استامر المولي للحاجة الى النكاح وعجزها عن المباشرة اما اذا استامر
من لا يلك العقد فلا لعدم الحاجة وعدم الالتفات الى كلامه والاستيمار
المعتبر ان يسمي لها الزوج تسمية يقع لها به المعرفة لان الرضي بالمجهول لا يتحقق
ولو قال لها اتزوجك من فلان او فلان وذكر جماعة وسكتت فهو رضي
يزوجها الولي من ايهم شاء وان قال من جيراني او بني عمي ان كانوا جماعة
محصورة فهو رضي والا فلا وهل يشترط تسمية المهر قيل يشترط لان الرغبة
تختلف بقلته وكثرته وقيل لا يشترط لان صحة النكاح لا يتوقف
على وجوده وهو الصحيح واختار بعض المشايخ ان المزوج ان كان ابا او جدا
لا يشترط لانه لا ينقص عن المهر المثل فوقه وان كان غيرهما يشترط
قال فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو الصحيح واما الثيب فيشترط

فيها

فيها الرضي بالقول لقوله عليه السلام والثيب تعرب بلسانها عنها ولانها جربت
الامور ومارست الرجال او بفعل ما يدل على الرضي كالتمكين وطلب المهر
او النفقة ونحوها لان النايب دلالة كالنايب صريحا ص ويجوزها
كالبكر ان زالت بكارتها بوثبة أو حيض او تعنيس ش قال علماؤنا
من زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي بكر حتى تكون
احكامها احكام البكر في التزويج وعن بعض الشافعية هي في حكم الثيب
لان البكر اسم لامراة عذرتها قايمة والثيب من زالت عذرتها وهذه قد زالت
عذرتها فتكون ثيبا ولهذا لو اشتري امة على انها بكر له ان يردها اذا وجدها
بهذه الصفة ولنا ان البكر انما اكتفي بسكوتها لاجل حيائها وهذا المعنى قايم
وهي بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه بكرة النهار لاوله وباكورة
الثمار لاول الثمار غاية الامر ان الجلدة ذهبت عنها وتلك الجلدة لتسمى عذرة ٥
فيزوالها لم تبق عذرا ولا خرج بذلك من كونها بكرا بخلاف ما اذا اشتري
جارية على انها بكر فوجدها ثيبا هذه الصفة لان العبادة بين الناس انفهم
باشتراط البكارة في الشرايع دون صفة العذرة اما هاهنا النكاح
فالحكم تعلق بالحيا او البكارة وهما قايمان ولهذا لو اوصى لابكار بني فلان
دخلت هذه تحت الوصية وعنست الجارية الجارية بالضم تعنس عنوسا
وعناسا فهي عانس اذا طال مكثها في منزل اهلها بعد ادراكها حتى خرجت
من عداد الابكار وهذا اذا لم تتزوج فان تزوجت مرة فلا يقال عنست
وعلى هذا اذا زالت بكارتها بظفره الى فوق او بعود او اصبع او حمل شيء
ثقيل ص ولد زنا خفي ش قال ابو حنيفة المصابة بالفجور تزوج
كالبكر وقالا هي ثيب حتى لا يكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها

عايد اليها ومنه المثوبة للثواب العايد جزاء عمله والمثابة للبيت الذي
يعود اليه الناس في كل عام والتثويب وهو العود الى الاعدام بعد
الاعلام فيتناولها قوله عليه السلام الثيب تشاور كما اذا وطيت
بشبهة او اقيم عليها الحد ولابي حنيفة قوله عليه السلام اذنها صماتها فانه
خرج جوابا لقول عايشة رضي الله عنها انها تستحي فكانت العلة هي الحيا ولا
تاثير للبكارة في ذلك والحيا فيها اقوى لانها اذا استنطقت يقال ما بال
كريمة فلان تستنطق وهي بكر فيحتاج الى ان يقال انها خجلت فتظهر رغبتها
وميلها الى الرجال حال البكارة عند الولي والشهود حال السفاح وهذا
في كونه عيبا عادة اكثر فيكون الحيا عنه اشد فجعل اذنها صماتا دفعا
للضرر عنها بخلاف ما اذا وطيت بشبهة لان الشرع اظهر ذلك الفعل بالزام
المهر والعدة وثبوت النسب وكذا اذا خرجت واقيم عليها الحد لانه ظهر
بين الناس وعرفت به فلا تحتشمه **فان قيل** قوله عليه الصلاة
والسلام لا تنكح الايم حتى تستامر والايم الثيب والامر لا يكون الا بالنطق **قلنا**
هذا عام خص منه المجنونة والصغيرة والامة فنخص هذه بالقياس
ولو زالت بكارتها باكراه لا رواية فيه وقيل هي كالبكر ص واذا دعي سكوتها
وهي الرد رحمها قولها لا قوله ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال لها
الزوج بلغك النكاح فقالت هي بل رددت فالقول قولها وقال زفر
القول قول الزوج لان السكوت اصل والرد عارض فكان الظاهر
شاهدا له فصار كالمشروط لها الخيار اذا ادعي الرد بعد مضي المدة حيث
لا يقبل قوله **ولنا** انه يدعي عليها لزوم العقد وهي تنكر لبضع وهي
منكرة وكان القول قول المنكر وهذا لان المدعي اذا خلت

من البينة

من البينة يعتبر فيها المعنى دون الصورة ففي حق الشهادة تعتبر الصورة
لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر وفي حق اليمين يعتبر المعنى لانهما
يعرفان حقيقة الحال والمراة هنا مدعية صورة وهي قولها رددت
منكرة معنى وهو لزوم العقد الضمان فالمودع في دعوى رد الوديعة مدع
صورة منكر معنى وهو لزوم الضمان ثم القول في الوديعة قول المودع
في رد الوديعة فكذا القول هنا قول المراة في دعوى رد النكاح اذ العبرة
للمعنى دون الصورة في الفصلين وهذا بخلاف مسئلة الخيار لان لزوم
البيع قد تحقق بمضي المدة قبل اظهار الرد وبعد لزوم البيع لا يمكنه
الرد والمسئلة مبنية على مسئلة اخرى وهي انه اذا قال المولى لعبده
ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل الدار وقال
المولي دخلت فالقول للمولي عندنا وللعبد عند زفر لتمسكه بالاصل
وهو عدم الدخول **ولنا** ان حاجة العبد الى استحقاق العتق والظاهر
لا يخفى للاستحقاق فالخلاف راجع الى ان الاستصحاب لا يصلح للاستحقاق
عندنا وعند زفر يصلح ص او انكاح ابنته فشهد ابناه وهي كبيرة
يردها وسعها ش قال ابو يوسف اذا زوج رجل ابنته من رجل فشهد
ابنيه ثم اختلفا فادعي الاب انكاحه اياها وجحد الزوج فشهد الابنان
وهي في حالة الدعوى والشهادة بالغة لا تقبل الشهادة وقال محمد تقبل
لان هذه شهادة للاخت وهي لا تجر الى الاب مغنما ولا تدفع مغرما ولابي
يوسف ان في هذه الشهادة تهمة لانها تجر الى الاب مغنما وهو نفاذ كلامه
ونفاذ القول من اعظم المنافع واشرفها بخلاف ما اذا كان جاحدا لان
الشهادة تقع للمدعي لا للاب والتقييد بالكبيرة احتراز عما اذا كانت

صغيرة حين الدعوي فان الشهادة لم تقبل بالاتفاق ص ويتولى
العصبة المسلم الحر البالغ العاقل ولا يمنعه بالفسق والكافر على مثله
تزويج الصغير والصغيرة كالاب والجد ويجب الاقرب الابعد لكن
يثبت لها خيار البلوغ بتزويج غيرها وليسقطه مطلقا ش الولي من كان
أهلا للميراث وهو حر بالغ عاقل فلا ولاية للمسلم على الكافر لعدم
التوارث ولا للكافر على المسلم لان في اثبات الولاية اثبات السبيل على
المسلم وهو منفي بالنص ولا ولاية للعبد والصبي والمجنون لانه ولاية
لهم على انفسهم فعلى غيرهم اولي وللمسلم على المسلم ولاية وكذا الكافر
على الكافر لحرمان التوارث ولا يشترط عدالة الولي وقال الشافعي
في اضعف قوليه يشترط لان الفسق يقدح في الشهادة فيقدح في الولاية
ولنا ان الفاسق ولي على نفسه وماله فيلي على ولده الصغير كالعدل
والاولياء في تزويج الصغير والصغيرة ومن بمعناها العصبات لما روي
عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات ذكره
سبط بن الجوزي وشمس الائمة وقد اجمع العلماء على العمل بهذا الحديث
في حق الكبيرة فوجب العمل به في حق الصغيرة لانها اعجز واسن حاجة
لان الخاطب قد لا ينتظر البلوغ فيفوت الكفو الخاطب فوجب القول
بجواز عقده لوجود اصل الشفقة وما فيه من القصور في غير الاب
والجد اظهرناه في عدم ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال فانه
لا يمكن تداركه بعد البلوغ لتكرره وقد زوج علي ابي طالب
رضي الله تعالى عنه ابنته من عمر رضي الله تعالى عنه وهي صغيرة ولان
المعصبة اقدر على تحصيل المصلحة من غيرهم والابعد محجوب بالاقرب

لان

لان المقرب اقوى واذا زوجها الاب او الجد لم يبق لها خيار البلوغ وان زوجها
غير الاب والجد يبقى عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يبقى
لصدور العقد عن ولاية كما في الاب والجد ولهما ان الولاية متنوعة
فمطلق القرابة تقتضي مطلق الولاية وهي التناصر وزيادة القرابة
تقتضي زيادة الولاية وهو اللزوم فنكاح الاب والجد لازم لوجود الولاية
لكمال الولاية ووفور الشفقة ونكاح غيرهما ناقد يترتب عليه الحل
ووجوب النفقة والسكني والتوارث غير لازم فثبت لها خيار البلوغ
لنقصان الولاية ولهذا لا يثبت في الاموال وقصور الشفقة لبعد
القرابة ليكون اثبات الحكم على وفق السبب ثم سكوت البكر عند بلوغها
رضى اذا علمت بالنكاح ولا يمتد الى اخر المجلس اعتبارا بالابتداء بخلاف الغلام
والبنت فانه يعتبر التصرح بالرضا او الرد اعتبارا بالابتداء ويشترط
القضاء في الرد لان العقد تم وافاد احكامه فلا يرتفع الا برفع من له
ولاية كامله وتكون فرقة بغير طلاق لانه فسخ يثبت ضرورة دفع اللزوم
والفسخ لا يكون طلاقا ولا يلزم مهرا ان لم يكن دخل بها لان الغرض من
الخيار دفع مونات العقد وان دخل تحت المسمى ولا يعذر بالجهل لثبوت الخيار
لانها تتفرغ لتعلم الاحكام بخلاف خيار المعتقة لانها لا تتفرغ فيعذر بالجهل
ولا يشترط فيه القضاء لانه ثبت لدفع زيادة الملك والدفع لا يحتاج الى
القضاء ويثبت لها دون الغلام لاختصاص الموجب بها وهو زيادة الملك
وشموله في البلوغ وهو قصور الشفقة ويمتد الى اخر المجلس لانه
جواب التمليك لقوله عليه الصلاة والسلام ملكت بضعك فاختاري
ولو زوج المولي امته الصغيرة ثم اعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار

البلوغ لكمال ولايته فصار كالاب والجد فان خيار العتق يغني عن خيار
البلوغ والعبد والصغير كذلك لا يثبت له خيار البلوغ في الاصح ويصح
من الزيلعي ثم اعلم ان السكوت رضي في مسايل منها سكوت البكر الذي
تقدم ومنها الشفيع اذا علم بالبيع وسكت بطلت شفعته ومنها
اذا تواضعا في السر على ان يظهرا بيعا في العلانية لمحيه ثم قال
احدهما في العلانية اني اجعل بيعا صحيحا بحضرة صاحبه فسكت فهو
رضي منه بالبيع ومنها عبد اشتراه المشركون فوقع في الغنيمة فقسم
فبيع وهو لا هو الاول حاضر فسكت لا سبيل له على العبد ومنها
لو قبض المشتري المبيع بحضرة البايع قبل نقد الثمن فسكت فلم يمنعه
من القبض فذلك اذن منه ذكره الطحاوي في مختصره وكذا لو قبض
الموهوب له الهبة بحضرة الواهب وهو ساكت فهو اذن له بالقبض
ومنها مجهول النسب اذا بيع وهو ساكت فهو اقرار منه بالرق حتى
لا يقبل قوله بعد ذلك انه حر وقد زاد في مختصر الطحاوي وقيل
له بعد البيع قم مع مولاك فقام فهو اقرار منه بالرق ومنها لو حلف
فقال والله لا اسكن فلانا داري ولا اتركه في داري وفلان نازل
في دار الحالف فسكت الحالف ولم يقل له اخرج منها حنث ولو قال
له اخرج منها فابى فسكت عنه لا يحنث ذكره في الاملاء ومنها
امراة ولدت فهنا الناس زوجها فسكت لزمه الولد وكذا لو زوج
رجل رجلا امراة بغير اذنه فهناه القوم وقبل التهنية فهو
رضى رواه ابو يوسف عن الامام لان قبول التهنية دليل الرضى ومنها
اذا قبض الاب مهر البنت البالغة فسكتت جاز استحسانا ويبرى الزوج

لان

لان العرف والعادة جرت بين الناس بقبض الاباء مهور الابكار ومهورهن
بها لاستحيائها عن مطالبة الزوج بنفسها والمعروف كالمشروط وهذا العرف
معقود في سائر الاولياء فلا يكون قبض مهرها حتى لو كانت البنت ثيبا فزوجها
الاب لا يملك مطالبة الزوج بالمهر الا بالوكالة منها لان العادة ان الاباء
انما يجهزون البنات مرة فاذا تحدم التجهيز انقطعت ولاية القبض
ومتى يدخل الزوج بالصغيرة قيل لا يدخل بها ما لم يبلغ لانها لا تحتاج
الى قضاء الوطر وقيل يدخل بها اذا بلغت تسع سنين لحديث عايشة
رضي الله عنها ولان بنت تسع مراهقة تلتذ بالجماع والايلام لغاية تجوز
كالجماعة وقيل ان كانت جسيمة تطيق يدخل بها والا يمنع وعلى هذا
ختان الصغير قيل لا يختتن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة
عليه قبل البلوغ وقيل يختتن بعد عشر لانه يؤمر فيها بالصلاة اعتيادا
يحتاج الى الطهارة وقيل يختتن حين يقوى ويطيق الم الختان ص
واللزوم بتزويج القاضي رواية والخيار هو المختار كما افتى به س
ولو زوجهما الامام او القاضي سقى خيار البلوغ في ظاهر الرواية
وهو قول محمد وعليه الفتوى ونبه على انها رواية عن الامام حيث
صاغها جملة اسمية ونبه على انها قول محمد بقوله كما افتى به وروي عن
الامام ان في تزويج الامام لا سقى الخيار لان للام شفقة كالاب
بل اكثر وروى خالد ابن صبيح عن الامام ان في تزويج القاضي لا سقى الخيار
ايضا لان للقاضي ولاية تامة في النفس والمال جميعا فصار كالاب
وللظاهر ان ولايته متاخرة عن ولاية الاخ والعم وفي تزويجهما
بقي الخيار فتى تزوجه اولى ص ولها تزوجهما بغبن فاحش في المهر

وبغير كفو ش قال ابو حنيفة اذا زوج الاب او الجد الصغير او الصغيرة
بغبن فاحش في المهر تجوز وقالا لا تجوز ثم على قولهما اصل النكاح صحيح
والغابن الفاحش لا يجوز لان المانع من قبيل التسمية وفسادها لا يمنع صحة
النكاح والاصح ان النكاح لا تجوز لان ولاية الانكاح مقدرة بشرط النظر
ولا نظر في الغبن الفاحش فيبطل العقد وللامام ان حكم الولاية
مداره على دليل النظر وهو قرب القرابة وقد وجد فيصح العقد والظاهر
من حالها النظر فيما هو مصلحة اولادها الصغار والحط والزيادة
لمقاصد تزيد على المهر لانهما ينظران في الاولاد فوق ما ينظران لانفسهما
حتى لو عرف منهما سوء الاختيار مجانة او فسقا كان العقد باطلا بخلاف
غيرهما فان شفقته قاصرة فيحمل تقصيره على ترك النظر فيكون العقد
باطلا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عايشة رضي الله عنها
على خمسمائة درهم وزوجها منه ابو بكر الصديق رضي الله عنه وزوج
النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة عليا باربعمائة درهم وكان مهر مثلهما
اكثر باضعاف وتزوج عمر رضي الله عنه ام كلثوم بنت فاطمة باربعين الفا
وكانت فاطمة اشرف منها وعلى هذا الخلاف اذا زوجها من غير كفو
لهما ان الولاية نظرية ولا نظر في ترك الكفاءة لانه ضرر ظاهر فلا تجوز
وللامام ان حكم الولاية مبني على دليل النظر وهو قرب القرابة
وترك الكفاءة لمصلحة تزيد على الكفاءة لجاز العقد ولو زوجهما
من غير كفو غير الاب والجد لا تجوز بلا خلاف لانه محض شفقة
والاحتياط في تزويج الصغيرة ان يعقد مرة بمهر مسمى ومرة بغير
تسمية لانه ان كان العاقد غير الاب والجد ان كان في التسمية غبن لا يصح

النكاح

النكاح الاول ويصح الثاني او ان حلف بطلاق امراة يتزوجها ينعقد
الثاني ويحل وان كان العاقد الاب او الجد فالوجهين عندهما والوجه
الاول عنده واولى العصبة الاب والجد ثم الاخ لاب وام
ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب واولادهما على هذا
الترتيب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم اولادهما على هذا الترتيب ثم عم
الاب لاب وام ثم عم الاب لاب ثم اولادهما على هذا الترتيب ثم عم
الجد لاب وام ثم عم الجد لاب ثم اولادهما على هذا الترتيب ص ولم
يقصروا الولاية على الاب في الصغيرة ش قال علماؤنا يجوز للاولياء
تزويج الصغير والصغيرة خلافا لمالك في غير الاب لنا ان ثبوت
الولاية على الحر بخلاف القياس ان الحرية تبقى تصرف الغير عليه ولا
الاب ثبتت شرعا في تزويج ابي بكر رضي الله عنه عايشة وهي بنت
ست فلا يقاس عليه الجد ولا غيره من العصبات لانه ليس في معنى المنصوص
عليه من كل وجه ولنا ان الولاية ليست بخلاف القياس بل هي معلولة
بعلة الحاجة وصلاح الولي وقد وجد الامران في الغير فيثبت
له الولاية وما فيه من قصور الشفقة ظهر في سلب ولاية الالزام
فاما المال فان المتصرف فيه يتكرر تبعا والايدي عليه فلا يمكن اثبات
الولاية الا بشرط الالزام ولا الزام فبطل اصل التصرف فيه لبطلان فائدته
ص وندب الاجبار على الصغيرة لا البكارة ش قال علماؤنا يجوز تزويج
الصغير والصغيرة وان كانت ثيبا خلافا للشافعي بناء على ان العلة عندنا
الصغر وعنده البكارة دارت الولاية عندنا مع الصغر وجودا وعدما في
الذكر والانثى وعنده دارت في الانثى مع البكارة وجودا وعدما وفي الذكر

مع الصغر له قوله عليه الصلاة والسلام الثيب احق بنفسها من وليها وهذا
يدل على ان البكر بخلافها فيحمل كلما ورد من استيذان البكر واستيمارها
على الاستحباب ولنا قوله عليه السلام البكر يستاذنها ابوها رواه مسلم
وقد ورد بصيغة الخبر والمراد بها الامر وهو اقوى وجوه الامر على ما عرف
في موضعه فيكون الاستيذان واجبا كما في الاستيمار في الثيب وما ذكر
تمسك بعمومه معارضه منطوق فلا يعمل به لكون المنطوق اقوى منه واجمعنا
على ان للاب ولاية اجبار ابنته الصغيرة لوجود الصغر عندنا ولوجود
البكارة عنده واجمعنا على ان ليس للاب ولاية اجبار ابنته الثيب
الكبيرة لانتفائهما واختلفنا في ثيب صغيرة وبكر كبيرة ص
فاعدنا ولاية الاب لجنون الولد بعد البلوغ ش قال علماؤنا الثلاثة
اذا بلغ الصغير عاقلا ثم جن عاد لابيه الولاية في تزويجه وقال زفر
لا تعود له ان الولاية زالت بالبلوغ عن عقل لحدوث ولايته على نفسه
فلا يعود لطريان الجنون كما لو بلغ معتوها عليه ثم زال الاعماء ولنا ان
سبب ثبوت الولاية وهو القرابة قد وجد بشرطه وهو العجز مع الحاجة
وفي ثبوت الولاية فائدة فيثبت كما في الجنون الاصلي والمال وفي
الذخيرة قال الفقيه ابو بكر اذا بلغ الابن عاقلا ثم جن او عنه تعود
الولاية على قول ابي يوسف وعلى قول محمد يعود الى الاب ص والام
واقاربها وذوي الارحام اولياء بعد العصبة ومنعه ش قال ابو حنيفة
اذا لم يكن للصغير او الصغيرة عصبة فولاية التزويج لذوي الارحام كالام
والجدة والاخت والخال والخاله ونحوهم الاقرب فالاقرب وهو استحسان
وقال محمد اذا لم يكن عصبه لنسبه او سببه فالانكاح الى السلطان او نائبه

كالقاضي

كالقاضي وهو القياس ورواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف
مضطرب ذكر في كتاب النكاح انه مع الامام وذكر في كتاب الولاء انه مع محمد
وقال في الذخيرة انه في اكثر الروايات مع الامام وذكر الكرخي والقدوري
انه مع محمد والاول اصح لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى
العصبات جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شيء فيكون
جميع الانكاح الى من هو عصبه دون غيره ولان الولاية انما ثبتت صونا
النسبة من ان يكافيهم وذلك يحصل من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة
فيكون ذلك باعثا لهم على صيانة القريب من غير الكفو ولا يتحقق ذلك
من ذوي الارحام ان كانوا كفوا لانتسابهم الى قبيلة اخرى فلا يلحقهم العار
بذلك ولابي حنيفة ان ثبوت الولاية لنظر المولى عليهم وذلك يحصل
بالشفقة الباعثة عليه وهي موجوده في الام وغيرها من الاقارب
فيثبت لهم ولاية التزويج الا ان اقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة
ولا ينفي ثبوتها عند عدمهم كاستحقاق الارث يكون بسبب القرابة
ويقدم في ذلك العصبات على ذوي الارحام بطريق العصوبة فيثبت
لهم ما رواه وقوله الانكاح الى العصبات اي عند وجود العصبة
كاستحالة التفويض الى العصبة ولا عصبة وذكر شمس الائمة السرخسي ان
انكاح الاخت والعمة وبنت الاخت وبنت العمة والتي كانت من قوم الاب
يجوز بلا خلاف وانما الخلاف في الام والخالة ونحوها وذكر الطحاوي وغيره
ان الخلاف في الافضل والاقرب من ذوي الارحام الام ثم البنت ثم بنت
الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم الاخت لاب وام ثم لاب ثم لام
ثم اولادهن ثم العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام والجد الفاسد

اولي من الاخت عند الامام خلافا لابي يوسف ص ثم بتولي مولي الموالاة
ثم القاضي ش اذا لم يكن الاقربا فالولاية لمولي الموالاة اما مولي الموالاة
فلانه موخر في الارث عن ذوي الارحام فكذا في الولاية فاذا لم يكن فالولاية
للامام او للقاضي الذي شرط في منشوره ان يزوج الصغار لقوله عليه
الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له والقاضي نائبه ولو لم
يكن شرط له ذلك فزوج صغيرة ثم اذن له بذلك فاجاز ذلك النكاح
لا يجوز وقال الصدر الشهيد الصحيح عندي انه يجوز ولو زوج القاضي
الصغيرة من ابنه كان باطلا ولو عضل الولي زوجها القاضي صغيرة
كانت ام كبيرة لان الولي الابعد وليس للوصي ان يزوج الايتام
الا ان يفوض الموصي اليه ذلك ص والجد اولي من الاخ مطلقا واثبتنا لها
لكل منهما ش قال ابو حنيفة اذا كان للصغير او الصغيرة جد واخ
لاب وام او لاب وهو معني قيد الاطلاق تكون الولاية عليها للجد
دون الاخ وقالا الولاية لكل واحد منهما وهذا بنا على اختلافهما في
الارث والخلاف محكي عن الكرخي وظاهر الرواية عنهما او الجد اولي
لان في الانكاح معنى الشفقة معتبر وشفقة الجد تزيد على شفقة
الاخ وفي الاب يعتبر الاقرب فالاقرب ص وزوج ابو المجنونة على
ابنها وعكسا ش قال محمد اذا اجتمع في المجنونة الاب والابن فوليها
الاب وبه اخذ الطحاوي وقال ابو حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف
وليها الابن لا الاب لمحمد ان الاب اوفر شفقة من الابن ولهذا تعم
ولايته النفس والمال وليس للابن الولاية في المال فكان اولي
ولهما ان الابن مقدم على الاب في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها

لا على

لا علي ديون الشفقة ولا فرق بين المجنون الاصلي والعارض لوجود العجز
وعن ابي يوسف انهما وليان فايهما زوج صح وعند حضورهما يقدم الاب
احتراز اما له وعلى هذا الاختلاف الجد اب الاب مع الابن ذكره القدوري
وذكر شيخ الاسلام ان عند ابي يوسف الابن اولي من الجد رواية واحدة
ص ويجبر للاب تزويج عبد ابنه الصغير من امته ش قال ابو يوسف
اذا كان للصغير عبد وامة فزوجها ابوه من العبد جاز وقال ابو حنيفة
ومحمد لا يجوز لابي يوسف انه انما لا يملك تزويج العبد ليلا يجب عليه المهر
ولا مهر في هذا فيصح العقد ولهما انه جمع بين ما يملك وبين ما لا يملك فلا يصح
هكذا ذكر الخلاف في المنظومة وشروحها وذكر في الايضاح والمحيط
الخلاف بين ابي يوسف وزفر عند ابي يوسف يجوز لانه لا ضرر عليه
في الحال حيث لا يتعلق برقبته المهر فيملكه الاب وعند زفر لا يجوز لان
تزويج الاب لا يدخل تحت ولاية الاب وقال صاحب المختلف هكذا حكمه
فلا يراعي في كل فرد وذكر في خلاصة الفتاوي لو زوج الاب او الوصي
امة الصبي من عبده لا يجوز ولم يحك فيه خلافا ولو زوج الرجل امته
من عبده جاز ويجب المهر ثم يسقط ص واذا غاب الولي الاقرب
غيبة منقطعة فعقد الابعد اجزناه ش قال علماؤنا الثلاثة
اذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو البعد منه ان يزوج
وقال زفر لا يجوز له ذلك لان ولاية الاقرب قائمة ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز فكانت ولاية للابعد مع ولايته فصار كما اذا كان حاضرا
ولنا ان هذه الولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا
ينتفع برايه وهذا لان راي الابعد خلف من راي الاقرب وفي ثبوت

الحكم للخلف لا فرق بين انعدام الاصل وبين كونه غير منتفع به الا ترى
ان التراب لما كان خلف عن الما جاز التيمم به عند تنجس الما كما جاز
عند عدمه ففوضناه الى الابعد فصار كما اذا كان الاقرب مجنونا او
رقيقا او ميتا او صغيرا او كافرا وتزويج الاقرب حيث هو لا رواية
فيه قلنا ان يمنع قيل يجوز وقيل لا يجوز بنا على ان ولاية الاقرب
هل تزول اولى قيل لا تزول ويحدث للابعد ايضا ولاية وقيل
يزول وهو الاصح فلا يجوز تزويجه وعلى القول بالجواز اذا زوج صارت
ولايته منتفعا بها ولا يبطل ما عقد بعوده الا بعد العقد بل تبطل
به ولايته ص وتقدمه على القاضي ش قال علماونا اذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة انتقلت ولاية التزويج الى الابعد وهو
مقدم على القاضي وقال الشافعي في اظهر قوليه انتقلت الى القاضي
له ان ولاية الاقرب باقية وتعذر وصولها الى حقها فينوب السلطان
منابه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له
وهذه لهولا فلا يكون القاضي وليا ولان للابعد كالجد مثلا قربا
كاملا وشفقة واكدة بخلاف القاضي فما كان النظر فيه اتم
واوفر كان اولى ص وفسرناها بان يفوت الكفو باستطلاع رايه
لا بجهل مكانه ش قال زفر حد الغيبة المنقطعة ان يغيب بحيث
ينقطع خبره بانه لا يدري اين هو فلا يمكن استطلاع رايه فتفوت المصلحة
وقيل بان يكون بحيث لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة مثل
مكة وهو اختيار محمد بن شجاع والقدوري وقيل ان يكون ادنى
مدة السفر وهو اختيار القاضي ابي علي البسطي وابي عصمة المروزي

وابي الليث

وابي الليث والسعدي وابي اليسر والصدر الشهيد والولوالجي وقيل
اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه
لا نظر في ابقا ولايته حينئذ وهو اختيار الفضلي وشمس الايمة السرخسي
وصاحب الهداية وخلاصة الفتاوى وعليه اكثر المشايخ حتى قالوا لو
كان في بلد مختفيا لا توقف عليه يكون غيبة منقطعة ص وتعتبر
الكفاة في الدين فلا يكون الفاسق كفوا للصالحة وجعله كفوا الا
اذا استخف به ش الكفو لغة النظير يقال كافاه اي ساواه ومنه
قوله عليه السلام المومنون يتكافون دماهم ويسعى بذمتهم ادناهم
والكفاة معتبرة في النكاح لما روى جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة
والسلام قال لا يزوج النسا الا الاوليا ولا يزوجن الا من الاكفا
لان النكاح يعقد للتامر ويشتمل على اغراض ومقاصد كالازدواج
والصحبة والالفة وتاسيس القرايا ولا مسطر ذلك عادة لاهل الكفا
ولانهم يعيرون بعدم الكفاة فيتضرر الاوليا به ثم كون الرجل كفوا للمراة
شرط للزوم النكاح وقال الكرخي ليس بشرط لانه ليس بمعتبر
فيما هو اهم من النكاح وهو الدما فلا يعتبر في النكاح ولنا قول عمر
رضي الله عنه لامنعن فروج النسا الا من الاكفا ويعتبر الكفاة في
خمسة اشيا في الديانة قال في الهداية هو الصحيح حتى لا يكون الفاسق كفوا
للصالحة لان التفاخر بالديانة من اعلى المفاخر واولاها وعن محمد انه يكون
كفوا لان الفسق من امور الاخرة فلا ينبغي عليه حكم الدنيا الا ان يستخف به
ويسخر منه لانه يلحقها به شين وعن ابي يوسف ان كان مستترا فلا يقدح لان
الشين في الاعلان واعتباره الكفاة فيها وقت النكاح حتى لو صار فاسقا

بعده وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح ان الديانة غير معتبرة في الكفاة عند
ابي حنيفة وابي يوسف ص وفي المال يملك المهر المعجل والنفقة ونعتبرها
دونه ش ونعتبر الكفاة في المال لقوله عليه الصلاة والسلام الحسب المال
ولانه يقع به التفاخر وهي في ظاهر الرواية القدرة على المهر والنفقة
حتى لو وجد المهر لا النفقة او بالعكس لا يكون كفوا لان المهر عوض عما
يملك عليها والنفقة تندفع بها حاجتها وتحصل قوام الازدواج والمعتبر
من المهر ما يعرف به تعجيله وهو الذي يسمونه نقدا ولا يعتبر الباقي
ولو كان حالا والنفقة ان يكتسب كل يوم مقدار النفقة وقدر النفقة
وقدر ما يحتاج اليه من الكسوة وقيل يعتبر نفقة ستة اشهر وفي
الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفوا ولو كانت
الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانها
لا نفقة لها وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر
لان المهر في العادة تجري فيه المساهلة وتعد المرأة قادرة عليه بقدرة
ابيه ويتحمل الاب عنه بخلاف النفقة ولو قدر على المهر والنفقة
فايقة اليسار ص ونجعله يملكهما كفو الفايقة الغنا ش قال
ابو يوسف يكون كفوا لها وروي عن ابي حنيفة ومحمد في النوادر انه
لا يكون كفوا لها لابي يوسف انه لا ثبات لوصف الغنى لان المال غاد ورايح
فلا يعتبر ولهما انهم يتفاخرون بالغنا ويتعيرون بالفقر وقيل
ان كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفوا وان لم يملك الا النفقة لان
الخلل ينجبر به والعالم الفقير كفوا للجاهل الغني والعجمي العالم كفوا للعربي
الجاهل والعالم كفوا للعلوي والقروي كفوا للمدني ص واعتبر فيها

الضايع

الضايع وعن الامام روايتان ويعتبرها في رواية ويعكس في اخرى
ش الكفاة معتبرة في الحرف وهي الضايع في ظاهر الرواية لان الناس
يفتخرون بها وعن الامام فيها روايتان والاظهر منهما انها لا تعتبر اصلا لانها
ليست بلازمة اذ يمكنه التحول منها في الحال الى النفيس منها وعن ابي يوسف
انها لا تعتبر الا ان تفحش كالحايك والحجام والدباغ لا يكون كفوا لبنت
البزار والعطار والجوهري والصيرفي لان الناس يتفاخرون بشرف
الحرف ويعيرون بدناتها فوق ما يعيرون بدناة النسب ص واعتبروا
النسب ولم يقتصروا عليه ش قال علماونا الكفاة معتبرة في النسب
حتى ان قريشا اكفا لبعض وغيرهم من العرب ليسوا باكفا لقريش والعرب
بعضهم اكفا ببعض ولا يكافيهم الموالي والموالي بعضهم اكفا بعض لقوله
عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم اكفا لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم اكفا لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفا لبعض رجل برجل
وانما قال رجل برجل لانهم ضيعوا انسابهم ولم يفتخروا بالاسلام والحرية
وسمي العجم موالي لان بلادهم فتحت عنوة بايدي العرب فكان للعرب
استرقاقهم فاذا تركوهم احرارا فكانهم اعتقوهم والموالي هم المعتقون
وفي المبسوط افضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي
انه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى اختار من الناس العرب
ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر
وهذا الحديث مذكور في كتب الفقه ويستوي في قريش الهاشمي وغيره
قال النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنته رقية ثم ام كلثوم من عثمان
رضي الله عنه ولهذا سمي ذا النورين وكان امويا وعلي زوج بنته ام كلثوم

من عمر وكان عدويا وبنوا باهله ليسوا باكفا لعامة العرب لحسنهم شعر
وانشد فما ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهله
لو قيل للكلب يا باهلي عوى الكلب من لوم هذا النسب

وقال الشاعر

اذا ولدت حليلة باهلي غلاما زاد في عدد اللئام

وروي ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اتكافا دماونا قال
نعم ولو قتلت باهليا لقتلتك به وهذا يدل على دناتهم عندهم وانما
عرفوا بذلك لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية وياكلون بقية
طعام الميتة ولا يعتبر النسب في الموالي وهم العجم لانهم ضيعوا انسابهم
فلم يكن التفاخر بينهم بالنسب فالهند والفرس والترك سوا وسموا موالي لانهم
نصروا العرب على قتل الكفار من اهل الحرب والناصر سمي مولى ويعتبر
في الموالي الكفاة في الاسلام والحرية فاعتبار الكفاة في سبعة اشيا الدين
والمال والغنى والحرف والنسب واسلام الاب والحرية وهل يعتبر في العقل
لا رواية فيه ثم قيل لا يعتبر لان الجنون كالمرض فيعتبر كساير الامراض
وساير الامراض لا تسلب الكفاة فكذا الجنون وقيل يعتبر حتى ان الزوج
اذا كان مجنونا لا يكون كفوا للمراة العاقلة لان الجنون يفوت ما هو المقصود
من النكاح اكثر ما تفوته الدناة في الفقر والنسب والكفاة في النسا
للرجال غير معتبرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما معتبرة
استحسانا لان الزوج مستفرش فلا يغيظه ولابي حنيفة ان الكلام
صدر مطلقا فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والضرورة ولا تهمة
ولا ضرورة في هذا فان الكفاة لا تعتبر للرجال لان الرجال لا تعتبر بتزويج

غير الكفو

غير الكفو ولا يلحق الاوليا بذلك ضرر ومالك لم يعتبر الكفاة الا في الدين لقوله
عليه السلام الناس سوا سنة كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل
بالتقوى وقال تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم قلنا المراد به في حكم الاخرة
وكلامنا في الدنيا ص ويجعل ذا اب في الاسلام او في الحرية كفوا لذي ابوين
ش قال ابو يوسف من له اب واحد في الاسلام او في الحرية يكون مساويا
في الشرف لمن له ابوان في الاسلام او في الحرية الحاقا للواحد بالاثنين
كما هو مذهبه في التعريف حيث قال يكفي النسبة الى الاب وعند ابي
حنيفة ومحمد لا بد من النسبة في التعريف بالاب وتمامه بالجد ولا يشترط
اكثر من ذلك ص ويستوي الابوان والاكثر ش من له ابوان في الاسلام
فهو كفو لمن له ابا في الاسلام لان المقصود من النسب التعريف وانه يقع
بالفرد ويتم بالمسمى فلا يشترط الزيادة كما في الشهادة وعلى هذا الحرية
فالعبد لا يكون كفوا للحرة ولا المعتق لحرة الاصل والمعتق ابوه لا يكون
كفوا لامراة لها ابوان في الحرية خلافا لابي يوسف في رواية ص واذا
تزوجت بغير كفو جاز للاوليا التفريق بينهما ش واذا نكحت غير كفو فللولي
التفريق دفعا لضرر العار والتفريق الى القاضي كما في خيار البلوغ وما لم
يفرق فاحكام النكاح ثابتة ولا يكون طلاقا لانه على سبيل الفسخ لاصل النكاح
والطلاق تصرف في النكاح ولها لا مهر لها ان لم يكن دخل بها وان خلا بها
فلها المسمى وسكوت الولي ليس برضى وان طالت المدة ما لم تلد لان السكوت
لا يبطل الحق الثابت بصفة التاكيد وروي الحسن عن ابي حنيفة
اذا زوجت المراة نفسها غير كفو لا يفسد النكاح وبه يفتى حتى لو زوجت
المطلقة ثلاثا نفسها من غير كفو ودخل بها ثم طلقها لم تحل للزوج الاول

فرع غريب يجب حفظه

في المختار وهذا مما يجب حفظه وقد تقدم مسئلة عبارة الشافي في النكاح
ص ونجيزه لبعضهم ان اختلفوا ش قال ابو يوسف اذا زوج المرأة
بعض اوليائها المتساويين في الدرجة غير كفو للباقين الاعتراض وقال
ابو حنيفة ومحمد ليس لهم ذلك لابي يوسف انه حق ثبت لجماعتهم فاذا رضي
احدهم فقد اسقط حقه وبقي حق الباقين ولابي حنيفة ومحمد انه حق
لا يتجزى وهو دفع ضرر العار فيجعل كل واحد كالمنفرد به لانه صح الاسقاط
في حقه ومن ضرورته سقوطه في حق غيره لانه لو لم يسقط يصير حقه
مستوفى وانه لا يجوز كالعفو عن القصاص وذكر في الايضاح اذا زوج
احد الاوليا الصغيرة من غير كفو سقط حق الباقين في الاعتراض
وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط لان الكفاءة حق واحد ثبت للكل فلا
يقدر الواحد على ابطاله ولنا ان التزوج من غير كفو مصلحة فلا يبقى للباقين
حق الاعتراض لان فيه ابطال المصلحة وانه لا يجوز ولو زوجت نفسها
من غير كفو ليس لها ان تمنع نفسها حتى ترضى الاولياء في ظاهر الرواية وبه
افتى كثير من المشايخ وافتى الفقيه ابو الليث ان لها ان تمنع ص وللمولي
الاعتراض اذا نقصت من مهر مثلها وتمنعه ش قال ابو حنيفة الحرة
البالغة العاقلة اذا زوجت نفسها من كفو بأقل من مهر المثل فللاولياء
حق الاعتراض وان اكرهها ثم زال فرضيت فله ايضا ومنعه حتى يتم
لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس له التفريق لان المهر خالص حقها فلا يعترض
عليها ولابي حنيفة انها بالحط الحقت الضرر بالولي اذ غيره يرغب به فيعترض
عليها كما في تزويج نفسها من غير كفو وفي المسئلة على قول محمد اشكال لانه
لا يصح تزويج نفسها بغير اذن الولي فالواصوبة ان اذن لها الولي بالنكاح

فتعقد

فتعقد بأقل من مهر المثل ثم ترضى هي او يكرهها عليه ثم يزول الاكراه فترضى
هي واعلم ان صاحب الهداية نصب الخلاف بين الامام وصاحبيه وقد شحنا
على ذلك ص ونجيز تولي طرفي النكاح وليا كان او وكيلا او وليا ووكيلا
او اصيلا ووكيلا او وليا واصيلا ش يجوز ان يتولى العقد واحد هو ولي
من الجانبين بان يزوج ابن اخيه بنت اخيه او وكيل من الجانبين بان
يوكل الزوج ان يزوجه امراة وتوكله المراة به او ولي من جانب ووكيل
من جانب بان يوكله رجل ان يزوجه بنته الصغيرة او توكله امراة ان يزوجها
من ابنه الصغير او اصيل ووكيل بان توكله امراة ان يزوجها من نفسه او ولي
واصيل بان يزوج ابنة عمه من نفسه فهذه الوجوه الخمسة جايزة وقال
الشافعي يجوز في الولي من الجانبين بان يكون جد الزوجين او سيد الزوجين
او سلطانا في احد الوجهين ولا يجوز في الوكيل لان في المولي ضرورة اذ العقد
لا يباشره غيره بخلاف الوكيل ولنا انه سفير ومعبر والمانع منه في البيع
رجوع الحقوق الى عاقد فيجري فيه التمانع لان الواحد لا يكون مطالبا ومطالبا
في حق واحد والحقوق في النكاح لا ترجع اليه فلا يمانع وحيث تولى طرفي
العقد فقوله زوجتني يتضمن الشطرين فيستغني عن القبول ص واقرار
الولي والوكيل وولي العبد بالنكاح غير نافذ لا ببينة وينفذ في الامة
ش قال ابو حنيفة اذا اقر الولي بالنكاح على الصغير لم يصدق الا ببينة
وقالا يصدق وعلى هذا الخلاف لو اقر الوكيل على موكله او المولى على عبده
لهما انه اقر بما يملك انشاءه فلا يكون متهما فيه فيصدق كاقرار الولي به على
امته ولابي حنيفة ان هذا اقرار على الغير فيكون شهادة فلا يكتفى بقول
الفرد لان الانشاء لا يصح الا بحضرة المشهود والاقرار لو صح بدون الشهادة لكان فوق

الانشا فلا يجوز بخلاف الاب لان ذلك اقرار على نفسه لان منافع بضعها
له ولو كان الوكيل ذميا قيل يملك الانشا بغير بينة فيملك الاقرار به وقيل
لا يملك الانشا الا ببينة فلا يملك الاقرار به الا ببينة ثم على قول الامام
الولي يقيم بينة الاقرار على من قالوا ينصب القاضي خصما عن الصغير حتى
ينكر فتقام البينة على المنكر حتى اذا اقر الاب باستيفا بدل الكتابة من
عبد ابنه الصغير لا يصدق الا ببينة فينصب القاضي خصما عن الصغير فيقام
عليه البينة ص ويجبر عقد الفضولي من جانب موقوفا ش قال علماؤنا
ينعقد نكاح الفضولي ويتوقف ان لحقته الاجازة جاز او الرد بطل وقال
الشافعي رضي الله تعالى عنه لا ينعقد اصلا لان العقد انما يراد لحكمه والفضولي
ليس بقادر على ذلك الحكم فبلغوا ولنا ان ركن التصرف صدر عن اهله
لانه حق المتعاقدين مضافا الى محله قابلا لحكمه فيتم الانعقاد لعدم الضرر
على الغايب من حيث انه غير لازم فيتم الانعقاد صونا لكلام المتعاقدين
عن الالغا وتوقف حكمه على الاجازة دفعا للضرر عنه وقد يتراخى حكم
العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار مضافا الى محله فيصح كيلا يلزم الحاق
الانسان بالبهايم والجمادات وانما يتوقف كيلا يلحق الضرر بالغايب وعلى
هذا الخلاف كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد
موقوفا ومالا مجيز له يبطل كما اذا كان تحته حرة وزوجه الفضولي
امه او اخت امراته وكان تحت اربع لشوه فزوجها الفضول خامسة
فان العقد يقع باطلا في هذه الصور ولا يتوقف على اجازة احد ولو زال
المانع بان ماتت امراته واجاز العقد لا يجوز وكذا لو زوجه خمسا في
عقد واحد ليس له ان يجيز في بعضهن ص ويجيزه من جانبين وتصح ش

الفضوليين

الفضوليين ش لا يجوز ان يكون الواحد فضوليا من جانبين ولا فضوليا
من جانب اصيلا او وكيلا او وليا من جانب خلافا لابي يوسف في الجميع
واصله ان شطر العقد هل يتوقف على ما وراء المجلس فعند ابي حنيفة
ومحمد لا يتوقف وعند ابي يوسف اخرا يتوقف له ان كلام الواحد في النكاح
يقوم مقام كلامين والشخص الواحد يقوم مقام شخصين ولهذا لو كان مامورا
من الجانبين يجوز فان لم يكن مامورا يتوقف لان تاثير الاذن في النفوذ لا في
جعل غير العقد عقدا كما اذا جرى ذلك في فضوليين او بين فضولي وغيره
فاذا اجازه نفذ لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وصار هذا
كما لو قال الزوج خالعت امراتي وهي غايبة على كذا فبلغها فقبلت جاز
وكذا الطلاق والعتاق على مال بخلاف البيع لانه لو صدر عن اذن لم يصح
فيكون الاذن اولى ولهما ان الصادر من الواحد شطر العقد فلا يتوقف
على ما وراء المجلس كما اذا كان اصيلا بخلاف ما اذا كان وليا من الجانبين
لانه صار كل العقد حكما لحق الولاية ولهذا لا تحتاج فيه الى القبول فصار
كشخصين وكلامه كلامين فينتقد على اعتبار وجود الكلامين لا على اعتبار
كلام واحد وانما جعل الكلام الواحد كلامين ولا يدل ذلك على انه
كلامين عند الله على المتكلم حقيقة وانه باعتبار الحقيقة بعض
العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وهذا لانه لا بد من بقا الكلام حتى يتصل
به القبول فيصير عقدا معتبرا ولا بقا للكلام حقيقة لانه عرض يتلاشى
ويضمحل وانما يبقا باقيا ببقا حكمه فمتى افاد حكما يبقى باعتباره فتعمل
فيه الاجازة والا فلا والعقد التام له حكم وبعض العقد لا حكم له وبخلاف
المامور من الجانبين لان عبارته تنتقل اليهما وصارت قايمة مقام عبارتهما

فكان تمام العقد ما بين معني وهذا لا ينتقل عبارته اليهما لان الانتقال
بالامر وهو غير مامور به فبقيت عبارته مقصوره عليه فكانت للعقد
بخلاف الخلع والطلاق والعتاق لان ذلك يمين من جانب الزوج والمولى
ولهذا لا يملكان الرجوع عن الايجاب واليمين حكما فيبقى حكما ويمين ان يجعل
النكاح تعليقا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يلزم على هذا بطلانه
بقيامها لانه من جانبها معاوضة ولهذا جاز الشرط من جانبها وما جرى بين
الفضوليين او بين الفضولي وغيره عقد تام بوجود الايجاب والقبول
ولا يلزم من جواز الشرط واما العقد بين فضوليين بان يوجب احدهما
ويقبل الاخر وهذا ينعقد بالاجماع بين اصحابنا لانه عقد تام والله اعلم

فصل في المهر لما ذكر ركن النكاح وشرطه وما هو في معنى الشرط شرع
في بيان حكمه وهو وجوب المهر لان المهر موجب النكاح **ص** يصح بغير تسمية مهر
ش اي يصح النكاح بدون تسمية مهر وكذا مع نفيه لان النكاح موضوع للاطعام
والازدواج لغة وذلك يتم بالزوجين فلا يشترط فيه ذكر المهر لانه عوض
زائد واما وجب لخطر المحل فلم يكن في ترك التسمية تغيير مقتضى العقد
فلا يفسد بخلاف البيع فان الثمن فيه عوض لصلي اداة تمليك شيء بشيء لغة
وتمليك مال بمال شرعا وفي ترك تسمية الثمن تغيير مقتضى البيع لغة وشرعا
فيفسد **ص** ولا ينقصه عن عشرة دراهم **ش** قال علماؤنا اقل المهر
عشرة دراهم سواء كانت مضروبة او غير مضروبة حتى يجوز بعشرة
تبرا وان كانت قيمته اقل بخلاف نصاب السرقة وقال الشافعي رضي الله
ما جاز ان يكون مهرا استدلالا بما روي ان عبد الرحمن بن عوف جاء الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال رسول الله صلى الله عليه

كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له عليه الصلاة والسلام
اولم ولو بشاة رواه الجماعة وعن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من اعطى في صداق امراة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو
داود وعنه صلى الله عليه وسلم انه قال في حديث سهل بن سعد الساعدي التمس
ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال صلى الله عليه وسلم هل معك شيء
من القران قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال صلى الله عليه
ملكتكها بما معك من القران ويروي انكحتكها وزوجتكها ولانه عقد معاوضة
فيكون تقديرا العوض فيه الى المتعاقدين كالبيع والاجارة واعتباره
بالاجارة اشبه لكون المهر بدل المنفعة **ولنا** ما روي ابو بكر الرازي باسناده
عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا يزوج النسا الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة
دراهم رواه الدار قطني ايضا وعن علي رضي الله عنه انه قال اقل ما تستحل
به المراة عشرة دراهم ذكره البيهقي وابو عبيد وابن عبد البر وان المهر حق الله
تعالى ولهذا لا يملك اسقاطه فيكون تقديره الى الله تعالى كسائر حقوقه من الصلاة
والصوم والزكوة واما حديث عبد الله فلا حجة له فيه لانه ذكر انه ساق
زنة نواة من ذهب والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وعند احمد بن حنبل
ثلاثة دراهم وربع ثلث وهي تزيد على دينارين فكيف يحتج به على ما قاله
واما حديث جابر فمحمول على المهر المعجل اذا كانت عادتهم تعجيل بعض
الصداق قبل الدخول وهو نظير قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه
لما تزوج فاطمة واراد البناء اعطيتها شيئا فقال على ما عندي شيء فقال
عليه السلام اين درعك الحطيمية وفي رواية اعطاها درعه

ومعلوم ان مهرها كان غير ذلك في ذمة علي وهو اربع ماية درهم واما قوله
عليه الصلاة والسلام ملكتكها بما معك من القران فليس فيه دلالة على جعل
القران مهرا ولهذا لم يشترط ان يعلمها وانما قال بما معك اي بسبب ما معك
من القران كحديث ام سليم وفيه وكان صداق ما بينهما الاسلام الا وهو لا يصلح
مهرا بالاجماع ولانه حق الشرع وجوبا وتقديرا اما وجوبا فكقوله تعالى واحل
لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم وان والفعل في تقدير المصدر فصار تقدير الاية
والله اعلم واحل لكم ما وراء ذلكم الابتغا وفيها تقديم وتاخير لان الابتغا
مفعول احل فصار التقدير واحل لكم الابتغا والبا للالصاق فقد الصق
المال بالابتغا الذي هو الطلب اينما وجد ولكن ذكره ليس بشرط وانما وجب
شرعا لان البضع عظيم الخطر شريف القدر لانه محل خلق الادمي المكرم
ولهذا لا يثبت الملك فيه بدون الشهود والرضا فتملكه بغير عوض يفضي
الى الاهانة لان المراة بغير مهر تهون في عين الزوج فلا يصلح تملكه
بدون البضع امانة لخطره ودفعا للاهانة عنها ولهذا كان التصرف
الواقع فيه عاريا عن الملك لا ينفك عن عقوبة او غرامه واما تقديرا
فلقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم والفرض خاص في التقدير والكناية
خاص في ضمير المتكلم فمن لم يجعل اصل المهر مقدرا شرعا وجعله موكولا
الى راي الزوجين فقد ترك العمل بالخاص فيكون اصل المقدر ثابتا
شرعا بلا اختيار الزوجين ومما يقطع شغفهم ان نقول انه شرط في النكاح
ولم يشرع بدونه اظهار الشرف المحل وحقره ولو صلح الفلس وامثاله مما ليس له
خطر مهرا لم يظهر خطره ولجاز بدون المهر اذ ذلك القدر وجوده كعدمه ص
ولو سمى اقل اتممناها وتركنا مهر المثل ش قال علماونا الثلاثة اذا سمى لها

خمسة

خمسة دراهم يكمل لها عشرة ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
فلها خمسة وقال زفر يجب لها مهر المثل ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل
الدخول لان تسمية ما دون العشرة فاسدة فيصار الى البدل الاصلي وجوابه
ان الامهار الى تمام العشرة حق الشرع وما زاد عليها حقها فاذا رضيت بالخمسة
فقد اسقطت ما هو حقها وبعض ما هو حق الشرع فيعمل اسقاطها في حقها
وهو الزيادة على العشرة ولا يعمل فيما هو حق الشرع ولان العشرة لا يتجرد حقا
للشرع وذكر بعض ما لا يتجرد كما لو وكله بالطلاق والعفو عن القصاص واسقاط
الشفعة بخلاف ما اذا لم يسم شيا او سما ما ليس بمال حيث يجب فيه
مهر المثل لعدم رضاها بالقليل وان تزوجها على ثوب يساوي خمسة دراهم
فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب
ودرهمان ونصف ويعتبر القيمة يوم العقد حتى لو كانت قيمة الثوب
يوم العقد عشرة دراهم فلم يسلمه اليها حتى صارت قيمته ثمانية فليس
لها الا ذلك ولو كانت قيمته يوم العقد ثمانية فلم يسلمه اليها حتى صارت
قيمته عشرة فلها ذلك ودرهمان الا انه اذا جا بقيمة القيمي اجبرت
المراة على القبول واذا جا بقيمة المثلي لا يجبر وعن الامام ان في القيمي يعتبر
قيمته يوم التسليم وفي المثلي يعتبر قيمته يوم العقد ص او اكثر وجب
بدخوله او موته او موتها ش اذا سمى مهرا فعليه ما سمى بالدخول او بموت
احدهما لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل فيجب عليه الايفا بالبدل
وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشي بانتهايه يتاكد ويتقرر بجميع مواجبه
ص فان طلق قبل الدخول تنصف ش واذا طلقها قبل الدخول بها
فعليه نصف ما سمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية

فيترك به القياس وهو اما وجوب المهر على الكمال لان الزوج هو الذي
فوت ملك البضع باختياره فلا يكون معذورا في سقوط حقها او سقوطه
اصلا لان البضع عاد اليها سالما ولم يستوف ليجب عليه البدل ص
الا ان تعفو هي فيترك ولم يجيزوه للاب او يعفو فيكمل ش معنى الاستثنا
ان المراة اذا وجب لها نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول فلها ان
تعفو هي عنه فيترك طلبه وهل للاب ان يعفو كالمراة قال علماؤنا
ليس له ذلك خلافا لمالك وهذا بنى على الاختلاف في قوله تعالى فنصف
ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فعندنا هو الزوج
لان عقد النكاح بيده ان شا امسكها وان شا فارقها والعفو عن الفضل
ومعناه والله اعلم الواجب هو النصف الا ان تتفضل المراة فتترك الكل
او الزوج فيعطي الكل وعند مالك الذي بيده عقدة النكاح هو العاقد
وهو الاب فالتقدير الا ان تعفو هي او الاب ص ولا متعة لها ش
لا متعة للمطلقة قبل الدخول بعد التسمية لقوله تعالى فنصف ما فرضتم
جعل الجزا نصف المفروض فلا يجب لها شي اخر وهو المتعة وهل يستحب
قيل لا يستحب وهو اختيار القدوري وقيل يستحب وهو اختيار
شمس الايمة في مبسوطه وصاحب الحصري المختلف ص وان لا يسلم او شرط
ان لا مهر يوجب مهر المثل بالعقد لا بالدخول ش قال علماؤنا اذا تزوج
المراة ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها يجب مهر مثلها بنفس
العقد دخل بها ام لم يدخل مات عنها ام لم يمت وقال الشافعي انما يجب
المهر بالعرض على الزوج او بالوطي حتى لو مات احدهما قبل الفرض والدخول
لم يجب مهر المثل في الاظهر وتسمى هذه مسئلة المفوضة والصحابة مختلفون

فيها

فيها فالشافعي اخذ بقول علي وابن عمر وزيد بن ثابت ومذهبنا قول
ابن مسعود وقضايه وشهد ناس من اشجع منهم معقل ابن سنان ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الاشجعيه بمثل قضايه ففرح
ابن مسعود لموافقة رايه قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم وبروع بكسر
الباا اشهر من فتحها والمسئلة بنايا على ان المهر عندنا حق الشرع ابتدا
وحقها بقا لان منافع البضع حق الله تعالى حتى اذا استوفيت بغير عقد
وجب الحد ولها فيها حق حتى كان بدلها لها فيملك ابراه بقا لحقها ولا يملك
نفيه ابتدا لحق الشرع وفي المهر حقوق ثلاثة حق الشرع بان لا يكون اقل
من مهر مثلها وحق المراة بان يكون ملكا لها وحق الشرع والاوليا يعتبر
وقت العقد لا البقا وعند الشافعي رضي الله عنه حقها ابتدا وبقا فيملك
النفي ابتدا والاسقاط بقا ص وان طلقها قبله اوجبوا المتعة فيجب درع
وخمار وملحفة باعتبار حاله ش قال علماؤنا اذا تزوج امراة ولم يسم
لها مهرا وعلى ان لا مهر لها ثم طلقها قبل الدخول يجب لها المتعة وقال مالك
تستحب ولا تجب لان الله تعالى علق ذلك بالمحسنين فقال وللمطلقات
متاع بالمعروف حقا على المحسنين ولو كانت واجبة لما علقت بهم اذ الواجب
لا يتفاوت الى من يجب عليه محسنا كان ام غير محسن ولنا قوله تعالى
ومتعوهن على الموسع قدره الاية والامر لتسميتها حقا وكلمة على تقتضي
الايجاب على ما عرف التاكيد ولانه عقد معاوضة فاذا صح وجب العوض
كالبيع ووجوب على المحسنين لا ينفي الوجوب عن غيره كقوله تعالى انما
انت منذر من يخشاها ولا تجب المتعة الا في الطلاق قبل الدخول
عند عدم التسمية وعند التسمية وقالوا المطلقات اربع مطلقة قبل الدخول

والتسمية يجب لها المتعة عندنا خلافا لمالك كما قدمنا ومطلقه بعد الدخول
والتسمية ومطلقة بعد الدخول قبل التسمية فيها بان يستحب لها المتعة
بلا اختلاف ومطلقه قبل الدخول بعد التسمية فقيل لا يجب لها المتعة
ولا تستحب وقيل تستحب والمتعة ثلاثة اثواب درع ومقنعة وملحفة
هكذا فسر ابن عباس رضي الله عنه قوله تعالى ومتعوهن فالدرع يستر
البدن والخمار يستر الراس والملحفه تلبسها للخروج ان احتاجت اليه والاصل
في ايجابها نظر لي في الشرع وهو الكسوة في حال النكاح قالوا هذا في دياركم
اما في ديارنا فينبغي ان يجب اكثر لان الناس في العادة اكثر فيزاد عليها
ازار ومكعب وذكر الكرخي ان المتعة معتبرة بحالها ان كانت سفله
من الكرباس او وسطه من القز او موفقه الحال من الابريسم لانها واجبة
قائمة مقام مهر المثل يعتبر بحالها لا بحاله كما في المتعة وهو الصحيح لقوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اعتبر حاله لا حالها ولا اعتبار للتعليل
في مقابلة النص ص ولا يزاد على نصف مهر المثل ش والمتعة شرعت
عوضا عن البضع كمهر المثل وقال الشافعي شرعت صلة لنفي وحشة الفراق
ويظهر هذا الاختلاف في مسئلتين احداهما ان المتعة لا تزاد على نصف
مهر المثل عندنا لان مهر المثل لما كان هو العوض الاصلي وتعذر تنصيفه
لجهالته تصير المتعة خلفا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف الاصل ولا ينتقص
من خمسة لان المهر لا يكون اقل من عشره فنصفه لا يكون اقل من خمسة
وعند الشافعي تجب بالغة ما بلغت لانها شرعت صلة لنفي وحشة الفراق
السابق ان المطلقة بعد الدخول لا تستحق المتعة لكل مطلقه لان التسمية
في نكاحها لان المتعة شرعت عنده صلة لنفي وحشة الفراق فجاز الجمع بين

المهر

المهر والمتعة ص وان فرضه بعد العقد يوجبها لا نصفه ونحكم به في قول
وبها في اخر س قال ابو حنيفة ومحمد اذا تزوج امراة ولم يسم لها مهرا
في العقد ثم فرض لها او فرضه الحاكم فخلا لها ان دخل بها او مات عنها
وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وقال الشافعي وهو قول ابي يوسف
الاول لها نصف العروض كقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولا فصل فيه بين
المعوض في العقد وبين المعوض بعده ولنا ان هذا المعوض يتعين للوجوب
بالعقد وهو مهر المثل وانه لا ينصف فكذا ما نزل منزلته والنص مطلق فينصرف
الى المتعارف والمتعارف هو المفروض في العقد لا بعده فلا ينتصف
المفروض بعده ص وان زادها بعد العقد لزمه او حطت هي صح ش اذا
تزوج امراة بمهر ثم زاد بعد العقد في المهر شيئا لزمه ويلتحق باصل العقد
لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة وتسقط بالطلاق
قبل الدخول وقال ابو يوسف لا ينتصف مع الاصل لان المسمى بعد العقد
مثل المسمى في العقد فتنصف الزيادة والاصل ولهما ان النصف
يتعلق بالاصل دون الزيادة لان المفروض في العقد هو المتعارف وان
حطت من مهرها شيئا ويلتحق باصل العقد لانه خالص حقها بقاء واستيفاء
فتملك حطه كسائر الحقوق ولا يشترط الشهود في الزيادة ويشترط
القبول في المجلس في الاصح ولو تزوج امراة بالف ثم جدده بالفين
ذكر الامام جواهر زاده ان الزيادة لا تلزم وعلى قول ابي يوسف يلزم
ومنهم من ذكر الخلاف بالعكس ومنهم من اختار انه لا يلزم لانها ليست بزيادة
لفظا ولو ثبت انما يثبت في ضمن النكاح فاذا لم يصح النكاح لم يصح ما في ضمنه
مهر مثلها الف فاصطلحا على الفين صح في حال قيام النكاح كانه زادها الفا

كالعقد الطلاق قبل الدخول او بعد الموت مع الورثة لتعذر زيادة الدين
ص ونصف الزيادة بعد قبض المسمى فاسقطاها ش قال ابو حنيفة
وابو يوسف الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع التنصف بالطلاق قبل
الدخول فترد قيمة الاصل يوم قبضت وقال محمد رحمه الله تعالى لا تمنع
فيتنصف الكل لان تنصف الاصل واجب بالطلاق قبل الدخول والزيادة
تابعة بالاصل تابعة له فيتنصف بتنصفه ولهما ان الزيادة غير مفروضة
في العقد لا حقيقة ولا حكما فلا يمكن تنصيفها ولا تنصيف الاصل بدونها خلاف
ما قبل القبض وعلى هذا الاختلاف الزيادة المتصلة في البيع اذا اختلفا
تمنع التحالف عندهما خلافا لمحمد والزيادة اما قبل القبض او بعده فان كانت قبله
فاما متصلة بالاصل او منفصلة والمتصلة اما متولدة من الاصل كالسمن
او غير متولدة منه كالثوب اذا صبغ والمنفصلة اما متولدة من الاصل كالولد
او في حكم المتولد كالارش واما غير متولدة منه كالكسب فالمتولدة وما هو في
حكمها فهو مع متصلة كانت او منفصلة حتى لو طلقها قبل الدخول ينصف
الاصل والزيادة وان كانت غير متولدة ان كانت متصلة يمنع التنصيف
وان كانت منفصلة فالزيادة لبيت تمر فكلها لها عند الامام خلافا لهما
وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت متصلة متولدة ذكر فيه الخلاف
وان كانت متصلة غير متولدة يمنع التنصيف وان كانت منفصلة متولدة
من الاصل منع التنصيف خلافا لزفر وان كانت منفصلة غير متولدة من
الاصل فهي لها خاصة والاصل بينهما نصفان ص ولو امهر عبدا فقبضته
ثم طلقها فاعتقه قبل رد النصف بحكم او تراض فعيناه او هي افتداه
في كله لاني نصفه باعتاق كل منهما ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوج
امراة

امراة على عبد بعينه وقبضته ثم طلقها قبل الدخول بها ثم اعتقه هو
او هي نفذ اعتاقها لا اعتاقه الا بالقضاء برد نصفه او بالرضا وقال زفر
ينفذ اعتاق كل منهما في نصفه لان الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف
المهر واعادة نصفه الى ملك الزوج ولنا ان ملكها بعد القبض ثابت فيه
من كل وجه والطلاق قبل الدخول يجب نقضه في النصف فلا ينتقض الا
بالقضاء او الرضى فينفذ اعتاقها في الكل وعليها نصف القيمة للزوج سواء
كانت موسرة او معسرة لانه ضمان عجز عن تسليم ما وجب تسليمه لا ضمان اعتاق
ولا ينفذ اعتاقه لانه اذا اعتق لم يكن فيه ملك ولا سبيه ص ولو رهن
عندها ما يساوي المهر ثم طلقها قبل الدخول فهلك جعلناه بنصفه لا كله
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوج امراة على مهر ورهن به عند الزوج
رهنا يساوي قيمة صداقها ثم طلقها قبل الدخول ثم هلك الرهن فلا شيء
عليها وقال زفر عليها نصف المهر وهذا بناء على ان الراهن متى برئ من
الدين من غير ادا يصير الرهن امانة في يد المرتهن عند علمائنا الثلاثة
وعند زفر يبقى مضمونا عليه والمسئلة تتوقف وهو انه لو دخل بها ثم هلك
الرهن قبل الطلاق او بعده فلا شيء لاحدهما على الاخر ان كانت قيمة
الرهن مثل المسمى او اكثر لانها بهلاك الرهن استوفت المسمى حكما وان كانت
اقل من المسمى رد ت على الزوج بتمام المسمى لانها استوفت بعضه وان طلقها
قبل الدخول بها ثم هلك الرهن قبل القبض وقيمته مثل المسمى او اكثر رجع
عليها بنصف المسمى لانها استوفت بهلاك الرهن كل المسمى فترد نصفه
بالطلاق قبل الدخول وان كانت اقل من المسمى ان كانت مثل نصف
المسمى فلا شيء لاحدهما على الاخر لاستيفائها قدر حقها وان كانت اكثر من نصف

المسمى ردت عليه الفضل لانها استوفت قدرها وزيادة فترد الزيادة
وان هلك الرهن بعد الطلاق وقيمته مثل المسمى او اكثر فلا شيء لواحد منهما
على صاحبه وقال زفر يرجع عليها بنصف المسمى وان كانت قيمة الرهن
مثل نصف المسمى او اكثر فلا شيء لواحد على صاحبه وعند زفر يرجع عليها
بما زاد على النصف لان المرتهن عنده لم يبرأ من ضمان ما زاد على نصف المسمى
وعندنا يبرأ ص وان رهن بمهر المثل ثم طلقها قبله يبطله وجعله رهنا
بالمتعة ش قال ابو يوسف اخرا اذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا
فوجب مهر المثل فرهن الزوج به شيئا وقبضه ثم طلقها قبل الدخول
بها لا يكون رهنا بالمتعة خلافا لمحمد لابي يوسف انها دينان مختلفان
لان مهر المثل دراهم او دنانير والمتعة ثياب ولهذا لا يصير الكفيل بمهر
المثل كفيلا بالمتعة ولمحمد ان المتعة تجب خلفا عن مهر المثل لانها
تجب عند عدمه قائمة مقامه كالرهن بالسلم فيه يكون رهنا
برأس مال السلم لو انفسخ السلم وكالرهن بالمغصوب القايم يكون
رهنا بقيمته لو هلك في يد الغاصب والرهن بالمهر المسمى بنصفه اذا
طلقها قبل الدخول هكذا قالوا الخلاف بينهما في المحيط وجعل في المنظومة
وشروحها قول الامام مع محمد ص وان امرها الفاسلم نصفه ثم وهبته
النصف ثم طلقها قبله يرجع بنصف الالف ش رجل تزوج امرأة على الف
فقبضتها ثم وهبته خمس مائة ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسمائة
لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما استوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في العقود والفسوخ ص ولو امرها الفاسلم نصفه ووهبت المرأة النصف
الباقي في ذمته ثم طلقها قبل الدخول فرجوعه بنصف ما قبضت

باطل

باطل ش ولو تزوجها على الف فقبضت خمسمائة ثم وهبت النصف
الباقي له ثم طلقها قبل الدخول بها قال ابو حنيفة لا يرجع عليها بشيء وقالا
يرجع بنصف المقبوض لان هبة بعض ما لا يتعين حط من الاصل ويلتحق
باصل العقد كما في الثمن ان مقصود الزوج حصل له بسلامة النصف له بغير
عوض فلا تستوجب الرجوع عند الطلاق والحط وان صح لكنه بمنزلة الابراء
لا يلتحق باصل العقد كما ان الزيادة تلزم الزوج ولا يلتحق باصل العقد لانها
لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول وهذا بخلاف البيع فان الحط والزيادة
فيه يلتحقان باصل العقد لان عقد البيع اثبات الملك فيحتمل الفسخ بالاقالة
فكانها فسخا العقد الاول وجدد العقد من بعد بالاقل او الاكثر اما النكاح
فمن باب الاسقاط فلا يقبل الفسخ بالاقالة فلا يلتحق باصل العقد ص
ولو كان دينا فوهبته قبل القبض او عينا فوهبته منه مطلقا سقطا
من الزوج بالنصف ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوج امرأة على الف
درهم او دينار فوهبتها منه قبل قبضها او تزوجها على عوض او حيوان معين
فوهبته له قبل القبض او بعده وهو معنى الاطلاق ثم طلقها قبل الدخول
لا يرجع الزوج عليها بشيء استحسانا وقال زفر وهو القياس يرجع عليها
بنصف قيمة ذلك العين او العوض لان الزوج بالطلاق قبل الدخول
استحق نصف المهر وقد وصل اليه المهر بسبب اخر ولنا انه وصل اليه
غير حقه اذ بالطلاق قبل الدخول تبين ان النصف مستحق له من الاصل
ولا معتبر باختلاف السبب عند حصول المقصود ولهذا قلنا في المهر العين
بان كان المهر نصابا من السايمة بعينها وحال عليها الحول ثم طلقها قبل
الدخول لا زكاة عليها لان بالطلاق قبل الدخول تبين فيها الشركة تنبيه

الدراهم والدنانير دين على الاطلاق والعروض والحيوان عين على الاطلاق
والمكيلات والموزونات ان وصفت دين والاعيان والعين المردوده الى
الزوج بالهبة قبل الطلاق تكون عين حقه قبل القبض وبعده لتعينه
بالعقد او بالرد فلا يرجع بشيء والدين المردود ان كان قبل القبض يكون عين
حقه فلا يرجع بشيء وان كان بعد القبض لا يكون عين حقه فيرجع بنصف
المقبوض والمهر امادين كالنقود مطلقا والمكيلات والموزونات في الذمة
او عين كالعبد المعين والفرس المعين قبل القبض وبعده ففي الفصول
كلها لا يرجع بشيء عندنا الا في الدين بعد القبض وعندز فيرجع بالنصف
ص ولو سمى خمرا او خنزيرا صح النكاح ووجب مهر المثل ش وان تزوج مسلم
على خمر او خنزير او حر او دم او ميته جاز النكاح لان العقد يصح من غير
تسمية مع فسادها اولي ولها مهر المثل لانه لما سمي ما ليس بمتقوم صار
كانه سكت عن التسمية ص أو هذا العبد او الخل فكان حرا او خمرا فلها
مهر المثل وتحكم بقيمة الحر لو كان عبدا ومثل الخمر خلا ووافق الاول في الاول
والثاني في الثانية ش رجل تزوج امراة على هذا العبد فكان حرا او على
هذا الدن من الخل فاذا هو خمر والتسمية فاسدة ولها مهر المثل عند الامام
فيها لان الاشارة في التعريف ابلغ من التسمية لانها تحضر العين وتقطع الشركة
فتعلق العقد بها كما لو نص على الحر والخمر فيجب مهر المثل وقال ابو يوسف
التسمية صحيحة ولها قيمة الحر لو كان عبدا ومثل دن الخل خلا لانه اطعمها
فيما هو مال وقد عجز عن تسليمه فيجب القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل
كما لو تزوج على عبد فهلك قبل التسليم وقال محمد يجب لها مهر المثل
في الحر لانها جنس واحد لا يفارق منافعها فكانت الاشارة اقوى وفي الخمر

مثله

مثله خلا لانها جنسان لاختلاف منافعها فتعلق العقد بالتسمية ص أو على
هذين العبدين فكان احدهما حرا فالعبد هو المهر ان ساوى عشرة دراهم
ووجب معه قيمة الحر عبدا وحكم بالعبد فان نقص عن مهر المثل تمم
ش رجل تزوج امراة على هذين العبدين فاذا احدهما حر قال ابو حنيفة
العبد الباقي هو المهر وليس لها غيره الا ان ينقص قيمته عن عشرة
دراهم فلها تمام العشرة لان التسمية لغت في حق الحر وصحت في حق العبد
ووجوب المسمى وان قل منع وجوب المهر ادها لاجتماعهما وقال ابو
يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطعمها في سلامة العبدين
وعجز عن تسليم احدهما فوجبت قيمته وقال محمد وهو رواية عن الامام
لها العبد تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا
حرين وجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا وجب العبد ويبلغ تمام
مهر المثل لانها لم ترض باحدهما وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على هذين
الدنين من الخل فاذا احدهما خمر ص او على هذا الخمر او الميته فكان
خلا او ذكيه فلها مهر المثل في رواية والمشار اليه في الاصح كما ينبغي به وافتي
بالمذكاة ومهر المثل في الخمر ش ولو سمى حراما واشار الى حلال وروي
محمد عن الامام انه يجب مهر المثل لان التسميه قد فسدت بذكر الحرام فوجب
مهر المثل وفي ظاهر قول الامام لها المسمى والمشار اليه لانه يعتبر الاشارة
ويلغي التسمية والمشار اليه يصلح مهرا وفي شرح الجامع الصغير للكرخي
من تزوج امراة على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او على هذه الشاة
الميته فاذا هي ذكيه او على هذا الحر فاذا هو عبد روي ابو يوسف
عن ابي حنيفة ان لها المشار اليه وهو قوله قال وهذا من ابي حنيفة

