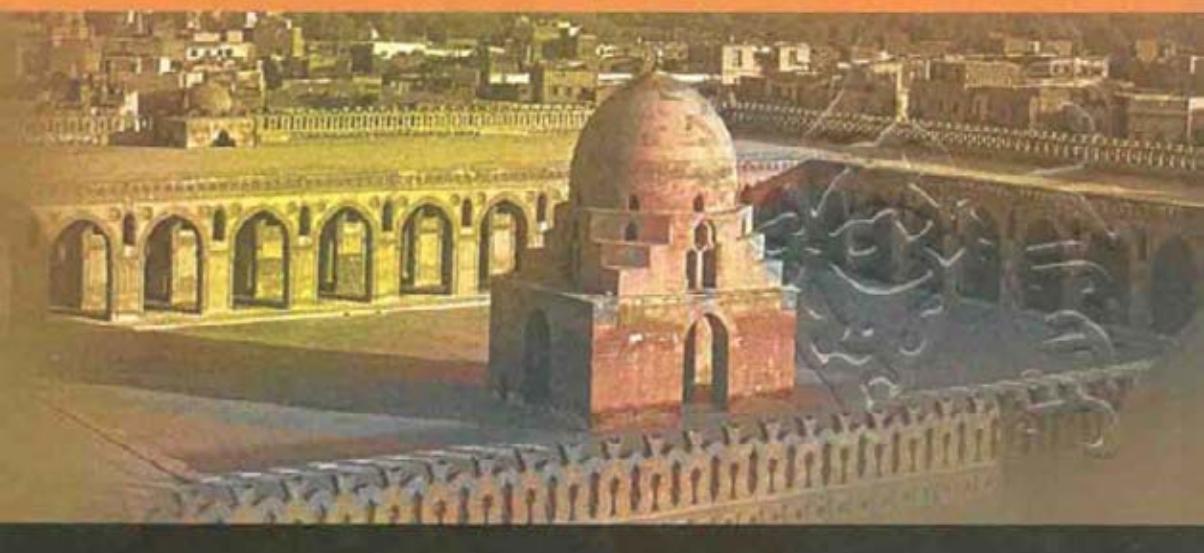


رفع
عبد الرحمن التبعدي
اسكناه الله الفردوس

إِيْضَاحُ الدَّرَائِلِ فِي

الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسَائِلِ



تأليف

الشيخ شرف الدين أبي محمد عبد الرحمن بن عبد الله بن محمد
الزرايق المغداري

المتوفى ٧٤١ هـ



مُشَهُورات
محمد رحيم بن هونت
لنشركتب الشدة وأبحاثه
دار الكتب العلمية
مسيروت - إسرائيل

تحقيق
محمد حسن محمد جعفر بن عيسى

رفعه
عبد الرحمن النجاشي
الله والغوروين

إِنْضَاحُ الْأَكْلِ
فِي
الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسَائِلِ

تأليف
الشيخ شرف الدين أبو محمد عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد
الترزي رايف البغدادي
المتوفى ٧٤١ هـ

تحقيقه
محمد حسن عجمي

مسنونات
محمد عجمي بيروت
لنشر كتب الشّرعة والحكمة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

مكتبة الكتب العلمية



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved

Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة توزيع الكتاب كاملاً أو
جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated,
reproduced, distributed in any form or by any means,
or stored in a data base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction
même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite
sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite
et exposerait le contrevenant à des poursuites
judiciaires.

الطبعة الأولى

١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رجل الظريف - شارع البتري - بناية ملكارت

الادارة العامة: عزمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية

هاتف وفاكس: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

صندوق مرصد: ٦٦ - ٤٤٧ - بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beirut - Lebanon

Rami Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor

Head office

Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beyrouth - Liban

Rami Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage

Administration général

Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3926-6

9 0 0 0 0 >



<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

رفع
عبد الرحمن النجاشي
أسكنا لله الفروس

المقدمة

ترجمة المصنف

هو عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن إسماعيل الزرياني،
البغدادي، شرف الدين، أبو محمد.
والزرياني نسبة إلى بلدة زريان.

ولد ببغداد سنة [٧١١هـ]، وتلقى أول ما تلقاه ببغداد العامرة وقت ذلك بالفقه،
والأصول، والحديث، واللغة، وغيرها، فحفظ المحور، ورحل إلى دمشق حيث
التقى بالحافظ الذهبي، وسمع الحديث من زينب بنت الكمال، وجماعة من أصحاب
ابن عبد الدائم، وخطيب مردا، وغيرهم.

ومن شيوخه

والده الشيخ تقى الدين أبو بكر عبد الله بن محمد الزرياني [٧٢٩هـ]، والشيخ
يعسى بن يوسف المقدسي المصري [٧٣٧هـ]، والشيخ صفى الدين عبد المؤمن بن
عبد الحق القطبي البغدادي [٧٣٩هـ]، والشيخ أبو حيان محمد بن يوسف بن علي
ابن يوسف بن حيان الأندلسي [٧٤٥هـ].

له مؤلفات، منها: اختصار كتاب المطلع على أبواب المقنع [بتحقيقنا]،
ومنها: اختصار كتاب طبقات الحتابة للقاضي أبي يعلى، ومنها: إيضاح الدلائل في
الفرق بين المسائل، وهو كتابنا، وغيرها.

توفي رحمه الله سنة [٧٤١هـ]، وقد عاش ثلاثين سنة تقريباً، ودفن عند والده
بمقبرة الإمام أحمد ببغداد^(١).

(١) انظر ترجمته في: شذرات الذهب (٦/١٣٠)، ذيل طبقات الحتابة (٢/٤٣٥)، الدرر الكامنة (٢/٣٥٧)، معجم المؤلفين (٥/٢٠٧).

وصف النسخة الخطية

لقد اعتمدنا بفضل الواحد الأحد، الفرد الصمد، في تحقيق هذا الكتاب بالإضافة إلى المطبوعة على النسخة الخطية في جامعة أم القرى بمكة تحت رقم [٣٤٤ / فقه عام]، من مصورات مكتبة جامعة برنشون - الولايات المتحدة.

ولا يسعني إلا أن أقدم الشكر لمشايخي: الشيخ جاد الرب رمضان، والشيخ الحسيني الشيخ، والشيخ محمد أنيس عبادة، والشيخ القرنشاوي رحمهم الله، والشيخ كمال عبد العظيم العناني، أستاذتي في الفقه، والأصول، والقواعد على المذهب الشافعي، وشيخي في الحديث الشيخ مسعد عبد الحميد السعدي، ولوالدي، رحمه الله، ولوالدتي شفاهما الله، ولكل من عاوننا في إخراج هذا الكتاب، وللسيد الحاج محمد علي بيضون، حفظه الله، وأمدّ في عمره.

كما يضاجع العلاج في الفرق بين التسلل

دُرُّ الْكِتَابِ مَرْلِنْ وَلَدِي
الْمُؤْمِنُ تَبَرِّزُ الْمُجَاهِدُ صَلَاحٌ
الْوَالِدُ بِرَأْيِهِ كَسْتِيُونْ وَلَدِي
الْأَخْرَى بِرَأْيِهِ لَدِي الْقَادِرِ

جعفری اسلام

مِنْهُمْ مَنْ يَعْلَمُ الْكِتَابَ

三

ورقة من النسخة الخطية أم القرى ببرنسون

1

رفع

عبد الرحمن النجاشي إِسْمَاعِيلُ التَّاجِزِيُّ
أَكْنَهُ اللَّهُ الْفَرْوَانَ

[١/٢]

قال الشيخ الإمام، العالم، العلامة، الحبر، الفهامة، زين الدين، أبو محمد عبد الرحيم ابن الشيخ الإمام، العالم، العلامة تقى الدين أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن إسماعيل الزرياني البغدادي، الحنبلي، قدس الله روحه، ونور ضريحه :

أحمد الله على نعم لولا كرمه لم أكن لها أهلاً، وأصلني على رسوله محمد ذي الشرف الأنسى ، والمقام الأعلى ، وعلى آله وأصحابه، العاززين فضلاً ونبلاً، صلاة تدوم على مر الزمان وتُتلى .

أما بعد: فقد سألني من لا يخيب قصده، ولا يحسن رده، تنبيح كتاب «الفرق» السامرية» وتهذيبه، وتبين ما أخذ عليه وتقويمه، فأجبته إلى ذلك بعد الاستقالة، وعدم إسعافه بالإقالة، مع ما بي من تشرد البديهة وتفرقها، وتبدل القرىحة وتمزقها، وزدت فيه ما تيسر من النكت والفوائد، وعزوت أحاديثه إلى مشهور الصحاح والمسانيد، وعلامة الزيادة (قلت) في أولها، وسميتها به (إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل). والله سبحانه أسأل حسن توفيقه، والهداية إلى سواء طريقه، بمنه وجوده، وطوله وحوله .

(١) الباء فيه قيل : إنها زائدة، فلا تحتاج إلى ما تعلق به، أو للاستعارة أو للمصاحبة متعلقة بمخدوف اسم فاعل خبر مبتدأ مخدوف أو فعل، أي : أُلْفَ أو أَبْدَأْ. أو حال من فاعل الفعل المخدوف، أي : أَبْدَأْ مُتَبَرِّكًا ومستعيناً بالله، أو مصدر خبره مخدوف، أي ابتدائي باسم الله ثابت. والله : علم على الذات الواجب الوجود، المستحق لجميع المحامد، وأكثر أهل العلم على أنه اسم الله الأعظم، والرحمن الرحيم : أسمان بني للعبارة من رحم بتزيله منزلة اللازم، أو يجعله لازماً، ونقله إلى فعل بالضم. انظر : كشاف القناع للبهوتى (١١-١٠)، القاموس المحيط للفيروزآبادى (٤/٣٤٤، ٢٩٢).

كتاب المياه

١ - إذا ألقى في الماء تراب، فتغيرت إحدى صفاته لم يسلبه الطهورية، ولو ألقى فيه غيره من الطاهرات، فتغيرت سلبيه^(١).
والفرق: أن التراب يوافق الماء في طهارته وطهوريته، فلا منافاة بينهما.
بخلاف غيره، فإنه ليس بظاهر، فإذا خالطه سلبه ما يخالفه فيه، وهو الطهورية،
ولهذا لو خالطته النجاسة سلبتها لعدمها فيها^(٢).

فصل

٢ - إذا جرى الماء على معدن الكبريت، ونحوه، فتغير لم يتأثر.
ولو طرح فيه ذلك سلبه الطهورية.
والفرق: أن جريانه على تلك يشق التحرز منه كالطحلب، ونحوه. بخلاف ما
إذا ألقى فيه^(٣).

فصل

٣ - إذا ألقى في الماء ملح مائي، فغيره لم يتأثر.
ولو ألقى فيه حجري سلبه.
والفرق: أن الأول ماء جامد، فهو كالثلج، والثاني حجر، فهو كالنورة^(٤).

فصل

٤ - إذا لاقت نجاسة قلت ماء، ولم يتغير لم ينجز^(٥).

(١) انظر المسألتين: الهدایة (١٠/١)، الكافي (١/٥٤)، الإمتاع (١/٥)، متيhi الإرادات (٨/١).

(٢) انظر: المعني (١٣-١٢/١)، الشرح الكبير (٦، ٤/١)، المبدع (٤١٣٦/١).

(٣) انظر المسألتين: المعني (١٣/١)، الشرح الكبير (٤/٤)، المبدع (٣٦/١).

(٤) انظر المسألتين: المعني (١٣/١)، الشرح الكبير (٤/١)، المبدع (١/٣٧)، كشف القناع (١/٢٧).

(٥) قد اختار هذه الرواية طائفة من كبار فقهاء المذهب كابن عقيل، وابن قادمة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، والسامري، والمؤلف، فيما يفهم من تفسيره وغيرهم. انظر: المعني (١/٤٠).

ولو كان دونهما نحس^(١).

والفرق: قوله عليه السلام: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبئاً»^(٢)، رواه الإمام أحمد وغيره، فدل أن غيرهما يحمله، وإنما لم تكن فائدة^(٣).

فصل

٥ - إذا زال تغير القلتين ظهرتا^(٤).

/ ولو زال مما دونهما لم يظهر^(٥).

والفرق: أن علة تجسسهما للتغير، فإذا زال ظهرتا.

بخلاف ما دونهما، فإن علة تجسسه الملاقة، فإذا زال التغير بقيت الملاقة، فلم يظهر^(٦).

فصل

٦ - إذا وقع في قلتين رطل من بول كلب ولم يتغيرا، جاز استعمالهما غرفة غرفة.

ولو وضع كلب يده فيهما، لم يجز استعمالهما كذلك.

(١) انظر: المعني (٤٠/١).

(٢) (ح) أخرجه ابن الجارود في المستنقى (١/٢٣)- ح (٤٤)، وأبن خزيمة في صحيحه (١/٤٩)- ح (٩٢)، وأبن حبان في صحيحه (٤/٥٧)- ح (١٢٤٩)، والحاكم في مستدركه (١/٣٢٤)- ح (٤٥٨)، وقال: صحيح على شرط الشيدين، ولم يخر جاه. والترمذى (١/٩٧)- ح (٦٧)، والدارمى في سنته (١/٢٠٢)- ح (٧٣١)، والبيهقى في الصغرى (١/١٥٢)- ح (١٩٨)، وفي الكجرى (١/٢٥٩)- ح (٢٥٨)، والدارقطنى في سنته (١/١٣)- ح (١)، وللشافعى في مسنده (١/٧)، وأبى دارد (١/١٧)- ح (٦٣)، والنمسانى في الكجرى (١/٧٤)- ح (٥٠)، وأبن ماجه (١/١٧٢)- ح (٥١٧)، وأبن أبي شيبة في مسنده (١/١٣٣)- ح (١٥٢٥)، عبد الرزاق فى مسنده (١/٧٩)- ح (٢٥٨)، والطحاوى في شرح معانى الآثار (١/١٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٢)- ح (٤٨٠٣)، وأبن الجعدي في مسنده (١/٣١)- ح (٢١١٠)، وأبن الجوزي في التحقيق (١/٣٣)- ح (٦ بتحقيقنا)، والخطيب فى تاريخ بغداد (١٣/٤٠٥)، وانظر التلخيص العسير (١/٢٠-١٦)، نصب الرأة للطيلعى (١/١١١-١٠٤).

(٣) انظر المعني (٢٥/١)، الشرح الكبير (١٢/١).

(٤) هذا إن لم تكن النجاسة بول آدمي، أو أذرته، فإن كان التغير بأحد هما فالصحيح في المذهب: أن القلتين لا يظهران بزوال التغير. انظر: الكافى (١/١٠)، المحرر (١/٢)، الفروع (١/٨٨).

(٥) انظر: الكافى (١/١٠)، المحرر (١/٢)، الفروع (١/٨٨).

(٦) انظر: المعني (٢٥/١)، الشرح الكبير (١٢/١).

والفرق: أن البول مائع استهلك في محكوم بظهوره.
بخلاف اليد، فإنها نجاسة قائمة، فإذا نقصت القلتان نجستا بمقابلة يده، فافتقرقا^(١).

فصل

٧ - إذا ولغ الكلب في إناء فيه قلتان، فالإناء والماء طاهران.
 ولو ولغ فيه، ثم ألقينا فيه، فهو نجس دونهما.
 والفرق: أن ولوغه في الصورة الأولى لم ينجسهما، فلم ينجس الإناء.
 بخلاف الثانية، فإن الإناء تنجس، ولم ترد عليه الغسلات المطهرات، فبقى
 نجساً، وهذا ظاهرتان، لعدم وجوب التنجس فيما.

فصل

٨ - اتخاذ الآنية من النقدين حرام.
 ومن الثمينة مباح^(٢).
 والفرق: نهيه ~~بتلوك~~ عن استعمالها من النقدين بقوله عليه السلام: «لا تشربوا في
 آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافتها، فإنها لهم في الدنيا، ولكن في
 الآخرة»^(٣)، متفق عليه.
 وما حرم استعماله حرم اتخاذه، كالطبرور.
 بخلاف الجوادر، فإن الشع لم يرد بتحريم استعمالها، فاتخذها تبع له^(٤).

فصل

٩ - إذا اشتبه ظهور بنجس تحرّى، وشرب إن اضطر.
 وتيتم للطهارة، ولم يتتحرر.
 والفرق: أنه اشتبه المباح بالمحظور فيما لا تبيحه الضرورة، فلم يجز التحرى،
 كما لو اشتبهت أخيه بأجنبيه.

(١) الشرح الكبير (١٤/١)، كشاف القناع (٤٦/١).

(٢) انظر المسألتين: الهدایة (١١/١)، الكافي (١٧/١).

(٣) انظر: المغني (١/٧٧)، الشرح الكبير (١/٢١).

(٤) (ح) أخرجه البخاري (٥٠٦٩/٥) - ح (٥١١٠)، ومسلم (١٦٣٨/٣) - ح (٢٠٦٧).

بخلاف تحري المضرر إلى الشرب، لأنه يباح للضرورة، كأكل الميتة.
وأيضاً لا فائدة للتもり في الأولى، للشك في حصول الطهارة به، والحدث
متين، فلا تبرأ ذمته من الصلاة.

بخلاف الشرب، فإن فيه إحياء النفس، غايته: أنه شرب النجس، فذلك جائز
للمضرر^(١):

فصل

١٠ - يصلی بالتیم عند اشتباه الماء صلاة واحدة.
 ولو اشتبهت الشیاب الطاھرة بالنجس صلی فی ثوب بعد ثوب ، بعدد النجس ، وزاد صلاة^(٢) .

والفرق: أنه بالصلاۃ الواحدة تبرأ ذمته يقیناً، لأننا قد حکمنا بعدم جواز
 الوضوء بالماء المشتبه، فلم يبق إلا التیم.
 وفي الشیاب لا تحصل تأدیة فرضه يقیناً إلا بالتکرار.
 إذ من العجائز أنه لم يصل إلا بالنجس ، فإذا كرر وزاد تيقنا حصول الفرض
 بثوب طاهر^(٣) .

فصل

١١ - إذا قال ثقة: ولغ هذا الكلب في هذا الإناء، وقال آخر: بل ذلك، ولم يوقتا، حكم بنجاستهما.
ـ ـ ـ وقتاً يضيق عن الولوغ فيهما، فهما/ طاهران.
والفرق: أنه إذا لم يوقتا فاللولوج فيهما ممكن.
وإذا وقتا وقتاً يضيق لم يمكن الجمع بين قولهما، وليس أحدهما أولى من الآخر بالتصديق، فيتعارض قولاهما، ويبيقي الماء على طاهريته^(٤).

فصل

١٢ - يصح الوضوء للصلوة قبل دخول وقتها.

(١) انظر : المقدمة (٦٠-٦٢)، الشرح الكتبى (١٩-٢٠).

(٢) نظر: العادة (١١١)، المقام (١/١).

(٣) إنما : المفهوم (١٤/١)، المفهوم (١/٢)، المفهوم (١٤/١).

ولا يصح التيمم^(١).

والفرق: أن الله عز وجل قال: «إِذَا قُتِّلَتْ إِلَى الْأَنْتِلَةِ فَأَغْسِلُوا مُؤْوِّكُمْ» [الثالثة: الآية ٦]، والقيام إلى الصلاة لا يكون إلا بعد دخول وقتها، فمقتضاه: كون الوضوء والتيمم بعد دخول الوقت، خولف ذلك في الوضوء، لأنَّه يُؤْكِلُ صلٰي يوم الفتح بوضوء واحد خمس صلوٰات، فقال له عمر في ذلك، فقال: «عمداً فعلت يا عمر»^(٢)، رواه الترمذى، وانعقد الإجماع على جوازه.

وبقي التيمم على مقتضى الآية.

وأيضاً، فإنه لا يرفع حدثاً، وإنما يبيح الصلاة، ولا تستباح إلا في وقت جواز فعلها^(٣).

فصل

١٣ - الترتيب بين أعضاء الوضوء واجب.

ولا يجب بين اليمنى واليسرى^(٤).

والفرق: أنهما كالعضو الواحد^(٥)، بدليل: أن الماسح لو خلع أحد خفيه بطلت طهارته فيهما، ولو مسح على خف وغسل الأخرى لم يجز^(٦)، فدلل: على أنهما كالشيء الواحد.

وأورد: إذا كانا كالعضو الواحد لم يجوز غسل أحدهما بماء الآخر؟.

فأجيب: ما دام الماء على اليدين فهو في محل التطهير، ولا يعد بسريانه في أجزاء العضو منفصلاً، ولا مستعملاً ما لم ينفصل، فإذا انفصل صار مستعملاً وزال عنه حكم الطهورية، فلم يرفع حدث اليد الأخرى.

قلت: وفيه نظر، لأنهما إذا كانا كالعضو الواحد، والانتقال في أجزاء العضو لا يصير الماء مستعملاً، فينبغي إذا انتقل من يد إلى أخرى من غير انفصال أنه يجوز، وليس كذلك على الصحيح^(٧).

(١) انظر: الهدایة (٢١/١)، المقنع (٦٢/١)، المحرر (٢٢)، الامتناع (١/٥٠).

(٢) (ج) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤/٦٠٧) - ح (٨٠٧/٦٠٧)، والإمام أحمد في مسنده (٥/٣٥٨) - ح (٧٩٠/٣٢).

(٣) انظر: المغني (٢٣٦/١)، الشرح الكبير (١٣٠)، كشاف الامتناع (١٦١).

(٤) انظر: الهدایة (١٥/١)، الكافي (٣٤٣١/١)، المحرر (١٢/١)، الامتناع (٣١٣٠/١).

(٥) انظر: المغني (١٣٧/١)، الشرح الكبير (٥١).

(٦) انظر: المغني (٢٨٩/١)، الشرح الكبير (٧٤)، المبدع (١٥٢).

(٧) انظر: الإنصاف (٤٥/١)، الامتناع (٧/١)، وقال: «ويصير الماء في الطهارتين مستعملاً بانتقاله من عضو إلى عضو بعد زوال اتصاله، لا بترددته على الأعضاء المتصلة».

ثم الفرق الصحيح: أن الترتيب مستفاد من الآية، ولم تدل على الترتيب بين اليمنى واليسرى، بل دلت عليه بين باقي الأعضاء، وكذا السنة لم ترد بوجوبه فيهما، فيكون الفرق بالنص^(١).

فصل

١٤ - إذا توضأ لتألقه صلى به فريضة^(٢).

ولا يجوز ذلك في التيمم^(٣).

والفرق: أن الوضوء رافع، فالفرض والنفل سواء.

والتيتم مبيح، ولا يستباح الأعلى وهو الفرض، بنية الأدنى وهو النفل^(٤).

فصل

١٥ - يجوز المسح في الطهارة الصغرى على الخف، والجرموق، والعمامة.
ولا يجوز في الكبرى^(٥).

والفرق: قول صفوان: «أمرنا رسول الله ﷺ إذا كنا^(٦) مسافرين أن لا نزع خفافنا من جنابة، ولكن نمسح من غائط أو بول، أو نوم». رواه الترمذى وصححه.
وأيضاً، فالصغرى تتكرر، فيشق خلعه، بخلاف الكبرى^(٧).

(١) انظر: المغني (١/٣٧٣٦)، الشرح الكبير (١/٥١).

(٢) انظر: المغني (١/١٤٢)، وقال: «لا أعلم في هذه المسألة خلافاً، وكذا قوله في الشرح الكبير (١/٥٣).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٩)، المقنع (١/٦٩)، الفروع (١/٢٢٧).

(٤) انظر: المغني (١/٢٥٢)، الشرح الكبير (١/١٢٩).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٦)، الكافي (١/٣٥)، الإمتناع (١/٣٦).

(٦) (ح) أخرجه ابن خزيمة (١/١٣)- ح (١٧)، وأبن حبان في صحيحه (٣/٣٨١)- ح (١١٠٠)، والضياء في الأحاديث المختارة (٨/٣٣)- ح (٢٦)، والترمذى (١/١٥٩)- ح (٩٦)، والبيهقي في الكبرى (١/١١٨)- ح (٥٧٤)، والشافعى في مسنده (١/١٧)، وأبن ماجه (١/١٦١)- ح (٤٧٨)، والطحاوى في شرح معانى الآثار (١/٨٢)، والطبرانى في الأوسط (٢/٢٨)- ح (٤١٢٤)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٢٤٠)، والجميدى في مسنده (٢/٣٨٨)- ح (٣٨٩)، والطبرانى في مسنده الشاميين (٢/٢٩١)- ح (١٣٦٤)، والطبرانى في الكبير (٨/٥٦)- ح (٥١٣٧)، وأبو نعيم في الحلية (٥/٩)، والطبرانى في تاريخ بغداد (١١/٢٤٧)، وأبن الجوزي في التحقيق (١/٢٠٧)- ح (٢٣٤) بتحقيقنا.

(٧) انظر: الكافي (١/٣٥)، المغني (١/٢٨٣)، وقال في المغني (١/٢٧٨): (ولأنضرر يلحق بثزوعها، بخلاف الخف).

[٤/ب]

فصل

١٦ - المسح على ما تقدم مؤقت، بخلاف العجيرة^(١).

والفرق: ما روى علي رضي الله عنه قال: (جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام وليلاهن للمسافر، ويوماً وليلة للمقيم)^(٢) رواه مسلم.

وعنه قال: (كسرت زندي يوم أحد، فأمرني رسول الله ﷺ أن أمسح على الجائز)، رواه ابن ماجه^(٣)، ولم يوقت.
وأيضاً، ما ثبت لضرورة يقدر بقدرها^(٤).

فصل

١٧ - إذا لبس الخف في إحدى رجليه قبل غسل الأخرى لم يجزئ المسح.
ولو نزعه ثم لبسه، جاز.

والفرق: أنه في الأولى لبسه قبل كمال الطهارة وهو شرط، فلم يجزئ، وفي الثانية لبسه على طهر كامل^(٥).

فصل

١٨ - إذا لبس الخفين على غير طهارة، ثم أحذث وتوضأ، ونزعهما قبل نشاف يده، وغسلهما، تمت طهارته.

ولو مسح على خفين لبسهما على طهارة ثم خلعهما، وغسل رجليه قبل نشاف يده لم يجزئ غسل رجليه^(٦).

والفرق: أن الخفين في الأولى لم يمسح عليهما، فخلعهما لا يؤثر في

(١) انظر: الهدية (١٥/١)، المقعن (٤٠/١)، المحرر (١٣/١)، الإماع (٢٣/١).

(٢) آخرجه مسلم (٢٢٢)- ح (٢٧٦).

(٣) آخرجه ابن ماجه (٢١٥/١)- ح (٦٥٧)، وقال الشيخ البوصيري: هذا إسناد فيه عمرو بن خالد كذبه أحمد وابن معين، وقال البخاري منكر الحديث، وقال أبو زرعة: وكيع يضع الحديث، وقال الحاكم: يروي عن زيد بن علي الموضوعات. انظر: مصباح الرجاجة (٨٤/١)، والدارقطني في سننه (٢٢٦/١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٦١/٦٢١)- ح (٢٠١)، وانظر التحقيق لابن الجوزي (٢٢٠/١)- ح (٢٥١) بتحقيقنا.

(٤) انظر: المعني (٢٧٨/١)، الشرح الكبير (٧٢/١).

(٥) انظر: المعني (٢٨٢/١)، الشرح الكبير (٧٠/١)، كشف النقاع (١١٣/١).

(٦) بناء على أن المسح يرفع الحديث، وأن الحديث لا يتبعض، وهذا الصحيح من المذهب كما قاله المرداوي والبهوتi. انظر: تصحيح الفروع (١٦٩-١٧٠)، كشف النقاع (١٢١/١).

الطهارة، فإذا غسل رجليه قبل فوات الموالة أجزأه.
بخلاف الثانية، فإنه مسح عليهما، وارتبط المسح بالغسل، فإذا خلع بطلت
طهارة رجليه، والحدث لا يتبعض، فسرى إلى الجميع فبطل، ولزمه الاستئناف^(١).

فصل

١٩ - يصح الوضوء قبل الاستجاء، دون التيمم^(٢).
والفرق: أن الوضوء رافع، والنجاسة لا تمنع ذلك^(٣).
والتي تم ب صح، والصلة لا تستباح مع المانع^(٤).

فصل

٢٠ - إذا أمسك المستجمر الحجر بيديه، وذكره بيساره، فأمره على الحجر لم يكره.
ولو أمر الحجر بيديه على الذكر كره^(٥).
والفرق: أنه في الأولى ليس مستجمراً بيديه، فلم يكره.
وفي الثانية هو مستجمر بها^(٦)، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، متفق عليه^(٧)،
ويؤيد أنه لا ينسب إلى اليمني فعل في الأولى: أنه لو أخذ سكيناً بيديه ولم يحركها،
وحركت الشاة حلقومها حتى انقطعت أوداجها فإن الشاة ميتة، لأن ممسك الآلة لم يذبح.

فصل

٢١ - خروج يسير^(٨) الدم من السيلين ينقض الوضوء.

(١) كشف النقاع (١/١٢١).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٣)، الكافي (١/٥٤-٥٥).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (١/٨١)، الكافي (١/٥٤).

(٤) انظر: الكافي (١/٥٥)، المبدع (٦/٩٦).

(٥) انظر: الكافي (١/٥٤)، الشرح الكبير (١/٣٣)، كشف النقاع (١/٦٢).

(٦) انظر: المغني (١/٤٥١)، الكافي (١/٥٤)، الشرح الكبير (١/٣٣).

(٧) (ح) أخرجه البخاري (١/٦٩-٧٠) - ح (١٥٣)، ومسلم (١/٢٢٥) - ح (٢٦٧).

(٨) اليسير: ضد الكبير، ومن حد الكبير في المذهب عدة أقوال أشهرها قولان، الأول: أنه ما يفحش في نفس كل أحد بحسبه وهذا هو الصحيح في المذهب. الثاني: أنه ما يفحش في نفوس أوسط الناس واختار القول بهذا عدد من كبار فقهاء المذهب. ومن أشهرهم ابن عقيل، حيث قال: «إنما =

وخروجه من غيرهما لا ينقض^(١).

والفرق: أن السبيلين هما المخلوقان لخروج نجاسة البدن، فالخارج منها وإن قل وندر يجب الطهر منه، كالدود ونحوه، ولو لا قوله عليه السلام: «من استنجى من الريح فليس منا»^(٢). رواه الطبراني، لوجب الاستنجاء منها قياماً.

بخلاف الخارج غيرهما، فإنها خلقت لخروج الطاهرات، كالدموع والعرق ونحوهما / فخروج اليسير النادر منها يلحق بالغالب - وإن كان نجساً - في عدم النقض، فإذا كثر قوي وصار أصلاً بنفسه، فالخارج من السبيلين.

فصل

٢٢ - كثير النجاسة من غير السبيلين ينقض، دون يسيرهما^(٣).

والفرق: قوله عليه السلام: «ليس من القطرة، ولا القطرتين من الدم وضوء، إنما الوضوء من كل دم سائل»، رواه الدارقطني^(٤).

فصل^(٥)

٢٣ - قلت: خروج يسير النجاسة من غير السبيلين لا ينقض.

وخروج يسير البول والغائط من غيرهما ينقض^(٦).

والفرق: أن يسير نجاسة غيرهما معفو عنه، لما رواه الدارقطني، وقد تقدم^(٧).

= يعتبر الفاحش في نفوس أوساط الناس من المبتذلين، ولا الموسسين، انظر الكافي (٤٢/١)، الفروع (١٧٦/١).

(١) انظر: الكافي (٤٢/١)، الشرح الكبير (٨٢٨٠/١)، المبدع (١٥٧-١٥٥/١)، الإرادات (٦٥-٦٤/١).

(٢) (ح) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق (٤٩/٥٣)، وانظر: الميزان (٣٧٠/٣)، لسان الميزان (٣/١٤٢)، الكامل في الضعفاء (٣٥/٤).

(٣) إلا أن يكون بولاً، أو غائطاً، فإنه يتفضل الوضوء وإن كان يسيراً، كما سيأتي في كلام المصتف في الفصل الآتي. وانظر: الهدایة (١٦/١)، المحرر (١٣/١)، الإمتناع (٣٧/١).

(٤) (ح) أخرجه الدارقطني في سننه (١٥٧)، برقم (٢٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٧/١). ح (١٤٦٣)، وابن عدي في الكامل (١٩٠)، وابن الجوزي في التحقيق (١٩٠/١)- ح (٢٠١/١) بتحقيقنا، وانظر نصب الرأية للزيلعي (٣٧/١).

(٥) هذا الفصل فيما يظهر استدراكه من المصتف على السامي، وتفسير لما أطلقه لأنه أطلقه هناك الغفر عن يسير النجاسة من غير السليط ولم يتصل البول والغائط، مع أنه لا خلاف في المذهب أن اليiser منها ينقض ولو خرج من غير السليم كما قاله في: المغني (١٧٢)، والمبدع (١٥٦).

(٦) المغني (١٧٢)، والمبدع (١٥٦).

(٧) المغني (١٧٢)، والمبدع (١٥٦).

بخلاف البول والغائط، فإنهما أفحش النجاسات وأغلظهما، فسوى بين سيرهما وكثيرهما، لزيادة فحشهما.

فصل

٢٤ - خروج الدودة من أحد السبيلين ينقض^(١).
وخرجوها من الجرح لا ينقض. على اختيار الخرق^(٢).
والفرق: أن الخارجة من السبيل متولدة من النجاسة فتكون نجسة، ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها من السبيلين.
بخلاف الجرح، فإن الناقض منه يشترط كثرته، والدودة يسيرة، فافترقا.

فصل

٢٥ - نزول الدم الناقض إلى قصبة الأنف ينقض.
ونزول البول إلى قصبة الذكر لا ينقض.
والفرق: أن الأنف في حكم الظاهر، بدليل: وجوب تطهيره من النجاسة، فوصول النجاسة إليه كخروجها منه.
بخلاف الذكر، فإنه باطن حكماً وحساً، بدليل: أنه لا يظهر باطنه من نجاسة، فهو كباطن العروق التي يتربد فيها الدم.

فصل

٢٦ - قلت: لمس المرأة لشهوة ينقض.
ولمس الأمراء لا ينقض^(٣).
والفرق: أن النص ورد بالنقض بمسها، قال تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ الْأَنْسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣] لأنها محل الشهوة شرعاً، وللمس يحرك الشهوة، فلمسها مظنة لخروج الخارج.
بخلاف الأمراء، فإنه لم يرد فيه من النص مثل ما ورد فيها، ولا هو محل للشهوة شرعاً^(٤).

(١) انظر: الهدية (١٦/١)، الكافي (٤٢/١)، الإماع (٣٦/١).

(٢) انظر: المغني (١/١٨٧)، الشرح الكبير (٨٤/١).

(٣) انظر: الهدية (١٧/١)، الكافي (٤٦/١).

(٤) انظر: المغني (١٩٦/١)، الشرح الكبير (٩٠/١)، المبدع (١٩٧/١).

فصل

٢٧ - مس الرجل ذكر الختى المشكّل ينقض^(١).

ومسُ المرأة له لا ينقض^(٢).

والفرق: أنه إن كان الختى ذكرًا فقد مسَ ذكره، وإن كان امرأة فقد مسها لشهوة، وكلاهما ناقض.

بخلاف مس المرأة إياه، لأنَّه يحتمل أنه امرأة، والمرأة لا ينقض وضوؤها مس امرأة^(٣).

فصل

٢٨ - مس المرأة قبل الختى المشكّل ينقض^(٤).

بخلاف الرجل^(٥).

والفرق: ما تقدم.

فصل

٢٩ - قلت: مسُ الذكر ينقض الوضوء.

ومسُ الأثنين لا ينقض^(٦).

والفرق: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من مسَ ذكره فليتووضأ» رواه الإمام أحمد، وغيره.

ولأنَّ مسَه يدعو إلى خروج الخارج.

بخلاف الأثنين، فإنهما لا نص فيهما، ولا هما في معنى ما نص عليه، لكون مسَهما لا يدعو إلى خروج الخارج، فافتراقا^(٧).

فصل

٣٠ - أكل لحم الجزر ينقض.

(١) إن كان بشهوة، وإلا فلا ينقض. انظر: المقنع (٩/١)، المحرر (١٤/١)، الإمتناع (٣٨/١).

(٢) انظر: المقنع (٤٩/١)، المحرر (١٤/١)، الإمتناع (٣٨/١).

(٣) انظر: المغني (١٨٢/١)، الشرح الكبير (١/٨٧).

(٤) انظر: الكافي (٤٦/١)، المحرر (١٤/١).

(٥) انظر: الكافي (٤٦/١)، المحرر (١٤/١).

(٦) انظر: الكافي (٤٦٤٥/١)، الشرح الكبير (٨٨٨٦/١).

(٧) انظر: المغني (١٨٣/١)، الشرح الكبير (١/٨٨).

بـ) دون / لحم الغنم^(١).

والفرق: ما روى جابر أن رجلاً سأله رسول الله ﷺ: أتوضأ من لحوم الغنم، قال: «إن شئت فتوضاً، وإن شئت فلا تتوضاً»، قال: أتوضأ من لحوم الإبل؟ قال: «نعم، توضأ منها»، رواه مسلم^(٢) وغيره.

والوضوء عند الإطلاق ينصرف إلى الشرعي، سيما وقد قرنه بالصلاحة بقوله في بعض ألفاظ الحديث: «وصلوا في مرابض الغنم، ولا نصلوا في معاطن الإبل»^(٣).

فصل

٣١ - يجوز وطء من عليها غسل جنابة^(٤).

دون من عليها غسل حيض^(٥).

والفرق: أن نفس الجنابة لا يمنع الوطء، كمن التقى ختاناهما، فإن الوطء لا يحرم عليهما، فلأن لا يمنع حدثه بطريق الأولى^(٦).

بخلاف حدث الحيض، فإنه يمنع الوطء، لقوله تعالى: «وَلَا تَقْرُئُهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ» [البقرة: الآية ٢٢٢] أي: ينقطع دمهن، «فَإِذَا تَطَهَّرْنَ» [البقرة: الآية ٢٢٢] أي: اغتنلن، «فَأُولُو الْهُدَى»^(٧). كذا فسره ابن عباس^(٧) رضي الله عنهمَا، فلهذا لم يجز وطؤها حتى تغتنل.

(١) انظر: الهدایة (١/١٧)، المحرر (١/١٥).

(٢) (ح) آخرجه مسلم (١/٢٧٥) - ح (٣٦٠)، وابن الجارود في المنتقى (١/١٩) - ح (٢٥)، وابن خزيمة في صحيحه (١/٢١) - ح (٣١)، وابن حبان في صحيحه (٣/٤٠٦) - ح (٤٠٦)، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (١/٣٩٧) - ح (٧٩٤) / بتحقيقنا، وأبو عوانة في مسنده (١/٢٢٧) - ح (٧٥٤)، والترمذني (١/١٢٢-١٢٣) - ح (٨١)، والبيهقي في الكبرى (١/١٥٨) - ح (٧١٤)، وأبو داود (١/٤٧) - ح (١٨٤)، وابن ماجه (١/١٦٦) - ح (٤٩٤)، والطبراني في الأوسط (٧/٣٠٣) - ح (٢٤٨) - ح (٧٤٠٧)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٣٠٣) - ح (٢٤٨).

(٣) (ح) آخرجه ابن خزيمة (٢/٨) - ح (٧٩٥)، وأبو عوانة في مسنده (١/٣٣٥) - ح (١١٩٤)، والترمذني (٢/١٧٧) - ح (٣٤٣)، وابن ماجه (١/١٦٦) - ح (٤٩٧)، والربيع في مسنده (١/١٢٢) - ح (٢٩٣)، والطحاوي في شرح معانى الآثار (١/٣٨٤)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٤٥١) - ح (٩٨٢٤)، وابن الجعد في مسنده (١/٤٦٢) - ح (٤٦٢)، والطبراني في الكبير (١/١٢٠٦) - ح (٥٥٩).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٩)، الكافي (١/٥٩)، المحرر (١/٢١).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢٤)، الكافي (١/٧٣).

(٦) انظر: المتن (٧/٢٦).

(٧) (ح) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (١/٣٠٩).

فصل

٣٢ - إذا دخل في الصلاة متى ممأً، فووجد الماء في الصلاة بطلت، واستأنفها^(١).

ولو شرع في صوم الكفار، فووجد الرقبة، أو في صوم التمتع، فقدر على الهدي لم يلزم الانتقال إلى الهدي^(٢) والعتق^(٣).

والفرق: أن التيمم يجزئ لضرورة عدم الماء، فإذا وجد الماء بطلت، لزوال الضرورة، كالمستحاضة إذا انقطع دمها قبل تمام صلاتها، فإنها تبطل، كذا ما هنا. بخلاف الكفار والهدي، فإن الاعتبار فيهما بحالة الوجوب، فإذا كان فقيراً لزمه الصوم، ولو وجد الرقبة والهدي قبل الشروع في الصوم لم يلزم الانتقال على الصحيح^(٤)، فلأن لا يلزم بعد الشروع أولى.

وأيضاً، فإن الصوم قربة وجد غيره أو لم يوجد.

وليس كذا التيمم، فإنه يبطل بالقدرة على الماء بدليل ما ذكرنا.

فصل

٣٣ - إذا [وجد ماء] يكفي بعض طهره لزمه استعماله، ثم تيمم للباقي^(٥). ولو كان جريحاً فأراد التيمم للجرح، غسل [الصحيح، وهو مخير]، بين تقديم التيمم على الماء، وتأخيره^(٦).

والفرق: أن علة التيمم في الأولى عدم الماء، ولا يتحقق حتى يستعمل. بخلاف التيمم للجرح، فإنه لخوفضرر، وهو موجود قبل الاستعمال وبعده^(٧).

(١) انظر: الهداية (١/٢١)، الكافي (١/٦٩)، المحرر (١/٢٢).

(٢) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى الهدي في: المغني (٣/٤٨)، المحرر (١/٢٣٥).

(٣) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى العتق في: المغني (٧/٢٨٢)، القواعد لابن رجب ص ٩٢، الإنصاف (٩/٢١).

(٤) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى العتق قبل الشروع في الصوم في: المغني (٧/٣٨٢-٣٨١)، الإنصاف (٩/٢٠٩-٢١١)، وانظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى الهدي قبل الشروع في الصوم في المغني (٣/٤٨١)، الإنصاف (٣/٥١٦).

(٥) انظر: الهداية (١/٢١)، المقنع (١/٦٥)، المحرر (١/٢٢).

(٦) هذا إن كان عليه حدث أكبر، فإنما إن كان عليه حدث أصغر فإنه يجب عليه الترتيب بحيث يتم عند موضع غسل العضو الجريح في الصحيح من المذهب. انظر: المغني (١/٢٦٠-٢٥٩)، الإنصاف (١/٢٧٢)، الإمامان (١/٥٢).

(٧) انظر: المغني (١/٢٥٩-٢٦٠)، الشرح الكبير (١/١١٩).

فصل

٣٤ - إذا تيمم الجريح لجرحه، وجب معه المسح في رواية.

ولو كان الممسوح جيرة، مسح عليها من غير تيمم^(١).

والفرق: قوله عليه السلام في حديث صاحب الشجة: «إنما كان يكفيه أن يتيمم، ويعصب على جرحه، ثم يمسح عليه، ويغسل سائر جسده». رواه أبو داود^(٢) وغيره.

وأما الجبيرة فقد قدمنا أن النبي صلوات الله عليه وسلم أمر علياً / لما انكسر زنه: أن يأخذ بالمسح، ولم يأمره بالتيمم، فافترا.

فصل

٣٥ - إذا نوى بتيممه الحديثين، ثم أحدث حدثاً أصغر، بطل تيممه للأصغر، دون الأكبر^(٣).

ولو قدر على الماء، أو دخل وقت صلاة أو خرج، بطل تيممه لهما^(٤).

والفرق: أن نيتهما صيرت التيمم كتيممين، فإذا بطل هذا بقي الآخر، كما لو اغتسل ينويهما، ثم بطلت الصغرى لم تبطل الكبرى^(٥).

بخلاف القدرة على الماء، وخروج الوقت، فإن التيمم مقدر بمدة إذا انقضت بطل، كالمسح على الخفين.

فصل

٣٦ - إذا انقطع دم الحائض فتيممت لإباحة وطتها، ثم أحدثت لم يمنع ذلك وطأها بالتيمم^(٦).

ولو قدرت على استعمال الماء، أو دخل وقت صلاة أو خرج، بطل تيممتها، ولم يجز وطئها^(٧).

والفرق: ما تقدم^(٨).

(١) انظر: الهدایة (١٥/١)، الكافی (٤٠/١)، المحرر (١٣/١).

(٢) (ح) آخرجه البیهقی في الكبرى (٢٢٨/١)-خ (١٠١٨)، وانظر: التلخیص الحیر (١٤٧/١).

(٣) انظر: الكافی (٦٨/١)، الشرح (١٢٨/١).

(٤) انظر: المغنی (٢٢٢/١)، الشرح الكبير (١٣٠/١).

(٥) انظر: الكافی (٦٨/١).

(٦) انظر: المغنی (٢٦٨/١)، الشرح الكبير (١٢٨/١).

(٧) انظر: المغنی (٢٧٢/١)، الشرح الكبير (١)، المبدع (٢٢٦/١).

(٨) انظر: المغنی (٢٧٢/١)، المبدع (٢٢٦/١).

فصل

٣٧ - صوف الميّة وشعرها ظاهر.

وقرنها وظفرها نجس.

والفرق: أن الصوف والشعر لا روح فيه، بدليل: أنه لا يحس، ولا يأتم بزواله، ونموه لا يدل على أن فيه روحًا، فإن الشجر ينمو بمحله، ولا حياة فيه.
أما العظم ونحوه ففيه روح وحياة. قال الله تعالى: ﴿فَالَّذِي يُحْكِمُ الْعِظَمَاتِ وَهِيَ زَوْجِهِ ﴾^(١) فُلْ يُحْكِمُهَا الْذِي أَشَأَهَا أَنَّ لَهُ مَرْقَدًا﴾ [يس: الآيات: ٧٩، ٧٨]. ولأنها تحس وتتألم، وذلك دليل الحياة، وإنما لم تحس بقطع ما طال من القرون، لأن الروح والحياة فارقتها، وإذا ثبت أن فيها روحًا وحياة نجست بالموت، كاللحم والعصب^(٢).

فصل

٣٨ - إذا تخللت الخمرة بنفسها ظهرت.

وإن خلت لم تطهر^(٣).

والفرق: أنها إذا تخللت بنفسها زالت علة نجاستها، وهي الشدة المطربة، لأنها إذا كانت عصيرًا كانت ظاهرة، فلما حدثت هذه نجاست، فإذا زالت العلة تبعها معلولتها^(٤).

بخلاف ما إذا خلت بما يلقى فيها، فإنه بمقابلاته لها ينجس، فإذا زالت نجاستها خلفتها نجاسة^(٥)، فافترا.

فصل

٣٩ - لا يظهر شيء من النجاسات بالاستحالة^(٦).

وطهر الخمرة بها.

والفرق: أن الخمرة إذا استحالت عن العصير [نجست]، فإذا استحالت بذهباب علة تنجييها ظهرت.

(١) انظر: المغني (١/ ٧٣)، (٧٣/ ٧٣)، (٨٠-٧٩)، الشرح الكبير (١/ ٢٨)، المبدع (١/ ٧٦).

(٢) انظر: الهدایة (١/ ٢٢)، المقعن (١/ ٧٧)، المحرر (١/ ٦)، الإمتناع (١/ ٦٠).

(٣) انظر: المغني (٨/ ٢٢٠)، الشرح الكبير (١/ ١٤٤).

(٤) انظر: المغني (٨/ ٣٢٠).

(٥) انظر: الهدایة (١/ ٢٢)، المقعن (١/ ٧٧)، المحرر (١/ ٦)، الإمتناع (١/ ٦٠).

بخلاف بقية النجاسات، فإنها لم تنجم بالاستحالة، فلم تطهر بها، لأن علة نجسها لم تزل^(١).

فصل

٤٠ - يطهر بول الغلام الذي لم يأكل الطعام بنضجه^(٢).
ولا يطهر بول الجارية إلا بالغفل^(٣).

والفرق: قوله ﷺ: «إنما يغسل من بول الجارية، وينضح^(٤) من بول الغلام»، رواه أبو داود، وفي حديث أم قيس المتفق عليه، قالت: أتيت بابن لي صغير لم يأكل^(٥) الطعام، فذكرته، وعن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «بول الغلام ينضح، وبول الجارية يغسل»، رواه الإمام أحمد^(٦).

[أ] وعلة ذلك: أن بول الجارية يجري تحتها غالباً فلا يشق التحرز منه.
وبول الغلام قبل أكله الطعام يخرج قريباً يصيب من بعد، ويصعب الاحتراز منه، فإذا بلغ حدّاً يشتهي الطعام ضعف خروج بوله، ولم يشق التحرز منه، كما لا يشق من بول الجارية.

قلت: هذا لا ينهض، ويكتفي النص فرقاً.

فصل

٤١ - الحيض يمنع وجوب الصلاة.
ولا يمنع وجوب الصوم^(٧).

والفرق: قول عائشة رضي الله عنها: كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ، فكنا

(١) انظر: الكافي (٨٨/١)، الشرح الكبير (١٤٤/١).

(٢) انظر: النضح: البيل والرش بالماء، من غير مرس وعصر. انظر: المصباح المتبر (٦٠٩/٢).

(٣) انظر: الكافي (٩١/١)، الشرح الكبير (١٤٥/١).

(٤) (ح) أخرجه البيهقي في الكبير (٤١٥/٢) - ح (٣٩٥٩)، وأبو داود (١/١٠٢) - ح (٣٧٦)، والنساني في الكبير (١/١٢٩) - ح (٢٩٣)، وابن ماجه (١/١٧٤) - ح (٥٢٥)، والطحاوي في شرح معانى الآثار (١١/٩٤)، وانظر: التلخيص العظيم (١/٣٨)، نصب الراية للزيلعي (١/١٢٦).

(٥) لفظة الصحيحين: «أنها أتت بابن لها صغير لم يأكل الطعام إلى رسول الله ﷺ فأجلسه رسول الله ﷺ في حجره فبال على ثوبه، فدعا بهاء فنضجه ولم يغسله».

(٦) (ح) أخرجه الإمام أحمد في مستنه (١/٧٦) - ح (٥٦٣).

(٧) انظر: الهدایة (١/٢٤)، الكافي (١/٧٢)، المحرر (١/٢٤).

نؤمر بقضاء الصوم، ولا نؤمر بقضاء الصلاة. متفق عليه^(١).
وأيضاً، فإن الصلاة تكرر، فيشق قضاها، فسامح الشرع بذلك.
بخلاف الصوم، فإنه قليل، وقد لا يصادفها بالمرة، فقضاها لا مشقة فيه.

فصل

٤٢ - قلت: يلزم المرأة نقض شعرها لغسل الحيض.
ولا يلزمها ذلك لغسل الجنابة^(٢).
والفرق: أن الأصل وجوب النقض فيهما، ليتبين وصول الماء إلى أصول
الشعر.

خولف ذلك في الجنابة، لما روت أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: يا
رسول الله إني امرأة أشدُّ ضُفر^(٣) رأسي، أفنقضه للجنابة؟ قال: «لا». رواه مسلم.
ولأن الجنابة تكرر، فيشق حل الشعر فيها.
بخلاف الحيض، فإنه لا يتكرر كتكررها^(٤).

فصل

٤٣ - إذا انقطع دم الحائض صح الصوم منها.
ولا تصح الصلاة والطواف حتى تختزل^(٥).
والفرق: أن الصوم لا تشترط له الطهارة، فيصح من الحائض قبل غسلها،
أو^(٦) فلم يمنعه حدث الحيض، كالزكاة.
بخلاف الصلاة والطواف، فإن من شرطهما الطهارة.

(١) أخرجه أبو عوانة في مسنده (١/٢٧١) - ح (٩٤٥)، والترمذى (٣/١٥٤) - ح (٧٨٧)، وجسته، والنسائي في الكبرى (٢/١١٣) - ح (٢٢٧)، وأبي شيبة في مصنفه (٢/١٢٤) - ح (٧٢٣٨)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٩٤) - ح (٢٤٦٧)، وإسحاق في مسنده (٣/٧٦٧) - ح (١٣٨٤)، والطیالسي في مسنده (١/٢٢٠) - ح (١٥٧٠).

(٢) انظر: الكافي (١/٦٠)، المحرر (١/٢١)، الإنصاف (١/٢٥٦).

(٣) الضفر: بضمتين: جمع ضفيرة، وهي الخصلة من الشعر المنسوج بعضه على بعض، ويجمع أيضاً على: ضفائر، وانشقاقه من الضفر، وهو النسج.

(٤) انظر: المغني (١/٢٢٦)، الشرح الكبير (١/١٠٩).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢٤)، الكافي (١/٧٣).

(٦) انظر: الكافي (١/٧٣)، الشرح الكبير (١/١٥٧).

ولأن حدث الجنابة مع كونه أخف من حدث الحيض يمنعهما، فهو بطريق الأولى.

فصل

٤٤ - لأقل الحيض حد^(١).

ولا حد لأقل النفاس^(٢).

والفرق: أنه بالحيض تعلم براءة الرحم، فوجب تقدير أقله وأكثره، ليحكم بانقضاء العدة به.

بخلاف النفاس، فإنه قد ثبت وجوب الغسل، وبراءة الرحم بالولادة، لا بالنفاس، فلا حاجة إلى تقدير أقله.

كتاب الصلاة

فصل

٤٥ - يكفر المسلم المكلف بترك الصلاة من غير عذر معتقداً وجوبها. في الصحيح من المذهب^(٣).

ولا يكفر بترك غيرها من العبادات. في رواية^(٤).

والفرق: ما روي أن النبي ﷺ قال: «بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة» رواه الإمام أحمد^(٥)، وما روي عنه عليه السلام أيضاً أنه قال: «بيتنا وبينهم الصلاة، فمن تركها فقد كفر»، رواه الإمام أحمد أيضاً.

ولأنه يحكم بالإسلام على فاعلها، فيحكم بالكفر على تاركها.

(١) وهو يوم وليلة، انظر: الهدایة (٢٣/١)، الكافی (١/٧٤)، المحرر (١/٢٤)، الإمتناع (١/٦٥).

(٢) انظر: الكافی (١/٨٥)، المحرر (١/٢٧)، الفروع (١/٢٨٢)، الإمتناع (١/٧٢).

(٣) لكن لا يحكم إلا إذا دعاه الأمر إلى فعلها فأبى، حتى ضائع وقت الفريضة التي بعدها. انظر: الكافی (١/٩٥)، الفروع (١/٢٩٤)، متهى الإرادات (١/٥٢).

(٤) الانصاف (١/٤٠٣)، الإمتناع (١/٧٥).

(٥) أخرجه ابن حبان (٤/٣٠٤-٣٠٥) ح (١٤٥٣)، وأبو عوانة في مسنده (١/٦٣) ح (١٧١)، والترمذی (٥/١٣) ح (٢٦٢٠)، وقال: حسن صحيح. والبیہقی في الكبری (٣٦٦/٣) ح (٦٢٩٠)، والدارقطنی في سننه (٢/٥٣) برقم (٤)، والنسائی في الكبری (١/١٤٥) ح (٣٣٠)، وابن ماجه (١/٣٤٢) ح (١٠٧٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/١٦٧) ح (٣٠٣٩٤)، والطبرانی في الأوسط (٢/١٤٢-١٤٣) ح (١٥١٤)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٣٧٠) ح (١٥٠٢١).

بخلاف بقية العبادات^(١).

وأيضاً: فإنها تسمى إيماناً، بدليل: أنها لما / نسخت القبلة قالوا: كيف [١٧] بأصحابنا الذين ماتوا وهم يصلون نحو بيت المقدس، فنزل: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُفْسِدَ إِيمَانَكُمْ﴾ [البقرة: الآية ١٤٣]، متفق عليه^(٢)، وإذا كانت إيماناً كفر بتركها، كالتوحيد. ولم يسم غيرها من العبادات إيماناً.

قلت: وفيه نظر، لأن لا يلزم من كون الشيء إيماناً أن يكون تركه كفراً، فقد قال النبي ﷺ: «الإيمان بضع وسبعون خصلة، أدنها إماتة الأذى عن الطريق»، متفق عليه^(٣).

وطردد قول السامری: أن يكون ترك الإماتة كفراً، وهذا خلف، ثم قوله: وغيرها من العبادات لم يسم إيماناً باطل، إذ العبادات كلها إيمان، خصوصاً على أصلنا في أن الإيمان قول وعمل.

فصل

٤٦ - إذا اشتبهت عليه القبلة في السفر أجزاءً أن يصلி مرة واحدة. بالاجتهاد، ولا يلزم أن يصلி إلى أربع جهات^(٤).

ولو اشتبهت عليه الثياب النجسة بالطاهرة صلى في ثوب بعد ثوب بعد التحسن، وزاد صلاة.

والفرق: أن فرضه عند اشتباه القبلة الاجتهاد لا الإصابة، بحيث لو اجتهد فأخطأ صحت صلاته، ولو لم يجتهد فأصاب لم يصح، فلم يجب عليه غير الاجتهاد^(٥).

بخلاف الثانية، فإن فرضه تأدية الصلاة بسترة ظاهرة بيقين، ولا يحصل ذلك إلا بالتكرار على ما أسلفناه.

(١) انظر: المغني (٤٤٥/٢)، الشرح الكبير (١٨٩/١).

(٢) (ح) أخرجه الطبری (٣٧/٧)، وابن حبان في صحيحه (١٢/١٧٣) - ح (٥٣٥١)، والترمذی (٥/٣٥٤) - ح (٣٠٥٠)، وقال: حسن صحيح، والرویاني في مستنه (١/٢٢٩)، والبیهقی في شعب الإيمان (٥/١٧) - ح (٥٦١٧)، واللالکانی في اعتقاد أهل السنة (٤/٨١٧).

(٣) (ح) أخرجه مسلم (٦٣/١) - ح (٣٥).

(٤) انظر: الہادیة (١/٣١)، الكافی (١/١١٨)، الصحر (١/٥٢)، الامتع (١/١٠٣).

(٥) انظر: الكافی (١/١١٨)، المغني (١/٤٤٩-٤٥٠)، الشرح الكبير (١/٢٥٥)، کشف النقاع (١/٣٠٧).

فصل

٤٧ - إذا اشتبهت القبلة فصل أربع صلوات إلى أربع جهات أجزاؤه كلها، مع القطع بكونه صلى ثلاثاً إلى غير القبلة^(١).
ولو لمس مشكل ذكره، وصلى الظهر، ثم توضأ، ولمس فرجه، وصلى العصر، لزمه قضاوهما^(٢).

والفرق: أن المصلي فرضه الاجتهاد في القبلة كما مرّ، وقد فعل ذلك في كل صلاة فلم تلزمه الإعادة.

وأما المشكل، ففرضه الصلاة بظهور صحيحة، فإذا تطهر ومس ذكره لم ينتقض وضوئه، لاحتمال أن يكون امرأة، فالذكر عضو زائد، والظهور متينة، فلا تزول بالشك، فإذا توضأ ولمس قبله وصلى العصر لم ينتقض وضوئه لاحتمال أن يكون رجالاً، وذلك خلقه زائدة.

ولكن تيقنا أن إحدى صلاتيه باطلة، لأنه إما ذكر فقد بطلت الظهر، وإما امرأة فقد بطلت العصر، فإذا احتمل كون كل منهما باطلة وجب قضاوهما إبراء لذمته من العبادة، كناسٍ صلاة من يوم يجهل عينها، فإنه يجب عليه خمس صلوات.

فصل

٤٨ - إذا خفي عليه وقت الصلاة فتحرى وصلى، فإن قبله لم يجزئه^(٣).
ولو اجتهد في القبلة في السفر فاختطاً أجزاء^(٤).
والفرق: أن الوقت يمكنه معرفته يقيناً، بأن يؤخر الصلاة بحيث تقع بعد الوقتقضاء، فإذا لم يؤخر فقد فرط، فلم يجزئه^(٥).
بخلاف القبلة/ فإن فرض المصلي الاجتهاد فيها لا الإصابة كما تقدم^(٦).

(١) انظر: الهدية (٣٢/١)، المقنع (١٢٩/١)، الفروع (٣٨٨/١)، الإمتاع (١٠٥/١).

(٢) انظر: الإنصاف (٢٠٩/١)، شرح متهي الإرادات (٦٧/١).

(٣) انظر: الهدية (٢٦/١)، المقنع (١٠٧/١)، المحرر (٢٩/١)، الفروع (٣٠٦/١).

(٤) انظر: الهدية (٣٢/١)، المقنع (١٢٩/١)، المحرر (٥٢/١)، الفروع (٣٨٨/١).

(٥) انظر: الفروع (٣٠٦/١)، المبدع (٣٥٣/١).

(٦) أن المجتهد في القبلة أتي بما أمر به، فخرج عن العهدة كالمصيب، ولأنه صلى إلى غير الكعبة للعتذر، فلم تجب عليه الإعادة، كالخائف يصلى إلى غيرها. ولأنه شرط عجز عنه، فأبيه سائر الشروط وأما المصلي قبل الوقت فإنه لم يؤمر بالصلاحة، وإنما أمر بعد دخول الوقت، ولم يأت بما أمر به. انظر: المغني (٤٥٠/١)، الشرح الكبير (٢٥٥/١).

فصل

٤٩ - إذا صلى المسافر فرضاً في سفينة لزمه التوجّه إلى القبلة في صلاته كلها^(١).

ولو كانت الصلاة تفلاً لم يلزمها التوجّه^(٢).

والفرق: أن الفرضية لا يترك التوجّه فيها إلا مع الخوف، وليس بموجود بخلاف النافلة، فإنه يجوز ترك التوجّه فيها، بدليل: جوازها حيث توجّهت به راحلته، والسفينة كالراحلة.

فصل

٥٠ - إذا وُهِبَ سترة للصلوة عادُمُها لم يلزمها قبولها.

ولو أُعْيِرَ لزمه.

والفرق: أن في الهبة منة.

بخلاف العارية، ولو حصل منه فهي سيرة^(٣).

فصل

٥١ - يجوز الأذان للفجر قبل دخول وقتها.

ولا يجوز في غيرها من الصلوات^(٤).

والفرق: قوله عليه السلام: «إن بلاً يؤذن بليل، فكروا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»، متفق عليه، ولو لم يجز لنهاه عليه السلام عن ذلك.

ولم يرد مثل ذلك في بقية الصلوات، فبقيت على مقتضى الدليل من أن الأذان إعلام بالوقت، فلا يجوز تقديمها عليه.

وأيضاً، فإن صلاة الفجر يدخل وقتها، والناس نائم، وفيهم الجنب، فاحتياج إلى التقديم ليتأهّب المصلون.

بخلاف بقية الصلوات^(٥).

(١) انظر: المغني (١/٤٣٥-٤٣٥)، الشرح الكبير (١/٢٤٨)، الفروع (١/٨٣)، والإمتناع (١/١٠١).

(٢) لكن يلزم التوجّه إلى القبلة لتكبيرة الإحرام، والركوع والسجود إن لم يشق عليه في المذهب. انظر: الكافي (١/١٢٢)، الفروع (١/٣٨١)، الإنصاف (٢/٦٥)، الإمتناع (١/١٠١).

(٣) انظر: المغني (١/٥٩٤)، الشرح الكبير (١/٣٢٣)، المبدع (١/٣٧١)، كشاف الإمتناع (١/٢٧٧).

(٤) انظر: الهدى (١/٢٨)، المقعن (١/٩٩)، المحرر (١/٣٨)، غاية المتهاوى (١/٩٤).

(٥) انظر: المغني (١/٤١٠-٤١١)، الشرح الكبير (١/٢٠١).

فصل

٥٢ - إذا صلى على منديل، فرأى نجاسة موضع سجوده، فغطاهما بطرفه الطاهر، وسجد عليها صحت صلاته.

ولو أخذ بيده طرف المنديل الذي فيه النجاسة، وسجد موضعها بطلت صلاته.

والفرق: أنه في الأولى لم يحمل النجاسة، ولم يصل عليها، فصحت صلاته.

وفي الثانية صلى حاملاً للنجاسة، فبطلت صلاته^(١).

فصل

٥٣ - لا تصح الصلاة في معاطن الإبل، وهي التي تقسيم فيها.

وتصح في مرابض الغنم^(٢).

والفرق: ما قدمناه بالنقض بلحوم الإبل من قوله ﷺ: «صلوا في مرابض الغنم، ولا تصلوا في معاطن الإبل»^(٣)، وقد روي في حديث: «إنها خلقت من الشياطين» والنصل قاطع في الفرق.

فصل

٥٤ - إذا صلى ناسياً لحديثه لم تصح الصلاة^(٤).

ولو صلى عليه نجاسة ناسياً صحت^(٥).

والفرق: أن الطهارة شرط في صحة الصلاة بالإجماع، فلم تصح بدونها، كسائر شروطها.

بخلاف اجتناب النجاسة، فإنه واجب^(٦) يسقط بالنسیان، بدليل: ما روى أبو سعيد رضي الله عنه: «أنه ~~يُنْهَى~~ خلع نعله في الصلاة، فخلع الناس، فقال: ما بكم خلعتم نعالكم؟ فقالوا:رأيناكم خلعت فخلعونا، فقال: إن جبريل أتاني فأخبرني: أن

(١) انظر: المغني (٢/٦٦)، الشرح الكبير (١/٢٤٢)، كشاف القناع (١/٢٩١).

(٢) انظر: الهدایة (١/٣٠)، الكافي (١/١٠٩)، المحرر (١/٤٩)، الإماع (١/٩٧).

(٣) (ج) تقدم تخریجه.

(٤) انظر: الكافي (١/١٠٩)، الفروع (١/٣٦٦)، الروض المریع (١/٤٦).

(٥) انظر: المغني (٢/٦٥)، الانصاف (١/٤٨٦)، الإماع (١/٩٦).