ترك اصله يريد به انه اعتبر الاشارة في المسايل المتقدمة حتى اوجب مهر
المثل لان المشار اليه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال وفي هذه المسايل المشار اليه
يصلح مهرا لانه مال ولم يعتبر الاشارة واوجب مهر المثل قال الكرخي وهو رواية
ابي يوسف صح حتى لا يلزم اباحنيفة ترك اصله وذكر ان عند محمد في العبد
والذكية لها المشار اليه وفي الخمر لها مهر المثل لان بين الحر والعبد والذكية
والميتة اختلاف وصف فيتعلق الحكم بالمشار اليه وبين الخمر والخل اختلاف
ذات لاختلاف منافعها فيتعلق الحكم بالتسمية ص او على هذه الثياب
العشرة فكانت تسعة في المهر وحكم بها فان نقصت عن مهر المثل تمم ش
قال ابوحنيفة اذا تزوج رجل امراة على هذه الثياب العشرة فاذا هي
تسعة فهي لها وباقي لها غيرها وقال محمد ان زادت هذه التسعة على
مهر المثل اوساوته فهي لها وان نقصت عنه فعليه التسعة وتمام مهر
المثل لانه تزوجها على الاثواب العشرة فمتى لم تكن عشرة اختل رضاها
اذ الرضى بالعشرة لا يكون رضى بالتسعة يجب مهر المثل والتسعة من جملة
ما رضيا بكونها مهرا تسلم لها وعليه تمام مهر المثل ولابي حنيفة ان التسمية والاشارة
اذا اجتمعا اعتبرت الاشارة فيكون المشار اليه مهرا لوجوب المسمى وان
قل ممنع اعتبار مهر المثل بخلاف هذه الاثواب العشرة لانها مروية فاذا هي
تسعة فلها هذه الزيادة واخر هروي وسط لان الاثواب الموصوفة بكونها
هروية والثواب الموصوف يجب مهرا وان لم يكن عينا والمطلق لا يجب اذا
لم يكن مشارا اليه والعاشر لم يكن مشارا اليه فلا يجب وان تزوجها على
هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر قال محمد تعطيها عشرة اثواب
ايما شات وقال الامام ان كان مهر مثلها مثل اجودها وزيادة فلها اجود

العشرة

العشرة ممن تزوج على احد هذين الثوبين او العبدين ص او على ثوب
موصوف في الذمة فاتى بقيمته اجبرناها على القبول وحكم به ان اجل
وعدم الاخبار مروي وهو الاصح ش رجل تزوج امراة على ثوب
فان لم يصفه واتى بعينه او بقيمته اجبرت المراة على القبول كالعبد المطلق
لان الثوب اذا لم يكن موصوفا لم يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا وصحة هذه
التسمية باعتبار المالية والعين والقيمة سواء في المالية وان وصف
الثوب واتاها بالقيمة اجبرت على القبول وعن ابي يوسف ان ذكر الاجل
اجبر على تسليمه والا فلا وقال زفر لا يجبر كما لو تزوجها على ثوب
معين ثم اتى بالقيمة لا يجبر لابي يوسف ان الثوب لا يكون دينا في الذمة
الا موجلا الا ترى ان الثياب تمنع استقراضا ويصح السلم فيها لوجوب
كون القبض حالا والسلم موجلا وزفر يقول ان الثوب بالوصف التحق بالمثلي
ولهذا جوز السلم فيه واختاره بعضهم ولنا ان الثوب وان ثبت في الذمة
دون الحيوان الا انه يستحق بدلا عما ليس بمال والحيوان يثبت في الذمة
بدلا عما ليس بمال فانه يجب في الذمة من الابل وفي الجنين غرة عبدا وامة
فاذا جاز فيه جاز في الثوب ايضا لانه مال يلتزمه ابتدا والجهالة لا تمنع
صحة الالتزام فانه يصار فيه الى الوسط عند الاطلاق لانه اعدل ثم لما
اجبرت على قيمة الحيوان المعهود لكون الحيوان ثابتا في الذمة بدلا عما ليس
بمال مجبر على قيمة الثوب الموصوف قياسا عليه وذكر في الاصل وهو
الاصح انه يتخير بين تسليمه وتسليم قيمته لانه ليس بمثلي بدليل ان
مستهلكه لا يضمن المثل فصار كالعبد ص او على عبد او فرس منهم يوجب
الوسط او قيمته لمهر المثل ش قال علماؤنا اذا تزوج امراة على عبد

مهم اوفرس مهم صحت والواجب هو الوسط ما سمي او قيمته الوسط فانهما
احضر اجبرت على القبول وقال الشافعي لا يصح التسمية فالواجب مهر المثل
لان العوض بجهالة يفسد التسمية كالثمن ولنا ان الجهالة يسيرة لانها
جهالة وصف فتحتمل في النكاح كجهالة مهر المثل وانما يجب الوسط نظرا
للجانبين وانما يعرف الزوج لان الوسط انما يعرف بالتقويم فتنزل تسليم
قيمته منزلة تسليم عينه والعبد الوسط في زمننا ادني التركي وارفع
الهندي ويعتبر فيه الوسط على اقدر غلا السعر والرخص عندها وهو
الصحيح والامام قدر باربعين دينارا في السود وخمسين في البيض لان المهر
بمعنى العوض وقيل لما شاهد في زمنه وهانقيا الفتوى على الازمنة
والامكنة ص او ثوب وجب مهر المثل ش يجب مهر المثل ان سمي ما يتبع على
اجناس تختلفه كالثوب والدابة لانه جنس مجهول فلو ذكر جنسه فقاك
هروي صحت التسمية وجبر الزوج لما بينا ص او على عبد فاكتب اكتسابا
قبل القبض وطلقها قبل الدخول بالاكساب لها ونصفها مع العبد ش
تزوج امراة على عبد بعينه فاكتب اكتسابا قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول
بها ترد اليه نصف العبد بلا خلاف والحب كله لها عند ابي حنيفة وقالا
ترد عليه نصف الاكساب ايضا لان الحب تبع للاصل كالولد ولابي حنيفة
ان الاكساب حدثت على ملكها وليست بمهر حقيقة لان النكاح لم يعقد
عليها ولا حكما لانها ليست من اجزاء العبد فلم يثبت فيها حكم العقد بخلاف الولد
فانه من اجزائه فكان من المهر حكما والزيادة المتصلة كالسمن والجمال
تنتصف بلا خلاف والمنفصلة كذلك ان كانت متولدة من العين كالولد
او مستفادة بسبب العين كالارش والعقد ص او على دار على ان ترد اليه

الفا

فانما اصاب منها مهر المثل كان مهرا والا لف كان بيعا والشفعة لا تثبت
فيها ش رجل تزوج امراة على دار على ان ترد المراة عليه الفا فقسم
الدار على مهر مثلها وعلى الالف فما اصاب مهر المثل فهو مهر وما اصاب الالف
فهو بيع ولا شفعة في الدار عند ابي حنيفة وقالا الشفعة ثابتة
في المبيع منها لان العقد اشتمل على النكاح والبيع فيصير كل واحد منهما
مجلسه ولابي حنيفة ان الموجود منهما اما ان يكون عقد عقدين او دخل
احدهما في الاخر او بيع مشروط بنكاح او نكاح مشروط ببيع لا سبيل الى
الاول للنهي عن صفقة في صفقة ولا الى الثاني لفساد البيع فتعين
الثالث والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تثبت الشفعة فيه لان
البدل ليس بمال فيه ولانها هو شرط فيه لانه تابع ولان الشفعة لا تثبت
الا في مبادلة مقصودة ولهذا لو باع المضارب دارا وفيها ربح لا شفعة
لرب الدار في حصة الربح لما قلنا ص او على الف ان اقام بها والفين ان
اخرجها فالاول هو الصحيح واجازاها ش رجل تزوج امراة على الف ان
اقام بها وعلى الفين ان اخرجها او قدم شرط الالفين فالنكاح جائز والمعتبر
في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الشرط الاول فان وفى به فلها
المسمى وان لم يف فلها مهر المثل لا يزاد على الاكثر ولا ينقص عن الاقل
وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان وهذا الاختلاف
نظير الاختلاف في مسئلة الاجارة في رجل دفع ثوبا الى خياط وقال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فنصف درهم وعلى هذا الاختلاف لو تزوجها
على الف انه لم يتزوج عليها والفين ان تزوج لابي حنيفة ان الشرط
الاول لا معارض له ولا خطر فانه لو اقتصر عليه صح بخلاف الثاني فانه

يتعلق بانفساخ الاول فيصح الاول ويبطل الثاني ولابي يوسف ومحمد ان كلا
من الشرطين مفيد فيصحان كما في الخياطة الرومية والفارسية ولزفر
ان كلا منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا ص او على اقل من مهر المثل
على ان يطلق ضرتها فان وفي والا امرناه بتكميله ش رجل تزوج
امراة على الف على ان يطلق امراة له اخرى ومهر مثلها اكثر من الف
وفي بالشرط فلها المسمى وان مضت ايام ولم يوف قال علماونا الثلاثة
وجب ان يكمل لها مهر مثلها وقال زفر لا شي لها غير المسمى له ان طلاق الضرة
لا يصلح مهرا فكان شرطا فاسدا والنكاح لا يبال به والتسمية تمنع المصير
الى مهر المثل ولنا انها ما رضيت باقل من مهر المثل الا بشرط مرغوب
فيه وهو خلوص الفراش والقسم لها ولم يحصل فيجب تمام مهر المثل والمسئلة
فيما اذا شرط مع المسمى تطليق الضرة اما اذا تزوجها على الف وعلى طلاق
فلانه فيقع الطلاق على الضرة بنفس العقد لانه اوجب الطلاق عوضا
والعوض يثبت بنفس العقد وفي المسئلة شرط التطليق فلا يقع
ما لم يطلق وان جعل مع الالف ما هو مال بان تزوجها على الف وكراسها
او يهدي لها هدية ان وفي بالشرط فلها المسمى وان لم يف فمهر المثل
لا ينقص عن الف ولو جعل التطليق وحده او الاعتاق مهرا بان تزوجها
على ان يطلق الضرة او يعتق اباها فمهر المثل بكل حال وفي به او لم يوف
ص او على الف او الفين او هذا العبد او ذاك فالمهر ما شابه مهر
المثل وقالا هو الاقل ش قال ابو حنيفة اذا تزوج امراة على الف
درهم او الفين او على هذا العبد او ذاك بحرف الشك فلها اشبههما بمهر
المثل حتى اذا كان مهر مثلها مثل الاعلى او فوقه فلها الاعلى الا ان يرضى

بالادنى

بالادنى وان كان بينهما فلها مهر المثل وقالا لها الاقل بكل حال وله الخيار في
دفع الاعلى اليها لان الاقل متيقن به وهو مسمى فيمنع المصير الى مهر المثل ولهذا
لو طلقها قبل الدخول يجب نصف الاقل ولابي حنيفة ان التسمية لم تصح لجهالتها
فيصار الى الموجب الاصلي وهو مهر المثل ولا ينقص عن الاقل لرضاه ولا يزاد
على الاكثر لرضاها وفي الطلاق قبل الدخول انما يجب نصف الاولين لان الزوج
رضي به وانه فوق المتعة غالبا واصله في الجامع من تزوج امراة على احد
مهرين مختلفين يقضى عند الامام بمهر المثل لا ينقص عن الاقل ولا يزاد
على الاكثر وعندهما يقع على الاقل كما اذا تزوجها على الف حالة ولا ينقص
عن الف نسيئة وعندهما المهر الالف النسيئة ولو تزوجها على الف حالة
او الفين نسيئة عند الامام يجب مهر المثل ولا ينقص عن الاقل ولا
يزاد على الاكثر لكن اذا كان مهر مثلها الفين كان لها الخيار ان شاءت
اخذت الالف الحالة وان شاءت اخذت الالفين نسيئة لانه تعلق بكل
منهما نفع وان كان مهر مثلها الفا فالخيار الى الزوج ان شاء اعطاها هذا وان
شاء اعطاها ذاك لان الواجب هو الاقل وعندهما الخيار الى الزوج في الصورة
الاولى ايضا لانه الاقل عندهما ص او على تعليم القران او خدمتها سنة
وهو حر لا توجبه بل هو مهر المثل وحكم بقيمتها ش ولو تزوجها
على تعليم القران فلها مهر المثل وقال الشافعي لها تعليم القران لقوله عليه السلام
ملكتكها بما معك من القران ويروى انكحتكها وزوجتكها ولا يجوز اخذ
العوض عن تعليم القران والامامة والاذان ولنا ان تعليم القران ليس بمال
والشارع انما شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولان
تعليم القران عبادة فلا يصلح ان يكون صداقا لانه عامل لنفسه وما رواه خبر

واحد فلا يجوز ان يعارض الكتاب ولانه لم يذكر فيه التعليم والسورة
لا تصلح مهرا وتاويله ببركة ما معك من القرآن قالبا للسببية كما روي
ان ابا طلحة تزوج ام سليم على اسلامه وان تزوج امراة على أن
يخدمها قال ابو حنيفة وهو قول ابي يوسف في الاصح الواجب مهر المثل وقال
محمد لها قيمة الخدمة لان المسمى مال لان المنافع ملحقة بالاموال كما في الاجارة الا
انه عجز عن التسليم لما فيه من استخدام الزوج الحر وانه حرام لانه مالكها
قوام عليها بالنص حتى لو استاجرها للخدمة لا يصح لان خدمتها له بعقد النكاح
ويوييه قوله عليه السلام رق وللامام ان خدمة الزوج الحر ليست بمال
حقيقة اذ لا يستحق فيه بحال وانما تصير مالا للضرورة والحاجة عند استحقاق
عينها والانتفاع بها فعند عدم استحقاق عينها لا ضرورة اليها فلا يجعل مالا
فصارت كالخمر ونحوها يجب مهر المثل وان كان الزوج عبدا فلها الخدمة بلا
خلاف لان استخدامه ليس بحرام لانه عرضه للابتذال وملحق بالبهائم
لكونه مالا مملوكا وان تزوجها على خدمة حر اخر برضاه جاز ولها عين
الخدمة في الصحيح لان خدمتها غير محرمة ويرجع على الزوج بقيمة خدمته
وان تزوجها على ان يرعى غنمها او يزرع ارضها لا يصح التسمية في رواية لان
المنفعة ليست بمال واشتراطها من الحر لا يتضمن تسليم المال ويصح في رواية
لانها تاخذ حكم المال بالرعي والعقد من باب القيام بانها وما دل فيه
بخلاف الخدمة اذ عليها تعظيمه ومراعاة حقه وانه ينافيه بالاستخدام
ولهذا لا يستاجر الابن اباه للخدمة ويستاجره لعمل اخر ص ولو اعتقها
على ان يتزوجها بجعله صداقها وافتيا مهر المثل ش قال ابو يوسف
اذا اعتق رجل امته على ان يتزوجها فقبلت فاعتقت فتزوجها ولم يسم لها

مهرا

مهرا يكون عتقها صداقها الا غير وقال ابو حنيفة ومحمد لها مهر المثل لما ابي يوسف
انه عليه السلام اعتق صفيه ثم تزوجها وجعل عتقها مهرها ولان العتق بمعنى
المال بدليل انه يجوز اخذ العوض عنه بان اعتق عبده على مال فجاز ان يكون
مهرا ولهما انه لا وجه الى جعل العتق مهرا قبل العتق لانها امة ولا بعده لانها
حرة ورقبة الحرة لا تصلح مهرا فيجب مهر المثل ولا يلزم من جواز اخذ العوض
عنه ان يكون مالا كالطلاق ص ولو ابت الزمناها بقيمتها ش فلو ابت
التزوج قال علماؤنا الثلاثة يلزمها ان تسعى في قيمة نفسها للمولى وهي
حالة السعاية حرة بالاجماع وقال زفر كاسعاية عليها لانها حرة خالصة
فلا يلزمها سعاية ولنا ان المالك لم يرض بزوال ملكه عنها الا بشرط مرغوب
فيه ولم يوجد فيجب ان ينقض العتق ولم يمكن فترد خلفه وهو قيمتها
كما لو اعتقها على عبد فاستحقها انسان ولو تزوجها على ان يعتق لا يصح لان
النكاح منجز والعتق موعود والنكاح يصادفها وهي مملوكة فيبطل من
تركته اجزنا للبراقين الرجوع في نصيبه ش رجل زوج ابنه الصغير في
صحته وضمن لها عنه الصداق وقبلت جاز ولا يرجع على الابن اذا ادى
استحسانا للعادة الظاهرة ان الاب في مثل هذا يتبرعون الا اذا شرط
الرجوع في الضمان كما لو انفق على ابنه الصغير في طعامه وكسوته لا يرجع
به في مال الصغير الا اذا شرط الرجوع وقت الانفاق للعرف بخلاف ما لو
اشتري لابنه الصغير سوى الطعام والكسوة وبخلاف الوصي والاب بعد
من الاولياء لعدم العادة ولو كان الضمان في الصحة والادا في المرض لا يكون
متبرعا ويحتسب ذلك من ميراثه الابن ولو لم يؤد الاب حتى مات
فهذه صلة لم تتم كالهبة ثم المراة ان شاءت اخذت المهر من الابن وان شاءت

اخذته من تركة الاب وترجع بقية الورثة في نصيب الابن او عليه ان قبض
نصيبه خلافا لزفر له ان هذا الضمان العقد غير موجب للرجوع اذ الاب
اذا ادى في حياته وصحته لا يرجع في مال الابن فلا ينقلب موجبا للرجوع ولنا
انه اذا ادى في مرض الموت او بعد الموت صار متبرعا على وارثه وانه باطل
بخلاف ما اذا حصل في الصحة ولو ضمن في مرضه لا يصح لانه متبرع على وارثه
ومنهم من ذكر الخلاف لابي يوسف مكان قول زفر وليس في عامة الكتب
الاختلاف زفر ص ولم يوجبوه عليه لفقر ولده الصغير س قال علماؤنا
اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر معلوم ولا يضمن ولا مال للابن لا يلزم
المهر الاب وقال مالك يلزمه لان قبوله المهر عنه ولا مال له دليل ضمانه
ولنا انه لم يوجد منه التزام لانفكاك النكاح عن ايفاء المهر في الحال فلم
يكن من ضرورته ضمان المهر ص او الولي صح وتخير في المطالبة س اذا
ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه مكلف ذو ذمة قابلة ضمن ما لا مضمونا للغير
فيصح ولها مطالبتهما كما في سائر الضمانات بخلاف البيع حيث لم يصح ضمانه
بالثمن لانه يودي الى التناقض وهذا بخلافه ص ويعتبر مهر السر وهما العلانية
س رجل تزوج امرأة على مهر في السر ثم تزوجها اكثر في العلانية
سمعة فان اشهد على السر لم تجب الزيادة وان لم يشهد ذكر شمس الائمة
السرخسي ان على قول ابي حنيفة المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة
لها في المهر وعلى قولهما المهر مهر السر وفي شرح مختصر الطحاوي ان على قول
ابي يوسف المهر مهر السر وعلى قول ابي حنيفة ومحمد المهر مهر العلانية
ويكون زيادة على المهر الاول سواء كان من جنسه او من خلاف جنسه غير
انه اذا كان من خلاف جنسه فجميعه يكون زيادة على المهر الاول وان

كان

كان من جنسه فقدر الزيادة على المهر الاول يكون زيادة لابي يوسف
ان البضع ملك بالاول فلا يتصور تملكه بمال اخر وللامام ان اصل العقد
وان كان لغوا لما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا لمن قال لعبده وهو اكبر
سنا منه هذا ابني يعتبر في حق العتق وان الغي في حق النسب ص ولو ابان
مدخولا بها تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول حكم بنصف المهر
واتمام العدة وهما كما له واستينا فها ش قال محمد اذا ابان امرأته
المدخول بها بما دون الثلاث ثم تزوجها في العدة فطلقها قبل الدخول
بها لها نصف المهر واتمام العدة الاولى وقال ابو حنيفة وابو يوسف
لها كمال المهر وعليها عدة مستقبلة لمحمد انها مطلقة قبل الدخول فليس
لها الا نصف المفروض وتمام العدة لانها من مواجب الطلاق الاول
لكن قيام النكاح الثاني كان مانعا من ظهوره فاذا زال ظهر ولهما ان
الوطي قبض وهي بالوطي الاول مقبوضة في يده لبقاء اثره وهو العدة فاذا
عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده ناب القبض الاول عن القبض
المستحق بالثاني كالمكاتب اذا اشتري المغصوب وهو في يده يصير
قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول وقال زفر لها نصف المهر
الثاني والعلة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود
والثانية لم تجب وجوابه ان اسقاط العدة بالكلية يقتضي اختلاط المياه
اشتباه الانتساب لانها اذا طلقت ثانيا بعد الدخول ثم تزوجها
فيتزوجها اخر قبل ان تحيض فلا يعلم فراغ الرحم ص ولو زال عذرتها
بدفع وطلقها قبله فعليه نصفه س قال ابو حنيفة اذا دفع امرأته البكر
فازال عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر وقال محمد لها مهر كامل

لان هذا عمل عمل الوطئ فيوجب تاكد المهر وللامام ان هذا طلاق قبل
الدخول والخلوه فيوجب تشطير المهر بالنص فابو يوسف تبع الامام في رواية
الحسن ومع محمد في رواية ص ولو نكح ثلاثا في عقد فدخل بواحدة وطلق
احداهن ثلاثا والاخري واحدة ومات مجملا فعلي للمدخول بها مهر وبحكم
للثنتين مهر وربع بينهما لا مهر وثلث وافق في رواية ش رجل تزوج
ثلاثا في عقد او عقود دخل بواحدة ثم طلق احداهن ثلاثا وطلق اخري
واحدة ومات من غير بيان فللمدخول بها مهر تام وللاخريين في رواية
الزيادات مهر وربع لكل واحدة خمسة اثمان وفي رواية كتاب النكاح
النكاح مهر وثلث وجه رواية الزيادات ان احدي غير المدخول
بها مطلقة بيقين فسقط نصف المهر والاخري ان كانت مطلقة سقط
النصف الاخر وان لم تكن مطلقة لا يسقط فيسقط نصف النصف فيسقط
من مهرهما مرة نصف ومرة ربع فيبقي لهما مهر وربع ووجه رواية كتاب
النكاح انهن لو كن مدخولا بهن لكان لهن ثلاثة مهور ولو كن غير مدخول
بهن لكان لهن مهران لسقوط مهر تام بالاجابين فينقسم المهران بينهن فينصب
كلا منهن ثلثا مهر ومهر المدخول بها يتم فيبقي للاخريين مهر وثلث
بالطلاقين قيل ما ذكر في الزيادات قول محمد الاخر وما ذكر في كتاب النكاح
قوله الاول وهو قول ابي يوسف ص او واحدة اثنتين وثلاثا
في عقد ومات مجملا قبل الدخول فمتت التركة اربعة وعشرين فتاخذ
الواحدة سبعة والباقي مقسوم علي الزوجتين بضعين وقال للثنتين
ثمانية وللثلاث تسعة ش رجل تزوج امراة في عقد واثنتين في عقد
وثلاثا في عقد ولا يعلم الاول ولم يدخل بواحدة منهن ومات ولم يبين

فيرات الزوجات بثمن علي اربعة وعشرين فللمفرده سبعة لانه ان صح نكاحها
مع الثلاث فلها الربع وان صح مع الثنتين فلها الثلث ومخرج الثلث والربع
اثنا عشر فلها في حال ثلاثه وفي حال اربعة وجب ثلاثة بيقين وسهم
فيه شك فينصف وانكسر بالنصف فضعف فصار اربعة وعشرين وضعف
ما كان لها وهو ثلاثة ونصف بلا خلاف فيصير لها سبعة والباقي بين
الفريقين نصفين وعندهما للثلاث تسعة وللثنتين ثمانية فابو يوسف
اعتبر المنازعة وقال ما زاد علي ستة عشر وهو سهم لا منازعة للثنتين
فيه لانها لا يدعيان الا الثلثين وبقيت ستة عشر استون منازعه الفريقين
فيه فينصف ومحمد اعتبر الاحوال وقال نكاح الثنتين ان صح مع المفرد
فلهن ستة عشر وان لم يصح فلاثني فينتصف ونكاح الثلاث ان صح مع المفردة
فلهن ثمانية عشر وان لم يصح فلاثني فينتصف والامام اعتبر المنازعة وقال
المفردة اذا اخذت حقها اخرجت من النص وسقط اعتبارها فيبقي الفريقان
كل منهما يدعي جميع البقية فينتصف ويصح من مائتين ثمانية وثمانين ص
او امراة وابنتها في عقد ومات مجملا قبل الدخول فللام نصف المهر وللميراث
وللبنتين النصف وقسمها بينهن اثلاثا ش رجل تزوج امراة وابنتها
في عقد ولم يعلم الاولي ومات ولم يبين وجب مهر واحد نصفه للام ونصفه
للبنتين وقال ابو يوسف من الثلاثا وعلي هذا الخلاف الميراث لها ان كل نكاح
صحيح ان سبق فالاخر ان تاخر فاستويا في الاستحقاق وللام ان نكاح الام
انما يفسد لمعني الامية والبنتيه متحده فجعلناها كشخص واحد فصار
نكاح الام يصح في حال ولا يصح في حال فينصف الواجب بخلاف المراة
وامها او بنتها او المراة وخالتها وعمتها او المراة وبنتها واختها في الصحيح ص

ونوجب المهر بالخلوة الصحيحة بان ترتفع الموانع كمرض مانع وحيض واحرام بحج
او عمرة وصوم رمضان س قال علماونا الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح
توجب كمال المهر وقال الشافعي في الجديد يجب نصف المهر لقوله تعالى وان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية ولان الزوج لم يستوفي المبدل فلا
يجب عليه البدل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من كشف خمار امراته
ونظر اليها وجب الصداق دخل بها ام لم يدخل رواه الدارقطني وحكي
الشيخ ابو جعفر الطحاوي اجماع الصحابة على وجوب المهر بالخلوة وقال بن
المنذر وهو قول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن ابي طالب وزيد بن
ثابت وعبد الله بن عمرو وجابر ومعاذ ولانها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع
وذلك وسعها فيتاكد حقها في البدل كما في المبيع وقال تعالى وكيف تاخذونه
وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بعد الافضا وهي الخلوة لانها من
الدخول في الفضا قاله الفرا وروي عن عمر وعلي ان المراد بالمسيس الخلوة ثم
المصنف شرط ان تكون الخلوة بلا مانع من الموانع التي ذكرها لانه لا يتمكن من
الوطي مع المانع والخلوة انما جعلت للدخول للتمكن منه ومع المانع لا يتمكن
فلا تكون صحيحة والمانع ثلاثة انواع حسي وطبيعي وشرعي والمراد بالمرض
مرض احدهما ايهما كان اذا كان مرضا يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل
هذا التفصيل في مرضها واما مرضه فمانع مطلقا لانه لا يعري عن تكسر
وفتور عادة وهو الصحيح والحيض مانع طبعا وشرعا وكذا النفاس والاحرام
بحج فرض او نفل او عمرة مانع شرعا وكذا الصوم في رمضان والصلاة كالصوم
لما يلزمهما بالجماع من الكفارة والقضا واما صوم التطوع والنذور والكفارات
والقضا روايتان صحيحهما الصحة لعدم وجوب الكفارة بالافساد ومن الموانع لصحة
الخلوة

الخلوة ان تكون المراة رتقا او قرنا او صغيرة لا تطيق الجماع وان كان
هو صغيرا لا يقدر على الجماع ذكر في القنية لا يجب لخلوته كمال المهر وذكر شمس
الايمة ان كان يشتهي وتتحرك الته ينبغي ان يكمل ولو كان معهما ثالث لا تكون
الخلوة صحيحة سوا كان الثالث بصيرا او اعمى يقظان او نايم بالغا او صبيا
يعقل لان الاعمى يحس والنايم يستيقظ او يتناول وان كان صغيرا لا يعقل
او مغمى عليه او مجنونا لا يمنع صحة الخلوة وفي الجارية روايتان وفي الذخيرة
ان كان معهما كلب عقور يمنع صحة الخلوة وان لم يكن عقورا فان كان للمراة
فذلك وان كان للزوج صحت الخلوة معه ولو كان بينهما سترة من ثوب
رقيق قال ابو يوسف لا تصح الخلوة وكذا السترة القصيرة بحيث لو قام
رجل راهما ولو دخلت عليه ولم يعرفها ثم خرجت او دخل هو عليها ولم
يعرفها لا تصح الخلوة هكذا اختاره ابو الليث وقال الفقيه ابو بكر تصح وكذا
لو كانت نايمة ثم اعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة مقام الوطي في احكام
في تاكد المسمى وتاكد جميع المهر المثل ان لم يكن تسمية وثبوت النسب والعدة
صحت الخلوة ام فسدت احتياطا كقولهم الشغل مع تحقق المانع نظرا الى
التمكن الحقيقي وقال القدوري ان كان المانع حقيقيا لا يمنع العدة وتكلم
المشايخ في العدة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا ام على الحقيقة
فقيل لو تزوجت وهي مسقفة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضا
والنفقة والكسوة في هذه العدة وحرمة نكاح اختها ما دامت العدة
قايمة وحرمة نكاح اربع سواها وحرمة نكاح الامة عليها ومراعات وقت
الطلاق في حقها ولم يقيموها في احكام في الاحصان وحرمة بنت المراة
والتحليل والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهو في العدة لا يرث

وهل يقع طلاق في هذه العدة والاقرب انه يقع ثم هذا الطلاق ذكر شيخ
الاسلام انه يكون تائبا **فرع** ذكر في المحيط قيل يدخل بها اذا بلغت
وقيل اذا كانت بنت تسع وقيل ان كانت جسيمة سمينة تطيق الجماع يدخل
بها والا لا هكذا روي عن محمد **ص** والحب غير مانع **ش** قال ابو حنيفة
اذا خلى المجبوب بامراته صحت خلوته ويجب لها كمال المهر وقالا غير صحيحة
لانه اعجز من المريض فكان اولى بخلاف العنين لان الحكم يدار على سلامة
الاله كالحقي وللامام ان المستحق عليها التسليم في حق الستحق وقد اتت به
بخلاف المريض فان التمكين فيه مما يتصور بزوال المرض وهنا يستحيل ان
يصير ذا الة بعد الجب وكان التمكين كاملا ولو طلقت بولد يثبت نسبه
منه واستحقت كمال المهر بالاتفاق قيل هذا اذا علم انه ينزل وان علم انه
لا ينزل لا يثبت النسب منه وفي الظلاق اذا طلقا بالرتقا ثم طلقها يجب
عليه نصف المهر قيل هذا قولهما اما على قول الامام يجب المهر كاملا والصحيح
انه بلا خلاف فان الكرخي ذكر في مختصره ان الرتقا اذا طلقها زوجها بعد الخلوة
بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها لان الجماع لا يمكن معه **ص** ولا يجب الا مهر المثل
بالدخول في النكاح الفاسد لا بالعقد ولا يتجاوز المسمى **ش** النكاح الفاسد
حكم له قبل الدخول حتى لو تزوج امراة نكاحا فاسدا فان مس امها بشهوة
تتزوجها ثم تركها فله ان يتزوج الام ولا يجب فيه المهر ولا العدة الا بالدخول
حقيقة لا بالعقد لفساده ولا بالخلوة لان فساد النكاح في حرمة الوطي
اقوى من الحيض والنفاس فكان امنع من صحة الخلوة وهذا معنى قولهم الخلوة
الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح والواجب
في النكاح الفاسد الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان كان تسمية فان لم يكن

مهر المثل

فمهر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما مهر المثل بالغا ما بلغ
في الوجهين **ولنا** انه ان كان اكثر من المسمى فقد رضيت باسقاطه وان كان
اقل فلفساد التسمية والمستوفي في النكاح منافع تتقوم بالعقد فلا تتجاوز
قيمتها المسمى فيه وفي البيع الفاسد المستوفي مال متقوم فيقدر بدله بقيمته
ص وتجب العدة **ش** تجب العدة في النكاح الفاسد كالصحيح وتعتبر مدة
العدة بالدخول من وقت التفريق او المفارقة وقال زفر من اخر الوطات
ويأتي في فصل العدة **ص** ويثبت النسب واعتبرت مدته من حين الدخول
ويفتى به **ش** يعني اذا جاءت المراة في النكاح الفاسد بولد الى سنة اشهر
يثبت نسبه لانه محتاط في اثباته صيانة للمولد عن الضياع وستة الاشهر
من وقت النكاح كما في الصحيح وقال محمد من وقت الدخول وعليه الفتوى
لان الصحيح انما قام مقام الوطء لانه داع اليه شرعا والفاسد ليس بداع فلا
يقام مقامه والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول
كتركتك او خليت سبيلك فلو انكرها وقال اذهبي فتزوجي يكون
متاركة ولو لم يقل اذهبي وتزوجي فبمجرد الانكار لا يكون متاركة وفي مجموع
النوازل الطلاق في النكاح الفاسد يكون متاركة ولا ينقص من عدد
الطلاق ولكل واحد قبل الدخول فسخ هذا العقد بغير حضرة صاحبه
وعلمه بخلاف ما بعد الدخول كالبيع الفاسد ومن المشايخ من قال
لكل واحد الفسخ بعد الدخول وقبله **ص** ويعتبر مهر المثل بنساء عشيرة
ابيها ان وجد من يماثلها والا فبنا لاجانب **ش** يعتبر مهرها بنساء
قوم ابيها كاخواتها لابوين او لاب وعماتها وبنات عمها لان قيمة الشيء انما
تعرف بالرجوع الى جنسه وجنس الانسان قوم ابيه ولهذا قال ابن مسعود

لها مهر مثل نسايها وهن اقارب الاب الا ترى ان اولاد الخلفا يصلحون للاقامة
وان كانت امها تهم جواري ولا تعتبر بمهر امها وقوم امها لان المهر يختلف بشرف
النسب والنسب الى الابا ولان الام قد تكون امة والبنت تكون فرشه تبعا للاب
فلا يعتبر قرابة الام الا ان تكون امها من قوم ابيها بان كانت بنت عم ابيها
وانما تعتبر بمثلها في الحسن والسن والعقل والمال والبكارة والبلد والدين
والعصر لاختلاف المهر باختلاف هذه المعاني لاختلاف الرغبات فيها وكذا
يشترط ان يستويا في الادب وكمال الخلق وان لا يكون لها ولد وقيل لا يعتبر
الجمال في بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك في اوساط الناس اذ الرغبة
فيهن بالجمال بخلاف بيت الشرف وقيل يعتبر حالة الزوج ايضا وان لم يكن
لها مثل من قبيلة ابيها ينظر من قبيلة اخرى مثلها وان لم يكن ينظر
الى من يماثلها من الاجانب تحصيلا للمقصود بقدر الوسع ويشترط ان يكون
المخبر بمهر المثل رجلين او رجل وامراتين عدولا ويشترط لفظة الشهادة
فان لم يوجد فالقول قول الزوج مع يمينه ص واذا امتنعت عن تسليم نفسها
وان يسافر بها للمهر المعجل اجاز ش للمراة ان تمنع نفسها من الدخول بها
وان يسافر بها حتى يعطيها مهرها لان حقه قد تعين في المبدل فوجب
ان يتعين حقها في البدل رعاية للتسوية كالبيع الا انه يقدم
تسليم المهر وان كان عينا لان النص والتسليم معا متعذر ص وان كان
كله موجلا نجزه س قال ابو حنيفة ومحمد اذا تزوج امراة على مهر
موجل فله ان يدخل بها في الحال وليس لها ان تمنع نفسها استحسانا لان
الاستمتاع بمقابلة تسليم المهر فاذا طلب تاجيل المهر فقد رضي باسقاط
حقه في الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى بهذا القول لجريان العادة

بتاخير

بتاخير الدخول عند تاخير جميع المهر ولهما انها رضيت بتاخير حقها فلا
واعلم ان المهر المذكور هنا ما تعورف تعجيله حتى لا يكون لها ان تحبس نفسها
فيما تعورف تاخيره الى الميسره او الى الموت او الطلاق ولو كان حالا لان
المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والاشخاص والازمان
هذا اذا لم ينصا على التعجيل او التاجيل اما اذا نصا على تعجيل جميع المهر
او تاجيله فهو على ما شرطا حتى كان لها ان تحبس نفسها الى ان يستوفي
كله فيما اذا شرطا تعجيله كله وليس لها ان تحبس نفسها فيما اذا كان كله موجلا
لان التصريح اقوى من الدلالة فكان اولى ص ولها الامتناع بعد الدخول
برضاها حتى توفيه والنفقة ثابتة قبل الرضى س قال ابو حنيفة
اذا دخل بالمراة برضاها او خلا بها لها ان تمنع نفسها وتمنعه من السفر
بها حتى يوفيها المهر وقالا ليس لها ذلك لان المعقود عليه صار مسلما بالوطاة
الواحدة فسقط الامتناع كما يسقط حق الحبس بعد تسليم المبيع ولابي حنيفة
ان الوطء تصرف في محل محترم فلا يجوز اخلاوه عن العوض وقد منعت
لاستيفا العوض لان المهر عوض عن كل الوطات في جميع المدة الا ان لجهالته
وعدم المزاحم يتاكد بوطاة واحدة وعند وجود المزاحم تقابل الكل كالعبد
اذا جنى جناية يدفع بها فان لم يدفع حتى جنى اخرى ثم اخرى دفع
بكلها بخلاف المبيع لان الثمن بمقابلة كل المبيع وعلى هذا اذا منعت
نفسها لم تسقط النفقة لانها ليست بناشزة لان الامتناع بحق وقالا
يسقط لانها ناشزة اذ الامتناع بغير حق وكان ابو القاسم الصفار يفتي
في السفر بقول الامام وفي عدم المنع من الوطء بقولهما وهو المختار وان
دخل بها كارهة او صغيرة او مجنونة جاز لها ان تمنع بلا خلاف لعدم الطوع

واهلية التسليم ص واذا اوفاها نقلها حيث شا وقيل لا يسافر بها الي
بلد غير بلدها وقيل ان اوفاها الموجل ايضا وهو مامون يسافر والا فلا
ش ثم اذا اوفاها المهر المعجل سافر بها حيث شا في ظاهر الرواية لقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وذكر في التجنيس ان الفتوي
على ظاهر الرواية وبه اخذ ظهير الدين وقيل لا يسافر بها الي بلد غير
بلدها سوا اوف المهر ولم يوف وبه افتي كثير من المشايخ لفساد الزمان
لان الغريبه تودي اذ الغريب مهين واذا طال ديله والنص معلول بعدم
الاضرار لسياق الايه وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفي السفر بها الي
غير بلدها اضرار بها فلا يجوز بخلاف الاخراج من بلده الي قرية قريبه بالعكس
لان ذلك ثبوته ليس بسفر وقيل ان اوفاها المعجل والموجل كله وهو مامون
عليه ما سافر بها وان اوفاها المعجل وحده لا يسافر اذ الظاهر انها انما رضيت
بالتاجيل اذا امسكها في بلدها لا اذا سافر وهذا اختيار صاحب ملتقي التجار
وهو احداث قول ثالث فلا يجوز قال في انفع الوسايل في هذه المسيلة
فتحرر لنا من هذا ان ظاهر الرواية اذا اوفاها مهرها نقلها الي حيث
شا من البلاد واما ان يسافر بها الي حيث احب والمراد من المهر المعجل
الذي تعارفوا تعجيله وقيل الموجل ايضا فاما منع ان يسفر بها وان اوفاها
مهرها فهو قول ابي القسم الصفار واختيار ابي الليث وجماعة من
المشايخ وهو ليس برواية عن الاصحاب يدل عليه قول ابي اللوالجي هذا كان
في زمانهم اما في زماننا فلا يملك الزوج ان يسافر بها وان اوفاها صداقها
يشير الي انه اختلاف عصر وزمان كما قالوا في مسيلة الاستيجار علي الطاعات
ونص بعض الاصحاب علي ان الفتوي علي ما قاله ابو القسم وبعضهم قال

وهو

وهو المختار واريت عمل القضاه عليه في زماننا من غير تفصيل والذي
ينبغي ان ينظر وطن المراة الذي فيه عشيرتها وقومها فان كان تزوجها
فيه بين قومها ثم طلب بعد ذلك ان ينقلها الي بلد اخر لا يجاب الي ذلك
ويحكم لها بالمنع وان كان في مصر ليس فيه عشيرة وقد تزوجها فيه
واصلها من مصر اخر ينبغي ان لا يحكم لها بالمنع وايضا ينبغي للحاكم ان يستكشف
عن حقيقة الحال وينظر في طلب الزوج السفر باهله فان كان طلب
مضاره لاجل ان تهبه شيا من المهر او ترك الكسوة او لامر جري بينهما من
خصومة ونحوها فلا يجيب الي ذلك خصوصا اذا لم يكن مامونا عليها
ويحكم لها بالمنع وعلي ظاهر الرواية احكم وقول ابي القاسم الصفار
ارفق بالنسا وارحم والله اعلم ص ولو اختلفا في قدر المسمي قضي لمن
اقام البينة فان اقاماها قبلت بينتها ولا يجعل القول للزوج الا ان يستنكر
وقالا يتحالفان من غير فسخ ثم يحكم مهر المثل فان ساوي اعترافه او نقص
عن دعواها حكم بمهر المثل ش اذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمي
في العقد فقال الزوج المهر الف وقالت المراة الفان فايهما اقام بينة
فهو اولي لانها حجة شرعية وان اقاماها فبينتها اولي لانها اكثر اثباتا
هذا اذا كان مهر مثلها الفا او اقل اما اذا كان الفين قيل بينتها اولي وقيل
بينته اولي وان كان اكثر من الف واقل من الفين بطلت البينتان
وان لم تكن بينة تحالفا ثم يحكم فيه مهر المثل وقال ابو يوسف
لا يتحالفان والقول قوله لان موجب التحالف الفسخ والنكاح لا يقبله
ولان الزوج منكر للزيادة فكان القول قوله الا ان ياتي بشي يستنكر
وهو ما يكون بعيدا عن مهر مثلها وقيل دون اقل المهر لان الظاهر

نكرته ولها ان البضع متقوم في النكاح فيجب تحكيم قيمته عند الاختلاف
ولا ينسخ النكاح لان فساد التسمية لا يوثر في فساد النكاح ولا يجعل القول
للمنكر لان فيه اجراء ظاهرا وهو مهر المثل فيحكم مهر المثل ان كان الفا او اقل فالقول
قوله لشهادة الظاهر له وان كان الفين او اكثر فالقول قولها لشهادة الظاهر
لها وان كان الفا وخمس مائة فلها مهر المثل لان الظاهر لم يشهد لاحدهما
فيصار الى مهر المثل ويبدا في التحالف بيمين الزوج لانه منكر ذكره القدوري
في كتاب الاستحلاف والاستحباب في شرح الطحاوي وصاحب المحيط
وصاحب الهداية في كتاب الدعوى وقيل يبدا بالقرعة وعليه عامة المشايخ
ثم الخصاص ذكر التحالف في فصل واحد وهو ما اذا لم يشهد مهر المثل
لاحدهما اما اذا شهد فلا تحالف لانه امكن الحكم بقول احدهما مع يمينه
وعليه قاضي خان وصاحب البدايع وغيرهما وذكر الكرخي في الفصول
الثلاثة وعليه عامتهم لان مهر المثل لا عبرة به عند وجود التسمية فلا
يسقط اعتبارها فلا تحالف وعلى هذا الخلاف لو قال الزوج المهر هذا
العبد وقالت المراة هذه الجارية الا اذا كان مهر مثلها مثل قيمة هذه
الجارية او اكثر فلها قيمة الجارية لا عينها ولو طلقها قبل الدخول ثم
اختلفا فلها نصف المهر بلا خلاف اذ مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول
ولا يمكن التحكيم به والمتعة لا تصلح للتحكيم لانها لا تبلغ به نوجب المتيقن
وهو نصف الالف حتى لو ادعى هو ان المهر عشرة وادعت هي مائة يحكم
المتعة لانها قد تبلغ في مسئلة الجارية والعبد لها المتعة الا ان يرضى
بنصف الجارية او العبد لانهما لم يتفقا على تسمية ص او ورثتهما فيه
جعلد لوارثها ان شاء به مهر المثل وقالا لوارثه ويستثني منه ما يستنكر

ش اذا مات الزوجان واختلف ورثتهما في مقدار المهر المسمى قال محمد
يحكم مهر المثل لان مهر المثل يتاكد بموت احدهما فبموتهما اولى وقالا القول
لورثة الزوج لانكارهم الزيادة ولا يحكم مهر المثل سواء شهد لهم مهر المثل
او لم يشهد الا ان ابا يوسف يستثني من دعوى ورثة الزوج ما يستنكر
فابو يوسف ومحمد على اصلهما وللامام ان اعتبار مهر المثل يسقط بموتهما
اذ الظاهر ان بعد موتهما موت اقرانهما ويتعذر معرفة مهر المثل فيتعذر
القضاء به بخلاف موت احدهما وعلى هذا فالمسئلة في التقادم والناخ
المراة فيه من استيفاء المهر عادة فلا يقضى لشئ او لان مهر المثل من حيث
هو قيمة المثل يشبه المسمى ومن حيث انه يجب بغير شرط يشبه النفقة
والصلة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموتهما لان المسقط تاكد موتهما
وان ماتا او اختلفت الورثة في اصل التسمية لم يجب شئ لتعذر القضاء
بمهر المثل بموت اقرانهما وقالا يجب مهر المثل وبه يفتى لانه الموجب الاصلي
فلا يسقط بالموت كالمسمى والله اعلم

فصل في نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان النكحة الحرائر شرع في بيان النكحة الارقاء والرق الضعف
وضد العتق ص لا يجوز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر وام الولد
الا باذن المولى ش يجوز نكاح هذه المذكورين ويتوقف على اجازة المولى
فان اجازه نفذ والا فلا وهو باطل والاصل في ذلك قوله تعالى ضرب
الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والنكاح شئ لا يقدر عليه وروى
ابو داود عنه عليه السلام انه قال ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو
عاهر وقال عليه الصلاة والسلام ايما امراة تزوجت بغير اذن مولاها
فهي عاهرة وكل واحد من المكاتب والمدبر وام الولد فيما تناوله اللفظ

وان النكاح انما يجوز اذا صدر عن ولاية والولاية انما تثبت بالملك واذن
المالك والملك لهم في القسم فيتوقف على اذن المالك ص وبخبر اخباد
العبد كالامة دون المكاتب والمكاتبة ش معنى الاخبار هنا ان ينفذ
النكاح عليها بغير رضاها يعني يملك المولى اخبارامته على النكاح بلا خلاف
لان منافع بضعها مملوكة له فله تمليكها ويملك اخبار العبد ايضا عليه خلافا
للشافعي وهو رواية عن الامام وابي يوسف لان النكاح حق العبد
لان حكمته واقع له فلا يملك اخباره ولنا انه سبب لتخصين ملكه من
الزنا الذي هو سبب الهلاك او النقصان فيملكه ولا يملك اخبار المكاتب
والمكاتبة على النكاح لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فيشترط رضاهما
زوج المولى مكاتبته الصغيرة توقف على اجازتها لانها ملحقة بالغة
فيما ينبني على الكتابة فاذا ادت وعتقت توقف النكاح على اجازة المولى
لانها لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة وهذا
يجب اعتبار اجازة المكاتبة حال رقها ولم يجتبر حال عتقها ص واذا
اذن صار المرهون دينا في رقبته يباع فيه ش اذا تزوج العبد باذن
المولى بيع في مهر امراته لان هذا الدين ظهر في حق المولى كاشبه ديون
الماذون له في التجارة فيتعلق برقبته دفعا للضرر عنه وهذا لان ذمته
ضعفت بسبب رقبته فلو لم يتعلق برقبته لتضررت بخلاف ما اذا تزوج
بغير اذن مولاه ودخل بها حيث لا يباع به بل يطالب به بعد الحرية
لعدم صدور الاذن من المولى كما اذا الزمه الدين باقراره ثم اذا بيع مرة
ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب به بعد العتق لانه بيع بجميع المهر
بخلاف النفقة حيث يباع فيها مرة بعد اخرى لانها تجب ساعة فساعة

فلم يقع البيع بالجميع ولو مات العبد سقط المهر والنفقة لفوات محل الاستيفا
وان لم يمت يباع فيما اذا لم يعده المولى لظهوره في حقه فان بيع العبد وقضي
المهر ودين النفقة يباع في ملك المشتري بالنفقة وليس في دين
العبد شئ يباع مرة بعد اخرى الا في النفقة لتجدده بخلاف سائر الديون
هذا اذا تزوج اجنبية اما اذا زوج عبده امته اختلف المشايخ في
وجوب المهر فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم
من قال لا يجب اصلا وهو الاصح لاستحالة وجوبه للمولى على عبده ولو تصور
وجوبه ساعة لتضور دهرا وهذا لانه لو وجب في ماليته وهي للمولى
فلا فائدة فيه ص وليسعى المدبر والمكاتب ش اي لكل واحد منهما يسعى
ويوفي المهر من كسبه في دين التجارة ولم يبع لانهما لا يحتملان النقل من
ملك الى ملك مع بقا التدبير والكتابة فيودي من كسبهما لان نفسهما وكذا
ام الولد ومعتق البعض لما قلنا ص واذنه ينتظم الفاسدة كالصحيح
ش قال ابو حنيفة اذن المولى للعبد في النكاح يقع على الفاسد كما يقع
على الصحيح وقالا لا يقع على الفاسد لهما ان المقصود من النكاح الاعفاف
والتحصين في المستقبل وذلك بالجايز لا بالفاسد فانه لا يفيد الحل
فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجايز دون الفاسد ولهذا لو طلق
لا يتزوج بنصف ولي الجايز بخلاف البيع حيث يتناول الجايز والفاسد
ايضا لان الفاسد يفيد الملك بالقبض ولابي حنيفة ان اللفظ مطلق
يتناول عقدا غير مقيد بوصف الصحة او الفساد فيجري على اطلاقه فكان
كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطء
ووجوب المهر والعدة وسقوط الحد لان العبد اهل للمباشرة النكاح وانما

يتبع

اشترط فيه رضي المولي ليتعلق المهر بما يليه وفي هذا فرق بين الصحيح والفاسد
فيتنا ولها الاذن بخلاف الوكيل بالنكاح فان مطلوب الامر فيه ثبوت
الحل وذكر في المفيد والمزيد ان الوكالة في النكاح تنتهي في الفاسد
قلنا ان سمع والاول ذكره صاحب المحيط قال في المصفى وعليه الفتوى
ومسئلة اليمين ممنوعة على طريقة اجرا اللفظ على الطلاقه ولين سلم فالايمان
مبنية على العرف والعرف في الصحيح دون الفاسد اذا كان يمينه على ان لا
يتزوج في المستقبل وان حلف انه لا يتزوج في الماضي يتناول الصحيح
والفاسد جميعا لان المراد في المستقبل الاعفاف وفي الماضي وقوع العقد
ذكره في المبسوط وتظهر ثمرة الخلاف في مسئلتين احداهما لو تزوج امراة
نكاحا فاسدا ثم تزوج اخري نكاحا صحيحا فعند ابي حنيفة يتوقف على
اذن المولي لانتهاء الاذن بالعقد الاول وعندهما ينفذ لان الفاسد
ماكان داخلا تحت الاذن والثانية لو امره ان يتزوج امراة ولم يعين
فتزوج امراة نكاحا فاسدا ثم تزوج اخري نكاحا صحيحا او جد النكاح
الاول بوصف الصحة عند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز لما بينا واجمعوا
على ان الاذن والوكالة لا ينتهيان بالموقوف حتى جاز لها ان تجدد
العقد ثانيا عليها او على غيرها ص وليس على المولي ان يبوئها منزل
الزوج بل يطالبها اذا ظفر بها ش التبويه ان يخلي الرجل بين امته
وبين زوجها ويدفعها اليه ولا يستخدمها فاذا زوج الرجل امه او مدبرته
او ام ولده فليس عليه ان يبوئها منزل الزوج ويطالبها الزوج اذا ظفر بها
لان حق المولي اقوي من حق الزوج لانه يملك حقه في الاستخدام
وحق الزوج في الوطي لا يبطل بالاستخدام لانه لا يتحقق احيانا فلا يلزمه

والنفقة

والنفقة عليه والاسكني لعدم الاحتباس فان بوأها معه بيتا فلها النفقة
والسكني لان النفقة مقابلة الاحتباس ولو بدا ان يستخدمها بعد
التبوي فله ذلك لانه كالعارية فلا تكون لازمة وان شرط اللزوم في
العقد وتسقط النفقة والسكني بالاستخدام بعد وجوبها بالتبوية
ولو جاءت بولد فلا نفقة له على ابيه لانه مملوك لمولاها فتكون نفقته
على مالكه وان زوج مكاتبته فعلى زوجها النفقة والسكني وان لم يبوئها
المولي مع زوجها لانها في يد نفسها كالحرة في استحقاق النفقة
على الزوج اذا لم تكن ناشزة ولو طلقها بائنا بعد التبوية يجب لها
النفقة والسكني وقبلها او بعد الاستزاده لا يجب ص ويثبت لها
خيار العتق والزوج حر كالعبد ش قال علماؤنا اذا تزوجت
الامة باذن مولاها ثم اعتقت ثبت لها الخيار ولو كان زوجها حرا
وقال الشافعي لا يثبت لها الخيار اذا كان زوجها حرا لما روي مسلم
عن عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها
عبدا ولان الملك لم يرد عليها لان ملك الطلقات الثلاث ثابت للزوج
عليها قبل العتق عنده ولنا ما رواه ابراهيم عن الاسود بن يزيد النخعي
عن عايشة رضي الله عنها ان زوج بريرة كان حرا حين اعتقت رواه البخاري
ومسلم وابو داود واحمد والبزار والترمذي وقال حديث حسن صحيح
وقد نص على صحته ابن حزم في المحلي ولان الخيار لازياد الملك عليها عندنا
فانه يملك الثلاث بعتق فتملك دفع اصل العقد دفعا للزيادة وهذا
المعنى لا يختلف بين ان يكون حرا او عبدا ولانه عليه السلام قال لها
ملكت بضعك فاختاري ملك البضع علة الخيار فيعم الفصلين الاطلاق

العلة قال الطحاوي روي انه كان عبدا وروي انه كان حرا فقلنا بالتوفيق
بين الروايتين فقلنا كان عبدا قبل ان يعتق بريرة ثم اعتق وكان حرا
حين اعتقت وهو الظاهر ولا فرق في هذا بين القنه والمدبرة وام
الولد ثم ان شاءت فارقته ولا مهر لها ان لم يدخل بها لان اختيار نفسها
فسخ من الاصل وان دخل بها فالمهر لمولاها لان النكاح بحكم العقد صحيح
فيتقرر به المسمى وان اختارت زوجها فالمهر لمولاها دخل بها ام لم يدخل
لانه ملك البضع على المولى فيكون بدله له ص واشتراه للمكاتبة ش
قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوجت المكاتبة واعتقت ثبت لها الخيار
وقال زفر لا يثبت له انه عقد عقد عليها المباشر لها فلا يثبت لها الخيار
كالحرة ولنا ان المثبت للخيار في حق الامة ملكها بضعها وقد وجد
هنا على ان الجصاص وشيخ الاسلام والصدر الشهيد والعامي وغيرهم
في شروح الجامع الصغير وصدر الاسلام في شرح المبسوط ذكروا ان
بريرة حين اعتقت كانت مكاتبة ص وان قتل امته قبل دخول الزوج
فالمهر ساقط ش قال ابو حنيفة اذا زوج المولى امته من رجل مهر ثم
قتلها قبل دخول الزوج بها سقط مهرها وقال عليه المهر لمولاها لان المقتول
ميت باجله وكان كالموت وللامام ان من له الحق منع البدل قبل
التسليم فيجازى بمنع البدل والقتل جعل اتلافا في احكام الدنيا
حتى وجب القصاص او الدية والحرمان من الارث اذا لم تجب عليه
القصاص والقيمة للتعذر حتى لو كانت رهنا يضمن قيمتها ولو قتل
المولى زوجها لا يسقط بالاجماع لانه ليس بتفويت للمعقود عليه
وانما هو تعرف في العائد فلا يكون تفويتا وذكر الصفار ان المشايخ
قالوا

قالوا يجوز ان لا يكون فصل بين كون المولى بالغا عاقلا وكونه صبيا
او مجنونا لان العقل موجود منه حقيقة وفعله في حقوق
العباد معتبر وقال شيخ الاسلام جواهر زاده اذا لم يكن المولى من
اهل المجازاة على الفعل يجب ان لا يسقط المهر عند الامام ولو قتلت
الامة نفسها فعل الامام روايتان في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى
لان المهر لمولاها وفي رواية يسقط لان الفعل العمد مضاف الى مولاه
في موجبه حتى يؤمر بالدفع او الفداء وكذا في نفسها ابن الروح وكذا
في ردها روايتان ص وعكساه في قتل الحرة نفسها قبل الدخول
ش اذا قتلت الحرة نفسها قبل الدخول بها لم يسقط مهرها وقال
زفر يسقط هو يقول انها فوتت المبدل قبل التسليم فيفوت البدل
كقتل المولى امته ولنا ان القتل لا يتم الا بعد زهوق الروح وعند ذلك
لم يكن اهلا للقتل فلا يمكن اضافته اليها بخلاف ما اذا قال لامرأته اذا حضت
فانت طالق لا يقع الطلاق اذا حضت لان تحقق الشرط انتفاء الاهلية بخلاف
ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فدخلتها وهو مجنون حيث تطلق
لان التعليق صحيح لكون الشرط امرا يأتي في الطلاق ص ولو تزوجت بغير
اذن فاعتقت حكما بفساده ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوجت امة
بغير اذن مولاها ثم اعتقها نفذ نكاحها وان لم يعلم المولى به وقال
زفر بطل لان النكاح العقد موقوفا على اجازة المولى وبعد العتق
ارتفعت الولاية والاعتاق ليس باجازة لتعين البطلان كما لو باع رجل
مال غيره ثم ان مالكه باعه من آخر يبطل البيع الاول ولنا ان النكاح
قد تم بركنه لصدوره من اهله في محله وامتناع النفاذ كان لحق المولى

وقد زال بالاعتاق فنفذ واذا انعقد النكاح في الامة لم يكن لها خيار
لانه نفذ حال الحرية والمهر لها ان لم يكن الزوج دخل بها قبل العتق وان
كان قد دخل بها فالمهر للمولى وهذا اذا اعتقها وهي كبيرة اما اذا اعتقها
وهي صغيرة يتوقف على اجازة المولى وعند زفر يبطل وعلى هذا الخلاف
اذا تزوج عبدا بغير اذن المولى ثم اعتقه ص او ورثها من تحرم عليه
فاجاز او اشتراها هو او ابنه اجزناه ش قال علماؤنا الثلاثة اذا تزوجت
امة بغير اذن مولاها فمات فورثها من لا يحل له وطيها فاجاز او اشتراها
ابنه فاجازت صح النكاح ونفذ وقال زفر لا يجوز بحال بنا على ان الاجازة
لا تصح انتقالها الى غير من يتوقف العقد عليه عنده مطلقا اي سواء انتقلت
الى من لا يحل له وطيها او يحل ولنا ان المولى الثاني قايم مقام الاول في
الملك فيقوم مقامه في الاجازة ولا منافاة لذلك فان الحرمة قايمة بخلاف
ما لو كانت ممن يحل له وطيها وهو معنى قول المشايخ الحل الثابت اذا طرا على
الحل الموقوف ابطله اما اذا لم يثبت له الحل فيصح الانتقال وعن هذا
قلنا اذا زوجت الامة نفسها بغير اذن المولى ووطيها الزوج ثم باعها
صحت الاجازة من المشتري لان ولي الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري فلم
يرتفع الحل الموقوف فروع زوج بنت اخيه من ابنه وهما صغيران
بغير اذن اخيه ومات اخوه فاجاز العم او زوج ابنه البالغ بغير اذن
عمه فاجاب الاب او عبد تزوج بغير اذن المولى ثم خرج عن ملكه
الى ملك غيره فاجاز جاز في الكل ص وان نكح بغير اذن ثم طلق ثلاثا
ثم اذن المولى فجدد عليها بجيزة من غير كراهة ش عبد تزوج امرأة
بغير اذن مولاه ثم طلقها ثلاثا ثم اجاز المولى لم يقع شيء لان الطلاق

متاركة للنكاح فلا يكون طلاقا حقيقة فالطلاق في النكاح الفاسد
فان اذن له المولى في النكاح قال ابو يوسف يجوز له ان يجدد عليها العقد
من غير كراهة وقال ابو حنيفة ومحمد يكره له ذلك لابي يوسف ان النكاح
لم يوجد حقيقة فلم يوجد الطلاق حقيقة ولا شبهة ايضا فان شبهة
الشيء تثبت حيث يتخلف عما يوجب الحقيقة ولم يوجد هنا ما يوجب
تحقق الطلاق لمكان البراءة الاصلية فصارت كغيرها ولهما ان صورة
النكاح وجدت دون معناه وترتيب صورة وقوع الثلاث وان لم
يثبت معناه فيثبت صورة الحرمة دون معناها وذلك بانبات الكراهة
بخلاف غيرها لانتفاء الوقوع صورة ومعنى ص وان زوج بنته مكاتبه
ثم مات المولى لا يفسد النكاح الا اذا عجز ورد ش يجوز للعبد والمكاتب
اذا تزوج بنت مولاه لانها لا ملك لها في مال ابيها فان زوج المولى بنته
لمكاتبه ثم مات قال علماؤنا الثلاثة لا يفسد النكاح الا اذا عجز ورد
في الرق وقال الشافعي يفسد وهذا بناء على ان المكاتب لا يورث عندنا
وعنده يورث كالقن ولنا ان حرمة اليد ومالكية التصرف تمنع جريان
الارث صونا لحقه عن البطلان ص وحكم بحريه ولد العبد المغرور
بالقيمة كالحر ش اذا تزوج العبد امرأة زعمت انها حرة باذن المولى فجاءت
بولد ثم استحقها رجل ببينة قال محمد يأخذها ولا يأخذ ولدها وهو
حر بالقيمة يدفعها بعد العتق وقال ابو حنيفة وابو يوسف يأخذها وولدها
رقيق ولا يكون حرا بالقيمة واجمعوا على ان المغرور لو كان حرا كان ولده حرا
بالقيمة وقاسه عليه تعريفا لحكمه واشارة الى التعليل لمحمد انه ثبت
عن الصحابة رضي الله عنهم ان ولد المغرور حر بالقيمة من غير فصل وللامام

ان الولد حصل بين رقيقين فكان رقيقا بخلاف الحر لانه طلب حريته
وهو حر فامكن ابتاعه واجماع الصحابه رضي الله عنهم كان حكما لا قولا وكان
في الباب الحر واكثر المشايخ على ان ابا يوسف مع الامام وهو الاصح وذكر
الفقيه ابو الليث انه مع محمد وعلى هذا الخلاف المكاتب والمدبر **فصل**
في العيوب هذا الفصل في بيان الاشيا التي يحوز فيها رد الزوجة وامتناع
النكاح ص ولا يجبر رد ها بجنون وجذام وبرص ورتق وقرن ش
قال علماؤنا اذا كان بالزوج عيب من جنون او جذام او برص او رتق
او قرن لم يكن للزوج ان يرد ها به وقال الشافعي له رد ها به لما روي
انه عليه الصلاة والسلام تزوج امراة من غفار فامن بها فنزعت ثيابها
فراى بها بياضا فقال الحقي باهلك ولو كان النكاح لازما ما رد وقال عليه
السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ولانا نحل بمقاصد النكاح
فتوجب حق الفسخ ولنا ما روي محمد في الاصل بقوله بلغنا عن علي رضي الله
عنه انه قال اذا تزوج المراة فوجد بها قرنا او برصا او جذاما او جنونا
فالنكاح جايز لازم ان شا طلق وان شا امسك وقال بن مسعود رضي الله
عنه لا ترد الحرة عن عيب وان النكاح لا يحتمل الرد بعد تمامه ولهذا
لا ترد بعد الحرب والدفر والبخر والزمناه والشلل والعمي وغيرها واما
الحديث الاول فنحمل على انه عليه الصلاة والسلام رد بالطلاق واما
الثاني فمن رواية جميل بن زيد بن كعب بن عجره وهو مجهول لا يعلم
لكعب بن عجره ولدا اسمه زيد ذكره بن حزم فالامر فيه ليس للوجوب
بدليل انه لا يجب على احد ان يفر من المجذوم فرار الاسد بل يجوز عند
الشافعي الجلوس عنده ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام بمصالحه

والرتق

والرتق بتحريك التا كذا في الصحاح والعرق بسكون مانع بمنع سلوك الذكر
في الفرج من عظم او غيره كذا في المغرب والجنون علة ردية تحدث من انتشار
المرة السودا في البدن كله فيفسد مزاج الاعضا والبرص بياض يظهر
في ظاهر البدن وسببه سوء مزاج العضواي البرودة وغلبة البلغم
والجنون زوال العقل ص واجاز له رد ها بالثلاثة الاول ش
قال محمد اذا كان بالزوج جنون او جذام او برص للزوجة ان ترده به
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ليس لها رده به لحمانها تتضرر بالمقام
معه ولهما انه لا يحل بالمقصود الذي شرع النكاح لاجله ومطلق الضرر
ليس بمعتبر كالجرب والمرض ص ويوجل العنين وللخصي والمجبوب
حولا فان وصل والا فرق بينهما بطلبها ش العنين هو الذي لا يصل
الى النسا او يصل الى الثيب دون البكر او لا يصل الى زوجته ويصل الى
غيرها والعنة تكون لسبب مرض او ضعف او كبر سن او سحر والحكم فيه
ان يوجل سنه باجماع الصحابه ولان السنة تشتمل على الفصول الاربعة
فربما يوافقه بعضها فان وصل اليها فيها ونعمت وان لم يصل اليها فيتبين
تبين ان العجز لافة اصليه فطاب الامساك بالمعروف فينوب القاضي مناب
في التشريح بالاحساب هكذا روي عن علي وابن مسعود وعمر رضي الله عنهم
ولان الامتناع من ايصال حقها الثابت لها في الوطي يحتمل ان يكون
لعلة عارضة او لافة اصليه فلا بد من مدة تعرف ذلك فقدرت بالسنة
لاشتمالها على الفصول الاربعة لما قلنا ويشترط طلبها لان الحق لها والخصي
والشيخ الكبير كالعنين لان وصوله مرجو وتعتبر المدة في ظاهر الرواية
بالاهليه والية ذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني والصدر الشهيد وصاحب

الهداية واكثر اصحابنا وروي الحسن عن الامام انها تعتبر بالايام واليه ذهب
شمس الايمة في شرح الكافي وصاحب التحفه وقاضي خان والحصيري وخلاف
النساوي اخذا بالاحتياط ولها كمال المهر ان خلا بها والعدة لان خلوة العنين صحيحة
وان لم يخل بها فلها نصف المهر ان كان مسمى والمتعة ان لم يكن مسمى ولا عدة عليها
واما المجبوب فتخير فيه للحال للحال ولا يوجل لعدم الفايدة في التاجيل ونظم
ذلك العلامه بن وهبان في منظومته حيث قال خصي وعنين وجب
تخير به العرس والبكار ثم المسحر ص ويجعل الفرقة طلقة ثانية لا فسخا ش
اي ويجعل علماونا الفرقة تطليقة ثانية وقال الشافعي رضي الله عنه هي
فسخ لانها حصلت من جهتها فيكون فسخا ولنا انها تختص بسبب من جهته
فكانت طلاقا والنكاح لا يحتمل الفسخ ويقع ثانية لعدم حصول المقصود بالرجعي
لتفرده بالرجعة ص والفرقة بتفريق الحاكم وقالا بقولهما ش اذا مضت
المدة المضروبة اجلا واختارت الفرقة امره القاضي ان يطلقها فان ابى
فرق بينهما الخيار البلوغ وهذا عند ابي حنيفة وقالا تبين بقولها اخترت
نفسي او انبت نفسي لان الشرع خيرها عند تمام الحول لدفع الضرر عنها
فيكون كتخيير الزوج اياها ولابي حنيفة ان النكاح عقد لازم وملك
الزوج معصوم فلا يزال الا بازالته او بازالة من يقوم مقامه دفعا
للضرر عنه وهنا لما تعين على الزوج احد الامرين اما الامساك بالعرف
او التسريح بالاحسان وامتنع عن ايفا هذا الحق ناب القاضي منابه فيما
يقبل الاستنابة بينهما وهو التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها فلا بد
من تفريقه ص واذا كان زوج الامة عنينا فالخيار للمولى ويجعله لها ش
قال ابو حنيفة اذا كان زوج الامة عنينا فالخيار للمولى وقال ابو يوسف
للامة

للامة لان الحق في الجماع لها دون المولى وللامام ان المقصود من النكاح الولد
وقضا الشهوة وسيله والحق في الولد للمولى دونها ولهذا قال الامام الاذن
في العزل للمولى وفي الايضاح والمحيط قول ابي يوسف كقول الامام خلافا
لزفر ولا قول لمحمد ص ومنعنا رد المهر بعيب يسير ش قال علماونا الثلاثة
لا يرد المهر الا بعيب فاحش وقال زفر وهو قول الشافعي يرد باليسير كما
في البيع ولنا ان النقص اليسير مما يدخل تحت تقويم المقومين ولا يفيد
الرد بخلاف الفاحش فانه لا يدخل تحت تقويم المقومين والقيمة اعدل
فيفيد الرد وبخلاف البيع فانه يقبل الفسخ والنكاح ولو كان المهر مكيلا او موزونا
يرده بالعيب اليسير فانه يفيد لانه يثبت حق الرد بمثله سليما وهو خير له
من المعيب **فصل في نكاح اهل الكفر** لما فرغ من بيان انكحة المسلمين شرع
في بيان انكحة الكفار ص واجازوا انكحة الكفار ش قال علماونا انكحة الكفار
جايزة خلافا لمالك له انهم ليسوا من اهل الولاية ولا نكاح الا بولي ولنا قوله
تعالى وامراته حمالة الحطب فانه تعالى اخبر بانها امراته ولولا انعقاد النكاح لما
صح الاخبار بانها امراته وقد قال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح ولولا
صحة العقد لما ترتب وقع الافتخار بذلك وتجوز المناكحة بينهم وان اختلفت
شرايعهم لان الكفر ملة واحدة اذ الضلال تجمعهم ص وان تزوج بغير شهود
اجزناه واذا اسلما بقيناه ش قال علماونا الثلاثة اذا تزوج ذمي
ذمية بغير شهود صح اذا دانوه ويقران عليه وان ترافعا الينا او اسلما خلافا
لزفر لان عندنا كل نكاح جايز بين المسلمين جايز بين اهل الذمة وكل نكاح
حرم بين المسلمين لفقد شرطه ان كانوا يدينون بجوازه جاز وان كانوا لا يدينون
به بطل وعنده كل نكاح فسد في حق المسلمين فسد في حق اهل الذمة له قوله

عليه السلام لانكاح الا بشهود الا انا لا نتعرض لهم ما لم يترافعوا الينا أو
يسلموا الذمتهم اعراضا لا تقريرا كما لا يتعرض لهم في عبادة الاوثان بخلاف
الربا والزنا على ما تقدم ولانهم بعقد الذمة التزموا احكامنا ومن احكامنا
عدم جواز النكاح بغير شهود فاذا ترافعوا الينا او اسلموا والحرمة قائمة وجب
التفريق ولنا انه لا وجه للحرمة حقا للشرع لعدم الخطاب لانهم قبل الاسلام
غير مخاطبين به ولا حق للزوج لعدم اعتقاده ولان النكاح بغير شهود مختلف
فيه وهم لم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ص او بحرمة فهو جائز ش
قال ابو حنيفة اذا تزوج الكافر بذات رحم منه فحكم حكم النكاح الصحيح حتى
يحكم لها بالنفقة اذا طلبت ولا يبطل الاحصان بوطيها حتى لو اسلم بعد ذلك
تقذف اخذ بالحد وقالا حكمه حكم النكاح الفاسد لعدم المحليه ولهذا لا يورث
به الا انا لا نتعرض لهم قبل المرافعة وللامام قوله عليه السلام اتركوهم وما
يدينون وهذا نكاح صحيح في اعتقادهم فلا يتعرض لهم وكتب عمر بن عبد العزيز
رضي الله عنه لما استخلف الى الحسن البصري ما بال الخلفا الراشدين تركوا
المجوس ونكاح محارمهم فكتب اليه انك متبع لا مبتدع والسلام بخلاف
الارث لان التباس ان لا يورث بالنكاح لبطلانه بالموت وانما يورث بالنص
في الزوجية المطلقة وهي بالنكاح الصحيح وعلى هذا الخلاف المطلقة
ثلاثا وام الموطوءة والجمع بين الخمس والجمع بين الاختين ص وشرط
التفريق اتفاقهما وقوفا بينهما الموافقة احدهما كاسلامه ش قال
ابو حنيفة لا يفرق بينهما قبل الاسلام ما لم يترافعا وقال ابو يوسف
يفرق بينهما قبل الاسلام وجد الترافع ام لم يوجد لان النكاح فاسد في الاصل
فلا حاجة الى الرفع والترافع لان قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله خطاب

عام

عام وقال محمد اذا رفع احدهما يفرق لانه التزم حكم الاسلام وبيان له يفرق
كما اذا اسلم احدهما وللامام قوله تعالى وان جاوك فاحكم بينهم علق الحكم بشرط
مجيئهم والمعلق بشرط عدم قبل وجوده فلا يجوز التفريق برفع احدهما
ولان ترك التعرض حق لهما فلا يسقط حق احدهما باسقاط الاخر حقه واذا اسلم
احدهما فرق بلا خلاف لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولا يعارضه اعتقاد المصر
على الكفر لانه فاسد ضعيف ص او في عدة كافر فهو جائز ش قال ابو حنيفة
الذمي اذا طلق امرأته او مات عنها لا عدة عليها كالحربيين فيجوز تزوج كافر
بمعتدة كافر اخر وقالا عليها العدة فلا يجوز لتن وجه بها لان ماء الكافر
محترم بدليل انها لا تتزوج اذا كانت حاملا صيانة لمائه وللامام انه لا حق
للحرمة حقا للشرع لعدم الخطاب ولا حق للزوج لعدم اعتقاده فلا يجب ومن
اصحابنا من قال العدة واجبة لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم
كالاستبراء بين المسلمين لا يمنع النكاح ص او بغير مهر وهما ذميان فمهر
المثل غير لازم ولو ترافعا او اسلما كما حكمنا في الحربيين ش تزوج ذمي
ذمية على خمر او خنزير جاز لان الخمر عندهم كالخل والخنزير كالشاة ولها
المسمى لان التسمية صحت فان اسلما او اسلم احدهما قبل القبض ان كانا عينين
فلها المسمى والا ففي الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وقال ابو يوسف
لها مهر المثل في الحالين وقال محمد لها القيمة فيهما لهما ان القبض شبيه
بالعقد فمنع المسلم منه كالعقد ثم ابو يوسف يقول فسدت التسمية في
حقه كفساد ها في حق العقد فيصار الى مهر المثل ومحمد يقول صحت التسمية
عند وجودها الا انه عجز عن تسليم المسمى فيجب قيمته كما اذا تزوج على عبد
في ملكه فهلك قبل القبض وللامام ان الملك في المعين قد تم بالعقد

والاسلام لايمنع قبضه عن استرداد خمر غصبت منه فيجب المسمى واما في غير المعين فانما يتم الملك بالقبض والاسلام يمنع منه وقيمة الخمر لها حكم الخنزير لعدم المثل له بخلاف المهر لانها من ذوات الامثال فلا تكون القيمة مثلها ولهذا لو اتى بالقيمة قبل الاسلام يجبر على القبول في الخنزير دون الخمر فيجب فيه مهر المثل في الخنزير والقيمة في الخمر ولو قبضت المهر قبل الاسلام فلا شيء عليه لان العقد صح وافاد حكمه في المسمى وتم بالقبض فلا يتغير ص وان اسلمت يعرض عليه الاسلام فان اسلم والا فرق وجعله فسخا وتالا طلاقا بائنا س اذا اسلمت المراة في دار الاسلام وزوجها كتابي او مجوسي عرض عليه الاسلام فان اسلم والا فرق بينهما وقال الشافعي ان اسلمت قبل الدخول تعجل الفرقة أو بعده تتعجل حتى تنقضي ثلاثة اقراء لانه خلاف في دين يمنع ابتداء النكاح فيمنع بقاءه من غير حكم حاكم كالحرمية اذا اسلمت ولنا ان الاسلام عاصم لا يصلح ان تضاف الفرقة اليه والامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان واجب في النكاح فيعرض عليه الاسلام فان اسلم والا تعين التسريح وينوب القاضي منابه اذا اتى بخلاف الردة فانها مزيلة للعصمة فتصلح ان تضاف الفرقة اليها وبخلاف دار الحرب لان القاضي لا ولاية له فيها فتتوقف الفرقة على حدوث امر معنى موثر في الفرقة وهو مضي المدة ولو اسلم احد الزوجين وهما صبيان او تبعان عرض على الآخر الاسلام لان الصبي يخاطب بالاسلام طمعا للآخر والصبي يوخذ بحقوق العباد فان ابى فرق بينهما استحسانا دفع للضرر عن صاحبه كذا في شرح الجامع وغيرها ومما وقع في الاصول ان امراة الصبي يوخر عنه العرض لان الصبي مقدر بخلاف الجنون والعتة فهو في حق الصغير خاصة فانه لا فرق بين المعتوه والصبي العاقل

في عد

في عدم تاخير العرض لصحة اسلامهما وخطابهما والزامهما الحق للعبد وانما سقط خطاب الاداء فيما يرجع الى حقوق الله تعالى خاصة واذا فرق بينهما الزوج كانت فرقة بطلاق خلافا لابي يوسف له ان سبب التفريق يشترك فيه الزوجان فيكون فسخا كالرضاع ولنا ان التفريق من جهته لانه ترك الامساك بالمعروف فناب القاضي عنه في التسريح بالاحسان فكان طلاقا وما ذكره يبطل بالخلع ص وان اسلم وهي مجوسية عرض عليها فابت فرق بغير طلاق ويكون لها المهر ان دخل بها والا فلا س اذا اسلم زوج المجوسية عرض عليها الاسلام فان ابت فرق بينهما لان نكاح المجوسية حرام ابتدا وبقاء فلا تكون الفرقة طلاقا لانها جاءت من قبلها ولها المهر ان دخل بها لانه تاكد بالدخول فان لم يدخل بها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول ص واذا ارتد احدهما وقعت الفرقة بغير طلاق وجعل ردته طلاقا س قال ابو حنيفة وابو يوسف اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله تعالى وقعت الفرقة بينهما للحال بغير طلاق مطلقا وقال محمد ان كان الزوج هو المرتد وقعت الفرقة بطلاق لحصولها بسببين من جهته كالابا والا بتغيير طلاق ولهما ان الردة في معنى الموت والموت مناف للنكاح فلم تكن الفرقة طلاقا بخلاف فرقة الابا فانها حصلت بفوات مقاصد النكاح كفرقة العنين ص فان دخل بها وهو المرتد كمل مهرها والا نصف او هي قبل الدخول فلا مهر ولا نفقة س فان كان المرتد هو الزوج وقد دخل بها فلها المهر لانه تاكد بالدخول وان لم يدخل بها فلها نصف المهر لانها فرقة طارية من قبله قبل الدخول كالطلاق وان كانت هي المرتدة والردة قبل الدخول فلا مهر لها ولا نفقة لانها منعت

المعقود عليه بعيني من جهتها وان كانت بعد الدخول فلها المهر بما تاكد بالدخول
وقال مشايخ بلخ وسمرقند اذا ارتدت المراة لا تقع الفرقة زجرا لها عن
الردة والصحيح انها تقع وتجبر على تجديد النكاح لان زجرها يحصل بالجبر
على التجديد فلا حاجة الى الحكم بعدم وقوع الفرقة ص ولو ارتدا معا
واسلما ابقينا نكاحهما ش قال علماؤنا الثلاثة اذا ارتد الزوجان معا
والعياذ بالله تعالى ثم اسلما فهما على نكاحهما وقال زفر وهو القياس
يبطل نكاحهما لانه لو ارتد احدهما يبطل ففي ردة احدهما وزيادة ولنا
وهو الاستحسان اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك في زمن ابي بكر
وفي احدهما اختلاف الدين لا في ردتهما لان اسلم احدهما قبل الاخر فسد
النكاح لاضرار الاخر ص ويحكم بالفرقة حال الردة والتفريق بالمبا وخروج
المهاجرة البينا بانقضاء العدة في المدخول بها ش قال علماؤنا اذا ارتد
احد الزوجين وهما في دار الاسلام تقع الفرقة بنفس الردة وقال
الشافعي ان كان بعد الدخول لا تقع حتى يمضي ثلاثة اقراء الحاقا لها
بالطلاق الرجعي ولنا ان الردة منافية للنكاح فتوجب الفرقة للحال
كالمحرمية وكان ابو جعفر الهندواني وابو القاسم الصفار والشيخ اسماعيل
البخاري ومشايخ بلخ وسمرقند يفتون بعدم الفرقة بارتداد المراة لان
النساء سريعات الاغترار سيما عند هيجان الشهوة وتوقان الرغبة قد يجعلن الردة وسيلة الى
الخلاص فلا يقضي بالفرقة سدا لهذا الباب وعامتهم على انه تقع الفرقة
للحال ولا فرق بين ردة الزوج والمراة وهو ظاهر الرواية ويجبر
المراة على الاسلام والرد الى زوجها لان حشم المادة يحصل بذلك ويجدد

النكاح

النكاح ولو مهر يسير رضيت ام ابت وعلى هذا الخلاف اذا اسلم احد الزوجين
المجوسيين بدار الاسلام او اسلمت المراة وزوجها كافر وهما بدار الاسلام
تقع الفرقة بتفريق القاضي بالمبا للحال عندنا وقال الشافعي رضي الله
عنه ان كان ذلك بعد الدخول لا يقع شيء حتى تنقضي ثلاثة اقراء وعلى هذا
الخلاف المراة الحربية اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة او ذمية او مراغمة
لزوجها اي مفارقة على رغم او معاضة له هاربة منه تقع الفرقة بتباين
الدارين عندنا وقال الشافعي ان كان بعد الدخول لا تقع شيء حتى تنقضي
ثلاثة اقراء ص والمهاجرة لا عدة لها عليها كالمسبية ش قال
ابو حنيفة المهاجرة الى دار الاسلام مسلمة او ذمية لا عدة عليها فيجوز
تزويجها لانها فرقة وقعت عن نكاح صحيح فتوجب العدة كالمسلمة
وللامام قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وفي وجوب العدة
تمسك بعصم الكوافر فلا تجوز ولان العدة تجب صيانة لما محترم لا حرمة
لها الحربي وهذا لا عدة على المسبية بخلاف الذمي وانما تجب استبرا
المسبية لوجوب سببه وهو حدوث ملك الوطء ملك اليمين المؤكد
بالقبض وان كانت حاملا فحتى تضع ش روى محمد عن الامام ان المهاجرة
اذا خرجت الى دار الاسلام وهي حامل لا يجوز ان يتزوج حتى يضع حملها
وهو ظاهر الرواية لان الحمل ثابت النسب فيمنع صحة النكاح وروي
ابو يوسف عنه انه يجوز الا ان لا يطاها حتى تضع كالحامل من الزنا وهو
اختيار الكرخي لانه لا حرمة لها الحربي ص واذا اسلمت في دار الحرب
او اسلم وتحته مجوسية بانت منه بانقضاء ثلاث حيض ش اذا اسلمت
المراة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية او ذمية

لم تقع الفرقة بينهما ما لم ينقض ثلاثة اقراء لان الفرق بين المدخولة وغيرها
لان الحادث الاسلام وانه لا يصلح للفرقة ولا بد منها والعرض متعدد فاقيم
شرط الفرقة مقام السبب كما في الحضر وغيره وهل عليها عدة بعد القضاء
الاقرائي قياس قوله الامام ينبغي ان لا يكون عليها عدة وعلى قولهما يلزمها
العدة وذكر في السير الكبير العدة قام مقام قضاء القاضي بالتفريق وعند
ابي يوسف وهو رواية اخرى عنهما انها فرقة بغير طلاق لانها وقعت
حكما لا بتفريق القاضي ص ويجعل تباين الدارين سبب الفرقة لا السبي
ش قال علماؤنا علة الفرقة تباين الدارين وجد السبي ام لم يوجد
وقال الشافعي عليها السبي وجد التباين ام لم يوجد لان التباين اثره
في انقطاع الولاية لا في انقطاع النكاح والسبي يقتضي الخلوص للسابي وانه
لا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولنا ان التباين يخل بمقاصد النكاح فتوجب
الفرقة كالحرمية والسبي ليس بمناف للنكاح بدليل عدم البطلان عند حرمة
المالك بخلاف المستامن حيث لم تتباين له الدار حكما والخلاف في غير المراغم
ص واذا اسلم زوج الكتابية بقي النكاح ش اذا اسلم زوج الكتابية فالنكاح
باق بينهما لانه يجوز في الابتداء فالبقاء اولى اذ هو اسهل ولهذا تشترط
الشهادة فيه في الابتداء دون البقاء ص ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة ش
لاجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولان النكاح يعتمد الملة ولا ملة له
وما انتقل اليه لا يقر عليه ولان النكاح شرع للبقاء والمرتد يقتل ولا يحصل
به ما شرع لاجله فلا يشرع والتأخير لضرورة التامل وفيما وراءها كانه
لا حيوة فيه واشتغاله بالنكاح يشغله عن شي حياته لاجله ولذا المزينة
لانها تجلس للتامل وخدمتها للزوج تشغلها عنه فلا يشرع والنكاح شرع

لمصالحه وهو الازواج والتوالد والتناسل والسكن لا لعينه فاذا فات
ما شرع له لم يشرع اصلا الا ترى ان البيع لما كانت شرعيته لافادة الملك
لم يشرع في محل لا يقبل حكمه ص ويتبع الولد خير الابوين دينا ش الولد يتبع
خير الابوين دينا لانه انظر له وهذا اذا لم تختلف الداران كانا في دار
الاسلام او في دار الحرب او كان الصغير في دار الاسلام واسلم الوالد في دار
الحرب لانه من اهل دار الاسلام حكما واما اذا كان الولد في دار الحرب
والوالد في دار الاسلام لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما لانه لا يمكن ان يجعل
الوالدين اهل دار الحرب بخلاف العكس ص ويتبع الكتابي منهما المجوسي
شر من الكتابي لان الكتابي له دين سماوي ولهذا تؤكل ذبيحته وتحل لنساؤهم
للمسلمين فكان المجوسي شرا منه حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا
لان حل الذبيحة والمناكحة من احكام الاسلام فيرجح بهما كما يرجح بالاسلام فكان
في جعل الولد تبعا له نوع نظر وهو واجب والاصل في تبعية الولد قوله
عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة وابواه يهودانه او ينصرانه
او يمجسانه والفطرة الحالة التي خلق الله عليها والمراد الاسلام وحكم الدنيا
لله تعالى لقوله تعالى فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله
والسبعة على مراتب اقواها تبعية الابوين او احدهما ثم الدار ثم صاحب
اليد هكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان وذكر في المحيط انعدام احد
الابوين يكون تبعا لصاحب اليد وعند انعدام صاحب اليد يكون تبعا
للدار واذا سبي مع احد ابويه لم يصل عليه حتى يقر بالاسلام وهو يعقل صفة
الاسلام كما ذكر في حديث جبريل ان يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله
واليوم الاخر والبعث بعد الموت والقدر خيره وشره من الله تعالى وهذا

يدل على ان من قال لا اله الا الله لا يكون مسلما حتى يعلم صفة الايمان
وان من اشترى جارية سيوصفها صفة الاسلام فلم تعلم لا تكون مومنة
ص ولو مات وتحته خمس او اختان او ام وبنت بطل النكاح فان رتب
فالاخر وخيره في اختيار اربع مطلقا واحدي الاختين والبنت ش رجل
اسلم وتحته اكثر من اربع نسوة واسلمن معه فان كان تزوجهن في عقد
يوقف بينه وبينهن وان كانوا في عقود متفرقة بقي نكاح الاربع الاول
وفسد نكاح الاكثر وقال محمد يختار اربعا منهن في الوجهين لانه عليه
السلام خير غيلان بن سلمة الثقفي حين اسلم عن عشر نسوة ولهما
ان في الجمع معنى يشترط خلو العقد منه ابتدا وبقاء في حق المسلم فيفسد
في الكل وفي الترتيب نكاح الاربع الاول صحيح ونكاح الاكثر فاسد فيصرف
الفساد الى الاكثر وتخييره عليه السلام يحتمل ان يكون قبل نزول
التحريم ويحتمل بنكاح جديد والمحتمل لا يكون حجة وحكاية الفعل
لا تعم ولو كان تحته اختان واسلمتا معه ففي الجمع فسد نكاحهما وفي التوقف
فسد نكاح الثانية وعند محمد يختار ايتهما شاء في الوجهين لانه عليه
السلام خير فيروز الديلمي حين اسلم وتحته اختان ولهما ان في الجمع
يشترط خلو العقد منه في حق المسلم فيفسد فيهما وفي الترتيب نكاح
الاولى صحيح ونكاح الثانية فاسد فيصرف الفساد الى الاخير ولو كان
تحته ام وبنت ان دخل بالام ثم اسلم فسد نكاحهما تزوجهما بعقد او
بعقدين لان الام حرمت بعقد البنت والبنت بالدخول بالام وان لم
يدخل بالام ان تزوجهما بعقد فسد نكاحهما او بعقدين ان كان نكاح
البنت اولا بطل نكاح الام او كان نكاح الام اولا فسد نكاحهما او بعقدين

وقال محمد اذا لم يدخل بالام فسد نكاح الام لانها تحرم بمجرد العقد على البنت
بخلاف البنت وقولها ظاهر ص ويحكم بالفرقة بين مسلم معه نصرانية تمجسا
كالو تهودا وخالفه ش قال ابو يوسف اذا كان تحت المسلم نصرانية
ومجوسا جميعا وقعت الفرقة بينهما وعن محمد رحمه الله تعالى انها لا تقع لان
سبب الفرقة منهما جميعا ولابي يوسف ان الزوج لا يقر على الردة والمراة
تقر فصار كالو تهودا وتجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية واليهودي
النصرانية والمجوسية والمجوسي اليهودية والنصرانية لان الكفر كله ملة
واحدة هكذا روي عن عمر رضي الله عنه ولا كفاءة بين أهل الكفر والله سبحانه
اعلم **فصل في القسم** هو بفتح القاف وسكون السين مصدر
قسمت الشيء فالقسم وبالكسر واحد الاقسام ص ويعدل بين الحرتين
في القسم مطلقا ش اذا كان للرجل زوجتان حرتان فعليه ان يعدل
بينهما في البيتوتة في الحضر بكرين كانتا او ثيبين او احداهما بكرا والاخرى
ثيبا لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا الاية ومعنى ان لا تعدلوا لا تجوروا
هو المنقول عن ائمة اللغة وفسر الشافعي لا تعدلوا بان لا تكثر عيالكم
قال في شرح التاويلات لا يقال عال يعول في كثرة العيال بل أعال
يعيل وفي الجور عال يعول وقوله عليه الصلاة والسلام من كان له
امراتان فمال الى احديهما جا يوم القيامة وشقه مايل اي مفلوج
رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه وابن حنبل وعن عائشة
رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل
ويقول اللهم ان هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما تملك ولا املك
يعني زيادة المحبة رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة وليس عليه

التسوية في الوطء لانه ينبني على النشاط وفي المحبة لانها فعل القلب والخيار
في قدر الدور عليه ان المستحق عليه التسوية في البيتوتة دون المجامعة
لانها تنبني على النشاط ص ونامره بالتسوية لا بان يقيم عند البكر
الجديدة سبعا والثيب ثلاثا ثم يستانف س اذا كان للرجل زوجة
تتزوج اخرى فان كانت بكرا سوى بين الجديدة والقديمة في القسم
فان اقام عند هذه سبعا اقام عند الاخرى سبعا وكذلك ان كانت ثيبا
سوى بينهما فان اقام عندها ثلاثا اقام عند القديمة ثلاثا ولا تخص
الجديدة البكر بسبع والبنت بثلاث ثم يستانف القسم وقال الشافعي
يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلاثا ولا يحتسب عليها
بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك
المدة لما روي عن انس رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه
يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى اهله اخرجه الدارقطني ولانها
لم تالف صحبة زوجها بعد ولعلة تحصل لها في اول الامر منه نفرة فكان في
الزيادة ازالتها ولنا ما تلونا وما روينا من غير فصل بين الجديدة والقديمة
والمسلمة والكتابية والبكر والثيب والصحيحة والمريضة والرتقاء والمجنونة
والحامل والصغيرة التي يمكن وطيها والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها
ولانها استويا في النكاح فيستويان في حقوقه ولان للقديمة زيادة
خدمة وللجديدة زيادة لذة كما قيل لكل قديم حرمة ولكل جديد لذة ولو
جاز تفضيل البعض على البعض لكانت القديمة اولى به لما حصل لها من
الكسر والوحشة وادخال الغيظ والغيرة بسبب ادخال الضرة عليها وحديث
انس موقوف ولئن كان فالمراد منه التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة

ص

عنه

ص ويقسم للرقيقة مع الحرة الثلث ش اذا كان للرجل زوجتان احداهما
حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان وللامة الثلث روي ذلك عن علي رضي الله
وهذا لان حل الامة انقص من حل الحرة ولا يمكن تنصيفه فاظهر في حقوقه
من القسم والطلاق وفي حق الادخال حتى لا يجوز ادخال الامة على الحرة
وعلى العكس يجوز والمدبرة والمكاتبة وام الولد كالامة واذا كان له زوجة
واحدة وتشاغل عنها بالصوم والصلاة ان كانت امراته حرة فعليه لها من
كل اربعة ايام يوم وان كانت امة كان لها من كل سبعة ايام يوم لان له
ان يتزوج ثلاث حرائر فيكون الواجب لكل واحدة يومين ولها يوم وفي
ظاهر الرواية لا توقيت ولكن يومر الزوج استحسانا بان يبيت معها
احيانا لان العدل عند المزاحمة والمقسم للمملوكة بملك اليمين
وان كثرن لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم
ص وليس فر من شاء ويستحب ان يقرع وان وجبها س واذا سافر فلا قسم
للمقام عليه لانه لا يمكنه ان يسافر بالكل وليس البعض باولى من البعض
ويستحب ان يقرع بينهن وقال الشافعي يجب لما روي عن عائشة رضي الله
عنها انه عليه الصلاة والسلام كان اذا اراد ان يخرج في سفر اقرع بين
ازواجه فايتهن خرج سهمها خرج بها معه متفق عليه ولنا انه لا قسم
عليه في السفر حتى كان له ان لا يخرج بواحدة منهن فله ان يسافر بواحدة
منهن او اكثر بلا اذن من صاحبتها ولانه قد يتعسر عليه المسافرة ببعضهن
لمرض بها او سمن او كثرة اولاد وقد يامن ببعضهن في حفظ الامتعة في
السفر او في تركها في البيت وفيه من الحرج ما لا يخفى وفعله عليه الصلاة
والسلام به لم على استحباب ونحن نقول به تطييبا لقلوبهن ونفيا للتهمة

المنه والدليل عليه ان التسوية لم تكن واجبة عليه في الحضر وانما كان
يفعل تفضلا لما روي انه عليه السلام كان يقسم لثمان ولا يقسم
لواحدة قال عطاء في حفصة بنت حي بن اخطب رواه مسلم وقال تعالى
ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء من روي عايشه وام سلمة وزينب
وحفصة وممن ارجيه سودة وجويرة وام حبيبة وصفيه وميمونه ذكره
المندري فاذا لم يجب عليه في الحضر فكيف يستدل بفعله على الوجوب
والقاعدة ايضا ان الفعل لا يدل على الوجوب ولا يقضي للباقيات اذا سافر
باحديهن من غير قرعة خلافا للشافعي له تحقيق العدل ولنا ان الخروج
بواحدة تبرع والتسوية لا تلزم في التبرع ص وتجوز ان تترك قسمها
لصاحبتها وان ترجع فيه ش وهبت احداهن قسمها لصاحبتها جاز لان
سودة جعلت نوبتها لعايشة لما خافت ان يفارقها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولانه حقها فله تركه فان رجعت فيه كان لها ذلك لانها اسقطت
حقا قبل الثبوت فلا يسقط وهذا لان الاسقاط انما يتحقق في القايم
فيكون الرجوع امتناعا بمنزلة العارية حيث يرجع المعتبر فيها متى شا
لما قلنا ولو ظلم بعضهن بوعظ فان لم تنته ترجع عقوبة زجرا له عن
الظلم

كتاب الرضاع

وجه المناسبة بين
الكتابين كل منهما على ما يشتمل عليه الاخر من الحل والحرمة وهو في الشرع
مص الرضيع من ثدي ادمية في وقت مخصوص قوله من ثدي ادمية
احتراز عن ثدي بهيمة حتى لو اجتمع صبيان على ثدي شاة لا تثبت
الحرمة بينهما وقوله في وقت مخصوص وهو مدة الرضاع على حسب
ما اختلفوا فيها احترازا عن الارضاع في غير هذا الوقت فانه لا يوجد
الحرمة

وفي قوله مص الرضيع تسامح لان المراة لو حلبت لبنها من ثديها
فارضعت به صبية صارت ابنتها والرضاعة بفتح الواو وكسرها وانكر
الاصمعي الكسر مع الهاء وهو في اللغة لا يتقيد بهذه القيود ص وتعلق
التحريم مطلقة في المدة بالخمس رضعات ش قال علما وناقليل
الرضاع وكثيره يوجب التحريم في المدة وقال الشافعي لا يوجبه الا خمس
رضعات يكتفي الصغير بكل واحدة منهن لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا
المصتان ولان اللبن انما ينهض سببا للحرمة بسبب كونه سببا للنشوز وانه
لا يحصل باصل الارضاع وانما يحصل بقدره والقدر تلقي من الشرع ولنا
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة علقه بفعل الارضاع
من غير قيد بالعدد وفي اعتبار العدد زيادة على النص بخبر الواحد وهو
نسخ وروى البخاري ومسلم انه عليه السلام قال تحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب وعن عايشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ان الله تعالى حرم
من الرضاع ما حرم من الولادة متفق عليه ولان الرضاع من اسباب الحرمة
كالنسب باعتبار البعض فلا يعتبر فيه العدد كالوطي والنشوز امر مبطن
فيدار الحكم على السبب الظاهر احتياطا في باب الحرمة فتعلق الحكم بفعل
الارضاع كما في السفر والتقا الختانين فاما اليوم فالرضعة الواحدة
تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه ابوبكر الرازي ومثله عن ابن عباس وما
رواه محمول على الابتداء حين كان ارتضاع الكثير مشروعا خمس رضعات
ثم نسخ ارضاع الكبير بقوله عليه السلام لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام
رواه ابوداود وبالاجماع فانتسخ التقدير معه بالاجماع ايضا ضرورة ص
وهي ثلاثون شهرا وقالا سنتان ش لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن

حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة بعد تمامه وروي عن ابن عباس
رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان
في الحولين وقال تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وادنى مدة الحمل ستة
اشهر فبقي للفصال حولان ولان الظاهر ان الرضيع يكتفي في الحولين باللبن
وبعدهما لا يكتفي فكان كالكبير وهو اختيار الطحاوي وللامام الاية الاخيرة
ووجه الاستدلال منها انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل
واحد منهما كالهما كالاجل المضروب للمدتين بان قال لفلان علي الف درهم
وحمته اقفزه حنطة الى ستة اشهر فان الاجل ينصرف اليهما فعلم ان
الاية تقتضي ان يكون الثلاثون شهرا لكل واحد من الحمل والفصال والحمل
المذكور في هذه الاية على هذا هو الحمل باليد والجر قام الدليل على انفصال
في الحبل وهو قوله عليه السلام لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من حولين
ولم يقد رطل معزل فبقي الاخر على حالة وليس في الاية جعل الحولين شرطا
في ثبوت الحرمة بالرضاع لانها تعرضت لبيان المدة في حق من اراد اتمام
الرضاعة ولم ينتف ان يكون الزايد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم
يرد اتمام الرضاعة على ان ذكر الشيء بالتمام لا يمنع احتمال الزيادة عليه
كما في قوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وهذا
لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيادة من فروض الحج ولانه ورد
نصان احدهما يدل على انه مقدر بحولين والاخر يدل على الزيادة عليهما
وللرضاع حكمان استحقاق الاجرة وحرمة الرضاع فاعتبر في حق وجوب
الاجرة مقدار الحولين حتى لا يجب الزيادة بالشك واعتبر في حق التحريم الزايد
على الحولين احتياطا للحرمة عملا بالنصين بقدر الامكان فكان ما قاله الامام

احوط

احوط وافوق والحديث كما يحتمل حكم الحرمة يحتمل حكم الوجوب ص وتقيدنا
الثلاث ش قال علماؤنا الثلاثة لا يكون مدة الرضاع ثلاث سنين بل الحكم
فيها ما قدمناه وقال زفر رضي الله عنه مدة الرضاع ثلاث سنين لان الحولين
هي مدة الاستحقاق على ما مر وقوله تعالى فان اراد فصالا الاية يدل على جواز
الارضاع بعد الحولين ثم الرضيع لا يمكنه التحول من الرضاع الى الطعام دفعة
فلا بد من مدة يعتاد فيها الصغير مع اللبن الطعام الى ان يكتفي به عنه
وبنساه والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة
كما في العنين والزكاة ولا يعتبر الرضاع بعد المدة لقوله صلى الله عليه وسلم
الرضاعة من المجاعة يعني ما كان يرد الجوع وهذا لا يكون في ارضاع الكبير
لان جوعه لا يرده الرضاع وان فطم في المدة ثم ارضعته فيها ثبت به التحريم
لوجود الارضاع في المدة وصار الفطام كان لم يكن وعن الامام رحمه الله تعالى
انه لا يثبت به التحريم ان كان استغنى بالطعام عن اللبن لان اللبن لا يغذيه
فلا يحصل به معنى البعضية والفتوى على ظاهر الرواية وهل يباح الارضاع
بعد المدة فيه اختلاف المشايخ ص واذا ارضعت صبية حرمت على اصول
زوجها واصولها وفروعها واخوتها واخواتها ش اعلم ان الحرمة تثبت
من جانب الفحل كما يثبت من جانب المرأة خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في
احد قوليه وهو الذي نسميه لانفقها لبن الفحل وصورته ان يتزوج امرأة
فتلد منه او تحبل ثم ترضع صبيا او صبية لان حكم الرضاع حكم النسب
فتثبت الحرمة من الجانبين كما في النسب ثم ان كان الرضيع صبيا تحرم عليه
المرضعة لانها امه وتحرم عليه بناتها لانهن اخواته وتحرم عليه بنات
زوجها من غيرها لانهن اخواته من قبل الاب وتحرم اخواتها لانهن خالاته

وتحرم اخوات زوجها لانهن عماته وتحرم امهات الزوج لانهن جداته من قبل
الاب وتحرم امهاتها لانهن جداته من قبل الام ولو كانت صبية تحرم على زوج
المراة لانه ابوها وعلى اب الزوج لانه جدها وعلى اخوة الزوج لانهم اعمامها
وعلى ابنا الزوج لانهم اخوتها وعلى اب المراة لانه جدها وعلى ابنا المراة لانهم
اخوتها وعلى اخوة المراة لانهم اخوالها وعلى هذا الحكم اولاد الاولاد من الجانبين
فهؤلاء لا يجوز مناكحتهم احد منهن كما في النسب قال عليه الصلاة والسلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب وعن عايشة رضي الله عنها انها قالت دخل
علي افلح اخواني فاستترت منه فقال تستتري مني وانا عمك قالت قلت
من اين قال ارضعتك امراة اخي قالت قلت انما ارضعتني المراة ولم يرضعني
الرجل فدخل على النبي صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك
رواه البخاري ومسلم لان الزوج سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع
الحرمة احتياطا ومن شرط لبن الفحل ان يكون من المراة بسبب الولادة او
الحمل منه حتى لو نزل لها لبن بدون الولادة او الحمل كما ينزل للبكر لم يكن
اللبن للفحل وان كانت المراة تحته تزوج امراة ولم تلد منه ولم تحبل
ثم نزل لها لبن فهذا اللبن من هذه المراة دون زوجها حتى لو ارضعت
صبية لم تحرم هي على ولد هذا الزوج من غير هذه المراة ولدت من زوج
وارضعت ولدها ثم يبس ثم درلها اللبن وارضعت صبيا فللصبي ان
يتزوج بنت هذا الزوج من غير هذه المراة لان هذا ليس بلبن الفحل ص
واذا ارضع صبيان من امراة كانا اخوين ش لو اجتمع صبيان على لبن امراة
كانا اخوين حتى لو كان احدهما ذكرا والاخر انثى لم يجز ان يتزوج احدهما
الاخرى وان كانا انثيين لم يجمع بينهما سوا اجتمعا على ثدي واحد في زمن

واحد

واحد او ازمنة مختلفة كان امهما واحدة ص فان اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع
ش اجتمعا على لبن بهيمة واحدة لم يثبت حكم الرضاع لانه لا حرمة بين الادمي
والبهايم والحرمة باعتبارها ودخل محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار
بخاري في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل لست
هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي في صبيين ارتضعا بلبن شاة
فافتى بثبوت حرمة الرضاع فاخرج من بخاري بسبب هذه الفتوى لخرقه
الاجماع امراة لها بنون واخوي لها بنات فارضعت ام البنات احد البنين
حرمت بناتها على ذلك الابن بعينه ولم تحرم من البنات واحدة على ساير
البنين لعدم اجتماعهم على ثدي امراة واحدة ولو كانت ارضعت بنتا
حرمت هي على ساير البنين وحل غيرها من البنات لا بن المرضعة ولو كانت
ام البنات ارضعت احد البنين وام البنين ارضعت احد البنات لم يكن للابن
المرتضع ان يتزوج واحدة منهن وجاز لاخوته ان يتزوجوا بنات الاخوي الا
البنت التي رضعت من امهم وحدها وفي المبسوط ارضعت بنتا لم يكن لاحد من
اولاد المرضعة من كان قبل الرضاع او بعده ان يتزوج الرضيعة ص ولا
يعتبر اللبن اذا غلبه ما اودوا اولبن شاة قال علماؤنا اذا اختلط
اللبن بما اودوا اولبن بهيمة فالعبرة للغالب فان غلب اللبن يعلق
به التحريم والا فلا وقال الشافعي تحرم مطلقا س اذا كان اللبن
قدر خمس رضعات لان اللبن موجود فيه حقيقة كما لو كان بانفراده ولنا
ان المغلوب غير موجود حكما فان المغلوب كالمعدوم الا ترى ان من
حلف لا يشرب لبنا فشرب ماغالبا على اللبن لم يحنث واما اذا اختلط
اللبن بالدوا فان كان اللبن غالبا تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا

فيه اذا الدوا انما جعل في اللبن ليصل اللبن بقوة الدوا الى ما يصل
اليه وحده فكان هذا ابلغ في حصول معنى التعدي به وذكر في فتاوى قاضي
خان ان كان الدوا مغلوبا في اللبن تثبت الحرمة ثم فسر ابو يوسف
الغلبة فقال ان غير طعم اللبن ولونه لم تحرم وان غير احدهما حرم وقال محمد
ان لم يغير المختلط اللبن حرم وان غير لم تحرم وذكر الحصاص على اصل الامام
ينبغي ان لا تعتبر الغلبة لان الاختلاط لسلب قوته وان قل المختلط كاختلاطه
بالطعام القليل واطلق الجواب في ظاهر الرواية في ان العبرة للغالب
ولم يذكر الخلاف ص وان امتزج بلبن امراة اخرى علقه بهما وهو رواية
وهما بالغلبة ش قال محمد وهو قول زفر ورواية عن الامام اذا امتزج
لبن امراتين واحدهما غالب تعلق التحريم بهما جميعا وقال ابو حنيفة
وابو يوسف يتعلق بالغالب لمحمد ان المعنى لا يختلف بالزيادة بل يقوي
بهما وكل واحد منهما محرم لانه سبب لانبات اللحم وانشار العظم فيستوي
فيه قليله وكثيره والجنس لا يغلب الجنس فلا يصير مستهلكا لاتحاد
المقصود ولهما ان الاقل تابع للاكثر في بنا الحكم عليه كما لو اختلط بلبن
الانعام وان اتحد المقصود واصل المسئلة في الايمان اذا حلف لا يشرب
من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى ولبن البقرة المحلوف
عليها مغلوب فانه يحنث عند محمد لان الجنس لا يغلب الجنس وهو ظاهر
واحوط لان من غصب زيتا فخلطه بزيت اخر اشتركا فيه ولو خلطه بغير جنسه
اعتبر الغالب فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس والجنسين وعند ابي يوسف
لا يحنث لان المغلوب لا عبرة به ص وامتزاجه بالطعام لا حكم له وان غلب
كالمطبوخ ش قال ابو حنيفة اذا اختلط اللبن بالطعام لم يتعلق به التحريم

وقال

وقالا يعتبر الغالب لان المغلوب بمقابلة الغالب كالمعدوم ولابي حنيفة
ان المقصود هو الطعام واللبن تابع وان غلب كالمرقة مع التزيد ولا
يتعلق التحريم بالمطبوخ سواء كان اللبن غالبا ام لم يكن لانه تغير بالطبخ
عن طبعه وصفته شرط القدوري في شرحه على قول الامام ان يكون
الطعام مستبينا بان يكون بمنزلة التزيد وقيل اذا لم يتقاطر عند
عند حمل اللقمة لو ذكر شيخ الاسلام جواهر زاده اذا اكل لقمة لقمة وقيل
على كل حال واليه مال شمس الائمة السرخسي ص ويحرم به بعد موتها
ش قال علماؤنا لبن الميتة في التحريم كلبن الحية خلافا للشافعي
له انه نجس فلا يكون سببا لحرمة هي نعمة كالمصاهرة ولنا اعتبار الحرمة
والتعدي والنجاسة لا تسلب الخاصية كلبن الحية اذا وقعت فيه
نجاسة على ان اللبن لا ينجس بالموت وحرمة المصاهرة بمعنى الحرمة
والاحرمة بعد الموت لبطلان محل الحدث ص ومعلق بلبن البكر لا بلبن الرجل
ش نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم لانبات اللحم
وانشار العظم والحرمة بخلاف لبن الرجل لانه ليس بلبن حقيقة
كدم السمك فانه ليس بدم حقيقة فلا يحصل به النشر والنمو ولانه لا يتصور
منه الولادة فلا يتصور منه اللبن ص ولا بالاحتقان ش اذا حقن
الصبي باللبن لم يتعلق به وعن محمد انه يحرم لانه يصل الى الجوف حتى يفيد
به الصوم كالسعوط والوجور والصب والظاهر ان الموجب للحرمة جعل
الغذا به ليثبت شبهة الحرمة وانه بالوصول الى المعدة ولم يوجد والافطار
في الاذن والحاقنة والامة على هذا الخلاف ولو افطر في احليله لا يثبت
به الحرمة ص وان كانت ذات لبن فطلقت وانقضت عدتها فتزوجت

اخر فحبلت وارضعت فحكمه من الاول حتى تلد وثبتته من الثاني ان كان رقيقا
لا منها ش قال ابو حنيفة اذا كان للمطلقة او المتوفى عنها لبن فطلقت وانقضت
عدتها فتزوجت اخر فحبلت من الثاني ولم تضع وارضعت فالحرمة من الاول
حتى تضع وقال ابو يوسف ان علم كونه من الثاني بان كان رقيقا فهو منه وان
كان غلطا ولم يتبين الحال فهو من الاول لان الامارات تسند اليها الاحكام
فينظر اليها ويرتب على كل امارة مقتضاها وللامام انه من الاول يتيقن
ووقع الشك في كونه من الثاني فلا يرتفع اليقين بالشك ولتغير اللبن اسباب
من زيادة الغذا وجودته وصحة البدن وغير ذلك فلا عبرة به وقال محمد
وهو قول زفر الحرمة تثبت منهما جميعا حتى تلد لان احتمال كونه منهما قائم
فتثبت الحرمة منهما احتياطا ص ولو ارضعت امرأته الكبيرة الصغيرة حرمتا
ش يعني اذا كان تحته كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا
على الزوج لانه يصير جامعا بين الام وبنتها رضاع فلا يجوز كالجمع بينهما
نسبا ويستوي في التحريم الدخول وعدمه ص فان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها
ش لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها فصار كردتها قبل الدخول
بها حتى لو لم تجئ الفرقة من قبلها بان كانت الكبيرة مكرهة او نائمة فارضعت
منها الصغيرة او اخذ رجل لبن الكبيرة فاوجرته الصغيرة او كانت الكبيرة
مجنونة لها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها ص وبنصف مهر الصغيرة
ش لان الفرقة قبل الدخول جاءت من غيرها ولا يقال الارتضاع فعلها
والفرقة باعتباره لانا نقول فعلها غير معتبر في اسقاط حقها لان المهر
انما يسقط جزاء على الفعل والصغيرة ليست من اهل المجازاة على الفعل فلا يسقط
مهرها الا ترى ان الكفارة لا تجب عليها ولا تحرم من الارث بالقتل حتى لو وجدت

في الكبيرة

في الكبيرة ايضا ما يمنع اعتبار فعلها من الجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقها
ص ورجع به على الكبيرة ويشترط تعمد الفساد ش اي يرجع الزوج على الكبيرة
بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة ان تعمدت افساد النكاح بالارتضاع وان لم
تتعمد بان لم تعلم بالنكاح او علمت لكنها فقدت دفع الجوع والهلاك واخطات
ولم تعلم انه يفسد فلا شيء عليها وقال الشافعي وهو قول زفر ورواية
عن محمد يرجع عليها مطلقا سواء تعمدت ذلك او لم تتعمد لانها اكدت ما كان
على شرف السقوط وهو نصف المهر والتاكيد جار مجرى الاتلاف كشهود الطلاق
اذا رجعوا قبل الدخول وللظاهر القاسمية لا مباشرة لانها باشرت الارضاع
وهو ليس بموضع لافساد النكاح بل هو سبب موضوع للجزية وانما يثبت الفساد
في هذه الصورة باتفاق الحال والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا وذا لا يتحقق
مع الجهل وهذا اعتبار الجهل لدفع القصد لا لدفع الحكم وانما يعرف عدم
تعمد الفساد بقولها لانه لا يقف عليه غيرها ولا يجوز ان يتزوج الكبيرة
بحال لان بمجرد نكاح البنت تحرم نكاح الام ويجوز ان يتزوج الصغيرة اذا
لم يدخل بالكبيرة لان الدخول بالام يوجب تحريم نكاح البنت ص ولو
ارضعتهما اجنبية على التعاقب حرمتا ولا خص الثانية ش قال علماؤنا اذا
تزوج رضيعتين فارضعتهما متعاقبا فسد نكاحهما وقال الشافعي فسد
نكاح الاخيرة فقط قيد بالمتعاقب لانها لو ارضعتهما معا يفسد نكاحهما اتفاقا
له ان برضاع الاخيرة تثبت الحرمة في حقها ولنا ان المحرم هو الجمع بين الاختين
نكاحا وصار رضاع اختين معا اذ لاختيه لا يثبت الا من الجانبين
في حالة واحدة فيفسد نكاحهما معا هو نظر الى ارتضاع الثانية لانها
علة لثبوت الاختيه وهذه العلة مختصة بالثانية فتختص الحرمة بها

ونحن نظرنا الى صفة الاختيه وهي قايمة بها فحرم الجمع بينهما بقاء وهذا النظر اولي لانه امكن اضافة الحكم الي العلة فلا يضاف الي علة العلة فعلة التحريم الجمع لا الرضاع والرضاع علة العلة فلا يضاف الحكم اليها الا اذا تعذرت الاضافة الي العلة ص ولو قال هذه رضيعتي ثم اعترف بالخطا لم يصدق فيه ش قال علماونا اذا تزوج امراة ثم قال هي اختي او امي او بنتي من الرضاع ثم قال نسيت او غلطت او كذبت او اخطات او وهمت يصدق في ذلك ولم نفرق بينهما وقال الشافعي وهو القياس لا يصدق فيه ويفرق بينهما له انه اقر بسبب الحرمة فلا يصدق في الرجوع عنه كما لو اقر بالطلاق ثم رجع ولنا وهو الاستحسان ان هذا مما يقع فيه الاشيا والحل والحرمة حق الشرع وكل واحد هو امين فيه ولا يكذبهما احد ولو اقر ان هذه المراة امه او اخته او بنته من الرضاع او النسب ثم قال نسيت او غلطت او اخطات او وهمت او كذبت وصدقته المراة جاز له ان يتزوجها عندنا خلافا له ولو اقرت بذلك وانكره ثم اكذبت نفسها فتزوجها او تزوجها قبل ان يكذب نفسها ثم اكذبت نفسها فعلي هذا الخلاف وهذا دليل علي ان المراة اذا اقرت بالطلقات الثلاث يحل لها ان تزوج نفسها من الذي اقرت انه طلقها ثلاثا ولو ثبت علي اقراره وقال هو حق ثم تزوجها فرق بينهما انه لما ثبت علي مقالته وزعم انه حق لزمه حكم اقراره ومثل هذا الاقرار انما يوجب الفرقة بشرط الثبات عليه واذا قال بعد الاقرار هو حق وجد الشرط وثبت الحكم فلا ينفعه الجحود قال هذه بنتي او اختي من نسب ولها نسب معروف ثم قال اوهمت لا يصدق ويحكم بالعتق لان الاشتباه لا يقع بين الابن والعبد لتفاوتهما في الملبس والمطعم والمجلس بخلاف البنت

والزوجة

والزوجة لتقاربهما ولو قال لامراته هذه بنتي من نسب او امي وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق بينهما للتكذيب الشرعي وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت علي ذلك فرق ولا يثبت النسب اذا صدقته لعدم تعدي اقراره علي الغير وان كان مثلها لا يولد لمثله لا يفرق للكذب الحقيقي ص ولا يثبت الرضاع الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين ش لا يقبل في الرضاع شهادة النسا منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم يجوز له ان ينظر الي بدنها ويثبت بالاحاما يثبت بالمص من الثدي وما ذهبنا اليه مذهب عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وكفي بهم قدوة والله اعلم **كتاب الطلاق** لما كان الطلاق مترتبا علي النكاح شرعا ذكره عقيبه ليناسب الترتيب الوضعي الترتيب الشرعي وهو مصدر طلقت المراة بضم اللام طلاقا كالحمال من حمل او من طلقت بالفتح كالفساد من فسد فسادا وضع الاخفش الضم وفي ديوان الادب انه لغة ثم الكلام فيه في سبعة مواضع في تفسيره لغة وشرعه وسببه وشرطه ومحله وحكمه والتابع النواعه علي ما ياتي في باب ايقاع الطلاق ان شا الله تعالي اما تفسيره لغة فهو عبارة عن رفع القيد مطلقا من الاطلاق واما شرعا فهو رفع القيد الثابت بالنكاح شرعا فقوله بالنكاح احتراز عن العتق لكونه ثابت بالنكاح وقوله شرعا احترازا عن رفع القيد الثابت حسا وهو علي الوثاق ثم اعلم ان الله تعالي شرع النكاح لمصالح العباد لينتظم به مصالحهم الدينية والدنيوية ثم شرع الطلاق اكالا للمصلحة لان الانسان قد لا يوافقه النكاح فيطلب الخلاص منه فمكنه من ذلك وجعله عدا

واخر حكمه لمجرب نفسه بالزواج كاجرب بالنكاح ثم حرمها عليه بعد فراغ العدد
قبل ان تتزوج اخر لسان حاله غبطة وهو الزوج الثاني على ما عليه جبلة
الفحول لحكمته ولطفه بعباده وسببه الحاجة اليه وشرطه الاهلية من
البلوغ والعقل ومحله كون المراة في النكاح او في العدة وحكمه زوال
الملك مع انتقاص العدد وسياتي الكلام على التابع في موضعه ان شاء الله
تعالى وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله
تعالى فطلقوهن لعدتهن واما السنة فقوله عليه السلام كل طلاق
جائز الا طلاق المعتوه والصبي والاجماع منعقد على وقوعه واما المعقول
فلان استباحة البضع ملك الزوج فيملك ازالة كسائر املاكه وان شرعية
النكاح لتحصيل المصالح الدينية والدنيوية وربما يتصلب مفاسد فيصير
البقاء عليه مستلزما للمفاسد من التباغض والتنافر والعداوة فشرع
الطلاق دافعا لتلك المفاسد واذا وقع لغير حاجة كان مباحا مكروها
قال صلى الله عليه وسلم ابغض المباحات الى الله تعالى الطلاق رواه
ابو داود والترمذي ثم الاصل فيه عندنا الحظر والاطلاق يعارض
الحاجة وعند الشافعي بالعكس وينبني هذا في مسئلة ارسال الثلث جملة
فعندنا يكون عاصيا خلافا له والطلاق ينقسم الى طلاق السنة وطلاق
البدعة وطلاق السنة ينقسم الى احسن وحسن على ما ياتي بيانه ص
اذا اوقع طلقة في طهر لم يجامعها فيه وتركها حتى تنقضي عدتها فقد
اتى باحسن الطلاق ش لما روى ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه
كانوا يستحبون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضي
عدتها ولان هذا افضل عندهم ولانه ابعد من الندامة كان اقرب

الى

الى الاباحة والاولى ان يطلقها حين تطهر لقوله عليه السلام في حديث
ابن عمر اذا حاضت وتطهر فليطلقها ص وان اوقع ثنتين او ثلاثا دفعة
او في طهر واحد وقع ونجعله بدعة ش هذا هو طلاق البدعة وهو ان
يطلقها ثنتين بكلمة واحدة او يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة او يوقع الثنتين
او الثلاث في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا عندنا
وقال الشافعي لا يكون الثلاث بكلمة او في طهر واحد طلاقا شرعيا لانه
مشروع وهو لا يحامع الحظر عنده بخلاف الطلاق في حالة الحيض او في طهر
جامعها فيه لان الحظر فيه لغيره ولنا ما ورد في مصنف ابي بكر بن ابي
شيبة والدارقطني في حديث بن عمر قال قلت يا رسول الله ارايت
لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امراتك وقال بن عباس
اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امراته ثلاث تطليقات
جميعا فقام غضبان ثم قال ايلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم ذكره القرطبي
في شرح الموطا رواه النسائي وقال ابن عباس لرجل طلق امراته ثلاثا
تطلق احكم ويركب الحموقة ثم يقول يا بن عباس قال ومن يتق الله يجعل
له مخرجا وانك لم تتق الله فلم اجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك
امراتك رواه ابو داود والدارقطني عن مجاهد وروي عن عمر رضي الله عنه
انه كان لا يوتى برجل طلق امراته ثلاثا الا اوجعه ضربا واحان فلك
عليه وهو لا يضرب على مباشرة النكاح وان الحاجة تندفع بالواحدة
فالزيادة اسراف فكان حراما والطلاق البائن بدعة في ظاهر الرواية
وذكر في زيادات الزيادات انه ليس ببدعة لانه يحتاج الى الخلاص
باجرا الخلع ووجه الظاهر انه لا حاجة الى اثبات صفة زايدة في الخلاص

بخلاف الخلع فانه قد يحتاج اليه لاستزادة ما يبذل من المهر لنشوزها واراد
بقوله في طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة فان تخللت لا مكروه عند
ابي حنيفة وان تخلل الزوج بينهما فلا يكره بالاجماع ص وان فرقها
في ثلاثة اطهار اي بالسنة ولم يحصرها في الواحدة ش قال علماؤنا اذا طلق
المدخول بها ثلاثا متفرقة في ثلاثة اطهار يكون حسنا وسنيا وقال مالك
هو بدعة وليس بطلاق السنة ولا يباح من الطلاق الا واحدة لان
الاصل في الطلاق الحظر وانما ابيح للحاجة والحاجة تندفع بالواحدة
ولنا قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا
فتطلقها لكل قرء تطليقة نص على كونها سنة فيعتبر في طلاق السنة الوقت
كالوقت وعند الشافعي يعتبر الوقت لا العدد وعند مالك يعتبر
الوصفة والوقت ص واذا قال للمدخول بها انت طالق ثلاثا للسنة
تقسمت على الاطهار واعتبرت فيه الجمع ش اذا قال لامرأته المدخول بها وهي
ممن تحيض انت طالق ثلاثا ولا نية له او نوى ان يقع عند كل طهر طلقة وقع
وقع في كل طهر تطليقه لانه تطلق فيتناول الكامل ولان اللام في قوله
للسنة للوقت اي لوقتها ووقت السنة طهر خال عن الجماع فتقسم
على ثلاثة اطهار وان كانت من ذوات الاشهر تقع طلقة في الحال وبعد شهر
اخر وبعد شهر اخر وان نوى ان يقع الثلاث للحال وقع خلافا
لزفر الله نوى السنة من البدعة وبينهما تضاد فلا يصح ولنا انه نوى
ما يحتمله لفظه لانه سني وقوعا ولهذا ينسب من انكر الوقوع جملة الى البدعة
الا انه خاص لا يحمل مطلق الكلام عليه ويصح اذا نوى ص وقع السنة في
العدد المدخول بها وغيرها وتخص في الوقت المدخول بها بان يطلقها في طهر

خال

خال عن الوقاع ش طلاق السنة على نوعين طلاق سنة من حيث العدد
وسنة من حيث الوقت فالسنة من حيث العدد تستوي فيها المدخول بها
وغير المدخول بها حتى انه لا يجوز له ان يطلق بكلمة واحدة اكثر من واحدة لانها
شرعت للحاجة والكل فيه سواء والسنة من حيث الوقت تختص بالمدخول بها
الحايل ذوات الاقراء وهو ان يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه وهذا لان
الطهر الذي لا جماع فيه لا يتصور الا في المدخول بها خاصة لان المرأي يعود
دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو
الطهر الخالي عن الوقاع اما زمان الحيض فهو زمان النفور فلم يتحقق دليل
الحاجة ص واجزنا طلاق غير المدخول بها في الحيض من غير كراهة ش
قال علماؤنا الثلاثة يجوز طلاق غير المدخول بها في الحيض من غير كراهة
وقال زفر يكره لانها حالة نقصان الرغبة فلم تجد دليل الحاجة ولنا
ان نقصانها ينجبر بزيادة الرغبة لعدم الاصابة على ما قيل للمرأة الواقع
اذا ما لم ينل ص وان كانت لا تحيض لصغر او كبر طلقها للسنة واحدة واجزاها
عقيب الوقاع كالحامل ثم بعد كل شهر اخرى ش اذا اراد ان يطلق ذوات الاشهر
كالآيسة والصغيرة ثلاثا للسنة طلقها واحدة ثم بعد شهر اخرى ثم بعد
شهر اخرى لان الشهر في حقها قام مقام القرء ويجوز ان يطلقها عقيب
الوقاع ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان واعتبر زفر الفصل بينهما بالشهر
لانه قام مقام القرء فوجب الفصل بين الوطء والطلاق بالحيض ولنا
ان المانع في حق من تحيض احتمال الندم بظهور الحبل وهذا المعنى معدوم
في ذوات الاشهر ويجوز طلاق الحامل عقيب الجماع لانه زمان الرغبة
في الوطء لكونه غير معلق ص وجعل طلاقها للسنة واحدة وفي الاثلاث

تخلل كل طلقتين شهر ش قال محمد وهو قول زفر اذا اراد ان يطلق امرأته
الحامل للسنة لا يطلقها الا واحدة وقال ابو حنيفة وابو يوسف يطلقها ثلاثا
ويفصل بين كل طلقتين بشهر لمحمد ان اباحة العدد عند التفريق على فصول
العدة والشهر في حقها ليس من فصول العدة والشهر في حقها ليس من فصول
العدة فلا يباح فصارت كالممتد طهرها ولهما الاعتبار بالآيسة والصغيرة
وكون الشهر من فصول العدة ليس بشرط فان محمدا ذكر ان رجلا لو طلق امرأته
رجعيا ثم وطئها فحبلت لا يطلقها للسنة حتى تطهر من نفاسها والطهر من
النفاس ليس من فصول العدة فكذا الشهر في حق الحامل بخلاف الممتد
طهرها لان عدتها باقية ما دام حيضها مرجوا فامكن التفريق على الاطهار ثم قيل
لا يطلقها حتى يستبين حملها والطحاوي اخذ بقول محمد قال صاحب غاية البيان
وهو الاصح عندي لان الشهر في حق من لا تحيض جعل فصلا من فصول العدة في حق
انقضاء العدة فلان يجعل فصلا من فصولها في حق تفريق الطلاق لانه حيث
جعل فصلا جعل في الامرين جميعا فاذا لم يجعل في احدهما لم يجعل في الاخر
ص ولو قال كل ما ولدت ولدا فانت طالق للسنة فاتت بثلاثة في بطن
حكم بواحدة عقيب الاول وانقضاء عدتها بالثالث وبالثالثة ان تزوجها
بغير وقع لا تقع واحدة بعد نفاسها واخرتان في طهرين ش قال محمد اذا
قال الرجل لامرأته كلما ولدت ولدا فانت طالق للسنة فولدت ثلاثة في
بطن تقع واحدة بولادة الاول ولا يقع شيء بولادة الثاني والثالث وتنقضي
العدة بالثالث وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يقع شيء حتى يتعالى من نفاسها
ثم يقع في كل طهر طلقة وهذا مبني على ان الحامل عند محمد لا تطلق الا واحدة
وعندهما تطلق ثلاثا للسنة وان النفاس عند محمد من الولد الاخر وعندهما

من الولد الاول فعنده اذا ولدت الولد الاول وقعت واحدة لانه حالة
طهر ليست بوقت نفاس ولا حيض فكان وقتا للسنة فتقع واحدة ثم لا يقع شيء
اذ عنده ولادة الثاني حالة الحمل وعند ولادة الثالث حالة النفاس وعندهما
لم يقع شيء ما لم تطهر من النفاس فاذا طهرت وقعت واحدة ثم في كل طهر تقع
طلقة فتبين بثلاث ومضت من عدتها حيضتان وبقيت حيضة لان النفاس
من الولد الاول وزمان النفاس لا يكون وقتا للسنة فلم يقع بعد الاولى
فاذا ولدت الثاني وجد شرط آخر ان كان النفاس قائما لم يقع شيء وكذا لو
ولدت الثالث لم يقع شيء ان كان النفاس قائما وتأخر وقوع الاخريين الى وقت
الطهر فاذا طهرت من النفاس نزلت الاولى وتقع اخرى في ذلك الطهر
اذ الجمع بين الطلاقين في طهر ليس بسنة فاذا حاضت وطهرت نزلت الثانية
من بطن واحد فان كانت ولدت الاولاد في بطون مختلفة تقع تطليقة
بالولد الاول اذا طهرت من نفاسها ثم يصير مراجعا بالوطء ثم تقع اخرى بالوطء
الثاني اذا طهرت من نفاسها ثم يصير مراجعا بالوطء ثم تقع طلقة اخرى
بالولد الثالث اذا طهرت من نفاسها وعليها العدة بثلاث حيض ص واذا
طلق في الحيض وقع بدعيا وتستحب الرجعة ش اذا طلق امرأته في الحيض
وقع بدعيا اما الوقوع فلان النهي يقتضي المنهي ولا يعدم المشروعية
فيقع وان كان منهيا عنه واما كونه بدعيا فلان اباحة الطلاق باعتبار
الحاجة ودليل الحاجة الاقدام على الطلاق في زمان حال الرغبة فيها
وزمان الحيض زمان تنفر عنها طبعا وشرعا وزمان الطهر الذي جامعها
فيه زمان قلة رغبته فيها وكان الطلاق في زمان الحيض والطهر الذي
جامعها فيه واقعا لا عن حاجة فيكون بدعيا لا سنيا والافضل ان يراجعها

من الولد

دفعا للمعصية بقدر الامكان كالمقتدي اذا رفع راسه من السجدة قبل الامام
يعود في السجود وقيل يجب المراجعة لامره عليه السلام ابن عمر بالمراجعة
حين طلق امراته وهي حايض ص ثم الطهر الذي يليه لا يكره الطلاق فيه
ش واذا راجعها ثم اراد ان يطلقها طلقها اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت
وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة وهذا رواية النوادر
عن الامام قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكره
في الاصل قولهما وقال الاستجابي في شرح الطحاوي قول محمد مضطرب
ذكره الطحاوي مع الامام وذكره ابو الليث مع ابي يوسف وجه ظاهر الرواية
ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه طلق امراته وهي حايض فسال عمر رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى
تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق وكان المسنون ان تقع
الحيضة الكاملة بين الطلاقين ولا تحصل الا بحيضة اخرى فان ما وقع فيه
الطلاق بعد الحيض وجه رواية النوادر ما ذكره في شرح التاويلات
والسنن وجامع الترمذي ان ابن عمر طلق امراته وهي حايض فذكر عمر ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت
او وهي حامل او ان الرجعة اعدمت اثر المطلقة فالتحقت بالعدم فليطلقها
في الطهر الذي يلي هذه الحيضة فالرجعة هل تعتبر فاصل بين الطلاقين
على رواية النوادر تعتبر كالنكاح وعلى ظاهر الرواية لا تعتبر اذ الرجعة
لا يتجدد بها الحل فلم يكن بمعنى الطهر والنكاح ويتجدد الحل فكان كالطهر
فاعتبر فاصلا ص وكذا الطلقتان لو خلتهما رجعة في طهر او شهر والثلث
للسنة في حال مسها بالشهوة وكالا يتوزع على الاطهار ش قال ابو حنيفة
اذا طلق

اذا طلق امراته في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها فيه ثم طلقها لا يكره خلافا
لهما وكذا اذا طلق امراته الايسة في شهر ثم راجعها فيه ثم طلقها ثانية
فيه جاز الطلاق سنيا وقالا يكون بدعيا وعلى هذا الخلاف اذا مس امراته
بشهوة وقال لها انت طالق ثلاثا للسنة يقع عليها الثلاث على التوالي في
الحال عنده وقالا يقع واحدة في الحال في هذا الطهر واثنتان في طهرين
اخرين بناء على الخلاف في ان حكم الطلاق هل يرتفع بالرجعة ويصير كان
لم يكن او لا يرتفع **فصل في ايقاع الطلاق** لما بين احوال الطلاق
شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ص ويقع طلاق غير الصبي والمجنون
والنايم ش يقع طلاق كل بالغ عاقل مسقط لان التصرف انما يبنى بالاهلية
وهي بالعقل المعتدل بالبلوغ والاختيار ولا يقع طلاق صبي ومجنون ونايم
ولا يتوقف لقوله عليه السلام كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمجنون والنايم
والمعتوه والمغمى عليه كالنايم والمجنون لعدم التمييز والمعتوه من كان
قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل
المجنون ص ومن الاخرس بالاشارة ش يقع طلاق الاخرس بالاشارة
اذا كانت معهودة دفعا للحرج فانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق وعلى هذا
نكاحه وعتاقه وبيعه وشراؤه واذا كان له اشارة معلومة لما ذكرنا وفي
الينابيع هذا اذا ولد اخرس او طرا عليه وداما وان لم يدم لا يقع طلاقه
ص ويقع طلاق السكران والمكره ش يقع طلاق السكران من الخمر
او النبيذ لانه مكلف اوقع الطلاق على منكوحته وبدل على تكليفه وجوب
الحد وحد القذف وكان ابو الحسن الكرخي يختار انه لا يقع وهو قول
الطحاوي واحد قولي الشافعي واختاره ابو الفضل الكرماني للفتوى

لانه زايل العقل فاشبه المجنون قلنا زوال عقله بجناية تنزل عاقلا
زجرا له كمن قتل مورثه خيا في حقه ولو شرب بالاكراه او للضرورة فسكر
يقع طلاقه في الصحيح لانه عذر جا من قبل العبد فلا يوثر في اسقاط التكليف
كمن قيد فصلى قاعدا ثم فك القيد يجب القضا ولو شرب فزال عقله بالصداع
او الدوالم يقع طلاقه لانه زال بسبب من جهة الرب وعلى هذا الخلاف
جميع تصرفاته القوليه والفعلية الا الردة والاقرار بالحدود الخالصة
لله تعالى والخلاف فيما اذا سكر بسبب محظور وفي المجتبى اريد بالسكران
هنا الذي يحال يستحسن ما يستقبحه الناس وقيل الذي لا يعرف ذكر تعلى
هذا لا يقع طلاقه وعتاقه ولو كان معه من العقل والتمييز ما يقوم به
التكليف فهو كالصاحي تصح تصرفاته وهذا تفصيل حسن وفي جوامع الفقه
والغاية ان كان السكران لا يعلم ما يقول لا يقع وطلاق المكره واقع خلافا
للشافعي له قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه وان الاكراه معدم به الاختيار والتصرف لا يصح بدونه ولنا
عموم قوله عليه السلام كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه المغلوب
على عقله وان الاكراه لا يزيل الخطاب فيصح تصرفه لصدوره من اهله
في محله والطلاق لا يتوقف على الرضى ولهذا يقع طلاق الهازل
والمكره له اختيار لانه ابتلي من البليتين فاختار اهونهما عليه وما رواه
يراد به حكم الاكراه والحكم اما حكم الدنيا او حكم الاخرة لا يجوز الاول
لان جماع المكره يوجب الغسل ويفسد صومه وحجه وهما من حكم الدنيا
فتعين حكم الاخرة وهو رفع الاثم والاكراه على نوعين كامل وليس الملجي
وهو ما يكون بوعيد تلف وقاصر وليس غير الملجي وهو ما يكون بوعيد

ضرب

ضرب الحبس والاكراه بنوعيه كما يعدم الاختيار ويعدم الرضى والقاصر
كما يفسد الاختيار والكامل يفسدهما فمن شرطه الرضى يكون فاسدا بالاكراه
كالبيع والاجارة وما ليس من شرطه الرضى كما يكون فاسدا كالطلاق والعتاق
ص ويعتبر عدده بالنسا لا بالرجال ش قال علما وتا يعتبر عدد الطلاق
بالنساحتى كان طلاق الحرة ثلاثا وطلاق الامة ثنتان والمكاتبة
كالامة سوا كان زوجها حرا او عبدا والشافعي اعتبر عدده بالرجال
لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنسا ولان الزوج هو المالك
للطلاق فيعتبر عدده بحاله ولنا ما روت عايشة رضي الله عنها ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
ويروي قرءان رواه ابن ماجه وابو داود والترمذي والدارقطني
قال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال وسالم عمل به
المسلمون وهما اجماع وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة يغني عن صحة
سنده ولا يقال اراد به الامة التي تحت العبد لانا نقول عدة الامة لا تختلف
بين ان يكون تحت حر او عبد فيفسد في حق الطلاق توجب تغييره في حق
العدة ولم يقل به احد فكان باطلا وما رواه موقوف على ابن عباس
موقوف غير مرفوع ذكره ابو الفرج ولو صح يحمل على ان ايقاع الطلاق
بالرجال دون عدده ويويده قوله عليه السلام الطلاق لمن بيده الساق
ولان الحر لو ملك الثلاث على الامة لملك ايقاعه عليها على الوجه المشروع
وهو ايقاعه في اوقات السنة لان من ملك الطلقات يملك ايقاع
الطلاق في اوقات السنة وبه الحكم يبقى بن ابان الشافعي فقال انها

للفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة
قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت يطلقها واحدة فلما اراد
ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له امسك حسبك فان عدتها قد
انقضت بالحيضتين فلما تخير رجع وقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق
سنة ص ومن ملك امراته او شقصا منها أو ملكته او شقصا منه
وقعت الفرقة بينهما ش واذا ملك أحد الزوجين الاخر او شقصه
بشرا او ارث أو هبة او صدقة وقعت الفرقة بينهما اما اذا ملكته فلما قاله
من الملكين واما اذا ملكت فلان ملك النكاح ضروري فينتفي وان طلقها
لم يقع شيء لعدم النكاح وعن محمد انها اذا ملكته وطلق يقع لان العدة
تجب وقيام العدة من وجه يكفي لوقوع الطلاق بخلاف ما اذا ملكها لانه لا عدة
فان قيل لا يجوز التزوج وهذا دليل وجوب العدة قلنا لا يجب في حق
من اشتراها بلا خلاف وهل يجب في حق غيره فيه روايتان ص
وان اشترته ثم اعتقته وطلقها في العدة او خرجت مسلمة ثم خرج بعدها
وطلقها في العدة يلغيه فيهما واوقعه ش هاتان مسألتان الاولى عند
تزوج حرة ثم اعتقته وطلقها وهي في العدة قال ابو يوسف لا يقع الطلاق
وقال محمد وهو قول ابي يوسف اولا يطلق الثانية اذا خرجت الحرية اليها
مسلمة ثم خرج زوجها مسلما وطلقها قال ابو يوسف لا يقع وقال محمد
يقع لابي يوسف ان ملك النكاح قد بطل أصلا فلا يبقى محلا للطلاق
ولمحمد ان العدة قائمة والمعتدة محل للطلاق والضرب صحيح والبيع
كالاعتاق ولا فرق بينهما في الخلاف وعلى هذا لو ملكها بعد الدخول ثم
اعتقها في العدة فالخلاف في الجانبين ص ولم يفرقوا بتفريق الحكمين ش
قال

قال محمد واذا تشاجر الزوجان وبعثا حكمين فاجمعا وتكلما ورايا المصلحة
في التفريق وفرقا من غير رضا الزوجين لم يصح خلافا لمالك له انهما رضيا
دلالة ولنا انهما رضيا بالاصلاح وهذا ليس باصلاح وقال الطحاوي
في احكام القرآن له في قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها
هذا عندنا في زوجين بالغين صحيحين اشتبه حالهما وادعى على كل
صاحبه منع حقه ولم يقف على الظالم منهما فيبعث حكمين احدهما من أهل
الزوج والثاني من أهل المرأة يقفا على ذلك ويردا الظالم فان رجع
والا فانا شاهدين فيأخذ الامام المشهود عليه بما ثبت ويقضي به وهل لهما
التفريق بما جعل اليهما حتى يبتين المرأة منه بطلقة قالت طائفة ليس
لهما ذلك الا برضى الزوجين وهو قياس قول الامام وابي يوسف ومحمد
لما روي عن ابي عبيدة السلماني انه قال جاء رجل وامرأة الى علي مع كل منهما
فئام من الناس وقد نشزت عن زوجها فقال فابعثوا حكما من اهله وحكما
من أهلها فتحاكموا فقال للحكمين أتدريان ما عليكما ان رأيتما ان تجمعا جمعتما
وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت وسلمت وقال الرجل اما
بالفرقة فلا ارضى فقال له علي ليس ذلك اليك لست ببارح حتى ترضي
بما رضيت فلم يجعل للحكمين التفريق حتى يرضى به الزوجان وعلى
الامام أن يأخذ الزوج بتفويض التفريق الى الحكمين بدلالة قوله لست
ببارح حتى ترضي بما رضيت وليس لواحد منهما امضائي حتى يتابعه الآخر
وكما ينبغي للامام ان يبعث الاعدلين عالمين وزعم القاضي اسمعيل المالكي
انه حكي عن ابي حنيفة واصحابه انهم لم يعرفوا امر الحكمين قال ابو بكر الرازي
وهذا كذب عليهم وما اولى بالانسان حفظ لسانه ولا سيما فيما يحكيه عن العلما

قال تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد ومن علم انه يواخذ
بكلامه قل كلامه فيما لا يعنيه وامر الحكمين في الشقاق بين الزوجين
منصوص عليه في الكتاب فكيف يجوز ان يخفى عليهم مع محلهم من العلم
والدين والشريعة **فصل في الصريح والكناية واضافه**
الطلاق الى الزمان الطلاق يقع على ثلاثة اضرب صريح وكناية وما هو
في حكم الصريح فالصريح ما ظهر المراد منه ظهورا بينا حتى صار مكشوف المراد بحيث
يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازا ومنه الصريح للمفصح
لظهوره والكناية ما هو مستتر المراد وما هو في حكم الصريح اعتدي واستبري
رحمك وانت واحدة لانها مكنية في اللفظ مضمرة في المعنى اذ الامر بالاعتداد
والاستبراء يقتضي طلاقا سابقا فباعتبار الكناية لفظ لا يقع الا بالنية
وباعتبار الاقتضاء نعتي يقع رجعيا واما انت واحدة فلان الطلاق
الما يصير مضمرا فيه عند النية والمضمر كالصريح فكان رجعيا وقال
زفر يقع به ثابنا لانه من الكنايات ولنا انها ليست من الكنايات وانما
يصير الطلاق مضمرا فيه عند النية والمضمر كالصريح فكان رجعيا واختلف
المشايخ في محل الخلاف قيل اذا لم يعرب واحدة اما اذا اعرب ان رفع
لا يقع الطلاق بلا خلاف لانها تكون صفة الشخص وان نصب يقع لانها
تكون صفة المصدر محذوف قال عامة المشايخ الكل على الاختلاف
لان العوام لا يميزون بين وجود الاعراب وهو الصحيح ص ولا يحتاج صريحه
الى نية كطالق ومطلق وطلقتك فتقع واحدة رجعية ش الصريح يقع به
الطلاق ولا يتوقف على النية لانه موضوع له شرعا فكان حقيقة
والحقيقة لا تحتاج الى نية ولا يقع الا رجعيا لقوله تعالى وبعولتهن احق

وانما

وانما يكون هو اولى اذا كان النكاح باقيا فدل على بقاء النكاح وتسميته بعلا
ايضا تدل عليه ولا يقال الرد لا يكون الا بعد الخروج عن ملكه لانا نقول
لا يلزم من الرد الخروج عن ملكه كما يقال رد البايع المبيع اذا فسخ البيع
بعد ما باعه بشرط الخيار ولم يخرج به عن ملكه صح ولا يقع الا واحدة وان
نوى اكثر منها لانه ظاهر المراد فيتعلق الحكم بعين الكلام وقام مقام معناه
فاستغنى عن النية ولا يصح فيه نية الاثنتين لانها ضد ما وضع له شرعا
فيلغو رجل اراد ان يتكلم بكلام فسبق لسانه بالطلاق والطلاق واقع والعتاق
والطلاق فيه سواء في المشهور وفي المنتقى قال ابو حنيفة لا يجوز الغلط في
الطلاق ويجوز في العتاق حتى انه اذا اراد ان يقول لامراته اسقني فسبق
لسانه فقال انت طالق يقع الطلاق ولو قال في العتاق لا يقع وعن ابي يوسف
انه لا يقع الطلاق ديانة ويقع العتاق لان الطلاق يحتمل طلاق النكاح
وطلاق الوثاق فلا يقع اذا لم يقصد طلاق النكاح بخلاف العتاق فانه
لا يحتمل الا وجها واحدا ولو قال انت مطلقة بسكون الطا لا يقع الا
بالنية لانها غير مستعملة عرفا ص ويلغى نية الثلاث والثنتين ش
قال علماؤنا تلغو نية العدد في انت طالق ومطلقة وطلقتك ولا يقع الا واحدة
وقال الشافعي وهو قول زفر ايضا تقع ما نوى لها الاعتبار بالكناية ولان
هذا ذكر للمصدر حتى صح ذكر العدد تفسيرا له وانه دليل المصدر به
والمصدر يحتمل الثلاث ولنا انه نوى ما لا يحتمل لفظه فتلغو نيته
وهذا لان قوله انت طالق خبر واقتضاوه ان يكون صادقا
ان كان مطابقا او كاذبا ان كان غير مطابق لقوله انت قائمة ونحوه وانما
الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما يثبت بالشرع ٥