(٦) انظر: في رواية في المذهب، أما الصحيح في المذهب: فإن اجتناب النجاسة شرط من شروط الصلاة. انظر: الكافي (١/١٠٧)، الفروع (١/٣٦٤)، الانصاف (١/٤٨٣)، الإماع (١/٩٥).

فيها قنراً، رواه أبو داود^(١)، فلو لا سقوط ذلك في السهو لاستأنف الصلاة^(٢).

فصل

٥٥ - لا تصح إماماة الآخرين بناطق، ولا بمثله، نص عليه^(٣).
وتصح إماماة الأمي بمثله^(٤).

[١/٨] والفرق: أن القراءة مأيوسة/ من الآخرين.

بخلاف الأمي^(٥)، قاله القاضي في المجرد.

قلت: وقال صاحب المغني^(٦): القياس صحة صلاته بمثله، وما قاله حق.
ثم على القول بعدم الصحة فما ذكره القاضي ضعيف، لأن اليأس من القراءة
وعدمه لا أثر له هنا، غايته: أن الأمي أكمل من الآخرين، فلا يصلح فارقاً.

ويظهر لي فرق، وهو: أن الإمام من وظيفته أن يتحمل عن المأموم القراءة،
وآخرين لا ينطق بالقرآن، فإذا ائتم به مثله لم يظهر للاتمام فائدة بخلاف ائتمام
الأمي بالأمي، فإنه يتحمل عنه القراءة، وهذا الفرق على ما فيه أولى مما ذكره
القاضي.

فصل

٥٦ - العاصي بسفره لا يقصر، ولا يجمع، ولا يفتر، ولا يزيد على مسح
مقيم^(٧).

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٠٧/٢) - ح (١٠٧)، والحاكم في مستدركه (٢٣٥/١) - ح (٤٨٤)، وقال: حديث صحيح. والضياء في المختار (٥/٥) - ح (٢٠٤) - ح (١٨٣١)، والدارمي في سنته (١/٣٧٠) - ح (١٣٧٨)، والبيهقي في الكبير (٢) - ح (٤٠٢) - ح (٣٨٩٠)، والدارقطني في سنته (١/٣٩٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (٣٨٧/٣) - ح (١٥١٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٥١١)، والبزار في مسنده (٥/٥) - ح (١٥٧٠)، والطبراني في الأوسط (٤/٣١١) - ح (٤٢٩٣)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٢٠) - ح (١١١٦٩)، والحارث في مسنده (١/٢٦٣) - ح (١٤٤)، والطبراني في الكبير (٦٨/١٠) - ح (٩٩٧٢).

(٢) انظر: المغني (٦٥/٢)، الكافي (١٠٩/١)، الشرح الكبير (١/٢٤٣).

(٣) المغني (٢/١٩٤)، المحرر (١/١٠٤)، الإنصال (٢/٢٥٩)، الإمتناع (١/١٦٧).

(٤) انظر: الهدایة (٤٥/١)، المقنع (٢٠٤/١)، الإمتناع (١/١٦٩)، الروض المریع (١/٧٣).

(٥) انظر: المغني (١٩٤/٢)، الشرح الكبير (٤٠٣/١)، المبدع (٢/٦٩).

(٦) انظر: الكافي (١/١٨٤)، الشرح الكبير (١/٤٠٣).

(٧) انظر: المغني (٢/٢٦٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/١).

ويتيم عند عدم الماء^(١).

والفرق: أن التيم ليس بمرخصة يستباح بالسفر، وإنما هو عزيمة عند عدم الماء حتى في الحضر^(٢).

بخلاف الأشياء المتقدمة، فإنها رخص، والعاصي بسفره لا يترخص^(٣).

فصل

٥٧ - إذا ذكر صلاة سفر في سفر آخر جاز له قصرها^(٤).

وإن ذكرها في الحضر فلم يقضها حتى سافر لم يجز له قصرها^(٥).

والفرق: أن الصلاة المذكورة في الحضر وجب إتمامها بذلك، لأنه مأمور بفعلها حين ذكرها بقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فذلك وقتها»، رواه الإمام أحمد^(٦)، وغيره^(٧)، وحينئذ تصير صلاة حضر، فيجب إتمامها^(٨).

بخلاف ما إذا لم يذكرها إلا في سفر آخر، فإنه لم تجب عليه في الحضر، ولم يذكرها في الحضر، ليجب إتمامها بذلك، فبقيت صلاة سفر ذكرت في سفر، فلم يجب إتمامها^(٩) كالمذكورة في سفر النسوان.

(١) انظر: المعني (١/٢٣٤)، الشرح الكبير (١/٤٣٠)، المبدع (١/٢٠٦)، متنه الإرادات (١/٣٣).

(٢) انظر: المعني (١/٢٣٤)، الشرح الكبير (١/١١٤)، كشاف القناع (١/١٦١).

(٣) انظر: المعني (٢/٢٦٣-٢٦٢)، الشرح الكبير (١/٤٣٠)، كشاف القناع (٥٠٥/١).

(٤) انظر: الهدایة (٤٨/١)، المقطوع (١/٢٢٢)، المحرر (١/١٣١)، الإماع (١/١٨٢).

(٥) انظر: المعني (٢/٢٨٣)، الشرح الكبير (١/٤٣٩)، الإنصاف (٢/٣٢٧)، كشاف الإماع (١/٥١٢).

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣/٤٤)- ح (٤٤/٣)- ح (١١٤١٣).

(٧) أخرجه مسلم (١/٤٧١)- ح (٦٨٠)، وابن خزيمة في صحيحه (٩٥/٢)- ح (٩٨٩)، وابن حبان في صحيحه (٥/٤٢٢-٤٢٣)- ح (٤٢٣-٤٢٢)، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (٢/٢٧٥)- ح (٢٧٥/٢)، وأبي عوانة في مسنده (١/٣٢١)- ح (١١٤٢)، والترمذى (١/٣٣٤)- ح (١٧٧)، والبيهقي في الكبير (١/٤٣)- ح (٤٣/٤٣)، والدارقطني في سننه (١/٣٨٦) برقم (١٤)، والشافعى في مسنده (١/١٦٦)، وأبو داود (١/١١٨)- ح (٤٣٥)، والنمساني في الكبير (١/٤٩٣)- ح (٤٩٣/٤٩٢)، وابن ماجه (١/٢٢٧)- ح (٦٩٦)، والإمام مالك في موطنه (١/١٣)- ح (١٣/١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١/٤١١-٤١٢)- ح (٤١٢-٤١١)، وعبد الرزاق في مصنفه (١/٥٨٧)- ح (٥٨٧/٥٨٦)، والطحاوى في شرح معانى الآثار (١/٤٠٢).

(٨) انظر: المعني (٢/٢٨٣)، الشرح الكبير (١/٤٣٩).

(٩) انظر: المعني (٢/٢٨٣)، وقال: أشبه ما لون صلاتها في وقتها، الشرح الكبير (١/٤٣٩)، كشاف القناع (١/٥١٢).

فصل

٥٨ - إذا دخل المسافر بلدًا له فيه زوجة، أو تزوج فيه، ولم يتو إقامة يصير بها في حكم المقيم، لم يجز له القصر^(١).

ولو كان في البلد والده أو ولده، أو له فيه ملك، ونحو ذلك، جاز له القصر.
والفرق: ما روي عن عثمان رضي الله عنه: أنه صلى بمنى أربع ركعات، فأنكر الناس عليه، فقال: يا أيها الناس إني تأهلت بمسكة متذقدستُ، وإنني سمعت النبي ﷺ يقول: «من تأهل بيلاً، فليصل صلاة مقيم»، رواه الإمام أحمد^(٢).
بخلاف ما إذا كان في البلد والده أو ولده، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه مسافراً.

قلت: وعلة هذا أن مجانية الإنسان لزوجته أشد من مجانية ولده ووالده،
لتكرر داعيته إليها دونهما.

فصل

٥٩ - إذا جمع بين صلاتين في وقت أولاًهما لم يفرق بينهما إلا بقدر الإقامة
وال موضوع.

ولو جمع في وقت الثانية جاز له التفريق^(٣).

والفرق: أن الجمع هو المجوز لتقديم الثانية، فإذا فرق بينهما خرجت/ عن آية/بابا
كونها مجموعة، فلم يجز تقديمها.

بخلاف ما إذا جمع في وقت الثانية، فإن الأولى بنية الجمع جاز تأخيرها،
والثانية مفعولة في وقتها، سواء فرق بينهما أو لم يفرق^(٤).

فصل

٦٠ - إذا جمع بينهما في وقت أولاًهما، وفرق بينهما بوضوء، ثم بان أنه صلى
الأولى محدثاً بطلنا^(٥).

(١) الكافي (١/٤٨)، المحرر (١/١٣٢)، الفروع (٢/٦٤)، غایة المحتوى (١/٢١١).

(٢) (ح) آخرجه الإمام أحمد في مسنده (١/٦٢)- ح (٤٤٣)، والضياء في المختار (١/٥٠٥).
ح (٣٧٤).

(٣) انظر: الهدایة (٤٨/١)، الكافي (٢٠٣/١)، المحرر (١/١٣٥)، متهى الإرادات (١٢٦/١).

(٤) انظر: المغني (٢/٢٧٩)، الشرح الكبير (١/٤٤٨٤٤٧)، كشاف القناع (٢/١٠٨).

(٥) انظر: المبدع (٢/١٢٤)، كشاف القناع (٢/١٠).

ولو جمع في وقت الثانية، وتوضأ قبلها، فإن أن الأولى بغير وضوء بطلت وحدها.

والفرق: ما تقدم: من أن الثانية إنما جاز تقديمها للجمع، فإذا بطلت الأولى فلا جمع، فبطلت الثانية أيضاً.

بخلاف الثانية، فإن ثانية المجموعتين مفعولة في وقتها.

فصل

٦١- إذا صلى الصبي ظهر يوم الجمعة، ثم بلغ قبل أن تصلى الجمعة، لزمه فرض الجمعة^(١).

ولو صلى العبد، أو المسافر الظهر، ثم عتق أو قدم والإمام في الجمعة، لم تلزمهما^(٢).

والفرق: أنهما أدبا الفرض وهما من أهله، فلم يلزمهما شيء آخر^(٣)، أشبه ما لو صلبا جماعة في بعض القرى، ثم دخلا المصر وإمامه لم يصل، فإنهما لا يلزمهما الصلاة معه، كذلك هنا.

بخلاف الصبي، فإنه صلى، وليس من أهل الفرض، فلم يسقط عنه فرض الوقت أشبه ما لو صلى طوعاً، فإنه لا يسقط به الفرض، فظهر الفرق^(٤).

كتاب الزكاة

فصل

٦٢- إذا أخرج عن خمس من الإبل بغيراً لم يجزئه^(٥).

ولو أخرج عن بنت لبون حقة، أو جذعة، أجزاء^(٦).

والفرق: أن الواجب في الخمس شاة، فالبعير من غير الجنس، فلم يجز، كالبعير عن التبع.

(١) إن كانت الجمعة قد صليت، فيلزم أن يعيدها ظهراً. انظر: المعني (١/٣٩٩)، الكافي (١/٩٤)، كشاف القناع (٢/٢٥).

(٢) انظر: الكافي (١/٢١٤)، الشرح الكبير (١/٤٦٤)، المبدع (٢/١٤٥)، كشاف القناع (٢/٢٥).

(٣) انظر: المعني (٢/٣٤٤)، الكافي (١/٢١٤)، الشرح الكبير (١/٤٦٤)، مطالب النهي (١/٧٦٠).

(٤) انظر: المعني (١/٤٠٠)، الشرح الكبير (١/١٨٧)، كشاف القناع (٢/٢٥).

(٥) انظر: الهدية (١/٦٤)، المقعن (١/٢٩٦)، المحرر (١/٢١٤)، متنه الإرادات (١/١٧٨).

(٦) انظر: الهدية (١/٦٥)، المقعن (١/٢٩٨)، المحرر (١/٢١٤)، الإمتاع (١/٢٥١).

بخلاف الثانية، فإنه لم ينتقل إلى غير الجنس، بل أخرج من الجنس عن الواجب أجود منه، فصح كالصحيحة عن المراض.

فصل

٦٣- إذا ملكَ تسعًا وثلاثين شاة، ثم نتجت سخلة^(١) قبل حلول الحول، فلا زكاة فيها حتى يحول الحول عليها وهي كاملة.

ولو ملك مائة وعشرين شاة حولاً إلا [يوماً]^(٢)، ثم نتجت سخلة، وحال الحول لزمه شatan.

والفرق: أن ما دون الأربعين ليس سبباً لوجوب الزكاة، فلا ينعقد عليها الحول.

بخلاف النصاب، فإنه سبب لوجوب الزكاة، فانعقد الحول عليه، وكان حكم نتاجه حكمه في وجوب الزكاة، لأنَّه بعضه.

فصل

٦٤- إذا نوى علفَ السائمة^(٣) لم ينقطع بها حكم السوق.

ولو نوى قُبَّةً عُرُوضٍ التجارية انقطع حول التجارة.

والفرق: أن سقط زكاة المعلومة مؤنة علفها، فما لم يوجد لم يسقط.

بخلاف نية القنية، فإن العروض إنما صارت للتجارة بالنية^(٤)، فتصير للقنية بالنية، ويُبطل حكم النية الأولى نية القنية كالعلف، والعزم والتفكير في إيجاد النية كنية العلف^(٥)، فافترقا.

فصل

٦٥- إذا اشتري الخباز ملحًا ليخبز به خبزاً يبيعه، فحال الحول وقيمة نصابٌ،

[١/٩] وجب/ عليه زكاة قيمته.

(١) انظر: الهدایة (١/٧١)، الكافی (١/٣٠٦)، الفروع (٢/٤٣٣)، الامتناع (١/٢٦٤).

(٢) انظر: المغني (٢/٧١٠)، الفروع (٢/٤٣٤)، الإنصاف (٣/١١١)، الامتناع (١/٢٦٤).

(٣) انظر: المغني (٢/٥٧٨)، الشرح الكبير (١/٦١٥)، المبدع (١/٣١١)، كثاف (٢/١٨٤-١٨٥).

(٤) انظر: الهدایة (١/٦٦)، الكافی (١/٢٨٤)، المحرر (١/٢١٥)، غایة المتبہ (١/٢٨٩).

(٥) انظر: المغني (٢/٦٢٦-٦٣٠)، المبدع (٢/٣٠١)، كشاف القناع (٢/١٧٧).

ولو اشتري حطباً لذلك، وحال عليه الحول وقيمة نصاب، فلا زكاة، وكذلك يزكي الصباغ ^(١) العصفر ^(٢) والنيل ^(٣).

بخلاف القصار ^(٤)، فإنه لا يزكي قيمة الأشنان ^(٥) والصابون ^(٦).

والفرق: أن العصفر والملح والنيل أعد للاعتياض عنه، لأن ثمن الخبز عوض عن جميع أجزائه، وكذا أجراه الصباغ هي في حكم العوض عن عين النيل والعصفر، فوجبت فيها زكاة التجارة كالسلع.

بخلاف الحطب والأشنان والصابون ونحوه، فإنها غير معدة للاعتياض عن عينها، ولا يقع التسليم عليها، وإنما يستعان بها على القصار، فهي كالكُوذين ^(٧)، وما أشبه ذلك ^(٨).

فصل

٦٦- إذا كانت له جارية للخدمة، فنواها للتجارة، لم تصر للتجارة ما لم يبعها.
ولو كانت للتجارة، فنواها للخدمة، صارت للخدمة ^(٩).

والفرق: أنه إذا نواها للتجارة، ولم يفعلها لا تبطل حكم الخدمة بمجرد النية، كما لو نوى المقيم السفر.

بخلاف ما إذا نواها للخدمة وقد كانت للتجارة، لأن نوى الخدمة، فبطل حكم ما نواه قبله، وصارت للخدمة، كالمسافر ينوي الإقامة، فإنه يبطل حكم السفر ويصير مقيماً، كذا هنا.

والمعنى في ذلك: أن السفر والتجارة عمل فما لم يوجد لا يحکم به، والإقامة

(١) العصفر: نبات صيني معروف، يستخرج منه صبغ أحمر يصنف به الحرير ونحوه. انظر: القاموس المحيط (٩١/٢)، المعجم الوسيط (٦٠٥/٢).

(٢) النيل: جنس نباتات، تزرع لاستخراج مادة زرقاء للصباغ من ورقها، تسمى النيل والمراد: هذه المادة. انظر: المعجم الوسيط (٩٦٧/٢).

(٣) القصار: المقطف للثياب بالغسل، سمي بذلك لأنه يدهنها بالقصرة. وهي القطعة من الحب. انظر لسان العرب (١٠٤/٥).

(٤) الأشنان: بضم الهمزة وكسرها: اسم مغرب، وهو نبات معروف يسمى بالعربية العرصن يثبت في الأرض الرملية ويستعمل في غسل الثياب والأيدي. انظر: المصباح المنير (١٦/١)، المعجم الوسيط (١٩/١).

(٥) انظر: الفروع (٢/٥١٣)، الإنفاق (٣/١٥٤)، الامتناع (١/٢٧٧).

(٦) الكوذين: بضم الكاف وكسر النال، وهو خشبة ثقيلة، يدق بها القصار الثياب لتنظيفها.

(٧) انظر: الفروع (٢/٥١٣)، البعد (٣/٣٨٢)، كشف القناع (٢/٢٤٤-٢٤٣).

(٨) انظر: الهدایة (١/٧٣)، الكافي (١/٣١٦٣١٥)، الفروع (٢/٥٠٥)، كشف القناع (٢/٢٤١).

والخدمة ترك العمل، والترك يحصل مع النية من غير عمل، فلذلك افرقا.

قلت: والصحيح: أنه لا فرق بين الصورتين، لأن الشارع أوجب الزكاة في الأموال المعدة للاكتساب والتجارة، والجارية في ما نحن فيه صارت بالنسبة معدة لذلك، فتجب فيها الزكاة، هذه إحدى الروايتين^(١)، وهو الصحيح كما قلنا، ثم قياسهم ذلك على المقيم ينوي السفر في غاية البعد، لأن السفر حالة فعله لا مدخل للنية فيه، وكون الشيء معداً للتجارة أمر يحصل بالنسبة.

ألا ترى أنه إذا اشتري سلعة للتجارة فإن النية هنا صيرتها للتجارة، لأنه لم يبعها بعد، وشراؤه لها ليس تجارة، فلم يحصل فيها فعل صيرتها للتجارة، وليس إلا النية، وذلك كالمسافر ينوي الإقامة، لأنها تحصل بالنسبة.

ثم العجب من قول الشيخ: إن السفر والتجارة عمل، فما لم يوجد لا يحكم به، والإقامة والخدمة ترك العمل، فإن التجارة إن أراد بها نفس البيع والشراء، فهذا عمل لا شك فيه، وإن قصد أن صيرورتها للتجارة عمل، فغير سليم.

وقوله: الإقامة والخدمة ترك العمل فمسلم في الإقامة، ممنوع غاية المنع في الخدمة فإنها عمل، وتصير العبد للتجارة ترك عمل، لأن المعد للتجارة لا يستخدم غالباً، فإذا صار للخدمة أخذ فيها، وإذا كان للخدمة فنوى للتجارة ترك الخدمة وأخذ في الرفاهية لتزيد قيمته، فقد بان بهذا أن الخدمة عمل، وربما فهم من هذا التقرير: [٦/٢] أنه إذا نوى المعد للتجارة للقيقة لا تصير إلا بعمل ولا تكفي النية، وليس هذا بمقصود لنا، بل نقول: تكفي النية في ذلك، لأن القاعدة أعم من الخدمة، فافهمه توقف للصواب إن شاء الله تعالى.

فصل

٦٧- إذا ملك بالوصية عروضاً، ونواها حال تملكها للتجارة، صارت للتجارة زكاكها^(٢).

ولو ملكها بالميراث، ونوى ذلك لم تصر للتجارة^(٣).

والفرق: أن الوصية سبب يحصل به الملك من جهة، بدليل: أنه لو لم يقل لم يملك، فصار كالاشتراء إذا نوى به التجارة.

وليس كذلك الميراث، لأنه يملكه قهراً، ولأنه يدخل في ملكه رضى أم سخط،

(١) انظر: المعني (٣٦/٣)، الشرح الكبير (٦٧١/١)، الإنفاق (١٥٣/٣).

(٢) انظر: المعني (٣١/٣)، الشرح الكبير (٦٧١/١)، الإنفاق (٢٧٦/١)، شرح الصنف (٤٠٧/١).

(٣) انظر: الهدایة (٧٣/١)، المقفع (٣٣٠/١)، المحرر (٢١٨/١)، الإنفاق (٢٧٦/١).

وإذا لم يوجد منه سبب كان كما لو نوى ما يملكه للفنية للتجارة، فإنه لا يصيير للتجارة، فكذلك هنا^(١).

وقد قررنا أن ذلك يصيير للتجارة، فكذا هنا.

فصل

٦٨- إذا خرصن الشمار^(٢) على أربابها، وجب على الخارص أن يترك لهم الثالث أو الرابع^(٣).

فأما الزروع، فقال القاضي: قياس المذهب أن لا يترك لهم منها شيء^(٤). والفرق: أن الأصل أن لا يوضع من الشمار، ولا من الزروع، لكن أمر النبي ﷺ بالوضع في الشمار بقوله: «إذا خرصنتم فدعوا الثالث أو الرابع»، رواه أبو داود، رالترمذى، وغيرهما، بقيت الزروع على مقتضى الأصل. وأيضاً: النقوس توق إلى الشمار أكثر من الزروع^(٥).

فصل

٦٩- إذا سرق المال أو غصب، ثم عاد إلى مالكه لم تجب زكاته لما مضى. وإن غصب رب المال، بأن حبس وجبت زكاته لما مضى^(٦). نقله الميموني. والفرق: أن الزكاة تجب في المال المعد للنماء، والمال المغصوب ونحوه لا يمكن فيه ذلك، لأنه لا قدرة لمالكه عليه، فلم تجب زكاته. بخلاف ما إذا حبس ربه، فإن يده عليه، ويمكنته تنميته بوكيل، فلم يخرج عن إرصاده للتنمية^(٧).

فصل

٧٠- لا تجب زكاة المال المغصوب والضال.

(١) انظر: المعني (٣١/٣)، الشرح الكبير (١/٦٧١).

(٢) خرصن الشمار: العجز والتقدير لثمرتها، انظر: المطلع ص ١٣٢، القاموس المعجيط (٢/٣٠٠).

(٣) انظر: الهدایة (١/٧١)، والكافی (١/٣٠٦)، الفروع (٢/٤٣٣)، الإمتاع (١/٢٦٤).

(٤) انظر: المعني (٢/٧١)، الفروع (٢/٤٣٤)، الإنفاق (٣/١١١)، الإمتاع (١/٢٦٤).

(٥) انظر: المعني (٢/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٥٠).

(٦) انظر: الكافی (١/٢٨٠)، الفروع (٢/٣٢٦)، الإمتاع (١/٢٤٥).

(٧) انظر: المعني (٣/٥٠)، الشرح الكبير (١/٥٩٨)، كشاف القناع (٢/١٧٥).

وتجب صدقة الفطر عن عبده إذا كان كذلك^(١).

والفرق: أن الزكاة في المال المستنمي، وعدم القدرة عليه في مسألتنا منع وجوبها^(٢).

بخلاف زكاة الفطر، فإن موجبها الملك، وهو لا يتأثر بذلك^(٣).

فصل

٧١ـ إذا حال الحول على عبيد للتجارة وجب زكاة فطرتهم مع زكاة قيمتهم نص عليه^(٤).

ولو حال الحول على نصاب من الماشية، وهي سائمة للتجارة، أو حال الحول على نخيل للتجارة وقد أثمرت، فلا زكاة إلا للتجارة^(٥).

والفرق: أن الفطرة وزكاة القيمة حقان مختلفاً السبب والمحل، فلا منافاة، كالجزاء والقيمة في قتل الصيد المملوك.

وبيان الاختلاف: أن الفطرة حق البدن، وزكاة القيمة حق المال.

وليس كذلك زكاة السوم والتجارة، لأن السبب واحد وهو المال/ ، فلا يجب به حقان^(٦).

فصل

٧٢ـ نقصان النصاب في أثناء الحول شهراً أو شهرين يمنع وجوب الزكاة^(٧).
ونقصان السوم لذلك لا يمنع^(٨).

والفرق: أن مقدار النصاب أصل، والسوم صفة، ونقصان الأصل يمنع.

بخلاف نقصان الصفة، بدليل ما لو ملك أربعين شاة عشرة أشهر، فولدت تسعة

(١) إن كان يعلم حياته سواء رضي رجعته، أو أيس منها: فإن شك في حياتها لا تجب عليه لأنه يعلم بقاءه والأصل براءة الذمة. انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٨٢)، المبدع (٢/٦٨٢)، كشاف القناع (٢/٣٨٨).

(٢) انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٨٢)، المبدع (٢/٣٨٨)، كشاف القناع (٢/٢٥٠).

(٣) انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٨٢)، كشاف القناع (٢/٦٨٢).

(٤) انظر: المغني (٣/٧٠)، الشرح الكبير (١/٦٧٩)، الفروع (٢/٥٢٢)، كشاف القناع (٢/٢٤٧).

(٥) انظر: الهدایة (١/٧٣)، الكافي (١/٣١٨)، المحرر (١/٢١٨)، الإمتناع (١/٢٧٧-٢٧٦).

(٦) انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٧٩)، كشاف القناع (٢/٢٤٧).

(٧) انظر: الكافي (١/٢٨٣)، المحرر (١/٢١٨)، الفروع (٢/٣٣٩)، الإمتناع (١/٢٤٦).

(٨) انظر: الكافي (١/٢٨٥)، المحرر (١/٢١٤)، الفروع (٢/٣٥٣)، الإمتناع (١/٢٤٨).

وثلاثين سخلة، وماتت الوالدات، وبقي السخال والشاة الأخرى، ثم تم العول، لم تسقط الزكاة في الصحيح من المذهب^(١)، لوجود كمال النصاب في كل العول، ولو ماتت شاة واحدة، وبقي تسع وثلاثون، وتم العول، لم تجب الزكاة لنقصان النصاب، ففي الأولى نقصت الصفة فلم تؤثر، وهنا نقص الأصل فأثر.

فصل

٧٣- ما زاد على نصاب الندين تجب الزكاة فيه بحسابه وإن قل، وكذا الزروع والشمار.

بخلاف ما زاد على نصاب الماشي، فإنه يعتبر فيه الأوقاص المعتبرة بين النصب^(٢).

والفرق: أنا لو أوجبنا الزكاة في الوقص لم يخل:

إما أن نوجب في ست من الإبل شاتين، فنتحقق برب المال، أو شاة وخمساً، فيقضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، فضرب الشرع الأوقاص لطفأ بأرباب الأموال.

بخلاف زكاة الندين والزروع والشمار، فإنه إذا أخذ مما زاد على النصاب أخذ بالحساب، ولا يقضي إلى ما ذكرنا من الضرر.

وأيضاً: فإنها أموال تتجزأ وتبعض، بخلاف الماشي^(٣).

فصل

٧٤- إذا ورث جماعة أموالاً فيها زكوي، فحصل لكل منهم نصاب، أو حصل النصاب لجماعتهم^(٤)، وجبت الزكاة فيه قبل القسمة.

ولو ملكوا ذلك بالغنية لم يجر ذلك في حول الزكاة إلا بعد القسمة.

والفرق: أن ملك الوراث على ما ورثوه مستقر ثابت، فلذلك جرى في حول الزكاة، كما لو اشتروه.

بخلاف الغنية، فإن الأمر فيها راجع إلى الإمام، فله أن يقسم الأصناف بينهم، وله أن يخص كلاً منهم بصنف، فلم يجر في حول الزكاة، لعدم تعينه لمالك.

(١) انظر: الكافي (١/٢٨٤)، المغني (٢/٦٢٩)، المبدع (٢/٣٠١)، المقتنع (٢/١٧٨).

(٢) انظر: المقتنع (١/٢٨٧)، الفروع (٢/٣٢١)، الإنعام (١/٢٤٣).

(٣) انظر: المغني (٢/٧٠٢)، المبدع (٢/٢٩٢).

(٤) انظر: المغني (٢/٦١٩)، الشرح الكبير (١/٦٣٠)، غاية المتباهي (١/٢٨٨).

فلو كانت الغنيمة جنساً واحداً زكرياً جرى في الحول قبل القسمة، كالميراث سواء، لعدم ما ذكرناه في الأجناس^(١).

فصل

٧٥ـ إذا كان نصيب الغانمين بعد الخمس نصاباً زكرياً، وشروط الخلطة موجودة جرى^(٢) في حول الزكاة.
وإن لم يكمل نصاباً إلا بالخمس أو بعضه لم يجر^(٣).
والفرق: أن الخمس لا زكاة فيه، لأن أهله غير متعينين، فهو كمال الفيء، وإذا لم يكن فيه زكاة لم يكمل النصاب، فلم يجر في الحول.

فصل

٧٦ـ إذا ملك عقاراً قيمته نصاب فأكثر، لم تجب زكاة قيمته، سواء كان للسكنى أو للكراء^(٤).

[أ/ب] ولو/ ملك حلياً للكراء وجبت زكاة قيمته^(٥).

والفرق: أن العقار ليس من الأموال الزكوية، أعني: التي تجب الزكاة في عينها، فإذا لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها، كالخيل والبغال^(٦).
بخلاف الحلي، فإنه من الأموال الزكوية، فإذا أرصده للكراء فقد أعده للنماء، فوجبت زكاته^(٧).

فصل

٧٧ـ إذا كاتب عبده على نصاب، فحال الحول عليه ولم يقبضه، فلا زكاة حتى يحول الحول بعد القبض^(٨).

(١) انظر: المغني (٤٨/٣)، الشرح الكبير (٥٩٧/١)، الفروع (٣٣٦/٢)، شرح متهى الإرادات (١/٣٦).

(٢) انظر: الكافي (٢٩٦/١)، المبدع (٢/٣٢٤).

(٣) انظر: المغني (٤٨/٣)، الشرح الكبير (٥٩٧/١).

(٤) انظر: الفروع (٥١٣/٢)، الإنفاق (١٦١/٣)، الامتناع (٢٤٢/١)، الروض المربي (١١٥/١).

(٥) انظر: الهدایة (٧٣/١)، الكافي (٣١١/١)، المحرر (٢١٧/٢)، متهى الإرادات (١/١٩٧).

(٦) انظر: كشاف القناع (١٦٨/٢)، مطالب أولي النهي (٥/٢).

(٧) انظر: المغني (١٢/٣)، الشرح الكبير (٦٦٦/١)، كشاف القناع (٢٣٥/٢).

(٨) انظر: الهدایة (٦٣/١)، الكافي (٢٧٨/١)، المحرر (٢١٩/١)، الفروع (٣٢٣/٢)، الامتناع (١/١).

(٢٤٣)

ولو أصدقها نصابةً فحال الحول عليه قبل القبض والدخول، لزمه زكاته .
وكذا إذا أسلم إليه إنسان نصابةً في طعام إلى أكثر من حول .
أو قبض ثمن ما باعه مما يحتاج إلى قبض ، ولم يتقبض المبيع حتى حال عليه
الحول .

أو أجر داراً سنتين بنصاب .

فإن الزكاة تجب على المرأة ، وإن كان ملكها للمهر بعرض الزوال بردتها ،
وعلى المسلم إليه إذا تم الحول بعد القبض مع تعرض ملكه للزوال عنها بانفساخ عقد
السلم لعدم المسلم فيه ، وعلى البائع مع أن ملكه عليها معرض للزوال بتلف المبيع
قبل قبضه ، وعلى المؤجر إذا تم الحول مع إمكان زوال ملكه عنها بانفساخ العقد
لانهادم الدار ^(١) .

والفرق بين هذه المسائل ، ومسألة الكتابة :

أن مال الكتابة لا يتم ملكه عليه إلا بقبضه ، بدليل : ما لو حللت التحوم فأعتقه
قبل الأداء لم يثبت له في ذمته شيء ، وأن عقد الكتابة غير لازم من جهة العبد ، لأنه
يملك تعجيز نفسه مع قدرته على الكسب ، فالملك على العوض غير تام فلذا لم يجر
في الحول ، كمال العبد ^(٢) .

وليس كذا بقية المسائل ، لأن الملك في عوضها تام ، بدليل : صحة التصرف
فيه ، ولو كانت الأجرة ، أو مال المسلم ، أو ثمن المبيع جارية جاز لقابضها وطؤها
ولا يجوز إلا في ملك تام ، وإذا كان الملك تاماً وجبت الزكاة ، وتعرض العوض
للزوال في هذه المسائل لا يمنع الزكاة ، إذ جميع الأموال معرضة للزوال بتلفها ، أو
تلف ربها ، وليس ذلك بمانع ^(٣) .

فصل

٧٨- يلزم العامل في المساقاة والمزارعة زكاة حصته قبل القسمة ^(٤) .
ولا يلزم ذلك المضارب حتى يقتسموا ^(٥) .

(١) انظر: المغني (٤٧/٣)، الشرح الكبير (١/٥٩٦-٥٩٧)، الامتناع (١/٢٤٣).