اقتضا ألا يكون كاذبا والمقتضي لا عموم له لان ثبوته للضرورة وقد
اندفعت بواحدة فلا حاجة الى ارادتها ويدل عليه انه عليه السلام لم
يسال ابن عمر هل اراد ثلاثا او لا حين طلق امراته في حال الحيض ولو كان من
محتملات لفظه لسأله كما سأل ركانة حين ابان امراته انه لم يرد به
الا واحدة بخلاف البائن لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة
فكان اللفظ صالحا فتعمل نيته ونسلم ان العدد المذكور بعده تفسيرا
بل هو تغيير لانه نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلثا كما يقال اعطيته
جزيلا وضربته وجيعا اي عطاء جزيلا وضربا وجيعا وذكر طالق ذكر لطلاق
ينصف به المراة لان الطلاق يوقعه الزوج لان اسم الفاعل لا يدل على مصدر
قايم بالفاعل لغة لا على مصدر يوقعه الواصف فان قيل انما يستقيم
ما ذكرتم من المعنى ان لو كان خبرا وقد جعله الشارع انشاء فلا يستقيم
قلنا فاذا كان انشاء صار ابتداء فعل والفعل الواحد لا يحتمل التعدد
بالنية كالضربة والخطوة فكيف يتصور ان يكون الايقاع الواحد ايقاع
عين او اكثر ولا يلزمنا اذا قال انت طالق للسنة حيث لا يصح الثلاث
فيه لان السنة صفة لتطليق محذوف واذا الفعل هو الذي يوصف
بالسنة وذكر الصفة ذكر للموصوف تقديره انت طالق تطليقا للسنة
على انه روي عن ابي حنيفة انه لا تصح منه الثلاث وقول صاحب الهداية
انه نعت فرد لا يستقيم لان الكلام في الطلاق لا في المراة ولو قال
انت طالق ونوى به الطلاق عن وثاق لا يصدق قضاء لانه خلاف
الظاهر الا ان يكون مكرها بل ديانة لانه يؤدي ما يحتمل لفظه
والمراة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه من نفسها اذا سمعت منه ذلك او شهد به

شاهد

شاهد عدل عندها ص ويقع بائنا الطلاق وطالق الطلاق وطلاقا واحدة
الا ان ينوي الثلاث او الغيبا اثنين س اي يقع بواحد من هذه الالفاظ
الثلاثة طلقة رجعية بلا نية او نوى واحدة او اثنتين اما وقوع الطلاق
باللفظة الاولى فلانه وصفها بالمصدر مبالغة كرجل عدل اي عادل وابو
حنيفة علم اي عالم وقال تاليهم فانما هي اقبال وادبار اي مقبلة مدبرة
وقال اخر فانت الطلاق وانت الطلاق وانت الطلاق تاما تاما تاما لو هت
باسمي في العالمين وافنيت عمري عاما فعاما واما وقوعه باللفظة الثانية
والثالثة فظاهر لان ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فمع المصدر
الموكد له اولى فصار كقوله انت طالق فلا تحتاج فيه الى النية لانه
ضرح فيه ويكون رجعيا لما تلونا ويصح منه الثلث لان المصدر اسم جنس يحتمل
الاد في مع احتمال الكل فيحمل عند الاطلاق على الواحدة للتيقن واذا
نوى الثلاث صح لانه نوى محتمل كلامه فصحت نيته ولا يصح منه الثنتين
خلافا لزفر هو يقول اذا صحت نية الثلاث استلزم ذلك صحت نيته
الثنتين لانها بعض الثلاث واما ان الثنتين عدد محض ولفظ الجنس لا يدل
عليها فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس وهذا لان
اللفظ مفرد فلا بد من مراعاته غير ان الفرد نوعان فرد حقيقي وهو ادنى الجنس
وفرد حكمي وهو جميع الجنس فايهما نوى صحت نيته لان اللفظ محتمله
ولا كذلك التثنية لانها عدد محض ليس فيها وصف لا حقيقة ولا حكمية
فلم تصح لان الفرد لا يحتمل العدد فكان ناويا ما لا يحتمل لفظه حتى لو كانت
المراة امة صحت نية الثنتين فيه لانها كل من جنس طلاقها كالثلاث
في الحرة وفي معنى اللبيب كتب الرشيد ليلة الى ابي يوسف في قوله

فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان خرقي يا هند فالخرق اشأم فانت
طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن خرق اعق واظلم وقال مايلزمه
اذا رفع الثلاث او نصب قال ابو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية ولا امن
الخطا ان قلت برأي فاتيت الحكاي وهو في فراشه فقال ان رفع ثلاث
طلقت واحدة لانه قال انت طالق ثم اخبر ان الطلاق التام ثلاث
وان نصبها طلقت ثلاثا لان معناه انت طالق ثلاثا وما بينهما جملة معترضة
فكتب ابو يوسف بذلك الى الرشيد فارسل اليه بجوايز فوجه بها الى
الحكاي قال الشيخ جمال الدين بن هشام رحمه الله تعالى الصواب ان كلا من
الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث ووقوع الواحدة اما الرفع فلان
التعريف في الطلاق اما للجاز الجنس كقولك زيد الرجل اي هو الرجل
المعتد به واما العهد الذكري اي الطلاق المذكور وغرضه ثلاث ولا يصلح
للجنس الحقيقي ليلا يلزم الاخبار عن العام بالخاص مثل الحيوان انسان اذ
ليس كل طلاق غرضه وثلاث على العهدية تقع الثلاث وعلى الجنسية
تقع الواحدة واما النصب فلانه يحتمل انه مفعول مطلق فيقتضي وقوع
الثلاث اذ المعنى فانت طالق ثلاثا ثم اعترض ما بينهما بقوله والطلاق
عزيمة واذ يكون حالا من الضمير المستتر في عزيمة ولا يلزم وقوع الثلاث
اذ المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا مقتضى
اللفظ اما ما اراده الشاعر فهو الثلاث رفع او نصب لقوله بعد
فبيني بها ان كنت غير قيفة وما امرؤ لقد الثلاث مقام انتهى
ولو قال انت طالق طلاقا او الطلاق ونوى بقوله طالق واحدة وبقوله
طلاقا اخرى قيل يقع ثنتان ويروى عن ابي يوسف وقيل

يقع واحدة واليه ذهب فخر الاسلام ص وتفتقر الكناية اليها حالة الرضى
كبائن بتة بتلة حرام حبلك على غاربك الحقي باهلك خليه بريه وهبتك
لاهلك سرحتك فارقتك امرك بيدك انت حرة تقنعي استتري تحري اخرجي
اغربي اذهبي ابتغي الازواج وتقع حالة مذاكرة الطلاق في القضاء ما يصلح
جوابا لا رادا فان انكرها صدق فيما يصلح لهما ويصدق حالة الغضب الا فيما
يصلح جوابا لا غير ش الكناية لا تقع الطلاق بها الا بالنية صريحا او دلالة
لانها محتملة لمعان على ما ذكر فلا يتعين الطلاق الا بدليل زايد وكل
لفظ له تعلق بالطلاق فهو كناية لقوله اذهبي لانه يحتمل اذهبي اني طلقتك
وان قال كلي ونوى به الطلاق لم يقع شيء لان الاكل لا تعلق له بالطلاق
وان قال لا حاجة لي فيك ينوي به الطلاق لم يقع لان نفي الحاجة يجتمع
مع الزوجية فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة له فيها ثم الفاظ الكناية
على ثلاثة انواع نوع لا يصلح الا جوابا وهو ثلاثة امرك بيدك اختاري اعتدي
ونوع يصلح جوابا ورادا وهو سبعة اخرجي اذهبي اغربي قومي تقنعي استتري
تحري ونوع يصلح جوابا ورادا وشتما وهو خمسة خلية بريه بتة بائن
حرام والاحوال ثلاثة اما حالة الرضى ولا يقع الطلاق بها الا بالنية
للاحتمال وعدم دلالة الحال والقول قول الزوج في عدم النية لان غيره
لا يطلع عليها والحال لا تدل عليها واما حالة مذاكرة الطلاق وهي ان
تسأل هي او غيرها طلاقها فيقع الطلاق قضاء ولا يصدق في عدم نية
الطلاق الا فيما يصلح جوابا ورادا لانه يحتمل الرد وهو الادنى فيصدق
فيه واما حالة الغضب فيصدق الا فيما يصلح جوابا فقط لانه يصلح للطلاق
الذي يدل عليه الغضب فيجعل طلاقا وقد تختلف حكم اللفظ في حالة الرضى

والغضب كمن يقول لغيره في حالة الرضى لست لابيك لا يكون قاذفا له ولو
قال في حالة الغضب كان قاذفا والفاظ الكناية على نوعين كناية
في الثنا كانت بائن حرام وكناية في تفويض كامرك بيدك واختاري فلا يكون
الامر بيدها بهذين اللفظين الا بنية الزوج ولا يقع الطلاق الا بطلاق
المرأة نفسها او تختار وعدهما من باب الكناية باعتبار احتمالهما معنى اخر
سوى الطلاق ثم هذه الجملة تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من المعين لتبيين
الحال اما البائن فلانه يحتمل وجود البينونة عن وصلة النكاح وعن
المعاصي وعن الخيرات او بائن مني نسبا لان البينونة ضد الاتصال
والاتصال يتنوع والبت القطع فيحتمل الانقطاع عن النكاح او عن
الخيرات او عن الاقارب وكذلك البتل لان معناه القطع قال تعالى
وتبتل اليه تبتيلا اي انقطع الى الله تعالى ومنه سميت مريم بتولا
لانقطاعها الى الله تعالى ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبتل
وهو الانقطاع عن النكاح فيحتمل ما يحتمله البت من الوجوه ولا يكون طلاقا
مع الاحتمال الا بمعين له من نية او دلالة حال والحرام هو الممنوع فيحتمل
النية وحبلك على غاربك مبني على التخلية لانهم كانوا اذا ارسلوا النوق
يخلون حبلها اي مقودها على غاربها ويخلون سبيلها والغارب ما بين
السنام والعنق اي اذهبي حيث شئت وهو كالتخلية والحقي باهلك لاني
طلقتك او سيري بسيرة اهلك او لاني لاذنت لك ان تلحقي بهم والخلية
من الخلو فتحتمل الخلو من المخيرات او من قيد النكاح وبرية مثله لانه من
البراة فيحتمل البراة عن حسن الثنا او عن قيد النكاح ووهبتك لاهلك
اي عفوت عنك لاجل اهلك او وهبتك لهم لاني طلقتك وسرحتك وفارقتك

لانه

لانه يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق او بغيره فانه يقال سرحت
ابلي وفارقت مالي واصحابي وامرك بيدك اي عملك اذ المراد بالامر العمل قال
الله تعالى وما امر فرعون برشيد اي فعله وصار كانه قال لها عملك
بيدك ثم يحتمل انه اراد به الامر باليد في حق تصرف آخر وانت حرة عن
حقيقة الرق او رق النكاح وتقنعي واستتري وتخمري لانك بنت مني
بالطلاق وحرم على النظر اليك او ليلا ينظر اليك اجنبي واعزبي ابعدي
عني لاني طلقتك او لزيادة اهلك ويروى اعزبي من العزبة واخرجي
واذهبي وقومي مثل اعزبي وابتغي الازواج لاني قد طلقتك او الازواج
من النساء لانه لفظ مشترك بين الرجال والنساء ص ونجعلها بواين
لا رواجع ش قال علماونا الكنايات كلها غير الالفاظ الثلاثة بواين
وقال الشافعي رواجع لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها
نيته فيكون الواقع بها طلاقا حتى ينقص به العدد وهو يعقب
الرجعة ولنا انه اتى بالابانة بلفظ صالح لها وهو من اهلها والمحل قابل
لها والولاية ثابتة عليها فوجب ان تعمل ويتعجل اثرها كما لو كان بعوض او
قبل الدخول وهذا لان الابانة تصرف مشروع اذ هي رفع وصلة النكاح
وهو مشروع وقد امر الله تعالى به بقوله وسرحوهن وبقوله او فارقوهن
ولان الحاجة ماسة الى اثبات البينونة في الحال كي ينسد عليه باب
التدارك حتى لا يقع في مراجعها فوجب ان يكون مشروعا دفعا للحاجة
وكان القياس في الصريح ان يكون بائنا الا ان الرجعة يثبت فيه نصا
بخلافه فلا يلحق به ما ليس في معناه لانها ابلغ في الدلالة على المقصود وهي
البينونة ولا نسلم انها كنايات عن الطلاق لانها تعمل عمل نفسها لا عمل المكني

عنه وتسميتها كنايات مجازا وانما احتيج فيها الى النية لان البينونة مشتركة
بين الحسية والمعنوية فاذا تعينت المعنوية فهي ايضا متنوعة بين الخفيفة
والغليظة فاشترطت النية لتعيين احد البينونتين لا لتعيين المكني عنه
وهو الطلاق فتعمل موجبا تها وعند عدم النية لا يقع شئ للاحتمال وعند
وجود ما يقع الاقل مالم ينو الاكثر للتيقن به وانتقاص العدد ضرورة ثبوت
الطلاق بنية زوال وصلة النكاح ص ويصح منه الثلاث والفيا الثنتين
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا نوى باحد الفاظ الكناية ثلاثا كان ثلاثا
وان نوى ثنتين يقع واحدة وقال زفر وهو قول مالك والشافعي يقع
ثنتان لانه اذا نوى الثلاث يصح فكذا ما دونه ولنا ان البينونة نوعان
خفيفة وهي الواحدة وغليظة وهي الثلاث فايتهما نوى وقعت لاحتمال
اللفظ ولا يقع ثنتان لانها عدد محض ولا دلالة للفظ عليه ص ولم
تخصوانية الواحدة بغير المدخول بها ش ولو طلق امراة الحرة واحدة
ثم قال لها انت علي حرام ينوي به ثنتين لم تصح نيته ولو نوى ثلاثا صحت
وتقع اخرتان وقال مالك تقع واحدة في غير المدخول بها سوا اراد واحدة
ام ثلاثا لانها بائنة بالواحدة في الفرع فتحرم كذلك بالكناية بخلاف المدخول
بها حيث تقع ثلاث فان تطليقها بلفظ الكناية ومقتضاها التحريم
والتحريم من كل وجه بالثلاث وعندنا في لفظة الاختيار تقع واحدة
ولا تقع منه الثلاث وفي الكنايات الباقية ان نوى الثلاث فثلاث
وان نوى واحدة او ثنتين او لم ينو العدد فواحدة ولا فرق بين الدخول
وعدمه لان البينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة فتتعين الادنى
اذا لم يكن منه للتيقن ص وله جعل الواحدة في المدخول بها ثلاثا وابطل

جعلها بائنة ش قال ابو حنيفة اذا طلق امراته المدخول بها طلقة
رجعية ثم قال بعد ذلك جعلتها بائنا او ثلاثا تصير بائنا او ثلاثا وقال
ابو يوسف لا تصير ثلاثا وتصير بائنا وقال محمد وهو قول زفر لا تصير
بائنا ولا ثلاثا لانه قصد تغيير الواقع فلا يعمل الرجعي بائنا ولابي يوسف
ان الابانة اثبات زيادة وصف للموقع فيملكها الانسان لحاجته بخلاف
جعل الموقع الواحد عددا وللامام ان الابانة مملوكة له كما ان اصل الايقاع
مملوك له فيملك اثباتها ويملك ايقاع العدد كما يملك ايقاع الواحد فجعل
الواحد ثلاثا الحاق اثنتين بالواحدة وضمها اليها فيملك ص ولو قال
لست امراتي او لست زوجك او ما انا او ما انت فهو واقع بالنية والعياه
ش قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامراته لست لي بامراة او ما انا بزوجك
ينوي الطلاق يكون طلاقا وان لم لا يكون طلاقا لانه نفي الزوجية وانه
كذب محض فلا يقع به الطلاق وله ان كلامه يحتمل الطلاق لاثبات
البينونة اقتضا سابقة عليه فتصح نيته بخلاف قوله والله ما انت
لي بامراة حيث لا تطلق بلا خلاف لانه لتاكيد الخبر عن امر ماض فكان
كذبا ولو قال لم اتزوجك ينوي الطلاق لم يكن طلاقا لانه نفي تزوجا
سابقا وانه كذب بيقين واذا سئل هل لك امراة فقال لا ينوى الطلاق
ذكر في الايضاح والمحيط والبدايع انه على الخلاف وذكر في الكافي وغيره
انه لا يكون طلاقا بلا خلاف ولو قالت لست لي بزوج فقال صدقت
ينوي الطلاق فهو على الخلاف ص ولغير انا منك طالق وان نوى ثلاثا او حرام
ش قال علماؤنا اذا قال الرجل لامراته انا منك طالق فليس بشئ وان نوى
الطلاق خلافا للشافعي وهو قول مالك ايضا ولو قال انا منك باين او انا عليك

حرام ونوى الطلاق وقعت طلقة بائنة بلا خلاف لهما ان الطلاق رفع النكاح
والنكاح ثابت من الجانبين ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله لانه ازاله
القيد وهو عليها خاصة حتى يمنع من الخروج والتزوج باخر بخلاف الابانة
والتحريم لانه للقطع وازاله الحل وهو محل لهما بخلاف ابانها او حرام من غير
ذكر منك او عليك حيث لم يطلق وان نوى لان الحل في الزوج ثبت تبعا للمحل
فيها فلم تصح اضافة التحريم اليه بغير ذكرها اظهارا لتبعيته بخلاف الاضافة
الى المراة من غير ذكره اظهارا لاصالتها ص ولو قال طالق واحدة او لا احكم
بواحدة والغياه ش اذا قال الرجل لامراته انت طالق واحده او لا ذكر في كتاب
الطلاق ان عند محمد تقع واحدة وهو قول ابي يوسف اولا لان حرف الشك
دخل على العدد فسلم قوله طالق وقالا ليس بشئ لان الواقع هو العدد
وقد بطل فيبطل الوقوع وعلى هذا الخلاف لو قال لها انت طالق ثلاثا
او لا شئ او قال انت طالق واحدة او غير طالق وان قال انت طالق اولا
او لا شئ او غير طالق لا يقع شئ بلا خلاف لدخول حرف الشك في اصل الايقاع
ولو قال انت طالق الا او ان كان او ان لم يكن او ان او ان لم او لولا لا يقع
شئ لان الايقاع اذا لحقه استثنا او شرط لم يبق ايقاعا ص ولو قال
انت طالق ثنتين مع عتق مولاك فاعتقها ملك الرجعه ش رجل قال
لامراته وهي امة انت طالق مع عتق مولاك اياك فاعتقها المولى لم تثبت
الحرمة الغليظة لان ايقاع الطلاق والعتاق اقترنا بقضية اللفظ والاعتاق
يصادف الرق فتنزل العتق بلا فصل لان الحكم لا ينفصل عن العلة فالكسر
مع الانكسار والطلاق معلق على العتق فيصادفها وهي حرة فلا تبين بالثنتين
ص ولو علقها بمجيء الغد والمولى اعتقها بعد ملكه اياها ش رجل قال لامراته

لامة

الامه اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال مولاها اذا جاء غد فانت حرة فجا
الغد تثبت الحرمة الغليظة في رواية ابي سليمان الجوزجاني بلا خلاف
وفي رواية ابي حفص الكبير لا تثبت عند محمد لان العتق يقارن الاعتاق
والتطليق مع الاعتاق يثبتان معا فيصادفها التطليقتان وهي حرة
ولها انهما تعلقا بشرط واحد فينزلان معا والعتق يصادف الامه فكذا
الطلاق وفي المسئلة الاولى الطلاق معلق بالعتق فينزل بعده
والعدد حكم الطلاق فيجب بعده وهي حرة ولانه وقع التعارض من
دليلي الحرمة والحل فيرجح المحرم احتياطا ورجح صاحب غاية البيان قول
محمد ص او لموت مولاها وهو اخوه فورثها ابو يوسف ومحمد خالفه ش قال
ابو يوسف اذا قال لامراته وهي امة اخيه اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين
فمات المولى فورثها الزوج يقع طلقتان وتحرم حرمة مغلظة وقال
محمد لا يقع شئ لابي يوسف ان الطلاق يتعقب الموت وملك الوارث يتعقبا
سيفناه عن المال لانفس الموت فوقعت الطلقتان عليها وهي امة فتحرم
الحرمة الغليظة ولمحمد ان الطلاق يثبت مع ملك الوارث اياها عقيب
الموت فيصادفها الطلاق حال زوال ملك النكاح فلا يقع ص ولو وصفه
بضرب من الزيادة والشدة لوقعه بائنا لا رجعيا في المدخول بها
كطلاق بائن او اشده او افحشه او طلاق الشيطان او البدعة او كالجبل
او ملء البيت وان نوى ثلاثا وقعن ش قال علماؤنا اذا وصف
الطلاق بضرب من الزيادة او الشدة مثل ان يقول انت طالق بائن
او البته او اشد الطلاق او افحشه او طلاق الشيطان او البدعة
او كالجبل او ملء البيت طلقت واحدة بائنة وقال الشافعي يقع واحدة

رجعية في المدخول بها لان صريح الطلاق يعقبه الرجعة ووصفه بالباين
او البتة ونحوهما خلاف المشروع فلا يصح كقوله انت طالق على ان لا رجعة لي عليك
ولنا ان صريح الطلاق يحتمل البينونة لانه مبين بغير المدخولة وللمدخولة
بعد انقضا العدة فيصح وصفه بها ولانه وصف الكلام بضرب من الزيادة
والزيادة تكون بالصفة وتكون بالعدد فيقع المتيقن وهو زيادة
الصفة ويجوز ان ينوي بها الثلاث لانها اعلا نوعي البينونة وقوله انت
طالق على ان لا رجعة لي عليك تقع بها واحدة باينة عندنا عند عدم النية
لانه صار كناية عن البينونة ولا يتاتى كون طلاق الشيطان وطلاق البدعة
باينا الا على رواية الاصل اما على رواية زيادة الزيادات ان الباين
سني فلا والرجعي قد يكون بدعيا فلا يقع باينا بالشك ولو قال انت
طالق باين او البتة وعنا بقوله انت طالق باينة وبقوله باين او البتة
طلقة اخرى وقع تطليقتان باينتان لان باينا والبتة يحتمل ان يكون
صفة للكلام الاول ويحتمل ان يكون كلاما جديدا واذا عني به طلاقا فقد
نوى ما يحتمله لفظه فيقع واحدة باينة قالوا واذا صارت الثانية باينة
صارت الاولى باينة ضرورة وقيل لا تكون الاولى باينة واختاره صاحب
غاية البيان وقال لان قوله باين وقع خبرا بعد خبر فثبت بكل منهما
موجبه وموجب الطلاق ثبوت الرجعة وموجب الباين ثبوت البينونة
ص فان وصف الطلاق بالطول او العرض جعلناه باينا ش قال علماونا
الثلاثة اذا وصف الطلاق بالطول او بالعرض صريحا فقال انت طالق تطليقة
طويلة او عريضة يكون باينا خلافا لزفر له ان الطول والعرض من
صفات الاجسام فلا يوصف به الطلاق فيلغو ولنا انه كناية عن العظم
والقوة

والقوة ويفيد ان في الطلاق البينونة ولو نوى الثلاث لم تصح نيته
في الصحيح لانه لا يوصف بالطول والعرض لزيادة العدد فلا يصح منه ما لا
يحتمله اللفظ ص ويقع لاضافته الى الجملة او ما ينوب عنها كانت
او وجهك او روحك او جسدك او الى جزء شايع كنصفك او ثلثك ش
اذا اضاف الطلاق الى جملتها كانت طالق او الى جزء يعبر به عن جملتها
كوجهك او روحك او جسدك طالق او اضافة الى جزء شايع كالنصف
والثلث والبعض وقع الطلاق اما الاول فلان التا ضمير المخاطب وقد
صدر ذكر الطلاق من اهله مضافا الى محله فيقع واما الثاني فلانه
اذا اضاف الى جملتها يقع فكذا اذا اضافه الى ما هو عبارة عن جملتها
اذ يقال وجه العرب ويراد به الذات وهلكت روح فلان وجسده
وتخلص من ذل الرق اي نفسه واما الثالث فلان الطلاق يقع في ذلك
الجزء ثم يسري الكل لشناعة فيقع في الكل ص والغيناه فيما لا ينوب
كيدك او رجلك ش قال علماونا الثلاثة اذا اضاف الطلاق الى
جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع خلافا لزفر له
ان الجزء المعين يستمتع بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق واما انه
اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو لان الطلاق لرفع القيد وليس في
اليد قيد لانه تابع ولهذا صح النكاح والطلاق وان لم يكن لهما يد لانهما
يردان على الاصل فيدخل التبع ولا ينعكس فاذا لم يكن التبع محلا
للاضافة لم يستتبع الاصل لان السراية تستتبع صحة الاضافة الى المحل
فلغت هذه الاضافة بخلاف الجزء الشايع لانه محل للنكاح عندنا فيكون
محلا للطلاق ولو كان عرف ظاهر انه يعبر به عن جميع البدن يقع بلا خلاف

فيه وعلى هذا الخلاف اضافة العتاق والظهار والايلاء والعفو عن
القصاص وعلى سبب من اسباب الحرمة وفي الظهر والبطن والدم اختلاف
المشائخ والاظهر عدم صحة الاضافة لعدم التعيين بها عن الجملة ص وان
قال نصف تطليقة اوثلثها وقعت كاملة. ش اذا طلق بنصف تطليقة
اوثلثها اوربعها اوجزء اخر سماه يقع واحدة لان ذكر ما يتجزي لذكر كله
ولو جمع بين الاجزاء فقال نصف تطليقه وثلث تطليقه وسدس تطليقة
يقع ثلاث لان النكرة اعيدت نكرة فهي كغيرها وقيل يجب ان يقع واحدة
لان النكرة اعيدت معرفه فهي عينها ولو قال نصف تطليقه ثلث
تطليقه سدس تطليقه او قال نصف تطليقه ثلثها سدسها
يقع واحدة ولو تجاوز العدد عن اجزاء الواحد بان قال نصف تطليقه
وثلثها وربعها قيل يقع ثنتان واختاره الصدر الشهيد وقيل
يقع واحدة والبه مال شمس الائمة السرخسي ص او واحدة ونصفا
قبل الدخول اوقعنا ثنتين لا واحدة ش قال علماؤنا الثلاثة
اذا قال لغير المدخول بها انت طالق واحدة ونصفا اوواحدة وربعا
وما اشبه ذلك يقع ثنتان ولو قال احدى وعشرين يقع ثلاث
وقال زفر يقع في الجميع واحدة لانه عدد معطوف على عدد كما لو قال
واحدة وواحدة ولنا ان هذا كلمة واحدة ولا يمكن التعبير
باوجزمنه فيقف اوله على اخره ولو قال واحدة ونصفا اوواحدة
وربعا تقع واحدة لانه ذكر النصف والربع مضافا الى الواحدة الموقعة
وقد وقعت الواحدة بجملتها فلا يتصور ايقاعها ثانيا بخلاف ما اذا طلق
ولم يصف فانه يقتضي تطليقه واحدة ولو قال نصفا وواحدة وقع عند

ابي يوسف

ابي يوسف ثنتان وعند محمد واحدة لانه مخالف العرف ولو قال احد عشر
وقعت ثلاثة لانه لا عطف فيه وهو اسم لجملة معدودة ولو قال
واحدة وعشرة وقعت واحدة ولو قال واحدة ومايه او واحدة والف
وقعت واحدة لان هذا غير مستعمل في المعتاد وقال ابو يوسف يقع
الثلاث لان مايه وواحدة وواحدة ومايه سواء ص او من واحدة
الى ثلاث فالواقع ثنتان وكذا في الاقرار وقالا الثلث وما اكتفينا
بواحدة ش قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامراته انت طالق من واحدة
الى ثلاث اومابين واحدة الى ثلاث وقع عليها ثنتان وكذا لو قال
لك علي من درهم الى عشرة يلزمه تسعة وقال ابو يوسف ومحمد
يقع ثلاث في الطلاق وعليه عشرة في الاقرار وقال زفر وهو القياس
تقع واحدة وهذا بناء على الابتداء يدخل في قول الامام والغاية لا تدخل
وعندهما كلاهما يدخلان وعند زفر كلاهما لا يدخلان وقد تقدم الكلام
على ذلك في كتاب الاقرار وحاج الاصمعي زفر فقال كم سنك فاجاب
من ستين الى سبعين فقال ايكون تسعة فتحير زفر وان قال من
واحدة الى ثنتين اومابين واحدة الى ثنتين وقعت واحدة وقالا
تقع اخر الامرين وقال زفر لا يقع شيء ص او واحدة في ثنتين اوقعنا
واحدة لا ثنتين اوثنتين في مثلها فثنتين لا ثلاثا ش قال علماؤنا
الثلاثة اذا قال لامراته انت طالق واحدة في ثنتين ولو في الضرب
والحساب فهي واحدة وقال زفر هي ثنتان ولو قال ثنتين في ثنتين
فهي ثنتان وقال زفر هي ثلاث لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ومالك ولنا ان الضرب لتكثير الاجزاء لتكثير العدد والتطليقه وان

كثر اجزاوها لا يزيد على الواحدة وان لم ينو الضرب والحساب واحدة
في الاولى وثنتان في الثانية بلا خلاف وان نوى واحدة وثنتين
او مع ثنتين فهي ثلاث في المدخولة لان الظرف يجمع المظروف قالوا
ويجمع المعطوف والمعطوف عليه فكان بينهما مقارنة ومع القران وهو
الضم وفي غير المدخولة في الواو تقع واحدة وفي مع ثلاث ص
او مكة أو فيها طلقت في الحال في كل البلاد واذا دخلتها او في دخولك
تعلق ش قال انت طالق بمكة او في مكة او في الدار طلقت للحال
في كل البلاد بعدم اختصاصه بمكان دون اخر فان عنى الشرط
صدق ديانة لاحتمال كلامه ذلك لا قضاء لانه خلاف الظاهر وان
قال اذا دخلتها لم تقع حتى يدخلها للتعليق ولو قال في دخولك
يتعلق بالدخول لان الفعل لا يصلح ظرفا فيحمل على الشرط لمقارنة بينهما
ثم لا يكون شرطا محضا فيقع الطلاق مع الدخول لا عقيبه وقيل
يكون شرطا محضا فيتعلق الجزاء به فيقع الطلاق عقيب الدخول والاول
اصح فانه لو قال لاجنبية انت طالق في نكاحك تتزوجها لا تطلق
كما لو قال مع نكاحك ولو كان بمعنى الشرط لطلقت الا ان يتعذر جعل
الظرف شرطا فيلغوا كما اذا قال انت طالق طلقة في دخولك الدار فانه
يقع للحال لان الطلاق لا يصلح ظرفا للدخول ولا شرطا فلغى كله في
ص او غدا وقع بطلوع الفجر ش قال لامرأته انت طالق غدا ولا نية
له يقع في اول الغد لانه وصفها به في جميع الغد وذلك يستلزم وقوع
الطلاق في اول اجزائه وان عنى به اخر النهار صدق ديانة لاحتمال
لا قضاء لانه خلاف الظاهر ص او في غد ونوى اخره فهو يصدق

قضا

قضاء وقالا ديانة كما في غد ش اذا قال لامرأته انت طالق في غد ونوى
اخر النهار قال ابو حنيفة يصدق قضاء وديانة وقالا لا يصدق
قضاء لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فيقع في اول جزء منه ضرورة
فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص في العموم وفيه تخفيف عليه
فلا يصدق كما في قوله انت طالق غدا وهذا لان حذف حرف في
وعدم حذفه بمنزلة ولهذا يقع فيهما في اول جزء منه عند عدم النية
ولا فرق بين قوله صمت يوم الجمعة وبين قوله في يوم الجمعة لانه ظرف
في الحالين ولابي حنيفة وهو الفرق ان كلمة في للظرف والظرف لا يقتضي
الاستيعاب بل اذا استعمل جزء منه يكفي كما يقال جلست في المسجد
ونحوه فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء
وان كان فيه تخفيف عليه بخلاف قوله انت طالق غدا لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض فقد نوى
التخصيص في العام وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف
عليه ونظيره ما اذا قال سرت فرسخا او في فرسخ وانتظرته يوما
او في يوم بخلاف ما استشهد به لان اليوم لا يتجزى في حق
الصوم فاستوى فيه الحذف وعدمه وقد يختلف الشيء بين تقديره والتصريح
به الا ترى انه اذا حلف ان لا يخرج امرأته الا باذنه يحتاج الى الاذن
في كل خرجة ولو قال الا ان اذن لك يكفي اذن واحد وان كانت الباقية
مقدرة ولا يقال انه ظرف في الحالين لانا نمنع ظرفيته مع ظهور في وقوع
هذا الخلاف انت طالق في رمضان ونوى اخره قال صاحب غاية البيان
الغد منصوب فيه على كلا التقديرين والمعنى لجعل كل الغد مرادا اذا

كان بلا واسطة وجعل جزيه مرادا اذا كان بواسطة فانه مجرد ادعاء
لا برهان عليه ولانه قد يكون وقد لا يكون وبالاحتمال لا يثبت بل الوجه
ان الظرف بالواسطة امكن في الظرفية منه بد ولها بد ليل انه قد يتسع
في هذا فيجري مجرى المفعول به دون ذاك فجعل في الامكن الجزء هو المراد
وفي غير الكل بحسب نوته في الظرفيه ولم يصدق في المحتمل على ارادة الجزء
قضاء بل تحقيقه ان غدا ظرف ضروري لثبوته بلفظه وفي غد ثبت
بلفظ يدل عليه وما يثبت باللفظ يحتمل النية وما ثبت ضرورة لا يحتملها
ونظيره لا اشرب او لا اشرب شرابا ونوى شرابا دون شراب **فائدة**
قال تعالى انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم
الاشهاد نصرتهم في الدنيا في بعض الاوقات لانها دار ابتلا ونصرتهم
في الاخرة دائمة لانها دار الجزا فذكر الحيوة الدنيا ففي دون يوم
يقوم الاشهاد ص او اليوم وغدا وقعت واحدة او غدا واليوم اوقعنا
ثنتين س هاتان مسالتان اولاهما وفاقيه وهي ما اذا قال لامراته
انت طالق اليوم وغدا طلقت للحال واحدة وان قال غدا واليوم وقع
اليوم واحدة وغدا اخرى وقال زفر يقع للحال واحدة في الوجهين
لانه لم يذكر بكلمة التكرار فلا يتكرر الوقوع **ولنا** ان الواقع في الوصف
بحيث ان يتصف به المراة في الغد فلا يتكرر في الاولى بخلاف الواقع
في الغد حيث لا يتصف به في اليوم فلا بد من الوقوع في اليوم لانه
عطف اليوم على الغد والعطف يقتضي الاشتراك في الحكم والاعراب
اذا امكن والا فقي الاعراب ولو قال امس واليوم يقع واحدة ولو قال
اليوم وامس يقع ثنتان كانه قال واحدة قبلها واحدة هكذا ذكر في المنتقى

جوامع

وجوامع الفقه وذكر في المحيط على العكس لان الواقع اليوم في الاولى لا يكون
واقعا امس بخلاف الثانية ص او كل يوم ولا نية او نصا واحدة لانه
في ثلاثة ايام س قال علماؤنا الثلاثة اذا قال لامراته المدخول بها
انت طالق كل يوم ولا نية يقع طلقة واحدة وقال زفر يقع ثلاث
في كل يوم طلقة كما لو قال انت طالق في كل يوم **ولنا** انه جعل الايام كلها
ظرفا واحدا فلم يعرض الا مظروفا واحدا فلا يتكرر الايقاع بخلاف ما اذا
ذكر في فانه يجعل كل يوم ظرفا على حدة فيقتضي مظروفا على حدة فيتكرر
الايقاع ص او امس وقد تزوجها اليوم لم تطلق س اذا قال
الرجل لامراته انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لصحته
اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة غيره ص ولو كان تزوجها
من قبل طلقت الآن س اذا قال لامراته انت طالق امس وكان قد
تزوجها اول من امس طلقت للحال لانه لا يصح الا الشا والايقاع في
الماضي ايقاع في الحال لانه منجز وقع ببقي ص او الى شهر لم يقع
في الحال س قال انت طالق الى شهر او سنة ان نوى التنجيز وقع
للحال او التاجيل وان لم يكن له نية قال ابو يوسف وهو قول
زفر يقع للحال وقال ابو حنيفة ومحمد يقع بعد الاجل لابي يوسف
ان الطلاق لا يحتمل التوقيت فيبطل التاجيل ويقع للحال ولهما
ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت كلمة الى بمعنى بعد كما يقال
انا قادم عليك الى شهر اي بعد شهر لانه تعذر العمل بحقيقتها وهي
الغاية فيعمل بمجازها تصحيحا لكلامه ص او ان لم اطلقك فانت
طالق طلقة في اخر اجزاء حياته س قال انت طالق ان لم اطلقك

لم تطلق حتى يموت لان الشرط عدم الايقاع وانه لا يتحقق الا بالموت
كقوله ان لم ات البصرة ويوتها مثل بيوته في ظاهر الرواية وذكر في
النوادر انه لا يقع بموتها لان الزوج قادر على الايقاع كما اذا قال ان لم
ات البصرة وان لم ادخل الدار لا يقع بموتها لان الزوج قادر على الاتيان
والمدخول وللظاهر ان الطلاق كما يفتقر الى الاهل يفتقر الى محل يقع
فيه وقبل موتها زمان يصلح لوقوع المعلق فوجد الشرط والملك قايم والمحل
باق فيقع ثم ان مات الزوج لم يرثه ان لم يكن دخل بها وان كان دخل
ورثته لحكم الفرار وان ماتت لم يرثها لان الفرقة منها ص او متى لم
اطلقك حين سكت ش قال انت طالق متى لم اطلقك او متى لم اطلقك
طلقت كما سكت لان متى للوقت وقد وجد وقت لم يطلقها فيه
وكذا ما لم اطلقك لان ما تستعمل في الوقت لقوله تعالى ما دمت حيا اي
وقت الحياة وحين لم وزمان لم وحيث لم ويوم لم لان لم للماضي وقد
وجد زمان ومكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق بخلاف لا اوحين لا ولانية
له فانها لا تطلق حتى يمضي سنة اشهر لان لا للاستقبال وسنة اشهر اوسط
الاستعمال ص واما مثل ان وقال لا مثل متى ش قال ابو حنيفة اذا قال
الرجل لامراته انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم ولم يكن له نية فهو
بمنزلة ان حتى لا يقع الطلاق الا في اخر جزء من اجزاء حياته او حياتها
كان وقال لا يقع الطلاق عليها حين سكت من الكلام كما في متى اما لو نوى
الشرط لا يقع وان نوى التوقيت وقع اجماعا فيهما لانه محتمل لفظه
لها ان كلمة اذا موضوعه للوقت حقيقة قال تعالى والليل اذا يغشى
وليس القسم معلقا بالشرط لفساد المعنى ولهذا يستعمل فيما هو كائن لا محالة
كقوله

كقوله تعالى اذا الشمس كورت والشرط يكون في المتردد وفيها سمة من الشرط
فاذا لم ينو الحالف احد هذين الامرين وجب الحمل على الحقيقة لرجحانها
على المجاز عند الاطلاق فصار كانه قال متى لم اطلقك فانت طالق فان
الطلاق يقع عند سكوته وبهذا اذا قال لها انت طالق اذا شيت لا خرج
الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في متى شيت وللامام انها
للوقت وليس بشرط على السواء قال الشاعر

واذا تكون كريهة ادعى لها ... واذا يجاش الجيش يدعى خندب

وقال الشاعر

اذا قصرت اسيافنا كان وصلها ... خطانا الى اعدائنا فنضارب

وكقوله استعن ما اعتاك ربك البيت وكل منها صالح للاستعمال الا ان
اعتبار الحقيقة يوجب الوقوع حال السكوت واعتبار المجاز يقتضي التاخير
الى قبيل الموت فلم تطلق في الحال بالشك بخلاف طلقني نفسك اذا شيت
لان الامر صار بيدها فلا تخرج عنه بالشك واستعمالها في الشرط مطلقا
يدل على انها حقيقة فيه ولهذا صحت نيته وان كان فيه تخفيف عليه
ص او متى لم اطلق واحدة فانت ثلاثا ووصل انت طالق او قعنا هذه
او الثلاث ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال رجل لامراته متى لم اوقع
متى ما لم اطلقك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق موصولا
باليمين وقعت طلقة واحدة وهذا استحسان وقال زفر وهو القياس
يقع الثلاث لانه وجد زمان خال عن الطلاق وهو الزمان الذي
تلفظ فيه بالتطليق قبل الفراغ منه وجه الاستحسان انه لم يوجد
بعد اضافة زمان خال عن التطليق حيث وقعت الواحدة عقيب

الاضافة وهذا القياس مهجور ضرورة ان هذا القدر من الزمان
مستثنى عن الايمان بدلالة حال الحالف لان قصده البر فكان الشرط
وجود زمان خال عن الطلاق يمكن ايقاع الطلاق فيه وصار
كما لو صرح بذلك لان الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح وهي فرع
مسئلة من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فاخذ في التقلة ص
او قبل قدوم فلان بشهر او نحوه مقتضاه المستند ش قال
انت طالق قبل قدوم زيد بشهر لا يقع لعدم الشرط وان قدم بعد
شهر قال علمائنا الثلاثة يقع مقتصرا على القدوم وقال زفر
يقع مستندا الى اول الشهر الذي اتصل باخره القدوم حتى تعتبر
العدة من اوله ويلزمه مهر لو وطيها ويكون الوطي فيه رجعة
ان كان الطلاق رجعيا لانه اوقع الطلاق في شهر قبل القدوم
فوجب ان يقع من اول الشهر كما اذا قال قبل رمضان بشهر ولنا
ان القدوم في معنى الشرط لانه لا وجود للوقت المضاف اليه الطلاق
الا بالقدوم وانه معدوم يعلى خطر الوجود والجزا مقتصر على الشرط
ولا يسبقه كما اذا قال انت طالق قبل رمضان ص او قبل موت
فلان بشهر فمات لتمامه فهو مستند وقالا مقصور ش قال ابو حنيفة
اذا قال لامراته انت طالق قبل موت فلان بشهر يقع قبل الموت
مستندا الى اول الشهر وقالا يقع مقتصرا على حال الموت مقارنا له
لان الموت شرط للوقوع والجزا يقتصر على الشرط ولا يسبقه كما في
القدوم وللامام ان الموت ليس بشرط لان الشرط يكون على خطر
الوجود والموت كاين لا محالة وهو معرف للوقت المضاف اليه الطلاق

اذا

فاذا مات وجد الشهر الموصوف فيقع الطلاق من اوله كما في قوله
انت طالق قبل رمضان بشهر وعلى هذا لو كان الزوج وطيها لزم
العشر عنده خلافا لهما ولو مات قبل شهر لا يقع لعدم الشرط ص
او قبل موتي او موتك فهو مستند ولا ارث والفياء ش قال ابو حنيفة
اذا قال الرجل لامراته انت طالق قبل موتي بشهر او قبل موتك بشهر
ثم مات او مات وقع الطلاق قبل الموت مستندا وقالا لا يقع بناء
على ان الموت عندهما معرف للزمان المضاف اليه الطلاق فيقع قبل
موته بشهر فلا ارث وعنده هما لو وقع لوقع مقتصرا على الموت وبالموت
يزول ملك النكاح فكان اضافة الطلاق الى حال زوال النكاح فلا يصح
كما لو قال انت طالق مع موتي او موتك ثم اذا علق موتها وقد مات
لتمام الشهر فلا ميراث له منها وان جامعها في الشهر فعليه مهر اخر
لها للجماع وان علق موته ان كانت مدخولا بها ومات لتمام الشهر
ورثت بلا خلاف اما عنده فلعدم انقضاء العدة فكان فارا واما
عندهما فلعدم الوقوع وعلى هذا الخلاف لو قال لعبده انت حر قبل
موتي بشهر عتق عنده وعندهما لا يعتق وذكر في الجامع انه يعتق بلا خلاف
كان ملك الرقبة لا يزول بالموت اذا كان محتاجا اليه ولهذا لو قال
لعبده انت حر بعد موتي صح ص او اخرها املكه او انت وجها حر او طالق
فالجزا واقع على اخرها مستندا ش قال ابو حنيفة اذا قال لرجل اخر
عبد املكه فهو حر وقال لاخر امراة تزوجتها فهي طالق فملك عبدا ثم
عتق العبد الثاني مستندا الى حين شرائه حتى يعتق من جميع المال
ان اشتراه في الصحة ومن الثلث ان كان في المرض وعند هما يقع مقتصرا

على حين الموت فيعتق من الثلث لان الاخرية انما يكون اذا لم يتملك
غيره بعده وانه لا يتحقق الا عند الموت فيقتضي العتق عليه وللامام ان
الاخرية تكون للثاني كما يملك الا انها لعرض الزوال فاذا مات ولم يوجد
ما يبطل الاخرية تعين فيعتق من حين يملكه وتطلق الثانية عنده
مستندا الى حين التزوج حتى لا يرث الا ان يكون هذا القول في المرض
وعندهما يقع مقتصرا على الموت حتى ترث لهما الاعتبار لمن قال لامرأته
ان لم اتزوج عليك فانت طالق ثلاثا فانها لصيرورته فارا تنزيلا
لتحقيق الشرط في المرض منزلة الابقاء فيه ولهما ان هذه الصفة
ثابتة لها عند تزوجها لعدم تزوج ثالثة وموته تقدر لها
ذلك الوصف فصار كمن قال لامرأته في الصحة اذا جاء راس الشهر فانت
طالق ثلاثا ثم جاء راس الشهر وهو مريض تطلق ثلاثا ولا ترث كذلك
هنا بل اولى لان عدم التزوج عليهما ليس بشرط عنده لا صورة ولا
معنى لانه انما يتحقق بالموت وهو كاين لا محاله فلم يكن في معنى الشرط.
فلذا انما يتوقف عليه ولو قال اخر امراة اتزوجها طالق فتزوج
امراة ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق وطلقت التي
تزوجها مره لان التي اعاد عليها التزوج اتصفت بكونها اولا فلا تتصف
بكونها اخرا ولو ملك عبدا ثم مات الولي لم يعتق لان الاخر اسم لفرد
احق ولو سابق له فلا يكون لاحقا وكذا لو تزوج امراة ثم مات لا تطلق
ص او طولكما عمرا طالق الان او تعناه على الباقيه حال موت الاخري
مستند اش قال لامراته اطولكما عمرا او حياة طالق الساعه لا يقع الطلاق
حتى يموت احدهما اذ المراد طول الحياة في المستقبل لا الماضي ولذا لو كان

احديهما

احديهما بنت عشرين والاخري بنت سبعين سنه لم تطلق لجواز بطول
الحياة في المستقبل غير معلوم لجواز ان يموتا معا واذا ماتت احديهما
طلقت الاخري مقتصرا وقال زفر تطلق مستندا لانه تبين انها
كانت اطولهما حياه في المستقبل وان الزوج علق طلاقها بشرط موجود
ولنا ان المعني الباقيه منهما بعد موت الاخري طالق وانها غير
معلومه قبل موت احديهما بل معدوم على خطر الوجود فكان في
معنى الشرط لا تطلق للحال ص ولو شهد واحد بواحدة واخر باثنتين
فالقاضي لا يحكم بشيء وقالا بواحدة ش قال ابو حنيفة اذا شهد شاهد
بتطليقه وشاهد بتطليقتين او ثلاث لم يقض بشيء وقالا يقضي
بتطليقة اذا كانت تدعي تطليقتين لان موافقة الشاهدين
فيما شهد به شرط جواز القضا الا انهما شرطا الموافقه معني وقد
وجدت والامام شرطها لفظا ومعني ولم يوجد كما لو شهد احدهما
انه قال في مذاكرة الطلاق انت خليه وشهد الاخر انه قال
بريه لا يقضي بشيء لان المتضمن لم يثبت فبطل طلب الموافقة بالمضمون
ولو شهد احدهما بالعربيه قبلت لوجود الموافقة معني عندهما
ودلالة بقوليهما على طلقه دلالة المطابقه عنده اذ ليس من شرط
المطابقة اتحاد اللغة ص وكذا الخلاف في طلقي نفسكي واحده فطلقت
ثلاثا ش وعلى هذا الخلاف لو قال لامراته طلقي نفسكي واحده
فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وهو قول زفر ومالك
وقالا تقع واحده لانها اذا اوقعت ثلاثا فقد اتت بما فوض اليها وله
تضمن ايقاع الثلاث ايقاع الواحدة وللامام ان ايقاع الثلاث

انما يكون متضمنا ايقاع الواحدة ان لو وقعت الثلاث بذلك الايقاع
اما اذا لم يقعن به فلا لانه يستحيل ثبوت المتضمن بدون المتضمن اذ
وقوع الواحدة من ضرورات ثلاث وقعن ثلاثا لم يقعن قال امام
الحرمين قول ابي حنيفة تامض وعلى هذا الخلاف لو خيرها في واحدة
فاختارت ثلاثا وعلى هذا الخلاف لو قال لها طلقي نفسك واحدة ان
شئت فطلقت ثلاثا للمشيه بالايقاع والخلاف فيما اذا طلقت ثلاثا
جملة حتى لو طلقت واحدة وواحدة وقعت واحدة لان الواحدة الاولى
وقعت اصالة وما بعدها وقعت على اجازته ولو قال لها طلقي نفسك
ثلاثا فطلقت واحدة بلا خلاف لانها لما ملكت الثلاث ملكت افرادها
بخلاف طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة فانه لا يقع شئ
بلا خلاف لان معناه ان شئت الثلاث واجزا الشرط لا يتوزع على
اجزا المشروط ص وردد ناشهادتهما بطلاق احدهن عينا مع نسيانهما
ش قال علماؤنا الثلاثة اذا شهد اثنان على رجل انه طلق احدى
نسايه بعينها ونسيا لا تقبل شهادتهما وقال زفر تقبل ويحال بينه
وبينهن حتى يعين المطلقة منهن لان الثابت بالشهادة كالثابت
بالاقرار ولو اقر بطلاق احديهن وقال نسيتها امر بان لا يقرب واحدة
منهن حتى يتذكرها وهذا لان الشهادة على الطلاق تقبل من غير دعوى
وقد حفظا من كلام الزوج شيين الطلاق والتعيين فتقبل شهادتهما
وقد ما حفظاه ولنا انهما اقرا على انفسهما بغفلة وشهادة المغفل
لا تقبل ولان القاضي لا يمكنه القضا بهذه الشهادة لانه لا يمكنه القضا
بطلاق المعينة لانهما لم يشهدا عليها ولا بطلاق المنكرة ويكمل البيان

الى الزوج

الى الزوج لان الزوج لم يفعل ذلك **فصل في الطلاق قبل الدخول وايمان الطلاق** ص واذا طلق قبل الدخول ثلاثا وقعن
ش اذا طلق امراته قبل الدخول ثنتين او ثلاثا وقعن عليها جملة وقال
الحسن البصري اذا قال انت طالق ثلاثا وقعت واحدة واذا قال اوقعت
عليك ثلاث تطليقات وقعن عليها لانه بنتين بقوله انت طالق لا
الى علة وقوله ثلاثا يصادفها وهي اجنبية فصار كالو عطف بخلاف
قوله اوقعت عليك ثلاث تطليقات ولنا ان العدد متى ذكر كان
الوقوع به لان التقدير انت طالق طلاقا ثلاثا ولو ماتت قبل الايقاع
بعد العدد لغي لان الايقاع بهذا العدد فاذا ماتت قبل الايقاع فلا
يقع بدونه ولان الكل كلمة واحدة فلا يفصل بعضها من بعض بخلاف
العطف وهو مذهب ابن عباس وابن مسعود وعلي بن ابي طالب وزيد
ابن ثابت وجمهور التابعين وفقها الامصار ص فان فرق بانت بالاولى
ش اي فرق الطلاق بحرف العطف او بغيره بانت بطلقة واحدة
وذلك مثل ان يقول انت طالق واحدة وواحدة او انت طالق طالق طالق
او يقول انت طالق انت طالق انت طالق ولم تقع الثانية والثالثة
لان العدة غير واجبة عليها فتصادفها الثانية وهي اجنبية بخلاف
المجموع بلفظ الجمع فانه يقع جملة واحدة وقال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي في عند ابي يوسف تبين بالاولى قبل ان يفرغ من التكلم بالثاني
وعند محمد بعد فراغه وفايدة الخلاف تظهر فيمن مات قبل الفراغ
فعند ابي يوسف يقع خلافا لمحمد لجواز ان يلحق بكلامه شرط او استثنا
وهذا الخلاف انما يتحقق عند العطف بالواو واما بدونه فلان انه

لا يلتحق به الشرط والاستثناء وقال في اصوله ما قال ابو يوسف احق
فانه مالم يقع الطلاق لا يفوت المحل ولو كان وقوع الاولي بعد الفراغ
من التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل مع صفة التكلم بالثانية
وان قال واحدة وواحدة او قبل واحدة او بعدها واحدة بانت بواحدة
ص اما العطف فظاهر لانها بانت بالاولي لعدم العدة فلا تلحقها
الثانية لعدم توقف صدر الكلام على اخره ش عند عدم المغير
فصار كل واحد ايقاعا على حدة واما قوله انت طالق واحدة قبل
واحدة او بعدها واحدة فلان الاصل انه متى ذكر شيئين وادخل
بينهما لفظ الظرف ان لم يقرن بها الكناية كان صفة للمذكور ولا كقولك
جاني زيد قبل عمرو فانه يقتضي سبق زيد وان قرن بها كان صفة للمذكور
اخري كقولك جاني زيد قبله عمرو فانه يقتضي سبق عمرو فالقبلية
قبل قوله واحدة قبل واحدة صفة للاولي فوقعت قبل الثانية
فلا تلحق بها الثانية لما قلنا وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في
الحال في قوله واحدة قبل واحدة القبلية صفة للاولي فبانت
لا الي عدة فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة
صفة للاخيرة وقد بانت بالاولي والبعدية في قوله بعدها واحدة
صفة للاخير فوقعت الاولي بعدها قبلها من ولة فلا تلحقها الثانية
لما قلنا والمراد بالصفة المعنوية لا النحوية ص او قبلها واحدة
او بعد واحدة ومع اومعها وقعتا ش يعني اذا قال انت طالق
واحدة قبلها واحدة او قال انت طالق واحدة بعد واحدة وقع
ثنتان لان القبلية صفة للثانية فاقتضى ايقاعا في الماضي
كايقاع

وايقاع الاولي في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان
والبعدية صفة للاولي فاقتضي ايقاع الواحدة في الحال وايقاع
الاخري قبلها فيقع فيفترقان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة
اومعها واحدة فهي ثنتان لان كلمة مع للقران ولو قال بعد الدخول
وقع ثنتان في جميع الوجوه لقيام المحلية بعد الاولي فان قيل
ينبغي ان لا يقع ثنتان في انت طالق واحدة قبل واحدة لان القبلية
المطلقة لا تستدعي وجود ما بعدها ولهذا لو قال انت طالق قبل
ان تدخلي الدار او قبل قدوم زيد او قبل ان اتزوج فلانة يقع
في الحال بخلاف قبل حتي لو قال انت طالق قبل ان اقربك تنجز
ولو قال قبل ان اقربك لا يتنجز ولو قال ان تزوجت زينب
قبل عمرة فهي طالق فتزوج زينب طلقت وان لم يتزوج عمرة قال
الله تعالي قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي لنفد البحر قبل ان تنفد
كلمات ربي وكلمات الله تعالي لا تنفد وقال عليه السلام خللوا صاحبكم
قبل ان تتخللها نار جهنم اجيب بان اللفظ اشعر بالوقوع ظاهرا
وان لم يستدع محلا والعمل بالظاهر واجب ما امكن كما لو قال انت
طالق انت طالق فان الثاني يقع كالاول وان احتمل الخبر والتاكيد
لكونه غالبا في الاولي ظاهرا فيه وحكم فوق منزلة قبل وتحت
منزلة بعد حتي لو قال انت طالق واحدة فوق واحدة او فوقها
واحدة او تحت واحدة او تحتها واحدة كان الحكم فيهما كالحكم في قبل
وبعد بالكناية وعدمها وحكم الاقرار بكلمة قبل كحكم الطلاق حتي
لو قال لفلان علي درهم قبل درهم لزمه درهم واحد ولو قال

علي درهم قبله درهم لزمه درهمان وحكم الاقرار بكلمة بعد ليس كحكم
الطلاق فان الحكم من الاقرار لا يتفاوت من الكناية وعدمها وفي
الطلاق يتفاوت حتى لو قال علي درهم بعد درهم او بعده درهم لزمه
درهمان لان الطلاق بعد الطلاق في غير المدخولة ممتنع والدرهم
بعد الدراهم لا يمتنع وان تكررت قبل او بعد كقول رجل علق الطلاق
بشهر قبل ما بعده قبل رمضان والمسئلة على اربعة اوجه قال انت
طالق في شهر قبل ما قبل قبله رمضان او قال بعد ما بعد بعده
رمضان او قال بعد ما قبل بعده رمضان او قال قبل ما بعد قبله
رمضان ففي الاول يقع في ذي الحجة وفي الثاني يقع في جمادي الاخرة
وفي الثالث يقع في شعبان وفي الرابع يقع في شوال تلغي قبل وبعد
فيبقى شهر قبله رمضان ص او ان دخلت الدار او تزوجتك فطالق
وطالق وطالق فالاولي واقعة وقالا كلها ش رجل قال لامرأته التي
لم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق او قال لاجنبية
ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق وذكر حرف الواو فدخلت
الدار او تزوج الاجنبية قال ابو حنيفة بانت بالاولي ولو قدم
الشرط طلقت ثلاثا وقالا وقعت الثلاث في الوجهين لان الواو للجمع
فيقع الجميع عند وجود الشرط كقوله انت طالق ثلاثا كما في الاجوبة
المختلفة ولابي حنيفة ان الواو للجمع المطلق وتحتمل القران والترتيب
فلا تقع الثانية والثالثة بالشك بخلاف ما اذا قدم الجزاء لاتحاد
حال التعليق ح وعدم الوصلة الى الواسطة فصار موجب الكلام
الاتحاد وظن بعض اصحابنا بهذه المسئلة ان معنى الترتيب يترجح في
الواو

الواو عند الامام حيث اوقعها مرتبة وان صاحبيه يجعلان الواو
للقران حيث اوقعا الكل جملة واصل الخلاف في ذلك ليس مبنيا على
هذا الحرف بل الواو للجمع المطلق بلا خلاف الا ان الامام اعتبر التعليق
بالتنجيز لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وهما قالا الواو للجمع
والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو ذكر بحرف الفا فهو على هذا
الخلاف على ما ذكره الطحاوي والكرخي لان الفا تقتضي الجمع وثبوته
كالواو ومن هذا الوجه وان كانا مختلفين من وجه اخر وذكر
ابو الليث في مختلفه انه يقع واحدة بلا خلاف لان الفا للتعقيب ومن وجه
الترتيب فتصادفها الثانية وهي اجنبيه وهو الصحيح ص او ثم فان
قدم الشرط فالاولى معلقه والثانية منجزة او اخر فالاولى منجزة
والباقي لغو وان قدم في المدخول بها فالاولى معلقة والباقي منجزا
واخرا الثالثة معلقه والباقي منجز وقالا يتعلق الكل مطلقا ش ولو
ذكر بحرف ثم ففيه تفصيل ذكره في النوادر قال لغير المدخول بها
ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الاولى بالدخول
وتقع الثانية وتلغو الثالثة وقالا يتعلق الكل بالدخول ثم
يظهر الترتيب عند المدخول في الوقوع فلا تقع الا واحدة لاعتبار
التراخي بحرف ثم وان اخر الشرط تطلق واحدة في الحال ويلغو ما
سواها وقالا لا تطلق ما لم يدخل الدار فاذا دخلت طلقت واحدة
ولو كانت مدخولا به وقدم الشرط تقع الثانية والثالثة في الحال
وتتعلق الاولى بالدخول وقالا لا يقع شيء ما لم يدخل الدار فاذا
دخلت طلقت ثلاثا وان اخر الشرط تطلق ثنتان في الحال وتتعلق

الثالثة بالدخول وقالا ما لم تدخل لا تطلق شيأ فاذا دخلت طلقت
ثلاثا بنا على ان التراخي يثبت بكلمة ثم في التكلم والحكم جميعا عنده
قولا بكلام التراخي وفي الحكم دون التكلم عندهما لانه متصل حقيقة
فيبقى الاتصال حكما مراعاة لحق العطف ص وتجيز تعليقه بالنكاح ش
قال علماؤنا اذا قال الرجل لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق ص
التعليق وقع الطلاق عقيب النكاح وقال الشافعي لا يصح بعد التعليق
ولا يقع الطلاق لقوله عليه السلام لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا طلاق
لابن ادم فيما لا يملك ولا يتبع فيما لا يملك رواه ابن ماجه وسئل ابن عباس
عن هذه المسئلة فقال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات
ثم طلقتموهن شرع الله الطلاق بعد النكاح ولا طلاق قبله ولانه
يضاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع اصلا ولنا ان التعليق
بالشرط يمين فلا يتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى
وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب على نفسه
البر والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بعد الوصول
الى المحل وعند ذلك الملك واجب ولهذا لا يكره التعليق في حالة الحيض
ولو كان ايقاعا لكره فاذا لم يكن طلاقا في الحال لا يشترط له المحل
كمن قال ان ملكت عبد الله فلله علي ان اعتقه ولهذا لو حلف لا يطلق
تعلق الطلاق بالشرط لا يحنث ولو حلف ان لا يحلف يحنث ولو كان
طلاقا لم يحنث بالتعليق فعلم انه يمين واليمين يعقد للحمل او المنع اذا
احتمل وجود الملك عند الشرط ليكون مجرد اعند وقوع الجزاء وهنا
الملك لازم عنده فكان اولى بالجواز ونظيره من الحيات الرمي فانه
ليس

ليس بقتل والترس لا يكون مانعا ما هو قتل وانما هو خراله بل يكون مانعا
ما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل وما رواه قال احمد لم يصح وقال
ابو الفرج روي من طرق مختلفة ثم قال ابن العربي اخبارهم
ليس لها اصل من الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز
نقل ذلك عن السلف كمكحول وسالم والشعبي والزهري وهو
المراد بالاية اذ المطلق ينصرف الى الكامل فان قيل لو جن بعد
التعليق يطلق اذا وجد الشرط ولو كان ايقاعا عند الشرط لشرط
الاهلية عند وجود الشرط قلنا هو ايقاع حكما والمجنون اهل له
بدليل عتق ذي رحمه عليه اذا ملكه لكونه اهلا له حكما ولو كان
عنينا او مجبوبا يفرق بينهما ويجعل طلاقا فان قيل روي عن سعيد
والاصمعي انما قالا فيها هل يكون سيل قبل المطر قلنا هذا سيل
بعد المطر الوابل وهذا في التعليق بصريح الشرط ويجوز ان يذكر
حرف الشرط فيوثر في المعينة وغير المعينة اما التعليق بمعنى
الشرط فهو انما يوثر في غير المعينة بان قال المراة التي اتزوجها
فهي طالق ولا يعمل في المعينة بان قال هذه المراة التي اتزوجها
فهي طالق لا يصح حتى لو تزوجها لا يقع الطلاق لانه عرفها بالاشارة
ولا يراعي فيها الصفة وهي التزوج فيبقى قوله هذه المراة طالق ص
واجازوه مع التعميم ش قال علماؤنا اذا قال الرجل كل امراة
اتزوجها فهي طالق يصح التعليق ويقع الطلاق عقيب النكاح وقال
مالك ان عمم بان قال كل امراة اتزوجها فهي طالق لا يجوز لانه سد
على نفسه طريق استباحة البضع فوجب ان لا يلزمه كما ان في ذلك تعريضا

لنفسه على الزنا وما افضا الى ذلك فهو موضوع بخلاف ما اذا خصص
بلدا او قبيلة بان قال كل امراة من مصر او من بني تميم او كل بكر
او ثيب اتزوجها طالق فانه يصح لانه لم يسد على نفسه طريق الاستباحة
فلا مانع من الجواز ولنا الطلاق قوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا
طلاق الصبي والمجنون وقوله ان في التعميم سد باب النكاح لا يصح لان كلمة
كل تقتضي العموم دون التكرار فيمكنه ان يتزوجها بعد ما وقع عليها
الطلاق ص وان قال ان تزوجتك فانت طالق قبله يوقعه
س قال ابو يوسف اذا قال الرجل لاجنبيه ان تزوجتك فانت طالق
قبل ان اتزوجك يقع الطلاق عقيب النكاح كما لو قدم الجزا وقال
ابو حنيفة في رواية عنه وهو قول محمد لا تطلق لان يوسف انه متى
اخر الجزا فقد علق بالتزوج طلاقا قبل التزوج وانه باطل بخلاف
ما اذا قدم الجزا فانه علق به طلاقا متعريا عن ذكر الوقت فيصح التعليق
ويلغو ذكر الوقت ولهما ان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده
ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لا تطلق فكذا هذا وما ذكره
محتمل فلا يقع بالشك ص واذا علق بشرط باحد الفاظه كان وادا
واذا ما ومتى ما وكل وكلما في ملك او مضاف اليه صح ولا يبطل بزوال
الملك فان وجد فيه انحلت اليمين ووقع المعلق عقيبه والا انحلت
ولم يقع س اذا علق بشرط كقوله لامراته ان دخلت الدار فانت
طالق ووقع عقيبه لانه مالك للطلاق وقد اضافه الى وقت
يبقى فيه ملكه ظاهرا فيعتبر وتحقيق التعليق انه يصير متكلما
عند وجود الشرط بالجواب حكما وتقديرا ولا يصح الطلاق في غير الملك

لا مضافا

ولا مضافا الى ملكه لان التعليق يمين بالطلاق فيتوقف صحتها على ذكر
شرط صالح وجزا صالح والجزا الصالح ما يكون على لب الوجود عند وجود
الشرط ليتحقق معنى اليمين وهو الحمل او المنع والفاظ الشرط ان واذا
ما ومتى ومتى ما وكل وكلما لانها مستعملة في التعليقات على سبيل الشرط
لغة وعرفا وللمجازاة اسما تقع موقع ان وهي ظروف وغير ظروف فالظروف
اين واني وايان وحيثما واذ ما ولا يجازي بحيث ولاذ وغير الظروف
من وما واي ولو حرف للشرط كان والفرق بينهما ان ان تجعل الفعل
للاستقبال وان كان ماضيا ولو بجعله للماضي وان كان مستقبلا لقوله
تعالى لو يطيعكم وقال الزا لو تستعمل في المستقبل كان وروي عن ابي
يوسف ومحمد فيمن قال انت طالق لو دخلت الدار انه بمنزلة ان
دخلت الدار انه بمنزلة ان دخلت الدار وزال الملك بعد انعقاده
اليمين لا يبطلها كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها
تبقى اليمين لان الملك لا يعتبر للانعقاد فللبقا اولى فان وجد الشرط
في الملك انحلت اليمين لوجود الشرط والمحليه وان وجد في غير الملك
انحلت اليمين لوجود الشرط والمحليه لا بترك الجزا لعدم المحليه ص ولا
يتكرر الا في كلما وافيدنا التكرار بانتهاء الثلاث س لا يتكرر الجزا بتكرر
الشرط في جميع اذوات الشرط لانه غير مفيض للتكرار الا في كلما فيتكرر
بتكرر الشرط حتى تنتهي الثلاث لانها لتعميم الافعال وعن ابي يوسف
ان كلما اذا دخلت على العين اقتضت التكرار كما اذا قال كلما اشتريت
هذا الثوب وكلما ركبت هذه الدابة يلزمه بكل مرة ما التزم بها
او على غير العين لا تقتضيه كما اذا قال كلما اشتريت ثوبا او ركبت

دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واذا كان اليمين بكلما والجزا طلاق
والشرط الملك او سببه بان قال كلما ملكتك او تزوجتك فانت طالق
تعدد الجزا بتعدد الشرط وان كان الشرط غيرهما كالدخول والخروج
تكرر الجزا بتكرر الشرط حتى يستوفي طلاق الملك القايم فينتهي اليمين
حتى لو تزوجها بعد زوج اخر ووجد الشرط لم يحنث وقال زفر
يحنث ولا ينتهي اليمين لان كلما للتكرار ولا يفصل بين شرط وشرط
ولنا انه علق الطلاق الباين في هذا الملك القايم وهو الطلاق الثلاث
وقد انتهى الجزا فينتهي اليمين ضرورة بخلاف ما اذا كان الشرط الملك
او سببه لانه يوجد في المستقبل وهو غير محصور فمهما وجد تبعه ولو
قال اي امراة اتزوجها فهي علي امراة واحدة بخلاف كل امراة اتزوجها
حيث يعم بعموم الصفة وان كانت كل تنصرف الى الواحد اذا دخلت
على ما لا نهاية له ولا يعم بعموم الصفة قال لنسايه من دخل منكن
الدار فهي الطالق فدخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة لان الدخول
اضيف الى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا كقوله تعالى ومن قتله
منكم متعمدا فانه افاد عموم الصيد ويدل على ذلك اذا قال امير
العسكر من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحدا قتيلين فله سلبهما
قيل العموم في الصيد استفيد من قوله تعالى ولا تقتلوا الصيد
باعتبار ان اللام للجنس او للاستغراق فكان عاما وكذا القتل عام
لوقوعه في سياق الشرط ص وابطلناه بتنجيزها ش قال علماونا
الثلاثة اذا قال الرجل لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم
نجزها فقال انت طالق ثلاثا بطل التعليق حتى انها ان عادت اليه بعد

زوج

زوج اخر ودخلت الدار لم يقع عليها شي وقال زفر لا يبطل ويقع له
ان الجزا مطلق فيتناول ثلاث تطليقات مملوكة في الحال او مستحدثة
في المال ولان المعلق غير المنجز فلا يبطل به ولنا ان المعلق طلاق
هذا الملك وقد تنجز فلا يبقى متعلقا ولم يبق اليمين بعد استيفايها
اذ لا بقا لليمين بدون الجزاء كما انه لا انعقاد لها بدونه وعلى هذا
الخلاف لو قال انت طالق كلما حضت حيضة فبانت بثلاث ثم عادت
اليه بعد زوج اخر وحاضت لم يقع عليها شي خلافا لزفر ص ولحاقه
مرتدا يبطل تعليقه ش قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق
ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب ثم عاد وتزوجها فدخلت
الدار روي عن الامام انه لا يقع عليها الطلاق وعندهما انه يقع لان
المعلق بالشرط يقع عند وجود الشرط من غير ارادة فصار كالواقع
قبل الردة فلا يبطل بالردة واللحوق بدار الحرب وللامام ان بالردة
واللحوق بدار الحرب صار ميت حكما فزال ملكه عنها فلا يقع عليها طلاقه
وفايدة الخلاف فيما اذا عاد مسلما وتزوج بهذه المراة هل ينقص عدد
الطلاق او لا ينتقص ص واوقعنا الباين المعلق بشرط وجد
في عدة باين منجز ش قال علماونا الثلاثة اذا قال الرجل لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق باين ثم طلقها طلاقا باينا منجزا ثم دخلت
الدار في العدة وقعت عليها طلقة اخرى باينة وقال زفر الباين
لا يلحق الباين مطلقا كما اذا ابانها ثم خالعها او على العكس لان المعلق
بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولنا ان تعليق الابانة بالشرط
قد صح لقيام محله وهو الوصلة والمعلق طلاق باين لانه لا يمكن جعله

خبر الصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هي محل للطلاق فيقع
الطلاق وتلغو صفة البينونة كالمرسل بخلاف قوله لمبانته انت
باين لعدم مصادفته محل الابانة لان الوصلة قد انقطعت بالابانة
السابقة وعلى هذا الخلاف اذا قال لها انت باين غدا ونوى به الطلاق
ثم ابانها ثم جاء الغد يقع عليها تطليقه بالشرط عندنا خلافا له والصريح
يلحقه الصريح والبائن لقيام الزوجية والوصلة والبائن يلحقه الصريح
لا البائن لان محله الوصلة وقد انقطعت ولو طلقها في العدة يقع عليها
عندنا خلافا للشافعي وفي الذخيرة لو قال لمختلعته اعتدي او استبري
رحمك او انت واحدة قال ابو يوسف لا يقع عليها شيء لانها من جملة
الكنايات وعندهما يقع عليها تطليقه لانها في حكم الصريح فتلحق الخلع
قال لمبانته ابنتك بتطليقه لانها لا يقع شيء ويلغو قوله ابنتك
لانه اذا الغي قوله ابنتك لا يبقى كلاما بخلاف ما لو قال لمبانته انت
طالق باين لانه اذا الغي قوله باين يبقى قوله انت طالق وانه كلام
مفيد فتقع طلقة وقد قال بعضهم ضابطا في ذلك نظما وهو
المطلق قد تطلق والمطلق قد تبان والمبانة لا تطلق والمبانة
قد تبان وكل غيره وكل طلاق بعد اخر واقع سوى باين
مع باين لم يعلق ص ولو قال كلما تزوجتها فطالق فتزوجها في يوم
ثلاثا ودخل بها في كل مرة لزمه باربعة مهور ونصف وابانها ثلاث
وحكما بتطليقتين ومهرين ونصف ش قال محمد اذا قال لامرانه
كلما تزوجك فانت طالق فتزوجها في يوم واحد ثلاث مرات ودخل
بها في كل مرة تطلق ثلاثا وعليه اربعة مهور ونصف وعند ابي يوسف

هو

وهو قياس قول الامام تطلق ثنتين وعليه مهران ونصف اصله ان
الدخول في النكاح الاول لا يكون دخولا في النكاح الثاني عند محمد وعندهما
يكون دخولا فيه لمحمد انه لما تزوجها طلقت واحدة فيجب نصف المسمى
فاذا وطيها وجب مهر المثل للشبهة ثم بالتزوج الثاني وطلاقه يجب
نصف المسمى وبالوطء مهر المثل فوجب اربعة مهور ونصف ولهما انه
لما تزوجها وقع الطلاق لوجود الشرط ووجب نصف المهر بالطلاق
قبل الدخول ثم لما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي لشبهة في المحل ووجبت
العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت طلقة اخرى لوجود الشرط وهذا
طلاق بعد الدخول معنى على اصلهما لاشتغال رحمها بعدة فوجب مهر تام
وكان هذا طلاقا رجعيا فاذا دخل بها بعده كان مراجعا فلا يجب بالوطء
شيء فلما تزوجها ثالثا لم يقع الطلاق الثالث لكون العقد الثالث
ضائعا فكان الواقع طلاقين والواجب مهرين ونصفا ص او بائنا
لزمه بذلك المهور وهما خمسة ونصف وبانت بثلاث ش فلو كان قال
لها كلما تزوجتك فانت طالق باين فتزوجها ثلاثا في يوم واحد
ودخل بها في كل مرة فقد بانت بثلاث تطليقات بالاجماع ثم عند
محمد هو كالاول حتى يلزمه اربعة مهور ونصف لان كل طلاق وقع انما
وقع قبل الدخول عندك وعندهما عليه خمسة مهور ونصف لان المهر
ونصفه للطلاق الاول والوطء الاول كما تقدم ثم لكل طلاق يجب
مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول عندهما ويجب لكل وطء مهر اخر فبلغ
خمسا ونصفا ص ولو اختلفا في الشرط كان القول له والبينة لها ش
اذا اختلف الزوجان في الشرط كان القول قول الزوج الا ان تقيم المراة