(٢) انظر: الكافي (١/٢٧٩)، الشرح الكبير (١/٥٩٤)، المبدع (٢/٢٩٣)، كشاف القناع (٢/١٧٠).

(٣) انظر: المغني (٤٧/٣)، الشرح الكبير (١/٥٩٧)، المبدع (٢/٢٩٦)، كشاف القناع (٢/١٧٢-١٧٣).

(٤) انظر: المغني (٧٢٨/٢)، الشرح الكبير (١/٦٥١)، الفروع (٢/٤٣٦).

(٥) انظر: المقنع (١/٢٨٧)، الكافي (١/٢٧٩)، الامتناع (١/٢٤٣)، متيهي الإرادات (١/٧٤).

والفرق: أنه في المزارعة والمسافة يستقر ملك العامل على حصته بالظهور،
بلليل:

أنه لو ذهب من الزرع والثمرة مهما ذهب كان الباقى بينهما.

وليس كذلك المضارب، لأن ملكه غير مستقر على الربح حتى يقسم، لإمكان
أن يتلف شيء من المال، فيجبر من الربح^(١).

فصل

٧٩- ما لا يشترط له الحول كالزرع والمعدن لا تثنى عليه الزكاة.

[١/١١] وما يشترط له الحول/ كالمواشي والنقدين تذكر في الزكاة بتكرر الحول.
والفرق: أن الزكاة شرعت مواساة، فاقتضى ذلك وجوبها في الأموال المستثمرة
في كل حول، لحصول النماء منها، كالماشية والتقدّم.
وليس كذلك الزروع والشمار، لأنها لا يحصل منها نماء بعد ظهورها، فلا
تُجب فيها زكاة ثانية، كالعوامل^(٢).

فصل

٨٠- قلت: يشترط حول الحول في وجوب زكاة الماشية، والنقدين، وعروض
التجارة.

ولا يشترط في الزروع والشمار والمعدن، والركاز.

والفرق: أن الحول إنما اعتبر رفقاً بأرباب الأموال، ليحصلوا في مدة الحول
ما يؤدون منه الزكاة، ولتكامل فيه نماء المزكى الذي يستثنى، كالشاة والنقود
والعروض للتجارة، فإذا تكامل نماءه أديت زكاته.

وليس كذلك الزروع والشمار، والمعدن، والركاز، فإن الزروع لا يرجى لها
نماء بعد ظهورها، والمعادن والركاز كلها نماء، فلا يتطلب لها ربح آخر.

فصل

٨١- تصرف الزكاة إلى الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان مع الغنى، ولا
يجوز صرفها إلى من يصح إلا مع الفقر^(٣).

(١) انظر: المغني (٣٩/٢)، الشرح الكبير (٥٩٥/١)، كشف القناع (٢١٨/٢).

(٢) انظر: المغني (٧٠٢-٦٢٥/٢)، الشرح الكبير (٦٠٤-٦٠٣/١)، المبدع (٣٠٠/٢)، كشف القناع (١٧٧/٢).

(٣) الهدایة (٨٠/١)، الكافی (٣٣٥/١)، الإنصاف (٣٢٣٦٢٣٥/٣).

والفرق: أن الحاج يأخذها لمصلحة نفسه، فاشترط فقره المجوز لدفعها. بخلاف الغازي، فإنه يأخذها لمصلحة الإسلام والمسلمين، وهذه العلة موجودة مع الغني في غناه^(١).

فصل

٨٢- أجرة كيال الزروع والنمار لعلم قدرها تخرج من سهم العامل. وأجرة كيال الزكاة لتقييضها العامل من رب المال. ذكرهما القاضي في المجرد.

والفرق: أن كيل أصول الأموال هو لتحقق مقدار الواجب، وذلك داخل فيما يلزم العامل، وأجرة الكاتب والمحاسب فإنها على العامل، فكذا هذا. بخلاف أجرة كيال الزكاة، فإن تقييضها واجب على المؤذن لها، ولا يحصل إلا بالكيل كما يلزم من باع مكيلاً أجرة كيله، لأن عليه تقييضه^(٢).

فصل

٨٣- لا يلزم الإنسان فطرة زوجته الناشر^(٣). وتلزمها فطرة عبده الآبق^(٤).

والفرق: أن الفطرة تابعة للنفقة، لما روى أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أدوا الفطرة عنمن تموتون» رواه الدارقطني^(٥)، والناشر لا نفقة لها^(٦).

بخلاف العبد، فإن نفقة واجبة، لأن سببها الملك، والإياق لا يؤثر فيه، فتجب فطرته^(٧)، والله تبارك وتعالى أعلم.

(١) انظر: الكافي (١/٣٣٥)، الشرح الكبير (١/٧١٥)، كشاف القناع (٢/٢٨٤-٢٨٣).

(٢) انظر: المغني (٢/٦٥٥-٦٥٤)، الشرح الكبير (١/٧١١)، كشاف القناع (٢/٢٧٤).

(٣) انظر: الكافي (١/٣٢٢)، المحرر (١/٢٢٦)، الفرعون (٢/٥٣٠)، غایة المحتوى (١/٣٢١).

(٤) إنما تلزمها إن كان يعلم حياته سواء رضي رجعته، أو أيس منها، فإن شك في حياته فإنها لا تجب عليه، لأنها لا يعلم ببقاء ملكه عليه، والأصل برامة الذمة. انظر: الهدایة (١/٧٦)، الكافي (١/٣٢١)، المحرر (١/٢٢٦)، الفروع (٢/٥٣٠)، كشاف القناع (٢/٢٥٠).

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/١٦١) - ح (٧٤٧٤)، والدارقطني في سننه (٢/١٤٠) برقم (١١)، والإمام الشافعي في مسنده (٩٣).

(٦) انظر: الكافي (١/٣٢٢)، الشرح الكبير (١/٦٨٣)، المبدع (٢/٢٨٩)، مطالب النهي (٢/١٠٩).

(٧) انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٨٣)، المبدع (٢/٣٨٨)، كشاف القناع (٢/٢٥٠).

كتاب الصيام

فصل

٨٤- لا يصح صيام الواجب إلا بنية الليل^(١).
ويصح صوم الطفل بنية من النهار^(٢).

والفرق: أن الصوم كله يجب بنية ليلاً، لقوله ﷺ: «من لم يجمع الصيام من الليل فلا صيام له»، رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما^(٣)، خرج النفل بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم، فقال: «هل [١] عندكم شيء؟»، قلنا: لا، قال: «إني إذا صائم». رواه مسلم^(٤)، بقي الفرض على عموم الأول.

وأيضاً، فإن النفل يتطلب تكثيره، فسهلت طريقه. كما سومن في صلاة النفل على الراحلة، بخلاف الفرض^(٥).

فصل

٨٥- إذا نوى الصوم ليلاً، ثم فعل ما ينافي، لم تنفسخ نيته ما لم يفسخها^(٦).
ولو نوى صوم جميع الشهر، وقلنا: يصح^(٧)، فأفطر في بعض أيامه لعذر، أو

(١) انظر: الهدایة (٣٨/١)، المقنع (٣٤٩/١)، المحرر (٢٢٨/١)، غایة المتهی (١/٣٥٠).

(٢) قبل الرؤال أو بعده في الصحيح، انظر: الهدایة (٣٨/١)، المقنع (٣٥٩/١)، الفروع (٤٣/٣)، غایة المتهی (٣٥٠/١).

(٣) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢١٢/٢)- ح (١٩٣٣)، والترمذی (١٠٨/٣)- ح (٧٣٠)، وقال: لا نعرفه مروفاً إلا من هذا الوجه، والدارمي (١٢/٢)- ح (١٦٩٨)، والبيهقي في الكبير (٤/٢٢١)- ح (٧٨٢٦)، والدارقطني في سننه (٢/١٧٢)- ح (٢٣)، وأبو داود (٢٢٩/٢)- ح (٢٤٥٤)، والنسائي في الكبير (٢/١١٦)- ح (٢٦٤٢)، والإمام أحمد في سننه (٦/٢٨٧)- ح (٢٦٥٠٠)، والطبراني في الكبير (٢٣/٢٠٩)- ح (٣٦٧)، والمرزوقي في السنّة (١/٣٧)- ح (١١٧)، والخطيب في تاريخ بغداد (٣/٩٢)، وانظر: التحقيق لابن الجوزي (٢/٦٦) بتحقيقنا، الدراسة في تحرير أحاديث الهدایة (١/٢٧٥)، خلاصة الدر المنیر (١/٣١٩).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٩/٣).

(٥) انظر: المعنى (٣/٩٢)، الشرح الكبير (٢٠/٢)، المبدع (٢١/٣)، كشف القناع (٢/٣١٧).

(٦) انظر: الكافی (١/٣٥١)، الشرح الكبير (٢/٢٠)، الفروع (٣٩/٣)، الامتاع (١/٣٠٨).

(٧) انظر: أي أن يكتفى بنية واحدة لصوم جميع الشهر. انظر: الكافی (١/٣٥١)، الفروع (٤٠/٣)، الإنصاف (٣/٢٩٥)، كشف القناع (٢/٣١٥).

غيره، انفسخت نيته^(١).

والفرق: أن أكله ليلاً لا يبطل حكم نيته، لأن حكمها صوم النهار، فهي على صحتها^(٢).

بخلاف ما إذا أفتر بعض أيام الشهر، فإن حكم النية تغير، لأن حكمها صوم جميع أيام الشهر، فإذا أفتر بعضها لم يصح صيام ما بعده إلا بنية جديدة.

فصل

٨٦- يثبت هلال الصوم بقول عدل.

ويفتقر سائر الشهور إلى عدلين^(٣).

والفرق: أن الأصل أن لا يثبت شهرأ إلا بشهادة عدلين، لأنها شهادة محتملة للتهمة، فافتقرت إلى عدلين، كسائر الشهادات، لكن خرج رمضان بما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: رأيت الهلال، فقال: «أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله»، قال: نعم، قال: «يا بلال أذن في الناس فليصوموا غداً»، رواه الترمذى وغيره^(٤).
وأيضاً، فالاحتياط للعبادة يتضمن ذلك^(٥).

فصل

٨٧- إذا صام الناس بشهادة عدلين ثلاثة أيام، ولم يروا هلال شوال لغيم أنظروا^(٦).

ولو عدموه الهلال مع الصحو لم يفطروا^(٧).

(١) انظر: الفروع (٤٠/٣)، المبدع (١٩/٣)، الإنفاق (٣/٢٩٥).

(٢) انظر: المغني (٩٣-٩٢/٣)، الشرح الكبير (٢٠/٢)، الفروع (٣٩/٣).

(٣) انظر: الهدایة (٨٢/١)، المقنع (١/٣٥٣-٣٥٤)، المحرر (١/٢٢٨)، الإمتناع (١/٣٠٣).

(٤) أخرجه الترمذى (٧٤/٢)، وأبو داود (٣٠٢/٢)- ح (٢٣٤٠)، والنسانى في الكبير (٦٨/٢)- ح (٢٤٢٢)، وانظر: تحفة المحتاج (٢/٧٧).

(٥) انظر: المغني (١٥٧/٣)، الشرح الكبير (٦/٢)، الفروع (١٤/٣)، المبدع (٨/٣)، كثاف القناع (٣٠٤/٢).

(٦) انظر: الهدایة (٨٢/١)، الكافي (١/٣٤٩)، الفروع (١٦/٣٢)، الإنقاذ (١/٣٠٣)، والصحيح من المذهب أنهم يفطرون كما لو كان فيه غيره.

(٧) ولضعف القول الذي ذكره المصطف لم يشر إليه كثير من المصنفين الذين يشيرون إلى الخلاف بل أطلقوا القول وجهاً واحداً معللين بما علل به المصطف هنا للمسألة الأولى. انظر: الكافي (١/٣٤٩)، الفروع وتصحیحه (١٦/٣)، الإنفاق (٣٧٥/٣)، كثاف القناع.

والفرق: أن شهادة العدليين في الأولى يجب بها الصوم والfast، فإذا أكملوا العدة، ولم يوجد ما يقدح في شهادتهم وجوب الفطر، كما لو شهدا بهلال شوال^(١).

بخلاف عدم الهلال مع الصحو، لأن عدم الهلال مع الصحو يقين، والحكم بالشهادة ظن، فلا ينهض لمعارضته، وقد وجد ما يقتدح في شهادتها، واتضح أن ما رأوه كان خيالاً، لأنها لو كانت رؤية صحيحة لما تصور عدم هلال شوال، خصوصاً والحال يقتضي بكونه يكون أكثر مما شهدوا به مع توفر الدواعي على رؤيتها، فهذا أوضح دليل علىبقاء رمضان، وأن رؤيتها غير صحيحة، فيجب الصوم كحقيقة أيامه^(٢).

فصل

٨٨- إذا أدركه الفجر مجتمعًا، فعليه القضاء والكفارة^(٣).
 ولو حلف لا يلبس ثوباً [هو لابسه]، أو لا يسكن داراً هو ساكنها فخلعه،
 وخرج منها، لم يحث^(٤).

[١٧] مخالف نزع القميص، والخروج من الدار، فإنه ليس ليساً ولا سكناً.

٦٣

٨٩- قد بان أنه يفسد صومه بالنزع، فلو قال: إن وطئتك فأنت طالت، فأولج طلقت، فإذا نزع لم يلزمك مهر ولا حد.
والفرق: أن باب الإفساد أوسع، بدليل: أنه إذا وطئ في نهار رمضان فسد صومه، ولا مهر ولا حد، فافترقا.
قلت ويمكن الفرق بأن حصول الذكر في الفرج مما ينافي الصوم، فإذا وجد معه أفسده.

بخلاف عدم إيجاب المهر والحد في المسألة المذكورة، فإن الوطء وطء من

(١) انظر : كشاف القناع (٣٠٥)، شرح متن الإرادات (٤٤١/١)، مطالب أولى النهى (١٧٤/٣).

(٢) انظر : الفواع (١٢١٦)، الانصاف (٣٧٥)، الميدع (٩/٣).

(٣) الكفارة في الصيام: عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام سفين . كـ: انتـ المـاـة (٤٨)، الـكـاف (٣٥٨)، الـوـضـ الـمـيـه (١٢٧).

(٤) انتظ : الراحلة (٢/٣٣٢)، الگان (٤/٨٤)، الفوع (٦/٣٨٥)، غلابة المتنبئ (٣/٣٨٨).

(٩) انتظار المفتوح (٣/١٢٦)، الشهادة الكتبية (٣٨/٢)، المندع (٣٢/٣)، كشاف القناع (٢٤٥/٢).

يجوز له وظفها، ثم حرمت عليه بعد، وهو لم يطأها ليجب عليه حد ومهراً، ولكنه فعل ما يجب عليه فعله من التخلص من الحرام بالنزع، فافترياً^(١).

فصل

٩٠- إذا أكل شاكاً في طلوع الفجر لم يقض.

وإن أكل شاكاً في غروب الشمس قضى^(٢).

والفرق: أن الأصل بقاء الليل والنهار^(٣)، فافترياً

فصل

٩١- إذا أكل معتقداً بقاء النهار، فإن [أن] الشمس قد غابت، فصومه صحيح.

ولو أكل معتقداً طلوع الفجر، فإن أنه أكل قبل طلوعه لم يصح صومه.

والفرق: أنه في الأولى قصد إبطال ما قد تم وكمل، فلم يؤثر، أشبه ما لو نوى إبطال صلاة قد أتمها، فإنه لا يؤثر، فكذا هنا.

بخلاف الثانية، فإنه قصد الإفطار بالنهار، فزالت نية الصوم بإبطاله واعتقاده، فلم يصح صومه بعد، لعدم النية من الليل، فلو عاد فنوى قبل الفجر صح صومه، وهذا في الفرض، فأما النفل فيصبح بنية من النهار على ما مر.

فصل

٩٢- إذا نوى الإفطار أفتر، فإن عاد فنوى الصوم أجزاؤه في النفل، دون الفرض^(٤).

والفرق: أن النفل يصح بنية من النهار.

بخلاف الفرض، فإنه لا بد له من نية من الليل، كما تقرر، وهذا عادم لها، فبطل صومه^(٥).

فصل

٩٣- إذا تلبس بتأفل صوم أو صلاة لم يلزم إتمامه، ولا قضاوه إن أفسده.

(١) انظر: المعني (٣٢٦/٧)، الشرح الكبير (٤/٥٥٧)، المبدع (٨/٢٧)، كشاف القناع (٥/٣٦٦).

(٢) انظر: الهدایة (١/٨٣)، المقنع (١/٣٦٣)، المحرر (١/٢٢٩)، الروض المربع (١/١٢٦).

(٣) انظر: الكافي (١/٣٥٠)، المعني (٣/١٣٧)، الشرح الكبير (٢/٣١)، المبدع (٣/٢٩).

(٤) الكافي (١/٣٥١)، المحرر (١/٢٢٨)، الفروع (٣/٤٤)، متنه الإرادات (١/٤٤٠).

(٥) المعني (٣/١١٩)، الشرح الكبير (٢/٢٢).

ولو تلبس بنفل حج أو عمرة لزمه ذلك^(١).

والفرق: ما روي عن جويرية بنت الحارث رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ يوم الجمعة، وأنا صائمة، فقال لي: «أصمت أمس؟»، قلت: لا، قال: «أتصومين غداً؟»، قلت: لا، قال: «فأفترسي». رواه البخاري، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: أهدى لنا حيس، فدخل رسول الله ﷺ فقلت: أهدى لنا حيس، فقال: «إذنِي» فأكمل ثم قال: «إنِي كنت صائماً»، رواه مسلم^(٢). وعن أم هانىء قالت: لما كان يوم الفتح أحضر لرسول الله ﷺ إماء فيه شراب فشرب، ثم ناولني فشربت/ منه، ثم قلت: أفترست؟ وكنت صائمة، فقال: «أكنت تقضين شيئاً؟» قلت: لا، قال: «فلا يضرك إذا كان تطوعاً»، رواه الإمام أحمد وأبو داود^(٣).

وفي رواية للدارقطني: «إنَّ كَانَ قَضَاءُ فَاقْضِيَ يَوْمًا مَكَانَهُ، وَإِنْ كَانَ تَطَوَّعًا فَإِنَّ شَيْتَ فَاقْضِيَ وَإِنْ شَيْتَ لَا تَقْضِي»^(٤)، وفي رواية للإمام أحمد: فقال لها: «الصائم المتطوع أمير نفسه»^(٥).

فإن قيل: الفتح كان في رمضان، فكيف شرب النبي ﷺ، وكيف قالت: كنت متطوعة؟ هذا يوجب الطعن في هذا الحديث.

فالجواب: أن يوم الفتح يقال على مدة إقامتهم بمكة، وقد أقام النبي ﷺ إلى أيام في شوال، وهذا وقع في شوال^(٦).

وهذا بخلاف الحج والعمرة، فإن الله تعالى قال: «وَاتَّقُوا الْمَحْجَ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ» [البقرة: الآية ١٩٦] وهو عام في الفاسد والصحيح، وقال النبي ﷺ: «من كسر أو عرج فقد

(١) البداية (٨٦/١)، الكافي (١/٣٦٤-٣٦٥)، الإمتناع (١/٣١٩)، متنه الإرادات (١/٢٢٧).

(٢) (ح) أخرجه مسلم (٣/٨٠٩)- ح (١١٥٤).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٠/١٦٥-٢٨١٢)، الفتح الرباني، وأبو داود (٢/٣٢٩)- ح (٢٤٥٦)، والدارمي في سنته (١٧٣٦)- ح (٢٧٧١٤)، والبيهقي في الكبرى (٢٧٧١٤)- ح (٨١٣٤)، وإسحق بن راهويه في مسنده (١/٣١)- ح (٢٢)، والطبراني في الكبير (٤٢٥/٢٤)- ح (١٠٣٥)، وابن عبد البر في التمهيد (١٢/٢٣).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/٢٧٨)- ح (٨١٤٤)، والنمساني في الكبرى (٢/٢٥٠)- ح (٣٣٠٥)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٣٤٣)- ح (٢٦٩٥٥)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/١٠١)- ح (١١٤١)/ بتحقيقنا.

(٥) أخرجه الحاكم في مستدركه (١/٦٠٤)- ح (١٥٩٩)، والبيهقي في الكبرى (٤/٢٧٦)- ح (٨١٣١)، والنمساني في الكبرى (٢/٢٤٩)- ح (٣٣٠٢)، وإسحق بن راهويه في مسنده (١/٣٠)- ح (٢١)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٣٤١)- ح (٢٦٩٣٧).

(٦) انظر: فتح الباري (٤/٨)، البداية والنهائية (٤/٣٥٩).

حل، ولل الصحيح من قابل» رواه النسائي^(١).

قلت: وروي عن ابن عمر، وابن عمرو، وابن عباس رضي الله عنهم: أنهم أمروا مفسد حجه بإتمامه، وقضائه. رواه عنهم الأثرم في سنته^(٢).

قال أبو محمد في المغني: ولا يعرف لهم مخالف، فيكون إجماعاً.

وأيضاً: فإن الصوم والصلوة يخرج منها بالفساد، فلا يلزم إتمام نفلهما وقضاؤه، كالاعتكاف.

وأيضاً: فإن المتطوع قبل الشروع مخير في جميع أجزاء المتطوع به، فبعد الشروع لا يجبر على بعض أجزائه، كمن نوى صلاة أربع ركعات، فصلى ركعتين وسلم، لم يلزمته فعل الركعتين، ولو كان الإتمام لازماً لم يجز التغير.

وأما تطوع الحج والعمرة فإن التلبس به لا يوجب مباشرة باقية، لكن يلزمته فعل ما يخرج به من إحرامه، فإن الإحرام يقع لازماً، والتحلل لا يحصل إلا بالأمر المشروع من الطراف والحلق، حتى لو أفسده لم يخرج منه.

بخلاف الصوم والصلوة، فإنه يخرج منها بالفساد، وكل ما ينافيها^(٣).

فصل

٩٤- إذا خافت العامل والمرضع على ولديهما أفترتا وقضتا، وأطعمنا مسكيناً عن كل يوم.

وإن أفترتا خوفاً على أنفسهما كفاهما القضاء^(٤).

والفرق: أن خوفهما على أنفسهما يخصهما، فلا يجب لأجله كفارة، كالمرض.

بخلاف الأولى، فإن فطرهما لأجل الغير^(٥)، وقد قال تعالى: «وَعَلَى الَّذِينَ

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٦٤٢/١) - ح (٦٤٢٥) - ح (١٧٢٥)، وقال: صحيح على شرط البخاري ولم يخرجه، والترمذني (٢٢٧/٣) - ح (٩٤٠)، والدارمي في سنته (٨٥/٢) - ح (١٨٩٤)، والبيهقي في الكبير (٢٢٠/٥) - ح (٩٨٧٨)، وأبو داود (٢٠٧٧/٩٨٧٨)، وأبي ماجه (٢٠٢٨/١٠٢٨) - ح (٣٠٧٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٤٩/٢) - ح (٢٤٩)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٤٥٠)، وابن أبي عاصم في الأحاديث المثنوي (٤/١٧٤) - ح (١٧٥)، والطبراني في الكبير (٣٢٤/٣) - ح (٣٢١١).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبير (٥/١٦٧) وصححه، والحاكم في مستدركه (٢/٦٥)، وقال: حديث ثقات، رواه حفاظ. ورواقه الحافظ الذهبي.

(٣) انظر: المغني (٣/١٥٣، ١٥٩، ١٦٠)، الشرح الكبير (٢/٥٦، ٥٧، ١٥٦).

(٤) انظر: الهدایة (١/٨٢)، المقنع (١/٣٥٨)، المحرر (١/٢٢٨)، الإماتع (١/٣٠٧).

(٥) انظر: المغني (٣/١٤٠)، الشرح الكبير (٢/١٧)، المبدع (٣/١٦)، كشف النقانع (٢/٣١٢).

يُطْقِنُونَ فِيَّهَا طَعَامٌ مِسْكِينٌ [البقرة: الآية ١٨٤]. قال ابن عباس رضي الله عنهما: بقيت رخصة للشيخ الكبير والعجوز والحامل والمرضع إذا خافنا أطعمتا مكان كل يوم مسكيناً.

فصل

٩٥- قلت: إذا عجز الشيخ الكبير والمريض الذي لا يرجى برؤه عن الإطعام لم يسقط عنهما .

[١/١٢] ولو عجزت الحامل والمرضع/ الخائفتان على ولديهما سقط عنهما^(١). قال شيخنا الوالد رحمه الله: والفرق بينهما: أن الإطعام إنما وجب على الحامل والمرضع طهرا، فهو حق مالي وجب على سبيل الطهرة بسبب الصوم، فيسقط بالعجز عنه كصيادة الفطر. بخلاف الشيخ والمريض، فإن الإطعام في حقيهما بدل عن الصوم، والصوم لا يسقط بالعجز عنه، فكذلك بدله^(٢)، فافترقا.

فصل

٩٦- إذا جامع المسافر الصائم، ولم يتو بجماعه الفطر لزمه الكفاره. وإن نواه فلا كفاره. في قياس المذهب.

والفرق: أنه إذا لم يتو فقد هتك حرمة الصوم والشهر من غير شبهة، بخلاف ما إذا نوى الفطر، فإنه قد قصد رخصة مباحة، فهو كما لو ترخص بالأكل، فافترقا.

فصل

٩٧- لا يصوم عن الميت صوم رمضان، ويطعم عنه مسكين لكل يوم^(٣). ويصوم عنه النذر^(٤).

والفرق: ما روی عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر صيام شهر، وصوم رمضان، فقال: أما رمضان فليطعم عنه، وأما النذر

(١) انظر: الشرح الكبير (١٨/٢)، المحرر (١/٢٢٨)، الفروع (٣/٢٦)، الإنصال (٣/٢٩٢)، الإماماع (١/٣٠٨).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٢٠/١٨)، الفروع (٣/٣٦)، المبدع (٣/١٧).

(٣) انظر: الهدایة (١/٨٥)، المقتن (١/٣٧١_٣٧٠)، المحرر (١/٢٣١)، الإماماع (٣/٣١٦).

(٤) الهدایة (١/٨٥)، المقتن (١/٣٧١_٣٧٠)، المحرر (١/٢٣١)، الإماماع (١/٣١٦).

فيصام عنه^(١). رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سئل النبي ﷺ عن رجل مات وعليه صوم شهر رمضان، قال: «ليطعم عنه كل يوم مسكين» رواه ابن ماجه^(٢).

قلت: وقد جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم نذر، فأفاصوم عنها؟ قال: «فصومي عن أمك» متفق عليه^(٣).

وأيضاً: فإن شهر رمضان لازم بأصل الشرع، فانتقل عند العجز عنه إلى الإطعام، كالشيخ الفاني.

بخلاف النذر، فإنه أوجبه على نفسه، فيؤدي عنه ما أوجبه على نفسه كالديون، وما وجب بأصل الشرع أكد، بدليل: أنه يقتل بتترك الصلاة المفروضة، ولا يقتل بالمنذورة، والنيابة تدخل في العبادة بحسب خفتها ولذا لا تدخل النيابة الصلاة، وتدخل الحج^(٤).

فصل

٩٨- يجوز للمسافر التطوع بالصلاحة من غير كراهة^(٥).

ولا يجوز له التطوع بالصوم في رمضان^(٦).

والفرق: أن رمضان زمان مضيق للعبادة.

بخلاف الصلاة، فإن وقتها موسع، ولذلك جاز التنقل قبل فعل الفرض، ولو لم يبق من وقت الصلاة إلا قدر فعلها صارت كرمضان، ولم يجز الاشتغال بالنفل، فافتراقا.

فصل

٩٩- إذا نوى الصوم، ثم أغمي عليه جميع يومه، لم يصح صومه، ولو نام

(١) (ح) أورده ابن القيم في حاشيته (٧/٢٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١/٣٢٢)، والترمذى (٢/٩٦)، وقال: الصحيح عن ابن عمر موقف، وابن خزيمة في صحيحه (٣/٢٧٣)، والبيهقي في الكبوري (٤/٢٥٤)، وانظر: التلخيص الحبير (٢/٢٠٩٢٠٨).

(٣) أخرجه البخاري (١/٣٣٤)، ومسلم (٢/٨٠٤)- ح (١١٤٨).

(٤) انظر: المصنفى (٣/١٤٤)، الشرح الكبير (٢/٤٨)، المبدع (٣/٤٨)، كشاف القناع (٢/٣٣٥٣٣٤).

(٥) انظر: المغني (٢/٢٩٤)، غاية المتهنى (١/٣٤٦)، الروض المربي (١/٦٦).

(٦) انظر: الهدایة (١/٢٨)، الكافي (١/٣٤٦)، المحرر (١/٢٢٩)، الإماع (١/٣٠٧).

جميع يومه، صح صومه^(١).

والفرق: أن حكم النائم حكم المستيقظ في كثير من الأحكام، منها صحة صلاته^(٢)، وضمانه لما يتلفه^(٣).

وليس كذلك الإغماء، لأنه يزيل العقل، فهو كالجنون^(٤)، وكذلك استويا في مشروعيه الفسل^(٥) في حقيهما.

/ قلت: وفي هذا الفرق نظر، [فأقوله]: حكم النائم حكم المستيقظ في صحة صلاته، إن قصد به النوم اليسير على حالة من أحوال الصلاة فليس نظير مسألة الفرق؛ لأن الفرض حصول النوم في جميع اليوم، وإن قصد غير ذلك فلا معنى له. وأما ضمان النائم لما يتلفه فليس من باب التكليف، بل من باب ربط الأحكام بالأسباب.

والفرق الصحيح: أن الصوم عبارة عن الإمساك مع النية، قال عليه السلام: «يقول الله تعالى: (كل عمل ابن آدم له إلا الصوم فإنه لي وأنا أجزي به، يدع طعامه وشرابه من أجلي)^(٦)، فأضاف ترك الطعام والشراب إليه، والمغنمى عليه لا يضاف الإمساك إليه، فلم يجزئ صومه، ولأن النية أحد ركني الصوم فلم تجز وحدها، كالإمساك وحده.

وليس كذلك النوم، لأنه عادة لا يزيل الإحساس بالكلية، ومتى أوقف استيقظ، فافترقا.

فصل

١٠٠ - إذا اشتبهت الأشهر على الأسير تحري وصام، وقد أجزاءه، إلا إذا تبين صومه قبل الشهور فلا يجزئه^(٧).

ولو اشتبه عليه وقت الوقوف بعرفة فوقف بالاجتهاد، فبان أنه وقف قبل وقت الوقوف أجزاء^(٨).

(١) انظر: الهدایة (١/٨٣)، المقنع (١/٣٥٩)، الفروع (٢/٢٦٢٥)، متہی الإرادات (٩/٢١٩-٢٢٠).

(٢) إنما تصح صلاته إن كان نومه يسيراً أو كان قائماً أو قاعداً لأنه لا ينقض الوضوء، انظر: الكافي (٤٣/١)، الفروع (١/١٧٨)، كشف القناع (١/١٢٦).

(٣) انظر: المغني (٧/٦٦٤)، الفروع (٥/٦٣٥)، شرح متہی الإرادات (٣/٢٦٧).

(٤) انظر: المقنع (١/٣٥٩)، الفروع (٣/٢٦).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٩)، المقنع (١/٥٨)، المحرر (١/٢٠)، الامتناع (١/٤٦).

(٦) أخرجه البخاري (٢/٦٧٠) - ح (١٧٩٥)، ومسلم (٢/٨٠٦) - ح (١١٥١).

(٧) انظر: الهدایة (١/٨٢)، المقنع (١/٣٥٥)، المحرر (١/٢٢٨)، متہی الإرادات (١/٢١٦).

(٨) انظر: الهدایة (١/٧٠١)، المقنع (١/٤٦٦)، المحرر (١/٤٤٣)، الامتناع (١/٣٩٩).

والفرق: أن الصوم يمكنه أداوه بيقين بأن يؤخره فيقع قضاء، فإذا لم يؤخر فقد فرط بتقاديمه فلم يجزئه، كما لو قدر على وقته من غير اشتاء. بخلاف الوقوف بعرفة، لأنه لا يمكنه أداوه بيقين، لأنه لو أخر الوقوف لم يأمن الغوات، فلهذا لم تلزم الإعادة، بخلاف الصوم^(١).

فصل

١٠١- إذا نذر صوم يوم الخميس، أو الصلاة فيه لم يجزئ قبله. ولو نذر الصدقة فيه بدرهم، فتصدق به قبله أجزاء^(٢). والفرق: أن الصدقة يجوز تعجيلها قبل وقت وجوبيها، بدليل: تعجيل الزكاة^(٣). بخلاف الصلاة والصوم، فإن الواجب فيما لا يجوز تقديمها على وقته، فكذا متذورهما، فافترقا^(٤).

باب الاعتكاف

فصل

١٠٢- إذا نذر اعتكاف عشرة أيام متتابعة لم يلزم اعتكاف ليل أول يوم منها، ولا الليلي المتخللة في وجه^(٥). ولو عين وقت الأيام، فقال: العشر الأخير من رمضان لزم اعتكاف ذلك العشر بجميع لياليه^(٦). والفرق: أنه إذا أطلق الأيام انصرف نذرها إلى مجرد الأيام، وهي عبارة عن بياض النهار، فلا يلزم اعتكاف الليلي.