البينة لانها تدعي الطلاق عليه وهو منكر ولانه متمسك بالاصل فكان
الظاهر شاهدا له الا ان تقيم هي البينة لاثبات دعواها بالحجة
وعلى هذا لو قال لها ان لم تدخلي الدار اليوم فانت طالق فقالت لم
ادخلها فقال دخلتها فالقول قوله لانه المنكر لوقوع الطلاق وزوال
الملك وان كان الظاهر شاهدا لها وهو ان الاصل عدم الدخول ص
فان استفيد منها اعتبر قولها في حقها كان حضت فانت طالق وفلانه
فاخبرت طلقت خاصة ويشترط استمرار الدم ثلاثة فان قال
حيضه فطهرت ش اذا كان الشرط لا يعلم الا من جهة المراة مثل
ان تقول اذا حضت فانت طالق فقالت حضت طلقت لانها امينة
في حق نفسها بالنص ولهذا يقبل قولها في انقضاء العدة وعدمه وحل
الوطي وحرمته برؤية الدم وانقطاعه لكنها لم تطلق بمجرد رؤية
الدم بل حتى يستمر مقدار اقل الحيضة لاحتمال الانقطاع فاذا استمر
طلقت من حين رأته ولو قال في هذه المسئلة اذا حضت فانت
طالق فمكثت خمسة ايام ثم قالت حضت مدة خمسة ايام وانا حائض
تصدق لانها اخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال قيامه وهو
دور الدم ولو قالت في هذه الصورة حضت وطهرت لا تصدق
اذا كذبها الزوج لانها اخبرت عما هو شرط حال فواته ولو قال اذا
حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي دون فلانة
والقياس ان لا يتبع عليها الطلاق بقولها لانها تدعي شرط الحنث
على الزوج ووقوع الطلاق وهو ينكر فيكون القول له ولا يصدق
الا بحجة كغيره من الشروط وجه الاستحسان ان هذا امر لا يعرف
من

الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها ان تخبر كيلا يقع في
الحرام والاجتناب عنه واجب علينا شرعا فيجب طريقه وهو الاخبار
فتعينت له فيجب قبول قولها ليخرج عن عهدة الواجب ولانها مامورة
بالاظهار بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ولو لم
يقبل قولها لم يكن للاخبار فايدة ولهذا قبل قولها في حق العدة والغشيان
حتى انقطعت الرجعة بقولها انقضت عدتي ويحل لها التزوج بالثاني
ويحرم غشيانها بقولها انا حايض ويحل بقولها قد طهرت لكنها شاهدة
في حق ضرتها بل متهمة في حق ضرتها والاضرورة في حقها فلا يقبل قولها
حتى يعلم انها حايض حقيقة ولا يمنع ان يقبل قول شخص بالنسبة الى
نفسه دون غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وانما
يقبل قولها اذا اخبرت والحيض قايم اما اذا انقطع لا يقبل قولها
لانه ضروري فيشترط فيه قيام الشرط ولو قال ان حضت حيضة
لم تطلق حتى تطهر لان الحيضة اسم للكامل بدليل الاستبراء وكالها
بالعشرة اذا كان ايامها عشرة وبالطهر والغسل او ما يقوم مقام الغسل
اذا كان ايامها دون العشرة ويقبل قولها في الطهر الذي يلي
الحيضة لانه الشرط ولا يقبل قبله ولا بعده هذا اذا كذبها الزوج
واما اذا صدقها تطلق ضرتها ايضا لثبوت الحيض في حقها بتصديقه
ص وكالتعليق بمحبتها وبغضها فان قال بقلبك عكس واوقعاه
ش ولو قال ان كنت تحبيني او تبغضيني فانت طالق فقالت احبك
او ابغضك طلقت لان المحبة امر باطن لا توقف عليه فتعلق الحكم
بما يدل عليه وهو الاخبار عنها وان كانت كاذبة لان احكام الشرع انما نيط

بمعان خفيه بل بمعان جليه الا ترى ان الرخص والحدث والجنابة
والاستبرا وتوجه الخطاب يناط بالسفر والنوم والتقا الختانين
وحدوث الملك مع اليد والبلوغ دون المشقة وخروج النجس والانزال
وشغل الرحم واعتدال العقل حقيقة البشر المرضي ودفعا للحرج
المنفي ولو كان قال فانت طالق وفلانه طلقت هي خاصة لما مر ولو قال
ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم فانت طالق وفلانه او قال
فانت طالق وعبدي حر فقالت احب طلقت هي ولم تطلق صاحبتها
ولم يعتق عبده وهذا اذا كذبها الزوج اما اذا صدقها حنث في الكل
لاعترافه بالشرط وهذه المسيلة تفارق مسيلة الحيض حيث يقتصر
فيها على المجلس لانه اثبت التخيير حيث جعل الامر الي اختيارها ومحبتها
ومسيلة الحيض لا تقتصر لانه ليس في معنى التمليك كساير التعليقات
ولانها لو كانت كاذبة في مسيلة الحيض لا يقع الطلاق ديانة وفي
مسيلة المحبة والبغض تقع لان حقيقة المحبة والبغض لا يوقف
عليها فتعلق الحكم بدليله وهو الاخبار عنهما وقد وجد فيتبعه
حكم فلا يحل وطيها والحيض له حقيقه وايام معلومة فتعلق الحكم به
فاذا اخبرت كاذبة لا يقع ديانه حتى يحل وطيها ولو قال ان كنت
تحبيني بقلبك فانت طالق فقالت احبك وهي كاذبة لم تطلق عند محمد
وطلقت عند ابي حنيفة وابي يوسف لمحمد ان المحبة اذا علقت بالقلب
يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد ولهما ان المحبة فعل القلب فيلغو
ذكر القلب فصار كما اذا اطلق **فصل في الاختيار والمشيه**
ص واذا قال اختاري ينوي الطلاق تقيد بالمجلس ش واذا قال

امراته

لامراته اختاري ينوي الطلاق فلها ان تطلق نفسها في مجلس علمها لان
المخيرة لها مجلس العلم باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه ملكها فعل
الاختيار والتمليكات تقتصر على المجلس كالبيع بخلاف الصرف والسلم
لان المبطل هناك الافتراق لا عن قبض دون الاعراض واعتبار النية
لان اللفظ ليس بصريح يحتمل تخييرها في نفسها وتخييرها في تصرف آخر
فلا يتميز المراد الا بالنية **فان قيل** كيف يعتبر تمليكا مع بقا ملكه
والشئ الواحد يستحيل ان يملكه شخصان كل واحد منهما كله **قلنا**
هذا تمليك الايقاع لا تمليك العين فلا يستحيل وانما ذلك في العين **ص**
فان تبدل حقيقه او حكما بطل **ش** يبطل الخيار بتبدل المجلس حقيقة
وذلك بالانتقال عنه الي مجلس آخر وذلك دليل الاعراض عن الخيار
فيبطل وتبدله حكما بان يشتغل بعمل آخر لان مجلس الاكل غير مجلس
البيع والشرا وغير مجلس المناظرة معني والاخذ في عمل آخر دليل
الاعراض ايضا ولو قامت عن قعود بطل خيارها وان قعدت عن
قيام لا يبطل لان القيام يفرق الراي فكان اعراضا عنه والقعود
يجمع الراي فلم يكن اعراضا ولو كانت متكية فقعدت او قاعدة فاتكات
او محتبية فتربعت لم يبطل الخيار وذكر في الاصل انها اذا كانت
قاعدة فاتكات بطل والاول اصح وان كانت قاعدة فاضطجعت بطل وان
كانت على دابة او عجل فوقفت لم يبطل وان سارت بطل والسفينة
كالبيت ولو خيرها وهي في الصلاة فاتمتها ان كانت في الفريضة او الوتر
لا يبطل خيارها وان كانت في التطوع فان سلمت على راس الركعتين فهي على
الخيار لانها ممنوعة عن قطع العبادة شرعا وان اتمت الاربع بطل الخيار

لان الزيادة على الركعتين في النفل كالدخول في صلاة اخرى فكانت معرضة
وعن محمد في الاربع قبل الظهر لم يبطل لانها تؤدي بتسليمة واحدة وهذا
هو الاصح والتفويض على نوعين مطلق عن الوقت ومقيد به فالاول
شرط بقاء حكمه بقاء المجلس علمها بالتفويض والثاني ان وقته مقيد بوقت
مطلق بان قال اختاري متى شيت فلها الخيار في المجلس وغيره حتى لو
ردت الامر لم يكن ردا ولو قامت من مجلسها او اخذت في عمل اخر فلها
ان تطلق نفسها في اي وقت شات لكن مرة واحدة وان وقته بوقت
خاص بان قال اختاري يوما او شهرا لا يتقيد بالمجلس ولها الامر في
الوقت كله تختار نفسها فيما شات منه ولو قامت من مجلسها او تشاغلت
لا يبطل خيارها ما بقي شيء من الوقت غير انه ان ذكر اليوم والشهر
منكرا فلها الامر من الوقت الذي تكلم فيه الى مثله من العدد والشهر
لان ذلك يقع على يوم تام وشهر تام فيكون الشهر بالايام لان التفويض
اذا وجد في بعض الشهر لا يمكن اعتبار الاهلة وان ذكره معرفا فلها الخيار
في بقية اليوم والشهر لان التعريف صارف الى الباقي ويعتبر الشهر
بالهلال لانه الاصل والعدول عنه للضرورة ولا ضرورة ص وان
اختارت نفسها كانت بائنة ش اذا اختارت المخيره نفسها بانت بواحدة
استحسانا والقياس ان لا يقع وان نوى الزوج لان الزوج لا يملك الايقاع
بهذا اللفظ فلا يملك التفويض وللاستحسان اجماع الصحابة رضي الله
عنهم على الوقوع الا انهم اختلفوا في الواقع هل هو باين او رجعي وجه
البينونة ان اختيارها نفسها انما يكون اذا كانت مالكة امر نفسها وانه
لا يتحقق الا اذا زال ملكه عنها ولا يزول ملكه عنها الا بالباين ص

ولم يوقعوا ثلاثا وان نواها ش قال علماؤنا لا يقع بالاختيار ثلاثا
وان نواها الزوج خلافا لمالك له ان هذا يوجب التحريم والتحريم
من كل وجه بالثلاث كالابانة ولنا انه عرف طلاقا باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولا اجماعا فيما وراء الواحدة ولان الواحدة توجب الحرمة
مطلقا وهي ادنى فكان ايقاعها اولى وان اختارت زوجها لا يقع شيء
قال عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخترناه فلم يقع به الطلاق ص ولا بد من ذكر النفس في كلامه
او كلامها ش لا بد من ذكر النفس او ما يدل عليه في كلامه او كلامها حتى
لو قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع شيء للابهام فانه يحتمل نفسي
ويحتمل زوجي فلا تطلق بالشك ولو قال لها اختاري نفسك فقالت
اخترت صح لانه تفسير منه وكلامها جواب له فصار مفسرا منه ولو قال
اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها
مفسر وقد وجدت النية منه ص وان قال اختاري نفسك اليوم
وبعد غد فردت اليوم اثنتاه بعد الغد ش قال علماؤنا ولو قال
لها اختاري نفسك اليوم وبعد غد فردت اليوم لم يبطل خيارها
بعد الغد خلافا لزفر وهذا بنا على ان هذا امر واحد عنده للصيغة
فيرتد بالرد مرة وعندنا امران لاقتضاء تخلل وقت ليس فيه
امر اخر فرد احدهما لا يكون ردا للاخر بخلاف اليوم وغدا في الظاهر
فان لم تتخلل بين الوقتين شيء وعلى هذا الخلاف امرك بيدك اليوم
وبعد غد ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد كانت طلقة واحدة
وذكر ابن رستم انه لو قال انت طالق اليوم وغدا طلقت واحدة ولو

قال اليوم وبعد غد طلقت ثنتين ص ولو قال اختاري ثلاثا فقالت
اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلاث وقالا واحدة ش قال
ابو حنيفة اذا قال للمرأة اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة وقع ثلاث وقالا واحدة لانها اختارت
واحدة فيقع ما اختارت وللامام ان تعرضها للاولى او الوسطى او الاخيرة
لغو فيبقى مجرد الاختيار فيقع به الثلاث وهذا لان الاول اسم لفرد
سابق والاخيرة اسم لفرد لاحق والوسطى للمتخلل بين متساويين وهذه
الاوصاف الدالة على الترتيب ساقطة عند الاجتماع في الملك كاجتماع
القوم في المكان لا ترتيب لهم في ذا فهم حالة الاجتماع وان كان الترتيب
في محلهم واذا لغى الترتيب بقي قولها اخترت وانه موجب للثلاث
والتكرار يغني عن النية في رواية الجامع الصغير وفي رواية الزيادات
لا يغني وكذا لا يحتاج فيه الى ذكر النفس لان في لفظه ما يدل على
ارادة الطلاق لان الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فتعين
له والخلاف بالواو والفا كالخلاف بغيرهما ولو قال نويت بالاول
الطلاق وبالثاني والثالث التاكيد لا يصدق قضاء لانه اقر انه
اراد بالاول الطلاق وفي حال مذاكرة الطلاق لا يصدق خلافه
ص او من ثلاث ما شئت فلها اختياره واحدة او ثنتين لا غير ش
قال ابو حنيفة اذا قال لزوجته اختاري نفسك من ثلاث تطليقات
ما شئت فلها اختياره واحدة او ثنتين وقالا تقع الثلاث لان ما لحكم
في العموم ومن يحتمل التمييز وغيره فيحمل المحتمل على المحكم كما هو من الوقت
الذي تكلم فيه الى مثله من الغد والشهر لان ذلك يقع على يوم تام

الشهر تام

والشهر تام فيكون الشهر بالايام لان التفويض اذا وجد في بعض الشهر
لا يمكن اعتبار الاهلة وان ذكره معرفا فلها الخيار في بقية اليوم والشهر
لان التعريف صارف الى الباقي ويعتبر الشهر بالهلال لانه الاصل والعدد
عنه للضرورة ولا ضرورة ص وان اختارت نفسها كانت بائنة ش
اذا اختارت المخيرة نفسها بانت بواحدة استحسانا والقياس ان لا يقع
وان نوى الزوج لان الزوج لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض
وللاستحسان اجماع الصحابة رضي الله عنهم على الوقوع الا انهم اختلفوا
في الواقع هل هو بائن او رجعي وجه البينونة ان اختيارها نفسها
انما يكون اذا كانت مالكة امر نفسها وانه لا يتحقق الا اذا زال ملكه عنها
ولا يزول ملكه عنها الا بالبائن ص ولا يوقعوا ثلاثا وان نواها ش
لان علما ونا لا يقع بالاختيار ثلاثا وان نواها الزوج خلافا لمالك له ان
هذا يوجب التحريم والتحريم من كل وجه بالثلاث كالابانة ولنا انه
عرف طلاقا باجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع فيما وراء الواحدة
وان الواحدة توجب الحرمة مطلقا وهي ادنى فكان ايقاعها اولى وان
اختارت زوجها لا يقع شيء فان عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يقع به الطلاق ص
ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها ش لا بد من ذكر النفس او ما
يدل عليه في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت
لا يقع شيء للابهام فانه يحتمل نفسي ويحتمل زوجي فلا تطلق بالشك ولو قال
لها اختاري نفسك فقالت اخترت صح لانه تفسير منه وكلامها جواب
له فصار مفسرا منها ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق

اذا نوي الزوج لان كلامها مفسر وقد وجدت البينة منه ص وان
قال اختاري نفسك اليوم وبعد غد فردت اليوم اثبتناه بعد الغد
ش قال علماؤنا ولو قال لها اختاري نفسك اليوم وبعد غد فردت
اليوم لم يبطل خيارها بعد الغد خلافا لزفر وهذا بناء على ان هذا
امر واحد عنده للصيغة فيرتد بالرد مرة وعندنا امران لاقتضاء
تخلل وقت ليس فيه امر اخر فرد احدهما لا يكون ردا للاخر بخلاف اليوم
وغد في الظاهر فانه لم تتخلل بين الوقتين شيء وعلى هذا الخلاف
امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد ولو
قال انت طالق اليوم وبعد غد كانت طلقة واحدة وذكر ابن رستم
انه لو قال انت طالق اليوم وغدا طلقت واحدة ولو قال اليوم وبعد
غد طلقت ثنتين ص ولو قال اختاري ثلاثا فقالت اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي ثلاث وقالا واحدة ش قال
ابو حنيفة اذا قال للمرأة اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة وقع ثلاث وقالا واحدة لانها اختارت
واحدة فيقع ما اختارت وللامام ان تعرضها للاولى او الوسطى او الاخيرة
لغو فيبقى مجرد الاختيار فيقع به الثلاث وهذا لان الاول اسم
لفرد سابق والاخيرة اسم لفرد لاحق والوسطى للمتخلل بين متساويين
وهذه الاوصاف الدالة على الترتيب ساقطة عند الاجتماع
في الملك كاجتماع القوم في المكان لا ترتيب لهم في ذاتهم حالة الاجتماع
وان كان الترتيب في مجيئهم واذا لغي الترتيب بقي قولها اخترت
وانه موجب للثلاث والتكرار يغني عن النية في رواية الجامع ص

التصغير

التصغير وفي رواية الزيادات لا يغني وكذا لا يحتاج فيه الى ذكر
النفس لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق لان الاختيار في حق
الطلاق هو الذي يتكرر فتعين له والخلاف بالواو والفاء كالخلاف
بغيرهما ولو قال نويت بالاول الطلاق وبالثاني والثالث
التاكيد لا يصدق قضاء لانه اقر انه اراد بالاول الطلاق وفي حال
مذاكرة الطلاق لا يصدق خلافه ص او من ثلاث ما شئت فلها
اختياره واحدة او ثنتين لا غير ش قال ابو حنيفة اذا قال لزوجته
اختاري نفسك من ثلاث تطليقات ما شئت فلها اختياره واحدة
او ثنتين وقالا تقع الثلاث لان ما محكم في العموم ومن يحتمل التمييز
وغيره فيحمل المحتمل على المحكم كما هو الاصل وللامام ان من للتبعيض وما
للتعميم فيحمل بما قيدنا ول الكل ويخرج البعض ولو طلقت ثلاثا
لم يوقع شيء عند الامام لما عرف من اصله وعلى هذا الخلاف لو قال
طلقي نفسك من ثلاث ما شئت او طلق نسائي من شئت او اعتق
من عبيدي من شئت ص وان قال طلقي نفسك لقيد بالمجلس وليس
له الرجوع فان طلقت كانت رجعية فان نوى ثلاثا او واحدة فما نوت
ش قال لها طلقي نفسك لم يصح رجوعه ويقتصر على المجلس وان قال
لها طلقي ضرتك فله الرجوع ولا يقتصر على المجلس لان اصله ان كل ما كان
تمليكا يقتصر على المجلس ولا يصح فيه الرجوع وما كان توكيلا فعلى
العكس فان طلقت نفسها ولا نية له او نوى واحدة فهي واحدة رجعية
اما الواحدة فللتيقن واما الرجعية فلان اللفظ صريح وان طلقت
ثلاثا وقد نواها الزوج فهي ثلاث لان طلقي مختصر من الكلام ومطوله

افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى ويحتمل الكل ولو نوى
ثنتين لا يصح لانه عدد محض لا يحتمله اللفظ الا اذا كانت امة لانه جنس
طلاقها في حقنا كالثلاث للحرة ص او متى شئت عم ش قال لها طلقي
نفسك متى شئت او متى ما شئت لا يتقيد بالمجلس لان متى لعموم الاوقات
لقوله في اي وقت شئت ولو ردته لا يرتد لانه ملكها الطلاق في
اي وقت شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية فلا يرتد بالرد وكذا
انت طالق متى شئت او متى ما شئت لان متى لعموم الاوقات
فلا يرتد بالرد لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فكان
الرد قبله رد اقبل الملك ص او وكل به عم وصح الرجوع ش اذا قال
لرجل طلق امراتي لم تقيد بالمجلس ويصح فيه الرجوع لانه توكيل لكون
العمل واقعا للغير وفي الوكالات يصح الرجوع بخلاف ما لو قال طلقي نفسك
لانه تمليك لا توكيل وفيه معنى التعليق والتعليق يمين فلا يصح الرجوع
فيه ص او ان شئت قيد تا بالمجلس ومنعنا عزله ش قال علماؤنا
الثلاثة اذا قال رجل لاخر طلق امراتي ان شئت اختص بالمجلس ولا
يملك عزله وقال زفر يعم المجلس وغيره ويملك عزله لان التقييد
بالمشية لغو لانه لا يطلق الا بمشيته فبقي قوله طلقها وهو توكيل
فلا يتقيد بالمجلس كما اذا سكت عن المشية ولنا انه تمليك فيتقيد
بالمجلس لانه علقه بالمشيه والمالك يتصرف بالمشية حتى لو طلقها بلا
مشيه بان جرى على لسانه الطلاق بغير مشيه لا يقع فقوله لاجنبي
طلق امراتي توكيل بلا خلاف وان قيده بالمشية فهو تمليك عندنا خلافا
لزفر وقوله طلقي نفسك تمليك عندنا سواء قيده بالمشية او لم يقيده ص

انت طالق كيف شئت فهو واقع مطلقا والكيفية بمشيتها في المجلس
ان نوى واوقعاه عليها اصلا ووصفا ش قال ابو حنيفة اذا قال
لامراته انت طالق كيف شئت يقع عليها طلقة رجعية للحال اذا سكتت
شاءت في المجلس او لم تشا ثم تعلق كيفية هذه الطلقة الواقعة بمشيتها
في المجلس فان قالت ان مشيتها بائنا وقع بائنا ان نوى الزوج ذلك وان
شاءت ثلاثا كان ثلاثا ان نوى الزوج ذلك وقالا يتوقف اصل الطلاق
ووصفه على مشيتها فان شاءت في المجلس وقع وان لم يشا وقوع شيء لم
يقع لانه اراد ايقاع الطلاق على الوصف الذي يشاء ولا يمكن ذلك الا بان
يتوقف اصل مشيتها ليقع على الوصف الذي يشا ليتعلق اصله بالمشية
بالضرورة ولابي حنيفة ان المشية دخلت على وصف الطلاق وبقي
اصله بمشية فوقع مفوضا اليها الكيفية وما قاله الامام الحقيقة
وما قالاه العرف وفائدته فيما اذا قامت قبل المشيه وان شاءت ثنتين
ونواهما الزوج ذكر في الكافي شرح البزدوي انه يقع ثنتين فالحاصل
انه ان لم ينو الزوج يعتبر مشيتها على ما اختاره المتاخرون وان نوى
فان اتفقت بنيته ومشيتها يقع ما نويا وان اختلفا تساقطا للتعارض
فبقي اصل الطلاق وهو الرجعي وعلى هذا الخلاف لو قال انت حر
كيف شئت عتق عند الامام من غير مشيته وعندهما لا يعتق ما لم
يشا في المجلس ولو شا العتق على مال او الى اجل او بشرط او شا التدبير
فهو باطل لثبوت وصف الحرية له قبل المشية وعلى قياس قولهما ينبغي
ان يثبت ما شا بشرط ارادة المولى ص او ان شئتما فانتما طالقان
شرطنا المشيه عليهما معا ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال الرجل

لامرأته ان شئتما فانتما طالقان فشرط وقوع الطلاق عليهما حصول المشيئة
لطلاقهما منهما جميعا حتى لو شاءت احديهما طلاق نفسها دون الاخرى او شاءتا
طلاق احديهما او ماتت احديهما وشاءت الاخرى طلاقها لم يقع شيء وقال
زفر يقع الطلاق بمن شاءت لانه اضاف المشيئة الى شخصين فيقتضي
الافراد ولنا انه علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما طلاقهما فما لم يشاءا
طلاقهما فلا يوجد الشرط وعلى هذا الخلاف اذا جعل امر امرأة بيد رجلين
او طلاق امرأته بمشيئتهما حتى لو طلق احدهما والى الاخر لا يقع عندنا خلافا
له **مسايل من جلسة** قال لامرأته ان دخلتما هاتين الدارين او دخلتما
هذه الدار وهذه الدار فانتما طالقتان فدخلت كل واحدة دارا طلقتا
ولا يشترط دخول كل واحدة الدارين خلافا لزفر له القياس لانه اضاف
الفعل في الدارين الى شخصين فيراعي وجود كل الفعل منهما كما في الدار
الواحدة ونحن نقول ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد على
الاحاد فاذا دخلت كل واحدة دارا انصرفت بدخول الدارين كما لو قال
ان ملكتما هذين العبدين فانتما طالقتان فملكت كل واحدة منهما عبدا
او قال لبستما ثيابكما او ركبتما دابتيكما فلبست كل واحدة ثوبها وركبت
دابتها ولان الجمع المضاف الى الجمع لو اعتبر جمعا في حق كل واحدة كانت
تغييرا للقيد لانه اضاف الجمع الى شيئين ولا يجوز اضافته الى شيء
واحد فمقابلة الجمع بالجمع تقتضي المقابلة سواء كانت مقابلة الفرد بالفرد
او مقابلة الجمع بالفرد هذا هو قضية اللغة فيجري على اطلاقه الا اذا
دل دليل بالقيد فمثال الاطلاق قتل المسلمون الكفار ومثال مقابلة
الفرد بالفرد مخرجون من الاحداث ومثال مقابلة الجمع بكل فرد والذين اسوا

بالله

بالله ورسله فلا يصرف الى هيئة من هذه الهيئات الا بدليل ص او انت
طالق غدا ان شئت اثبتنا الخيار في الغد لا في المجلس ش قال انت طالق
غدا ان شئت لها المشية في الغد ولو قال ان شئت فانت طالق غدا فلها
المشية في المجلس والطلاق في الغد في ظاهر الرواية قال ابو يوسف
في الامالي عن الامام لها المشية في الغد فيهما وقال زفر لها المشية في
المجلس فيهما جميعا لان الطلاق مضاف والمشية مطلقة في الوجهين
فيقتصر على المجلس ولرواية ابي يوسف ان المشية شرط الطلاق والطلاق
موقت بالغد فكان الشرط كذلك ولان الظاهر انه لو اقتصر على قوله
ان شئت فانت طالق كانت المشية للحال فاذا قال غدا بعد ذكر
الطلاق كان الطلاق في الغد وبقيت المشية للحال بخلاف ما اذا قال
انت طالق غدا اذ هذا تطليق في الغد وقوله ان شئت تعليق وذلك
بالمشية فيكون في الغد والمشية ان يقول في الحال شئت ان يقع
طلاقي غدا ولو قال شئت ان يقع الطلاق اليوم لم يقع في اليوم
ولا في الغد لانها شاءت غير ما فوض اليها ص او ثلاثا الا ان تشاء
واحدة فشاءتها لم يملكها والغاها ش قال ابو يوسف اذا قال لامرأته
انت طالق ثلاثا الا ان تشاء واحدة فشاءت واحدة طلقت
واحدة وقال محمد لا يقع شيء لانه تعذر حمل الا على الاستثنا لعدم
المجانسة وعلى الغاية لان الطلاق لا يمتد فكان للشرط اذ المعنى
ان لم تشاء واحدة فانت طالق ثلاثا وشاءت واحدة فلا يقع شيء
اذ بين الاستثنا والشرط من المشابهة ما يتضمنهما معنى الغاية من
حيث الانتها ولابي يوسف انه اثبت لها مشية الواحدة وقد شاءتها

في مجلسه فيقع علي مقتضى كلامه الا ان يقوم دليل علي خلافه ص
او قال ان شاء الله متصلا لم يوقعوه ش قال علماؤنا اذا قال لامراته
انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع شيء خلافا لمالك له انه لو لم
يشأ الله تطليقه لما اجراه علي لسانه ولنا ما روي ابن عمر رضي الله
عنه عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من حلف علي يمين فقال
ان شاء الله فقد استثني رواه النسائي من رواية ابي هريرة رواه
الترمذي ايضا ولفظه لم يحنث وقال حديث حسن ولان مشيئة
الله لا يطلع عليها فكان اعداما للجزا لقوله تعالي حتي يلج الجمل في سم
الخياط ولقوله اذا شاب الغراب اتيت اهلي وعاد القار كاللبن الحليب
ولانه تعليق لا تطليق والتعليق معدم للحكم الي وجود الشرط والشرط
هنا لا يعلم وجوده وما جري علي لسانه تعليق لا تطليق وعلي هذا
التعليق بمشية الملايكة والجن والشياطين لانه لا يعرف وجودها
فكان اعداما بالكلية ولو سكت زيادة علي قدر النفس او العطاس
او تثاوب بين انت طالق وبين ان شاء الله يثبت حكم الطلاق لان
الاستثنا لا يصح منفصلا ولو سكت قدر ما يتنفس او يتنحنح او
كان بلسانه ثقل وطال في تردده ثم قال ان شاء الله صح استثناؤه
ولو اراد ان يستثني فسد اسنانه ثم رفع يده عنه واستثني متصلا
برفعه صح الاستثنا ولو جري علي لسانه ان شاء الله من غير قصد لا يقع
الطلاق لان الاستثنا وحد حقيقة وهو ظاهر في بابه ولا يفتقر
الي النية في انت طالق وروي ان ابن جعفر المنصور دعا الامام
ابا حنيفة وقال له لم خالفت جدي في الاستثنا فقال له لحفظ الحلاف

عليك فانك تاخذ عقد البيعة بالايمان والعهود الموثقة علي وجوه
العرب وساير الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك
فقال احسنت وخلي سبيله ثم التعليق بمشية الله تعالي اعدام
وابطال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تعليق بشرط الا
ان الشرط لا يوقف عليه اذا بلغه وشا في مجلسه فلا يقع كما لو علقه
بمشية غايب ولهذا شرط ان يكون متصلا كساير الشروط ولهما
ان معناه رفع الحكم واعدامه من الاصل وهذا لان التعليق بالشرط
وان كان اعداما للحال لكن له عرضية الوجود عند وجود الشرط وهذا
اعدام لحكم الكلام اصلا اذ لا طريق للوصول الي معرفة مشيته تعالي
فكان ابطالا فابو يوسف اعتبر الصيغة وهما اعتبرا المعني وقيل
الخلاف علي العكس وثمرة الخلاف تظهر في مسايل منها اذا قال
لامراته انت طالق ان شاء الله فهو يمين عند ابي يوسف حتي لو قال احلفت
بطلاقك فانت طالق ثم قال انت طالق ان شاء الله يحنث للشرط
وعند محمد لا يكون يمينا حتي انه لم يحنث به ومنها اذا قدم الشرط ولم
يات بالفا في الجواب بان قال ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف
يقع لان التعليق لا يصح الا بالمرابطة وهي الفا كما لو قال لها ان دخلت
فانت طالق وعندهما لا يقع لانه ابطال ولا تخلف ومنها اذا جمع
بين يمينين بان قال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حران كلمت
زيدا ان شاء الله ينصرف الي الجملة الثانية عند ابي يوسف كالشرط
لان الاصل في الشرط اذا دخل علي جملتين متعلقتين بشرطين ينصرف
الي الاخير منهما وعندهما ينصرف الي الكل لعدم الاولوية بالابطال

ولو دخل في الايقاعين بان قال انت طالق وعبدي حران شاء الله يتصرف
الى الكل بالاجماع اما عند ابي يوسف فلانه كالشرط عنده واما عندهما
فلما ذكرنا ولو قال لورثته اعتقوا عبدي فلانا بعد موتي ان شاء الله
بطل الاستثناء ولو قال هو حر بعد موتي ان شاء الله بطل الايجاب
وهو استحسان اخذ به محمد فالاستثناء في الامر باطل حتى ان من قال
لغيره بع عبدي ان شاء الله كان الاستثناء باطلا ولما مر بعده
وفي الايجاب صحيح لان الامر لا يتم ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة
الى الاستثناء وفي الايجاب يقع ملزما فيحتاج الى ابطاله بالاستثناء
حتى لا يلزمه حكمه وكان شمس الائمة الحلواني يقول ان دخل ان شاء الله
على ما يختص باللسان كالصوم لا يرفعه حتى انه اذا قال نويت
ان اصوم غدا ان شاء الله يجوز اداؤه بتلك النية لان النية تختص
بالقلب دون اللسان وان دخل على ما يختص باللسان كالطلاق
والعتاق يرفع حكمه ص او ثلاثا وثلاثا او حر وحر ان شاء الله فالمعطوف
فصل س قال ابو حنيفة اذا قال انت طالق ثلاثا وثلاثا
ان شاء الله او قال انت حر وحر ان شاء الله يقع الطلاق والعتاق ويلغوا
الاستثناء وقالا لا تطلق ولا يعتق لان هذا الكلام صحيح لغة فيكون الاستثناء
متصلا فيعمل في الكل حتى يبطل الايقاع فصار كقوله انت طالق واحدة
وثلاثا ان شاء الله وللامام ان قوله وثلاثا لغو لخلوه عن الفائدة
وقد تخلل بين الايقاع والاستثناء فاصل فمنع الاستثناء من
العمل كتخلل السكتة او كلام اجنبي بخلاف قوله واحدة وثلاثا لان ذكر
الثلاث ليس بلغو فانه يقع منها ثنتان ولا فائدة تبقى الحرمة المغلظة

وهنا

وهنا هي ثابتة بقوله ثلاثا الاولى فلغت الثانية وعلى هذا لو قال
انت طالق ثلاثا وثلاثا الا اربعا لا يقع عندهما ثنتي ويقع ثلاثا عنده ولو
قال ان دخلت هذه الدار ان دخلت هذه الدار فعبدي حر قال الكرخي
ينبغي ان لا يتعلق ويعتق العبد في الحال عند ابي حنيفة لان الشرط
للتكرار فصار لغوا كما لو قال انت حر وحر ان دخلت الدار وقال ان
شاء الله والصحيح انه يتعلق بلا خلاف ويعتق بدخلة واحدة لتعذر فعل
الثاني تكرار للعطف او عطفا لان الحرية لا تتعدد فلغي حتى لو قال
انت حر حر بدون العطف لا يعتق ويصح الاستثناء لان اللغو والسكوت لا يمنعان
صحة العطف ما دام في المجلس اذ العطف بتذكر المعطوف عليه فلا يشترط
الاتصال ص او ان شاء الله انت طالق بجعله تعليقا وهما تطليقا س
قال ابو يوسف اذا قال ان شاء الله انت طالق بغير فاء في الجزا يكون
تعليقا للطلاق فلا يقع لانه اتصل بالايجاب ما يبطله وهو الاستثناء
فوجب ان يبطل حكمه وصار كما لو ادخل الفاء في الجزا او قدمه وقالا
هو تنجيز للطلاق وليس بتعليق لان قوله انت طالق صيغة تنجيز
لا تعليق بالشرط لانتفاء الجزاء الموجبة لارتباط هاتين الجملتين ولا
اتصال بدون سبب الاتصال وهو الاداة الموضوعة لذلك واما في تقديم
الجزا فلتوقف اول الكلام على اخره اذا كان في اخره ما يغير اوله فيسمع
التغيير عند الاتصال وليس حرف الشرط موجب للاتصال بين الجملتين
اللتين هما الشرط والجزا بخلاف ما اذا اخر الجزا وذكر قاضي خان في
فتاويه ان الفتوى على قول ابي يوسف وذكر في الايضاح والمحيط والتحرير
الخلاف في الاصل والفرع على العكس واختلف النحاة في انت طالق ان شاء الله

فعند سيبويه المقدر هو الجزا لان الشرط حازم للجزا والمجزوم لا يتقدم
على الجازم فلم يكن جزا وانما هو دليله وللمبرد قول قوم شعيب عليه السلام
قد افترينا على الله كذبا ان عدنا في ملتكم فلو لم يكن المتقدم جوابا لكان
كفرا ولو قال انت طالق ان دخلت الدار بفتح الهمزة وقع في الحال لان ان
للتعليل ولم يشترط وجود العلة ووقعت فيه المناظرة بين محمد بن الحسن والكسائي
بين يدي الرشيد وبين محمد ويحيى بن اكثم بين يدي المامون فقال الكسائي
ان بمعنى اذ لقوله تعالى تمنون عليك ان اسلموا والكسائي من الكوفيين
ومحمد على مذهب البصريين في انها مصدرية اي تمنون عليك باسلامهم
وهذا اولى لان جعل ان بمعنى اذ لا اصل له ص ولو استثنى من
الثلاث وقعت واحدة او واحدة فثنتان س اذ قال لامرأته انت
طالق ثلاثا الا اثنتين وقعت واحدة وان قال الا واحدة وقع ثنتان
وان قال الا ثلاثا بطل الاستثنا اما اذا قال لها انت طالق ثلاثا
الا واحدة فلانه استثنى الاقل فيقع ثنتان بالاجماع وقوله
الا اثنتين استثنى الاكثر فقع واحدة وعن ابي يوسف وهو قول
الفرا انه لا يجوز كما استثنا الكل لان العرب لم تتكلم به وهو مذهب
البصريين وجه ظاهر الرواية قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم
سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون اكثر وقال تعالى
فلا يامن مكر الله الا القوم الخاسرون اذ هم اكثر من الرابحين ولان
الاستثنا لما صار عبارة عن الباقي اشترط لصحته ان يبقى شيء يصير
متكلما به بعد الثنيا ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير واما اذا
قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا فلانه استثنى الكل من الكل وهو لا يصح

بالاجماع

بالاجماع لعدم بقا ما يصير به متكلما بعد الثنيا وانه تصرف في الكلام
لا في الحكم وقالوا انما لا يصح استثنا الكل من الكل اذا كان بلفظ المستثنى
منه بان قال لنسايي طوالق الا زينب وعمرة وهند وبكرة والا هو
لا يصح الاستثنا لانه يتوهم بقا شيء يكون الكلام عبارة عنه بعد الاستثنا
بان يكون له طوالق غيرهن وعبيد معتوقون غيرهم وعلى هذا
الاصل لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا الف درهم ومات وترك
ثلث ماله الف درهم صح الاستثنا وبطلت الوصية ولو قال اوصيت
بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ويبطل
الاستثنا ومن المشايخ من زعم انه انما لا يجوز استثنا الكل من الكل
لانه رجوع والرجوع عن الطلاق باطل وهذا وهم فانه لا يصح فيما يصح
الرجوع عنه ايضا كالوصية كما ذكرنا ويعتبر كونه كلاما وبعضا من
جملة الكلام الذي تحكم بصحته حتى او قال لها انت طالق عشرا الا
تسعا صح الاستثنا فيقع واحدة وان كان لا صحة لهذا الكلام حكما ولو قال
لها انت طالق ثلاثا الا واحدة واحدة وقع ثلاث عند ابي حنيفة
وهو الظاهر من قول ابي يوسف لان العطف للاشتراك وكانه قال
ثلاثا الا ثلاثا ولو قال لها انت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة قيل
على قول ابي يوسف يقع ثنتان لان التطليقة لا تتجزى في الاستثنا
كما في الايقاع فصار كانه قال الا واحدة وعند محمد يقع ثلاث لان الاستثنا
تكلم بالباقي بعد الثنيا فيكون عبارة عن تطليقتين ونصف فيصير
ثلاثا **فصل في طلاق الفار** الفار بتشديد الرا هو اسم فاعل
من فر اذا هرب وهو الذي يطلق امرأته في مرض موته هاربا من ميراثها

ص ومن ابان امراته في مرضه لورثها ش قال علماونا اذا طلق الرجل
امراته في مرض موته بائنا وهي في العدة بغير رضاها وهي ممن ترثه بان
كانا حرين متحدي الدين ورثت وقال الشافعي في الجديد لا ترث
وهو القياس لان سبب الارث وهو النكاح قد زال بالطلاق البائن او الثلث
قبل الموت فلم تجز ان يثبت الحكم بغير سبب كما بعد العدة وهو الاستحسان
ما روي ان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ امراة عبد الرحمن
ابن عوف وكان قد ابانها في مرضه بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير فصار اجماعا ولا يقدح فيه قول ابن الزبير في خلافته
لو كنت انا لم اقل بتوريثها لانه بعد انعقاد الاجماع وذكر في الغاية
انه لم يكن في ذلك الوقت من الفقها فعلى هذا يكون معناه لم اقل بتوريثها
لجهلي بالحكم ولان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد
ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمل الطلاق الى انقضا العدة لبقا
بعض الاحكام كما ردت تبرعاته في حق الوارث والغريم وكما رد قصد
القاتل حتى بطل ارثه من المقتول بخلاف ما اذا ماتت هي حيث لا يرثها
لانه رضي به مع انه لا سبب لارثه وبخلاف ما اذا طلقها بسوالها لانها
رضيت ببطلان حقها واما لو كان الطلاق رجعيا ورثت منه مطلقا اذا
مات وهي في العدة لبقا الزوجية بينهما ولهذا يرثها هو اذا ماتت
بخلاف البائن لان السبب وهو النكاح قد زال فلا ينبغي لها ان ترثه
كما انه لا يرثها هو لكن اذا صار فارا بان طلقها بعد ما تعلق حقها بماله وكانت
وقت الطلاق من ترثه كما ذكرنا رد عليه قصده على ما بينا بخلاف ما اذا
كانت كافرة وهو مسلم او كانا مملوكين او احدهما وقت الطلاق ثم زال

المانع

المانع حيث لا ترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلا يكون فارا
ولو علق طلاقها البائن باسلامها بان قال ان اسلمت فانت طالق بائن
ترثه لانه زمان تعلق حقها بماله ص وشرطوا كونها في العدة ش
قال علماونا اذا مات بعد انقضا العدة لا ترث وقال مالك ترث ما لم
تتزوج لان عثمان ورث امراة عبد الرحمن تماضر الاشجعيه وكان طلقها
في مرضه وقال من فر من كتاب الله تعالى يرد عليه ولا فصل انقضا
العدة وعدمها بخلاف ما اذا تزوجت لانها رضيت ببطلان حقها
وذكر ابن رشد في قواعده عن مالك انها ترثه وان تزوجت عشرة
ازواج انه لم يبق بينهما علقه فصارت كالاجانب ولا يكن ابقا
السبب بعد انقضا العدة لانه يودي الى توريثها من زوجين والى
توريث ثمان نسوة من رجل واحد واختلفوا فيما اذا دام به المرض
اكثر من سنتين ثم مات ثم جات بولد بعد موته لاقل من سنة
اشهر فعند ابي يوسف ترث وعن ابي حنيفة ومحمد لا ترث وهذا
مبني على اصل وهو ان المبانة اذا جات بولد لاكثر من سنتين
تنقضي به العدة عندنا لان الحمل حادث في العدة من زنا ولهذا لا يثبت
نسبه منه لكن تيقنا ببراة الرحم بعد وضعه فتنقضي به العدة وعندهما
يحمل على ان الحمل من زوج تزوجته بعد انقضا عدتها من الاول لان
في حمله على الزنا اضرارا بالولد فلا يحمل عليه ولا يقبل قولها انه من
الزنا فتبين ان عدتها قد انقضت قبل موته فلا ترث وستاتي المسئلة
في ثبوت النسب ص ونجعلها بالاقراء وهما بعد الاجلين ش قال
ابو يوسف امراة الفار تعتد بالحيض فقط لان بالطلاق وجبت العدة

بالحيض فلا تتغير بالوفاة وانما ورثت لتهمة الفرار وقال ابو حنيفة
ومحمد تعتد بابعد الاجلين احدهما ثلاث حيض والاخر اربعة اشهر
مع قيام الزوجية ولانه بقي النكاح في حق الارث فبقي في حق العدة احتياطا
وعلى هذا كل معتدة ورثت كما اذا ارتد الزوج ثم قتل او مات في العدة
فعليها العدة بالاجلين هذا في البائن اما الرجعي فتجب عدة الوفاة لبقاء
الزوجية من كل وجه ص ولو علقه بفعل اجنبي فوجد في مرضه مضى
الارث ش قال علماؤنا الثلاثة اذا علق في الصحة ووجد الشرط في مرض
الموت لا ترث خلافا لزفر له انه لو نجز في المرض كان فارا والمعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده ولنا انه لم يوجد منه الفرار فان وقت
التعليق لم يتعلق حقها بماله ووقت تعلقه لم يوجد منه فعل فلا يصير
فارا ص او بفعلها الضروري ففعلته في المرض او بطل توريثها ش
قال محمد اذا علق الصحيح طلاقها بفعلها الذي لا بد لها منه شرعا كالصلاة
والصوم وكلام الاب او طبعا كالاكل والشرب والتنفس ونحوها ووجد
الشرط في المرض لا يصير فارا في الوجهين ولا ترث منه وقالا يصير فارا
وترث منه لمحمد انها رضيت به حيث باشرت في المرض ما علق طلاقها به
ولان الزوج يصنع في مرض موته شيئا يبطل حقها فلم ترث لزوال الزوجية
بالطلقات الثلاث كما لو علق بفعلها الذي لها منه بد ولها انها مضطرة
الى هذا الفعل خوفا من العقاب او التلف فانتقل حكمها اليه كما في الاكراه
بخلاف فعل لها منه بد لان المتضرر بفوات مصلحة الفعل الذي لا بد لها
منه اكثر من تضررها بفوات مصلحة فعل لها منه فلم يلزم من السعي
في دفع الضرر الادنى السعي في دفع الادنى قال فخر الاسلام في مبسوطه

والصحيح

والصحيح ما قاله محمد ص وان اقر المريض بانقضاء عدتها من طلاقها في
الصحة فصدقته فاقرلها او اوصى لها الاقل منهما ومن ميراثها وحكما
بصحتهما ش قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامراته في مرض موته كنت
طلقتك في الصحة وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى
لها بوصية يكون لها الاقل من ميراثها منه ومما اقر لها به او اوصى
وقالا لها جميع ما اقر لها به او اوصى لها به لهما انها لما تصادقا على الطلاق
وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فلا تهمة بدليل قبول
شهادته لها وتجوز وضع الزكاة فيها وتجوز له تزوج اختها ولابي حنيفة
ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح لها باب الاقرار
والوصية فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة
وانقضاء العدة ليبرئ الزوج ماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة
في الزيادة فردد ناها وتهمة في قدر الميراث فصححناه ولان المواضعة
عادة في الشهادة ووضع الزكاة والتزوج فلا تهمة في حق هذه الاحكام
لانه لا ضرر فيها على احد بخلاف الاقرار بالدين والوصية اذا كان اكثر
من الدين لان فيهما اضرارا بالورثة لما فيه ابطال حقهم ولان المريض محجور
عن ايثار بعض الورثة على بعض قال بعض اصحابنا والصحيح ان العدة
تجب عليها من وقت الاقرار وعليه الفتوى **فصل في الرجعة**
قد بينا في اول كتاب الطلاق ان الله تعالى شرع النكاح والطلاق
لمصالح العباد وجعله غير قاطع للحال تكميلا للمصلحة وللطفه بعباده
وجعلهم متمكنين من ابطال عمل الطلاق ما دامت المراة في العدة وقدمنا
والان نشرع في بيان الرجعة ووقتها ص وتراجع المعتدة من رجعي

وان لم ترض ش الرجعة استدامة القايم في العدة يعني ان الرجعة
ابقا النكاح على ما كان مادامت المراة في العدة لان النكاح قايم لقوله
تعالى وبعولتهن احق بردتهن في ذلك اي لهم الرجعة لا ان يكون لها
او لاجنبي حق فيكون البعل اولى لانها ليس لها ان تمتنع البته ولا الاجنبي
ان يتزوجها مادام حقه باقيا وهذه الاية تدل على شرعية الرجعة
وعدم رضا المراة بها وان اشترطت العدة لان بعد انقضايها
لا يسمى بعلا ولا له حق بل هو والاجنبي فيها سوا والدلالة في
قوله تعالى احق بردهن على ان ملكه قد زال لان اليد تستعمل
للاستدامة يقال رد البايع المبيع اذا باعه بشرط الخيار ثم فسخ وهو
لم يخرج عن ملكه لكن لما كان بعرضية ان يخرج لو لم يفسخ حتى
مضت المدة سمي ردا فكذا هنا وقال تعالى فامسكوهن بمعروف والامساك
بمعروف والامساك هو الابقا فيكون اقوى دلالة على ان الرجعة استدامة
النكاح لبقا احكامه من التوارث والايلا واللعان والخلع للاية المذكورة
والطلاق الرجعي سبب في الحال لزوال الملك بعد انقضا العدة ولزوال
حل المحليه عند استيفا عدد الطلاق والطلاق الرجعي هو الواقع
بصريح الطلاق بعد الدخول غير مقرون بالثلاث في الحرة بالثنتين
في الامة او بالعوض وغير موصوف بالتشبيه او بالشدة والواقع باحد
ثلاثة الفاظ من الكنايات وقوله من رجعي اي من طلاق رجعي يشمل
ذلك ما اذا طلق الحرة واحدة او ثنتين او الامة واحدة لا غير بصريح
الطلاق ص ولا يحرم به الوطي ش قال علماونا الثلاثة الرجعي
لا يحرم الوطي حتى لا يلزم عليه العقر خلافا للشافعي له ان ملك النكاح

شرط

شرط جواز الوطي وقد زال بالطلاق ولنا قوله تعالى وبعولتهن احق
بردهن والبعل هو الزوج والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية
وقيامها يوجب حل الوطي ولان الرجعة استدامة النكاح عندنا فلا
يشترط لها شرايط النكاح وعند الشافعي انشا من وجه فيشترط لها
شرايط النكاح ص وتثبتها بالقول كراجعتك ش تصح الرجعة بالقول
اذا اقدر عليه بان لا يكون اخرس او معتقل اللسان كراجعت ومايودي
معناه كرددت واعدت او ارتجعت لانه صريح في معناه ومن الكنايات
في الرجعة انت عندي وكما كنت وانت امراتي ينوي به الرجعة ولو
قال نكحت او تزوجت كان رجعة في ظاهر الرواية لانه ان تعذر العمل
بحقيقته امكن بمجازه ص وتثبتها بالفعل كالمس بشهوة او نظر
الى فرجها بشهوة ش قال علماونا تصح الرجعة بكل فعل لا يجوز الا
في الملك مثل الوطي والتقبيل بشهوة والمس بشهوة والنظر الى فرجها
بشهوة ويكره وقال الشافعي لا يصح بالفعل لانها في معنى النكاح ولنا
ان النكاح باق والاقدام على فعل لا يجوز الا في الملك يدل على استيفايه
بخلاف ما اذا كان بغير شهوة لانه لا يختص بالملك حتى انه يحل
للطبيب والختان والقابلة ولو نظر الى دبرها بشهوة لم يكن رجعة
في قياس قول الامام لانه ليس بسبيل للمحل الوطي ولهذا لا يوجب
الوطي فيه الحد ولو وجد الفعل الذي لا يجوز الا في الملك منهما لم
تكن رجعة عند ابي يوسف خلافا لهما له ان هذا الفعل منه
دليل استبقا الملك وليس لها ولاية استبقايه ولهما ان فعلها به كفعله
بها فان المحل مشترك بينهما ولهذا يثبت المصاهرة وانما تثبت الرجعة

اذا صدق الزوج انها فعلته بشهوة اما اذا انكر فشهد الشهود بالشهوة
قال في المبسوط لا تقبل ولم يذكر الخلاف وقال في الذخيرة عن محمد
انها لا تقبل لان الشهوة غيب لا يجوز الشهادة عليها ص ويستحب الاشهاد
ولا توجبه ش قال علماونا الاشهاد على الرجعة مستحب كما في الفارقة
وقال الشافعي في القديم هو شرط لا تصح الرجعة بدونه وهو قول
مالك لقوله تعالى عقيب ذكر الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم
والامر للوجوب ولنا ان الرجعة استدامة النكاح بدليل قوله
تعالى فامسكوهن وصحة الرجعة بلا رضاها والاشهاد ليس بشرط
في النكاح حال البقا كما في الفيء في الايلا فتصح الرجعة بلا اشهاد الا
انه يستحب احتياطا للتجاحد كالاشهاد في البيع والعجب من مالك
انه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا ويجعله شرطا في الرجعة ثم
الرجعة على ضربين سني وبدعي فالسني ان يراجعها بالقول ويشهد
على رجعتها ويعلمها ولو راجعها بالقول ولم يشهد او اشهد ولم يعلمها
كان مخالفا للسنة ولو كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة
اسا فيما صنع ص ومنعناه من السفر بها حتى يشهد ش ليس للزوج ان
يسافر بالمطلقة طلاقا رجعيا وعن الامام له ذلك وهو قول زفر لان
النكاح بينهما قايم وللظاهر قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا
يخرجن نزل في الطلاق الرجعي والسفر بها ليس برجعة خلافا لزفر
له ان السفر لما لم يحل بدون الرجعة جعلت المسافرة دليلا على
الرجعة حملا لامرها على الصحة كالوطي ولنا ان الوط انما جعل دليلا له
من خواص النكاح بخلاف السفر فانه لا يختص بملك النكاح فاشبه

المواكلة

المواكلة ولا تخرج من منزلها حتى تنقضي عدتها لاطلاق قوله تعالى
ولا يخرجن ص وان ادعى الرجعة في العدة بعد انقضايها فان صدقته
والا فالقول قولها بغير يمين ش اذا قال الرجل في العدة كنت
راجعتها وكذبته فالقول قوله لا يملك الانشا فيملك الاخبار اذ لا
تهمة وان قال ذلك بعد العدة فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك
انشاه كما في دعوى الفيء ولا يمين عليها عند الامام وقالا عليها اليمين
وهذا بنا على ان النكول بذل عنده والبذل لا يجري في الرجعة وعندهما
النكول اقرار فيه شبهة ويجري الاقرار فيها وهي من المسايل التي لا يجري
فيها الاستحلاف عنده وعندهما يجري في الرجعة وعندهما النكول
اقرار فيه شبهة ويجري الاقرار فيها وهي من المسايل التي لا يجري فيها
الاستحلاف عنده وعندهما يجري ص وان قال راجعتك فاجابته
انقضت عدتي او زوج الامة كنت راجعتك فيها فصدقه مولاها
وكذبته فالقول قولها فيهما ش هاتان مسيلتان الاولى اذا قال
الزوج للمراة راجعتك فقالت مجيبة له انقضت عدتي قال ابو حنيفة
لم تصح الرجعة والقول قولها في ذلك مع اليمين وقالا تصح لان قولها
وجد بعد صحة الرجعة وبطلان العدة فلا يقبل وللامام انها
امينة في الاخبار فدل اخبارها على سبق الانقضا واقرب احواله قوله
بخلاف ما اذا سكتت ساعة لان اقرب احواله حالة السكوت وصارت
مفرطة بالتاخير ولا تفريط هنا ولو قال لها طلقتك فاجابت قد
انقضت عدتي فالاصح انه يقع لاقراره كما لو قال بعد انقضا العدة كنت
طلقتك في العدة ثم القول قولها عند الامام مع اليمين نص عليه الكرخي

حال

في مختصره وبه صرح ابو منصور الماتريدي وصاحب خلاصة الفتاوي
والولوالجي انما بكولها تبدل الامتناع من الانتقال من منزل الزوج وهذا
المعنى يصح بذله اورد اذا تكلت صحة الرجعة والرجعة لا يصح بذلها
اجيب بان الرجعة لا تثبت بنكولها وانما تثبت به العدة وتملك
الزوج الرجعة من طريق الحكم لا ببدلها كالنسب يثبت بالفراش عند
شهادة امراة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتها ثم انما
تصدقه المراة في انقضاء العدة اذا كانت المدة تحتمل ذلك الثانية
اذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة كنت راجعتها في العدة وصدقها
المولى وكذبته لم يصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح لان المولى
هو المتصرف في بضعها فيقبل قوله كالحرة في حق نفسها وللامام ان الرجعة
تبتني على العدد وامر العدة مفوض اليها لا الى مولاها وان صدقته
وكذبه المولى كانت رجعة في قولها واصح الروايتين عنه انها فلان
منافع بضعها مملوكة للمولى والزوج متهم في الرجعة لانها منقضية
العدة فلا يثبت الرجعة بالتصديق الولي واما له فلان منافع البضع
في الحال خالصة حق المولى لكونها منقضية العدة فلا يقبل قول
الامة على مولاها في ابطال حقه ص واذا انقطع الدم في الثالثة
لعشره ايام قطعنا الرجعة بدون غسل وان انقطع لاقل لم ينقطع
الا بالغسل او تمضي وقت صلاة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا انقطع
الدم من الحيضة الاخيرة لتمام العشرة انقطعت الرجعة وان لم
تغتسل وقال زفر لا ينقطع الا بالغسل له اطلاق قوله عليه السلام
الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل ولنا انها طهرت من الحيض اذ الحيض

اكثر

اكثر من عشرة ايام فانقضت العدة وان انقطع لاقل من عشرة لم ينقطع
حتى تغتسل او تمضي عليها وقت صلاة لاحتمال العود فيشترط التاكيد
بالغسل او حكم الطاهرات وهو صيرورة الصلاة دينا في ذمتها واريد
بوقت الصلاة ادناه وهو قدر ما يمكن ان يقول فيه الله اكبر
بعد الاغتسال وفي الينابيع اريد به وقت اقرب الصلاة مع قدرة
على الاغتسال وفي البدايع وقت كامل من اوقات ادنى الصلاة
اليها وهو اذا كان في اوقات الصلاة اما اذا كان في وقت مهمل
فلا لان الوقت المهمل لا يوجب الصلاة دينا في ذمتها وهذا اذا كانت
مسلمة اما اذا كانت كتابية ينقطع الرجعة عنها بنفس انقطاع الدم
لانها غير مخاطبة بالغسل وانما تؤمر بالطهارة استحبابا لا وجوبا
كما في المجنونة فلا يتم في حقها امور ايد ص او بالتيمم مع الصلاة
وقطعها بالتيمم وحده ش يتيمت وصلت مكتوبة او تطوعا انقطعت
الرجعة وان لم تصل لم ينقطع وقال محمد ولو ينقطع ايضا بالتيمم
استباحت الصلاة وانه حكم من احكام الطاهرات كالاغتسال ولنا
ان التيمم لا يرفع الحدث فانه لو راى الماء بطل فاذا صلت به فقد تعلق
به حكم لا ينفسخ والتيمم طهارة ضرورية فلا يظهر في حق غير ما ثم الانقطاع
عندهما بالشروع وقيل بالفراغ وهو الصحيح لان الحال بعد شروعها
كالحال قبله ولو يتيمت وقرات القرآن او لمست المصحف او دخلت المسجد
قال الكرخي تنقطع الرجعة وقال ابو بكر الرازي لا ينقطع والتيمم
طهارة مطلقة عندهما وضرورية عند محمد فكان ينبغي ان ينقطع
حكم الرجعة بمجرد التيمم عندهما كما بعد الاغتسال وان لا ينقطع عند محمد

ما لم تصل وكل من الفريقين خالف اصله في جواز اقتدا المتوضي بالمتيمم
فاخذ محمد بالاحوط في المسالتين عدم جواز الاقتدا وانقطاع الرجعة
تحذرا عن الوقوع في المحرم وهما قالا التيمم طهارة مطلقة في جواز الاقتدا
او فيما يتعلق بالصلاة من الاحكام عملا بالنص وطهارة ضرورية فيما ورا
ذلك لانه ملوث لا مطهر ص ولو نسيت عضوا فصاعدا لم تنقطع
ش اذا اغتسلت ونسيت عضوا من بدنها لم يصبه الما لم تنقطع الرجعة
وان كان اقل من عضو انقطعت وهذا استحسان والقياس في العضو
الكامل ان تنقطع لانها غسلت الاكثر وله حكم الكل وجه الاستحسان
وهو الفرق بين العضو وما دونه ان ما دون العضو يتسارع اليه
الجفاف لقلته فيحتمل ان الما اصابه ثم جف للطافته فلا يتيقن بعدم
وصول الما اليه فقلنا تنقطع الرجعة احتياطا ولا يحل لها ان تتزوج
بزوج اخر حتى تغسل الموضع احتياطا ايضا لان الما لا يصل اليه ظاهرا
بخلاف العضو الكامل لانه لا يغفل عنه عادة ولا يتسارع اليه الجفاف
غالبا فبقيت على ما كانت وهو القياس فيما دون العضو لما قلنا
الا انا استحسنا لما ذكرنا من عدم التيقن حتى لو تيقنت بعدم وصول
الما الى ما دون العضو بان تركته عمدا لا تنقطع الرجعة ايضا
لما قلنا ذكره في المحيط ص ولا تنقطع بترك المضمضة والاستنشاق
وخالفه ش ولو اغتسلت وتركت المضمضة والاستنشاق فعن
ابي يوسف في رواية لا تنقطع الرجعة لان ترك كل واحد منهما كترك
عضو كامل لان حكم الحيض باق لانهما فرضان في الجنابة وكانت العدة
باقية وفي اخرى تنقطع لان تركهما كترك ما دون العضو وقال محمد
ينقطع

ينقطع الرجعة ولا تحل للازواج لان في فرضية المضمضة والاستنشاق
في الغسل اختلافا فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة وان لا تحل للازواج
ص وان علق الطلاق بجماعها فلبث فيه يجعله مراجعا واوقفها على
المعاودة ش قال ابو يوسف اذا قال لامراته المدخول بها ان جامعتك
فانت طالق فجامعها فلما التقا الختانان لبث ساعة ثم اتم جماعه يكون
لبثه مراجعة وقال محمد يكون مراجعة لان الفعل كله جماع واحد
ولهذا لو كان يشبهه لم يجب الا عقر واحد ولا يجب الحد باللباث
ولابي يوسف ان الطلاق وقع عليها بالايلاجة الاولى فانه وطء تام
والبقا عليه كالابتدا وانما يلزم عقر واحد لان المنافع المستوفاة بالايلاجات
تقومت تقويما واحدا وانما لا يلزم الحد في الثلاث لشبهة الاتحاد
ثم صار مراجعا بالمسيس الموجود بعد الطلاق كما لو نزع ثم عاود والحد
سقط لشبهة اتحاد الفعل وعلى هذا الخلاف اذا قال لامته اذا جامعتك
فانت حرة فجامعها ص وان كان ثلاثا يلزمه بالعقر وخالفه
ش قال ابو يوسف اذا قال لامراته ان جامعتك فانت طالق ثلاثا
فلبث بعد جماعها ساعة ثم اتم عليه العقر لانه وطيها بعد البينونة
لان الحرمة تثبت باول الجماع وسقط الحد لشبهة اتحاد الفعل وعند
محمد لا عقر عليه لان الوطي ايلاج واللبث ليس بايلاج فلم يكن واطيا
بعد البينونة لكون المجموع فعلا واحدا والجزا يقع بعد تمامه فلم
يكن واقعا بعد الحرمة والمهر في الغالب يستعمل في الحر ابر والعقر
في الاما والجماع في الاصل الموافقة في اي شي كان فان محمدا كثيرا ما
يقول في الحج على اهل المدينة الستم قد جامعتمونا في كذا اي وافقتمونا

وكان الطحاوي يملي على بنته مسايل ويقول السنا قد جامعناكم على كذا
والسمن قد جامعتمونا على كذا يريد وافقناكم ووافقتمونا فتبسمت
من ذلك بنته يوما ووقع بصره عليه فقال لها ما شانك فتبسمت مرة اخرى
فاحس الطحاوي منها انها ذهبت بهذه اللفظة الى الجماع المعروف فقال
او يفهم من هذا فاحترق غضبا وقطع الاملا ورفع يديه الى السما وقال
اللهم لا اريد حياة بعد هذا فتمني الموت فمات بعد خمسة ايام ص
وتتزين المطلقة الرجعية ش وتتشوف المطلقة الرجعية لزوجها
في العدة وتتزين لان النكاح بينهما قائم والرجعة مستحبة والتزين
داع اليها عسى الايام ان يرجع قوما كالذي كانوا بخلاف المبانة
لحرمة النظر وعدم مسه وعيبة الرجعية ماري ما وني عطش شديد
ولكن لا سبيل الى الورود والتشوف من الوجه خاصة وهو من
شفت الشيء اي جلوته ودينار مشوف اي مجلو والتزين عام في البدن
ص ويستحب ان لا يدخل عليها الا باعلام ش يستحب ان لا يدخل عليها
حتى يوذنها اي يسمعها خفق نعله او يتنحنح او يسبح او نحو ذلك اذا لم
يكن من قصده مراجعتها لانه ربما يقع بصره على موضع يصير به مراجعا
فيطلقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر بذلك ص واذا بينت
ما دون الثلاث تزوجها في العدة وبعدها ش ومن ابان امراته الحرة
بطلقة او طلقتين او الامة بطلقة جاز له ان يتزوجها في العدة لانها
وجبت حقا له فيملك ابطاله وبعد انقضاء العدة لان الحل الاصلي
باق ما لم يتكامل العدد لانها اجنبيه كسائر الاجانب ومنع الاجنبي
في العدة لاشتباه النسب وهو مامون في حق الزوج ص او ثلاث

في الحرة

في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا
ويدخل بها ثم تبين منه او تموت عنها ش اي لا يحل له ان ينكح التي
ابانها بالثلاث متفرقا او مجتمعا ان كانت المراة حرة وبالثنتين
ان كانت امة حتى يطاها زوج غيره بنكاح صحيح لقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة
والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة اذ الرق منصف لحل المحليه وانما
شرط ان يكون الناكح زوجا ليحترز عن نكاح المولى لانه ليس بزوج وروي
ان عثمان وزيدا رضي الله عنهما قالا هو زوج فقام عنهما علي مغضبا كارها
وقال انه ليس بزوج ولو اشتراها الزوج لم تحل له بملك اليمين لان
الحرمة تثبت موقته بدخول زوج غيره ولم يوجد واما شرط
ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية
المطلقة بالصحيح خصوصا فيما اضيف الى المستقبل لان المراد به الاعفاف
والتحصين وذلك بالنكاح الصحيح ولهذا لا يحنث في يمينه ان لا يتزوج الا
بالنكاح الصحيح بخلاف ما اذا حلف انه لم يتزوج فيما حنث بحنث
بالفاسد ايضا لان المراد منه مجرد صحة الاخبار فلهذا يتناولهما وانما
شرط ان يدخل بها الزوج الثاني لانه تثبت باشارة الكتاب وبالسنة
المشهورة والاجماع اما الكتاب فلان النكاح المذكور فيه يحتمل على الوطي
والعقد لان الاجماع انعقد على اشتراط الدخول حتى لو افتى به
مفت قال في الخلاصة فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين
وقال في المبسوط يعزر وكذا لو قضى به قاض لم ينفذ وما نقل عن الصدر
الشهيد انه قال لو قضى به قاض ينفذ فزور وافتراء عليه وانما اشترط

ذلك لانه عليه السلام شرط اللذة من الطرفين وان كان لا يقدر على
الجماع والنية ليست بمشتهاة اختلفوا فيه والشرط في التحليل الايلاج لا
الانزال لانه كامل وشد الحسن البصري في اشتراط الانزال والحجة عليه
ما روينا وحديث العسيلة مطلق عنه فلا يتقيد به وقيل
ذكر الذوق والتصغير اشارة الى ان ادنى الفعل كاف في التحليل
واشترط ان يكون موجبا للغسل وهو التقا الختانين ويجب
على المراة الغسل لالتقا الختانين وهو سبب لنزول مائها والغسل على الصبي
لعدم الخطاب وانما يؤمر به تخلقا ليتعود به ويصير له سجيه والمجنون
فيه كالعاقل والخصي الذي يقدر على الجماع محلها للاول وذكر
في الغاية ان تزوجت بمجبوب وحلت منه حلت للاول وثبت به
الاحصان خلافا لزفر واما السنة فحديث العسيلة وعن ابن عمر انه
قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امراته ثلاثا
قبل ان يدخل بها هل تحل للاول قال لا حتى يجامعها ذوي حتى
تذوق عسيلته رواه احمد والنساي وعن عايشه رضي الله عنها ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال العسيلة الجماع وهذه الاحاديث مشهورة فتجوز
الزيادة بها على الكتاب على تقدير ان يراد بالنكاح في الاية العقد
وعلى تقدير ارادة الوطي تكون مواخذة له فلا اشكال واما الاجماع
فان الامة اجتمعت على ان الدخول شرط لحل للاول ولم يخالف في ذلك
الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي
وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل ولهذا لو قضى به قاض
لم ينفذ ص وتحلل وطي المراهق ش وهو من قرب من البلوغ وتحركت

آلته

آلته واشتهي وكذا الوطي الخصي لوجود الوطي في نكاح صحيح قيد بالمراهق
لانه صلى الله عليه وسلم شرط اللذة من الطرفين وفي فتاوى الوبري
الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لو اولج ذكره بمساعدة يده لاحلها ه
والمراة المفضاة بعد الدخول انما تحل للاول اذا حبلت ليعلم ان الوقاع وجد
في قبلها ص او وطي المولى ش اي لا يحل وطي المولى امته لزوجها بعد
طلاقها ثنتين لان المولى ليس بزوج وهو الشرط بالنص وفي الفتاوى
الامة المنكوحة اذا حرمت حرمة غليظة على الزوج لا يحل وطيها حتى
تنكح زوجا غيره وان اشتراها ص واذا شرطاه فالنكاح مكروه ومحلل
وحكم بفساده وحكم بصحته ونفى الحل ش قال ابو حنيفة اذا تزوج
المراة بشرط التحليل بالقول بان قال تزوجتك على ان احللك له او
قامت المراة ذلك صح النكاح وحصل الحل مع الكراهة لان الشرط فاسد
والنكاح لا يبطل به وحلت للاول للدخول في نكاح صحيح وكره لقوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابو داود والترمذي والنساي وقال
ابو يوسف لا ينعقد النكاح بشرط التحليل للاول ولا يحل له لان شرط
التحليل في معنى التوقيت والنكاح الموقت باطل فلا يفيد الدخول
فيه التحليل ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا اوتي لمحلل او محلله
الا رجمتهما وقال ابن عمر رضي الله عنه لو كانا عشرين
سنة وقال عثمان ابن عفان رضي الله عنه ذلك السفاح ولهذا لعنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن محمد انه يصح لما قلنا ولم تحل للاول
لان اشتراط التحليل استجلال لما اخره الشرع اذ عقد النكاح للعمر فيجازى
بمنع مقصوده كما في قتل الوارث مورثه اما لو نويا ذلك بقلبهما ولم يشترطاه

بالقول صح النكاح وحلت للاول لان القصد لا يؤثر في الفساد ثم قيل
انما لعن مع حصول الحل لان التماس ذلك واشتراطه في العقد هتك للمروة
واعارة النفس في الوطء لغرض الغير فانه انما يطاوعها لتعرضها لوطء الغير
وهو قلة حصيه ولهذا قال عليه السلام هو التيس المستعار وانما يكون
يكون مستعارا اذا سبق التماس من المطلق وهو محل الحديث وقال بعضهم
يكون المحلل ماجورا كذا في التتمة والفتاوى الصغرى والخلاصة لانه
فعل ما هو مباح في نفسه ونوى به ان يصل الاول الى الحلال ومن اخال
لتناول الحلال من حيث انه ليس فيه ابطال حق ولا اضرار باحد كان جائزا
ولو خافت المرأة ان لا يطلقها المحلل تقول زوجتك نفسي على ان امري بيدي
طلقني نفسي كلما اردت فقبل جاز النكاح وصار الامر بيدها ولو ادعت المرأة
دخول المحلل صدقت وان انكر هو وكذا على العكس ص ويهدم الزوج
الثاني ما دون الثلاث كما يهدمها وحكم بعودها بما بقي من طلقاتها ش
اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا وانقضت عدتها منه وتزوجت باخر ثم بانت
منه وعادت الى الاول عادت اليه بثلاث تطليقات اجماعا ولو كان
قد طلقها وهي حرة طلقة او طلقتين او طلقة واحدة وهي امة فتزوجت
باخر وانقضت عدتها منه ثم عادت الى الاول عادت الحرة اليه
على ملكه بثلاث تطليقات والامة بثنتين عند ابي حنيفة
وابي يوسف وهو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم وابن مسعود رضي الله
عنهم وقال محمد وهو قول زفر والشافعي تعود اليه بما بقي من الطلقات
لا يهدم الزوج الثاني الا الثلث وهو قول عمر وعلي وابي ابن كعب
وعمران ابن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم لان نكاح الزوج الثاني غاية

للحرمة

للحرمة الغليظة ولم توجد وعند ابي حنيفة وابي يوسف ان الزوج
الثاني مثبت للحل بالنص والحل متى ثبت لا يزول الا بالحرمة الغليظة
ولان الثاني يرفع الحرمة الغليظة فيرفع ما دونها بالطريق الاولى
كالحدث لرفع الطهارة عن جميع الاعضاء فيرفع عن بعضها وما اعتبره
يبطل بالنجاسة اليسيرة اذا غسلت والحاجة الى غسلها ومع هذا يرتفع
حكمها ص واذا طلقها ثلاثا وادعت انقضاء العدة منه ومن المحلل مع احتمال
المدة وغلبة ظنه بصدقها جاز نكاحها ش اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا
وقالت قد انقضت عدتي وتزوجت باخر ودخل بي وطلقني وانقضت
عدتي منه والمدة تحتمل ذلك جاز له ان يصدقها اذا غلب على ظنه صدقها
لانه امر ديني او من المعاملات وقول الواحد في كل منهما مقبول هكذا
اطلق التعليل وفيه ايهام ان اخبارها تقبل وان لم تكن عدلة والرواية
منصوصة في كتاب الاستحسان بخلافه وقد عرف في الاصول ان خبر
الواحد العدل حجة في الديانات من غير اشتراط العدالة كعمل الصحابة
واما المعاملات التي ليس فيها معنى الالزام كالوكالات والمضاربات
يعتبر فيها خبر كل مميز من غير اشتراط العدد والعدالة للضرورة
بخلاف ما فيه الزام من حقوق العباد فانه يشترط فيه العدد والعدالة
ولفظة الشهادة لانها تنبئ على المنازعة **فصل في الايلاء**