بخلاف ما إذا عين، فإنه ينصرف إلى جميع المعين من أوله إلى آخره، وأوله أول ليلة منه، بدليل ما لو قال: أنت طالق في شهر كذا، طلقت في أول جزء من أول ليلة منه، فإذا ثبت أن هذه الليلة أول العشر لزم اعتكافها.

(١) انظر: المغني (١٦٢/٣)، الشرح الكبير (٩/٢).

(٢) انظر: الفروع (٤٠٨/٦)، الإمتناع (٤/٣٦١).

(٣) انظر: الإنصاف (١٤١/١١)، كشف القناع (٦/٢٨١).

(٤) انظر: المغني (٣٠/٩)، الشرح الكبير (٦/١٤٤)، المبدع (٩/٣٣٨).

(٥) انظر: الكافي (١/٣٧٠)، المحرر (١/٢٣٢)، الإنصاف (٣٧١/٣)، الإمتناع (١/٣٢٤).

(٦) انظر: الكافي (١/٣٦٩)، الفروع (٣/١٧٠)، الإنصاف (٣/٣٦٩)، الإمتناع (١/٣٢٢).

فصل

١٠٣ - إذا نذر اعتكاف العشر الأخير من شهر كذا أجزاءً اعتكاف ما بعد العشرين الأولين، تماماً كان أو ناقصاً.
 ولو نذر عشرة أيام، فصار العشر الأخير من شهر أجزاءً إن كان الشهر تماماً، ووجب عليه إتمام يوم العشر من الشهر الآخر إن كان ناقصاً^(١).
 والفرق: أن العشر الأخير ما بعد الأولين، ناقصاً كان الشهر أو تماماً، فهو قوله: اللهم صوم ذي الحجة، أجزاءً صومه تماماً كان أو ناقصاً.
 بخلاف ما إذا نذر عشرة أيام، فإنه قيد النذر بذكر العدد، فلا يجزئه أقل منه، فإن كان تماماً أجزاءً، وإن كان ناقصاً أتمه من الشهر الذي يليه.

كتاب الحج

فصل

١٠٤ - لا يجوز للمرأة أن تنشيء السفر للحج إلا بمحرم^(٢).
 ويجوز أن تهاجر بغير محرم^(٣).
 والفرق: قوله ﷺ: «لا تsofar المرأة إلا ومعها ذو محرم»، فقال رجل: إني اكتبت في غزوة كذا، وانطلقت امرأتي حاجة، فقال النبي ﷺ: «انطلق فحج مع امرأتك»، متفق عليه^(٤).
 وأما الهجرة، فالسفر فيها جائز بغير محرم بالإجماع، وعلته: أنها تخاف على نفسها وديتها في دار الحرب وهما لا عوض لهما، فلا يجوز تضييعهما لخوف فرع من فروعهما، فافتقر^(٥).

فصل

١٠٥ - ليس للرجل منع امرأته من حجة الإسلام^(٦).

(١) انظر: الكافي (١/٣٦٩)، الفروع (٣/١٦١)، الإمتناع (١/٣٢٢)، غایة المستهی (١/٣٦٦).

(٢) انظر: الهدایة (١/٨٩)، المقنع (١/٣٨٨)، المحرر (١/٢٣٣)، الإمتناع (١/٣٤٣).

(٣) انظر: المحرر (٢/١٧٠)، الإنصاف (٤/١٢١)، الإمتناع (٢/٧).

(٤) (ح) أخرج البخاري (٣/١٠٩٤) - ح (٢٨٤٤)، ومسلم (٢/٩٧٨) - ح (١٣٤١).

(٥) انظر: المننی (٣/٢٣٨)، الشرح الكبير (٢/١٠٠).

(٦) انظر: الكافي (١/٣٨٨٥)، المحرر (١/٢٣٤)، الفروع (٣/٢٢٣)، الإمتناع (١/٣٣٨).

وله منها من حجة النذر في رواية^(١).
والفرق: أن حجة الإسلام أكدر، لأنها وجبت بإيجاب الله تعالى، فلم يكن له منها، كالصلوات الخمس^(٢).

وليس كذلك المندورة، لأنها ليست من أركان الإسلام، ولا وجبت ابتداء بالشرع، وإنما وجبت بالنذر، فلو لم يكن للزوج منها أدى إلى دحض حقه بالكلية، لإمكان أن تذر الحج في كل سنة، والذرائع عندنا معتبرة.

فصل

١٠٦- إذا أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد بواحدة^(٣).
ولو أحرم بحجة وعمره لزمته^(٤).
والفرق: أن الحجتين والعمرتين لا يصح الإتيان بأفعالهما معاً، ولا المضي فيهما، فلم يصح الإحرام بهما، كالصلاتين^(٥).
بخلاف الحج والعمر، فإنه يصح المضي في أفعالهما معاً، كالطواف والسعى والحلق، فافترا.

فصل

١٠٧- يصح إدخال الحج على العمرة، وهو أن يحرم بالعمرة وحدها، ثم بالحج قبل الطواف.
ولا يجوز إدخال العمرة على الحج بحال. نص عليهما^(٦).

والفرق: ما روي: أن عائشة رضي الله عنها أهلت بالعمرة، ثم حاضت، فدخل عليها رسول الله ﷺ وهي تبكي، فقال لها: «ما شأنك؟» فأخبرته، فقال: «أهلي بالحج، وأصنعي ما يصنع الحاج غير/ أن لا تطوفي بالبيت»، رواه مسلم^(٧)، فدل على جواز إدخال الحج على العمرة وأنه يصير قارناً، وروي أن رجلاً سأله علياً،

(١) وال الصحيح من المذهب: أنه ليس له منهما من حجة النذر لأن ذلك واجب عليها فأشبه بحجية الإسلام.

(٢) انظر: المعني (٣/٢٤٠)، المحرر (١/٢٣٤)، الفروع وتصحيحه (٣/٢٢٣)، الإنضاص (٣/٣٩٨).

(٣) انظر: الهدایة (١/٩١)، المقعن (١/٣٩٧)، المحرر (١/٢٣٦)، غایة المتبہ (١/٣٩٥).

(٤) انظر: الهدایة (١/٩٠)، المقعن (١/٣٩٧)، المحرر (١/٢٣٦)، غایة المتبہ (١/٣٩٥).

(٥) انظر: المعني (٣/٢٨٨)، الشرح الكبير (٢/١٣٠)، المبدع (٣/١٣٠).

(٦) الهدایة (١/٩٠)، المقعن (١/٣٩٤-٣٩٥)، المحرر (١/٢٣٥)، غایة المتبہ (١/٣٩٢).

(٧) (ح) أخرى: مسلم (٢/٨٨١)- ح (١٢١٢).

قال: (إني أهملت بالحج، فهل أستطيع أن أقرون؟ قال: لا، إنما ذلك لو أحيرت بالعمرة) رواه الأثرم بمعناه^(١).

ولأن إدخال العمرة على الحج لا يفيد زيادة على ما أفاده الإحرام بالحج فلم يصح، كما لو استأجره على عمل، ثم استأجره عليه مرة ثانية. بخلاف إدخال الحج عليها، فإنه يستفيد به ما لا يستفيده بالعمرة، كالوقوف والرمي. وأيضاً فالحج أقوى، فدخل على الأضعف، بخلاف العكس، فافترقا.

فصل

١٠٨ - يحرم على المحرم صيد البر^(٢)، دون صيد البحر^(٣).
والفرق: قوله تعالى: «أَلْأَيْ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَكَعَالِمُهُ» إلى قوله: «أَوْحَيْ عَلَيْكُمْ كَعَالِمُ الْبَرِّ مَا دُمْسَرْ حُرْمَانِ» (الثانية: الآية ٩٦).

فصل

١٠٩ - إذا قتل المحرم البراغيث لم يلزمه شيء^(٤).
ولو قتل قملة تصدق بشيء^(٥).
والفرق: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يقتل المحرم الهوام^(٦)
كلها إلا القملة، فإنها منه^(٧).
قلت: ولم أقف على هذا الأثر في شيء من الكتب المعتمدة، والله أعلم.
وأيضاً: فالبراغيث من هوام الأرض لتولدها منها.
بخلاف القمل، فإنها تتولد من الإنسان، ففي قتلها رفاهية، والمحرم لا يترفه،
فافترقا^(٨).

(١) انظر: الشرح الكبير (١٢١/٢)، المبدع (١٢٢)، كشاف القناع (٤١٢/٢)، مطالب أولي النهى (٢/٣٠٨).

(٢) انظر: الهدایة (٩٤/١)، المقنع (٤٠٥/١)، المحرر (٢٤٠/١)، متنه الإرادات (٢٥٣).

(٣) انظر: المقنع (٤٠٩/١)، الكافي (٤١٠/١)، الإمتناع (٣٦٣/١)، متنه الإرادات (٢٥٦).

(٤) انظر: الهدایة (٩٤/١)، الكافي (٤١١/١)، الإمتناع (٣٦٣/١)، الفروع (٤٣٧/٣).

(٥) انظر: الكافي (٤١١/١)، الشرح الكبير (١٥٨/٢)، الإنصاف (٤٨٦/٣)، الإمتناع (٣٦٣/١)،
متنه الإرادات (٢٥٦).

(٦) الهوام: بتشديد الميم جمع هامة: اسم لكل ذي سم قاتل من خشاش الأرض ويطلق أيضاً ما لا يقتل كالحشرات.

(٧) انظر: النهاية في غريب الحديث (٥/٢٧٥)، لسان العرب (١٢/٦٢١-٦٢٢).

(٨) انظر: المغني (٣٤٥/٣)، الشرح الكبير (١٥٨/٢)، المبدع (١٥٧/٣)، كشاف القناع (٤٤٠/٢).

فصل

١١٠- يحرم على المحرم عقد النكاح^(١).

ولا يحرم شراء الإماماء^(٢).

والفرق: أن عقد النكاح موضوع للاستمتاع، فهو من دواعيه وهي محرمة، كالقبلة، وما أشبهها.

بخلاف شراء الإماماء، فإنه ليس موضوعاً لذلك، بدليل: صحة شراء من يحرم عليه، فلم يحرم، كشراء المماليك^(٣).

فصل

١١١- إذا قتل المحرم صيداً بعد صيد لزمه جزاء كل واحد منهما، أخرج عن الأول أو لم يخرج.

ولو كرر غيره من المحظورات، كمن تطيب، ثم تطيب، أو لبس، ثم لبس، أجزاء كفارة واحدة ما لم يكن كفر عن الأول^(٤).

والفرق: أن الواجب بقتل الصيد جزاء مختلف، لا كفارة، بدليل قوله تعالى: «تَبَرَّأَ مَا قَتَلَ مِنَ الْغَيْرِ» [المائدة: ٩٥]، ويدليل: ما لو اشترك في قتل صيد جماعة، فإنه لا يلزمهم إلا جزاء واحد^(٥)، ولو كان كفارة لتعددت، كتعدد كفارة القتل على القاتلين^(٦)، وإذا كان جزءاً تعدد بتعدد المقتول، وإنما سماه الله تعالى كفارة لكونه مكفراً للذنب.

وأما غير الصيد من محظورات الإحرام فإن الواجب به كفارة، بدليل: استواها في قليل المحظور وكثيره، فلا فرق بين رطل من الطيب ودانق، فإذا كان كفارة تداخل ما كان من جنس^(٧)، كالحدود^(٨)، والكافرات.

(١) انظر: الهدية (١/٩٤)، المقعن (١/٤١١)، المحرر (١/٢٣٨)، الإمتاع (١/٣٦٤).

(٢) انظر: المغني (٣/٣٣٣)، الشرح الكبير (٢/١٦٢)، الفروع (٣/٣٨٦)، الإمتاع (١/٣٩٤).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٢/١٦٢)، المبدع (١/١٦٠)، كشف النقاب (٣/٤٤٣). ويمكن أن يفرق بينهما أيضاً بأن عقد النكاح ورد التهبي عنه بالنص في قوله تعالى: «لا ينكح المحرم، ولا ينكح ولا يخطب».

(٤) انظر: المقعن (١/٤٢٣)، السحرر (١/٢٣٩)، الفروع (٣/٤٥٩، ٤٥٧)، غاية المستحب (١/٤١١).

(٥) انظر: المقعن (١/٤٣١)، المحرر (١/٢٤٠)، الفروع (٣/٤٠١)، الروض المربيع (١/١٤٣).

(٦) انظر: الهدية (٢/٩٨)، الكافي (٤/١٤٤)، الإمتاع (٤/٢٣٧)، الروض المربيع (٢/٣٤٤).

(٧) انظر: المغني (٣/٤٩٥)، الشرح الكبير (٢/١٨٥)، كشف النقاب (٢/٤٥٧).

(٨) انظر: الإنصاف (١/١٦٤).

فصل

١١٢- إذا قتل جماعة صيداً لزمهم جزاء واحد إن كان مالاً.

[١/١٥] وإن كان صوماً لزم كلاً منهم صوم كامل^(١).

والفرق: أن الجزاء بالمال بدل، فهو كالبدل في سائر الأموال، والصوم حق على البدن، وفيه معنى العقوبة، فهو كالحد، فإنه لو قذف جماعة حد لكل واحد حداً كاملاً، فافترقا^(٢).

قلت: والصحيح من المذهب: أنه لا يلزم الجماعة إلا جزاء واحد، سواء كان صوماً أو مالاً.

وأما مسألة القذف، فالصحيح: تعدد الحد إن قذفهم بكلمات، وإن قذفهم بكلمة واحدة فحد واحد^(٣).

فصل

١١٣- لا تحرم خطبة المحرمة^(٤).

وتحرم خطبة المعتمدة^(٥).

والفرق: أن المرجع في انقضاء العدة إلى المرأة إذا ادعت ممكناً، فلا يؤمن إذا خطبت في عدتها أن تكذب رغبة في الزوج، فلذا حرمت خطبتها^(٦).
بخلاف المحرمة، فإن التحلل المبيح للنكاح ليس إليها، ولا يمكنها الكذب فيه، فافترقا.

فصل

١١٤- إذا خرج في عينه شعر يولمه فقطعه فلا فدية.

ولو تأذى بالهوام في رأسه فحلقه لزمه الفدية^(٧).

(١) انظر: الكافي (١/٤٢٢)، المحرر (١/٢٤٠)، الفروع وتصحيحه (٣/٤١١-٤٠٩)، الإجماع (١/٣٧٥).

(٢) انظر: المنفي (٢/٥٢٣)، الشرح الكبير (٢/١٩٩).

(٣) انظر: الكافي (٤/٢٢٣)، الفروع (٦/٩٦)، الانصاف (١٠/٢٢٣)، الإجماع (٤/٢٦٥).

(٤) لكن تكره خطبها كراهة شربه، انظر: الكافي (١/٤٠٢)، المحرر (١/٤٣٨)، الفروع (٣/٣٨٦)، الإجماع (١/٣٦٤).

(٥) انظر: الكافي (٣/٥١)، المحرر (٢/١٤)، الفروع (٥/١٥٩)، الإجماع (٣/١٦٠).

(٦) انظر: المنفي (٦/٦٠٩)، الشرح الكبير (٤/١٦٢)، المبعد (٧/١٤)، كشف النقاع (٥/١٨).

(٧) انظر: الهدایة (١/٩٤-٩٣)، الكافي (١/٤٠٣)، الفروع (٣/٣٥٤)، غایة المتهی (٣/٣٩٨).

والفرق: أن الشعر ألجأ في الأولى إلى إزالته، كما لو صال عليه صيد فقتله، فإنه لا جزاء.

بخلاف الثانية، فإن إزالة الشعر ألجأ إليه التأذى بالهوا، فهو كقتل الصيد للمجاعة، وذاك يضمنه، فكذا هنا يغدوه^(١).

فصل

١١٥- إذا حبس حلال حمامات في الحل فماتت، وماتت فراخها في الحرم بحسبها ضمن الفراخ دونها^(٢).

ولو حبسها في الحرم فماتوا في الحل ضمنهم^(٣).

والفرق: أنه في الأولى أتلف الأم في الحل فلا ضمان، وأتلف فراخها بسبب من جهته، وهم في الحرم فضمنهم، كما لو رمى من الحل سهماً إلى الحرم فقتل صيدها^(٤).

بخلاف الثانية، فإنه قتلها في الحرم فضمنها، وقتلهم بسببها حصل منه في الحرم فضمنهم، كما لو رمى من الحرم صيداً في الحل فقتلهم^(٥).

فصل

١١٦- إذا قطع حلال عصناً في الحل أصله في الحرم ضمنه^(٦).

ولو كان عليه صيد فقتله لم يضمنه على الصحيح^(٧).

والفرق: أن الغصن معتبر بأصله، لأنه إذا تلف تلف، والأصل مضمون لكونه في الحرم، فتبعه الفرع^(٨).

بخلاف الطائر، فإنه ليس معتبراً بأصل الغصن، لانتفاء علة الاعتبار، فهو بجملته في الحل، فلم يضمن، كما لو كان على أرض الحل^(٩)، فافترقا.

(١) انظر: المغني (٣١٩/٣)، الشرح الكبير (١٣٩/٢)، المبدع (١٣٨/٣)، كشاف القناع (٤٦٩/٢).

(٢) انظر: الهدایة (٩٨/١)، المقعن (٤٣٢/١)، الفروع (٤٧٣/٢)، الإمتاع (٣٧٦/١).

(٣) انظر: المغني (٣٤٧-٣٤٦/٣)، الفروع (٤٧٣/٢)، الإنصال (٥٤٩-٥٤٨/٣)، الإمتاع (٣٧٦/١).

(٤) انظر: المغني (٣٤٧-٣٤٦/٣)، الشرح الكبير (٢٠٢-٢٠١/٢)، المبدع (٢٠٢/٣) كشاف القناع ٤٦٩/٢

(٥) انظر: الكافي (٤٢٥/١)، المبدع (٢٠٢/٣).

(٦) انظر: المقعن (٤٣٥/١)، المحرر (٢٤٢/١)، الفروع (٤٨٠/٣) الإمتاع (٣٧٧/١).

(٧) انظر: الكافي (٤٢٤/١)، المقعن (٤٣٣/١)، الفروع (٤٧٣/٢)، الإمتاع (٣٧٦/١).

(٨) انظر: المغني (٣٥٣/٣)، الشرح الكبير (٢٠٥/٢)، المبدع (٢٠٦/٣).

(٩) انظر: المغني (٣٤٧/٣)، الشرح الكبير (٢٠٢/٢)، كشاف القناع (٤٦٩/٢).

فصل

١١٧- قلت: إذا أتلف غصناً في الحل أصله في الحرم ضمه.
ولو أتلف غصناً في الحرم أصله في الحل لم يضمن^(١).
والفرق: أن الفرع تابع للأصل، والأصل مضمون كما تقدم.
بخلاف المسألة الثانية، فإنه أتلف ما أصله في الحل، والاعتبار به، فلا
ضمان، فافتقر^(٢).

فصل

١١٨- إذا قتل / المحرم في الحرم حماماً مصوتاً ضمه غير مصوت^(٣).
[١٥/ب] ولو كان لآدمي ضمه بقيمةه مصوتاً.

والفرق: أن صيد الحرم يضمن لحق الله تعالى، والتعليم لا يقوم في حقه
تعالى، كما لو قتل عبداً فقيهاً، فإنه لا يكفر إلا كفارة عبد غيره.
بخلاف الأدميين، فإن التعليم متقوم في حقهم، كما لو قتل بازياً معلماً ضمه كذلك.

فصل

١١٩- إذا قبل المحرم زوجته لشهوة لزمه شاء^(٤).
ولو كان صائماً لم يلزمها قضاء ولا غيره^(٥).
والفرق: أن التقبيل لشهوة من دواعي الجماع، وهي محمرة، فإذا ارتكبها لزمه
شأة، كالتطيب^(٦).

بخلاف الصوم، فإنه لا يحرم فيه دواعي الوطء، بدليل: جواز عقد النكاح
والتقبيل^(٧)، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ كان يقبل وهو

(١) انظر: المقعن (١/٤٣٥)، المحرر (١/٢٤٢)، الفروع وتصححه (٣/٤٨٠-٤٨١)، الإمتاع (١/٣٧٧).

(٢) انظر: المغني (٣/٣٥٣)، الشرح الكبير (٢/٢٠٥)، كشف القناع (٢/٤٧١-٤٧٢).

(٣) انظر: الكافي (١/٤٢١)، المحرر (١/٢٤١)، الفروع (٣/٤٢٨)، الإنصاف (٣/٥٣٩)، الإمتاع (٣/٣٧٣).

(٤) انظر: الكافي (١/٤١٨).

(٥) انظر: الهدایة (١/٨٤)، المقعن (١/٣٦٨)، الفروع (٣/٦٣)، متنه الإرادات (١/٢٢٤).

(٦) انظر: المغني (٣/٣٣٨)، البیدع (٣/١٦٧)، كشف القناع (٢/٤٤٧).

(٧) لكن التقبيل مكروه لمن تحرك شهوته بسببه، ويحرم إن ظن الإنزال ولا يكره إن لم يتحرك به
شهوته. انظر: المغني (٣/١١٢)، الإنصاف (٣/٣١٤)، الإمتاع (١/٣١٤).

ضائم . رواه البخاري ^(١) .

فصل

١٢٠- إذا أرسل المحل كلبه على صيد في الحل فطارده الكلب إلى الحرم، فقتله فيه، لم يضمن^(٢).

^(٢) ولو رمى صياداً في الحل فدخل السهم الحرم، فقتله، ضيمن

والفرق: أن إيصال السهم إلى الحرم كان بقوته، فقد باشر القتل في الحرم، فيُضمن:

بخلاف إرسال الكلب، فإن فعله لا يناسب إلى مرسله خصوصاً، ولم يتعد في إرساله، فإنه أرسله في العمل، وإذا لم يتعد فلا ضمان^(٤)، كحافر البئر يضمن إن تتعدي، ولا ضمان إن لم يتعد^(٥).

فصل

١٢١- إذا تحلل من عمرته ووطيء، ثم أحرم بالحج وأكمله ووطيء، ثم ذكر أنه طاف أحد الطوافين بغير طهارة ولم يعلم أيهما.

فیان کان فی حج و عمرہ واجین لم پیجن ئاه، وعلیه فعلهما.

وإن كان تطوعاً لم يلزمهم قضاؤهما. ذكره القاضي، في المحمد.

والفرق: أنه يحتمل صحتهما فيجزئاً، ويحتمل بطلاتهما فلا يجزئاً، والأصل
بقاء ما في النمة، فلا يزول بالشك.

وأما في الطوع أيضاً، فيحتمل الصحة فلا قضاء، والبطلان فيجب، والأصل براءة النمة^(٦).

بيان احتمال صحتهما: أن يكون طواف العمرة بطهارة، فقد صحت، وطواف الحج بغير طهارة فيعيده الآن، فتصح حجته، وعليه دم التمتع، ودم لوطنه في الحج قبل طوافة، فعلى هذا صبح منه النسكان.

(١) (ج) آخرجه البخاري (١/٣٢٩-٣٣٠)، ومسلم (٢/٧٧٧)- ح (٦١٠).

(٢) انظر: الهدایة (١/٤٨)، المقعن وحاشیته (١/٤٣٣)، الفروع (٣/٤٧٤)، الامتاء (١/٣٧٩).

(٣) انظر: المقصن وحاشيته (٤٣٣/١)، الفروع (٤٧٤/٣)، الامانع (٣٧٦/١).

(٤) انظر: المعني (٣٤٨/٣)، كشاف القناع (٢٠٢/٢)، الميدع (٣/٢٠٣).

^(٥) انظر: الكافي (٤/٦١)، الامتناع (٤/٢٠٠).

^{١٢} انظر: المعني (٣٧٩)، الشرح الكبير (٢١٧)، الفروع
الإنصاف (٤/١٨)، الامتناع (١/٣٨٣)، غادة الست (١١/٤٤).

وبيان بطلانهما: أن يكون طواف العمرة بغير طهارة، فلا يعتد به، وقد حلق فيها فعليه دم، وقد وطئ قبل التحلل فأفلاها فعليه دم، ثم قد أحروم بالحج على عمرة فاسدة فلم يتعقد، وإنما هو ماض في عمرة فاسدة، فسقط وقوفه وتراويفه من أفعال الحج، ويقع طوافه وسعيه له عنها، ويتحلل منها، فعلى هذا قد أفسد العمرة، وعليه دم الحلق فيها، ودم لإفسادها، وعليه قضاها، ويبقى الحج كأنه لم يوجد / [١٦]. إحرامه به، فعلى هذا قد فسد حجه وعمرته، وعليه دمان: مما شاتان بكل حال، لأن لا ينفك من وجوبهما عليه، لأنه إن كان طواف العمرة بغير طهارة فعليه دم الحلاق فيها، ودم ^(١) لفسادها.

وان كان طواف الحج بغير طهارة فعليه دم التمتع، ودم الوطء في الحج قبل طوافه، فقد اتضح بما ذكرناه الفرق بينهما ^(٢).

فصل

١٢٢- قد تقدم: أنه إذا ذكر أنه طاف لأحد النسكين غير ظاهر لم يجزئاه عن الفرض، وعليه القضاء.

ولو فرغ من أحد النسكين، ثم شك هل طاف فيه أم لا؟ ^(٣) أجزاء؟

والفرق: أنه يحكم بصحة النسك إذا فرغ منه، فلا تزول الصحة بالشك، كما لو شك بعد الوضوء، هل أخل بشيء من أعضائه؟

بخلاف المسألة الأولى، فإنه قد تيقن بطلاقن أحد الطوافين، فلزمته أشد الأمرين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، فإنه يلزمها خمس صلوات.

فصل

١٢٣- إذا حج عن نفسه، ثم أراد أن يعتمر عن غيره، أو حج عن غيره ثم أراد أن يعتمر عن نفسه، لزمه أن يحرم بالعمرة من الميقات، فإن أحروم بها من أدنى الحل فعليه دم، ومتى كان النسكان عن الثنين لزمه أن يحرم بالثاني حجاً كان أو عمرة من الميقات. نص عليه، فإن أحروم بالحج من مكة، أو بالعمرة من أدنى الحل فعليه دم ^(٤).

(١) انظر: المقنع (٤١٦/١)، المحرر (٢٣٨/١)، منتهي الإرادات (٢٦٠/١)، الروض المربع (١/١٤١).

(٢) انظر: المغني (٣/٣٧٩)، الشرح الكبير (٢/٢١٧)، الإنصاف (٤/١٩)، كشاف القناع (٢/٤٨٥)، مطالب أولي النهى (٢/٤٠٣-٤٠٢).

(٣) انظر: المغني (٣/٣٧٨)، الشرح الكبير (٢/٢١٧)، كشاف القناع (٢/٤٨٣).

(٤) انظر: المغني (٢/٢٦٠)، الكافي (١/٣٨٨)، الشرح الكبير (٢/١٠٦)، الفروع (٣/٢٧٨)، المبدع (٣/١١٠).

ومتي كان النسكان عن واحد مثل: إن حج أو اعتمر عن نفسه، فإنه يجوز أن يعتمر بعد ذلك عن نفسه مراراً من أدنى الحل، ولا دم عليه^(١).

والفرق: أنه يجب الإحرام من المواقت المشروعة، فمتى أحضر دونها لزمه دم، فإذا كان النسكان عن واحد فأحرم بالأول من الميقات حجاً كان أو عمرة، فالنسك الآتي بعده تبع له.

بخلاف ما إذا كان لاثنين، فإن الإحرام بالأول من ميقاته يحصل لصاحب النسك فلو جوز أن يفعل نسكاً آخر عن غيره من غير الميقات المشروعة في حق الثاني أدى إلى الإحرام دون الميقات، وذلك لا يجوز، فإذا خالف لزمه دم^(٢)، فظاهر الفرق.

فصل

١٢٤- إذا أحضر مطلقاً ثم عين تمتعاً، أو إفراداً أو قراناً^(٣) جاز^(٤).

ولو أحضر بصلة أو صوم ولم يعين ما أحضر به لم يجز^(٥).

والفرق: أن الحج والعمرة ليس من شرط صحة الإحرام بهما التعين، بدليل: ما روي عن علي وأبي موسى رضي الله عنهما: أنهما لما قدموا من اليمن محربين قالا: إهلال كإهلال رسول الله ﷺ، فأقرهما. رواه مسلم^(٦) من حديث علي رضي الله عنه، وبدليل جواز فسخ الحج^(٧) إلى العمرة للقارن والمفرد إذا لم يقفا بعرفة، [١/٢] ولا ساقا هدياً، فإذا جاز صرف الإحرام/ المعين إلى غيره، فصرف الإحرام المطلق أولى.

بخلاف الصلاة والصوم، لأن من شرط صحة الإحرام بهما التعين، وهذا هو الأصل، ولو لا ما ورد في الحج لكنه كذلك.

(١) انظر: الكافي (١/٣٨٩)، الشرح الكبير (٢/١٠٦١٥)، الفروع (٣/٢٧٨)، الإمتناع (١/٣٤٦).

(٢) انظر: المغني (٢/٢٦٠)، الكافي (١/٣٨٨)، الشرح الكبير (٢/١٠٦).

(٣) انظر: المقنع (١/٢٩٤)، الإمتناع (١/٣٥٠)، شرح المتهنى (٢/١٣).

(٤) انظر: المقنع (١/٣٩٧)، المحرر (١/٢٣٦)، الفروع (٣/٣٢٢)، غاية المتهنى (١/٣٩٤).

(٥) انظر: الكافي (١/١٢٦-٣٥٠)، المحرر (١/٢٢٨٥٢)، الفروع (٣/٤٠)، متهنى الإرادات (٢/٢١٩٧٢).

(٦) ح) البخاري (١/٢٧١)، ومسلم (٤/٥٩).

(٧) انظر: المقنع (١/٣٩٦)، المحرر (١/٢٣٩)، الفروع (٣/٣٢٨)، الإنصاف (٣/٤٤٦).

فصل

١٢٥- إذا أحرم مبهمًا صرفه إلى أي الأنساك شاء إن كان في أشهر الحج، وإلا انعقد بعمره^(١).

والفرق: أن الإحرام بالحج في غير أشهره مكروه، فلم ينصرف إليه، وانصرف إلى العمرة، لأنها لا تكره في وقت من السنة^(٢).

فصل

١٢٦- الطهارة شرط في صحة الطواف^(٣).
ولا تشرط في السعي، ولا تجب^(٤).

والفرق: قوله عليه السلام: «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق، فمن نطق فلا ينطق إلا بخير» رواه الترمذى^(٥).
ولأنها عبادة تتعلق بالكعبة، فتجب لها الطهارة، فكانت شرطاً فيها، كالصلاحة^(٦).

بخلاف السعي، فإنه قد روی أنه عليه السلام قال لعائشة رضي الله عنها: «اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» مختصر رواه مسلم^(٧).
ولأنه لا يتعلّق بالبيت، فلم تشرط له الطهارة، كالموقوف^(٨).

فصل

١٢٧- إحرام الصبي بالصلاحة ينعقد بغير إذن وليه^(٩).

(١) انظر: المغني (٣/٢٨٥)، الشرح الكبير (٢/١٢٩٠)، الفروع (٣/٣٣٣)، الإنصاف (٣/٤٤٩).
الإجماع (١/٣٥٣).

(٢) انظر: المغني (٣/٢٨٥)، الشرح الكبير (٢/١٢٩٠)، المبدع (٣/١٣٠).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٠١)، الكافی (١/٤٣٣)، المحرر (١/٢٤٣)، متهی الإرادات (١/٢٧٤).

(٤) انظر: الهدایة: (١/١٠١)، الكافی (١/٤٣٨)، المحرر (١/٢٤٤)، متهی الإرادات (١/٢٧٦).

(٥) أخرجه الترمذى (٣/٢٩٣)، وأبن الجارود في المتنقى (١/١٢٠)-ح (٤٦١)، والحاكم في مستدركه (١/٦٣٠)-ح (١٦٨٦)، والدارمي (٢/٦٦)-ح (١٨٤٧)، والبيهقي في الكبير (٥/٨٥)-ح (٩٠٧٤).

(٦) والنسائي في الكبير (٢/٤٠٦)-ح (٣٩٤٤)، وأبن أبي شيبة في مصنفه (٣/١٣٧)-ح (١٢٨٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/١٧٨)-ح (١٧٨)، والطبراني في الكبير (١١/٣٤)-ح (١٠٩٥٥).

(٧) انظر: المغني (٣/٣٧٧)، الشرح الكبير (٢/٢١٧)، المبدع (٣/٢٢١).

(٨) ح (١٩٩).

(٩) انظر: المغني (٣/٣٩٤)، الشرح الكبير (٢/٢٢٢)، المبدع (٣/٢٢٦).

(١٠) انظر: الهدایة (١/٢٥)، الكافی (١/٩٤)، المحرر (١/٣٠)، الروض المربع (١/٣٨).

ولا يعقد بالحج إلا بإذنه^(١).