وهو مصدر الى وهو في اللغة اليمين قال الشاعر

ما قليل الالايا حافظ ليمينه ... وان تدرت منه الالية برت

وفي الشرع اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة على وجه
لا يمكنه الوطء في المدة الا بحيث يلزمه شيء بسبب اليمين ولذلك قيل

المولي من لا يخلو عن احد المكروهين اما الكفارة واما الطلاق وقيل
هو تنع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا موكدا بشيء
يلزمه وهو يشق عليه وذكر المرغيناني ان الحلف اليمين على الفعل
واما اليه اليمين على الامتناع والقسم واليمين عليه وركنه قوله والله
لا اقربك وشرطه المحل والاهل وهو ان تكون المراة منكوحة والحالف
اهلا للطلاق عند ابي حنيفة ولوجوب الكفارة عندهما وان لا تكون
المدة نافضة عن اربعة اشهر في الحرة وشهرين في الامة وحكمه وجوب
الكفارة ونحوها عند الحنث ووقوع الطلاق عند البر ص اذا قال
والله لا اقربك او لا اقربك اربعة اشهر كان موليا ش اذا قال الرجل
لامراته والله لا اقربك فهو مولٍ بالاجماع وان قال لا اقربك اربعة اشهر
فهو مولٍ عندنا ايضا وقال الشافعي لا يكون موليا حتى يحلف على
اكثر من اربعة اشهر بنا على ان الفيء عنده بعد الاربعة اشهر يقول اذا
مضت الاربعة اما ان يفيء واما ان يطلق فلا بد من مدة زايدة عليها
واشترط مالك زيادة يوم والحجة عليهما قوله تعالى للذين يؤلون
من نسايهم تربص اربعة اشهر فانه تعالى نص على التربص اربعة اشهر
فلا يجوز الزيادة عليها كما لا يجوز الزيادة على التربص المذكور في عدة
الطلاق والوفاء في قوله تعالى تتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وفي
قوله تعالى اربعة اشهر وعشرا ويويده قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
فان فاوا فيهن وروايته لا تخلو عن سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم
والفاظه الصريحة والله لا اقربك ذكرا او لم يذكر او لا اجامعك
او لا اباضعك او لا اغتسل من جنابة او لا اقتضك ان كانت بكرا فهذه الالفاظ

لا تحتاج

لا تحتاج الى نية والكناية ان يقول لا امسك او لا تجمع راسي وراسك او
لا غيظنك او لا ادخل عليك وهذه الالفاظ تفتقر الى النية لنوي بها
الجماع كان موليا والا فلا ولو قال وعزة الله او عظمة الله فيكون
موليا وبكل لفظ ينعقد به اليمين وان لم ينعقد به لا يكون موليا
وان حلف في رجب لا يقربها حتى يصوم المحرم او لا يقربها الا في مكان
كذا ومسافة المكان اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا ولو حلف لا يقربها
حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج الدجال لا يكون موليا لانه
يرجى وجودها ساعة فساعة وفي الاستحسان يكون موليا لانه
يستعمل للتابيد عادة ولو حلف لا يقربها حتى تقوم الساعة او حتى يلج
الجمل في سم الخياط يكون موليا ولو قال انا منك مول وعني به الايجاب
فهو مول او الخبر بالكذب لا بد من قضا ولو حلف لا يقربها وهي حايض
لم يكن موليا لانه ممنوع عن الوطي بالحيض لا باليمين ص فان قربها فيهما
حنث وكفر وسقط الايلاء والابانت بتطليقة عند مضي المدة ولا توقفه
على تفريق الحاكم ش حكم الايلاء انه اذا قربها في المدة حنث في يمينه
ولزمته الكفارة لان الايلاء يمين وموجب اليمين عند الحنث الكفارة
وسقط الايلاء لانحلال اليمين بالحنث فلا يبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدونها
وان لم يقربها حتى مضت المدة بانت منه بتطليقة عند علمائنا وقال
الشافعي يفيء بعد المدة او يطلق فان لم يطلق طلقها القاضي دفعا
لظلمه كما في الحب والعنة ولنا قوله تعالى وان عزموا الطلاق قال
ابن عباس عزيمة الطلاق انقضاء اربعة اشهر لا في فيها وانه ظلمها بمنع
حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح دفعا للظلم والخلاف في موضعين

في ان الفيء عنده يكون بعد المدة وعند علمائنا في المدة وان التفريق
عنده لا يكون الا بتطليق الزوج او بتفريق القاضي وعند علمائنا
بمضي المدة بنا على ان الحكم المتعلق بالبر عنده ثبوت حق المطالبة للمرأة
بالجماع او التفريق وعند علمائنا بعد مضي المدة البينونة ص فان قيد
يمينه بالمدة سقطت ش اذا وقعت باربعة اشهر ومضت لم تبق اليمين
لانها كانت موقتة ص وان ابد عاد الايلاء بتزوجها فان تزوجها
والا بانت باخري فان تزوجها عاد ثالثا فان عادت بعد زوج اخر
فوطيها كفر وابطلنا ايلاءه ش اذا حلف على الابد بان قال والله
لا اقربك ابدا او قال والله لا اتزيك ولم يقل ابدا كان في حكم التابيد
واليمين باقية حتى انه اذا تزوجها عاد الايلاء من وقت التزوج
لبقاء اليمين فان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها فان فيئ لها والا بانت
بمضي اربعة اشهر باخري فان تزوجها ثانيا عاد الايلاء وبمضي
المدة ان لم يفئ لها بتطليقه اخري لان اليمين باقية وطلاق ذلك
الملك باق فعاد الايلاء فان عادت اليه بعد زوج اخر لم يقع به طلاق
خلافا لزفر له ان زوال الملك لا يبطل اليمين واليمين باقية ولنا
ان اليمين على طلقات هذا الملك وانما بقيت اليمين لانها لا تنحل
الا بفعل المحلوف عليه او فوات محله وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية
فان وطيها كفر عن اليمين لوجود شرط الحنث وان مضت اربعة
اشهر اخري قبل التزوج قال عامة المشايخ لا يتكرر حكم الايلاء وان
تكررت المدة وهي في العدة بان كانت ممتدة الطهر فالحسن نظم الجامع
ان امراة بانت بايلاء زوجها وعدتها تبقي ولا تنصرم

فلا ينعقد اخرى قبل انقضائها وفيها بانواع الخلاف تكلموا
ولو آلى ومضت اربعة اشهر فبانت بتطليقة ثم تزوجت بزوج
بعد العدة ثم عادت الى الاول ينعقد الايلاء على الخلاف في مسئلة
الهدم. مادون الثلث ص وايلاء الذمي بالله منعقد ش قال ابو حنيفة
اذا آلى الذمي باسم الله تعالى او بصفة ذاته فهو مول وقالا ليس
بمول لان اليمين انما تمنع لكونها مخوفة عن لزوم الكفارة والذمي
ليس من اهلها وله ان المنع باعتبار الخوف عن هتك حرمة اسم الله
تعالى والذمي يعتقد حرمته ص وان حلف بطلاق او عتاق او حج او
صدقة او صوم كان موليا ش اذا حلف المسلم بطلاق او عتاق
او حج او صدقة او صوم فهو مول لان المولي من لا يمكنه القربان في المدة
الا بشئ يلزمه وقال الشافعي في قول لا يكون موليا لان مطلق
اليمين ينصرف الى اليمين بالله قلنا الفاظ الشرع تنصرف الى ما يتعارفه
اهل العرف ومن قال ان وطيت فعبدي حر فاهل الشرع والعرف
يسمونه حالفا وعن ابي يوسف اذا حلف بعتق عبد لا يكون موليا لانه
يمكنه قربانها بلا شئ يلزمه بان يبيع العبد ثم يطأ وقالا والظاهر
ان القربان لا يمكنه الا بعتق يلزمه وتمكنه من التبع لا يعتبر لان
التبع لا يتم به وحده ما لم يوجد المشتري وذكر في شرح الطحاوي
والمختلف في الحلف بالطلاق خلاف ابي يوسف ص او بصلاة لم
يجعله موليا وخالفه ش قال ابو يوسف اخرا اذا قال ان قربتك
فعلي صلاة ركعتين لا يكون موليا وقال محمد وهو قول ابي يوسف
الاول فر ينعقد ايلاء لانه علق بالقربان ما هو قربة فيصير موليا

كالحج والصوم وللامام وابي يوسف انه لا يلزم من التزام ركعتين
مشقة ممانعة من ابان الشرط فلا يصير موليا كما اذا حلف بصلاة
جنازة او تسبيحة او سجدة تلاوة ص او ان قربتك فكل عبد املكه
حرا والله لا اقربك حتى اعتق هذا او اطلق هذا لم يجعله موليا ش
قال ابو يوسف اذا قال لامراته ان قربتك فكل مملوك املكه فيما
يستقبل فهو حر او كل امراة اتزوجها فهي طالق لا يكون موليا وقال ابو
حنيفة ومحمد يكون موليا لابي يوسف انه يمكنه قربانها من غير شئ
يلزمه بان لا يملك عبدا ولا يتزوج امراة ولهما انه لا يمكنه قربانها الا بشئ
يلزمه وهو عتق عبد يملكه في المستقبل لانه لا يقدر ان يمتنع عن
جميع اسباب الملك وعلى هذا الخلاف لو قال لا اقربك حتى اطلق فلانة
او اعتق عبدي لابي يوسف انه يقدر على وطيها بغير شئ يلزمه
بان يبيعه ثم يطأها ولهما انه لا يتوصل الى الوطئ الا بالحنث
او البيع وانه مشقة ص او حتى اصوم شعبان وهو في رجب فهو
غير مول وبخلافه ان فانه صومه وجعله موليا في الحال واسقطه
بصومه او صوم بدله قبل انقضاء المدة ش قال ابو حنيفة اذا
قال في رجب لامراته والله لا اقربك حتى اصوم شعبان لا يكون
موليا لوجود الغاية في المدة ولو صام سقط الايلاء بلا خلاف
ولو فات صوم يوم من شعبان سقطت اليمين عند الامام لامكان
القربان من غير لازم وعند ابي يوسف يصير موليا من حين فات
الصوم لفوات الغاية وعند محمد يصير موليا من حين حلف فاخذ
بقول الامام في ان الغاية لا تمنع الانعقاد وانما يصير موليا الى
الآن

الآن لامكان البر واخذ بقول ابي يوسف في البقاء على غير المنصور
فكان هذا رجوعا منه الى قول ابي يوسف في الكون والصحيح
ان قوله مع الامام كما في عامة الروايات ولم يفرد لمحمد قول الا
في رواية ابي سليمان وانه غير صحيح قيل هو ابن الحسن الواسطي ص
او سنة الا يوما جعلناه موليا ان وجدت المدة بعد قربانها لا في
الحال ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك
سنة الا يوما لم يكن موليا وقال زفر يكون موليا لان الاستثنا
ينصرف الى اليوم الاخير كما في الاجارة ولنا انه يمكنه قربانها من غير
شئ يلزمه الا اذا قربها وقد بقي من السنة اربعة اشهر فصاعدا
فانه يصير موليا بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع جهالة المدة فوجب
صرف اليوم الى آخر السنة تصحيحا لما قصده من العقد والجهالة
في اليمين لا تمنع انعقادها فلم يتحقق الضرورة الى جعل ما ذكره
مجنيا وبخلاف قوله بنقصان يوم لان نقصان الشئ يكون من آخره
وعلى هذا الخلاف والله لا اقربك سنة الا مرة رجل قال لامراته
والله لا اقربك سنة تمضي اربعة اشهر فبانت ثم تزوجها ومضي
اربعة اشهر بانت فان تزوجها ثالثا لا يتبع لانه بقي من السنة بعد
التزوج اقل من اربعة اشهر بالساعتين اللتين تزوجها فيها
لكن ان قربها يلزمه الكفارة ص او ان قربتك فانت علي حرام
ينوي اليمين فهو موليا في الحال وقالا اذا قربها ش قال ابو حنيفة
اذا قال الرجل لامراته ان قربتك فانت علي حرام وينوي به اليمين
يكون موليا وقالا لا يكون موليا حتى يقربها لانه علق الايلاء بالقربان

فلا يصير متوليا قبله وللامام انه منع نفسه من القربان بما يصلح
مانعا فيكون متوليا للحال كما اذا عني به الطلاق ص ولو كرر اليمين
في مجلس واحد ثلاثا بغير نية او للتشديد دون التكرار حكم بتعدد
الايلا كاليمين ش قال محمد وهو قول ز فرا ذا قال الرجل لامراته
في مجلس واحد والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك ولم ينو
شيا او نوى التشديد ولم ينو التكرار وهو ثلاث ايلاآت وقال
ابو حنيفة وابو يوسف ايلا واحد استحسانا لمحمد ان الايمان ثلاثة
والايلاآت ثلاثة لان الايلا هو اليمين على عدم قربان المراة واعتبارا
بما لو فرق ذلك في ثلاثة مجالس اذ المدة متغايرة لان اربعة اشهر
ابتداوها بعد الفواتح من اليمين الثانية واربعة اشهر بعد الفراغ
من اليمين الثالثة فتغايرت المدد كما تغايرت في المجالس المختلفة
فيتعدد الطلاق بتعدد المدد هذا هو القياس ولها وهو الاستحسان
ان هذه الايمان متحدة الزمان حكما لاتحاد المجلس لان الشرع جعل
المجلس الواحد جامعا للمتفرقات ولولا ذلك لما انعقد من الجاب وقبول
لانها عرضان لا يبقى احدهما عند وجود الاخر ولا ارتباط الا بين موجودين
فكان القبول مقارنا للايجاب حكما واذا اتحد زمان هذه الايمان كانت
ثلاثة حتى انه قربها يلزمه ثلاث كفارات ويكون الايلا واحدا حتى انه
اذا لم يقربها حتى انقضت اربعة اشهر لا تطلق الا واحدة لان الطلاق
جزا الظلم بترك الفيئ في المدة ولم يوجد منه ذلك الا مرة واحدة فلا يلزمه
للجزا واحد بخلاف تعدد المجالس فتفاوت ازمنة انقضاء المدد
حقيقة وحكما فتعدد الظلم وهنا مدة اليمين الثانية عين مدة الاولى

حكما

حكما فلم يتعدد الجزا ولو نوى التكرار فالايمان ثلاثة اتفاقا ولو اختلف
المجلس تعدد الايلا اتفاقا فاذا حنث يلزمه ثلاث كفارات وان لم
يقربها طلقت عند مضي كل اربعة اشهر واحدة وجنس هذه المسئلة على
انواع ما يتعدد برا وحنثا وما يتحد برا وحنثا وما يتعدد برا ومتحد
حنثا وما يتعدد حنثا ويتحد برا والاصل في ذلك ان الايلا يوجب
البر طلاقا ويتعدد بتعدد المدة ويوجب في الحنث كفارة ويتعدد
بتعدد اسم الله تعالى مثال الاول قوله اذا جاء غد فوالله لا اقربك
اذا جا بعد غد فوالله لا اقربك فيتعدد الطلاق بتعدد البر والكفارة
بتعدد الحنث لاختلاف المدة حتى اذا مضت اربعة اشهر من الغد باتت
بتطليقة ثم اذا مضى يوم اخر باتت باخرى ولو قربها في المدة وجبت
كفارتان باعتبار تعدد الاسم ومثال الثاني قوله كلما كلمت واحدا
من هذين الرجلين فوالله لا اقربك فكلمها معا يعقد من حين تكلم
ايلا واحدا حتى لو مضى اربعة اشهر يقع طلقة ولو قربها في المدة لزمته
كفارة واحدة لاتحاد المدة والاسم وان كلمهما متعاقبا كان ايلاين في حق
الطلاق لاختلاف المدة ومثال الثالث قوله كلما دخلت هذه الدار
فوالله لا اقربك ودخلها ثلاث مرات في ثلاثة ايام متعاقبا تعدد برا
لا حنثا حتى لو تركها اربعة اشهر من الدخلة الاولى باتت فاذا مضى يوم
اخر باتت باخرى واذا مضى يوم اخر باتت بينونة كبرى وان
قربها بعد الدخلات في المدة وجبت كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد
الاسم ومثال الرابع قوله اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في
المجلس او في مجلس اخر اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلا واحد في حكم البر

لاتحاد المدة حتى اذا مضت اربعة اشهر من الغد بانت بتطليقه وان
قربها في المدة وجبت كفارتا د لتعدد الاسم ولا تفاوت بينهما ومن
مسئلة المنكوحة الان في احديهما بتجيز والاخرى تعليق ص وتجعل
المدة للامة شهرين ش قال علماؤنا اذا الى الرجل من امرأته الامة
فمدة ايلائه منها شهران وقال الشافعي اربعة اشهر لانها مدة ضربت لدفع
الضرر بترك الوطء وهو يوجب التسوية بين الحرة والامة في المدة كمدة
العنة ولنا انها ضربت للبينونة فتتنصف بالرق اظهارا لشرف
الحرية كما في العدة فمدة الحرة في الايلاء اربعة اشهر سواء كان زوجها حرًّا
او عبدا ومدة الامة شهران سواء كان زوجها حرا او عبدا وعند الشافعي الحر
والعبد والحرة والامة سواء وان اعتقت الامة في مدة الايلاء تحولت
مدتها الى مدة الحرائر لانها صارت حرة قبل البينونة فتعتبر بالحرائر بخلاف
العدة فانها اذا طلقت طلاقا بائنا ثم اعتقت لا تنتقل عدتها الى عدة
الحرائر وسياتي ص ويصح على الرجعية لا المبانة ش يصح الايلاء
من المطلقة الرجعية في العدة لا من المبانة لقيام الحل في الاولى
دون الثانية وان انقضت العدة قبل مضي المدة بطل الايلاء لفوات
المحل وينعقد اول مدة ايلائها من وقت اليمين وعند الشافعي من
وقت رجعتها فان قيل لاحق للمطلقة الرجعية في الجماع فلم يكن
الزوج مانعا حقها فينبغي ان لا ينعقد عليه ايلاء قلنا الحكم المنصوص
مضاف الى النص لا الى المعنى وهو من النساء من النص فيتعدد عليها
الايلاء ص واذا كان احدهما مريضا او مجبوبا او هي صغيرة او رتقاء
او بينهما مسافة اربعة اشهر فقال في المدة فئت اليها واستمر العدد

لسقط

لسقطه ش القادر على الوطء لا يكون فيه الا بالجماع في الفرج والعاجز
يكون فيئة بالقول مثل ان يكون مريضا او مجبوبا وعنينا او هي
مريضة او صغيرة او رتقاء او يكون بينهما مسافة لا يقدر
على ان يصل اليها في المدة او يكون باشره محتجمة في مكان لا يعرفه وعند
الشافعي في احد قوليه الاعتبار للفيء بالقول قيل واليه ذهب الطحاوي
لقوله تعالى فان فاؤا تفسيره في الحديث هو الجماع ولنا قول عمر وعلي
وابن مسعود في المريض باللسان ولان الظلم بالقول فرفعه به والفيء
بالقول مثل ان يقول في المدة فئت اليها او راجعتها او بطلت الايلاء
ص فان قدر على الجماع فيها لزمه الفيء به ش اي وشرط الفيء اذا تم
العجز حتى تمضي المدة حتى ان زال المانع فيها بطل الفيء ولانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل فتعين المصير اليه ص والا كان محترمًا
وبين ايلائه وتمام الحج اربعة اشهر فقالا بالقول ابطلناه ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا قال المحرم بالحج والله لا اقرب امرأتي وبين قوله
ذلك الا ان يتم الحج اربعة اشهر فصاعدا لا يجوز فيها الفيء باللسان حتى
اذا انتهت المدة ولم يفئ بالجماع بانت منه وقال زفر يجوز الفيء
باللسان في هذه المدة لثبوت عجزه عن الوطء شرعًا بسبب الاحرام
فصار كالعاجز بالمرض ولنا انه قادر عليه حقيقة واقامة الفيء باللسان
مقام الوطء حقيقة ثابت على منافاة الدليل لما مر الا انا الفيء
باللسان مقام حقيقة الوطء عند العجز عنه فلا يلزم ان يقام مقامه
عند القدرة عليه فالحاصل ان زفر يعتبره بالعجز الحقيقي ونحن
نقول القول خلف عن الفعل فلا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل

ولم يوجد ص او مريضا فلم يف به حتى انقضت فبانت ثم صح ثم
مرض فتزوجها ثم فآء به حيزه وابطله ش رجل آلى الى امراته
وهو مريض بان قال والله لا اقربك ابدا ولم يف اليها بلسانه حتى
انقضت مدة الايلآء فبانت ثم صح اياما ثم مرض فتزوجها ثم فآء اليها
في المدة بلسانه قال ابو يوسف انه يصح باللسان حتى لو مضت اربعة اشهر
من حين النكاح الثاني لا تبين منه لانه عجز عن الفيء بالجماع اما في زمان
الزوجية فظاهر للمرض واما في زمان البينونة فللمانع الشرعي
كالحيض مع الحيض وقال محمد وهو ظاهر المذهب لا يصح فيه باللسان
لانه قادر على الجماع حقيقة في بعض المدة فلا يصح الفيء باللسان
افيضي ما في الباب انه حرام وللحرمة من الشرع والوطء حقها
فيرجح حقها باذن الشرع لحاجتها واستغنايه كالموالي وهو محرم فانه
لا يكون فيئة الا بالوطء وان كان لا يقدر عليه الا بمعصية ص
او لنسايه الاربع لا اقرب احديكن قربنا الايلاء على واحدة ش قال
علماؤنا الثلاثة اذا قال لنسايه الاربع احداكن صار موليا من واحدة
منهن وقال زفر من كلهن حتى لو مضت المدة بانت بواحدة وله تعيينها
بعد مضي المدة ولو قرب احداهن حنث ولزمته الكفارة وسقط الايلاء
لوجود شرط الحنث وعند زفر اذا مضت المدة بن جميعا ولو قرب
واحدة بقي موليا من البواقي له استوا احداكن وواحدة ولنا ان
واحدة نكرة في سياق النفي فيقبل الوصف بالعموم بدليل صحة ادخال
كل على الاثر ي انه لو قال لكل واحدة منكن على درهم استثنينا وافاد
العموم فلذا تقيد اذا وقعت في معرض النفي بخلاف احدى فانها

معرفة

معرفة لاضافتها الى الضمير ولا يدخل عليها كلمة العموم الا ترى انه لو
قال لكل احديكن لم يستقم ولم يفد العموم فكذا لا تفيد اذا وقعت
في معرض النفي والخلاف في جانب البر والحنث جميعا ذكره الشيخ
رضي الدين في جواهره والصحيح ما ذكره المصنف لان بقا الايلاء ينبني
على بقا اليمين ولا بقا لليمين بعد الحنث ضرورة الا ترى ان الله قربانهن
من غير شيء يلزمه ص او لا اقربكن جعلناه موليا عليهن لانه على الرابعة
بعد وطي الثلاثة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال لنسايه وهن
اربع والله لا اقربكن فهو مول من الجميع وقال زفر لا يكون موليا حتى
يقرب ثلاثا منهن فيصير حينئذ موليا على الرابعة لانه يمكنه قربان
الثلاث بغير حنث لان شرط الحنث وطي الكل ولنا انه نصب الاظهار
بمن جميعا بمنع حقهن من الجماع فيكون موليا منهن جميعا كما لو قال
والله لا اقرب كل واحدة منكن على الانفراد وقوله بغير حنث الى
آخره قلنا بلى لكن كل واحدة منهن يحتمل ان يصير هي الرابعة فكان
الظلم متحققا وعلى هذا الخلاف لو قال لامراتيه لا اقربكما ص
او احديكما فمضت المدة بانت واحدة فاذا مضت مدة اخرى لا يحكم ببينونة
الاخرى ش اذا قال الرجل لامراتيه والله لا اقرب احداكما صار
موليا من احديهما بغير عينها لان احديهما للفرد وهو في معنى المعرفة
لاضافته اليهما فلم يعم وابتيهما قرب حنث وبطل الايلاء لعدم بقائه
بعد الحنث فان لم يقرب واحدة منهما حتى مضت المدة بانت احديهما
والبيان اليه لان الطلاق ينزل في المنكر لوجود شرطه فان لم تبين
حتى مضت مدة اخرى بانت الاخرى في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف

بائنين الاخري بانه ما الي الامس احديهما وللظاهر ان اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق احديهما بمضي المدة من غير في باقيا فاذا مضت المدة بانت احديهما وزالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الاخري لبقاء اليمين في حقها وتعليق طلاقها ص ويعتبر النية في انت حرام فان اراد الكذب او الظهار صدق او الطلاق كان بائنا او التحريم او خلا عن نية كان موليا وصرفه المتاخرون الي الطلاق من غير نية ش قال لامراته انت علي حرام ان اراد الكذب صدق في ظاهر الرواية لانه حقيقة كلامه وذكر الطحاوي والكرخي انه لا يصدق في القضا لان ذلك يمين ظاهر وان اراد الظهار فهو ظهار لان فيه نوع حرمة وفي ظاهر الرواية ليس بظاهر لعدم التشبيه بالمحرمة وان اراد الطلاق فهي واحدة بائنة الا ان ينوي الثلاث كسائر الكنايات واراد التحريم اولم ينو شيئا فهو ايلا لان الاصل في تحريم الحلال اليمين وان اصل اسباب الحرمة اليمين وعند المتاخرون من مشايخنا بدون النية يقع طلقة بائنة للعرف والذي اذا قال لامراته وابنته لا افربك صار موليا عند الامام خلافا لهما وبالقربان تلزمه الكفارة بالاتفاق وان قال ان قربتك فعبدي حر وامراتي الاخري او هذه طالق كان موليا وان قال ان قربتك فعلي الصوم او الصلاة او الحج لا يكون موليا لانه ليس من اهل ذلك **فصل في الخلع** الخلع لغة هو النزع والفصل يقال خلع نعله خلعا وخلع ثوبه اي نزعه وخالعت المراة زوجها اذا افتدت بنفسها منه بمال وخالعها وتخالعا تشبيها لفراقهما بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس للاخر قال تعالي هن لباس

لكم

لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع عبارة عن اخذ المال بازاء ملك النكاح بالخلع وهو في الحقيقة الشرعية بضم الخاء وفي اللغوية بفتحها كما ان ازالة قيد النكاح بالطلاق وغيره بالاطلاق وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهة الزوج معاوضة من جهة المراة وهو يفتقر الي الايجاب والقبول لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالي فلا جناح عليهما فيما افتدت به واما السنة فقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم وان ملك النكاح حقه فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص وذكر القدوري في مختصره اذا نشأ الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي المراة نفسها منه بمال يخلعها به اخرجه مخرج العادة لا مخرج الشرط واراد بالخوف العلم والتيقن به لانه يراد به العلم قال الشاعر

اذا مت فادفني الي جنب كرمة ... تروي عظامي بعد موتي عروقها

ولا تدفنني بالفلاة فانني ... اخاف اذا ما مت ان لا اذوقها

اي اني اعلم واتيقن ولهذا رفع الفعل بعد ان والشقاق الاختلاف والمخاصمة مشتق من الشق وهو الجانب كان كل واحد منهما ياخذ شقا خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالي ما يلزمهما من موجب الزوجية ص اذا افتدت المراة نفسها بمال يخلعها عليه فتعلق وقعت طلقة بائنة ولزمها المال ش اذا وقع بين الزوجين شقاق وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي المراة نفسها بمال يخلعها به لقوله تعالي فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي ان خفتم ترك اقامة الزوجين

مايلزمهما من مواجب النكاح فلا اثم عليهما فيما اخذ الرجل وفيما افتدت
المراة وذكر الافتداء ترشيح لانه عليه السلام سمي النساء اسارى وارقاء
في قوله اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان والعاني الاسير
وفي قوله لنساكم ارقاءكم فاتقوا الله في ارقائكم وترك الخلع اولى لان
الطلاق ابغض المباحات عند الله وعن ثوبان عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال المختلعات هن المنافقات وعنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ايما امراة سالت زوجها الطلاق من غير باس
فحرام عليها رايحة الجنة والخلع يفتقر الى الايجاب والقبول لانه
تعليق الطلاق بقبولها المال وهو طلاق بائن لقوله عليه السلام الخلع
تطليقه بائنة وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وعثمان بن عفان
موقوفا ومرفوعا وبه قال الحسن وابراهيم النخعي وعطا وسعيد بن
المسيب وشريح والشعبي ومجاهد ومكحول والثوري ولانه كناية فيقع
به البائن كامر ولا يحتاج الى نية اما لدلالة الحال او لانه لم يرض
ببدل المال الا بمقابلة ملك نفسها بالخروج عن قيد نكاحه وذلك بالبينونة
وانما يلزمها المال لان الزوج لم يرض بخروج البضع عن ملكه الا به
وهو جور الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كحق القصاص والخلع من جانب
الزوج تعليق للطلاق بقبولها فيكون يمينا فلا يصح رجوعه عنه ولا يخص
بمجلس ويصح مع غيبتها فاذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها
ويصح تعليقه بالشرط والاضافة الى وقت لقوله اذا قدم فلان او جاء غد
فقد خالعتك على الف ولها الخيار في القبول اذا وجد الشرط والوقت
ومن جانب الزوج تمليك بعوض كالبيع فيصح رجوعه عنه قبل قبوله
ويبطل

ويبطل بقيامهما من المجلس ولا يتوقف حال غيبته ويجوز تعليقه
منه بشرط واضافته الى وقت ص ولم يجعله فسخا ش قال علماؤنا
الخلع طلاق بائن وعند الشافعي في القديم انه فسخ لا ينتقص به عدد
الطلاق حتى اذا تخالعا مرارا يعقد النكاح بينهما بغير تزوج زوج
ثان ووجهه قول ابن عباس الخلع فسخ ولانه في اللغة الازالة والفصل
والنكاح يحتمل الفسخ كما في خيار العتق والبلوغ ولنا ما روينا ولانه
ابطال ملك النكاح من الزوج فكان طلاقا بخلاف خيار العتق والبلوغ
لان المرقة مضافة الى اختيارها نفسها في خيار العتق فلم يكن
طلاقا والى قضا القاضي في خيار البلوغ وهو لا يملك التطليق على الغير
الا بالتوكيل او انابة الشرع دفعا للظلم ولم يوجد شيء منها فلم
يكن طلاقا وقد رجع ابن عباس الى قول الجماعة ذكره صاحب المبسوط
ولو قضى القاضي بكون الخلع فسخا قيل ينفذ وقيل لا ينفذ ص فان
كان هو الناشز كره له اخذ العوض او هي فان ياخذ اكثر مما اعطاها ش
اذا كان النشوز من الزوج كره له ان ياخذ منها شيئا لقوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الاية ولانه اوحشها بقصد
الاستبدال فلا يزيد على اتحاشها باخذ المال ولو اخذ الزيادة
ولو اخذ الزيادة جاز لاطلاق قوله تعالى فلا جناح عليهما الاية ص
او هي فان ياخذ اكثر مما اعطاها ش اي وان كان النشوز من الزوجة
لا يكره له اخذ العوض لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به
ويكره له ان ياخذ ما زاد على ما اعطاها في رواية الاصل ووجهها ما روي
ان امراة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت لا انا ولا

ثابت فقال هل تزوجين عليه حديقته وكان تزوجها على حديقة فقالت
نعم وزيادة فقال عليه السلام اما الزيادة فلا وقال لثابت خذ
ما سقت اليها ولا تزدد وخل سبيلها فتعمل واخذ الحديقة وذكر في الجامع
الصغير اذا كان النشوز من قبلها طاب له الفضل لاطلاق قوله تعالى فلا
جناح عليهما فيما افتدت به ولانه صلح فلا يكره بأي بدل تصالحا عليه وقد
ترك العمل به في حق الاباحة لمعارض وهو قوله عليه السلام اما الزيادة
فلا سقى معمولا به في الباقي وهو الصحة فان قيل النهي عن الافعال
الحسية يقتضي عدم المشروعية فكيف يصح اخذه بعد النهي قلنا النهي
ورد لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا ينافي المشروعية
كالبيع وقت النداء وهذا لانه تصرف في خالص حقها باختيارها
توجب القول بصحته لتصرف العاقل وتوفيقا بين النصوص ص
ولو خالع بشرط الخيار لنفسه بطل اولها فهو جايز ش اذا قال
لامرأته خالعتك على الف درهم على اني بالخيار ثلاثة ايام فهو باطل
بالاجماع لانه من جانبه يمين ولهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه من
المجلس ويتوقف على ما وراء المجلس فلم يصح منه شرط الخيار كان اليمين
تصرف لازم واما اذا شرط الخيار لها بان قال خالعتك على الف على
انك بالخيار ثلاثة ايام فقبلت قال ابو حنيفة صح فان ردت الخيار
في المدة بطل الخلع وان لم ترد حتى انقضت المدة وقع الطلاق ولزمها
المال وقالا لا يصح خيارها ايضا فيقع الطلاق عليها ويلزمها المال بالشرط
لان الموجود من جانبه تعليق الطلاق بقبول الالف وهو في معنى
اليمين لما قلنا والموجود من قبلها ليس الا القبول وهو شرط الحنث

ولابي

وكل منهما غير قابل للخيار لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد والمنع من الانعقاد
وكل من المتصرفين لا يحتمل الفسخ من الجانبين وللامام ان الخلع من جانبها
مبادلة والخيار يجري في المبادلات لاحتمالها الفسخ ولهذا يصح فيه الرجوع
ويبطل بالقيام عن المجلس ولا يتوقف على ما وراء المجلس ولا يصح
تعليقه بالخطر بخلاف الخيار من جانبه لانه يمين على ما بينا والعقود
ثلاثة لازم لا يحتمل الخيار لكونه غير محتمل للفسخ كالنكاح والطلاق
وغير لازم فلا يثبت فيه الخيار كالوكالة ولازم يحتمل الفسخ كالبيع
فيجري فيه الخيار ص ويلحق به صريح الطلاق ش قال علماؤنا المختلعة
يلحقها صريح الطلاق في العدة خلافا للشافعي له انها متعلقة النكاح
فلا يلحقها صريح الطلاق ولنا قوله عليه السلام المختلعة يلحقها
صريح الطلاق ما دامت في العدة ولان الطلاق رفع قيد ملك النكاح
وملك النكاح قايم بقيام آثاره من المنع من الخروج والتزوج بزوج
آخر وغير ذلك وكانت محلا للطلاق واللحوق باعتبار انها معتدة من
نكاح لا باعتبار انها منقطعة النكاح والخلاف في الحقيقة متفرع
على ان الخلع طلاق او فسخ ص ولو طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق
ولزمها المال لان لها ولاية التزام المال وهو منفرد بالايقاع ويكون
بائنا لانه ملك البدل فتملك هي المبدل ص وان بطل العوض فيه كان
رجعيا وفي الخلع كان بائنا ولا شيء له ش اذا طلق الرجل المسلم امرأته
على حر او خنزير او ميتة بطل العوض وكان الطلاق رجعيا وان خالعها
على ذلك بطل العوض وكان الطلاق بائنا ولا شيء للزوج اما الاول
فلانه صريح واما الثاني فلانه من الكنايات وانما جاز الطلاق والخلع على

ما لا يحل ما ذكرنا ووقوع الطلاق لوجود الشرط وانما لا يجب عليها شيء لانها
لم تكره بخلاف ما اذا غرته بان قالت خالعني على هذا الخل فاذا هو خمر فعليها
ان ترد المهر المأخوذ في قول الامام وعندهما عليها مثل كيل ذلك من خل وسط
ذكر الخلاف شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولكن قول محمد فيما اذا
ظهر العبد حرا مثل قول الامام ص وجوز الخلع بما يمهر به س كل ما جاز
ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان كلا منهما عقد على البضع ولا يرد
جواز تسمية ما دون العشرة في الخلع لان المهر ورد فيه التقدير ولم يرد
في الخلع ص فان قالت على ما في يدي وهي صغر فلا شيء له او من مال
ردت المهر س اذا قالت له خالعني على ما في يدي ففعل صح وله ما في
يدها وان لم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لعدم الغرور بتسمية
المال والرجوع بالغرور وكلمة ما عامة تشمل ماله قيمة وما ليس له
قيمة وعلى هذا اذا اختلفت على ما في هذا البيت فلم يكن شيء في تلك
الساعة لا يرجع عليها بشيء وان كان شيء فله ذلك لارتفاع الجهالة بالاشارة
الى المحل وفي النكاح يجب مهر المثل لان البضع متقوم عند الدخول
وان قالت على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لانها غرته بتسمية المال وانه مجهول فيرجع الى البدل الاصلي وان اختلف
على ما في بيتها من متاع فان كان فيه في تلك الساعة متاع فله ذلك وان لم
يكن فله الرجوع عليها بالمهر التي ساقه اليها لانها غرته بذكر المتاع وانه
اسم لما هو متقوم منتفع به ص او من دراهم لزمها ثلاثة س اختلفت
على ما في يدها من دراهم ذكرتها او عرفتها فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة
دراهم لانه ادنى جمع صحيح ومن للصلة دون التبعيض لان الكلام يحتمل لانها

بخلاف

بخلاف قولها ما في يدي من الدراهم الا ثلاثة فهو صدقة وفي يدها
اربعة او خمسة حيث يلزمها لتصدق بالباقي لانه يصح بدون من فكانت
للتبعيض وان كان في يدها دون الثلاثة تؤمر بانمامها لتسمية الجمع
بخلاف تزوجها على ما في يده من الدراهم وفيها اقل من عشرة حيث
يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع للاموال والبدل الاصلي فيه مهر المثل
فلا يعدل الى غيره الا اذا صحت التسمية من كل وجه ص او طلقني ثلاثا بالف
فطلقها واحدة فثلثها س قالت له طلقني ثلاثا بالف درهم فطلقها
واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الالف لان البائن يقابل الاعواض والعوض
ينقسم على المعوض وانما كان الطلاق بائنا لوجوب المال بخلاف البيع حيث
لا يجوز فيه ان تقبل في البعض لانه يبطل بالشروط الفاسدة وهو ابطل
بها لقبوله التعليق بالشروط وبالاختيار وهو الفرق بينهما ص او على
الف فوجد فالطلاق رجعي بغير شيء وقالا بائن بثلثها س وان
قالت على الف والمسئلة بحالها قال ابو حنيفة تقع واحدة رجعية
بغير شيء وقالا تقع واحدة بائنة بثلث الالف كالمسئلة الاولى لان
على تصحب الاعواض كما يقال احمل هذا المتاع بكذا او على كذا واقرب
منه انها لو قالت له طلقني وفلانة على الف فطلقها واحدة كان عليها
حصتها من الالف وللامام ان على للاستعلاء وضعا فاذا تعذر فللوجوب
فاذا تعذر فللشرط مجاز المناسبة بين الشرط والوجوب من حيث
اللزوم ومنه قوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي
لشرط ان لا يشركن ولو قال لها انت طالق على ان تدخلي الدار كان
شرطا وامكن العمل به في الطلاق لانه يقبل التعلق بالشرط بخلاف

البيع والاجارة لانها لا يقبلان فجعل مجازا عن الاباء واذا كانت على
للشرط فلا يتوزع المشروط على اجزاء المشروط لان المعلق بالشرط لا يوجد
الا عند استكمال الشرط لانه علامة على وجود الجزاء كاشتراط الساعة
فكان الكل علامة واحدة فلا يوجد الجزاء بدونه فيقع رجعيا لانه ضرب
خلي عن العوض بخلاف المستشهد به لانها اعراض لها في طلاق فلانه يجعل
ذلك كالشرط منها ولها غرض صحيح في اشتراط ايقاع الثلث على نفسها فوقع
الفرق وقال الغزالي قول ابي حنيفة على للشرط حتى لا يتوزع على
المشروط خيال فانها تستعمل للعوض وهذا ترك ادب وقصور فهم منه
عن مدرك الاحكام ص او طلقي نفسك ثلاثا بالف او علي الف فطلقت
لم يقع شيء ش قال طلقي نفسك ثلاثا بالف او علي الف فطلقت
واحدة لم يقع شيء لانه لم يرض بالبينونة الا بالف بخلاف
المسئلة الاولى لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ارضى بثلث
الالف ص او طلقني بالف فثلث فهن واقعات بغير شيء والزماها
الثلث ش قال ابو حنيفة اذا قالت المراة لزوجها طلقني واحدة
بالف او علي الف فطلقها ثلاثا ولم يذكر الالف طلقت ثلاثا مجانا
وقالا تطلق ثلاثا واحدة بالف وثنتين بغير شيء وهذا الخلاف
بنا على انه لا يصح جوابا عنده ويصح عندهما على ما بين في مسئلة طلقي
نفسك بواحدة فثلث ولو قالت طلقني ثلاثا على الف ولم يبق
من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة لزمها الالف لانها التزمته بازاء
الحرمة الغليظة ص ولو اجابها بانت طالق ثلاثا بالف او عليها
فهو متوقف على قبولها ش قال ابو حنيفة اذا قالت له طلقني واحدة
بالف

بالف او عليها فقال انت طالق ثلاثا واثنتان بالف او عليها توقف على
قبولها ان قبلت جاز والا بطل وقالا تقع الثلاث واحدة بالف واثنتان
بغير شيء لانه اتى بما طلبت وزيادة وللامام ان كلامه لم يخرج جوابا
بل ابتداء كلام فيتوقف على القبول وحكي عن كل منهما انه رجع الى قول
الامام لانه زاد على حرف الجواب فتعذر جعله جوابا عن البعض ص
او انت طالق وعليك الف فهي طالق بغير شيء واوقفاه على قبولها ش
قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامراته انت طالق وعليك الف تقع
للطلاق ولا يلزمها شيء سواء قبلت ام لم تقبل وقالا ان قبلت يقع الطلاق
ويلزمها المال والا لم يقع شيء لان مثل هذا الكلام يستعمل في المعاوضات
يقال احمل هذا المتاع ولك الف درهم فانه بمنزلة قوله بدرهم وكما
في البيع خذ هذا العبد وعليك الف درهم وللامام ان الواو يعطف
الجملة على ما قبلها والاصل في الافراد كل جملة بنفسها والاتصال بعارض
والدلالة هنا على الانقطاع لان الاصل في الطلاق ان يقع بغير عوض
فكانه ابتدا طلاقها وادعى عليها مالا بخلاف البيع والاجارة لانهما
لا ينعقدان عن المال ص او علي عبدي هذا فقبلت او قضاه من
غير لزوم قيمة ش قال علماؤنا الثلاثة اذا قال لها انت طالق
علي عبدي هذا فقبلت وقع الطلاق بغير شيء وقال زفر يلزمها
قيمة العبد لانه سمي ما هو مال وعجزت عن تسليمه فيلزمها قيمته
ولنا ان التسمية باطلة اذ لا يتصور تسليم المسمى وعبد الغير يمكن
تسليمه عند الاجازة ص ولو اختلعت وهي مريضة على مال اعتبر ثلثه
من الثلث ش قال علماؤنا الثلاثة اذا اختلعت المراة في مرض موتها

يعتبر من ثلث مالها وقال ز فر يعتبر ذلك من جميع مالها لان البضع
بعد ما لا عند الدخول فكذا عند الخروج لان الخارج غير الداخل ولنا
انه لا قيمة للبضع عند الخروج لانه اسقاط ملك لا يملك ولا هو من الحوائج
الاصلية فكان كالوصية وهذا اذا ماتت بعد العدة او كانت غير مدخول
بها لانقطاع النكاح وعلايقه اما اذا ماتت في العدة او كانت مدخولا
بها فله الاقل من بدل الخلع ومن ميراثه ان خرج من الثلث والا فله
الاقل من الميراث والثلث ص والمبارأة والخلع يسقط بهما حقوق
النكاح من الجانبين واسقط بهما سماه ويوافق الاول في الاول والثاني
في الثاني ش قال ابو حنيفة المبارأة بالهمزة وتركها خطا والخلع متساويان
في ان كلا منهما يسقط كل حق لكل منهما على الآخر مما يجب بالنكاح كالمهر والنفقة
الماضية وانما قيدنا بالماضية لان للمبارية والمختلعة النفقة والسكني
في العدة ولو اختلعت على البراة من النفقة والسكني صحت البراة
عن النفقة دون السكني لان النفقة حقها والسكني حق الشرع
والابراء عن النفقة الماضية في ضمن عقد الخلع تبعا حتى لو اسقطت نفقتها
بعد الخلع بابرا الزوج عنها لا يصح لانها صارت مقصودة بالاسقاط فلا يكون
الا بعد وجوبها وهي تجب شيأ فشيأ ولو ابراته عن مونة السكني بان سكنت
في بيت نفسها والتزمت مونة السكني صح ذلك ولو باراها او خالعها
بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه دعوى
في المهر مقبوضا كان او غير مقبوض قبل الدخول او بعده وقال محمد لا يسقطان
الا ما سماه من النكاح لان هذين اللفظين فعلا كناية عن الطلاق
لتعذر العمل بحقيقتهما فلا يسقط بهما الا ما اشترط اسقوطه ولهذا لا تسقط
بها

بها نفقة العدة مع كونها متعلقة بالنكاح واضعف من المهر وقال ابو يوسف
المبارأة يسقط بها جميع حقوق النكاح كما قال الامام والخلع لا يسقط به
الا ما سماه كما قال محمد لان المبارأة مفاعلة تقتضي البراة من الجانبين مطلقا
الا انا قيدنا ذلك بحقوق النكاح لدلالة الغرض واما الخلع فالمفهوم
منه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا حاجة اليه في سائر الاحكام
وللامام ان المبارأة تقتضي برآة كل منهما عن الآخر فتثبت البراة مطلقة
ولا تتقيد بالمسمى وانما تقيدت بالحقوق الواجبة بالنكاح لدلالة غرض
الزوجين من المبارأة والخلع في معنى المبارأة لانه النزع والنزع لا يكون
الا بالفصل والفصل لا يكون الا بانقطاع جميع الحقوق الواجبة
بالنكاح عملا باطلاق اللفظ ولو قال لها خالعتك فقبلت تبع الطلاق
والبراة ان كان عليه مهر والا وجب عليه ر د ما ساق اليها من المهر
لان المال مذكور بذكر الخلع عرفا والطلاق على مال لا يوجب البراة
عن الحقوق المتعلقة بالنكاح في ظاهر الرواية لان لفظ الطلاق
لا يدل على اسقاط الحق الواجب بالنكاح وروي الحسن عن الامام
انه يوجب لاتمام المقصود فروع ممة وان خالع الاب صغيرته
بمالها لم يجز عليها اما في حق وجوب المال فظاهر لان الخلع على مالها
كالتبرع به لكونه مقابلا بما ليس بمال ولا متقوم وهو منافع البضع
لانها لا قيمة لها حالة الخروج ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث
بخلاف نكاح المريض وكذا لو قبلها الصبي لا يضمن لزوجها شيأ من منافع
بضعها والاب يملك التبرع بمالها واما في حق وقوع الطلاق فعن ابي
حنيفة روايتان وقول لم يجز عليها يحتمل وجهين احدهما ان لا يتبع

الطلاق بقبول الاب لان الاب لما لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا
مع البنت كانه خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة اذا خالع عنها
الاجنبي والثاني انه لم يفد في حق وجوب المال فقط ويقع الطلاق
بقبول الاب وهو الاصح ذكره في المنتقى ووجهه انه علقه بقبول
الاب فيكون كتعلقه بسائر افعاله ولا يلزم من عدم وجوب المال عدم
وقوع الطلاق الا ترى ان الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يجب به شيا
قال في العمادية وذكر صدر الاسلام اذا خالع ابنته الكبيرة على صداقها
وضمن فان كان باذن المراة اولم يكن باذنها لكن بلغها الخبر فاجازت
فالخلع جايز ويبرا الزوج عن المهر سواكان قبل الدخول او بعده
وان لم تاذن بذلك ولا اجازت بعد ما بلغها الخبر فالخلع والطلاق
واقع لانه متعلق بقوله وترجع على الزوج بنصف المهر ان كان قبل
الدخول وبالكل ان كان بعده والزوج يرجع بذلك على الاب بحكم
الضمان وكذلك الجواب لو كان مكان الاب اجنبيا لانه ليس للاب
ولاية الخلع فكان كالاجنبي وكذلك لو خالع الاب او الاجنبي مع الزوج
على نفقتها وهي صغيرة او كبيرة ولم تاذن ولا اجازت نفذ الخلع فالخلع
جايز والطلاق واقع وتجب النفقة على الزوج ثم هو يرجع على
الاب او الاجنبي لو كان المخالع سبب الضمان انتهى **فصل**
في الظهار هو مصدر ظاهر يظاهر وهو في اللغة مقابلة
الظهر بالظهر لان الزوجين اذا كان بينهما شحنا يجعل كل واحد منهما
ظهره الى ظهر الاخر وفي الشرع تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه
التابيد وكل من جاز طلاقه جاز ظهاره اذا كان من اهل حلفه وصادف

محله

محله فلا يصح ظهار الصبي والمجنون ولا المراة حتى لو قالت لزوجها انا عليك
كظهر امك لا يكون ظهارا ولان الظهار من مباينة في العدة لانها لم يبق محلا
للظهار لان حكم الظهار الحرمة وهي لم تبق محلا للتحريم ولام امته وام
ولده ومكاتبته كالطلاق وشرطه ان يكون الرجل من اهل الكفارة حتى
لا يصح ظهار الذمي والمراة منكوحة وركنه قول الرجل انت علي كظهر امي
او ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجود الكفارة وهو كان
طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت
بالكفارة **ص** اذا ظاهر من امراته بان شبهها او عضوا منها يعبر به
عنها او جزوا شايعا بعضو يحرم عليه النظر اليه ممن يحرم عليه نكاحها
مؤبدا فقد حرم عليه وطيها بدواعيه الى ان يكفر فان اقدم قبله
استغفر الله تعالى **ش** اذا شبه امراته او عضوا منها يعبر به عنها
او جزوا شايعا منها بعضو يحرم عليه النظر اليه ممن يحرم عليه نكاحها
على التابيد بان قال انت او راسك او نصفك على كظهر امي او بطنها
او فخذها او فرجها يكون مظاهرا اما ذكر للمراة فلانه
الاصل في الظهار واما ذكر الراس والجزء الشايع فلما قلنا في الطلاق
وهذا هو الشروط في جانب المشبه واما كون المشبه به عضوا من
هذه الاعضا ونحوها ثلاثة ما يحرم عليه النظر اليه على التابيد
والظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرم وهذا المعنى يتحقق في هذه الاعضا
وهو الشرط في جانب المشبه به وما ذكره الماوردي في الحاوي عن
الامام ان ما لا يجي بفعله يصير مظاهرا بالتشبيه به وما يجي به بعد
فعله لا يصير مظاهرا بالتشبيه به غلط وليس بمدرك فان بعد زوال

الراس لا يجيء قطعا مع انه لا يصير به مظاهرا ويقطع فخذها جاز ان يجيء به مع انه يصير به مظاهرا ولو ذكر عضوا لا يعبر عن جميعها بان قال
يدك او رجلك علي كظهر امي لا يكون ظهارا لما قلنا في الطلاق ويستوي
في ذلك الام والاخت والخالة والعمة من نسب او رضاع او مصاهرة
لوجود تشبيه المحللة بالمحرمة على التابيد ولا يحتاج صريح الظهار
الى النية فيما ذكرنا كالطلاق وان شبه بامراة زنى بها ابوه او ابنه
قال محمد ليس بظهار لان حرمتها مجتهد فيها فلا يلحق بالمنصوص عليه
وقالا ظهار لانها منصوص عليها بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم وعلى هذا
الخلاف لو حكم حاكم بجواز نكاحها نفذ عند محمد لانه صادف محلا مجتهدا
فيه وعندهما لم ينفذ لانه خالف النص ولو قبل اجنبية بشهوة او
نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا
عند الامام لان الوطي منصوص عليه وهذا الحق به بضرب اجتهاد وقال
ابو يوسف يكون مظاهرا لان حرمتها منصوص عليها بقوله عليه السلام
من نظر الى فرج امراة حرمت عليه امها وبنتها والاصل في ذلك
حديث خولة او ابنة مالك ابن ثعلبة وقيل بنت حويله امراة
اوس ابن الصامت راها وهي تصلي وكانت حسنا فلما سلمت دعاها
اليه فابت فغضب وقال لها انت علي ظهر امي فقال ما اطيك الا قد
حرمت علي فقالت والله ماذاك بطلاق فجات الى النبي صلى الله عليه
فقالت يا نبي الله ان اوسا تزوجني وانا شابة غنية ذات مال
واهل حتى اذا اكل مالي وافنى شبابي وتفرقت اهلي وكبرسني ظاهر
مني فقال عليه السلام حرمت عليه فقالت اشكوا الى الله فاقتي ووحدتي

وقد طالت

وقد طالت صحبتي وتقضت له بطني وكلما اعاد النبي صلى الله عليه وسلم
القول ازدادت شكوى الى الله وروي انها قالت ان لي صبية صغارا ان
ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا اللهم اني اشكوا اليك اللهم انزل
على لسان نبيك منعشي رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي الوحي كما كان
يتغشاه فلما سري عنه قال يا خولة ان الله قد انزل فيك وفي اوس
قرانا وتلى قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الاية
ومن النظران الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا حيث شبه
من هي في اقصى غايات الحل بمن هي في اقصى غايات الحرمة فناسب ان
يجازى عليها بالحرمة التي ترتفع بالكفارة واذا حرم الوطي حرم بدواعيه
تحرزا عن الوقوع فيه كما في الاحرام والاعتكاف والاستبراء بخلاف الحا
والصايم فانه يكثر وجودها فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ويحل
للمظاهر وطيها حتى يكفر لقوله تعالى والذين يظهرون من نسايهم
ثم اقدم عليه قبل التكفير استغفر الله تعالى ولا شيء عليه لقوله
عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل التكفير استغفر الله تعالى
ولا تعد حتى تكفر ولو وجب شيء اخر لبينه ص ولانه تبره من ذمي ش
قال علماؤنا لا يجوز ظهار الذمي خلافا للشافعي وهذا بناء على ان حكم
الظهار عندنا حرمة موقتة بالكفارة والكافر ليس باهل لها لانها
عبادة والكافر ليس باهل لاديها وعنده حكمه حرمة مطلقة والكافر
من اهل الحرمة المطلقة ولا ينبغي للمراة ان تدعه يقربها لان حكمه
حرمة موقتة بالكفارة ولها ان تطالبه ويجبره الحاكم على الكفارة
لانه الحق بها ضررا فكلف رفعه ص ولفسد العود الموجب للكفارة

بالعزم على الوطي لا بالامساك ش قال علماؤنا العود الذي تجب به
الكفارة هو العزم على وطي المظاهر منها حتى لو اراد ان يجامعها يلزمه
ان يقدم الكفارة عليه وقال الشافعي العود هو امساكها عقيب الظهار
حتى لو اراد ان لا يطلقها يلزمه الكفارة لان عندنا حكم الظهار حرمة موقتة
بالكفارة فبالظهار هو عازم على ترك وطيها مدة فكان بعضه بالعزم
على امساكها نكاحا وان عزم على ان يطلقها ثم بدا له ان لا يطلقها سقطت
الكفارة فلها تجب غير مستقرة ولهذا يسقط بموته او بموتها وقال
الشافعي اذا سكت عن طلاقها عقيب الظهار استقرت الكفارة لان
سبب وجوبها قد تقرر وهو الظهار مع العود فيتقرر حكمه وهو وجوب
الكفارة ولنا ان العود لم يتقرر لانه العزم على الوطي والعزم
لا يتقرر الا باتصال الفعل به ولم يوجد تقرر السبب فلا يتقرر
الحكم والكفارة تجب بالظهار والعود جميعا لانه تعالى علق الكفارة
بالظهار والعود جميعا وقيل يجب بالظهار والعود شرطه بدليل
اضافة الكفارة الى الظهار لا الى العود وقيل بالعكس كالطهارة
وتجب بارادة الصلاة وشرطها الحدث قال السروجي وهذا مشكل
فان ثمة اذا كان للحكم سبب وشرط يتكرر الحكم بتكرر سببه وقد تكرر
شرطه والامر هنا كالعكس على ان الطهارة في الشريطة ليست كالحدث
فان وجوب الطهارة لا يتكرر بتكرر الحدث واجيب بان الحكم قد يتكرر
بتكرر الشرط فان اتحد السبب حقيقة كالخراج يتكرر بتكرر الحول وان
اتحد السبب وهو المرض واعلم ان ما قاله الشافعي غير ظاهر من وجهين
احدهما ان الظهار لم يوجب تحريما لعقد حتى يكون العود امساكها

والثاني

والثاني ان ثم للتراخي وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن
طلاقها وهذا بعيد لا يفهم من لفظ الوصل اصلا ص وان قال مثل امي
فان نوى الكرامة صدق او الظهار كان ظهارا او الطلاق فبائنا وان
لم ينو فليس بشيء وجعله ظهارا ش ولو قال انت علي مثل امي او كامي
فهو كناية يرجع فيه اليه فان قال اردت الكرامة او الظهار فهو كما نوى
لانه محتمل فينوي وان اراد الطلاق يقع واحدة بائنة كانه قال انت علي
حرام وان لم يكن له نية فهو على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان
التشبيه يختص بالظهار وعن ابي يوسف انه يكون ايلاء لانه متيقن
اذ هو ادنى وللامام ان كلام العاقل لا يحمل على ما لا يحل شرعا ولانها كانت
محللة فلا تحرم بالشك والكرامة أدنى ولو نوى التحريم لا غير قال
الصدر الشهيد يكون ايلاء بلا خلاف لانه لما نوى التحريم صار ملحقا بما
لو قال انت علي حرام كامي ولم ينو شيئا او نوى التحريم وقال قاضي
خان الاصح انه ظهار عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ص
وانت حرام كظهر امي بنية الطلاق او الايلاء فهو ظهار وقالا يحمل على
ما نوى ش قال ابو حنيفة اذا قال انت علي حرام كظهر امي يكون ظهارا
وان نوى غيره للتصريح به وقالا ان نوى طلاقا فكان طلاقا لان اول
كلامه طلاق واخره مؤكد له وللامام ان اخر كلامه محكم في الظهار واوله
محتمل له والطلاق ينحمل المحتمل على المحكم وان نوى ايلاء ذكر في شرح
الجامع الصغير لابي بكر الرازي والصدر الشهيد انه يكون ايلاء لوجود
المصرح بلفظة الحرمة وانها تحتمل ما نوى وليس ذلك في ظاهر الرواية
ص وانت علي كظهر امي كان ظهارا من واوجبوها بعد دهر ش

قال علماونا اذا قال لنسايه الاربع انتن علي كظهر امي يكون مظاهرا منهن
جميعا ويلزمه اربع كفارات وقال مالك يكفيه كفارة واحدة لانه
ايجاب واحد كقوله والله لا اقربنك ولنا ان الكفارة في الظهار لانها
الحرمة وقد تثبت الحرمة في حق كل واحدة بخلاف الايلا لان
وجوبها بعتك حرمة اسم الله تعالى وانه واحد نظر مالك الى جهة الوجوب
وسببه واحد ونحن نظرنا الى محل الوجوب لان الظهار مضاف اليهن
كاضافة الطلاق والمحل متعدد وان ظاهر من امراة واحدة مرارا
في مجلس او مجالس فعليه لكل ظهار كفارة كما في تكرار اليمين ولانه
لا يطابق في الحرمة ص وان ظاهر ثم ارتدا واسلما معا او هو ثم
اسلم وجدد نكاحه فهو باق ش قال ابو حنيفة اذا ظاهر الرجل
من امراته ثم ارتدا معا والعياذ بالله تعالى ثم اسلما معا او ارتد هو
وحده ثم اسلم وجدد النكاح فظهاره باق حتى لا يحل له قربانها
الا بالكفارة وقالا بطل الظهار وهو رواية عن الامام فيحل لها قربانها
لان المرتد ليس من اهل حكمه وللامام ان الحال حال بقا الحكم وهو
الحرمة والكفر ليس بمضاد للحرمة ولهذا الكفار يخاطبون بالحرمات
وان لم يسلم بطل الظهار لان الحرمة لا تتوقف وحكمه حرمة موقتة
وان اسلم لم تبطل لان الحرمة تتوقف فوقع الشك في بطلانه فيبقى
موقوفا كالنكاح يمنع العدة ابتداوه لا بقاوه في كفارة الظهار ص
ويكفر بعتق رقبة سليمة كاملة الرق قبل المسيس ش اي كفارة
الظهار ما ذكره الله تعالى في كتابه العزيز وهو عتق رقبة سليمة
مطلقة لاطلاق الرقبة في النص وهي عبارة عن الذات الموقوفة
المملوكة

المملوكة من كل وجه ومطلقها ينصرف الى السليمة قبل المسيس للنص
ولان التكفير لانهاء الحرمة الثابتة بالظهار فيتقدم على الوطء لتحل
وفي تنكير الرقبة اشارة الى جواز عتق الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى
والمسلمة والكافرة على تفصيله في الفروع ص ويجيز الكافر ش
قال علماونا يجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة الكافرة خلافا للشافعي
وعلى هذا الخلاف اذا نذر ان يعتق رقبة كافرة له الاعتبار بكفارة القتل
ولنا ان النص في الظهار مطلق فيجري على اطلاقه وفي القتل مقيد
فيجري على تقييده ولم يحمل المطلق على المقيد عندنا وعنده يحمل ولا يجوز
القياس على كفارة القتل لان فيه قياس المنصوص على المنصوص وانه
لا يجوز للزوم اعتقاد البعض فيما تولى الله تعالى بيانه ولا يجري القياس
في الكفارات والمقدرات والشروط والاسباب والمحال عندنا خلافا له
ولا يجزي الكافر الحربي في دار الحرب ويجزي المرتدة وهل يجزي المرتد فيه
اختلاف المشايخ ص والمكاتب الذي لم يود شيا ش في هذه المسئلة
خلاف الشافعي ايضا لانها معطوفة على ما فيه خلافه قال علماونا يجوز
في كفارة الظهار عتق المكاتب الذي لم يود شيا من البدل وقال
الشافعي وهو قول زفر لا يجوز اعتبارا بالمدبر وام الولد ولنا انه تحرير
كامل لبقا الرق والملك والكتابة فك الحجر كالاذن في التجارة بخلاف
المدبر وام الولد فان رقهما ناقص واما المكاتب الذي ادى بعض
البدل فانه لا يجوز في ظاهر الرواية لانه تعوض والعوض يبطل معنى
القربة وعن الامام انه يجوز لانه رقه لم ينتقص بما ادى من البدل
ولهذا احتمل فسخ الكتابة بعد استيفا بعض البدل كما احتمل قبله ص

ولا يجوز المدبر وام الولد ش لان تحريرهما ليس بتحرير مطلق لاستحقاقها
العتق بجهة اخرى ص ولا مقطوع اليدين او احديهما او الرجلين
لفوات جنس المنفعة ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لفوات جنس
منفعة البطش ولا يجوز المجنون المطبق لان جنس منفعة العقل
معدومة بخلاف الذي يجن ويفيق لان الاختلال لا يمنع ولهذا يجوز
مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل وذاهب
الحاجبين وشعر اللحية والراس والاعشى والعنين والخنثى
والامة المرتقا والقرنا ويجوز الاصم لانه لا يفوت به جنس المنفعة
حتى يسمع اذا صاح انسان في اذنه ولا يجزي في رواية النوادر قالوا
هو محمول على ما اذا كان اصليا لانه يكون اخرس والاخرس لا يجوز وما
ذكره في الاصل محمول على انه عارضي وفي فتاوى الولوالجي يجوز الاصم
اذا كان يسمع شيأ ولا يسمع شيأ ان كان لا يسمع شيأ لا يجوز وهو المختار
لان في الوجه الاول بمنزلة العود وفي الوجه الثاني بمنزلة المغمى
ولا يجوز الاعمى لفوات منفعة البصر والمشي ص واجزنا الخصي والمجبوب
ومقطوع الاذنين ش قال علماؤنا الثلاثة يجوز اعتاق المجبوب
والخصي ومقطوع الاذنين وقال زفر لا يجوز اعتاق هؤلاء لانهم
هالكون من وجه لفوات المنفعة المقصودة من الانسان وهي
الايلاد والجماع فصار ذلك كالعمى ولنا ان جنس المنفعة قائم
فان الخصي يجامع والمجبوب يسحق فيحصل الولد ومقطوع الاذنين
يسمع والغاية زينة زايدة لا يصير العبد بفواتها مستهلكا كما لا
يصير بفوات اللحية والحاجبين كذلك ص وان اشترى اباه ينوي
الكفارة

الكفارة يجزيه ش قال علماؤنا اذا اشتري اباه او ابنه ناويا بالشرا
الكفارة جاز ذلك عن ظهاره وقال الشافعي وهو قول زفر وقول
ابي حنيفة الاول لا يجزيه لان عتقه مستحق بسبب سابق وهو
القرابة فلا يجزي عن الكفارة ولنا ان النية قارنت علة العتق فيتم
وهذا لان شرا القريب علة العتق لان العلة هي تصيير الرقبة
حرة وفي الشرا ذلك لقوله عليه السلام لن يجزي والد ولده الا
ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعله معتقا بالشرا كما يقال
سقاه فارواه وضربه فاوجعه اي بذلك السقي والضرب ولان
الشرا يوجب الملك وملك القريب يوجب العتق فيضاف الملك مع
حكمه الى الشرا لانه احدثا به ولذلك الحكم فيما اذا دخل قريبه الذي
يعتق عليه في ملكه بصنعه فالهبة والصدقة والوصية فنواه
عن كفارته للظهار او اليمين او غيرهما وقت وجوده ص ولو اعتق
موسر نصف عبد مشترك وضمن الباقي فاعتقه فهو مجزي او نصف
عبده ثم الباقي فهو جايز ان لم يتحلل بينهما وقاع واجزاه مطلقا
ش قال ابو حنيفة اذا اعتق موسر نصف عبد مشترك بينه وبين
آخر وضمن فيه الباقي فاعتقه عن الكفارة لم تجزه وقالا يجزيه لان
الاعتاق عندها لا يتجزا فقد عتق الجميع وصار نصيب شريكه ملكا له
بنصف القيمة وعندهما يتجزا ويثبت في نصيب شريكه حتى عتق
لا ينفسخ فيملكه ناقصا ويصرفه الى الكفارة فلا يجوز بخلاف ما اذا
كان معسرا حيث يجب على العبد السعاية ويعتق نصيب شريكه على ملكه
بلا خلاف ولو كان الكل له فاعتق نصفه عنها ثم نصفه عنها اجزاه بلا خلاف

ولو كان الكل له فاعتق نصفه عنه ثم نصفه عنه اجزاه بلا خلاف
أما على قول الامام فلانه اعتق الكل بكلامين واما على قولهما فلان
اعتاق النصف اعتاق الكل ولو اعتق بعض الرقبة ثم وطئ استقبل
عند الامام خلافا لهما وهذا بناء على ان الاعتاق عند الامام يتجزي
فلم يوجد اعتاق الرقبة قبل المسيس وعندهما لا يتجزي فاعتاق
البعض اعتاق الكل فوجد اعتاق الرقبة قبل المسيس ص فان لم
يجد صام شهرين متتابعين قبل المسيس لا فيهما رمضان ولا الايام
الخمسة ش فان لم يقدر المظاهر على العتق صام شهرين متتابعين
لقوله تعالى فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين قبل ان يتماسا
وانما لم يجز ان يكون فيهما رمضان ولا ايام العيد والتشريق لان
رمضان متعين لصوم الفرض وقد قلنا انه يمنع الفرض مطلق النية
ومع الخطاء في الوصف لم يجز عن الظهار لتضمنه ابطال حق الشرع
ولان صوم يومي العيد وايام التشريق حرام فلا يقع عن الواجب
ولو صام الحر شهرين فقدر على الاعتاق في اليوم الاخير قبل غروب
الشمس لا قضاء عليه خلافا لزفر ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد
وقال الشافعي يجوز اعتبارا بالماء المعد لعطشه حيث يجوز التيمم ولنا
الفرق بينهما وهو ان المامور بامساكه واستعماله محظور عليه
في هذه الحالة بخلاف الخادم ص فان فرقها في خلالها ليلا عامدا
او نهارا ناسيا استانف لانه امره به ش قال ابو حنيفة ومحمد اذا
جامع المظاهر امراته في خلال الصوم ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف وقال ابو يوسف لا يستانف لان الجماع ليلا عامدا لا يمنع التتابع
والشرط

والشرط هو التتابع ونهارا ناسيا لا يفسد الصوم وان كان التقديم
على المسيس شرطا فيما قلته تقديم البعض وفيما ذهبتما اليه تاخير
الكل عنه وتقديم البعض اولى من تاخير الكل ولهما ان الواجب
الصوم قبل المسيس ولم يوجد فالامام قال بالاستيناف في الصوم
وفيما اعتق بعض عبده ثم جامع وابو يوسف لم يستانف فيهما ومحمد
استانف في الصوم دون العتق لان اعتاق بعضه كاعتاق كله
عنده فكان الاعتاق قبل التماس وفي الصوم وقع بعضه قبل التماس وبعضه
بعده ص فان افطر فيهما مطلقا استقبل ش يريد بالاطلاق انه
سواء افطر بعذر ام بغير عذر فانه يستقبل الصوم لان التتابع شرط
وهو قادر عليه عادة والتتابع بالفطر يفوت مطلقا فيستقبل
وان صام شهرين بالاهلة اجزاه وان كان كل شهر تسعة وعشرون
يوما وان صام بالايام وافطر لتمام تسعة وخمسين يوما استانف
ص ولا يجزي العبد الا الصوم ش اذا ظاهر العبد لم يجزه
في كفارته الا الصوم لعدم الملك ولا يجزيه اعتاق المولى ولا الطعامه
عنه لانه ليس باهل للملك وان ملك قال عليه السلام لا يملك العبد
ولا يملكه مولاه وهذا بخلاف ما اذا احرم في الحج باذن مولاه واحصر
وانفق المولى عنه الدم لان العبد مضطر فيه الى تملك المال لعدم
مشروعية الصوم وهنا كفر العبد بالصوم لا يمنعه المولى بخلاف
كفارة اليمين ليس بمضطر اليها فلا يضر التاخير والنذر بالتزامه فكان
نفلا في حقه ص فان لم يستطع اطعم ستين مسكينا كالفطرة
او قيمة ذلك ش اذا لم يستطع المظاهر ان يصوم لكبر او مرض لا يرجى

زواله اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين
مسكينًا وتوك كالفطرة يعني في قدر الواجب حتى يجب عليه
نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير لكل مسكين لان النبي صلى الله
عليه وسلم امر سلمة بن صخر باطعام وسق تمر ستين مسكينا ولانها
صدقة مقدرة من الطعام فتقدر بصدقة الفطر ولا يجوز اداء القيمة
من غير المنصوص عليه لان المقصود سد خلة المحتاج وانه
حاصل في القيمة كما في العين ولان اعطى منا من بر ومنوين من
تمر او شعير جاز لحصول المقصود ولان اعطى كل مسكين مدا من بر
او شعير يساوي صاعا من شعير ونصف صاع من تمر يساوي نصف
صاع من بر لا يجزيه لان المودي عين المنصوص ولا يعتبر المعنى في المنصوص
بخلاف الكسوة فان المنصوص ما تحصل به الاكساء وبغير الثوب لا يحصل
ذلك لكل مسكين فلم يكن منصوصا عليه فيعتبر المعنى فان اعطا
كل مسكين مدا من بر فعليه ان يعتد على كل واحد مدا فان لم يجد
استقبل ولا يجزيه ان يطعم ستين مسكينا آخرين مدا مدا لان
الواجب ايصال نصف صاع الى كل مسكين ليحصل به سد الخلة في
يومه ذلك ولا يجوز تكميل احدهما بالآخر اذا اختلف الجنس حتى لو
اعتق نصف رقبة وصام شهرا او اطعم ثلثين مسكينا لم يجز لان
نصف الرقبة ليس برقبة واكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانما
لا يجتمعان فكيف تحقق اكمال احدهما بالآخر ص وان غداهم وعشاهم
جاز ش قليلا كان او كثيرا لانه يسمى اطعاما والشافعي قاسه على الكفارة
في وجوب التمليك قلنا الكفارة وردت بلفظ الاطعام وانه يفيد التمكين

فاوجب

فاوجب بلفظ الاطعام يجوز فيه اطعام الاباحة يقال فلان كثير الطعام
والمراد منه الاباحة وما ورد بلفظ الاداء والايتاء كالزكاة لا يجوز فيه
الا التمليك لانه عبارة عن التمليك وما ورد بلفظ الصدقة لا يجوز فيه
الا التمليك عند محمد وعند ابي يوسف يجوز فيه الاباحة وطعام الاباحة
غداء وعشاء او غداء ان او عشاء ان وسحور لان السحور غداء الماوردي
عرباض بن سارية انه دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو
يتسحر فقال صلى الله عليه وسلم هلم الى الغداء المبارك والمستحب هو
الغداء والعشاء لان السحور ليس بغداء حقيقة بدليل انه لو حلف لا يتغدى
فتسحر لم يحنث ولا تقدير فيه بل يعتبر كلتا ان مشبعتان والمعتبر
في التمليك المقدار لا الشبع عكس الاباحة ولو افرط الانسان في الاكل
واكل مقدار اكلتين لا يجوز الا عن واحد ولو كان فيهم صبي فطيم لا يجزيه
لانه لا يشتوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليشتوفي الى السبع
بخلاف خبز البر ص وان اطعم واحدا ستين يوما جاز ش ولو اعطى
الكل مسكينا واحدا في ستين يوما جاز لان المعتبر هو دفع حاجة المسكين
وانها متجددة في كل يوم فكان الدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى
غيره باعتبار تجدد الحاجة وقال الشافعي لا يجوز حتى يستوفي العدد
لان المسكين الواحد لا يصير ستين مسكينا بتكرار الايام كالشاهد
اذا كرر شهادته في اليوم الثاني لا يصير في معنى شاهدين قلنا
تكرار الفعل في العين تجعله كالاعيان فكما ان لتجدد السبب
تأثيرا في تغيير العين فكذا التجدد الصفة بخلاف الشاهد فان
المقصود طمأنينة القلب وهي لا تحصل بتكرار الشهادة فلم يصر في

معنى الشاهدين ص او اباحة الكل في يوم اجزاء عنه ش ولو اعطاه
في يوم واحد الكل دفعة لم يجزه الا عن يوم واحد لان التفريق
واجب بالنص وصار كالحاج اذا رمى الجمرة بسبع حصيات دفعة واحدة
لا يجزيه الا عن واحدة ص او فرق التمليك فيه قيل بالجواز وعدمه
ش اختلف المشايخ فيما اذا ملكه بدفعات قيل يجزيه لان التمليك
اقيم مقامه حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية
فكان المدفوع هالكا ولا معنى لاشتراط مضي زمان تتجدد فيه حاجة
الاكل مع تحقق الحاجات الا ترى انه لو كسى رجلا عشرة ايام كل يوم
ثوبا جاز ولا يشترط فيه مضي زمان تجدد فيه الحاجة الى الكسوة
وهذا لانه بعد ما اخذه صار كفقير اخر ولهذا جاز له ان يدفع اليه
عن كفارة اخرى غير جنس الاولى ككفارة اليمين او القتل بخلاف
ما اذا ملكه بدفعة واحدة لان التوزيع منصوص عليه فلا يجوز
دونه وقيل لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهو الصحيح ووجهه ان
المعتبر سد الخلة وقد اندفعت حاجته في ذلك اليوم فانصرف اليه
تجدد ذلك بكون الطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز دفعها الى غني بخلاف
كفارة اخرى لان المستوفى كالمعدوم بالنسبة الى غيرها وبخلاف الثوب
لان تجدد الحاجة اليه تختلف باحوال الناس فلا يمكن تعلق الحكم
بعينها لتعذر الوقوف عليها فاقيم مضي الزمان مقامها لانها تتجدد
وادنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها
ص ولو نوى بما فيه لم يستانف ش ولو وطيها في خلال الاطعام
لم يلزمه الاستيناف لان النص فيه مطلق ولم نحمل على المقيد وان

وردا

وردا في حادثة واحدة لانا حكمنا ص واوجبوا تفتن ممه ش قال
علماؤنا يجب تقديم الاطعام قبل المسيس خلافا لمالك له اطلاق
النص ولنا ان الكفارة منهية للحرمة فيكون الحل قبلها ولانه
يحتمل القدرة على الاعتاق او الصوم فيتقعان بعد المسيس والمنع
لمعنى في غيره لا بأس في المشروعية ص وان اعتق رقبتين من كفارتين
او اطعم عن عدد الايام والمساكين جاز عنهما من غير تعيين ش
اذا وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين او صام اربعة اشهر او اطعم
مائة وعشرون مسكينا ولم يعين احديهما بعينها جاز عنهما لاتحاد
الجنس فلا حاجة الى نية معينة اذ النية في الجنس الواحد لغو ص
او واحدة عنهما بحرفيه ش اذا اعتق رقبة واحدة عن ظهارين او صام
عنهما شهرين جاز فكان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء قال زفر وهو
القياس لا يجزيه عن واحدة منهما لانه اعتق عن كل واحدة منهما نصفا
العبد فلغى ولا قدرة له بعد ذلك على ان يجعله عن احديهما لخروج الامر
من يده وجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس الواحد لغو في
المختلف مفيد على ما تقدم فاذا لغى بقي مطلق النية فله ان يعين
ايهما شاء كالو اطلقه في الابتدا الا ترى انه لو نوى قضاء يومين عن رمضان
ان يجزيه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر او عن القضاء
والكفارة لم يجزه عن واحد منهما ويعرف اختلاف الجنس في الحكم
باختلاف السبب **فصل في اللعان** اللعان مصدر لاعن يلاعن
ملاعنة ولعانا الا ان المفاعلة قياس دون الفعال اذ لا يقال جالس
جلاسا ذكره ابن يعيش في شرح المفصل ثم هو في اللغة الطرد والابعاد

وفي الشرع ما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع مقرونة باللعن والغضب وسمي به لما فيه من لعن نفسه في الخامسة وهو من تسمية الكل باسم البعض كالصلاة لسمي ركوعا وشرطه ان يكونا زوجين حرين بالغين عاقلين غير محدودين في قذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا سواء دخل بها ام لم يدخل وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وركنه شهادات موكدات بالايمان واللعن وحكمه حرمة الوطي بعد التلاعن وافضله من هو اهل لاداء الشهادة على ما يجي مفصلا ص اذا قذف امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة وهي ممن يحد قاذفها وطالبته بموجبه لاعن س اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة على المسلم والزوجة محصنة يحد قاذفها وطالبته بموجب القذف وجب عليه اللعان لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية وانما اعتبر كونها من أهل الشهادة لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه وانما اعتبر كونها ممن يحد قاذفها لان اللعان حد الازواج فلا يجب الا لقذف المحصنة حتى لو كانت المراة ممن لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد وليس له اب معروف فلا لعان ولو وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها فلا لعان ولو قذفها اجنبي فلا حد عليه لانها وطئت حراما قد حمت عفتها به وقال ابو يوسف يجب بقذفها اللعان والحد لانه وطي تعلق به وجوب المهر وثبوت النسب فكان كالموجود في النكاح وجوابه ان الوطي حرام لعدم النكاح والموجود شبهة النكاح فكان ينبغي ان يجب عليها الحد لكنه سقط لمكان الشبهة

فيسقط

فيسقط اللعان عن القاذف لمكان الحقيقة وانما اعتبر مطالبة المراة باللعان لانه حقها ص ونجعله شهادات موكدات بالايمان لا بالعكس س قال علماؤنا اللعان شهادات موكدات بالايمان وقال الشافعي ايمان موكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لاسيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فانه تعالى استثنى الازواج من الشهداء فثبت انهم شهداء لان الاصل في الاستثنا ان يكون من الجنس ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة الا انها اكدت باليمين لانه يشهد لنفسه والتاكيد لا يخرجها من ان يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا لا تقبل في موضع التهمة ولا تهمة فيما نحن فيه لليمين ولان الشهادة اكدت باليمين في قوله تعالى فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ثم نسخ اليمين كما في سايرالشهادات بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فبقي اللعان كما كان فحددنا كل من كان من اهل الشهادة واليمين فهو من اهل اللعان فتشترط اهلية الشهادة من الحرية لان المملوك ليس من اهل الشهادة فلا يكون من اهل اللعان والاسلام لان الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم ولا من اهل اليمين بالله تعالى لانه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة والبلوغ والعقل لان الصبي والمجنون ليسا من اهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل

اللعان والنطق بان الاخرس لاشهادة له ولانه لاينتاتي منه لفظ الشهادة
ولا القذف الا بالاشارة والقذف بالاشارة يكون في معنى القذف
بالكناية وهو لا يوجب الكفارة كما انه لا يوجب الحد وعدم الحد في القذف
لان المحدود لا شهادة له على التأبيد بالنص وعند الشافعي كل من
كان من اهل اليمين فهو من أهل اللعان سواء كان من أهل الشهادة
او لم يكن فيجري بين الكافرين والمملوكين والاخرسين والمحدودين
في القذف ص فان امتنع حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد
ش اذا امتنع الزوج من اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن لان اللعان
موجب القذف بقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله اي
فالواجب شهادة احدهم واذا كان واجبا عليه حبسه حتى يأتي به
لانه منع حقا عليه يقدر على ايفائه ولم يجز فيه النيابة وهو اللعان
معترفا بعفتها او يكذب نفسه فيحد لانه اذا اكذب نفسه سقط
اللعان فيجب الحد الذي هو الموجب الاصلي للقذف ص فاذا لاعن
وجب عليها ش اذا لاعن الزوج وجب على المرأة اللعان ايضا بالنص
ص فان امتنعت حبست لتلاعن او تصدقه فيسقط والا تحد ش
اذا لاعن الزوج وامتنعت المرأة عن اللعان حبسها الحاكم حتى تلاعنه
لانها ظالمة بمنعها حقه فتحبس فيه او تصدقه فيسقط اللعان لان
من شرطه انكارها ووجود الزنا منها ولم يوجد الشرط ولا تحد حد الزنا
لانه متوقف على الاقارير الاربعة في مجالس عندنا ص فان لم يكن
من أهل الشهادة حد ش اذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة بان كان
عبدا او محدودا في قذف او كافرا حد لان اللعان تعذر لسبب فيه
فيجب

فيجب الحد لصحة القذف ولا يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة
الا اذا كانا كافرين فاسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه ص
وان كانت ممن لا يحد قاذفها وهو اهل فلا حد ولا لعان ش اذا كان الزوج
من أهل الشهادة والمرأة ممن لا يحد قاذفها بان كانت امة او محدودة
في قذف او كافرة او صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان
لان المانع من جهتها فصار كما اذا صدقته ويعذر لانه اذاها والحق الذي
بها ولم تجب الحد فيجب التعزير حسما لهذا الباب وان لم يكونا من
أهل الشهادة فقذفها فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته
إذ هو ليس من أهله وانما لم يعتبر امتناعه من قبلها لان البداية
من جانب الزوج فلا يعتبر الامتناع من جانبها الا بعد استحقاق
اللعان عليها وانما يستحق عليها بعد فراغ الزوج وهو ليس باهل
فتتعين الحد ص وان شهد عليها بالزنا مع ثلاثة تقبلها ش
قال علماؤنا اذا شهد الزوج على امرأته بالزنا وهو رابع اربعة
ولم يكن قذف قبل ذلك قبلت شهادته وقال الشافعي لا تقبل
لانه متهم في شهادته لاحتمال انه حمله على ذلك غيظ ولا شهادة
يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المغرم
ولنا ان شهادته اولى بالقبول من شهادة الاجنبي لانها ابعد
من التهمة اذ العادة ان الرجل يستر على امرأته مهما قدر ولم يرد
اظهار الفاحشة فلم يكن متهما كشهادة الوالد على ولده ولم تسقط
شهادته قذف يوجب اللعان لتكون شهادته دافعة له بخلاف
ما لو كان قذفها او لا حيث جعل دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل

شهادته فيكذبون قذفه فيحد للقذف ويلاعن الزوج فان
جاء وثلاثة وشهدوا عليها بالزنا ولم يعدلوا فلا حد عليها
لان زناها لم يثبت بشهادتهم ولا حد عليهم لان الفساق من اهل
الشهادة ولا لعان عليه لانه شاهد وليس بقاذف فان شهد معه
عميان يلاعن الزوج ويحدون للقذف لان العميان لا شهادة لهم
فكانوا قذفه فيحدون للقذف ويلاعن الزوج لان قذف الزوج
موجب اللعان اذا لم يات باربعة شهداء ص ويبتدي الزوج فيقول
اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا
وفي الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماني
به من الزنا مشيرا اليها وتقول هي اربعا اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا ش صفة اللعان ما نص الله
تعالى عليه في كتابه العزيز ان يبتدي القاضي بالزوج فيشهد
اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله ان كان من
الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تقول
المراة اربع مرات اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به
من الزنا ويقيمها القاضي مقابلين اعلم ان المذكور في الهداية
وغيرها فيما رميتها به وهو ظاهر الرواية والخطاب هو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه نظرا الى انه اقطع للاحتمال
وهو وجه ظاهر الرواية ان ضمير الغايب اذا اتصل به
الاشارة ينقطع الاحتمال ايضا وشرح المصنف رحمه الله موافق

لما في الهداية

لما في الهداية لكني صادفت نحو العشر نسخ من المتن فيما رميتك به
وقال في الاصل يقول القاضي للزوج قم فالتعن فيقوم ويقول
ثم يقول للزوجة فتقوم وتقول والقيام ليس بشرط لان اللعان
يعتبر فيه معنى الشهادة او معنى اليمين او يعتبر المعنيان جميعا
والقيام ليس بلازم في الكل الا انه يندب لانه عليه السلام ندب
عاصما وامراته فقال لعاصم قم فاشهد بالله وقال لامراته قومي
فاشهدي بالله ولان اللعان من جهته قايم مقام حد القذف
ومن جانبها قايم مقام حد الزنا والسنة في الحدود اقامتها على الاشهاد
والقيام اقرب اليه وانما يبدا بالزوج لانه هو المدعي فان احطا
القاضي فبدا بالمراة قبل الرجل اعاد اللعان عليها ليقع على الوجه
المشروع فان لم يفعل وفرق بينهما نفذ لان هذا خلاف في الوصف
دون الاصل وانه لا يخل بالامتثال وانما يشار اليها لان الاشارة
اقوى في التعريف وعن الامام انه ياتي بلفظة المواجهة لان المعاينة
لا تقطع الشركة والظاهر انها مع الاشارة تقطع الشركة ص ولم
يوقع الفرقة بلعانه ش قال الشافعي اذا فرغ الزوج من لعانه
وقعت الفرقة بينهما قبل لعان المراة وقال ر يقع بلعانها وقال
علما وتا لا يقع الا بتفريق الحاكم الشافعي ان الفرقة بيد الزوج فيكون
لعانه هو المعتبر في الفرقة واما لعان المراة فيسقط الحد عنها
ولنا قول الصحابة رضي الله عنهم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ولانا
ما روي عنه عليه السلام انه لاعن بين العجلاني وامراته ففرق
بينهما فان كانت الفرقة تقع باللعان لما فرق ولان هذه الفرقة سببها

يختص بحضرة الحاكم فوجب الحكم بتفريقه كما في فرقة العنين ولان اللعان
تخالف بين المتعاقدين فاشبه التخالف في البيع قال بعض مشايخنا
هذا الجواب لا يستقيم على قول ابي يوسف فانه يقول الثابت باللعان
تحريم مؤبد كحرمة الرضاع وهي لا تتوقف على القضاء وقال شيخ
الاسلام يستقيم لان المذهب عندعلمائنا ان النكاح لا يرتفع بحرمة
الرضاع بل يفسد حتى انه لو وطئ قبل التفريق لا يجب عليه الحد سواء
اشتبه عليه الامر ام لم يشتبه والفرقة في النكاح الفاسد لا يقع
الا بتفريق القاضي او الزوج ولو اخطأ القاضي ففرق بينهما قبل
تمام اللعان ان كان كل منهما قد التعن اكثر اللعان ينفذ التفريق والا
فقد قضى بالاجتهاد في موضع لا يسوغ فيه الاجتهاد فينفذ كما في سائر
المجتهدات ص ويكون تطليقة بائنة وان اكذب نفسه او حد
لقذف او هي لزنا جاز نكاحها ويؤبد تحريمها س اذا فرق الحاكم بينهما
بعد التعانهما كانت الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي منسوب
الى الزوج فصار كالعنين بان زنت فحدت واذا اكذب نفسه
او حد لقذف بان قذف غيرها فحد او هي لزنا وقال محمد في الاصل
بلغنا عن ابراهيم انه قال اللعان تطليقة بائنة قال ابو حنيفة
ومحمد يجوز نكاحها وقال ابو يوسف هي حرام عليه ابدا لقوله صلى الله
عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا رواه الدارقطني وابو داود وسئل
كذا عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم ولهما ان الاكذاب
رجوع عن الشهادة والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الزاجر فيرتفع
اللعان به ولهذا يحد ويثبت نسب الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان

فيلزم

فيلزم من اقامة الحد انتفاء اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله عليه
السلام المتلاعنين لا يجتمعان ابدا اي ما داما متلاعنين لقوله تعالى
ولا تصل على احد منهم مات ابدا اي ما دام منافقا فلم يبق متلاعنا
لعدم الاشتغال به والمجاز لانه انما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما
ولم يبق وقول القدوري او زنت فحدت محمول على انها زنت فجلدت
قبل الدخول بها او دخل بها وهما او احدهما على غير صفة الاحصان
بان دخل بها وهي ذمية او امة ثم اسلمت او اعتقت قبل اللعان
وزناها في العمر مرة يسقط احصانها وقيل زنت بتشديد النون تقذف
فحدت حد القذف ص ولا يعتبر قذف الاخرس س قذف الاخرس
لا يوجب اللعان والحد لان الاشارة محتملة والحدود لا تجب بالشبهات
وعند مالك والشافعي يوجب لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق كما في
الطلاق ولنا الحدود تدرئ بالشبهات بخلاف الطلاق ولو كانت
المرأة خرساء لم يثبت اللعان لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لا يثبت
بالشبهة واللعان قائم مقامه ولو قذف لا يحد لانه متعلق بالصريح
بالقذف والمدعي شرط ولم توجد ص وان كان القذف بولد
نفى القاضي نسبه والحقه بامه س وان نفى ولد زوجته وكيفيته
ان يقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد
وكذا في جانبها ثم نفى القاضي نسبه والزمه امه لانه عليه السلام
هكذا فعل بولد هلال بن اميه ولانه قذفها بالزنا وعن ابي يوسف
انه لا بد ان يقول الزمت الولد امه واخرجه عن نسب الاب لان
سبب النسب قائم وهو الفراش فلا بد من قاطع وهو قول القاضي قلنا

اللعان مع التفريق يتضمن ذلك فلا حاجة الى التفريق به ثم ولد الملاعنة
بعد قطع نسبه جميع احكام نسبه باق سوي الميراث والنفقة حتي
ان شهادة الاب له تقبل وشهادته لابنه لا تقبل ولا يجوز دفع
الزكاة اليه ولو كان ابني فتزوجه اياها او تزوج بنته منه ان
كان ابنا لا يجوز وكذا غير ذلك من احكام النسب ص وباقي الحمل
لا يلاعن وقالا ان اتت به لاقل من ستة اشهر لاعن ش قال ابو حنيفة
اذا قال ليس حملك مني فلا لعان اصلا وقالا ان جاءت به لاقل من
ستة اشهر لاعن لحصول العلم بوجود الحمل عند القذف اذا اتت به
لاقل من ستة اشهر وللامام عدم التيقن بوجوده فانه قد يكون ريحا
او ورما فيصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل فلا بين مني
والقذف لا يصح تعليقه بالشرط ص ولانه يوجب للحال ش اي ولا
توجب علما ونا عليه اللعان بنفي الحمل للحال قال الشافعي يجب
ذلك في الحال لان هلال ابن امية قذف امراته بنفي الحمل ولاعن رسول الله
صلى الله عليه وسلم بينهما قلنا هلال صرح بالزنا لا بنفي الحمل فانه قال
وجدت شريك على بطنها وانه موجب للعان في الحال والكلام هنا
في مجرد نفي الحمل وانما نفي النبي صلى الله عليه وسلم الولد لانه علم وجوده
بالوحي ص وان قال زنيت وهذا الحمل منه تلاعنا ونثبته ش قال
علما ونا اذا قال لامراته زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود
القذف صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه
لانه عليه السلام نفي نسب ولد هلال منه وكان قذفها حاملا ولنا
ان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل ولا يستحق اسم الولد الا بعد

الانفصال

الانفصال والنبي عليه السلام ما قطع النسب عن هلال بل قال ان
جاءت به كذا وكذا فهو له وان جاءت به كذا وكذا فهو الذي رميت
به يعني ان قوله لسبيل التعليق ليس بحكم في الحال قبل الولادة اذ
المعلق بالشيء عدم قبل وجوده ولين قطع فقد عرف وجوده بالوحي
ص واذا نفى الولد عقيب الولادة او حال قبول التهنية او ابتياع
آلة الولادة صح ولا عن او بعده لا عن وثبت نسبه والتقدير بيوم
من قبول التهنية او سكوته عن النفي الى ان مضت مدتها اقرارا منه
بان الولد منه لانه اذا لم يكن منه لا يحل له السكوت عن نفيه الى
او سبعة رواياتان وقالا مدة النفاس ش نفى ولد امراته عقيب
الولادة او من الحال التي تفعل فيها التهنية به او بيتاع آلة الولادة
صح وانما اعتبر ذلك لان الاصل في النفي ان يكون في حضرة الولادة
للعرف الا انا اعتبرناه في الحالتين الاخيرتين الحاقا لهما بالحضرة
وما وراء ذلك ليس بحضرة الولادة ولا ملحقا بها فكان في معنى ما تقادم
فيه العهد فلا يصح للنفي فيه وروي عن الامام التقدير في ذلك
بيوم ووجهه ان اليوم ملحق بالحال باعتبار ان المجلس قد يمتد
يوما وذكر ابو الليث عنه التقدير بثلاثة ايام وروي الحسن
عنه التقدير بسبعة ايام لان اثر الولادة وقبول التهنية
يمتد الى هذه الايام ويظهر فيها عادة فالحقت بالحضرة اعتبارا
بالعقيقة ولم يوقت الامام في ظاهر الرواية لذلك وقتا
لان الحال تختلف فيقتصر في ذلك على الاعتراف صريحا او دلالة
وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس وهي اربعون يوما

انا كحالة الولادة بحيث انها لا تصوم ولا تصلي فيه فتلحق به وآبي
حنيفة ما قدمنا ولانه يحتاج الى نفي ولد غيره عن نفسه
ولم يوجد منه الاعتراف صريحا ولا دلالة وبالنفي صار قاذفا فيلاعن
وينفيه القاضي وان نفاه بعد ذلك ثبت نسبه منه لوجود
الاعتراف منه دلالة ولانه لما قلنا وان كان غائبا فحضر بعد مدة
جعل كانها ولدته الآن على الاصلين ثم لوجوب قطع النسب شرايط
التفريق لان النكاح قبل التفريق قايم وان لا يسبق النفي ما يكون
اقرارا بالنسب دلالة وان يكون الولد حيا وقت التفريق وان لا يكون
النسب محكوما بثبوته فانه لا ينتفي بعد الثبوت باللعان ص
وان اتت بولدين في بطن واحد فاعترف بالثاني بعد ما وحد وبالاول
ثبتا ولانه س ولدت ولدين في بطن واحد فنفى احدهما واعترف
بالآخر ثبت نسبهما منه سواء سبق النفي او الاعتراف لانهما خلقا
من ماء واحد فان نفى الاول واقر بالثاني حد لانه اكذب نفسه
بدعوى الثاني بخلاف ما اذا اقر بالاول ونفى الثاني حيث
يلاعن لانه قذف بنفي الثاني كانه قال نفى عصبته ثم قال
هي زانية وان نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان تلاعن على الحي
وهما ولداه لانه ثبت نسب الذي مات فالحكم بثبوت احدهما
حكم بثبوت الثاني وكذا لو ولدت احدهما ميتا لانه ثبت النسب
منه لكن لا يمتنع اللعان لانه ليس من ضرورته قطع النسب وان
ولدت ولدا ونفاه ولاعن به ثم ولدت من الغد آخر لزماه
واللعان ماض لان اعتبار جانب الاول يوجب نفيهما واعتبار جانب

الثاني

الثاني يوجب ثبوتهما والنسب يحتاط فيه ص واذا ماتت بنته
المنفية عن ولد فنسبه غير ثابت س قال ابو حنيفة اذا ماتت
البنت المنفي نسبها عن ولد ثم ادعاه الملاعن لا يثبت نسبها منه
وقالا يثبت لان الولد يعير بانتفاء نسب امه كما يعير بانتفاء
نسب ابيه فيحتاج الى نسب امه ليصير كريم الطرفين كما لو كان ولد
الملاعنان ذكرا ولابي حنيفة ان نسب الولد هنا ثابت من ابيه وحده
فوقعت العسه عن ثبوته من جانب الام بخلاف ولد الابن لاحتياجه
الى ثبوت نسبه من الجد لافتقاره اليه في النسبة فافترقا في الحاجة
فلا يشارك في الدعوة وولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق
بالام لا يعمل القطع في بعض الاحكام وهذا سعي النسب في حق الشهادة والزكاة
والقصاص ولو كان لولد الملاعنان ابن وللزوج بنت من امراة لا يجوز
لهذا الابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح
فان صدقه الولد في ذلك وفي بعض الاحكام كالاجنبي حتى لا يرث
احدهما من الآخر ولا يستحق عليه نفقة **فصل في العدد** العدة
مصدر عد الشيء يعده وسمي الزمان الذي تتربص فيه المراة عقيب
الطلاق عدة لانها تعد الايام المعروبة عليها في الشرع هي في اللغة
عبارة عن الاحصاء يقال عددت الشيء اذا احصيته وفي الشرع
هي تربص يلزم المراة عند زوال النكاح او شبهته وشرطها الفرقة
واسبابها الطلاق والوفاة والوطء على ما بينا وسبب وجوبها عندنا
النكاح المؤكد بالتسليم او ما يجري مجراه من الخلوة والموت وركنها حرمة
ثابتة بها والعدة ثلاثة انواع الحيض والاشهر ووضع الحمل ص

تعتد الحرة الحايض المدخول بها في الطلاق او الفسخ ثلاثة قروء ش
عدة الحرة البالغة التي تحيض المدخول بها في الطلاق او الفسخ ثلاثة
قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفسخ
في معنى الطلاق لانها وجبت لتعرف براءة الرحم واشتراط الثلاثة
لان احديها لتعرف براءة الرحم والثانية لفضيلة النكاح على الاستبرا
والثالثة لفضيلة الحرمة والفرقة بغير طلاق مثل خيار العتق والبلوغ
وملك احد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة في معنى الفرقة
بالطلاق لثبوت النسب ووجوب تعرف براءة الرحم ص وبولها بالحيض
لا بالاظهار ش اعلم القرء حقيقة في الحيض والطهر جميعا لانه مستعمل
فيهما لغة وشرعا الا ان علماءنا رجحوا الحيض في باب العدة والشافعي
رجح الطهر فيها لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اذ اللام بمعنى في والطلاق
يوقع في الطهر فكان هو العدة وقال تعالى ثلاثة قروء فادخل
الهاء في الجمع وانه امارة التذكير والطهر هو المذكر دون الحيض
ولان القرء هو الجمع ومنه المقراة للحوض والعذير يقال ما قرأت
الناقة جنينا في رحمها اي ما جمعته وفي الطهر يجتمع الدم فكان
اليق به ولنا قوله عليه السلام عدة الامة حيضتان رواه ابو داود
من حديث عايشة مرفوعا والترمذي وابن ماجة والدارقطني
والامة لا تخالف الحرة في جنس ما تقع به العدة وانما تخالفها
في العدد وفي قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض وقوله تعالى
واللاي لم يحضن اشارة الى ان المعتبر هو الحيض الا ترى انه
شرط الاعتداد بالاشهر عند عدم المحيض لقوله تعالى فلم تجدوا اما

فيتيمموا

فيتيمموا وعليه كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي ذلك نصا
عن الخلفا الراشدين والعبادلة الثلاثة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل
وابي الدرداء وغيرهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه انه قال بحضرة
الصحابة رضي الله عنهم لو قدرت على ان اجعل عدة الامة حيضة ونصفا
لفعلت وروي الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه
ان الرجل احق بامراته مالم تغتسل من الحيضة الثالثة ولو كان القرء
هو الطهر لانقطعت بالطعن في الحيضة الثالثة والقرء ايضا هو الانتقال
يقال قرأ النجم اي انتقل والحيض هو المنتقل دون الطهر ولا حجة له في
الاية لان معناها فطلقوهن لاستقبال عدتهن كما يقال في التاريخ
دخلت المدينة لخمس بقين من المحيض وحمل اللام فيها على الظرف
خلط ظاهر مخالف لاستعمال اهل اللغة على انه يلزم مما قال ان يكون
العدة متقدمة على الطلاق من حيث وقوع الطلاق وهو خلف
ولا تمسك له بذكر الثلاث لان لفظ القرء مذكر فباعتباره اتى العدد
كان الشيء اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره
وتانيثه على ما عرف في موضعه وكذا استدلاله بان القرء بمعنى
الاجتماع لا يصح لان المجتمع انما هو الدم دون الطهر فكان اولى فيصير
شاهدا لنا وثمرة الخلاف تظهر في انقضاء العدة فمن قال انها الحيض
يقوله لا تنقضي الا باستكمال ثلاث حيض ومن قال انها الاطهار يقول
اذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدة ص وان طلقت
في الحيض لم تعتد بتلك الحيضة ش اي لو طلقت المراة وهي حايض
لا تعتد بتلك الحيضة التي وقع فيها الطلاق لان الواجب عليها ثلاث

حيض بالنص فلا تنقص عنها كاعداد الركعات ولان الحيضة الواحدة
لا تتجزى فما وجد قبل الطلاق لا يحتسب به من العدة لعدم السبب
فكذا ما بعده لعدم التجزي ص والصغيرة والايسة بثلاثة اشهر ش
اي عدة الحرة ان لم تكن من ذوات الحيض ثلاثة اشهر اما التي لا تحيض
لكبر فلقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض الاية اي ان اشكل عليكم
حكمهن وجهلتموه او انقطع حيضهن وقيل لما نزل قوله تعالى ثلاثة
قروء ارتابوا فيمن لا تحيض فنزل قوله تعالى واللاي يئسن من المحيض
الاية واما الصغيرة فلقوله تعالى واللاي لم يحضن اي فعدتهن
كذلك اي ثلاثة اشهر فحذف المبتدا والخبر لدلالة ما تقدم عليهما
وقيل تعتد المراهقة عدة يؤمن فيها حملها وتدخل تحت الاطلاق
من بلغت بالسن ولم تحض وكذا لو رات الدم يوما او يومين لان
ذلك ليس بحيض وان وجبت العدة بالشهور فان اتفق في خلال
الشهر فعند الامام يعتبر عدد الايام لان الشهر الاول
يعتبر بالايام فكذا ما بعده ولانه بنا عليه وعندهما يحتسب
الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر الاخير وباقي الشهور بالاهلة
لان الاصل الاهلة وحد الاياس غير مقدر بشي في ظاهر الرواية
وفي رواية مقدر فان رات بعد ذلك دما هل يكون حيضا فعلى
ظاهر الرواية يكون حيضا وقال بعضهم يكون حيضا على الرواية
اجمع لان الحكم بالاياس كان بالاجتهاد فاذا رات الدم والنص يقتضي
كونه حيضا وجد النص بخلاف الاجتهاد فبطل الحكم بالاياس الذي
ثبت بالاجتهاد وهذا اذا رات دما اسود او احمر اما اذا رات اصفر

اي اطلاق الاية

او اخضر

او اخضر لا يكون حيضا لان كونه حيضا بالاجتهاد فلا يبطل به الاياس
الثابت باجتهاد مثله ثم على رواية التقدير فقد اختلف فيه
الروايات والمختار انه خمس وخمسون سنة ذكره في الفتاوى الصغرى
والوالجي وخلاصة الفتاوى قال الصدر الشهيد وعليه اكثر المشايخ
وفي النافع وعليه الفتوى وعن محمد ان ذلك في الروميات لانهن
اسرعن تكسرا وفي المولدات ستون سنة وقال الصفار سبعون
سنة واختلف المشايخ في وجوب العدة على الصغيرة واكثرهم
لا يطلقون لفظ الوجوب لانها غير مخاطبة وينبغي ان يقال تعتد
وقيل هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الواطي يخاطب بان لا يزوجها
حتى تنقضي العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها
لا يؤدي الى توجيه خطاب عليها ص وامروا ممتدة الطهر بالاقرا
لا بثلاثة اشهر بعد تسعة ش قال علماونا الحرة اذا كانت
ممن تحيض الا ان طهرها يمتد فانها تعتد بالحيض لا بالاشهر ما لم تدخل
في سن الاياس لانه ما لم يقع الاياس عن الاصل لا يجوز المصير الى
البدل وقال مالك في موطاه تتربص بعد الطلاق تسعة اشهر
ثم تعتد بعدها بثلاثة اشهر لان تسعة اشهر هي المدة المعتادة
لظهور الحبل فاذا انقضت تحققنا براة الرحم ثم تعتد ثلاثة
اشهر لصيرورتها في معنى من لا تحيض وذلك مروي عن عمر ابن الخطاب
رضي الله عنه وحكي عنه انه قال المراة اذا طلقها زوجها ومضى
عليها ستة اشهر ولم تر الدم تحكم باياسها حتى تنقضي عدتها
بعد ذلك بثلاثة اشهر وروي مثل ذلك عن ابن عمر رضي الله عنه ولنا

ان الاعتداد بالاشهر يختص بالصغيرة والايسة وهذه ليست بصغيرة
ولا آيسة لانه لم يحكم باياسها فتكون حايضا باستصحاب الحال
فلا تعتد بالشهور وممتدة الطهر قبل ان تبلغ حد الاياس اذا طلقها
زوجها واعتدت بثلاثة اشهر بعد تسعة اشهر او بعد ستة اشهر
فقضى بذلك قاض ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه وهذه المسئلة يجب
حفظها فانها كثيرة الوقوع وطريق القضا ان يدعي احد الزوجين فساد
النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه وبانقضا العدة بالاشهر
ص والامة بحيضتين ش اي وتعتد الامة اذا كانت من ذوات
الحيض بحيضتين لقوله عليه السلام فيما رواه ابو داود والترمذي
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وهو مشهور عمل به كبار الصحابة
والتابعين وتلقته الامة بالقبول ولان الرق منصف والمحيضة
لا تتنصف لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فكملت واليه اشار
عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ولا فرق
في ذلك بين القنة وام الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض
عند ابي حنيفة لوجود الرق في الكل ص وامروا الايسة بشهر
ونصف لا بثلاثة ش قال علماونا اذا كانت الامة لا تحيض لصغر
او كبر فعدتها شهر ونصف وقال مالك تعتد بثلاثة اشهر لاطلاق
النص ولنا ان الحيض انما جعل لضرورة عدم التجزي ولا ضرورة في
الشهر ص والحرة المتوفى عنها زوجها باربعة اشهر وعشر ش اي
وتعتد الحرة في الوفاة باربعة اشهر وعشر ليال وعشرة ايام سوا
كانت ممن تحيض او لا مسلمة كانت او كتابية تحت مسلم صغيرة كانت

اوكبيرة

قوله وهذه المسئلة يجب حفظها الخ
اقول يمكن ان يقال بقول مالك ان الخ
صاحب جامع الرموز صرح بانها اذا لم توجد
مسئلة في الحنفية يعمل بقول الامام مالك
لانه من تلامذة الامام الاعظم ابي حنيفة
رحمه الله ولقد افتى به وقت الضرورة
بعض العلماء ولم يفت به بعض العلماء
لكونه مخالفا للرواية المشهورة عن
الحنفية وقال بعضهم يجعل من كان
في مذهب الامام مالك نائبا ويحكم
وقال بعضهم يحكم به من كان في مذهب
مالك بلا جعله نائبا عمن كان قاضيا
في مذهب الامام ابي حنيفة رحمه الله
ومن كانت مرضعة وانقطع حيضها وقالت
حضت ثلاثة حيضات تصدق بلا يمين
كما في فتاوى الكرماني وبعض هذه التفاصيل
مذكورة في البحر لابن نجيم ابو عبد الله ولي الدين جار الله

اوكبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها لقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة
اشهر وعشرا ولقوله عليه السلام لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا متفق عليه
ص والامة بالنصف ش اي وتعتد الامة بشهرين وخمسة ايام لان
الرق منصف وعليه اجماع الامة ص والحامل مطلقا بالوضع ش
اي وتعتد الحامل بوضع الحمل سوا كانت حرة ام امة وسوا كانت العدة
عن طلاق او وفاة ام غيره لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن وروى احمد والدارقطني عن ابي بن كعب
رضي الله عنه انه قال قلت يرسول الله واولات الاحمال اجلهن للمطلقة
ثلاثا وللمتوفى عنها زوجها فقال هي للمطلقة وللمتوفى عنها وقال
ابن مسعود رضي الله عنه من شا باهلته ان سورة النسا القصرى
نزلت بعد والذين يتوفون منكم الاية الاربعة اشهر وعشرا
رواه ابو داود والنساي وابن ماجة وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سرير لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج
ولانه ادل على براة الرحم او لانها لا تجب لاجلها بدليل وجوبها
على غير المدخول بها ولو اسقطت تستبين خلقه انقضت العدة وان
لم تستبين لا تنقضي لان غير المستبين مشكوك في كونه حملا فلا
يثبت الانقضا بالشك واذا طهر اكثر الولد بانت وتحل للازواج
اقامة للاكثر مقام الكل وقيل تبين ولا تحل للازواج احتياطا
للحرمة كما لو اغتسلت من الحيضة الثالثة وبقي اقل من عضو ص
والفاسدة النكاح والموطوة بشبهة بالحيض في الفرقة والموت ش وعدة

الموطوة بشبهة او النكاح الفاسد بالحيض في الفرقة والموت لانها
وجبت لتعرف براة الرحم ليلا يشتبه النسب لانقضا حق النكاح اذ لا
زوجية فلم تختلف الحال بالحياة والممات واقيم في الايسة الاشهر
مقام الحيض الحاقا للفاسد بالصحيح وانما الحق الفاسد بعد الدخول
والوطء لشبهة بالصحيح لان الدخول قبض والفاسد يغير الملك عند
اتصال القبض به فياخذ حكم الصحيح والشبهة تلحق بالحقيقة في حكم
تحتاط في اثباته العدة يحتاط في اثباتها والمراد بالنكاح الفاسد
بغير شهود ونكاح الاخت في عدة اختها ونكاح الخامسة في عدة
الرابعة وبالموطوه بشبهة كما اذا زفت اليه غير امراته ولا يجب
عدة الوفاة الا في النكاح الصحيح والمنكوحة بغير شهود فاسد وكذا
نكاح المحارم مع العلم فانها حرام عند الامام ص واذا اعتدت
بالشهور ثم رات الدم استانفتها بالحيض ش المعتدة بالشهور
اذا حاضت تستانف العدة بالحيض لانها قدرت على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل فبطل حكم المبدل كالمتيمم اذا راى الما
في الصلاة ص او ايست بعد حيضتين فبالشهور ش المعتدة
بالحيض اذا ايست في خلال العدة استانفت بالشهور لانها عجزت
عن الاصل قبل حصول المقصود المستانف كيلا يكون جمعا بين
البدل والمبدل كما لو غسل بعض اعضايه وفنا الما يستقبل
التيمم واذا رات الدم بعد ما حكم باياسها فعلى الرواية التي لم يقدر
اياسها بشي يكون حيضا وعلى الرواية التي قدر لا يكون حيضا فلا
يبطل به الاعتداد بالشهور وقال بعضهم يجب ان يكون حيضا على

كما اذا وطي جارية اشتراها ثم ثبتت حريتها الاصلية و صح

الروايات

الروايات اجمع لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين سنة كان بالاجتهاد
واذا رات الدم اقتضى النص كونه حيضا فبطل حكم الاجتهاد ولا فرق بين
الاسود والاحمر او الاصفر او الاخضر في الاصح ص ولو اعتقت في العدة
من رجعي امروها بعدة الحراير ش قال علماونا الامة اذا اعتقت
وهي معتدة من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير وقال
مالك لا تنتقل لان العدة اذا وجبت على جهة تراعى تلك الجهة
ولا تتبدل ولنا ان العتق والطلاق الرجعي حل والنكاح قايم من كل وجه
فوجب انتقال عدتها الى عدة الحراير لكمال الملك فيها كما لو اعتقت قبل الطلاق
ص وان كانت مبانة لم نامرها ش اي وان حصل العتق للامة وهي
معتدة من طلاق باين لم تنتقل وقال الشافعي في قول تنتقل ووجهه
الاعتبار بالعدة من طلاق رجعي والجامع شرف حصول الحرية في
العدة ولنا ان النكاح منقطع فلم تنتقل عدتها كالمطلقة الرجعية
اذا انقضت عدتها ثم اعتقت ص واذا اعتقت ام الولد او مات
مولاها فامرها بثلاث حيض لا بواحدة ش قال علماونا عدة ام
الولد ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض سوا اعتقها مولاها او مات
عنها وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر وقال الشافعي
عدتها حيضة واحدة ان كانت تحيض وان كان ممن لا تحيض فشهر
لانها وجبت لتعرف براة الرحم فصارت كالاستبرا ولنا انها عدة وجبت
بسبب زوال الفراش ولهذا يثبت نسب ولدها من غير دعوة كعدة
الطلاق ولا يتربص بالاشهر في الوفاة لان الموجب للعدة وهو
العتق لم تختلف بحياة السيد وموته كالموجب في الموطوة بشبهة ٥

فاستوى الحالان ولو كانت في نكاح الغير او عدته فلا عدة عليها لعدم
الفراش وحكى ان شمس الائمة السرخسي لما خرج من الحبس زوج امير
البلد امهات اولاده من خدامه الاحرار فسال العلما الحاضرين عنه
فاستحسنوه وقال شمس الائمة اخطات لان تحت كل خادم امراة حرة
وانه تزوج الامة على الحرة فلا يجوز فاعتقهن الامير وجدد العقد
فسالهم عنه فقالوا نعم ما فعلت وقال شمس الائمة اخطات لان
العدة تجب على امهات الاولاد بعد العتق وانه تزوج المعتدة من الغير
ص اومات زوجها ومولاها وجهل الترتيب وكيف ما بينهما فعدتها
الوفاة وقالا يجمع بين العدتين ش مات المولى والزوج ولا يعلم
ايهما مات اولا وبين موتهما اقل من شهرين وخمسة ايام فعليها اربعة
اشهر وعشر من اخرهما موتا احتياطا للتيقن بعدم اعتبار الحيض
فان المولى لو مات اولا فهي منكوحة وان مات اخرا فقد مات
وهي معتدة لكن من وجه عليها شهران وخمسة ايام ان مات الزوج
اولا ومن وجه اربعة اشهر وعشرا ان مات اخرا فتعتد باربعة
اشهر وعشر وان علم ان بابن موتهما شهرين وخمسة ايام او اكثر تعدتها
اربعة اشهر وعشر تستكمل فيهما ثلاث حيض لانه ان مات الزوج
اولا فعدتها شهران وخمسة ايام وان مات المولى اولا فعليها ثلاث
لموته بعد ما صارت فراشا له وان مات المولى اولا عتقت ثم
عليها بموت الزوج اربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وان لم يعلم
ايهما مات اولا قال ابو حنيفة عليها اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها
وقالا يستكمل فيها ثلاث حيض لانه يحتمل ان يكون بين موتهما شهران

وخمسة ايام

وخمسة ايام فيحتاط في ذلك وللامام ان عدم وجوب العدة بالحيض
راجح لانها لا تجب في حالين اذا تقدم موت المولى واذا كان بينهما اقل
من شهرين وخمسة ايام وتجب في حالة اذا مات المولى بعد موت الزوج
بشهرين وخمسة ايام والمرجوح في مقابلة الراجح ساقط العبرة وان
الاصل في كل امرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما
معا كالغرقى والحرقى والهدمى فوجب عليها عدة الزوج وهي حرة
فلم يكن لانجاب الحيض حال ص وان مات صغير عن امرأته الحامل
فامرها بالشهور كما في الحادث بعده وقالا بوضع الحمل ش قال ابو
يوسف اذا مات صغير عن امرأته وهي حامل تعتد باربعة اشهر وعشر
وهو قول زفر وقال ابو حنيفة ومحمد تعتد بوضع الحمل لابي
يوسف انه منتف عنه فلا عبرة به كالحمل الحادث بعد موته
وللظاهر عموم قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن من غير فصل بين ان يكون منه او من غيره ويجوز تخصيص
العموم بالقياس ولان هذه العدة شرعت لقضاء حق النكاح لا
لتعريف براءة الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء وهذا المعنى متحقق
في حق الصبي ولين كان لبراءة الرحم فوضعه يصلح دليلا عليها
فيتعلق به الانقضاء كالذي ينسب الى الميت بخلاف الحادث
بعد الموت لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما
فتعينت الاشهر عند الموت ولا يتغير بحدوثه بعد ذلك بخلاف امراة
الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان نسبه ثابت الى حولين
ومن ضرورته وجوده عند الموت فتبين انه ليس بحادث وان كان

الحمل حادثا فعدتها بالشهور بلا خلاف لان العدة وجبت بالاشهر
عند الموت فلا يتغير بعده ص ولا يثبت نسبه ش لا يثبت نسب
الولد في الوجهين لان الصبي ماء له فلا يتصور العلوق بلا ماء فلا
يثبت النسب وقيام الحمل يوم الموت ان ياتي بولد بعد موته لاقل
من ستة اشهر وحدوثه بعد موته ان تضعه لستة اشهر فصاعدا
وهو الاصح وامراة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد موته في العدة
قيل تعتد بالوضع وقيل بالاشهر ص واذا وطيت المعتدة بشبهة
فوجبت اخرى نامر بها على التداخل لا التعاقب فان انقضت
الاولى اتمت الثانية ش قال علماونا اذا وطيت المعتدة بشبهة
يجب عليها عدة اخرى وتداخلت العدتان وقال الشافعي لا يتداخلان
وتمضي في العدة الاولى فاذا انقضت استانفت الثانية لانهما حقان
لمستحقين فلا يتداخلان كالمهرين ولانهما عبادتا كف في مدة ولا
يجتمع الكفان في وقت واحد كالصومين في يوم واحد لا يعد
بفعلين ولنا ان العدة مجرد اجل والاجال اذا اجتمعت تنقضي
بمدة واحدة كرجل عليه ديون الى اجل فاذا مضى الاجل حلت كلها
والدليل على انها اجل قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن الاية ولان المقصود منها براءة
الرحم ومعنى العبادة فيها تابع الا ترى ان العدة تنقضي بدون
علمها والعبادة لا تحصل من المكلف بدون علمه والتعريف يحصل
مع التداخل وهذا بخلاف الصوم فان الركن فيه الفعل ولا يكون
الفعل الواحد فعلين وان كان الوط بشبهة بعد انقضا حيضة
مثلا

مثلا فحاضت حيضتين بعدها اتمت العدة الاولى ووجب عليها ان تتم
الثانية بحيضة ثالثة ص وتبتدي بعده الطلاق والوفاة عقيبهما
وتنقضي بمضي المدة وان لم تعلم بهما ش ابتدا العدة في الطلاق
عقيبه وفي الوفاة عقيبها لان الله تعالى اوجبها على المطلقة والمتوفى
عنها زوجها ينصفان بها عقيبهما فيكون الابتدا عقيبهما ضرورة وهو
مروي عن علي وابن عباس وبن مسعود رضي الله عنهم ولان الحكم يثبت
عقيب المسبب ولا يفتقر الى العلم بحصوله كساير الاسباب وان اقر
انه طلق امراته منذ كذا ان كذبته في الاسناد او قالت لا ادري فالعدة
من وقت الاقرار ويجعل هذا انشا احتياطا قالوا هذا في حق النفقة
والسكنى اما في حق التزوج باختها او باربع سواها فتعتبر من
وقت الطلاق وقيل تعتبر من وقت الاقرار في الكل وان صدقته
ذكر في الاصل ان العدة من وقت الطلاق واختار مشايخ بلخ انها
من وقت الاقرار احتياطا لحق الله وعقوبة عليه جزا على كتمان
الطلاق وليس لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لانه حقها وقد
اسقطاه باقرارها ولها الميراث ثانيا ان وجد الدخول من
وقت الطلاق الى وقت الاقرار لانه اقر به وقد صدقته ص
وامرناها به في النكاح الفاسد عقيب التفريق او العزم على ترك
الوطء لا من اخر الوطات ش العدة في النكاح الفاسد من حين
التفريق بينهما او عزم الواطي على ترك الوطي وذلك بان يقول تركتك
او خليت سبيلك او نحو ذلك لا لمجرد العزم على ترك الوطي وهو قول
ابي يوسف واختيار ابو بكر البلخي وبه كان يقول ابو جعفر ووجهه

الى الموجب للعدة هو فوت نعمة النكاح ولهذا لا تجب العدة في الزنا ورفع
تملك الشبهة بالفرقة فتعتبر العدة من وقت الفرقة ثم الفرقة اما
تتفرق القاضي او بالمتاركة ولا تتحقق المتاركة بمجرد الامتناع عن
الوطي بل يقول الرجل كما ذكرنا ويدل على ان الشبهة لا ترتفع الا بالفرقة
انه اذا وطيها قبل الفرقة مرارا لا يلزمه الحد للشبهة وان وطيها مرة
بعد الفرقة يلزمه لعدم الشبهة والوطي الاخير ولا توقف عليها
للغير كالاخت ولا لها لانه يجوز ان يوجد غيره فاقيم السبب
الظاهر وهو التمكن من الوطي مقام الوطي فتعتبر العدة من وقت
ارتفاع التمكن وقال زفر وهو قول ابي القاسم الصفار عقيب
الوطية الاخيرة لان الوطي هو الموجب للعدة ولهذا لو لم يطأها
لم تجب عليها العدة وأثر الخلاف يظهر فيما اذا وطيها وحاضت
حيضة ثم عزم على ترك وطيها هل تحتسب تلك الحيضة ام لا ص
واذا اقرت بانقضائها بالحيض فاقل المدة شهران وقالا تسعة
وثلاثون يوما ش قال ابو حنيفة لا تصدق الحرة على انقضاء
العدة بالحيض في اقل من ستين يوما وقالا في تسعة وثلاثين
يوما وثلاث ساعات لانها امينة فيحتال لتصديقها ما امكن وقد
امكن بان تجعل الطلاق في اخر الطهر وحيضها اقل الحيض وطهرها
اقله فيحتاج الى طهرين ثلاثين يوما وثلاث حيض تسعة ايام
وثلاث ساعات للاغتسال والاخبار وللامام ان اقل الحيض
مع اقل الطهر لا يتفقان ثلاث مرات عادة والمكذب عادة كالمكذب
حقيقة واكثر مدة الطهر لا غاية لها فيبني الامر على اقل الطهر

واكثر

واكثر الحيض ليجعل انها حاضت عقيب الطلاق ويكون عشرة حيضا
وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا
واختلفت الرواية الرواية عن الامام في التخريج فروى محمد عنه انه
يصير الطلاق في اول الطهر والطهر خمسة عشر ثلاث مرات والحيض
خمسة ثلاث مرات لانه الوسط بين الاقل والاكثر وروي الحسن
عنه انه يعتبر الطلاق واقعا في اخر الطهر ويعتبر الحيض عشرة
ثلاث مرات والطهر خمسة عشر مرتين لانه اعتبر في الطهر اقله مراعاة
لحقها وفي الحيض اكثره مراعاة لحق الزوج واما الامة فعدتها
تصدق في احد وعشرين يوما لانه يعتبر حيضتين ستة ايام
وطهر واحد خمسة عشر يوما واما عند الامام فعلى رواية محمد
عنه على ما ذكره القدوري في شرحه تصدق في اربعين يوما لانه
يعتبر طهرين ثلاثين يوما وحيضتين عشرة وعلى رواية الحسن
عنه تصدق في خمسة وثلاثين يوما لانه يعتبر حيضتين عشرين
يوما وطهرا يتخللهما خمسة عشر يوما وقيل على قياس قول ابي يوسف
ينبغي ان تصدق في سبعة وثلاثين يوما ونصف يوم واربع
ساعات لان اقل الحيض عنده يومان واكثر الثالث فنجعل كل
حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة وثلاثون يوما
ونصف يوم ثلاث ساعات وساعة للاغتسال والاخبار ص
ولو علق طلاقها بالولادة فاقلها خمسة وثمانون والغاية رواية
ويصدقها في خمسة وستين لاربعة وخمسين ش اذا قال الرجل لامراته
الحرة اذا ولدت فانت طالق فولدت فطلقت ثم اقرت بانقضاء عدتها

بالحيض فعلى تخريج محمد على أصل الامام لا تصدق في أقل من خمسة
وثمانين يوما لانها تحتاج الى نفاس خمسة وعشرين يوما ثم
الى ثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر يوما والى ثلاث حيض كل حيضة
خمسة واما على رواية الحسن فيعتبر ماية يوم لانها تحتاج الى اقل
نفاس تصدق فيه خمسة وعشرين يوما ثم الى ثلاثة اطهار والى
ثلاث حيض كل حيضة عشرة وعلى قول ابي يوسف لا تصدق في
اقل من خمسة وستين يوما لان اقل النفاس عنده احد عشر يوما
لان اكثر الحيض عشرة فرددنا عليه يوما لان النفاس يزيد على
الحيض ثم تحتاج الى ثلاثة اطهار وثلاث حيض كل حيضة ثلاثة
ايام وعلى قول محمد يصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة لان
اقل النفاس عنده ساعة فيحتاج الى ثلاثة اطهار بعدها ثلاث
حيض وان كانت امة فعلى رواية محمد عن الامام لا تصدق في اقل
من خمسة وستين يوما لانها تحتاج الى نفاس خمسة وعشرين يوما
وطهرين ثلاثين يوما والى حيضتين عشرة ايام وعلى رواية الحسن
خمسة وسبعين يوما لانها تحتاج الى خمسة وعشرين يوما والى
طهرين والى حيضتين وعند ابي يوسف سبعة واربعين يوما
لانها تحتاج الى طهرين والى حيضتين والى نفاس احد عشر
يوما وعند محمد ستة وثلاثين يوما وساعة لانها تحتاج الى
نفاس ساعة وطهرين وحيضتين والمسئلة كما تتاتى في التعليق
تتاتى في التنجيز بان ولدت المعتدة وطلقها عقيب الولادة ثم
قالت انقضت عدتي الى اخره ص وتترك الحرة والامة في عدة
الوفاة

الوفاة عن نكاح صحيح الطيب والزينة والكحل والدهن الا لعذر ش
المتوفى عنها زوجها يجب عليها الاحداد اذا كانت مسلمة بالغة حرة
كانت او امة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا رواه
البخاري ومسلم وابو داود ووجه الاستدلال منه انه عليه السلام
نفى الحل وهو مستلزم لثبوت الحرمة لعدم الواسطة والحرمة اثر
النهي فكانه قال لا تحد امراة على ميت الا على زوجها فانها تحد عليه
والخبر يعبر به عن الامر للمبالغة والتاكيد ولان قيام النكاح
كان نعمة في حقها ففواتها يوجب التاسف عليه كما ان قيامها يوجب
الشكر وقوله عن نكاح صحيح قيد تخرج به النكاح الفاسد لانه معصية
ولا تاسف على ارتفاع المعصية والحداد مصدر حدت المراة اذا تركت
الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها من باب فعل يفعل بفتح العين
في الماضي وضمها وكسرها في المستقبل والاحداد مصدر احدت وهو ان
تجتنب المراة الطيب والكحل والدهن ولبس المطيب وان تمتشط
وتتزين الا لعذر لان فيه ضرورة ص ونامر به المبتوتة ش
قال علماونا يجب على المطلقة طلاقا باينا الاحداد سوا كانت
حرة ام امة وقال الشافعي لا احداد على المبتوتة لانه لفوات
الزوج والزوج هو الذي اوحشها بالفراق فلا تتاسف عليه ولنا
ما رواه النساي انه عليه السلام نهى عن المعتدة ان تختضب بالحنا
وهو مطلق فيتناولها ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت
نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مونتها من النفقة

والسكني وغير ذلك من المصالح الدينيه والدنيوية والابانة اقطع لها
من الموت حتى كان لها قتله ميتا قبل الابانة لا بعدها والامة
خاطبه بحقوق الله فيما ليس فيه ابطال حق المولى فان قيل كيف
يجب التاسف عليها وقد قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم
ولا تفرحوا بما اتاكم قلنا المراد به الفرح بصياح نقل ذلك عن ابن مسعود
رضي الله عنه وما بدون الصياح فلا يمكن النهي عنه فان قيل
المختلعة وقع الفراق باختيارها فكيف تتاسف عليه وكذا المبانة
بغير الخلع فانه قد جفاها فكيف يتصور ان تتاسف عليه ولو كان
كما قلتم من فوات نعمة النكاح لما وجب عليها لانها تختار ضده وكان
ينبغي ان يجب على الرجل ايضا لانه فاتته نعمة النكاح قلنا المعتبر
الاعم الاغلب ولا ينظر الى الافراد وكم من النساء من تمني موت الزوج
وتفرح به ومع هذا يجب عليها الاحداد لما قلنا وهو تبع للعدة فلو
وجب على الرجل لوجب مقصودا وهو غير مشروع ولهذا لا يحل لها
ذلك على غير الزوج كالولد والابوين وان كان اشد عليها من
الزوج لفقد العدة ص ولا توجيه على ذمية ولا صغيرة ش
قال علماؤنا الاحداد على كافرة ولا صبية خلافا للشافعي له ان
الاحداد حق الزوج فيعم النساء ولنا انه حق الشرع ولا خطاب
عليها ولا يلزم العدة لان المولى هو المامور ان لا يتزوجها حتى تنقضي
عدتها لحق الشرع كما يومران يمنعها من شرب الخمر على ان العدة مضى
المدة ومضيها لا يفضي الى توجيه خطاب الشرع عليها وحق الزوج
في صيانة مائه وانه بالحبس ولا احداد على المجنونة لعدم الخطاب

ص

ص والاحداد على ام ولد ش لا احداد في عدة ام ولد لانها لم يفتها
نعمة النكاح ليظهر التاسف بفوته والاباحة هي الاصل وعلى الامة
المنكوحة الحداد الا انها لا تمنع من الخروج لان فيه حق المولى وهو
مقدم على حق الله وحق الزوج ولهذا يمنعها من النوافل ويمنع العبد
من شهود الجمعة والاعياد وللزوج ان يمنع الصغيرة من الخروج
حال قيام النكاح لانه يستمتع بها ولا يمنعها في العدة لانه لا يستمتع
ولا فيه صون مائه ص ولا تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض س
لا تخطب المعتدة بالتصريح لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى
يبلغ الكتاب اجله ولا باس بالتعريض في المتوفى عنها زوجها والتعريض
التلويح وحقيقته اماله الكلام الى غرض يدل على الغرض منه مثل
ان يقول انك جميلة او شابة او ان من حيي النساء ونحو ذلك وهذا
اذا كانت معتدة عن وفاة واما اذا كانت معتدة عن طلاق فلا
يجوز التعريض لان الطلاق ان كان رجعيا فالزوجية قائمة
وان كان بائنا فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس لانها
لا تخرج ليلا ولا نهارا واظهار ذلك قبيح وفيه تحصيل ما يوجب البغض
والعداوة بينه وبين الزوج ولهذا بينها وبين الزوج ولا
يتحقق ذلك في المتوفى عنها زوجها ص ولا تخرج المطلقة الرجعية
والمبتوتة أصلا ش لا تخرج معتدة الطلاق سواء كان الطلاق
رجعيا او بائنا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
يأتين بفاحشة الزنا نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه فيخرجن
لاقامة الحد عليهن وقال ابن عباس ان يكون بذية اللسان تؤذي

احداها فتخرج من منزل الزوج ص وتخرج المتوفى عنها نهارا او بعض
الليل وتبيت في منزلها ش لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج
لمعاشها وقد يمتد الى الليل فيباح لها الخروج فيهما غير انها لا تجوز لها
ان تثبت في غير منزلها الليل كله ولها ان تبيت اقل من نصف الليل
لان المبيت عن الكون في مكان اكثر الليل بخلاف المعتدة عن طلاق
لان نفقتها دارة عليها فلا حاجة لها الى الخروج حتى لو اختلعت
على ان لا نفقة لها يباح لها الخروج في رواية لضرورة معاشها وقيل
لا يباح لها لانها هي التي اختارت ابطال النفقة ولا يصلح ذلك في
ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد كما لو اختلعت على ان لا
سكنى لها فان مونة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها ان يكتري
بيت الزوج ولا يحل لها الخروج منه كما لو قبلت ابن زوجها نفقة
لها ولها السكنى لانه حق الله تعالى والامة تخرج في الوفاة والابانة
في الوقتين جميعا لان في المنع ابطال حق المولى وحق المولى مقدم
وان بوأها المولى منزلة الزوج لا تخرج ما دامت على ذلك الا ان تخرجها
المولى وتخرج الكتابية والمكاتبة الا اذا منعها لصيانة مائية
والمجنونة والمعتوهة كالذمية والصغيرة تخرج لانها لا يلزمها
العبادات وفي العدة معنى العبادة من حيث انها حق الشرع ولا
حق للزوج لانه لحفظ الولد ولا ولد لها الا في الرجعي لبقاء الزوجية
ص وتعتد في المنزل المضاف اليها سكنى حال وجوبها ش اي وتعتد
المعتدة من فراق او موت في منزلها الذي كانت تسكنه حال وجوب
العدة عليها لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقال عليه
السلام

السلام لفريعة بنت مالك وهي اخت ابي سعيد الخدري حين
قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت ان تتحول الى اهلها لاجل
الرفق عندهم امكثي في بيتك الذي اتاك فيه نعي زوجك حتى
يبلغ الكتاب اجله رواه الترمذي وصححه وان كانت في غير منزلها
عادت اليه من غير تاخير ص فان اخرجها الورثة من نصيبهم وضاق
عنها نصيبها انتقلت ش يعني اذا كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها
لسكناها واخرجها الورثة فحينئذ يجوز لها ان تنتقل الى غيره لان
هذا الانتقال لعذر وفي الاعتداد بمعنى العبادة والعبادة تؤثر
في الاعذار وكذا اذا خافت على نفسها او مالها او كانت فيه باجر لم تقدر
عليه يجوز لها الانتقال الى غيره ثم لا تخرج من البيت الذي انتقلت
اليه الا بعذر ايضا لانه يأخذ حكم الاول في تعيينه وفي الطلاق
البائن لا بد من حايل بينها وبين المطلق واذا وجدا باس بان يسكنها
في منزل واحد الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج وان
خرج هو وتركها في بيت العدة فهو اولى لانه معترف بالحرمة والظاهر
من حاله اجتناب الحرام وان جعل القاضي بينهما امراة ثقة تقدر
على الحيلولة بينهما فهو حسن ونفقتها في بيت المال ولا يقال المراة
على اصلكم لا تصلح ان تكون حايلا حتى قلتم ان المراة لا يجوز لها ان
تسافر مع نساء ثقات وقلتم تزداد الفتنة بضم غيرها اليها فكيف
تصلح هنا لانا نقول تصلح ان تكون حيلولة في البلد لامكان الاستعانة
بجماعة المسلمين وباولي الامر منهم بخلاف المفاوزة في السفر
وبالاولى ان ينتقل الزوج اذا ضاق عنها المنزل وان كان الزوج

غائبا فطلقها وطلب منها اهل المنزل الاجرة اعطتهم باذن القاضي
ويكون ذلك دينا على الزوج ص وان مات في السفر في مصر او ابانها
وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها مسيرة سفر تعلقها ان تعتد
في المصر ولا يخرج محرم حتى تفرغ واجازه قبله س اذا مات عن امرأته
او ابانها في سفر ان كان في بر وبينها وبين مصرها ومقصدها
اقل من مدة السفر تميل الى اي الجهتين شاءت بمحرم وغير محرم
لان ذلك ليس في معنى انشاء السفر وان كان احدهما مدة سفر
والاخر دونها تميل الى الاقرب لانه ليس فيه انشاء السفر وان كان
جميعا مدة فان شاءت رجعت وهو الاولى لتعتد في منزلها وان
شاءت مضت بمحرم او غير محرم لان ما تخاف عليها في ذلك الموضع اعظم
مما تخاف عليها في الخروج وينبغي ان تختار الاقرب فان كان المصر
اقرب على غير طريق القافلة فليس لها ان تتخلف عن القافلة وان
كان ذلك في مصر لم تخرج بغير محرم وان كان معها محرم قال ابو حنيفة
لم تخرج في العدة حتى تفرغ منها فتخرج بمحرم وقالا تخرج بالمحرم في العدة
وبعدها لانها في غير منزلها فلها ان تخرج بالمحرم كما اذا كانت في غير
مصر وللامام ان العدة امنع للخروج من عدم المحرم وعدم المحرم
هنا مانع فالعدة اولى ولو كان الزوج بدويا ينتقل بها في المياه
والكلاء ان لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع ليس له ذلك لان الاعداد
في موضع الكلاء واجب والخروج حرام وان تضرر فله ذلك لانه مست
الضرورة والضرورة تبيح المحظور **فصل في ثبوت النسب**
ص ويقدر اقل الحمل بستة اشهر وتقدر اكثره بسنتين لا اربعا ص

لما روي ان عمر رضي الله عنه هم برجم امراة جاءت بولد لستة
اشهر من وقت التزوج فقال له علي كرم الله وجهه لا سبيل لك
عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله
في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وعليه الاجماع واما اكثره فقال
علماؤنا سنتان وقال الشافعي اربع سنين وقد ذكر ان فلانا
وفلانا وفلانا حملته امه اربع سنين ولنا قول عائشة رضي الله
عنها لا يبقى الولد في رحم امه اكثر من سنتين ولو بقلكة مغزل
ومثله لا يعرف الا سماعا ولان بقاء الولد في البطن اكثر من
سنتين في غاية الندرة اذ الولادة قل ما تختلف ولا يجوز بنا
الحكم مليه وكيف يجوز بنا الحكم الشرعي واثبات اصل من
اصول الشرع على حكايات محتملة لم تشتهر ص واذا اقرت
بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه
او لستة لم يثبت س كل معتدة اقرت بانقضائها ثم ولدت
لاقل من ستة اشهر من حين الاقرار ثبت نسبه للتيقن
بكذبها وان ولدته لاكثر لم يثبت لعدم التيقن فجاز ان يكون
من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبه ص واذا اتت به الرجعية
لسنتين او اكثر ثبت ما لم يقر بانقضائها وكان مراجعا او لاقل
ثبت وبانت س يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية وان جاءت به
لاكثر من سنتين لاحتمال ان تكون ممتدة الطهر والظاهر عدم
الزنا فيجعل واطيا في اخر الطهر فيصير مراجعا وان ولدت
لاقل من سنتين بانت لانقضاء العدة ويثبت نسبه ولا يصير

مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق والرجعة لا تثبت بالشك
ص او المبتوتة لا قل منهما ثبت اولهما من حين الفرقة لم يثبت
الا بادعائه س وان ولدت المبتوتة لا قل من سنتين ثبت نسبه
لقيام الحبل قبل الطلاق ظاهرا وان ولدت لتمام سنتين لا يثبت
لعدم بقائه في البطن اكثر من سنتين الا ان يدعيه لانه التزمه
وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة واذا لم يثبت نسب ولد
المبتوتة اذا جاءت به لاكثر من سنتين نحكم بانقضاء عدتها
قبل الولادة لسنة اشهر وترد نفقه ستة اشهر عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف يحكم بالانقضاء بوضع الحمل ولا ترد شيا
من النفقة ومحى في فصل النفقة وحكم تمام السنتين ذكر القدوري
وصاحب الهداية وغيرهما حكم الاكثر وذكر في شرح مختصر
الكرخي وشرح الطحاوي والبدايع وغيرها حكمه حكم الاصل وهو
الاصح ص وان كانت هذه صغيرة فجاءت به تثبته الى سنتين
او رجعيه فالى سبعة وعشرين شهرا فجاءت به واثبتناه ان
اتت به لاقل من تسعة اشهر فيهما او متوفى عنها زوجها فالى
سنتين واثبتناه ان اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام
س قال ابو يوسف الصغيرة التي يجامع مثلها اذا اتت بولد وهي
مبتوته او متوفى عنها يثبت نسبه اذا جاءت به الى سنتين او
مطلقة طلاقا رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا امّا
المبتوته فلانها معتده يحتمل ان تحبل ساعة فساعة لانها مراهقة
فمتى جاءت به لاقل من سنتين من وقت البينونة علم ان العلوق

كان

كان قبل الطلاق فيثبت النسب وان جاءت به لاكثر لا يثبت لحصول
العلم بعد البينونة واما المتوفى عنها اذا لم تقر بانقضاء العدة
ولا بالحبل فلان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل واما المطلقة الرجعية
فلانه يحتمل انه وطئها في اخر عدتها وهي ثلاثة اشهر اذ الطلاق الرجعي
لا يحرم الوطء فيكون مراجعا وعلقت هي بالولد ثم مدة الحبل سنتان
فالمجموع سبعة وعشرون شهرا وقال ابو حنيفة ومحمد في المبتوتة
والمطلقة طلاقا رجعيا يثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من تسعة
اشهر من حين طلقها لانها صغيرة وبانقضاء عدة الصغيرة جهة
معينة في الشرع وهي ثلاثة اشهر وهو في الدلالة فوق اقراره
لاحتمال الكذب في الاقرار وعدمه في المتعين شرعا فيترك
سكوتها عن الاقرار بانقضاء عدتها منزلة الاعتراف وهي لو اعترفت
وهي مبتوته او رجعية بعد مضي ثلاثة اشهر لا يثبت نسب
ولدها الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعترفت
كذا هذا وفي المتوفى عنها اذا لم تقر بانقضاء العدة ولا بالحبل
اذا ولدت لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام لساعة يثبت النسب
والا فلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة لان عدتها ذات
جهة واحدة لا يحتمل الحبل لصغرها ص واذا لم تقر معتدة الوفاة
بانقضائها فاتت به لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام اثبتناه س
قال علماؤنا الثلاثة يثبت نسب ولد المراة المتوفى عنها زوجها
اذا لم تقر بالحبل ولا بانقضاء عدتها من زوجها وان اتت به لاقل
من عشرة اشهر وعشرة ايام من حين مات ثبت الحق الكبيرة بالصغيرة

ولنا انها قابلة للحبل وتحتمل انقضاء عدتها بوضعة لخلاف الصغيرة ص
واذا اتت به معتدة الوفاة تثبونه بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
الا ان يكون حبل ظاهرا واعتراف واثبتناه بواحدة ش قال ابو حنيفة
اذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه الا ان يشهد بولادته رجلان
او رجل وامرأتان الا ان يكون الحبل ظاهرا واعتراف واثبتناه بواحدة
ش قال ابو حنيفة اذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه الا ان
يشهد بولادته رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون الحبل ظاهرا
او الزوج معترفا به من قبل فيثبت من دون حاجة الى شهادة
وقالا يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ويشترط
ان تكون حرة عدلة لها انها تدعيه فلا يقبل قولها فيه والرجال لا تطلع
عليه فيقبل قول النساء والحاجة هنا الى تعيين الولد وهو يتعين
بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح وللامام انه حق مقصود
فلا يثبت الا بحجة تامة وتصور اطلاع الرجال عليه بالاستلقاء
كان في اعتباره بخلاف ما اذا كان حبل ظاهرا واعتراف من قبل
الزوج يثبت بغير شهادة لان النسب ثابت قبل الولادة وانما
اختارها بالفصاله فيقبل قولها فيه كما في الحيض ولا تشترط الذكورة
والعدد كيلا يكثر النظر الى العورة وهل تشترط لفظة الشهادة
قال مشايخ خراسان تشترط لانها موجبة حقا على الغير وقال
مشايخ العراق لا تشترط قياسا على العدد وهل تقبل شهادة
فصل واحد قيل تقبل كيلا يكون حال الرجل دون حال المرأة وقيل
لا تقبل ويفسق لعدم الضرورة والمعتدة تتناول المعتدة عن

وفاة

وفاة وطلاق بائن ورجعي ص والطلاق المعلق بالولادة لا يتبع بشهادة
واحدة بها ش قال ابو حنيفة اذا قال الرجل لامرأته اذا ولدت
ولدا فانت طالق ولم تقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يتبع الا
بشهادة تامة على الولادة وقالا يتبع بشهادة امرأة واحدة لانها
اذا قبلت على الولادة فتقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق وللامام
انها اذهبت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة لان قبول شهادة النساء
في الولادة ضروري ولا يظهر في حق الطلاق لانه ليس من ضرورات
الولادة اذ الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمه
هنا باتفاق الحال لمن اشترى لحما فاخبره عدل انه ذبيحة مجوسي
قبلت شهادته في حق حرمة اللحم لا في حق الرجوع على البائع بالثمن
عند الامام يثبت النسب ولا يتبع الطلاق وعندهما يثبت النسب
ويتبع الطلاق واذا اقر بالحبل قال ابو حنيفة يطلق من غير
شهادة وقالا لا يطلق حتى يشهد واحدة لان وقوع الطلاق حكم
معلق بالولادة فلا يثبت عند التناكر الا بشهادة واحدة وللامام
انه اقر بما يفضي الى الولادة فهو كالتعليق بالحيض بل اولى ص
واذا تزوجها فاتت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الا لستة
ثبت ان اعترف به ش اذا اتت المنكوحة بولد لاقل من ستة اشهر
منذ تزوجها لم يثبت نسبه للعلم يقينا بان الحادث كان قبل
العقد وان اتت به لستة اشهر ثبت سواء اعترف به الزوج ام سكت
لانها جاءت به لمدة تامة احتمل ان يكون منه بان تزوجها وهو عليها
فوافق الا نزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته فيثبت ص وان جحد

الولادة تثبت بواحدة س وان جحد الزوج الولادة ثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بها حتى لو نفاه الزوج لاعن به لان النسب لما
ثبت بالفراش القايم وقول الزوجة مقبول في الاخبار عما يتفصل
منها كيف وقد انضم اليه قول اخري وان تصادقا على انه تزوجها
منذ شهر لم يثبت نسبه اذا اقام الولد بعد ما كبر بينة على الزوج
مدة ستة اشهر قبلت اما لو قامت على ذلك بينة حال صغر الولد
قيل لا تقبل ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير لان النسب حق الصغير
وقيل تقبل من غير ان ينصب عنه خصم بنا على ان الشهادة على
النسب تقبل حسبة بدون المدعي وانه فصل اختلفوا فيه قيل
تقبل وقيل لا تقبل زنا بامراة تعلقت منه وتزوجها الذي زنا
بها حال النكاح ثم اذا اتت بولد لستة اشهر ثبت النسب منه
واذا اتت به لاقل لا يثبت الا ان يقول الولد مني **فصل**
في النفقة والكسوة والسكني ص وتجب للمراة النفقة والكسوة
والسكني بتسليم نفسها في منزل زوجها س تجب النفقة بثلثة اشياء
بالنسب والسبب فالنسب القرابة والسبب الزوجية والملك وعلى الزوج
اذا سلمت المراة نفسها اليه في منزله نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل
في وجوب ذلك الكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب
فقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم واما السنة فما رواه
ابو داود عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته
في حجة الوداع فقال اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم

اتخذتموهن

اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن
فراشكم احدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن واجمعت الامة على ان النفقة والسكنى واجبان
للزوجة على زوجها واما المعقول فان النفقة تجب جزاء الاحتباس
وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه لعدم تفرغه
لحاجة نفسه اصله القاضي والمفتي والعامل على الصدقات والمضارب
اذا سافر بمال المضاربة والوصي ولا فرق في ذلك بين ان تكون مسلمة
او كافرة او طلاق منصوص وشرط التسليم لان النشوز يسقط النفقة
ولانها وجبت لجزاء الاحتباس وذكر في شرح ابي نصر ان تسليم نفسها شرط
وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك وهو اختيار القدوري وبعض مشايخ
بلخ واليه اشار كلام الفقيه ابي الليث في خزانته وهو ليس بشرط
لازم في ظاهر الرواية فان شمس الايمة السرخسي ذكر ان في ظاهر
الرواية تجب للمراة النفقة وان لم تنتقل الى منزل الزوج الا
ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى منزله كان لها ان تطالبه
بالنفقة والفتوى على ظاهر الرواية ذكره في الذخيرة ص
على قدر حاله وقيل حالها ومفتي به س يعتبر حال الرجل في النفقة
في ظاهر الرواية وهو الاصح وهو اختيار الكرخي والطحاوي وغيرهما
لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الآية وقوله تعالى على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره وذهب الخصاف الى اعتبار حالهما وهو اختيار القدوري وصاحب
الهداية وشمس الايمة السرخسي قال في المختصر وعليه الفتوى لانه