والفرق: أن الحج عبادة تتضمن المال، فافتقرت إلى إذنه، كالنكاح^(٢).
بخلاف الصلاة، فإنها بدنية ممحضة، فلم تفتقر إليه، كالصيام.

فصل

١٢٨- إذا أفسد العبد حجه بالوطء، ثم عتق قبل فوات الوقوف أحراه قضاوه من قابل عن حجة الإسلام.

ولو كان ذلك بعد فوات الوقوف لزمه قضاوها، وحجـة الإسلام.

والفرق: أنه في الأولى لو لا الفساد لأجزاء تلك الحجـة عن حـجة الإسلام، لإمكان الوقوف، فـكانـه أفسـدـ حـجـةـ الإـسـلـامـ،ـ فيـجزـئـهـ القـضـاءـ عـنـهـ.

بخلاف الثانية، فإنـهاـ لوـ سـلـمـتـ منـ الفـسـادـ لمـ تـجـزـهـ لـعـدـمـ إـمـكـانـ الوقـوفـ فـيـكـونـ القـضـاءـ عـنـهـ،ـ وـيـجـبـ عـلـىـ حـجـةـ الإـسـلـامـ مـقـدـمـةـ عـلـىـ القـضـاءـ،ـ لـكـونـهـ وـجـبـ بـأـصـلـ الشـرـعـ،ـ وـالـقـضـاءـ وـجـبـ بـسـبـبـ مـنـ جـهـتـهـ^(٣).

قلـتـ:ـ وـلـوـ قـيـلـ بـتـقـديـمـ القـضـاءـ لـمـ يـكـنـ بـعـدـ لـسـبـقـ وـجـوبـهـ.

وكـذاـ حـكـمـ الصـبـيـ إـذـ أـفـسـدـ حـجـهـ،ـ ثـمـ بـلـغـ^(٤)ـ،ـ ذـكـرـ القـاضـيـ فـيـ الـمـجـرـدـ.

فصل

١٢٩- إذا استنيـبـ فـيـ حـجـةـ عـنـ غـيرـهـ،ـ فـبـدـأـ فـاعـتـمـرـ عـنـ نـفـسـهـ،ـ ثـمـ حـجـ عـنـ الغـيرـ ضمنـ جـمـيعـ مـاـ أـنـفـقـ،ـ لأنـ صـرـفـ سـفـرـهـ إـلـىـ نـسـكـ عـنـ نـفـسـهـ،ـ فـإـنـ كـانـ المـنـوبـ [عـنـهـ]ـ مـيـتاـ وـقـعـتـ الـحـجـةـ عـنـهـ،ـ وـإـنـ كـانـ حـيـاـ وـقـعـتـ عـنـ النـائـبـ.

والفرق: أنـ المـيـتـ إـذـ عـزـيـ إـلـيـهـ عـبـادـةـ وـقـعـتـ عـنـهـ،ـ أـذـنـ فـيـهـ أـوـ لـمـ يـأـذـنـ،ـ لأنـهـ مـعـدـومـ إـلـذـنـ،ـ عـاجـزـ عـنـ اـكتـسـابـ الثـوابـ،ـ فـيـصـيرـ كـالـمـهـدـىـ إـلـيـهـ ثـواـبـاـ.

١٣٧- بـخـلـافـ الـحـيـ،ـ فـإـنـ لـهـ إـذـنـاـ وـقـدـرـةـ عـلـىـ /ـ كـسـبـ الـأـجـرـ،ـ وـلـمـ يـوـجـدـ مـنـهـ إـذـنـ فـيـ ذـلـكـ،ـ وـالـأـولـ بـطـلـ بـالـمـخـالـفـةـ،ـ فـاـفـتـرـقـ^(٥).

(١) انظر: الهدایة (٨٨/١)، الكافی (٣٨٢/١)، المحرر (٢٣٤/١)، الروض المریع (٨/١٣٤).

(٢) انظر: الكافی (٣٨٢/١)، الشرح الكبير (٨٤/٢)، مفید الأنام ونور الظلام (٢٩/١).

(٣) انظر: المغني (٢٥٣/٣)، الشرح الكبير (٨٧/٢)، المبدع (٩٠/٣)، کشاف القناع (٣٨٤/٢).

(٤) انظر: الكافی (٣٨٣/١)، الفروع (٢١٩/٣)، الإجماع (٣٣٧/٣).

(٥) انظر: المغني (٢٣٤/٣)، الشرح الكبير (٩٥/٢)، الإنصاف (٤٢٢/٣)، کشاف القناع (٣٩٨/٢).

فصل

١٣٠- إذا أتلف صيداً ماخضاً^(١) ضمه بمثله، ولا يخرجه، بل يقومه ماخضاً، ثم يشتري بالقيمة طعاماً يتصدق به^(٢). ذكره في المجرد.
ولو تبرع رب المال بإخراج الماخض، كان أفضل من الحال^(٣).
والفرق: أن المقصود في جزء الصيد اللحم، والحمل يتقصه^(٤).
بخلاف الزكاة، فإن المقصود فيها الرزق والنسل، بدليل: إخراج الأنثى،
والمخاض أقرب إلى هذا المقصود^(٥)، فافترا.

فصل

١٣١- إذا أتلف الذمي صيداً في الحرم ضمن^(٦).
ولو أتلفه في الإحرام لم يضمه^(٧).
والفرق: أن صيد الحرم يضمن لحرمته، وحرمته بالنسبة إلى الذمي
كالمسلم^(٨).
بخلاف إتلافه إياه في الإحرام، فإنه إنما يضمن لأجل الإحرام، وإحرام الذمي
لا يصح، فلم يوجد سبب الضمان في حقه^(٩)، فافترا.

فصل

١٣٢- إذا أحضر المحرم بعده تحلل^(١٠).

(١) الماخض: الحامل التي دنا ولادها والمراد هنا: مطلق العمل. انظر: المصباح المنير (٢/٥٦٥)، القاموس المعجم (٢/٣٤٤).

(٢) انظر: الهدایة (١/٩٦)، المقنع وحاشیته (١/٤٣٠)، الفروع (٣/٤٢٩)، الإنصال (٣/٥٤١)، الإمتاع (١/٣٧٤).

(٣) انظر: المقنع (٣/٢٠٢)، المحرر (١/٢١٥)، الفروع (٢/٣٧٠)، غایة المتنهي (١/٢٩٦).

(٤) انظر: المغني (٣/٥١٣)، الشرح الكبير (٢/١٩٦)، المبدع (٣/١٩٦).

(٥) انظر: الكافي (١/٢٩١)، كشاف القناع (٢/١٩٢).

(٦) انظر: الكافي (١/٤٢٤)، الفروع (٣/٤٧٢)، الإمتاع (١/٣٧٦).

(٧) انظر: الفروع (٢/٤٧٢).

(٨) انظر: المغني (٣/٣٤٥)، الشرح الكبير (٢/٢٠١).

(٩) انظر: الهدایة (١/١٠٧)، المقنع (١/٤٦٧)، الفروع (٣/٥٣٦)، الإمتاع (١/٣٩٩).

(١٠) انظر: الهدایة (١/١٠٧)، المقنع (١/٤٦٨)، الفروع (٣/٥٣٨)، الإمتاع (١/٤٠٠).

ولو أحصر بمرض لم يتحلل إلا إذا اشترط في إحرامه.

والفرق: قوله تعالى: «فَإِنْ أَحْيَتُمْ» [البقرة: الآية ١٩٦] وحكي عن أبي عبيد^(١) وثعلب^(٢): أن الإحصار في العدو، والمحصر في المرض^(٣). وروي عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا: لا إحصار إلا من عدو. رواه الإمام الشافعي^(٤)، وعن ابن عمر، وابن عباس، وابن الزبير، ومروان^(٥)، أنهم قالوا في من مرض ببعض الطريق: يتداوى، فإذا صح تحلل بعمره، وقضى من قابل. رواه مالك في الموطأ^(٦)، ثم قرينة مقابلة الإحصار بالأمن دليل على أن المراد حصر العدو. فاما المرض فيقابل بالشفاء، ثم ذكر المرض بعد ذلك بقوله تعالى: «فَإِنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا» [البقرة: الآية ١٨٤] دليل على أن المراد بالأول العدو، ثم في مخاطبة الجماعة بالإحصار دليل على كونه من العدو، لأن المرض لا يحصل لمثل ذلك الجمع دفعه، ولأن المحصر بعده يستفيد بالتحلل الرجوع إلى أهله، والخلاص بالكلية، لأنه لو أزرم الإقامة مع تعرضه لهجوم العدو كان عليه منضر ما لا خفاء به، وفي التحلل والرجوع إلى أهله والتصرف في جهات الدنيا تخلص من ذلك، فلهذا جاز له التحلل.

بخلاف المحصور بالمرض، لأنه لا يستفيد بالتحلل شيئاً، لأنه إن قال: أستفيد الرجوع إلى أهلي، فحركته في رجوعه إلى أهله كالمضي إلى مكة، وإن قال: أقيم، فسواء الإحرام والتحلل، لأن مرضه لا يزول بالتحلل^(٧).

فإن قيل: يستفيد به لبس المخيط والطيب، قلنا: يباح لل حاجة، وأكثر ما فيه لزوم الفدية، وذلك لا يبيح التحلل، فظاهر الفرق بينهما.

كتاب البيع

فصل

[ب/١٧] ١٣٣ - إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيزة بدرهم، على أن أنقصك/ قفيزاً،

(١) انظر: طبقات الحنابلة (٢٥٩/١)، سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠)، تهذيب التهذيب (٨/٣١٥).

(٢) انظر: طبقات الحنابلة (٨٣/١)، سير أعلام النبلاء (١٤/٥)، بغية الوعاة (١/٣٩٦).

(٣) تهذيب اللغة (٤/٢٣٢)، لسان العرب (١٩٥/٤)، تاج العروس (٣/١٤٣).

(٤) انظر: ترتيب مستند الشافعي (٣٨١/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٢١٩).

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء (٣/٤٧٦)، وتهذيب التهذيب (١٠/٩١)، شذرات الذهب (١/٧٣).

(٦) انظر: الموطأ مع شرحه المتنقى (٢/٢٧٧)، وتترتيب مستند الشافعي (١/٣٨٣)، والسنن الكبرى (٥/٢٢٠).

(٧) انظر: المغني (٣٦٣/٣)، الشرح الكبير (٢/٢٧٥)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦/٢٢٧)، المبدع (٣/٢٧٣).

وهما يعلمان كيلها صح^(١).

ولو قال: على أن أزيدك قفيزاً لم يصح^(٢).

والفرق: أن القفيز في الأولى ينقص من الصبرة، والباقي بعده معلوم فصح، كما لو باعه من غير هذا الشرط.

بخلاف الثانية، فإن القفيز المزید غير معلوم العين ولا الصفة، فكأنه قال: بعثك هذه الصبرة وقفيزاً آخر من حنطة في بيتي، وذلك لا يصح^(٣).

فصل

١٣٤ - إذا قال: بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، على أن أنقصك قفيزاً، وهما يعلمان قفزانها، فالبيع صحيح، وإن جهلاها لم يصح.
والفرق: أنه مع العلم بقفزانها يكون المبيع معلوماً.

بخلاف ما إذا جهلا، فإن القفيز المنقوص يأخذ من كل قفيز قسطاً، فإذا لم يعلما قفزانها لم يعلما قسط كل قفيز من القفيز [المنقوص]، فكأنه قال: بعثكها كل قفيز بدرهم إلا شيئاً، وذلك لا يصح^(٤).

فصل

١٣٥ - إذا باعه قفيزاً من صبرة مجهرولة الكيل صح^(٥).
ولو باعه إياها إلا قفيزاً لم يصح^(٦).

والفرق: أن المبيع في الأولى معلوم المقدار فصح، كما لو كان متفرداً^(٧).
بخلاف الثانية، فإن الصبرة المجهرولة الكيل إنما جوز بيعها المشاهدة، واستثناء القفيز منها يغير حكم المشاهدة، فلم يصح فتارقا^(٨).

(١) انظر: المغني (٤/١٤٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الإنصاف (٤/٣٠٤)، الامتناع (٢/٧٢).

(٢) انظر: المغني (٤/١٤٤)، الكافي (٢/١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الامتناع (٢/٧٢).

(٣) انظر: المعني (٤/١٤٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، كشف النقانع (٣/١٧٥).

(٤) انظر: المغني (٤/١٤٣)، الكافي (٢/١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، كشف النقانع (٣/١٧٥).

(٥) انظر: المقعن وحاشيته (٢/١٤)، المحرر (١/٢٩٤)، الفروع (٤/٢٧)، الامتناع (٢/٦٨).

(٦) انظر: الهداية (١/١٣٠)، المقعن (٢/١٥)، الفروع (٤/٢٨)، الامتناع (٢/٦٨).

(٧) انظر: الشرح الكبير (٢/٣٢٧)، المبدع (٤/٣٠)، مطالب أولي النهي (٣/٣٣).

(٨) انظر: المعني (٤/١١٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٧)، المبدع (٤/٣١).

فصل

١٣٦ - إذا باعه صبرة يجهلان كيلها صح^(١).

ولو باعه صبرة يجهلان كيلها، ويعلمان أنها تزيد على قفيز، واستثنى قفيزاً لم يصح^(٢).

والفرق: ما تقدم قبله.

فصل

١٣٧ - إذا باعه صبرة يجهلان كيلها، واستثنى منها جزءاً مشاعاً، كالثالث ونحوه صح^(٣).

ولو استثنى منها مقداراً معلوماً لم يصح.

والفرق: أن المستثنى إذا كان جزءاً مشاعاً كان الباقي بعده معلوماً بالأجزاء، فكانه قال: بعلك ثلثتها، وذلك جائز^(٤).

بخلاف المقدار المعلوم من الشيء المجهول، فإنه يصير الباقي بعده غير معلوم بالمقدار، ولا بالمشاهدة، فلم يصح.

فصل

١٣٨ - إذا باعه الصبرة واستثنى منها قفيزاً معلوماً، وهو يجهلان كيلها لم يصح، ولو علماه صح^(٥).

والفرق: ما تقدم قبل.

فصل

١٣٩ - إذا قال: بعلك هذه الصبرة كل قفيزة بدرهم، صح.

ولو قال: منها، لم يصح^(٦).

والفرق: أن المبيع في الأولى معلوم بالمشاهدة، وجهالة مبلغ الثمن في الحال

(١) انظر: الكافي (١٥/٢)، الشرح الكبير (٣٣٢/٢)، الإنصاف (٤/٢٩٥)، الإمتناع (٢/٦٨).

(٢) المعني (٤/١١٥).

(٣) انظر: الكافي (١٥/٢)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، الفروع (٤/٢٩)، غاية المحتوى (٢/١٢).

(٤) انظر: المعني (٤/١١٤)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، كشف النقاب (٣/١٧٢).

(٥) انظر: الإنصاف (٤/٣٠٤)، الإمتناع (٢/٦٨).

(٦) الكافي (١٥/٢)، المعنون (٢/١٧)، الفروع (٤/٣٠)، الروض المرريع (٢/١٦٨).

تنتهي بتفصيل جملة الصبرة من غير ضرر يلحقها فصح، كما لو كانا يعلمان مبلغها. وليس كذا إذا قال: منها، لأن من بعض، والبعض مجهول، فلم يصح، كما لو قال: بعتك بعضها^(١).

فصل

١٤٠ - إذا قال: بعتك جاريتي فلانة، ولم يرها ولم توصف له لم يصح. ولو قال: زوجتك جاريتي، ولم يرها ولا وصفت له صح. والفرق: أن المقصود في البيع المالية والربع، ولا يحصل ذلك إلا بالمعرفة بروية أو صفة.

بخلاف النكاح، فإن المقصود فيه المنافع والحل، وذلك لا تحصله الرؤية لجواز كونها حنة المنظر، قيمة المخبر، وليس المقصود/ المالية، فظاهر الفرق^(٢). [١٨]

فصل

١٤١ - إذا قال: بعتك عبدي بكلدا، ولم يعرف المشتري بروية، ولا صفة، لم يصح^(٣).

ولو قال: أعتقدت عبدي أو عبداً لي، ولم يسمه، ولا وصفه، عتق^(٤). والفرق: أن الأولى بيع مجهول، فلم يصح. والثانية: عتق مجهول، وهو صحيح، إذ باب العتق أوسع، لأن البيع معاوضة، والعتق إسقاط، والعتق - أيضاً - مبني على التغليب والسراسية، والشارع متشرف إليه، فافتقدا.

فصل

١٤٢ - إذا باعه قفيزاً من صبرة يجهلان قفزانها صح. ولو باعه جريباً^(٥) من ضيعة يجهلان جريانها لم يصح^(٦).

(١) انظر: المغني (١/١٤٢-١٤٣)، الشرح الكبير (٢/٣٣١)، المبدع (٤/٣٦)، مطالب أولي النهو (٣/٤٢).

(٢) المغني (٣/٥٨٠-٥٨١)، الشرح الكبير (٢/٣٢٣)، المبدع (٤/٢٥).

(٣) الهدایة (١/١٣٠)، المقنع (٢/١١)، المحرر (١/٢٩١)، الفروع (٤/٢١).

(٤) الهدایة (١/٢٢٧)، المقنع (٢/٤٨٩)، المحرر (٢/٤)، الامتناع (٣/١٣٨).

(٥) انظر: القاموس المحجوط (١/٤٥)، المصباح المنير (١/٩٥).

(٦) الهدایة (١/١٣٠)، المقنع (٢/١٥)، الامتناع (٢/٦٩)، متنه الإرادات (١/٣٤٤).

والفرق: أن الصيرة متساوية الأجزاء، فمن أيها شاء أقضه، فلا يفضي إلى تنازع.
بخلاف الضيعة، فإن أجزاءها مختلفة، فيفضي إلى التنازع، مع كون المبيع
مجهول الصفة حال العقد^(١).

فصل

١٤٣ - إذا باعه جريباً من ضيعة يعلمان مبلغ جريانها صح^(٢).

ولو باعه شاة من قطيع يعلمان عدده لم يصح^(٣).

والفرق: أن الجريب من جريان معلومة، فإن عيناً موضعه ولا فهو شائع، فإذا
كانت عشرة كان عشرها، فكأنه باعه العشر.

وليس كذلك الشاة من القطيع، لأن الشاة لا يمكن شياعها، فيكون المقصد
واحدة غير معينة، فيكون المبيع مجهولاً، فلم يصح لذلك^(٤)، فافرقاً.

فصل

١٤٤ - إذا قال: بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح.

ولو باعه النصف وأطلق صح.

والفرق: ما ذكره الإمام أحمد رضي الله عنه: أنه في الأولى لا يدرى النصف
عند العقد إلى أين يتنهى من الدار.

بخلاف ما إذا قال: بعتك نصفها، فإنه يقع مشاعاً^(٥).

فصل

١٤٥ - قال القاضي في المجرد: وكذا إذا باعه من الدار عشرة من هنا إلى
حيث يتنهى الذرع، فإنه لا يصح.

بخلاف ما إذا عين الانتهاء، فإنه يصح^(٦).

والفرق: ما تقدم.

(١) انظر: الكافي (١٤/٢)، الشرح الكبير (٢/٣٢٨)، كشاف القناع (٣/١٦٨-١٧١).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٣٠)، المقنع (٢/١٥)، الكافي (٢/١٤)، الإمتناع (٢/٦٩).

(٣) انظر: المقنع (٢/١٤)، الكافي (٢/١٤)، الإمتناع (٢/٦٧)، متنه الإرادات (١/٣٤٣).

(٤) انظر: الكافي (٢/١٤)، الشرح الكبير (٢/٣٢٨-٣٢٧)، شرح متنه الإرادات (٢/١٤٨-١٥٠).

(٥) انظر: المغني (٤/١٤٥)، الشرح الكبير (٢/٣٢٨)، كشاف القناع (٣/١٧٠)، مطالب أولي النهي (٣/٣٥).

(٦) انظر: الكافي (٢/١٦)، الإمتناع (٢/٦٩).

فصل

١٤٦ - إذا باعه مائة شاة بمائة شاة إلا شاة لم يصح.
ولو عين المستثناة صحيحة. نص عليهما^(١).
والفرق: أنه إذا عين كان المبيع والمستثنى معلومين فصح.
بخلاف ما إذا لم يعين، فإنهما يصيران مجهولين^(٢).

فصل

١٤٧ - إذا باعه ثمرة بأربعة آلاف إلا بقدر ألف صحيحة.
ولو قال: إلا ما يساوي ألفاً لم يصح، ذكره في المجرد.
والفرق: أن قوله: إلا بقدر ألف يعني: إلا رباعها، لأنه باعه بأربعة آلاف،
فيقدر ألف رباعها.
بخلاف الثانية، فإن ما يساوي الألف قد يكون نصفها أو ثلثها أو كلها، فهو
مجهول^(٣)، فافترقا.

فصل

١٤٨ - إذا باعه الأصل دون الثمرة، فستقيها على مالكها.
ولو باعه الثمرة دون الأصل لزم البائع سقيها، دون مالكها^(٤).
والفرق: أن باع الثمرة يلزمها تسليمها على الكمال، والستقي يكملها فلزمها،
لأنه من تمام الإقراض.

/ بخلاف مشتري الأصول، لأنه لا يلزم إقراض الثمرة، لأنها وقعت مستثناة [١٨/ب]
للبائع^(٥).

(١) انظر: الكافي (٢/٣٤)، الإماماع (٢/٦٨٧).

(٢) انظر: المعني (٤/١١٥)، الشرح الكبير (٢/٣٢٧)، المبدع (٤/٣٠)، كشاف القناع (٣/١٦٨).

(٣) المعني (٤/١١٥)، الشرح الكبير (٢/٣٢٨)، كشاف القناع (٣/١٦٨)، شرح متنه الإرادات (٢/١٤٨).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٤٠)، السقون (٢/٨٤٨١)، المحرر (١/٣١٦٣١٥)، الروض المریع (٢/١٨٥).

(٥) انظر: المعني (٤/١٠١)، الشرح الكبير (٢/٤٥٢)، المبدع (٤/١٦٥-١٧٠)، كشاف القناع (٣/٢٨٥).

فصل

١٤٩ - إذا باعه رطبة^(١) بشرط القطع، فأجرته على المشتري.
ولو باعه مكيلاً أو موزوناً، فأجوره الكيل والوزن على البائع.
والفرق: أن التسليم واجب على البائع، ولا يحصل إلا بكيل المبيع وزنه.
بخلاف بيع الرطبة، فإن تسليمها حصل، بدليل: ما لو تلف قبل القطع كان من
[ضمان] المشتري، فظهر الفرق^(٢).

فصل

١٥٠ - إذا باعه جارية واستثنى حملها، بطل البيع والاستثناء^(٣).
ولو أعتقدها إلا حملها، صحيحة العتق والاستثناء^(٤).
والفرق: أن العقد على الأم يقتضي دخول حملها، وإنفاذ العمل بالبيع لا
يصح، فكذا استثناؤه^(٥).
بخلاف العتق، فإنه يصح إنفاذ العتق، فصح استثناؤه، كالمفصل^(٦).

فصل

١٥١ - إذا باع حيواناً مأكولاً، واستثنى رأسه وأطرافه، جاز.
ولو استثنى الشحم المغيب، لم يصح^(٧).
والفرق: أن في الأطراف قد حصل علم المستثنى والمستثنى منه فصح، كما لو
باع ثلاثة شياه، واستثنى منها شاة معينة^(٨)، ودل على صحته في الأطراف: ما روى
عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل باع ناقة وشرط ثنياها^(٩)، قال: اذهبوا إلى

(١) الرطبة: بفتح الراء وسكون الطاء، وهي البقول التي تجز في حال اخضارها قبل البيس. انظر لسان العرب (٤١٩/١)۔ (ربط).

(٢) انظر: المغني (٤/٤)، الشرح الكبير (٤٤٩/٢)، المبدع (٤/١٦٧)، كشف النقاع (٣/٢٨٣).

(٣) انظر: المقنع وحاشيته (٢/١٦)، المحرر والنكت والفوائد السننية عليه (١/٢٩٧)، الفروع (٤/٢٨)، الإمتناع (٢/٧٠).

(٤) انظر: المقنع (٢/٤٧٨)، المحرر (٢/٤)، الفروع (٥/٨٣)، غایة المتنهى (٢/٤٢٢).

(٥) انظر: المغني (٤/١١٦-١١٧)، الشرح الكبير (٢/٣٢٩)، المبدع (٤/٣٣).

(٦) انظر: الكافي (٢/٥٨٥)، الشرح الكبير (٦/٣٥٠)، المبدع (٦/٢٩٥).

(٧) انظر: المقنع (٢/١٦٥)، الكافي (٢/٣٥)، الفروع (٤/٢٨)، متيهي الإرادات (١/٣٤٤).

(٨) انظر: المغني (٤/١١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٢٩)، المبدع (٤/٣٢).

(٩) انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٢٢٤).

السوق، فإذا بلغت أقصى ثمنها، فأعطيوه بحسب ثنياها. رواه الإمام أحمد رضي الله عنه.

وأما الشحم المغيب في بطنه فهو مجهول، فلم يصح، كما لو باعقطيماً إلا شاة غير معينة^(١)، فظاهر الفرق.

فصل

١٥٢ - إذا باع شاة على أنها حامل لم يصح^(٢).

ولو باع أمّة بهذا الشرط صح^(٣).

والفرق: أن العمل زيادة في الشاة، والغالب سلامتها فيه، فشرطه في العقد يصيره معقوداً عليه، وبيع العمل في البطن لا يصح لجهالته، ويبطل في الأم أيضاً لأن الصفة جمعت معلوماً ومجهولاً، فبطل فيما.

بخلاف الأمة، فإن حملها عيب، لأن تلف الحاملات من الآدمة يكثر فإذا شرط في البيع كان كالبراءة من العيب، فكأنه باعها على ما فيها من العيب فصح، كما لو باعها عوراء أو عرجاء^(٤).

فصل

١٥٣ - يجوز بيع المدبّر^(٥).

ولا يجوز بيع أم الولد^(٦).

والفرق: أن التدبّر إصاء للمدبّر برقبته، بدليل: اعتباره من الثالث، وتنجزه بالموت، فهو جائز، فيبيع كالرجوع في الوصية.

بخلاف أم الولد، فإن سبب عتقها لازم، بدليل: أنه لا يصح الرجوع عنه، وهو من رأس المال^(٧).

(١) انظر: المغني (٤/١١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٢٩)، المبدع (٤/٣٣).

(٢) انظر: المغني (٤/١٧٢)، الشرح الكبير (٢/٣٤٧)، الامتناع (٢/٧٩)، متنه الإرادات (١/٣٥١).

(٣) انظر: المغني (٤/١٧٢)، الشرح الكبير (٢/٣٤٧)، الامتناع (٢/٧٩)، متنه الإرادات (١/٣٥١).

(٤) انظر: الفواكه العديدة (١/٢٠٩).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٢٩)، المقنع (٢/٤٩٥)، المحرر (٢/٧)، الروض المریع (٢/٢٦٦).

(٦) انظر: الهدایة (١/١٢٩)، المقنع (٢/٥١٧)، المحرر (٢/١١)، الروض المریع (٢/٢٦٧).

(٧) انظر: المغني (٩/٣٩٤-٣٩٣)، الشرح الكبير (٦/٣٨٨)، المبدع (٦/٣٢٩)، كشاف القناع (٤/٥٣٥).

فصل

١٥٤ - يجوز بيع الجاني مطلقاً^(١).

ولا يجوز بيع المرهون^(٢).

والفرق: من أربعة أوجه:

أحداها: أن الحق المتعلق برقة الجاني غير مستقر، بدليل: أنه يسقط إذا فداء سيده، فلم يمنع البيع، كما لو باع مالاً وجبت فيه الزكاة فإنه يجوز، لأن المالك يملك إسقاط الحق / منه بدفع الزكاة من غيره، فكذا هذا.

بخلاف المرهون، فإن الحق مستقر في رقبته، بدليل: أن الراهن لا يملك إسقاط الحق منه مع بقاء الدين^(٣)، قاله القاضي في المجرد.

[والذي] نص عليه أبو عبد الله السامري: بأن الجنائية الموجبة للقصاص في النفس مقررة للحق في رقبته، بحيث لا يملك سيده إسقاطه بضمائه الدية، ومع ذلك يصح بيعه.

الثاني: أن الأرش تعلق برقة الجاني بغير فعل السيد، فلا يكون السيد ببيمه معترضاً على تصرف سبق منه.

بخلاف المرهون، فإن الراهن عقد الراهن عليه باختياره، فإذا باعه فقد اعترض ببيمه على عقد لازم سبق منه لا خيار له فيه، والممالك إذا عقد على عين عقدين متافقين، أولهما لازم، والثاني باطل، كما لو باع ثم باع، فالثاني باطل، كذا هنا.

الثالث: أن معنى تعلق حق المجنى عليه برقة الجاني انحصر حقه في رقبته، ولا يتعدى إلى ذمة السيد وأمواله، سواء وفت رقبته أو لم تف، ولا يملك المجنى عليه حبسه، فإذا تلفت رقبته بغير فعل سيده سقط الحق المتعلق بها، وهذا التعلق لا يوجب زوال ملك مالكه عنه، ولا يوجب حجراً عليه فيه، بدليل: صحة هبته، وإيجارته، وعنته حتى عن الواجب. نص عليه، فإذا لم يكن محجوراً عليه فيه، وتسليمه ممكن، فيصح بيعه.

بخلاف المرهون، فإن المرتهن يملك حبسه، وذلك يوجب الحجر على راهنه فيه، ولذلك لا ينفذ تصرفه فيه بهبة، ولا إجارة، ولا وقف، ولا إعارة، فلم يجز بيعه، كالمحجور عليه لسعه أو فلس، قاله والدي قبله السامري رحمه الله.

(١) انظر: الهدایة (١٢٩/١)، الكافی (٦/٢)، المحرر (١/٢٨٥)، الإمتاع (٢/٥٩).

(٢) انظر: الهدایة (١٥٠/١)، الكافی (٢/١٤٣)، المحرر (١/٣٣٦)، الإمتاع (٢/١٥٨).

(٣) انظر: المغني (٤/١٨٨، ١٨٧)، الشرح الكبير (٢/٣٠٩)، المبدع (٤/١١).

قلت: الرابع: وهو الذي انقدح لي: أن الرهن في الأصل إنما شرع وثيقة للمرتهن على دينه، حيث لم يرض بذلك المدين وحدها، وذلك يوجب حبس العين المرهونة عنده، وعدم جواز تصرف الراهن فيها، إذ لو جوز تصرفه فيها بما يخرجها عن الحبس لبطلت فائدة التوثقة، فلهذا لم يجز بيع المرهون.

وهذا بخلاف العبد الجناني، فإن التصرف فيه لا يفوت حق المجنى عليه بإمكان استيفاء موجب الجنائية، مع انتقاله من مالكه الأول إلى غيره، وذلك لأن وجوب ما أوجبه الجنائية في رقبة الجناني كان بإيجاب الشرع، فسواء بقي الجناني على ملك من جنى، وهو في ملكه أو انتقل عنه.

ولا كذلك تسلط المرتهن على العين، لأنه إنما تسلط عليها، وملك حبسها بتسلیط الراهن، ولو جوز بيعها جاز تسلط الراهن، لانتقالها عنه، فيزول تسلیطه [١٩/ب] للمرتهن، فيفوت حقه، فافترقا.

فصل

١٥٥ - إذا تباع عيناً غائبة بالصفة، فوجدها المشتري على غير الصفة، فله الخيار، لا المطالبة بعين بدلها على تلك الصفة^(١).

ولو أسلم إليه في شيء فوجده على غير الصفة طالبه ببدل على تلك الصفة^(٢). والفرق: أن بيع الأعيان تتعلق بنفس المعين.

والسلم يتعلق بما ثبت في الذمة. فإذا دفع إليه شيئاً على غير الصفة، فهو غير ما وقع العقد عليه، فيطالبه بما وقع العقد عليه^(٣)، فافترقا.

فصل

١٥٦ - إذا اشتري جارية لم يجز له وطئها، حتى يستبرئها^(٤). ولو تزوجها جاز وطئها قبل الاستبراء^(٥).

(١) انظر: المعني (٣/٥٨٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٤)، الإنصاف (٤/٢٩٩)، مطالب أولي النبي (٣/٢٠).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٤٨)، الكافي (٢/١١٧)، المحرر (١/٣٣٤)، الإمتاع (٢/١٤٣).

(٣) انظر: المعني (٣/٥٨٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٤)، كشاف القناع (٣/١٦٤-٦٣)، مطالب أولي النبي (٣/٢٠-٢٢).

(٤) انظر: الهدایة (٢/٦٣)، الكافي (٣/٣٣٠)، المحرر (٢/١٠٩)، الإنصاف (٩/٣١٦).

(٥) انظر: الهدایة (٢/٦٤)، الكافي (٣/٣٣٥)، المحرر (٢/١١٠)، النروع (٥/٥٦٤).

والفرق: أن الحكم بصحّة نكاحها حكم ببراءة رحمها، كالحرّة. بخلاف الشراء، فإن الحكم بصحّته لا يقتضي البراءة، لأن الحبل لا ينافي الشراء فيجب استبراؤها، لعلم براءة رحمها^(١).

فصل

١٥٧ - إذا اشتري من إنسان داراً، وهي في يد ثالث، فادعاها لنفسه، ولم يقم البائع بيته بها، ففسخ القاضي العقد، ورد الثمن على المشتري، ثم ملك المشتري الدار ببهة أو ميراث، أو صدقة أو غيره، لم يلزمه تسليمها إلى باعها.

ولو أقر له بملك الدار صريحاً واشتراها منه، ثم فسخ البيع لتأخر التسليم، ثم ملكها المشتري، لزمه تسليمها إلى باعها.

والفرق: أن دخوله مع البائع يتضمن الإقرار له بملكها معنى لا تصريحًا، وللقاضي ولاية في فسخ العقود، فلما فسخ البيع انفسخ الإقرار الذي كان في ضمنه، وصار ذلك بمنزلة ما لو باع مريض عبداً لا يملك غيره، قيمته ألف بمائة، فيكون المريض محابياً للمشتري بتسعمائة، وموصياً له بها، فيقال للمشتري: زد في الثمن بمقدار ثلثي المحاباة، وإلا فنسخ العقد، فإن لم يزد فنسخ العقد، فإنه ينفسخ ما في ضمنه من المحاباة والوصية، ولا يكون للمشتري شيء لهذا المعنى، كذا ما نحن فيه.

بخلاف ما إذا أقر المشتري صريحاً: بأن الدار ملك البائع، لأنه أفرد إقراره، وليس للقاضي ولاية بإبطال الإقرارات، ثم هو بدخوله معه العقد مقرضمناً، فإذا انفسخ العقد انفسخ ما في ضمنه، وثبت إقراره الصريح لا معارض له، كما لو أفردت الوصية عن المحاباة في المسألة المتقدمة، فإنه لو انفسخت المحاباة لم تنفسخ الوصية، فكذا هنا، فتفارقاً.

فصل

١٥٨ - إذا اشتري داراً فاستحققت، رجع على البائع بالدرك^(٢).

ولو أقر أن الدار للبائع، ثم استحققت، لم يرجع عليه شيء. ذكره القاضي في كتاب الإقرار من المجرد.

(١) المغني (٧/٥١٠)، الشرح الكبير (٥/٨١)، كشف النقاع (٥/٤٣٨)، فروق الكرياسي (٢/٦٥).

(٢) الدرك لغة: بفتح الدال والراء اللحاق والتبعه. انظر: لسان العرب (١٠/٤١٩)، القاموس المحيط (٣٠١/٣).

والفرق: نحو ما تقدم في الفصل قبله: من أن دخوله معه في العقد إقرار له بالملك ضمناً، فلا يبني عليه ما يبني / على الإقرار الصريح، والأصول فرق بين [٢٠/١١] الإقرارين، بدليل: جواز الإقرار لوارث في مرض الموت، وجوازه بوارث، مع أنه تضمن الإقرار بالمال، وتعليقه ما تقدم.

فصل

١٥٩ - إذا اشتري ما لم يره وصحناته، ثبت له خيار الرؤية، فلو أجازه قبلها، لم يسقط خياره.
ولو فسخ قبلها، انفسخ^(١).

والفرق: أن إجازة البيع عبارة عن الرضا بالمعقود عليه، والرضا لا يمنع ثبوت الخيار مع عدم الرؤية، بدليل: أن نفس العقد يدل على الرضا، فلم يمتنع الخيار.
بخلاف الفسخ، لأن الفسخ يدل على عدم الرضا، وعدم الرضا عند العقد يمنع لزوم حكمه، كما لو أكره على البيع، فوجوده بعده عند ثبوت الخيار يمنع لزومه، كتلف المبيع قبل التسليم.

فصل

١٦٠ - إذا قال: بعتك بمائة دينار إلا درهماً، أو بمائة درهم إلا ديناراً، لم يصح^(٢).

ولو استثنى الدينار من الدنانير، والدرهم من الدرام صح.
والفرق: أن المستثنى من حسن الثمن يكون الباقي معلوماً بعده بالأجزاء، فيصير كقوله: بعتك بتسعة وتسعين^(٣).
بخلاف غير الجنس، فإن سقوطه بالقيمة، فيسقط من الدرام بقيمة الدينار، وذلك مجهول حال العقد.

فصل

١٦١ - إذا تنازع المشتري والبائع في تسليم الثمن والمثمن، فإن كان الثمن عيناً، نصب عدل يقاضي بينهما، ثم يقضى بهما.

(١) انظر: الكافي (١٢/٢)، الفروع (٤/٢٢)، الإنفاق (٤/٢٩٦).

(٢) انظر: المقنع (١٨/٢)، الفروع (٤/٣٠)، غاية المتباهى (٢/١٣)، الروض المربي (٢/١٦٨).

(٣) انظر: المغني (٤/١١٧)، الشرح الكبير (٢/٣٣٤)، المبدع (٤/٣٧)، مطالب أولي النهى (٣/٤١).

وإن كان في الذمة حالاً، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم المشتري على تسليم الثمن^(١).

والفرق: أن كل واحد منهما في المسألة الأولى قد تعلق حقه بالعين، فلا مزية لواحد على الآخر، فلذلك لم يجرأ أحدهما على التسليم قبل الآخر.

بخلاف ما إذا كان الثمن في الذمة، فإن حق المشتري تعلق بالعين، وحق البائع بالذمة، فقدم الحق المتعلق بالعين لقوته، كما يقدم حق المرتهن على باقي الغرماء^(٢).

فصل

١٦٢ - إذا اشتري أمة شراء فاسداً، ثم وطئها لزمه مهر المثل لبائعها.

ولو وطئ أمة بإذن سيدها لم يلزمها شيء.

والفرق: أن البائع في الأولى أذن للمشتري في وطئ ما ملكه عنه، فوطئ معتقداً أن وطأه في ملكه، فبان في غير ملكه، فكانه وطئ أمة أخرى للبائع بغير أمره، فلزمها المهر.

بخلاف ما إذا أذن سيدها في وطئها، فإنه أسقط حقه بالإذن، فلذلك لم يجب مهر.

فصل

١٦٣ - إذا باعه صبرة لم يره باطنها صحيح^(٣).

ولو باعه ثوباً لم يره باطنه لم يصح^(٤).

والفرق: أن الصبرة من ذوات الأمثال، فيدل الحال على أن باطنها كظاهرها، ولهذا يتبع الناس كثيراً ما هو من ذوات الأمثال ببرؤية أنموذج^(٥) منه يسير، لأن الظاهر أنه لا يختلف، فيصح البيع بحكم الظاهر، فإذا ظهر عيب كان له الخيار^(٦).

(١) انظر: الهداية (١/١٤٦)، المقعن (٢/٥٩-٥٨)، المحرر (١/٣٣٢)، الفروع (٤/١٣١)، غاية المتبني (٢/٤٧).

(٢) انظر: المعنى (٤/٢١٩)، الشرح الكبير (٢/٤٠٢)، المبدع (٤/١١٥)، كشف القناع (٣/٢٣٩).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الإنصاف (٤/٣٠٤)، غاية المتبني (٢/٩).

(٤) انظر: الفروع (٤/٢١)، المبدع (٤/٢٤)، الإنصاف (٤/٢٩٥)، غاية المتبني (٢/٩).

(٥) انظر: المصباح المنير (٢/٦٢٥)، القاموس المحيط (١/٢١٠)، انظر المبدع (٤/٢٥)، الإيمان (٢/٦٥).

(٦) انظر: المعنى (٤/١٣٧)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢).

/بخلاف الثوب، فإنه ليس من ذات الأمثال، ولا يدل الحال على أن باطنه [٢٠/ب] كظاهره، لأنه يختلف غالباً، فيكون وجه الثوب أجود من باقيه، فلذلك لم يصح وفرق القاضي في المجرد: بأن الصبرة يشق باطنها، بخلاف الثوب^(١).

فصل

١٦٤ - إذا دخل الماء أرض إنسان، وفيه سمك، فتنصب الماء وبقي السمك، لم يملأه صاحب الأرض إلا بأخذه.
ولو كان له بركة لصيد السمك، فاحتبس فيها سمك ملكه بذلك^(٢).
والفرق: أن البركة المعدة لصيد السمك آلة للصيد، فهي كالشبكة، والشخص^(٣)، والفتح^(٤)، فيملك ما يقع فيها.
بخلاف الأرض غير المعدة للصيد، فإنها ليست آلة، فلا يملك ما يدخلها إلا بأخذه، كما لو عشش فيها طائر^(٥).

فصل

١٦٥ - إذا اشتري غلاماً صانعاً فني صنعته، ثم وجد به عيباً فله رده، ولا يلزمه أن يرد معه شيئاً لأجل نسيان الصنعة^(٦)، نقله منها.
ولو ذهب بعض حواسه أو أجزاءه، وأجزنا له الرد^(٧)، فإنه يلزمه أن يرد معه أرش العيب الحادث عنده^(٨).
والفرق: أن نقصان الصنعة نقص قيمة لا عين، فهو كنقص الأسعار.

(١) انظر: السنني (١٣٧/٤)، الشرح الكبير (٣٣٢/٢).

(٢) انظر: الإنفاق (٤٢٨/١٠)، الإمتاع (٤/٤)، (٣٢٨).

(٣) الشخص: حديقة معقوفة يصاد بها السمك. انظر: القاموس المحيط (٣٠٦/٢)، المعجم الوسيط (٤٨٢/١).

(٤) الفتح: مصيدة يصاد بها الطيور والسباع. انظر: القاموس المحيط (٢٦٦/١)، المعجم الوسيط (٤٨٢).

(٥) انظر: المغني (٤/٢٢٤)، المبدع (٩/٢٤٩)، كشف النقاع (٦/٢٢٨٢٢٧).

(٦) انظر: الكافي (٢/٨٥)، الشرح الكبير (٢/٣٨٣)، الإنفاق (٢/٩٧)، متنه الإرادات (١/٣٦٣).

(٧) انظر: الهدایة (١/١٤٣)، الكافي (٢/٨٥)، الفروع وتصحيحه (٤/١٠٥-١٠٦)، الإنفاق (٢/٩٧).

(٨) انظر: الهدایة (١/١٤٣)، الكافي (٢/٨٥)، الفروع وتصحيحه (٤/١٠٥-١٠٦)، الإنفاق (٢/٩٧).

بخلاف نقص جزء منه، فإنه نقص في العين، يمنع الرد من غير ضمان التالف^(١).

فصل

١٦٦ - إذا باع شيئاً وشرط نفعه، كسكنى الدار سنة ونحوه صح^(٢). وإن اشترط نفع البائع كجزء الرطبة لم يصح في رواية اختارها الخرقى . والفرق: أن اشتراط منفعة المبيع استثناء بعض المبيع، وذلك جائز، بدليل: جواز بيع العين المؤجرة، وهي مسلوبة المنفعة^(٣). بخلاف استثناء منفعة البائع، لأن يكون جاماً بين إجارة وبيع، فهو جمع بين يعنى في بيعة^(٤)، وقد نهى النبي ﷺ «عن ذلك»، رواه أحمد^(٥). قلت: الصحيح من المذهب: صحة اشتراط منفعة البائع والمبيع^(٦)، فلا فرق.

فصل

١٦٧ - إذا باع أمة، واستثنى خدمتها ونحوها من أعمالها مدة معلومة، جاز . ولو استثنى وطأها، لم يجز^(٧). والفرق: أن منافع الأمة غير البعض يجوز تملكها، واستيفاؤها لغير مالك الرقبة، كما تملك بالإجازة، فإذا استثنى منفعة منها فقد شرط ما يجوز له استيفاؤه فصح، كاستثناء جزء معلوم من المبيع . بخلاف الوطء، فإنه لا يستباح إلا بعد نكاح، أو ملك يمين كما دل عليه الكتاب والسنة^(٨)، ظهر الفرق.

فصل

١٦٨ - إذا ملك عبده^(٩) مالاً ثم باعه، فالمال للبائع إلا أن يشترطه المبتاع . رواية واحدة.

(١) انظر: المغني (٤/١٦٦)، الكافي (٨٦٨٥/٢)، الشرح الكبير (٣٨٣/٢)، المبدع (٩٢/٤).

(٢) انظر: الهدایة (١٣٥/١)، المقتنع (٢٧/٢)، المحرر (٣١٤/١)، متنه الإرادات (٣٥٢/١).

(٣) انظر: المغني (٤/١٠٩)، الكافي (٣٦/٢)، الشرح الكبير (٣٤٤/٢)، المبدع (٤/٥٤).

(٤) انظر: الإنصاف (٤/٣٤٦).

(٥) انظر: الكافي (٢/١٧)، المبدع (٤/٣٥).

(٦) انظر: الكافي (٢/٣٩)، المحرر (١/٣١٤)، الإنصاف (٤/٣٤٧٣٤٦)، الامتناع (٢/٨٠).

(٧) انظر: الكافي (٢/٣٦)، الفروع (٤/٥٩)، الامتناع (٢/٧٩).

(٨) انظر: المغني (٤/١١٠)، الكافي (٣٦/٢)، الشرح الكبير (٣٤٤/٢)، كشف القناع (٣/١٩١-١٩٠).

(٩) انظر: المقتنع (٢/٨٥)، الفروع (٤/٨٠)، الإنصاف (٥/٨١)، وقال: (بلا نزاع في الجملة)، متنه الإرادات (١/٣٩٠).

ولو أعتن، ففيه روایتان: إحداهما: للسيد^(١)، والأخرى: للعبد.

والفرق: أن رق العبد يمنع من تمام ملكه، فلا يملكه ملكاً تاماً، بدليل: أنه لا زکاة عليه/ في ماله، وإذا لم يتم ملكه عليه لم ينزل ملك سيده.

^[١/٢]

بدليل: أنه له انتزاعه منه بكل حال، فإذا لم ينزل ملك سيده عن المال، وباع العبد بطل تملكه.

وأما إذا أعتن، فالسيد ملوكه المال، وإنما منع من تمام ملكه واستقراره رقه، فإذا زال رقه بعتنه تم ملكه.

فصل

١٦٩ - إذا اشتري الواحد شيئاً صفة، فوجد بأحدهما عيباً فليس له إلا ردّهما، أو إمساكهما وأرش العيب^(٢).

ولو اشتري اثنان شيئاً صفة، فوجدا به عيباً، فطلب أحدهما الرد جاز ذلك^(٣). نص عليه، مفرقاً بينهما، في رواية ابن القاسم^(٤).

والفرق: أن العقد إذا كان في طرفه عاقدان فهو عقدان، فلا يكون رد أحدهما مفرقاً للصفقة.

بخلاف الأولى، فإنه عقد واحد فلم يجز تفريقه^(٥).

فصل

١٧٠ - إذا اشتري دابة بشرط الخيار، فركبها ليختبرها، فهو على خياره.

ولو اشتراها، فوجد بها عيباً، ثم ركبها، كان هذا رضى بالعيب، وسقط خياره.

والفرق: أنه شرط الخيار ليختبر، والركوب من الاختبار.

وأما في العيب، فلم يجعل له أن يختبر، فعدوله عن الرد إلى الاختبار رضى منه بالعيب، فافترقا^(٦).

(١) انظر: المقنع (٤٨٠/٢)، الفروع (١٠٧/٥)، الإنصاف (٤٠٨/٧)، متنه الإرادات (١٢٤/٢).

(٢) انظر: الهدایة (١٤٣/١)، الكافي (٨٧/٢)، المحرر (٣٢٦/١)، الإنصاف (٤٣٠/٤)، الامتناع (٢٣٥/١)، متنه الإرادات (١٠٠/٢).

(٣) انظر: الهدایة (١٤٣/١)، المقنع (٤٩/٢)، الفروع (٣٢٦/١)، الإنصاف (٩٩/٢).

(٤) انظر: تاريخ بغداد (٣٤٩/٤)، طبقات الحنابلة (١/١)، المنهاج الأحمد (٣٦١/١).

(٥) انظر: المغني (١٧٨١٧٧/٤)، الشرح الكبير (٣٨٩٣٨٨/٣)، المبدع (٩٩٩٨).

(٦) انظر: المغني (٥٦٩/٢)، الكافي (٥١٥٠/٢)، الشرح الكبير (٣٦٨/٢)، الروض المربي (١٧٤/٢).

فصل

١٧١ - إذا اشتري أمة على أنها كتابية فبانت مسلمة، فله الخيار^(١). ولو تزوج امرأة على أنها كتابية، فبانت مسلمة، فلا خيار له^(٢). والفرق: أن المقصود بالشراء الربع، وكثرة المالية، والكتابية أكثر مالية من المسلمة، لأنها يرغب فيها المسلم والكافر^(٣).

بخلاف النكاح، فإنه لا يقصد فيه المالية، وإنما يقصد به السكن والصحابة والاستمتاع، وذلك من المسلمة خير من الكتابية، فقد حصل له زيادة على ما شرط، فلذلك لم يثبت له الخيار^(٤).

فصل

١٧٢ - إذا اشتري شيئاً فوجد به عيباً، فاختار إمساكه والمطالبة بأرش عيبه، قوماً صحيحاً ومعيباً، ونسب تفاوت القيمتين إلى الثمن الذي اشتري به، ورجع به^(٥). مثاله: أن يشتري عبداً بمائة، فيجد به عيباً، قوماً صحيحاً بمائتين، ومعيباً بمائة وستين، فيرجع هنا على البائع بخمس الثمن، وهو عشرون.

ولو حدث بالمبيع عيب عند المشتري، وجوز رده بالعيوب القديم، لزم أن يرد معه أرش العيب الحادث عنده، فيقوم المبيع وبه العيب القديم، ويقوم والقديم والحادث فيه، فيزيد التفاوت غير منسوب إلى الثمن^(٦).

والفرق: أنه لو وجب في الأولى ما نقصه العيب غير منسوب إلى الثمن، لا جتمع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشتراه بمائة وقيمتها مائتان، فظاهر فيه عيب نقصه نصف قيمته، فإذا رجع بذلك منسوباً إلى الثمن لم يتأت ذلك أبداً^(٧).

بخلاف أرش العيب الحادث عند المشتري، فإنه لا يؤدي إلى اجتماع الثمن والمثمن/ لواحد، ويعتبر قيمة هذا يوم العقد، لأن الزيادة بعده على ملك المشتري،

(١) انظر: المغني (٤/١٧١)، المحرر (١/٣١٣)، الإنصاف (٤/٣٤١)، الإجماع (٢/٧٩).

(٢) انظر: الكافي (٣/٧٢)، المحرر (٢/٢٤)، الفروع مع تصحيحه (٥/٢١٩)، الإجماع (٣/١٩٣).

(٣) انظر: المغني (٤/١٧١)، الشرح الكبير (٢/٣٤٧)، البيدع (٤/٥٢).

(٤) انظر: الكافي (٣/٧٢)، الشرح الكبير (٤/٢٤٥)، البيدع (٧/٩٠).

(٥) انظر: الكافي (٢/٨٤)، المحرر (١/٣٢٤)، الفروع (٤/١٠٥)، الإجماع (٢/٩٦).

(٦) انظر: المغني (٤/١٦٤)، الشرح الكبير (٢/٢٨٢)، المبدع (٤/٩١)، الإجماع (٤/٧٩).

(٧) انظر: المغني (٤/١٦٣)، الشرح الكبير (٢/٢٨٠)، المبدع (٤/٨٨)، كشف النقانع (٣/٢٢٠-٢١٩).

فلا تقام عليه^(١).

فصل

١٧٣ - إذا تباعوا ذهباً بورق عيناً بعين^(٢)، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيناً من جنسه^(٣)، لم يكن له البدل^(٤). ولو تباعوا ذلك بالصفة، ثم تقابلصاه في المجلس، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيناً من جنسه، فله البدل^(٥).

والفرق: أن النقود تتبع بالعقود، فالعقد وقع على هذه العين، فلا يجوز تغييره، كما لو وجد بعد اشتراكه عيناً، فإنه لا يملك إيداله، فكذا هنا^(٦). بخلاف الثانية، فإن العقد وقع على شيء في الذمة، فإذا دفع إليه شيئاً كان عوض ما في الذمة، فإذا وجده على غير الصفة الثابتة في الذمة كان له إيداله^(٧).

فصل

١٧٤ - إذا كان لإنسان على آخر دينار ديناً، فأحال به على من له عليه دينار ديناً، فصارف^(٨) به المحال للمحال عليه جاز. نص عليه في رواية يكر بن محمد عن أبيه^(٩). ولو أحاله بالدينار على من لا يستحق عليه شيئاً، فقبلها، ثم صارفه لم يجز. نقله عنه ابن القاسم.

والفرق: أن الحوالة في الأولى حالة صحيحة، نقلت الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فجاز أن يصارفه عليه، كما لو صارف من له عليه ثمن مبيع أو نحوه.

(١) انظر: المبدع (٤/٩١)، كشف القناع (٣/٢٢١)، مطالب أولي النهي (٣/١١٦).

(٢) هو أن يقول: بعثك هذا الدينار بهذه الدرهم، ويشير إليهما، وهما حاضران، انظر: المغني (٤/٧٤).

(٣) انظر: المبدع (١٤/١٥٢)، الإمتاع (٢/١٢١).

(٤) انظر: المغني (٤/٨٤)، الشرح الكبير (٢/٤٣٤)، الفروع (٤/٤٣٤)، الفروع (٢/٤٣٥)، الإمتاع (٢/١٢١).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٢)، الشرح الكبير (٢/٤٣٤)، المبدع (٤/٤٣٤)، كشف القناع (٣/٢٦٧).

(٦) انظر: المغني (٤/٤٨)، الشرح الكبير (٢/٤٣٥)، المبدع (٤/٤٣٥)، كشف القناع (٣/٢٦٨).

(٧) انظر: المغني (٤/٥٢)، الشرح الكبير (٢/٤٣٥)، المبدع (٤/٤٣٥)، كشف القناع (٣/٢٦٨).

(٨) الصرف: لغة فضل الدرهم بعضه على بعض من الجردة. انظر: المصباح المنير (١/٣٣٨)، القاموس المحيط (٣/١٦١). انظر: الإمتاع (٢/١٢٠)، متنبي الإرادات (١/٣٨٠).

(٩) انظر: طبقات الحنابلة (١/١١٩)، المنهج الأحمد (١/٣٨١).

بخلاف الثانية، فإن الحوالة فيها باطلة، فهو اقتراض المحيل من المحال عليه، والمحى بالتأييد في المعنى للمحيل في الاقتراض، ومن افترض دراهم أو دنانير لم يجز مصارفته عنها قبل قبضها، لأنه لم يملكها بعد، وإذا لم يملكها فهو مصارف بالغرض الذي يثبت في ذمته بالقرض، فيكون صرفاً بنسية وهو باطل، فافترقا.

فصل

١٧٥ - إذا أسلف الأعمى في كُثر حنطة صحيحة.

ولو اشتراه من صبرة معينة وضع يده عليها لم يصح^(١).

والفرق: أن من شرط صحة البيع معرفة المشتري بأوصاف المبيع المعتبرة، وقد حصلت للأعمى فيما اشتراه سلفاً، وجهلها فيما اشتراه من الصبرة إذا لم يوصف له.

فصل

١٧٦ - إذا أسلم في عبد وجاريه، وذكر شروط السلم صحيحة.

ولو اشترط كونه ابنها لم يصح^(٢).

والفرق: أن من شرط صحة السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحيل^(٤)، ولا يصح إذا كان وجوده نادراً، كجعل محل العنبر المسلم فيه في شباط^(٥) ونحو ذلك، واشترط كون العبد ابن الجارية من هذا، فلم يصح.

بخلاف ما إذا لم يشترط ذلك، فإنه لا يكون وجوده نادراً^(٦).

فصل

١٧٧ - إذا اشترط أجود الطعام لم يصح السلم.

وإن اشترط أرداه صحيحة^(٧).

(١) انظر: المعني (٤/٢٢٢)، الشرح الكبير (٢/٢٢٦)، الفروع (٤/٢٢)، الإمتاع (٢/٦٦).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٤٦)، الكافي (٢/١١٠)، الفروع (٤/١٧٣)، الإمتاع (٢/١٣٦).

(٣) انظر: الكافي (٢/١١٥)، المبدع (٤/١٩٣)، متهى الإرادات (١/٣٩١).

(٤) انظر: بكر الحاء: كشف النقاع (٣/٣٠٣).

(٥) انظر: الكافي (٢/١١٤).

(٦) انظر: المعني (٤/٣٢٥)، الشرح الكبير (٢/٤٦٨)، المبدع (٤/١٩٣).

(٧) الكافي (٢/١١٥-١١٤)، المحرر (١/٣٣٣)، الإنصاف (٥/٩٤)، الإمتاع (٢/١٣٩).

والفرق: أن الأجدود لا يوقف عليه، فإذا أتاه بأجود طلب أجود منه، فيقع التنازع، ولا يحصل ما يقطعه، فلم يصح.

بخلاف الأردا، فإنه إذا لم يأته به فقد أتاه بخير مما أسلم إليه فيه، فيلزم قوله، فلذلك صح^(١).

فصل

١٧٨ - إذا أسلم إلى رجل في عبد، وقبض عند المجل عبداً، ثم أحضر عبداً، وادعى: أنه هو الذي قبضه منه، / وأنه بخلاف الصفات المشترطة، أو أن به عيباً [١٢٢] قدِيماً، فأنكر المسلم إليه، وقال: المقبوض مني غيره، ولا بينة، فالقول قول المشتري^(٢).

ولو اشتري عبداً وقبضه، ثم أحضر عبداً، وقال: هو الذي ابنته، وقد ظهر به عيب، ولا بينة، فقال البائع: ليس المبيع هذا المردود، فالقول قوله^(٣).

والفرق: أنه في الأولى قد ثبت للمشتري في ذمة البائع ما انعقد عليه عقد السلم بصفاته، فلا يقبل قول البائع في براءة ذمته، ويحتاج إلى بينة، أو يحلف المشتري أنه لم يقبض منه غير العبد المحضر^(٤).

وهذا بخلاف المسألة الثانية، لأن الأصل براءة ذمة البائع، وأن العبد الذي أحضره المشتري لم يبعه البائع، فلذلك كان القول قوله مع عدم البينة فافتريا^(٥).

فصل

١٧٩ - قلت: قد تقرر: أنه إذا قال البائع: ليس المبيع هذا المردود كان القول قوله، إذا كان رد المشتري للسلعة للعيوب.

ولو رده إياه لخيار، فأنكر البائع كونها سلعته، فالقول قول المشتري، حكمه ابن المنذر عنه^(٦).

(١) الكافي (١١٥/٢)، المغني (٤/٣١١)، الشرح الكبير (٢/٤٦٣)، المبدع (٤/١٨٦).

(٢) انظر: تصحيح الفروع (٤/١١٤)، الإنصاف (٤/٤٣٣)، الامتناع (٢/١٠١)، غاية المتنهي (٢/٤).

(٣) انظر: المغني (٤/١٨٤)، الشرح الكبير (٢/٣٩٠)، المبدع (٤/١٠٠)، الإنصاف (٤/٤٣٢).

(٤) انظر: تصحيح الفروع (٤/١١٤)، كشاف القناع (٣/٢٢٧)، مطالب أولي النهى (٣/١٢٣).

(٥) انظر: المغني (٤/١٨٥)، الشرح الكبير (٢/٣٩٠)، كشاف القناع (٣/٢٢٧)، مطالب أولي النهى (٣/١٢٣).

(٦) تاريخ بغداد (٢/٧٣)، طبقات الحنابلة (١/٢٨٤)، تهذيب التهذيب (٩/٢١).

والفرق: ما ذكره أبو محمد في المعني: أن المشتري في الأولى يدعى استحقاق الفسخ بالعيوب، والبائع ينكره، والقول قول المنكر. بخلاف الثانية، فإنها اتفقا على استحقاق الفسخ^(١).

فصل

١٨٠ - إذا باع بدراهم معينة وقبضها، ثم أحضر دراهم وادعى: أنها التي باع بها وهي معينة، فأنكر المشتري كونها التي اشتري بها، ولا بينة لواحد منها، فالقول قول المشتري مع يمينه.

ولو كان البيع في الذمة، ثم نقده المشتري الثمن، ثم اختلفا كذلك ولا بينة، فالقول قول البائع مع يمينه.

والفرق: أن القول في الدعاوى قول من الظاهر معه، والظاهر مع البائع في الصورة الثانية لأنه قد ثبت له في ذمة المشتري ما انعقد عليه العقد غير عيوب، فلم يقبل قوله في براءة ذمته.

بحلالة الصورة الأولى، فإن الأصل براءة ذمة المشتري وعدم قوله في براءة ذمة المشتري، وعدم وقوع العقد على الدنانير التي ادعى البائع وقوع العقد عليها^(٢).

فصل

١٨١ - لا يجوز لرب السلم التصرف فيه، ولا أخذ البدل عنه قبل قبضه، فإن فعل لم يصح^(٣).

ولو باع شيئاً بشمن في الذمة وسلم المبيع، جاز له التصرف في الثمن قبل قبضه، وأخذ البدل عنه، والعواولة به^(٤).

والفرق: أن المسلم فيه غير مستقر، بل هو معرض للفسخ، لعدم وجوده عند محله، فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كما لو اشتري ما يحتاج إلى قبض وتصرف فيه قبل قبضه، فإنه لا يجوز، فكذا ها هنا^(٥).

بحلالة الثمن في الذمة، فإنه مستقر، ودل على الجواز هنا أيضاً: ما روی عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع،

(١) المعني (٤/١٨٤-١٨٥)، الشرح الكبير (٢/٣٩٠)، المبدع (٤/١٠٠)، كشاف القناع (٣/٢٢٧).

(٢) انظر: الانصاف (٤/٤٣)، تصحیح الفروع (٤/١١٤)، كشاف القناع (٣/٢٢٧).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٤٨)، الكافي (٢/١٢٠)، الإمتناع (٢/١٤٣)، متنهي الإرادات (١/٣٩٥).

(٤) انظر: المقنع (٢/٩٦)، الانصاف (٥/١١٠)، الإمتناع (٢/١٤٤).

(٥) انظر: المعني (٤/٣٣٤-٣٣٥)، الشرح الكبير (٢/٤٧٣)، كشاف القناع (٣/٣٠٦).

فأبى بالدنانير، وأخذ الدرارم، وأبى بالدرارم وأخذ الدنانير، فقال: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تتفرقا وبينكما شيء»، رواه أبو داود وغيره، فأجاز لهأخذ البدل عما ثبت في الذمة من / الثمن^(١)، فظهر الفرق.

[٢٢/ ب]

فصل

١٨٢ - إذا تقابلا^(٢) السلم جاز تفرقهما قبل قبض رأس ماله^(٣). ولو كان له في ذمة إنسان ألف درهم قرض، فاشترى منه بها طعاماً أو دنانير لم يجز التفرق قبل القبض^(٤).

والفرق: أنه بالمقابلة زال عقد السلم، ووجب رد رأس ماله بحكم القبض السابق، فصار كالمحبوب على وجه السوم^(٥)، إذا لم يتم بينهما بيع لا يشترط قبضه قبل التفرق^(٦)، كذا هنا.

بخلاف هذا في الثانية، فإنهما قد تباعا عوضين، أحدهما: دين، فإذا تفرقا بغير قبض كان بيع دين بدين، وبذلك لا يجوز^(٧).

فصل

١٨٣ - يجوز بيع خل العنبر بخل التمر، متساوياً ومتفاضلاً^(٨). ويجوز بيع خل الزبيب بمثله، وخل التمر بمثله، متساوياً لا متفاضلاً. نص عليه^(٩). ولا يجوز بيع [خل] العنبر بخل الزبيب، لا متساوياً ولا متفاضلاً^(١٠).

(١) انظر: الشرح الكبير (٤٧٣/٢)، المبدع (١٩٨/٤)، كشاف القناع (٣٠٧/٣).

(٢) الإقامة لغة: الفسخ والترك. انظر: لسان العرب (٥٧٩/١١)، القاموس المحيط (٤٣/٤). واصطلاحاً: فسخ العقد. انظر: المبدع (١٢٣/٤)، كشاف القناع (٢٤٨/٣).

(٣) انظر: المحرر (٣٣٤/١)، الإنصاف (١١٤/٥)، الإمتاع (١٤٤/٢)، متهى الإرادات (٣٩٥/١).

(٤) المغني (٤/١٣٤)، الشرح الكبير (٤٧٣-٤٧٤)، المبدع (١٩٨/٤)، غایة المتهى (٢/٢). (٧٩).

(٥) صورة المحبوب على وجه السوم: هو أن يسامره شخص آخر في مبيع، ثم يأخذه ليريه أهله فيرفضوه. انظر: الإنماع (١٨٠/٢)، الروض المرريع (١٩٦/٢).

(٦) من مطالب أولي النهي (٣/٣٢١).

(٧) انظر: المغني (٤/١٣٤)، الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، المبدع (١٩٨/٤)، كشاف القناع (٣/٣٠٦).

(٨) انظر: الكافي (٥٧/٢)، الفروع (٤/١٥٤)، المبدع (٤/١٣٣)، الإنماع (٢/١١٥).