تعالى اعتبر حال الرجل في القران والنبي عليه السلام اعتبر حال المراة
في حديث هند بنت ابي سفيان حيث قال لها خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فيعتبر حالهما جمعا بين الدليلين
الا ان الحديث خبر واحد فلا يزاد به على الكتاب واشارة الخصاف
في ادب القاضي متعارضة يشير في بعضها الى انه يعتبر حاله وفي
بعضها الى انه يعتبر حالهما وتفسير اعتبار حالهما انه اذا كانا موسرين
تجب نفقة اليسار او معسرين تجب الوسط لا اسراف ولا يعتبر بان
كان الرجل ياكل الدجاج والخروف المشوي والباجات اي الالوان
الاطعمة وكانت المراة تاكل في بيت اهلها خبز الشعير اطعمها خبز
البر وباجة وباجتين والمستحب للزوج الموسر وهي فقيرة ان
ياكل معها لاظهار مكارم الاخلاق وحسن العشره وكذا اذا كانا
بالعكس يوخذ بالوسط فيطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا
يلحقها الضرر فينفق بقدر وسعه ويكون الباقي دينا في ذمته وكذلك
السكنى على هذا الاعتبار ص ويقدر بالكفاية ش اي ويقدر نفقة
الزوجة بكفايتها من غير تبذير ولا يعتبر لما تقدم من حديث
هند والمعروف هو الوسط المستفاد من قوله تعالى والذين اذا
انفقوا الاية والوسط خبز البر والاجام لان الخبز لا يوكل عادة
الا ما دوما وهذا التقدير ليس بلازم لاختلاف ذلك باختلاف
الاوقات والطباع والرخص والغلا والنظر مفوض الى راي
الحاكم وتفرض لها النفقة كل شهر وتسلم اليها لان القضا بها
كل ساعة متعذر كما يتعذر بجميع المدة فقدرناه بشهر لانه الوسط

وهو

وهو اقرب الاجال وقال بعض مشايخنا يعتبر في ذلك حال الرجل
ان كان محترفا تفرض يوما يوما لانه يتعذر عليه ادا نفقة شهر
دفعة وان كان من التجار يفرض عليه الادا شهرا شهرا وان كان من
الدهاقين يفرض عليه سنه سنه لتيسر الادا عليهم ~~فيفرض~~ وللزوج
ان يلي الانفاق بنفسه الا اذا ظهر عند القاضي انه لا ينفق عليها
فيفرض لها على ما بينا وتقدر النفقة بقدر الغلا والرخص في كل
وقت ولا تقدر بالدراهم والدنانير ولو صالحته من النفقة على
ما لا يكفيها وطلبت التكميل كملها لها القاضي ويفرض لها الكسوة كل ستة
اشهر لانها تحتاج اليها فيها لاختلاف الحر والبرد ويفرض لها في كسوة
الصيف قميص ومقنعة وملحفه وفي الشتا مع ذلك جبة وسراويل
وعلى الموسر درع سابوري وخمار ابريسم وملحفة كتان وتزاد في
الشتا جبة ولحافا وفراشا ان طلبته لان النوم على الارض قد يوذيها
وما تتغطى به دفعا للحر والبرد ويختلف ذلك باختلاف الاحوال
والبلدان واليسار والاعسار وليس عليه تهيئة اسباب الخروج
بخلاف الخادمة اذا كانت ممن تخرج للحوايج ولو وفرت كسوتها بان
كانت تلبس يوما دون يوم يفرض لها كسوة اخرى وان لبست لبسا
معتادا ولم تتخرق لم يجدد لها وكذلك النفقة ولو ضاعت النفقة
والكسوة او سرقت لم يجدد غيرهما حتى يمضي الفصل بخلاف
المحارم لان نفقة المحارم مقدرة بالحاجة بخلاف الزوجة ولهذا
لا يفرض للمحارم مع غنايها بخلاف الزوجة ص ويقبل قوله في
اعساره عنها وتسمع بينتها ش ادعت انه موسر وادعى هو الفقر

ذكر في كتاب النكاح ان القول قوله مع يمينه وهكذا ذكره الخصاف
وغيره لانه الاصل بخلاف المهر لان الالتزام يدل على القدرة وذكر
في الزيادات ان القول قولها ان الاقدام على العقد عليها والدخول
بها دليل يساره وان قامت بينة من جهتها على اليسار قبلت
او من جهته على الاعسار ففيه روايتان وفي المحيط هل تسمع بينه
على الاعسار قبل الحبس فعلى ما مر في الماذون من الروايتين وان
اقاما جميعا فبينتها اولى لانها هي المثبتة وذكر الخضيري في خبر
مطلوبه ان سالت القاضي ان يسأل عن يساره في السر لا تجيبها اليه
لانه وجد دليلا يعتمد عليه لفصل الحكم وهو التمسك بالاصل وان سأل
فاخبر انه موسر لا يعتمد عليه الا ان تخبر به رجلان عدلان انهما
قد علما ذلك لانه تحصل له العلم بخبرهما كما يحصل بشهادتهما لانهما
شبهة الصلة فكانت حسبة من وجه وليست من حقوق العباد
المحضة فشرط فيه العدد دون لفظة الشهادة وان اخبرا انهما
سمعا انه موسر لا تقبل لانهما قد يسمعان الكذب كما يسمعان الصدق
فلا تحصل لها العلم به وانه مما يطلع عليه فلا يوخذ فيه بالشهرة ص
ويوجب نفقة خادمين على الموسر واكتفيا بواحدة ش قال ابو يوسف
يفرض على الموسر نفقة خادمين لان احدهما لمصالح داخل البيت والآخر
لمصالح خارجة وقالا يفرض لاكثر من خادم لان الحاجة تنقضي بالواحد
في الداخل والخارج وما زاد عليه قل التحمل والضرورة فيه ولان الزوج
لو اقام خدمتها بنفسه لم يلزمه نفقة الخادم فكذا اذا قام الواحد مقام
نفسه وروى صاحب الاملاء عن ابي يوسف انها ان كانت ممن تخدم فمقدار ما

عن خدمة

عن خدمة خادم واحد انفق على ما لا بد لها منه من الخدام اثنين او اكثر
وبه اخذ الطحاوي لان هذا من المعروف لمثلها وهو الواجب في النفقة
وان كان زوج الحرة موسرا ولها خادم فرض لها نفقة الخادم اذا كان
متفرغا لخدمتها ولا شغل له غيرها لانه تولي مصالحها وكان من كفايتها
واليسار متقدر بنصاب حرمان الصدقة والخادم واحد الخدم غلاما
كان او جارية وروي عن علي رضي الله عنه انه فرض لامراة وخادم
اثني عشر درهما في الشهر اربعة للخادم وثمانية للمراة منها درهمان للقطن
والكتان وان لم يكن لها خادم لا فرض نفقة الخادم في ظاهر الرواية
وروي عن ابي حنيفة انه يفرض نفقة خادم واحد لان على الزوج القيام
بمصالح طعامها فاذا لم يقم بها اعطى نفقة الخادم وللظاهر ان نفقة
الخادم لسبب الملك فاذا لم يكن في ملكها خادم لم يلزمها نفقة الخادم
كالغازي الراجل لا يستوجب سهم الفارس وان كان منه كفاية
الفارس ونفقة الخادم قالوا ادنى الكفاية وهو ما يلزم المعسر من
نفقة امراته وان كان الزوج معسرا لم يفرض لها نفقة خادم في
رواية الحسن عن الامام وقال محمد يفرض ان كان خادم لانه من جملة
كفايتها ولرواية الحسن وهي الاصح ان المعتبر حال الرجل وحال
المعسر لا يحتمل الخادم ثم المراة اذا لم يكن لها خادم يجب عليها ان تخبز
وتعالج بنفسها لانه عليه السلام قسم الاعمال بين علي وفاطمة فجعل
اعمال الخارج عليه واعمال الداخل عليها وان قالت انا افعل لا تجبر عليه
لان الواجب عليها تمكين الزوج لان هذه الاعمال قالوا وهذا اذا
كانت لا تقدر على ذلك او كانت من بنات الاشراف اما اذا كانت تقدر

وتخدم نفسها اجبرت عليه لانها منتفعة وان امتنع الخادم من
الخدمة لا يفرض له لان نفقته بازاء الخدمة بخلاف نفقة المراة
فانها بازاء الاحتباس لا غير ص وان نشزت فلا نفقة حتى تعود
ش اي لا نفقة لناشزة والناشزة الناشصة هي المانعة نفسها
عن زوجها بغير حق بان رضيت من زوجها او ابت ان تحول معه
الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد كان اوفاها مهرها
لان شرط وجوب النفقة تسليم نفسها وقد انعدم ذلك في الناشزة
بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين لان الاحتباس لا يفوت به وهو يقيد
عليه كرها واذا عادت عاد الاحتباس فوجبت النفقة فان قيل
النص مطلق فكيف خصت الناشزة قيل خصت بدلالة النص
لانه تعالى امر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة بقوله تعالى
واهجروهن في المضاجع وهي مشتركة فالان لا تجب النفقة وهي مختصة
بها اولى وقيل لشريح على الناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم فقال
جراب من تراب معناه لا نفقة لها دون يسكن في ارض غصب امتنعت
المراة لذلك او كان هو بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها اجنبيا
ليحملها اليه فلم تذهب لعدم المحرم لا تكون ناشزة لانها محقة قالوا
اشتراط تسليم نفسها في منزل الزوج وقع على اختيار القدوري
وهو قول ابي يوسف واختيار بعض ائمة بلخ فانهم قالوا لا تستحق
النفقة اذا لم تنزف الى منزل الزوج وهذا الشرط ليس بلازم
في ظاهر الرواية ذكر في المبسوط ان بعد صحة العقد النفقة
واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم
يطلب

يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وهذا لان
النفقة حقها والانتقال حقه فلا يستوجب بطلان حقها
وقال في الذخيرة والكافي الفتوى على ظاهر الرواية وعلى هذا
في قول ابي نصر الاقطع في شرحه ان تسليم نفسها شرط وجوب النفقة
والخلاف فيه نظر ص ولا نفقة للصغيرة ش اذا تزوج الرجل
صغيرة بجامع مثلها في الكبيرة وحدها قيل ان تبلغ سبع سنين
وهي عبله وقيل تسع سنين والصحيح انه لا عبرة بالسن وانما العبرة
للاحتمال والقدرة وان كانت لا تجامع فلا نفقة لها خلافا للشافعي
له انها عوض عن الملك فكانت الصغيرة كالمملوكة ولنا انها
ليست بمسلمة نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة اذ تسليم صغيره
لا تحتمل الجماع ليس بصحيح بخلاف التي تحتمل وهي تعوض عن ملك البضع
لان المهر وقع عوضا عنه وما عن الاستمتاع لانه تعرف فيما ملكه
بالعقد فلا يجب غيرها اوجبه العقد وان كانت الصغيرة لا تطيق
للجماع وتصلح للخدمة اختلفوا فيه فقال صاحب الايضاح والتحفه
الى انه ان امسكها لزمته النفقة والمنظور في ايجاب النفقة احتباس
ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع والدواعي
حتى تجب النفقة والقرنا والتي اصابها بلا يمنع من النكاح والكبيرة
على وجه لا يمكنها الوطي لان الانتفاع من حيث الدواعي حاصل
بان يجامعها فيما دون الفرج والصغيرة التي لا تجامع مثلها لا تجامع
فيما دون الفرج والصغيرة لانها لا تكون مشتهاة قالوا وعلى هذا
اذا كانت الصغيرة مشتهاة ولكن جامعها فيما دون الفرج تجب النفقة

ص ويجب للكبيرة في مال الصغير ش وان كان الزوج صغيرا
لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة في ماله خلافا للشافعي
في قول لان شرط وجوب النفقة تسليم النفس وقد وجد لكن الزوج
عجز عن استيفا حقه فلا يسقط بعجزه حقها له انها رضيت بترك نفقتها
حيث تزوجته مع علمها بحاله قلنا ما رضيت بترك نفقتها كما لو تزوجت
بالمجبوب مع العلم بحاله ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة
لها لان المنع لمعنى من جهتها فاكثر ما في الباب ان يجعل المنع لمعنى من
جهته كالمعدوم فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها
لا تستحق النفقة فينظر في جنس هذه المسايل الى المراة ان كانت
لا تصلح للجماع لا نفقة لها سوا كان الزوج يطيق اولا وان كانت
تصلح فلها النفقة سوا كان الزوج يطيق اولى ص ولا نفقة
للمتوفى عنها ش لا نفقة للمتوفى عنها زوجها في تركته حاملا كانت
او حايلا لان احتباسها في عدتها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فلا
يكون نفقتها وسكناها في تركته وكانت في بدء الامر واجبة
في التركة بقوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج
فنسخت بالميراث ص ولو جبها للمبانة في العدة كالرجعة ش
للمعتدة من نكاح صحيح النفقة والسكنى سوا كانت النفقة بطلاق
او غير طلاق باينا كان او غير باين خلافا للشافعي في الباين الا
ان تكون حاملا وهذا بنا على ان النفقة عنده حكم النكاح وقد زال
من كل وجه كالمتوفى عنها زوجها وعندنا جزا الاحتباس لحقه صيانة
لمايه وانه موجود فيها وتخصيص اولات الاحمال بالنفقة لا يدل
على نفي

على نفي ما عداهن بل على الاثبات لانها اطول مدة والاثبات في المدة الطويلة
يدل على اثباتها في المدة القصيرة بل اولى وحديث فاطمة بنت قيس
وهو ما روي انها قالت طلقني زوجي ثلاثا ولم يجعل لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم سكنى ولا نفقة رده عمر رضي الله عنه حيث قال لا ندع
كتاب ربنا وسنة نبينا لقوله امراة لا ندري اصدقت ام كذبت حفظت
او نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ومراده بقوله كتاب ربنا قوله
تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن وجه التمسك به
انه تعالى نهى عن اخراجهن وخروجهن من بيوتهن واوجب النفقة
والسكنى على الازواج بقوله تعالى اسكنوهن ولم يفرق بين الرجعي والباين
ورده ايضا ابن مسعود وزيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة
رضي الله عنهم وفي صحيح مسلم لما حدث الشعبي عنها بهذا الحديث اخذ
الاسود بن يزيد كفا من حصى وحصب به الشعبي وقال له ويلك
اتحدث بمثل هذا الحديث وروى البخاري عن عايشة رضي الله عنها
انها قالت لفاطمة الا تتقي وروي انها قالت لها لا خير لك فيه
وهذا لان النفقة تجب جزا الاحتباس لحقه صيانة لمايه وهذا
المعنى موجود فيها وقوله الا اذا كانت حاملا تجب عليه النفقة
للحمل لا يصح لوجهين احدهما ان المراة لو كانت امة وبت طلاقها
وهي حامل لوجبت نفقتها على مولاها لانها ملكه لا على الزوج الثاني
انها لو كانت تتحمل لتعددت بتعدده ولمهر كي كسوة العدة لان
محمدا قال النفقة هي الطعام والكسو ص واذا تزوج عبد حرة باذن

مولاه تعلقت النفقة برقبته ش اذا تزوج العبد حرة باذن
مولاه فنفقتها دين عليه تتعلق برقبته فيباع فيها لانه دين وجب
في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
كدين التجارة بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم
تجب النفقة فيه ولو دخل بها لا يباع في المهر ايضا لان وجوب
المهر لم يظهر في حق المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب به بعد الحرية
والمولى ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو
مات سقطت نفقة امراته ولا تؤخذ المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء
وكذا اذا قتل تسقط في الصحيح وقيل لا تسقط لانه اخلف القيمة
فينتقل اليه كساير الديون وانما تسقط ان لو فات المحل لا الى خلف
كالعبد الجاني اذا قتل بالجناية وهنا ليس بشئ لان الدين انما
ينتقل الى القيمة اذا كان دينا لا يسقط بالموت وهذا يسقط
بالموت على ما بينا فكيف ينتقل اليها ولو اجتمع عليه نفقة اخرى
بعد ما بيع مرة بيع ثانيا وثالثا الى ما يتناهى وليس من الديون
ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة وغيره من الديون يباع فيه
مرة فان اوفى الغرماء والا طولب به بعد الحرية والفرق ان دين
النفقة يتجدد في كل زمان فيكون دينا آخر حادثا بعد
البيع بخلاف ما لو بيعه في المهر مرة وبقي شئ من المهر لا يباع
مرة اخرى لانه انما بيع في جميع المهر فلا يباع فيما بقي منه ولا لذلك
ساير الديون ولو كان مدبرا او مكاتبا او ام ولد لانه لم يقبل
النقل بعد العجز ص او حرامة فان بواها مولاها منزله وجبت

والا فلا

والا فلا ش اذا تزوج الحرامة غيره فان بواها مولاها منزل الزوج
فعليه نفقتها لان الاحتباس والتبوئة في الامة ان تخلي بينها وبين
زوجها ولا يستخدمها لان المعتبر في استحقاق النفقة لمصالح
الزوج وذلك يحصل بالتبوئة وان استخدمها بعد التبوئة سقطت
نفقتها لزوال الموجب فان خدمته احيانا من غير ان يستخدمها
لا تسقط نفقتها لانه لم يستخدمها فلا يكون استرداد ولا فرق في
ذلك بين ان يكون زوجها حرا او عبدا او مدبرا او مكاتبا لان المعين
الموجب هو التبوئة ولا يختلف باختلاف الازواج والمدبرة وام
الولد كالامة ان بواها مولاها تجب النفقة والا فلا بخلاف المكاتبة
اذا تزوجت باذن المولى حيث تجب نفقتها قبل التبوئة كالحرة
لان المولى ليس له استخدامها لصيرورتها لحق نفسها ومنافعها
بعقد الكتابة فتقدر على تسليم نفسها شرعا كالحرة فتجب لها
النفقة بمجرد العقد كالحرة ص فان بواها بعد الطلاق سقطا
الوجوب ش قال علماؤنا الثلاثة المولى اذا بوأ امته منزل
الزوج لقضاء العدة ولم يكن بواها قبله لا نفقة لها وقال زفر
لها نفقة العدة له انها محتبسة لحقه فتجب النفقة كما لو كان
بواها من قبل ثم منعها فطلقها الزوج ثم بواها انها لم تكن مستحقة
للنفقة عند الطلاق فلا تكون مستحقة بعده لعدم انتفاع الزوج
بهذا الاحتباس كالناشزة اذا تركت النشوز بعد الطلاق ولم
تزل ناشزة من قبل بخلاف ما استشهد به لان استحقاق النفقة
كان ثابتا وانما سقط بعارض فثبت استحقاقها بعد الطلاق لقيام

الموجب كما لو نشزت بالخروج من بيته فطلقها ثم عادت الى منزله
لقضاء العدة وان زوج المولى امته من عبده فنفقتها على المولى
سواء بوأها منزلا ام لم يبوئها لان نفقة المملوك على المالك ص
وتسقط بكل فرقة جاءت منها بمعصية كالردة ولو بعد الطلاق
وتقبيل ابن الزوج في الملك ش الفرقة متى كانت من جهة
الزوج فلها النفقة سواء كانت الفرقة بسبب مباح كالطلاق
الرجعي والبائن والفسخ بخيار البلوغ واللعان والايلاء والجب
والعنة او بسبب محظور كردته ووطء ابنها وبنتها وتقبيلها بشهوة
وان كانت من جهة المراة ان كانت بحق كخيار الادراك وخيار
العتق وعدم الكفاءة فلها النفقة وان كانت بمعصية كردتها
ومطاوعتها ابن الزوج اواباه اولمسها بشهوة فلا نفقة لها استحسانا
ولها السكنى والقياس ان يكون لها النفقة والسكنى لان حق
الحبس قايم فتستحق النفقة وجه الاستحسان ان النفقة انما
وجبت صلة لها ولم تبق مستحقة للصلة بفعلها الذي هو معصية
كمن قتل مورثه ص وتحبسها في دين ويأخذ غاصب كرها ش
اي لا يجب النفقة للمحبوسة والمغصوبة اما المحبوسة فلان الامتناع
جاء من قبلها وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وهذا
هو المذكور في الجامع الكبير انها لا تستحق النفقة من غير تفصيل بين
ان تحبس قبل القبلة او بعدها وعليه الاعتماد واستشهد
محمد على ذلك بغصب العين المستاجرة من يد المستاجر حيث تسقط
عنه الاجرة لفوات الانتفاع لا من جهته ولو حبس الزوج بدين
له عليها

له عليها فالاصح ان لها النفقة لان الفوات حصل من جهته وفي
الذخيرة لو حبس الزوج وهو يقدر على اداء الدين اولم يقدر او حبس
ظلما او هرب فلها النفقة لفواته من جهته واما المغصوبة فلان
الاستمتاع بها فات لا من جهة الزوج فلا تستحق النفقة ص وحجها
محرم لا زوج مسقط ويخالفه ش قال ابو حنيفة اذا حجت المراة مع
محرم ولم يكن معها زوج فلا نفقة لها وقال ابو يوسف اذا انتقلت
الى بيته ثم حجت مع محرم فلها النفقة لان التسليم قد تحقق منها
ولكن امتنع الاستمتاع بها لاداء العبادة فلا تسقط النفقة كصوم
رمضان ويقدر عبده نفقة الحضر دون السفر لانها هي الواجبة عليه
ولابي حنيفة انها فوتت الاحتباس عليه بمعنى راجع اليها فتسقط
نفقتها وذكر صاحب الهداية وجوب النفقة عن ابي يوسف
ولم يقيده بالدخول وهو الاشبه لانها لا تكون ناشزة باداء
الفرض بعد الدخول لا تكون ناشزة به قبله فلم يكن لتقييد
الدخول اثر في الايجاب ولو كان الزوج معها في السفر يجب عليه
نفقة الاقامة اجماعا ص ولو مرضت في منزله لم تسقط ش للمريضة
النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضا يمنع الجماع ام لم يكن
لتحقق التسليم مع المرض ولان المنع من الاستمتاع حصل بلا صنع ادمي
فلا تسقط النفقة لانها محبوسة بحقه ويستانس لها وينتفع بالمتن
وحفظ البيت وعن ابي يوسف ان سلمت نفسها ثم مرضت فلها النفقة
لتحقق التسليم وان مرضت ثم سلمت فلا نفقة لها لان التسليم لم يصح
وان زفت اليه وهي مريضة قالوا ينبغي ان يكون لها نفقة وعن ابي يوسف

انه لا نفقة لها قالوا وهذا حسن ص واذا قضى نفقة الاعسار ثم
ايسر فخاصمته ثم او بالعكس فنفقة المعسر ش فرض لها نفقة المعسر
او اصطلحت عليها ثم ايسر ثم لها نفقة الموسر لانها تجب شيأ فشيأ فيعتبر
حالها في كل وقت كالمعسر اذا حنث فشرع في صوم الكفارة ثم ايسر
وجب عليه التكفير بالمال لزوال الاعسار ولو اعسر بعد ما قضى
نفقة الموسر فرض عليها نفقة الاعسار لان النفقة لكفاية
الوقت فتتغير بتغيره ص ويسقط من الماضي الا لفرض او صلح
ش قال علماؤنا اذا مضت مدة لم ينفق عليها الزوج فيها شيأ لا شيء
لها فيما مضى منها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج
على مقدار منها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة فلا
تملك الا بالقبض كرزق القاضي وقال الشافعي يصير دينا عليه
بلا قضاء ولا رضا لانها صلة ليست بعوض اذ المهر عوض من البضع فلا
يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء او الاصطلاح وللقاضي ولاية
الالزام وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي ولو كانت عوضا
عن الملك لوجبت جملة واحدة كثمن المبيع ولانه مضمون بالمهر فلا
يكون مضمونا بغيره كبدل يجتمع العوضان عن معوض واحد ص
وموت احدهما بعد القضاء مدة ش هذه المسئلة فيها خلاف الشافعي
ايضا لانها معطوفة على ما فيه خلافه بحكم الاصطلاح المذكور قال
علماؤنا اذا مات الزوج او الزوجة بعد الفرض تسقط النفقة
المقضي بها خلافا للشافعي وهذا بناء على ان النفقة عندنا صلة
والصلات تسقط بالموت قبل القبض وهنا اذا فرض لها القاضي

النفقة

النفقة ولم يامرها بالاستدانة اما اذا امرها بها على الزوج
فاستدانت ثم مات احدهما لم تسقط بالموت هو الصحيح ذكره في النهاية
خلافا لما ذكره الخصاف وهذا لان هذه النفقة شبيهة بين شبهين بالصلة
وشبيهة بالديون فان لم يامرها بالاستدانة سقطت كسائر الصلات
وان امرها بها لا تسقط كسائر الديون عملا بالدليلين ولان للقاضي
ولاية عامة فاستدانتها بامر القاضي كاستدانة الزوج وما لزم
باستدانته لا يسقط بالموت فكذا باستدانتها بامر القاضي ص
ولو عجل نفقة سنة ثم مات اجاز الاسترجاع بحسابه ش قال محمد
اذا عجل الزوج للمراة نفقة سنة ثم مات يحتسب لها بنفقة ما مضى
الى وقت الموت والباقي يسترجعه الورثة منها وقال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يسترجع منها شيء وعلى هذا الخلاف الكسوة لمحمد
انها اخذت عوضا عما تستحقه عليه في المستقبل بالاحتباس فتبين
ان لا استحقاق لها عليه فبقي القبض بغير حق فيرد كالقاضي اذا اخذ
رزق مدة ثم مات قبل تمامها فانه يرد فيما بقي بحسابه والمقاتلة
اذا اخذوا رزق مدة ثم ماتوا قبل تمامها يسترد منهم فيما بقي من المدة
ولهما انها صلة اتصل بها قبض ولا رجوع في الصلات بعد
الموت لانتهاء حكمها بالموت اذ المقصود بالصلة التواصل حالة الحيوة
وهو ينتهي بالموت ويتم به فصار كالهبة بعد القبض ولهذا لو هلكت
لا تسترد شيأ منها بالاجماع ورزق القاضي ممنوع عنه على الخلاف
ولئن سلم فالفرق بينهما ان تصرف الامام في بيت المال مقيد بالشرط
النظر والنظر ان يوخذ منه ويعطى لمن يحق حقه من قضاة المسلمين

وذكر الخصاف والوالجي في فتاواه الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم
يذكر قول الامام وذكر في خلاصة الفتاوي ان الفتوي على قول
ابي يوسف ص واذا اتت المبانة بولد لاكثر من سنتين ولم يقر
بانقضا عدتها واستوفت النفقة يفتي بعدم الرد عن ستة اشهر
ش قال ابو يوسف اذا ولدت المبتوتة ولدا لاكثر من سنتين
ولم تكن اقرت بانقضا العدة واستوفت النفقة من العدة في هذه
المدة لا يرد شيا عليه وقال ابو حنيفة ومحمد ترد عليه نفقة
ستة اشهر لابي يوسف انها معتدة في الظاهر واستوفت النفقة
بحق ظاهر لانها لم تقر بانقضا العدة والزنى محتمل وهو لا يبطل
النفقة ولهما ان الظاهر من حالها عدم الزنا فيحمل على انها
تزوجت باخر وولدت منه وستة اشهر اقل مدة يتصور فيها الولد
والتزوج اعتراف منها بانقضا العدة فترد نفقة هذه المدة ولا
ترد الزيادة لوقوع الشك منها والزنا موهوم فلا يعارض الظاهر
والنفقة المستدامة لا تسقط بالطلاق في الصحيح والمفروضة
تسقط بالنشوز والمستدانة بالنشوز يجب ان لا تسقط على اصح
الروايتين ص ولا يفرق بالاعسار بل تومر بالاستدانة لتحيل
عليه ش قال علماونا اذا اعسر الرجل بنفقة زوجته لا يفرق
بينهما بل تومر بالاستدانة عليه وقال الشافعي يفرق بينهما اذا طلبت
لما روي الدارقطني عن ابي هريرة رضي الله عنه في الرجل لا يجد
ما ينفق على امراته يفرق بينهما وكتب عمر رضي الله عنه الى امراء الاجناد
في رجال غابوا عن نسايهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا

يفوا

يفوا ببقية نفقتهن الماضية ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف
وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالاحسان
فينوب القاضي عنه كما في الجب والعنة ولنا قوله تعالى وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة يدخل تحته كل معسر وقوله تعالى
لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا يدل على
ان من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالانفاق في هذه الحالة ولان
في التفريق ابطال حق الزوج وفي الامر بالاستدانة تاخير
حقها وهو اهون من الابطال فكان اولى ولا حجة له فيما روي عن
ابي هريرة لان في طريقه عبد الباقي ابن نافع وقال البرماوي
في حديثه كره وقال ايضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره ولا
فيما روي عن عمر لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر ذكره بن
حزم وقال صح ذلك عنه وكتابه ايضا كان الى القادرين على النفقة
ولهذا امرهم ان يوفوا بالبقية النفقة الماضية ولا يمكن القياس
على الجب والعنة لان بهما يفوت المقصود من النكاح وهو التوالد
والمال تابع فلا يلحق بما هو اصل ولان حقها لا يفوت بل يتاخر
ويبقى دينا في ذمته الى زمان اليسار فلا يكون معارضه لابطال
حقه من الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فيعارض الختان فيرجح
حقها لان ما صدق من جبه اذ لا حاجة اليها فيما يرجع الى المقصود
بالنكاح وفايدة الامر من الاستدانة تمكينها من الاحالة على الزوج
لان امر من له الولاية كامر الزوج بخلاف ما اذا استدانت بغير
امر القاضي لعدم ولايتها عليه وتفسير الاستدانة الشرا بالدين

وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة وعن المسكن والعجز عن ايفا المهر ان
كان قبل تسليم النفس فهو على هذا الخلاف والزوجة تفارق ذا
الرحم المحرم في اربعة اشيا احدها انها اذا صالحت زوجها عن نفقة
كل شهر فمضت مدة كان لها ان تطالبه بنفقة ما مضى غايبا كان الزوج
في هذه المدة او حاضرا لانها تصير دينا بالتراضي ونفقة ذي الرحم المحرم
تسقط بمضي المدة وان اتصل بها القضا لانها تجب لحاجة الوقت
ومضي الوقت فاستغنى عن نفقة ذلك الوقت فسقطت ونفقة
الزوجة لاحتباسها لحقه والثاني اذا دفع الى الزوجة نفقة
شهر فلم تنفقها حتى مضى الشهر فلها في الشهر الثاني وفي ذي الرحم
المحرم لا تجب في الشهر الثاني ما لم تنفق هذه لان نفقته لحاجة
الوقت وامكنه دفع الحاجة بالنفقة التي في يده ونفقة الزوجة
لاحتباسها لحقه وانها بمعنى العوض والثالث اذا عجل للزوجة
نفقة شهر فهلكت او سرقت او كانت كسوة فعجل بحريقها لا تجب
اخرى حتى يمضي الشهر لانها بمعنى العوض وقد استوفى مرة فلا
يستحق اخرى بخلاف ما اذا عجل لذي الرحم المحرم نفقة شهر فهلكت
او سرقت حيث تجب اخرى لانها لحاجة الوقت وحاجته لم تندفع
بها والرابع اذا صالحت زوجها على نفقة مدة فمات الزوج قبل
ان يعطيها لم يحكم في ماله بالنفقة لانها بمعنى الصلة فتسقط
بالموت وان عجل لها نفقة مدة ثم مات احدهما او طلقها قبل
مضي المدة لا يرجع عليها ولا في تركتها وعند محمد يرفع عنها
حصة ما مضى وترد الباقي بخلاف ما اذا عجل لذي الرحم المحرم نفقة

مدة

مدة ثم مات لا يرجع بشي بلا خلاف ص واذا كان للغايب مال مودع
او مضاربة او دين وعلم القاضي به وبالنكاح او اعترف بهما من هو
في يده تفرض فيه نفقة زوجته وولده الصغير ووالديه اذا كان
من جنس حقهم ويحلفها ويأخذ منها كفيلا ش غاب وله مال حاضر
في منزله او وديعة او مضاربة او دين وكان من جنس حقها
طعاما او ثيابا او نقود او طلبت النفقة وعلم القاضي بالنكاح
وبالمال او اقر من هو في يده بالامرين يفرض نفقتها فيه خلافا لزفر
للعلم بالموجب ولان نفقتها واجبة بغير قضا لحديث هند وليس
هذا بقضا على الغايب بل هو امانة على استيفا حقها اذ لها ان
تاخذ بغير امر القاضي بخلاف ما اذا لم يكن من جنس حقها لانه
يحتاج فيه الى البيع وهو حجر على الحر وينظر القاضي للغايب
فيحلفها بالله ما اعطاها النفقة ويأخذ منها كفيلا لجواز ان تكون
اخذت او طلقها وهو مامور بالنظر من الجانبين بخلاف ما اذا قسم
الميراث بين الورثة او الغرما فانه لا يأخذ منهم كفيلا لان المكفول
فيه مجهول وبخلاف ساير الديون لان القاضي انما يتصرف في مال
الغايب نظرا له وكما تفرض نفقة الزوجة تفرض نفقة اولاده
الصغار والكبار الزمنى والاناث والوالدين لان نفقتهم بمنزلة
الدين ولهذا تجب في اليسار والاعسار ولا تفرض لمن سواهم
لان الانفاق على زوجته واولاده حفظ ملكه ونظر له بخلاف
ساير الديون وان حضر الزوج واقر بما ادعت مضى الامر وان
انكر او اثبت انه اوصل النفقة اليها رجع عليها او على الكفيل وان

ما لو انكر من في يده المال احد الامرين فانه يكون قضا على الغايب وبخلاف ح

جحد الوديعة او الدين او الزوجية لم تقبل بينتها على شيء من ذلك
لانها تثبت الملك للغايب او النكاح على الغايب والمودع ليس بخصم
فيه ص وان لم يكن له مال واقامت البينة على الزوجية ليفرض
لها ردد ناها وتختار القبول ش قال علماؤنا الثلاثة اذا لم يكن
للغايب مال واراد زوجته ان تقيم بينة على الزوجية ليفرض
لها القاضي النفقة ويامرها بالاستدانة لا تقبل لان فيه قضا
على الغايب وهو لا يجوز وقال ز فرتسع وتومر بالاستدانة
عليه لان في ذلك نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب وعليه عمل
القضاة في زماننا واستحسنوا ذلك للحاجة وهو مجتهد فيه
فينفذ ولا يوخذ منها كفيل بالنفقة لانها لم تجب ص وان كفل
عنه بالانفاق تلزمه به مادام النكاح والزمانة بشهر ش
قال ابو يوسف اذا تكفل رجل عن الزوج بنفقة امراته كل شهر
يقع على الابد فتلزمه النفقة مادام النكاح بينهما وقال ابو حنيفة
ومحمد لا يقع الا على شهر واحد لابي يوسف ان المطلق فيما يحتمل التابيد
ينصرف الى الابد كالوقف مادمتما حيين او مادام النكاح وهما
ان كلما دخلت على منكر لا يوف فغايته ينصرف الى الواحد
كالواجر داره كل شهر او اقر بكل درهم ص وطلبها كفيلا لغيبته
لغو ويامر به لنفقة شهر وقيل هو المختار ش اذا اراد الزوج
ان يغيب فقالت المراة للقاضي خذ لي منه كفيلا بنفقتي شهرا
شهرا لا يجبر على ذلك هكذا ذكره الحاكم مطلقا لان النفقة
لم تجب فلا يجوز ان ياخذ لها كفيلا ولانها لو كانت دينا لم يجبر على

دفع

دفع الكفيل بها كما لا يجبر المطلوب على دفع الكفيل بالدين وذكر في باب
النفقات ان على قول ابي يوسف ومحمد ياخذ لها كفيلا بنفقة شهر
استحسانا لان فيه نوع احتياط ومراعاة حق للقاضي ولاية النظر
وقيل ان قول ابي يوسف هو المختار للفتوى لما قلنا ص وليسكنها في
دار مفردة لا يشاركها احد من اهله الا باختيارها ش اي يجب للمراة السكني
في بيت ليس فيه احد من اهله كامه واخته او احد من اقربايه الا
ان تختار ذلك لان السكني حقها اذ هو من كفايتها فيجب لها كالنفقة
وقد اوجبها الله تعالى مقرونة بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم وانفقوا عليهن من وجدكم هكذا اقراها
ابن مسعود واذا كان حقا لها ليس لاحد ان يشرك غيرها فيها كالنفقة
وهذا لان السكني مع الناس تضربه فانها لا يومنا على متاعها ولا
على المعاشرة مع الزوج بين الناس الا ان تختار ذلك لان الحق
لها فلها ان يتفقا عليه ولو اسكنها مع امة ليس لها ان تمتنع من
ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام فلا يستغني عنها ولو اسكنها في بيت
من الدار وفيه ما يكفيها من مرافقها وغيرها وله غلق ومرافق على
حدة كفاها لحصول المقصود بذلك فان شكت ان الزوج يوذيها
وطلبت ان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضي بذلك او اخبره
به عدل نهاه عن ذلك ومنعه وفي الغاية عليه ان يسكنها عند
جيران صالحين ص ويجوز منع اهلها من الدخول عليها لا من النظر
والكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ودخولها اليهما
كل جمعة وغيرها كل سنة ش للزوج منع ابويها واهلها من الدخول عليها

ان المنزل في ولايته ولا يمنعهم من النظر اليها والكلام معها في اي وقت
شاوا الا ان في ذلك قطيعة الرحم وهي حرام وليس في ذلك عليه ضرر
وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام معها وانما يمنعهم من القرار لان
الفتنة من القرار في البيت وتطويل الكلام وهذا في حق الرحم المحرم
ومن لا يتهمه الزوج اما اذا لم يكن محرما او يتهمه الزوج فله ان يمنعه
من النظر اليها وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من
الدخول عليها في كل جمعة وغيرها من المحارم في كل سنة وعليه
الفتوى ص ويجب على الاب وجده لولده الصغير الفقير مع مخالفة
الدين كالزوجة ش يجب على الاب نفقة ولده الصغير الذي لا مال
له ينشار كه فيها احد لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وجب طعن على الاب بسبب الولد فيجب للولد عليه بالطريق
الاولى ولا فرق بين ان يكون مخالفا في الدين بان اسلم الصغير العاقل
وابوه كافرا وارتد والعياذ بالله تعالى وابوه مسلم او اعتبر
الصغير مسلما باسلام ابيه اولم يكن مخالفا لانه جزؤه وكغرم لا يوثر
في نفقته وكذا الكفر وله في ايجاب النفقة عليه فصار كالزوجة
نفقتها على الزوج وحده وان كان بينهما مخالفة في الدين بدليل
قوله عليه السلام لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
بالمعروف وانما تجب نفقة الزوجة مع المخالفة في الدين لانها تجب
بحكم العقد الصحيح لانها جزاء الاحتباس بالعقد وما كان بثبوته
بحكم العقد لا يوثر فيه اختلاف الدين كالمهر وعن الامام ان نفقة
الولد البالغ يجب على الاب والام اثلاثا على قدر ميراثهما في رواية

الحسن

الحسن والخصاف لقوله وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثه فتقتضاه
ان تشارك الاب في نفقة الولد كساير الورثة وذوي الرحم المحرم
والظاهر ان الله تعالى جعل كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتعذر ايجابها على الام حال قيام الاب
فيحمل على حال عدمه عملا بالنص من كل وجه في حالين ولم يوجد مثله
في سايرذوي الارحام واجرة الرضاع على الاب لا يشاركه فيها احد في
جميع الروايات زوج معسر وابن موسر من غيره او اب موسر او اخ
موسر تنفقتها على الزوج ويومر الابن او الاب او الاخ ان ينفق عليها
ثم يرجع على الزوج اذا ايسر اب معسر مكتسب والام موسرة فالنفقة
على الاب وتومر الام بالنفقة ثم يرجع بها على الاب اذا ايسر
لانها تصير دينا في ذمته اذا انفقت بامر القاضي ولو كان للولد مال
من اي مال كان عقارا او غيره فنفقته في ماله لان الاصل ان تكون
نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا ص ولم يوجبوا
على الام ارضاعه وان لم تكن شريفة ش قال علماؤنا اذا كان الصغير
رضيعا لا تجبر الام على ان ترضعه في الحكم مطلقا لان كفاية الصغار
على الاب فكما ان الام لا تشارك الاب في النفقة بعد الفطام كذلك
لا تشاركه في مؤنة الرضاع قبل الفطام فلا تجب عليها الارضاع وعن
ابي يوسف انها تجبر عليه ان كان لا ياخذ من لبن غيرها او لا يوجد
من يرضعه وهو اختيار القدوري وشمس الائمة السرخسي وصاحب
الهداية والخصيري وفي ظاهر الرواية لا تجبر لانه يتعدى بالمرض
وغيره من المايعات فلا يودي الى ضياعه وقال مالك ان كانت

دينة اجبرت عليه لان الامتناع عن الارضاع اضرار بالولد فيجب
دفعه بخلاف الشريفة لان ضررها والجبر عليه فوق من هو
دونها ولنا ان في الجبر اضرارا بها وانه لا يجوز لقوله تعالى لا تضار
والدة بولدها الآية وضرر الابن يندفع بارضاع الظير من جهة
الاب وذكر الخصاف اذا لم يكن للصبي او الاب مال اجبرت الام
على الارضاع وهو الصحيح لانها ذات يسار في اللبن كما اذا غاب
الاب وليس له مال وترك امراة وصغيرا وللمراة مال فالمراة تجبر
على الانفاق على الصبي ثم ترجع عليه ص الا ان يتعين ش يريد
بذلك ان الطفل لا ياخذ من لبن غيرها او انه لا يجد من يرضعه ٥
فحينئذ تجبر عليه صيانة له عن الهلاك وقد تقدم انه مروي عن
ابي يوسف ص ويستاجر من يرضعه عندها ش واذا لم تجبر
الام على ارضاع الصغير كان على الاب ان يستاجر امراة ترضعه
عند الام اذا ارادت ولا ينزع الولد من الام لان النفقة على الاب
والحضانة لها ولا يجب عليها ان تمكث في الام اذا لم يشترط عليها
ذلك وكان الولد يستغني عنها تلك الساعة ولها ان تحمل الصغير
الى منزلها وترضعه او تقول اخرجوه ترضعه عند فناء
دار الام ثم تدخل به الدار الى امه وان شرط عليها ذلك فعليها
القيام بالشرط وليس للاب ان ياخذ الاب باجرة الرضاع لاكثر من سنتين
بالاجماع ص ولا يجبر استيجار زوجته او معتدته لارضاع ولده
منها فاذا انقضت جاز ش قال علما ولا يجوز للرجل ان يستاجر
زوجته او معتدته لارضاع ولده منها وقال الشافعي يجوز له ذلك

انها

لانها اجرت نفسها لعمل لا يجب عليها ولنا ان الارضاع مستحق عليها
ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين وهو امر
بصيغة الخبر وهو اله فلا يجوز اخذ الاجرة عليه ولهذا لا يجوز لها
ان تاخذ الاجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره الا انها عذرت
لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر وقيل
ان كانت معتدة عن طلاق بائن جاز استيجارها لان النكاح قد انقطع
فصارت كالاجنبية والاول رواه الحسن عن ابي حنيفة ووجهه
ان العدة من احكام النكاح ولهذا يجب فيها النفقة والتسكين ولا يجوز
دفع الزكاة اليها والشهادة لها فلم ينقطع في حق هذه الاحكام
فكذا في هذا الحكم وعلى هذا لو صالحت زوجها عن اجرة الرضاع
على شئ ان كان الصلح حال قيام النكاح او في العدة عن طلاق رجعي
لا يجوز وان كان عن طلاق بائن جاز على احدى الروايتين فكان
الجواب فيه كالجواب فيما اذا استاجرها على عمل اخر وفي كل موضع جاز
الاستيجار وجبت النفقة ولا تسقط بموت الزوج لانها اجرة وليت
بنفقة واذا لم يجب اجرة الرضاع حال قيام النكاح وفي العدة من
طلاق رجعي او بائن كان لها الامتناع من الارضاع ولا تجبر عليه
ويجوز استيجارها بعد العدة رواية واحدة كالاجنبية وان
استاجرها في العدة لارضاع ولده من غيرها جاز لعدم الوجوب
عليها ص وتقدم على الاجنبية الا ان تطلب زيادة اجرة ش
اي الام اولى بارضاع الولد بعد انقضاء عدتها ما لم تطلب اكثر
من اجرة الاجنبية لانها اشفق وانظر للصبي والاب متعنت وفي

الاخذ منها اضارتها فكانت اولى فان التمت اكثر من ذلك لم
يجبر الاب عليه دفعا للضرر عنه وقال تعالى لا تضار والدة بولدها
ولا مولود له بولده اى لا تضار هي باخذ الولد منها ولا يضار هو بالزامه
اكثر من اجرة الاجنبية وقال تعالى وان تعاسرتم فسترضع له
اخرى وهو التعاسر بينهما في الاجر وان رضيت الاجنبية ان ترضعه
بدون اجر او بدون اجرة المثل والام باجر المثل فالاجنبية اولى
لما قلنا ص ويجب على الولد وحده لاصوله الفقر مع مخالفة الدين
ش على الانسان نفقة ابويه واجداده وجداته وان خالفوه في
الدين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الكفار وان
اسم الاباء والامهات ينطلق على الاجداد والجدات ولانهم كانوا
اسبابا لاحياء الولد فاستحقوا على النافلة الاحياء كالابوين وولد
الولد قد يسمى ولدا ولقوله تعالى ولا تقل لهما اف نهى عن التافيف
لمنع الاذى ومنع الاذى في منع النفقة مع الحاجة اكثر ولهذا
يلزم نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى في
الكف والتعب اكثر منه في التافيف ولقوله عليه السلام ان
اطيب ما يا كل الرجل من كسبه فكلوا من كسب اولادكم ولا يشترط فيهم
العجز عن الكسب وانما شرط فقرهم لان ايجاب نفقة الغنى في ماله
اولى وانما تجب مع اختلاف الدين للزوجة وقرابة الولاد لاطلاق
النصوص ولان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس او بالعقد كالمهر
وانه لا يختلف باختلاف الدين ولهذا تجب مع ليسارها واما قرابة
الولاد فلوجود الجزئية ولهذا ثبت العتق الا اذا كانوا حربيين ودخلوا
دارنا

دارنا بامان ولا نفقة لغيرهم مع اختلاف الدين بخلاف العتق لان
النفقة متعلقة بالارث والعتق بالقرابة المحرمية ولا يشارك الولد
في نفقة ابويه احد لانه اقرب الناس اليهما فصار اولى بالنفقة
عليهما وهي تجب على الذكور والاناث بالسوية في الصحيح لان المعنى وهو
الجزئية او اعتبار التاويل في مال الولد يشمل الذكر والانثى
ص وللاب بيع عروضه وهو غائب فيها ومنع من عقاره ش قال
ابو حنيفة لا يجوز عروضه ان يبيع احد متاع الغايب للنفقة
الا الاب في المنقولات وقاله لا يجوز لاحد ولا يجوز في العقار الا
اذا كان لولده الصغير لها ان ولاية الاب انقطعت بالبلوغ
الا فيما يتبعه تحصينا له وللامام ان ولاية التصرف وان انقطعت
بالبلوغ فولاية الحفظ ثابتة وبيع العروض من الحفظ اذ تخشى
عليه التلف وحفظ الثمن ايسر والثمن بعد البيع من جنس حقه
فيا خذ منه قدر النفقة بخلاف العقار فانه محصن بنفسه فلا
يكون بيعه من باب الحفظ وبخلاف الام وساير الاقارب
لانه لم يكن لهم ولاية الحفظ وذكر القدوري في شرحه وصاحب
الايضاح جواز بيع الابوين اما في المسئلة روايتان في رواية
الام يملك البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق
النفقة على السواء او تاويلها ان الاب يبيع وانما يضاف البيع
اليها لان منفعته تعود اليها بان الثمن يصرف اليها وهذا هو
الظاهر للغايب ص فان كان ماله في يد ابويه لم يضمنا بانفاقه
مال في يد ابويه وولده وزوجته وانفقوا منه لم يضمنوا لانهم

لانهم اخذوا ما يجب عليه دفعة ولا يجب الضمان ص او في يد اجنبي
فانفق عليهما بغير اذن الحاكم ضمن ش اذا كان للابن الغايب مال في
يد اجنبي فانفق عليه بغير امر القاضي ضمن لانه مامور بالحفظ والحفظ
يقتضي الانفاق فيضمن ولان نفقتهم لا تكون اعلى من دين واجب
والمودع لو قضى دين المودع بغير امره ضمن لهذا اولى ولا يرجع على القابض
لانه ملكه بالضمان فكان مبرءا بملك نفسه بخلاف ما اذا دفع الاجنبي
باذن القاضي للعموم ولانه فان قيل هذا قضاء على الغايب فلا يجوز
قلنا نفقتهم واجبة قبل القضاء والقضاء اعانة لهم فحسب ص واذا
مضت مدة بعد القضاء لهم ولذوي الارحام بها سقطت ش
وتسقط نفقة الوالدين والمولودين وذوي الارحام بعد الفرض
بمضي المدة لان نفقة هؤلاء وجبت كفاية للحاجة حتى لا تجب مع
اليسار وقد حصلت الكفاية بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة
بعد القضاء لان وجوبها ما كان للحاجة حتى تجب مع يسارها
ص الا ان باذن لهم في الاستدانة ش لان للقاضي ولاية عامة
مع بقاء الحاجة فينزل اذنه في الاستدانة منزلة اذن الغايب
فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة وذكر في كتاب الزكاة
ان نفقة المحارم تصير دينا بالقضاء وفي كتاب النكاح لا تصير دينا
به وتسقط بمضي المدة ثم قيل يشترط مع الزعان الاذن بالاستدانة
ولهذا يوخذ بعد موت الزوج من ماله في الصحيح ولا يوخذ بدون
الامر بالاستدانة وقيل القضاء امر بالاستدانة ص ونوجبها
لكل ذي رحم محرم مسلم فقير مع صغر او انوثة او زمانة او عمي على قدر

وراث

الميراث ش قال علماؤنا تجب النفقة لكل ذي رحم محرم من قرابة سوى
الولاد كالاخوة والعمومة والخولة اذا كان به صغر او زمانة او عمى
او جنون او كبر لا يقدر على الكسب وقال الشافعي لا تجب لعدم البعضية
ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقد قراها ابن مسعود
رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك وقرانه كراويته
ولان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والقرب بالمحرمية
فان المحرمية بسبب القرابة امارة ظاهرة على انها موجبة للصلة او
المحرمية شرعت صيانة للقرابة عن القطيعة ولو وجد الرحم ولم
يوجد المحرم كابن العم او وجد المحرم ولم يوجد الرحم كالاخ من
الرضاع او وجد الرحم المحرم لا من قرابة كابن عم هو اخ من الرضاع
لم تجب النفقة ويشترط في الرحم المحرم الاسلام لبطلان اهليته
الارث والفقر والعجز عن الكسب لان الغني لكونه نفقته في ماله
والذي يقدر على الكسب يكون غنيا بكسبه والصغير الفقير عاجز
عن الكسب والمراة والذكر الزمن والاعمى والمجنون والمفقوء العينين
والاشل اليدين والمقطوع الرجلين والمعتوه والمفلوج عاجزون
عن الكسب فوجب صلة ارحامهم بكفاية نفقاتهم ولا يشترط لايجاب
نفقة الابوين والجد عجز عن الكسب لان في امرهم بالكسب ضرر مشقة
الاكتساب والولد منهي عن ضررهم قال شمس الايمة الحلواني
الرجل الصحيح قد لا يقدر على الكسب لحرفة او لكونه من اهل البيوتات
فيكون عاجزا وتفقته على الاب وهكذا قالوا في طالب العلم اذا
كان لا يهتدي الى الكسب لا تسقط نفقته عن الاب بمنزلة الزمن

والانثى وجب بقدر مواريثهم لان التنصيص على الوارث تنبيه على
اعتبار قدر الارث اذ الغرم بالغنم ونفقة الاناث من الاولاد
ونفقة الذكور الزمني في رواية الاصل على الاب خاصة وهو
الاصح لقوله تعالى وعلى المولود له الاية من غير فصل وروي الحسن
عن ابي يوسف عن الامام فيما ذكره الخصاف انها على قدر الميراث ووجه
ذلك ان الذي خص الله الوالد به نفقة الرضاع فان للوالد ولاية
على الصغير ومونته عليه بخلاف الكبير حيث لا ولاية له عليه فلم
تشارك الام الاب في نفقة الصغير وشاركته في نفقة الكبير
وفي غير الوالد لتعتبر قدر الميراث رواية واحدة حتى وجبت
نفقة الصغير على الام والجد اب الاب اثلاثا [illegible] الاصل
في نفقة المحارم قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد كونه
اهلا لا كونه وارثا فلا يجب الا على ذي رحم محرم هو اهل للميراث
واذا استويا في المحرمية واهلية الارث يرجح الوارث حقيقة
حتى لو كان له عم وخال او عم وعمة وخالة فالنفقة على العم للاستوا
في المحرميه ويرجح العم بالارث فان كان العم معسرا فالنفقة على
العمة والخالة اثلاثا على قدر الميراث فيجعل العم كالميت وهذه
النفقة لا يجب الا على الموسر للرجل الزمن صغير معسر وكبير
زمن وللاب ثلاثة اخوة متفرقين فنفقته على الاخ لابوين والاخ
لام اسداسا لان الابن جعل كالميت اذ لو لم يجعل ميتا لم يكن الاخ
وارثا وهذه النفقة لا يجب الا على الوارث وبعده الميراث بينهما
اسداسا فكذا النفقة ولو كان مكان الابن بنت فنفقته على

الاخ

الاخ لابوين لعدم الاحتياج الى جعل البنت ميتا وهذا اذا لاخ يرث
مع البنت فتعتبر صفة الوراثة مع بقيتها وتعذر الايجاب على البنت
يجب على الاخ ونفقة الصغير على الاخ لابوين كان الاب كالميت
وبعده ميراث ولد للعم لابوين فان كان مكان الاخوة اخوات
متفرقات فان كان الولد ذكرا فنفقة الاب على الاخوات اخماسا
لان احدا منهن لا يرث مع الابن فيجعل عدما وبعده ميراث الاب
بين الاخوات اخماسا ثلاثة اخماسه للاخت لابوين وخمسة للاخت
اب وخمسة للاخت لام فرضا وردا فكذا النفقة ومتى اجتمع
الموسرون والمعسرون منهم ينظر ان كان المعسر يحرز كل الميراث
ويرث معه احد من الموسرين جعل المعسر كالميت ثم ينظر
الى الموسرين فتجب النفقة عليهم على قدر ميراثهم وان كان
لا يحرز كل الميراث لا يعتبر ميتا ويقسم الميراث بينهم على
قدر سهامهم ثم يجب كل النفقة على الموسرين لكن على السهام التي
كانت نصيبهم من الميراث للصغير ام وثلاث اخوات متفرقات
واخت اب واخت لام معسرتان واخت لابوين وام موسرتان
فكل النفقة على الام واخت لابوين لكن على اربعة اسهم ثلاثة
على اخت وسهم على الام لان ميراث الصغير بينهم على ستة ثلاثة
للاخت لابوين وسهم للاخت اب وسهم للاخت لام وسهم للام فكان
للام من ميراث الصغير سهم وللاخت ثلاثة فتجب النفقة كذلك
ولو كانت الاخت لاب والاخت لام ملتحقتين بالاموات كان ميراث
الصغير بين الام والاخت لابوين اخماسا فرضا وردا وعلى هذا

تخرج جنس هذه المسايل وهذه النفقة لا تجب الا على الموسر لانها
تجب بطريق الصلة والصلات لا تجب الا على الاغنياء ولان الايجاب
على الفقير ليس باولى من الايجاب له ص ولا تجب على الفقير فيشترط
يساره ملك نصاب حرم الصدقة ويغني وقدره بالفاضل عن نفسه
وعياله شهرا ومن كسبه كل يوم ش وحده قالوا اليسار الموجب
لصدقة الفطر واختاره صاحب الهداية وغيره لان النفقة اشبه
بصدقة الفطر من الزكاة لان صدقة الفطر وجبت لاغنيا
الفقير وكفاية وقته كالنفقة لدفع حاجة الوقت وكفاية
وقته فكان اعتباره بصدقة الفطر اولى وعن ابي يوسف انه
يقدر بنصاب الزكاة واختاره الصدر الشهيد والواجي في فتاواه
وصاحب خلاصة الفتاوى لان الغني لما كان شرطا وانه
متفاوت فوجب الرجوع الى تحديد الشرع وهو النصاب وعن محمد
انه مقدر بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن
نفسه وعياله من كسبه الدايم كل يوم واليه مال شمس الايمة السرخسي
وقال صاحب التحفة وهذا ارفق لان ما زاد على الكفاية فهو
في غنى عنه في الحال والشهر متسع عن الفضل على حاجته ولو طلب
الفقير العاجز عن الكسب من ذوي الرحم المحرم نفقة فقال
انا فقير وادعى هوانه قادر فالقول قول المطلوب لان الاصل
هو الفقر والغنى وعلى هذا اذا وقع الاختلاف بين الزوج والمراة
على ما ذكره في النكاح وذكر في الزيادات ان القول قول المراة
لان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر

وحد

وحد المعسر الذي يستحق النفقة قيل هو الذي تحل له الصدقة
او الذي لا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم
هل يستحق النفقة على قريبه الموسر في رواية لا تجب لان النفقة
للمحتاج وهذا غير محتاج فانه يمكن الاكتفاء بالادنى ببيع المنزل او
بعضه ويكتري منزلا او ببيع الخادم وفي رواية تجب لان بيع المنزل
نادر ولا يمكن لكل احد السكنى بالكراء او بالمنزل المشترك وهذا
هو الصواب لان احدا لا يومر ببيع ذلك بل يومر بالانفاق على قريبه
ولهذا تحل الصدقة له ولا يومر ببيع المنزل فروع نفقة
الاب المحتاج على الابن الموسر سواء كان الاب قادرا على الكسب او لا
بخلاف غيره لان له زيادة فضيلة اذ يستحق مال ولده لحاجة ضرورته
وهي النفقة وغير ضرورته كالاستيلاد والولد لا يستحق ماله
الا لضرورة ونفقة زوجة الاب على الابن اذا كان زمنا محتاجا
الى من يخدمه لانه من اصول حوائجه ونفقة امراة الابن على
الاب اذا كان زمنا او صغيرا بحيث لا ياكل ولا يشرب وحده ابا
الاب ان يكتسب وينفق على الصغار يجبر عليه ويحبس لان في الامتناع
عن الانفاق اتلافه وهو مستحق العقوبة عند قصد اتلافه بخلاف
سايرالديون ولا يجبر الابن على نفقة ابيه الا ان يعلم انه يطيق
لان شرط وجوب الانفاق القدرة ولو كان له زوجة واولاد ويقوت
لا يفضل شيء من كسبي اجبره القاضي على ان يدخل الاب في عياله
ويجعله كاحدهم ولا يجبره على ان يعطي له شيئا لانه اذا ادخل
في طعامهم يقل الضرر او طعام الاربعة اذا فرق على الخمسة لا يتضرر

كل منهم ضررا فاحشا وتفاحش اذا ادخل الواحد في طعام الواحد والابن يجبر على الكسب اذا كان يقدر وتحصل مايكفيه ويفضل عن نفقته لقصد الاضرار بالاب **لبيه** الاصل في نفقة الوالدين والمولودين ان يعتبر القرب والجزئية دون الميراث فان استويا وجبت على من له نوع رجحان وان لم يكن لاحدهما نوع رجحان وجبت بقدر الميراث للفقير اب وابن ابن موسران فالنفقة على الاب لانه اقرب بيت وبن ابن فعلى البنت بنت بنت وابن بنت واخ لاب وام فالنفقة على ولد البنت ذكرا كان او انثى والميراث للاخ وعلى هذا ان سفلوا والد وولد فالنفقة على الولد فان استويا في القرب للتاويل في ماله جد وبن ابن فعلى الجد السدس والباقي على ابن الابن كالميراث كما لو كان له ابنان احدهما ذمي فالنفقة عليهما والميراث للمسلم بنت واخت فالنفقة على البنت والميراث بينهما ابن نصراني واخ مسلم او بنت ومولى عتاقه كذلك والكلام في الاجداد كالكلام في الاباء والاصحاب اذا كان الاب ميتا او فقيرا لالتحاقه بالميت ويستوي فيه الاجداد من قبل الاب والامهات للصغير ام وجد فثلث النفقة على الام والثلثان على الجد للصغيرات معسر وجد موسر او كان الاب زمنا فنفقة الصغار على الجد لالتحاق الاب بالميت ونفقة الزمن على الاب فكذا نفقة اولاده وان لم يكن له قرابة من قبل ابيه وفي قرابة الام من كان محرما للصغير وهو اهل للارث فعليه النفقة ويلحق الاب بالميت ص وينفق المولى على عبده وامته

وامته ش يجبر المولى على نفقة كل مملوك المكاسب والمنافع كعبده وامته لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله ولانه من اهل الاستحقاق ص فان امتنع وله اكسب انفق منه والا جبر على بيعها ش اذا امتنع المولى عن الانفاق على عبده وامته فان امتنع فكل من يصلح للاجارة كالصغير والزمن او الامة التي لا يوجد مثلها اجبر المولى على النفقة او على بيعه الا في المدبر وام الولد وكل من لم يكن مملوك المكاسب والمنافع لا يجبر المولى على نفقته كالمكاتب ولا يجبر على نفقة سائر الحيوان في ظاهر الرواية لانه ليس من اهل الاستحقاق الا انه يومر به فيما بينه وبين الله تعالى للنهي عن تعذيب الحيوان واضاعة المال وعن ابي يوسف انه يجبر كيلا يلزم تعذيب الحيوان تلافا فائدة واختاره الطحاوي **فصل** الحضانة ملحوظة من الحضن ما دون الابط الى الكشح وحضنا الشيء جانباه وحضن الطائر بيضه بحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه فكان المربي للولد يتخذه في حضنه والى جنبه ولما كان الصغير عاجزا عن النظر في مصالح نفسه افتقت عناية الشرع وان وكل ذلك الى من يقوم به ففوض الولاية في الاموال والعقود الى الرجال لانهم اقوم بذلك واعرف واقدر عليه وفوض التربية الى النساء لانهن اشفق عليه واحن وارفق واصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الاعصار وافرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة

اليمين زيادة شفقة للصغير فكان حسنا وانظر للصغير فتكون
مشروعة والاصل فيه ما روي ان امراة اتت رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري
له حواء وثدي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام
انت احق به مالم تنكحي وقد قضى ابو بكر الصديق رضي الله عنه
على عمر بن الخطاب رضي الله عنه بابنه عاصم لامه وقال هي اعطف
والطف وارق وأحنى واح ص وتقدم الام على الاب في الحضانة
ان طلبت ش اذا اختصم في الصغير ابواه قبل الفرقة او بعدها
فالام اولى به لانها اشفق واقدر فكان الدفع اليها انظر
ومعنى قوله ان طلبت انها كالاجبر على الحضانة في الصحيح وكذا
كل من له حق فيه لاحتمال عجزه عن ذلك وهذا لان شفقتها كاملة
لها على الحضانة ولا تضجر عنها غالبا الا عن عجز بخلاف الاب
حيث يجبر على اخذه فاذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان
نفقته واجبة عليه وفي مبسوط شيخ الاسلام لا تجبر الام
على الحضانة اذا ابت اولم تطلب الا ان يكون للصغير ذو
رحم محرم سوي الام فيجبر حينئذ لئلا يفوت حق الولد اصلا لان
الاجنبية لا شفقة لها واختار الفقيه ابو الليث وابو جعفر
الهندواني جبرها عليها لانها حق الولد والفتوى على عدم الجبر
ص ثم امها ش اي اذا لم يكن للصغير ام بان كانت ميتة
او غير اهل او متزوجة باجنبي فام الام احق لما روى ابو بكر
ابن ابي شيبة في مصنفه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق

جميلة

جميلة بنت عاصم فتزوجت فاخذ عمر ابنه عاصما فادركته ام جميلة
فاخذته فترافعا الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه فقال
لعمر خل بينها وبين ابنها فاخذته ولان هذه الولاية تستفاد من
قبل الام وكانت لانثى من قبلها اولى وان بعدت ص ثم ام الاب
ش اي ثم بعد ام الاب وان علت لان لها قرابة الولاد وهي
اشفق وكانت اولى كالتي من جهة الام ولهذا تخرز ميراث
الام كما تخرز تلك ص وقدمناها على الخالة ش قال علماؤنا الملائكة
ام الاب مقدمة في الحضانة على الخالة وقال زفر الخالة احق
من ام الاب لقوله عليه السلام ام ولانها تدلي بقرابة الام وتلك
تدلي بقرابة الاب فكانت احق لان الحضانة تستحق باعتبار
قرابة الام ولنا انها من الامهات حتى انها تحرم ميراثين ولانها
اوفر شفقة فكانت اولى ومارواه لا يدل على تقديمها
عليها انما يدل على ان هذا الوصف لها باعتبار الشفقة ونحن
نقول بموجبه ان لم يكن من هو اولى منها ص ثم الاخت لابوين
ثم لام ثم لاب ش تقديما للاشفق وفي رواية تقدم الخالة على
الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته ولانها تدلي بالام وتلك
بالاب فكانت اولى باعتبار المدلى به وبنات الاخت اولى من
بنات الاخ لان للاخت حق الحضانة دون الاخ والصحيح ان الخالة
اولى من بنات الاخت لاب ص ثم الخالات ثم العمات وينزلن كذلك
ش اي تقدم الخالة لاب وام لان الشفقة بالقرابة وذو القربين

باشفق ثم الخالة ثم كان قرابة الام ارجح في هذا الباب ثم الخالة
لاب لما قلنا وانما قدمت الخالات على العمات لان قرابتهن من جهة
الام وقرابة العمات من جهة الاب ثم العمة لابوين ثم العمة
لاب ينزلن كذلك لما ذكرنا من احوال الخالات ثم خالة الام لابوين
ثم لام ثم لاب ثم خالة الاب لابوين ثم لام ثم لاب ثم عمات
الامهات والاباء على هذا الترتيب وبنات الاخ اولى من العمات
للقرب والاخت لام احق من ولد الاخت لابوين والعمة اولى
من ولد الخالة واذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فاورعهم
اولى ثم اكبرهم ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة
لانهن غير محرم ولا حضانة لمرتدة ولا لفاجرة غير مامونة واذا
امتنع من له حق الحضانة عن الحضانة لا يجبر عليها كالام ص
ويسقط حق الحضانة اذا تزوجت باجنبي ولعود بالطلاق ش
من تزوج من هاؤلاء اجنبيا من الصغير سقط حقها من الحضانة
لقوله عليه السلام لام الغلام انت احق به مالم تنكحي ولان زوج
الام تعطبه بدا وينظر اليه شزرا فينتصر به الصغير فيسقط
حقها للمضرة فان سقط حقها بتزوج ثم زال بابينونة او الموت
عاد حقها لارتفاع المانع وان تزوجت ذا رحم محرم منه مثل الجدة
اذا كان زوجها الجد والام اذا تزوجها العم او الخالة اذا كان
زوجها عمه او اخاه او عمته خاله او اخاه من امه لم يسقط لانه
لا ضرر على الصغير واذا سقط حقها بالارتداد ثم اسلمت فكذلك
قال الزوج تزوجت وانكرت القول قولها مع اليمين لانه ادعى بطلان

حقها

حقها وهي تنكر فان اقرت وادعت الطلاق فان كان القول مجهولا
قبل قولها لانه لا يصح الاقرار فصار وجوده وعدمه بمنزله وان كان
معلوما لا تقبل لصحة الاقرار فلا يصدق في العود ص واذا استغنى
الغلام عن الخدمة قيل لسبع او تسع اجبر الاب على اخذه س الركاك
احق بالغلام اذا استغنى عن الخدمة بان ياكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده وفي رواية ويستنجي وحده وقدر الحضانة بسبع
سنين وعليه الفتوى لان بعد هذه المدة يحتاج الى التاديب وتعلم
اعمال الرجال والرجال اقدر عليه وقدره ابو بكر الرازي بتسع
سنين اعتبارا للغالب ويجبر الاب على الاخذ لان النفقة والصيانة
عليه بخلاف الام فانها لا تجبر على الحضانة لانها قد لا تقدر ص
وتمكث الجارية عند الام والجدة حتى تحيض ش والام والجدة احق
بالجارية حتى تحيض في ظاهر الرواية لانها بعد الاستغناء تحتاج
الى معرفة اداب النساء والام اقدر عليها فاذا بلغت احتاجت الى
التحصين والصيانة والرجال اقدر عليه وعنها حتى تشتهي واعتمد
صاحب النهاية على هذه الرواية لفساد الزمان ص وعند غيرهما
حتى تشتهي ش وغير الام والجدة احق بها حتى تشتهي لان غير
الام والجدة لا يقدر على استخدامها فلا يحصل التاديب ولا كذلك الام
والجدة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها
ولهذا كان نصح اجارتها بخلاف الام والجدة فان لهما استخدامها واجارتها
ولا تخير الصغير اذا ميز لانه ربما يختار من هو اضر له لان من داب
الصغير ان يختار من يوافقه على من هواه وتخيير النبي صلى الله عليه

بنت حمزة اما انها كانت كبيرة او انه عليه السلام دعا لها بالصواب
وقال اللهم ارشدها فبركة دعايه عليه السلام اختارت من هو الانظر
ص والولد عند الذمية حتى يخاف ان يالف الكفر ش اهل
الذمة في الحضانة كاهل الاسلام لان الشفقة لا تختلف باختلاف
الدين فان كانت الام كافرة والزوج مسلم ذكر في الاصل انها
كالمسلمة فيه وذكر القدوري انها احق بالولد ما لم يخف ان يالف
الكفر نظرا للصغير ودفعا للضرر عنه ص ولا حق للامة وام
الولد فيه قبل العتق ش لا حق للامة وام الولد والمدبرة في
حضانة الولد الحر قبل العتق لان الرق يمنع الولاية وحق الحضانة
نوع ولاية بخلاف ما بعد العتق لزوال المانع وان كان الولد
رقيقا فهو لها اولى به لانه مملوك له ولكن لا يفرق بين الولد وبين
امه للنص والمكاتبة ان ولدت قبل الكتابة فلا حق لها في
الحضانة وان ولدت بعدها كانت اولى لانه يجانب عليها فتكون
هي احق به ص واذا لم يكن له امراة فاختصم فيه الرجال
تقدم اقربهم تعصيبا ش اذا لم يكن للصغير امراة من اهله
واختصم فيه الرجال يدفع الى اقربهم تعصيبا لان الولاية
للاقربين فالصغيرة تدفع الى كل ولي محرم وغير محرم والصغيرة
كما تدفع الى غير محرم وما الى فاسق ما حق لسقوط الولاية اذا
تضمنت الضرر بالصغيرة واذا استووا قدم اورعهم نظرا للصغير
ثم اكبرهم لقوله عليه السلام الكبر الكبر ولان حقه اسبق ولا
بد لثبوت هذه الحضانة من اتحاد الدين لان العصبة في الصغير

الا ان يكون

الا ان يكون على دينه ذكره محمد وقال هذا قول ابي حنيفة وقياسه
ان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب
وقالوا في الاخوين اذا كان احدهما مسلما والاخر يهوديا والصغير
يهودي فالمسلم اولى به لانه عصبة والمسلم وان لم يكن عصبة
تدفع عند الامام الى الاخ للام ثم الى ولد ثم الى العم للام ثم الخال
للابوين ثم للاب ثم للام ص ولا خرج الاب بولده قبل الاستغناء ش
اراد الاب ان يخرج ولده الصغير فليس له ذلك حتى يستغني لاستلزام
ذلك ابطال حق الام من الحضانة ص ولا الام من المصر الا الى وطنه
الذي تزوجها فيه الا دار الحرب ش وان ارادت الام اخراج
الى بلدها والعقد وقع فيه فلها ذلك لانه التزم المقام معها
مه شرعا وعرفا ان لم يكن بلدها ولم يقع العقد فيه فليس لها
ان تفعل وان لم يكن بلدها ووقع العقد فيه فلها ذلك في رواية
الاصل ويعتبر الامران وهو الاصح لان الانسان لا يلتزم حفظ
وليه في بلاد الغربة فيعتبر مكان العقد وكونه بلدا له هذا
اذا كان بينهما مسافة بعيدة بحيث انه لا يقدر ان ينظر الى الصغير
ويبيت باهله وان اراد احدا الابوين سفر العود فالولد يكون
عند المقيم منهما حتى يعود وان مرض احدهما لا يمنع الصغير من
عيادته وحضوره عند موته ويستوي الذكر والانثى في ذلك
وان مرض عند الاب فالام احق بتمريضه في بيته

والله اعلم بالصواب

واليه المرجع والماب

وتم في الجزء الرابع كتاب العتق

تم الجزء المبارك بحمد الله وعونه

وكان الفراغ من كتابته يوم الثلاثا المبارك عشرين شهر القعدة
سنة خمس وسبعين وتسعمائة بمدينة الخانكاه على يد افقر العباد
واحوجهم الى الله تعالى محمد بن محمد العجيمي الخانكي غفر الله له ولوالديه
ولمن دعا له بالمغفرة امين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

تاليف سيدنا ومولانا اقضى قضاة المسلمين
اولي ولاة الموحدين معدن الفضل واليقين وارث علوم الانبيا والمرسلين
المحفوف بعناية الملك المنان مولانا افندي احمد بن مولانا المرحوم
اقضى القضاة وشيخ مشايخ الاسلام ملك العلما الاعلام مميز الحلال من الحرام
مولانا بدر الدين محمد بن شعبان العمري الحنفي الناظر في الاحكام الشرعية
بمدينة الخانكاه السرمافوسية وكامل اقليم القليوبية وما اضيف الى ذلك
من بلاد الشرقية دامت ايامه العلية وشيدت احكامه العادلة المرضية

بجاه محمد خير البرية
ختم الله بالصالحات
اعماله
امين