(٩) انظر: المغني (٤/٢٧)، الكافي (٦٠/٢)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، غایة المتهى (٥٤/٢).

(١٠) انظر: المغني (٤/٢٧)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، الإنصاف (١٨/٥)، الإنماع (٢/١١٦).

والفرق: أن خل العنب والتمر جنسان، فجاز بيعهما بالتساوي والتفاضل، كبيع التمر بالعنبر^(١).

وأما بيع خل التمر بمثله، وخل الزبيب بمثله، فهو بيع جنس بمثله، فجاز متساوياً، لا متفاضلاً، كسائر الأموال الروبية^(٢).

وأما بيع [خل] العنب بخل الزبيب، فهما جنس واحد في أحدهما وهو خل الزبيب من غير جنسه، وهو الماء، فلم يجز^(٣)، كبيع تمر متزوج النوى بتمر غير متزوجه^(٤).

بخلاف المسألتين الآخريتين، لأن الماء في كل واحد منها متساوياً، فظاهر الفرق.

فصل

١٨٤ - إذا أقرضه دراهم، وقال: إن مت فأنت في حلٌّ لم يصح.
ولو قال: إن مت صحيٍّ، وكانت وصية. نص عليهما في رواية المروذى^(٥).

والفرق: أن الأولى إبراء بشرط، فلم يصح.

والثانية تعليق للإعطاء بالموت، فكان وصية معتبرة من الثالث، فأشرق الفرق^(٦).

فصل

١٨٥ - إذا قال لرجل: اكفل عني، ولك ألف، لم يصح.
ولو قال: افترض لي، ولك ألف، صحيٍّ، نص عليهما في رواية ابن منصور^(٧).
والفرق: أن الكفيل ضامن يلزم المال المكافول به، فيكون بضمائه باذلاً لماله، فلو قيل: بجوازأخذ العوض على ذلك لأشبه القرض الجار نفعاً، وهو لا يجوز.

(١) انظر: الكافي (٢/٥٧)، المغني (٤/٢٥)، الشرح الكبير (٢/٤٢١)، المبدع (٤/١٣٢).

(٢) انظر: المغني (٤/٢٤)، الشرح الكبير (٢/٤٢١)، المبدع (٤/١٣٢).

(٣) انظر: المغني (٤/٢٧)، الشرح الكبير (٢/٤٢١)، الإنصاف (٥/١٨)، كشف القناع (٣/٢٥٥).

(٤) انظر: المغني (٤/٢٦)، الشرح الكبير (٢/٤٢٧)، المبدع (٤/١٤٦)، كشف القناع (٣/٢٦٢).

(٥) تاريخ بغداد (٤/٤٢٣)، طبقات الحتابة (١/٥٦)، المنهج الأحمد (١/٢٥٢).

(٦) الكافي (٢/١٢٧)، المغني (٤/٣٥٩)، الشرح الكبير (٢/٤٨٧).

(٧) تاريخ بغداد (٢/٣٦٢)، طبقات الحتابة (١/١١٣)، تهذيب التهذيب (١/٢٤٩).

بخلاف الثانية، فإن ما أخذه عوض ما بذله من جاهه، فلذلك جاز^(١).

فصل

١٨٦ - إذا اشتري إنسان نصف عبد بخمسين، وأخر النصف الآخر بمائة، ثم باعاه مساومة بثلاثمائة، فهي بينهما نصفين، رواية واحدة^(٢). ولو باعاه مرابحة^(٣)، كان بينهما أثلاثاً^(٤). نص عليه.

والفرق: أن المساومة لا تحتاج إلى مضمون العقد الأول، بدليل: أنه لو كان موهرياً جاز بيعه مساومة، وإذا لم يعتبر مضمون العقد الأول صار كأنهما ورثاء، فباعاه مساومة، ولو/ كان كذا لكان بينهما نصفين، فكذا هنا.
[١/٢٢]

بخلاف المرابحة، فإنها مبنية على العقد الأول، وهو لهما أثلاثاً، فكان هنا مثله^(٥).

فصل

١٨٧ - إذا كان له في ذمة دراهم أو دنانير، فاشترى بها عرضاً من غيره لم يصح. نص عليه^(٦).

ولو اشترأه بشمن في ذمته، ثم أحال بشمنه على من له في ذمته الدرهم أو الدنانير صح^(٧).

والفرق: أنه في الأولى ابتعاع العوض بشمن ليس من ضمانه، ولا يقدر على تسليمه قلم يصح، كما لو اشتري بعين مال الغير^(٨).

بخلاف الثانية: فإنه اشتري بمال يقدر على تسليمه، وهو داخل في ضمانه. ولا يرد على هذا لو اشتري العرض بتلك الدراهم ممن هي في ذمته، لأنه

(١) الكافي (١٢٧/٢)، المعني (٣٥٩/٤)، الشرح الكبير (٤٨٧/٢).

(٢) المعني (٢١٠/٤) وقال: «لا نعلم فيه خلافاً»، الشرح الكبير (٣٩٨/٢)، الإنصال (٤٤٥/٤)، الإباتع (١٠٦/٢).

(٣) المعني (١٩٩/٤)، الفروع (١١٨/٤).

(٤) المعني (٢١٠/٤)، الشرح الكبير (٣٩٨/٢)، الفروع (١٢٢/٤)، الإنصال (٤٤٥/٤)، الإباتع (١٠٦/٢).

(٥) الكافي (١٠١/٢)، المعني (٢١٠/٤)، الشرح الكبير (٣٩٨/٢).

(٦) المقتن (٩٦/٢)، الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، الفروع (١٨٥/٤)، الإنصال (١١٢/٥).

(٧) الكافي (٢١٨/٢)، الفروع (٢٥٥/٤)، الإباتع (١٨٧/٢).

(٨) الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، المبدع (١٩٩/٤)، كشف النقاب (٣٠٧/٣).

حينئذ قد تم العقد بثمن مقبوض، فقد أمن الانفاسخ بتعلن قبض الثمن، بخلاف ما نحن فيه، فظهر الفرق.

فصل

١٨٨ - إذا كان له على رجل ألف، وقال له: أسلمت إليك ألفاً في أكرار حنطة، وأراد جعل الألف مال السلم لم يصح^(١).
ولو اشتري منه ألف درهم بمائة دينار، فقبض رب الدين وهو البائع المائة، وقال: أجعل الألف بالألف التي لي عندك، ففعل صح^(٢).
والفرق: أن قبض رئيس مال السلم في المجلس شرط، ولم يوجد.
وعقد الصرف بما في الذمة جائز، بدليل: ما لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فاشترى بها منه ديناراً، وقضمه في المجلس جاز، فافتراقا.

فصل

١٨٩ - إذا استدان العبد غير المأذون له، ثم ورثه رب الدين فأعتقه، لم يسقط دينه^(٣).
ولو أتلف العبد مال إنسان، ثم ورثه، وأعتقه، سقط ما تعلق برقبته من قيمة المتلف^(٤).

والفرق: أن الدين يتعلق بالذمة، والعتق لا يخرهما.
بخلاف قيمة المتلف، فإنه يتعلق برقبته، وبعنته تلف ملك الرقبة، فسقط ما يتعلق بها.

قلت: وما حكااه في المسألة الأولى هو رواية في المذهب، أعني: تعلق دين العبد غير المأذون بذمته، وال الصحيح تعلق ذلك برقبته.

فصل

١٩٠ - إذا استدان المأذون له تعلقت ديونه بذمة سيده^(٥).

(١) المغني (٤/٣٢٩)، الشرح الكبير (٢/٤٧٠)، المبع (٤/٩٥).

(٢) المغني (٩/٤٤٨٤٤٧)، الشرح الكبير (٦/٤٢١)، الفروع (٤/١٩١)، غاية المتبني (٢/٨١).

(٣) المغني (٤/٢٧٣)، الشرح الكبير (٢/٥٧٤)، المحرر (١/٣٤٨)، الإنصال (٥/٣٤٥)، الإمتاع (٢/٢٣٠).

(٤) المغني (٤/٢٧٤)، الشرح الكبير (٢/٥٧٤)، الإنصال (٥/٣٤٨)، حاشية المقعن (٢/١٤٧).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٦٦)، المقعن وحاشيته (٢/١٤٧)، الفروع (٤/٣٢٦)، الإنصال (٢/٢٣٠).

ولو استدانت المكاتب تعلقت بذمته^(١)، نص عليه في رواية ابن الحارث^(٢). والفرق: أن المأذون له وما في يده لسيده، فالمعاملة مع السيد، والعبد آلة^(٣). بخلاف المكاتب، فإن تصرفاته لنفسه، وما في يده لا يملك سيده أخذه منه، فتعلقت ديونه بذمته، كالحر^(٤)، فظهور الفرق.

كتاب الرهن

فصل

١٩١ - إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ، موسراً كان أو معسراً.
نص عليه، ولو باعه، أو وهبه، لم يصح^(٥).

والفرق: أن العتق صادف محلاً غير مشغول بحق المرتهن، وهو الرق، وحق المرتهن مورده المالية التي في العبد، والرق غير المالية، بدليل: أن المعلم عتقه بصفة يعود بعد زوال الملك بالبيع، لأن مورده الرق ولم يتبدل. ولو كان مورده المالية لم يعد، لأنها قد تبدلت، وأهل دار الحرب أرقاء، ولا مالية فيهم، والمالية ثابتة في البهائم ولا رق، فبان انتصار الرق من المالية، فإذا ثبت بطلان الرق بطلت المالية، كما في السراية إلى ملك الغير.

بخلاف الهبة والبيع، فإن موردهما المالية، وقد تناولها عقد الرهن، فلذا لم ينفذ.
قلت: هكذا ذكره السامي، وفي قوله: لأن مورده الرق ولم يتبدل نظر، لأنه كما تبدلت المالية - بأن كان مال زيد، فصار مال عمرو - كذلك تبدل الرق، فكان رقيق زيد، فصار رقيق عمرو، فبان أن الرق تبدل، كما تبدلت المالية من غير فرق، والله أعلم.

وأيضاً فإن الرهن لا يزيل ملك الراهن، بل يده ثابتة، فلا يمنع من تصرف لا يقف على اليدين كالعقل، وإنما لم يقف على اليدين، لأنها ينفذ في الآبق والمغصوب والمكاتب، مع عدمها فيهم، ولا بد في البيع والهبة منها، بدليل: عدم صحتهما في شيء مما ذكرنا.

(١) انظر: المقنع (٢/٥١٠)، المحرر (٢/١٠)، الفروع (٥/١١١)، الإمتاع (٣/١٤٧).

(٢) انظر: تاريخ بغداد (٦/٥٥)، طبقات الحنابلة (١/٩٤).

(٣) انظر: المغني (٤/٢٧٤)، الشرح الكبير (٢/٥٧٤)، المبدع (٤/٣٥١).

(٤) انظر: المغني (٩/٤٧٧)، الشرح الكبير (٦/٤٣٨)، المبدع (٦/٣٤٥)، كشاف القناع (٤/٥٤٩).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٥٠)، المقنع (٢/١٠٤)، المحرر (١/٣٣٦)، الإمتاع (٢/١٥٨).

وأيضاً: فإن العتق ينفذ في حق الشريك بغير رضاه فينفذ في المرهون، كالاستيلاد، يؤكده: أن حق الشريك أقوى، لأنه مالك العين والتصرف، فإذا نفذ في حقه ففي حق المرتهن أولى، ولا كذلك البيع، لأنه لا ينعقد في حق الشريك ففي المرهون أولى، فظاهر الفرق^(١).

فصل

١٩٢ - كلما جاز أخذ الرهن به، جاز أخذ الضممين إلا ثلاثة مواضع: ضمان عهدة المبيع^(٢)، وضمان ما لم يجب^(٣)، وضمان مال الكتابة^(٤)، فيصبح الضمان، دون الرهن^(٥).

والفرق: أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الارتفاق، لأنه إذا باع سلعة إنما يقصد بيعها الارتفاق، فإذا رهن على ثمنها مثلها لم يحصل قائدة، وكذا المرتهن إذا رهن قبل الاقتراض فقد عطل نفع ما يرهنه لا في مقابلة شيء، فيتضليل بذلك، وكذا المكاتب إذا رهن بدین الكتابة، لأنه كان بيع الرهن ويؤدي، ويأمن هلاكه.

وهذا بخلاف الضممين، فإنه لا يفضي إلى ما ذكرنا، فافتراقاً^(٦).

فصل

١٩٣ - إذا جنى العبد المرهون على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس فاقتصر، لم يلزم الراهن دفع قيمة رهن مكانه.

ولو كان المجنى عليه الراهن فاقتصر، لزمه ذلك^(٧).

والفرق: أن الراهن إذا اقتصر فقد فوت التوثقة، فهو كما لو أعتقه^(٨).

بخلاف الأجنبي، فإن فعله لا ينسب إلى الراهن، فهو كما لو مات حتف أنفه^(٩).

(١) انظر: المغني (٤/٤٠١-٤٠٣)، الشرح الكبير (٢/٥٠٠)، المبدع (٢٢٢-٢٢٣).

(٢) انظر: الهدایة (١/٥٥)، المقنع (٢/١١٤)، المحرر (١/٣٤٠)، الإمتناع (٢/١٧٩).

(٣) انظر: الكافي (٢/٢٢٩)، المحرر (١/٣٤٠)، الفروع (٤/٣٤٠)، الإمتناع (٢/٢٣٧)، (٤/٣٤٠)، (٤/٢٢٩)، (٢/١٧٧).

(٤) انظر: الكافني (٢/٢٣٠)، الإنصاف (٥/١٩٩)، كشاف القناع (٣/٣٧٠).

(٥) انظر: الكافني (٢/١٢٩)، الفروع (٤/٢٠٨)، الإنماع (٢/٢٠٩-٢٠٨)، غایة المتهم (٢/٨٨).

(٦) انظر: كشاف القناع (٣/٣٢٤-٣٢٥)، مطالب أولي النهى (٣/٢٥٨).

(٧) انظر: الهدایة (١/١٥٣)، الكافني (٢/١٤٩-١٥٢)، الإنماع (٢/١٧٢)، منتهى الإرادات (١/٤٠٩-٤٠٨).

(٨) انظر: المغني (٤/٤١٠)، الشرح الكبير (٢/٥٢٥)، المبدع (٤/٢٤٢)، كشاف القناع (٣/٣٥٨).

(٩) انظر: المغني (٤/٤٠٨)، الشرح الكبير (٢/٤٢٥)، المبدع (٤/٤٢٤)، كشاف القناع (٣/٣٥٩).

فصل

١٩٤ - لا يصح رهن العبد المرهون^(١).

ويصح رهن الجاني، ويصير مشغولاً بهما^(٢).

والفرق: ما تقدم في كتاب البيع في فصل: جواز بيع الجاني، وعدم جواز بيع المرهون، فتأمله هناك^(٣).

فصل

١٩٥ - لا يصح رهن العبد المرهون بحق آخر، لا من مرتهنه، ولا من غيره^(٤).

ولو جنى المرهون فاختار المرتهن فداء ليكون رهناً بالفداء وبالحق السابق جاز، وصار رهناً بهما.

والفرق: أن المجنى عليه يملك بيع الجاني في الجنائية، وإبطال التوثقة، فصار الرهن كالجائز قبل القبض^(٥)، وهناك تجوز الزيادة في الحق، فكذا هنا.

[١/٢٤] بخلاف ما إذا لم يجن، لأن الرهن لازم، فلا سبيل إلى إبطال حق المرتهن عنه، فافترا.

فصل

١٩٦ - لا يصح رهن المرهون عند مرتهنه بحق آخر.

ولو ضمن لإنسان حقاً، جاز أن ي ضمن له حقاً آخر.

والفرق: أن الذمة لا تمنع حصول الحق فيها من ورود حق آخر عليه.

بخلاف العين، فإنه إذا تعلق بها حق لازم بعقد لازم لم يتحمل حصول مثله عليها، لما فيه من إبطال العقد الأول^(٦)، فظهر الفرق.

فصل

١٩٧ - إذا أقر الراهن أنه باع المرهون قبل رهنه، أو وهبه، أو أنه كان ملك

(١) انظر: الهدایة (١/١٥١)، الكافی (٢/١٣٩)، المبدع (٤/٢١٧)، الإمتاع (٢/١٥٣).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٥٠)، الكافی (٢/١٣٦)، الإمتاع (٣/١٥٣)، غایة المتبہ (٢/٨٦).

(٣) انظر: الكافی (٢/١٥٠)، الإنصاف (٥/١٨١)، الإمتاع (٢/١٧١).

(٤) انظر: الكافی (٢/١٥٠)، المغني (٤/٤٠٩)، الشرح الكبير (٢/٥٢٥).

(٥) انظر: المغني (٤/٣٨٥)، الشرح الكبير (٢/٤٩٠).

فلان وأنا غصبه، فصدقه المقر له، وأنكر المرتهن صحة إقراره، ويبطل الرهن، ويبقى الدين بغير رهن في وجهه^(١).

ولو كان باعه، أو وهبه، ثم أقر بذلك لم يقبل إقراره قولاً واحداً.

والفرق: أن الرهن لا يزيل الملك، فالإقرار حصل في ملكه.

بخلاف المسألة الثانية فإن البيع والهبة يزيلان الملك، فيحصل إقراره في ملك الغير، وهو غير مقبول.

قلت: وال الصحيح: أنه لا يقبل قوله على المرتهن، فلا يبطل الرهن، بل يقبل على نفسه، بحسب إذا انفك الرهن انتزعه منه الذي أقر أنه له^(٢).

فصل

١٩٨ - يجوز رهن الأمة دون ولدتها^(٣)، ورها دونها^(٤).

ولا يجوز بيع أحدهما دون الآخر^(٥).

والفرق: أن البيع يتقل الملك، فينفرد أحدهما عن الآخر وذلك لا يجوز.

بخلاف الرهن، فإنه لا يتقل الملك، فصح عقده عليهما منفردين، فإذا أراد بيع أحدهما بيع الآخر معه، ويكون قسط المرهون للمرتهن، والأخر للراهن^(٦).

فصل

١٩٩ - إذا حدث للمرهونة ولد تعلق به الرهن^(٧).

ولو حدث بالجانية ولد لم يتعلق به أرش جناتها^(٨).

والفرق: من وجهين:

أحدهما: أن حق الرهن مستقر في المرهونة، بدليل: أنه لا يملك مالكها إسقاطه مع بقاء شيء من الحق، فلذلك تعود إلى ولدتها، كحق الملك.

(١) انظر: الهدية (١/١٥٤)، المقتنع (٢/١٠٩)، الإنصاف (٥/١٧٢)، الإمتاع (٢/١٧٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٢/٥٢١).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٣٩)، الإنعام (٢/١٥٣).

(٤) انظر: الكافي (٢/١٣٩)، الفروع (٤/٢١٤)، الإنعام (٢/١٥٤)، الروض المربع (٢/١٩٢).

(٥) انظر: الهدية (١/١٣٢)، الكافي (٢/٢٠)، المحرر (١/٣١٢)، الفروع (٤/٤٨).

(٦) انظر: المغني (٤/٣٧٧)، الكافي (٢/١٣٩)، الشرح الكبير (٢/٤٨٥)، كشف النقاع (٣/٣٢٨).

(٧) انظر: الهدية (١/١٥١)، المحرر (١/٣٣٦)، الفروع (٤/٢٢٢).

(٨) انظر: المغني (٤/٤٣١)، الشرح (٢/٥٠٤)، الإنصاف (٥/٢٠٢).

بخلاف الجنائية، فإن الحق فيها غير مستقر، بدليل: أن مالكها إسقاط الحق عنها بالفداء، يوضحه أن المجنى عليه لا يملك رفع يد مالكها عنها، بخلاف المرتهن، ولا يمنع أرش الجنائية تعلق أرش آخر، وأروش بالجنائية، والرهن يمنع تعلق رهن آخر، فافرقا.

الثاني: أن تعلق حق الجنائية تعلق عقوبة، والعقوبات لا تسري إلى الأولاد، وإنما تختص الجنائي، كما لو كانت موجبة للقصاص.

بخلاف الرهن، فإن الحق فيه أثبته المالك على غير ملكه اختياراً منه فسري، كولد المكاتب والأضاحية^(١).

فصل

٢٠٠ - إذا باعه شيئاً بشرط رهن أو كفيل معين، فجاءه بغيرهما لم يلزمه القبول^(٢).

وإن شرط شهوداً، فأئمه بغيرهم لزمه القبول.

والفرق: أن الأغراض تختلف، فيكون للبائع غرض في رهن دون رهن، وضامن دون ضامن^(٣).

بخلاف العدول، فإن المقصود منهم إثبات/ الحق، فلا فرق بينهم في ذلك، [٤٤/ب] فظاهر الفرق.

فصل

٢٠١ - إذا امتنع الراهن من علف الرهن وسقيه، أجبر عليه.
ولو امتنع من مداواة أمراضه، لم يجبر.

والفرق: أن العلف قوت لا تقوم الحياة إلا به، والمنع منه ك مباشرة الإتلاف، بدليل: ما لو منع إنساناً طعامه حتى مات ضمته^(٤).

وهذا بخلاف المداواة، لأنها غير واجبة في الأدميين، وهم أشرف، بدليل: أن جماعة من الصحابة كانوا لا يتداوون، ولأن البرء بالمداواة غير متيقن، فلا يجبر عليها^(٥).

(١) انظر: المغني (٤/٤٣١ـ٤٣٠)، الشرح الكبير (٤/٥).

(٢) انظر: المغني (٤/٤١٨)، الشرح الكبير (٢/٥١٧).

(٣) انظر: المغني (٤/٤١٨)، الشرح (٢/٥١٧).

(٤) انظر: الكافي (٤/١٦)، متهى الإرادات (٢/٣٩٢).

(٥) انظر: الكافي (٢/١٤٦)، الشرح الكبير (٢/٥٠٥ـ٥٠٥)، كشف النقاع (٣٣٩/٣).

فصل

٢٠٢ - إذا قال الراهن للمرتهن: رهنت عندك بحقك هذه العين، فإن جئتك بحقك وإلا فالرهن لك بحقك، لم يصح الشرط، وفي صحة الرهن روایتان^(١)، فإن قلنا: لا يصح، كان المرهون أمانة في يد المرتهن إلى أن يحل الحق، ثم يصير مضموناً عليه، فإن تلف قبل المجل لم يضمه، وإن تلف بعده ضمه^(٢).

والفرق: أن قبل المجل هو مقبوض بإذن المالك، ولا يضمه لأن مقبوض عن رهن فاسد، وذلك لا يضمن، كالمقبوض عن رهن صحيح، وليس كذلك بعد الحلول، لأنه حينئذ يمسكه على أنه بعوض، فهو مقبوض عن بيع فاسد، لأنه بيع معلق بشرط، وذلك لا يصح، والمقبوض عن بيع فاسد مضمون، فكذا هنا^(٣)، فظهر الفرق.

فصل

٢٠٣ - إذا كان عليه لرجل ألف، فقال له: أقرضني ألفاً على أن أرهن عندك باللذين فرسى هذه فعل، ففي صحة الرهن روایتان، ولو كانت المسألة بحالها، وموضع القرض بيع، فالرهن باطل. رواية واحدة، ذكره القاضي في المجرد.

والفرق: أن في البيع جعل ثمن العبد ألفاً ومنفعة، هي الرهن بالألف الأولى، وتلك المنفعة مجهولة القيمة، فصار الثمن مجهولاً، ولا يصح البيع به، رواية واحدة، وإذا بطل البيع بطل الرهن، لأنه إنما عقد به. بخلاف القرض، فإن غايته أنه قرض جر منفعة، وشرط المنفعة في القرض باطل^(٤)، وهل يبطل العقد فيه روایتان. نص عليهما^(٥).

فصل

٢٠٤ - إذا وطى الراهن جاريته المرهونة بغير إذن المرتهن، فإن كانت شيئاً لم يلزمه بوطئها شيء.

(١) انظر: المقعن وحاشيته (٢/١٠٨)، الشرح الكبير (٢/٥١٥)، الفروع وتصحيحه (٤/٢١٩٢١٨).

(٢) انظر: الإنصال (٤/٣٥٧)، الإنصال (٢/١٦٨)، غاية المنتهي (٢/٩٣)، حاشية المقعن (٢/٣١).

(٣) الكافي (٢/١٣٥)، الإنصال (٤/٣٥٧)، كشف النقانع (٣/٣٥٢-٣٥١)، مطالب (٣/٢٧٣).

(٤) المعنى (٤/٤٢٤-٤٢٥)، الشرح الكبير (٢/٥١٦).

(٥) الفروع وتصحيحه (٤/٢١٩)، الإنصال (٥/١٦٧)، الإنصال (٢/١٦٧)، غاية المنتهي (٢/٩٦).

وإن كانت يكراً لزمه أرش بكارتها.
والفرق: أنه في الأولى لم يتلف شيئاً من أعضائها، وإنما استوفى منفعة من منافعها، فهو كما لو استخدمها.
بخلاف الثانية، فإنه أتلف عضواً منها، نقصت به قيمتها، فلزمه أرشه، كالجناية بغير ذلك عليها^(١).

فصل

٢٠٥ - إذا شرطا في الرهن أن يكون منافع المرهون للمرتهن، وكان الرهن بفرض بطل الشرط. نص عليه.

وإن كان في بيع والمنفعة معلومة مقيدة بمدة جاز، نص عليه وإن لم تكن معلومة/ لم يصح^(٢).

[١/٢٥]

والفرق: أنه في الثانية بيع وإجارة، لأنه جعل الثمن ونفع الرهن عوضاً عن المبيع، وذلك جائز إذا كانت المنفعة معلومة مقيدة، لأنها إذا كانت مجحولة أفضى إلى جهة الثمن، وذلك يقتضي بطلان البيع^(٣).

وأما المسألة الأولى، فهي قرض جر منفعة، وذلك لا^(٤) يجوز لنبي صلوات الله عليه وسلم عن ذلك.

ثم إن كان هذا الرهن بفرض متقدم فالقرض بحاله، وإن كان مشروطاً في قرض مستأنف فالشرط باطل، وفي العقد روايتان.

فإن قلنا: يصح فلا كلام. وإن قلنا: يبطل، بطل القرض ببطلان الرهن المشروط فيه.

كتاب العجر

فصل

٢٠٦ - يجوز للحاكم قسمة مال المفلس بين غرمائه، وإن لم يثبتوا أنه لا غريم له سواهم.

(١) انظر: المعني (٤/٤٠٢)، الشرح الكبير (٢/٥٠٢)، المبدع (٤/٢٢٥)، كشاف (٣/٢٣٦).

(٢) انظر: الكافي (٢/١٦١)، المعني (٤/٤٢٧)، الشرح الكبير (٢/٥١٥).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٦١)، المعني (٤/٤٢٧)، الشرح الكبير (٢/٥١٥).

(٤) انظر: المعني (٤/٤٢٦)، الشرح الكبير (٢/٥٢٣)، المبدع (٤/٢٤٠).

ولا يجوز قسمة التركة بين الورثة، حتى يثبتوا أنه لا وارث له سواهم.
والفرق: أن الغرماء يأخذ كل واحد منهم وفق حقه أو دونه، ولا يأخذ أكثر منه.

بخلاف الورثة، فإن كلاً منهم إنما يأخذ وفق حقه بتقدير عدم وارث آخر، فإذا لم يثبتوا ذلك لم يؤمن أن يأخذ أحدهم أكثر من حقه، فافتقر إلى الثبوت لذلك^(١).
قلت: وفيما ذكره نظر، بيانه: أن كل واحد من الغرماء يتعلق حقه بلدية المفلس وبعين ماله، فإن عنى بقوله: إن الواحد من الغرماء لا يأخذ إلا وفق حقه، أو دون الحق المتعلق بالذمة فهو صحيح، وإن عنى الحق المتعلق بعين مال المفلس فلا يتمشى، لأنه لا يعلم كون ما يأخذ كل من الغرماء هو ما يستحقه من عين مال المفلس إلا بتقدير أن لا غريم سواهم، إذ لو وجد غريم آخر بعد القسمة، تبين أن ما صار إلى كل واحد أكثر من حقه، ووجب نقض القسمة^(٢)، واسترجاع حق الغريم اللاحق من بقية الغرماء، فظاهر من هذا تساوي المسألتين.

فصل

٢٠٧ - إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه بشرطه^(٣).
ولو حيل بحقه على من ظنه ملياً، ورضي بالحالة، فبان مفلساً لم يرجع المحال على المحيل^(٤).

والفرق: أن الحالة لا تفسخ بالعيوب، فلا تفسخ بالإفلاس، بخلاف البيع.
ولأن الحق قد تحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا سبيل إلى رجوع الحق إليها بعد الانتقال^(٥).

بخلاف البيع، فإن الحق انتقل من العين إلى ذمة المشتري، فجاز الرجوع إلى العين عند تعذر الذمة، كما لو أسلم ثواباً في شيء، فتعذر ذلك الشيء، فإن المسلم يرجع في الثواب^(٦).

(١) انظر: المبدع (٤/٣٢٥)، كشف النقاع (٣/٤٣٧)، مطالب أولي النهي (٣/٣٩٣).

(٢) انظر: المقعن (٢/١٣٧)، الفروع (٤/٣٠٦)، الإنفاق (٥/٣١٦)، الإمتاع (٢/٢١٩)، الروض المرريع (٢/٢٠٣).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٦٢)، الكافي (٢/١٨٠-١٧٥)، الإمتاع (٢/٢١٤-٢١٣).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٥٤)، المقعن (٢/١٢١)، الفروع (٤/٢٥٧)، الإرادات (١/٤١٧).

(٥) انظر: الكافي (٢/٢١٨)، المبدع (٤/٢٧٤)، وحاشية المقعن (٢/١٢١-١٢٢).

(٦) انظر: المغني (٤/٤٥٤)، الشرح الكبير (٢/٥٣٦).

فصل

٢٠٨ - إذا افترض المفلس المحجور عليه لم يشارك مقرضه بقية الغرماء^(١).

وإذا جنى شارك المجنى عليه الغرماء بأرش الجنائية^(٢).

والفرق: أن المقرض أسقط حقه بمعاملته المفلس/ بعد الحجر بخلاف الثانية، [٢٥/ب]
فإن حق المجنى عليه ثبت بغير اختياره ولم يرض بتأخير حقه^(٣).

فصل

٢٠٩ - إذا تقرر هذا، فإنه لا يقدم حق المجنى عليه، بل يشارك، كما تقدم.

ولو جنى العبد المرهون قدم حق المجنى عليه على حق المرتهن^(٤).

والفرق: أن الجنائية في الأولى معلقة بذمة المفلس، كسائر ديون الغرماء، فلا
مزية لها، فاشتركوا^(٥).

وفي الثانية حق الجنائية تعلق برغبة العبد، وحق المرتهن بذمة السيد، فقد
الحق المتعلق بالرقبة^(٦).

نظير مسألة الرهن: أن يجني عبد المفلس، فيقدم المجنى عليه على سائر
الغرماء^(٧)، لما ذكرنا، فظهور الفرق.

فصل

٢١٠ - إذا اختلعت المحجور عليها لسفه على مال صحيحة، ولم يلزمها حالاً،
ولا مالاً^(٨).

ولو اختلعت الأمة كذلك بغير إذن سيدها صحيحة، ولزمها المال بعد العتق^(٩).

(١) انظر: الهدایة (١٦٢/١)، الكافی (١٧٠/٢)، المحرر (١/٣٤٥)، غایة المتهن (١٢٩/٢).

(٢) الهدایة (١٦٢/١)، الكافی (٢/١٧٠)، المحرر (١/٣٤٥)، غایة المتهن (١٢٩/٢).

(٣) المغنی (٤/٤٨٨٤٨٦)، الشرح الكبير (٢/٥٣٥)، المبدع (٤/٣١٢).

(٤) الهدایة (١/١٥٣)، الكافی (٢/١٤٩)، المحرر (١/٣٣٧)، الإجماع (٢/١٧١).

(٥) المغنی (٤/٣٨٨)، الشرح الكبير (٢/٥٣٥)، المبدع (٤/٣١٢)، مطالب (٣/٣٧٧).

(٦) المغنی (٤/٤٠٨)، الشرح الكبير (٢/٥٢٤)، المبدع (٤/٢٤٢-٢٤١)، مطالب أولي النهي (٣/٢٨٥).

(٧) انظر: المغنی (٤/٤٨٨)، الشرح الكبير (٢/٥٣٥)، المبدع (٤/٣١٢)، مطالب أولي النهي (٣/٣٧٧).

(٨) انظر: المفتتح (٣/١١٧)، المحرر (٢/٤٥)، الفروع (٥/٣٤٤)، الإنصاف (٨/٣٩١)، منتهی الإرادات (٢/٢٣٧)، الروض المربع (٢/٢٩٠).

(٩) الهدایة (١/٢٧١)، المفتتح (٣/١١٧)، الكافی (٣/١٤٤).

والفرق: أن السفيه حجر عليها لنقص فيها، أشبهت المجنونة.
بخلاف الأمة، فإن الحجر عليها لحق سيدها، فإذا اعتقت زال المانع فعمل
إقرارها عمله، كما لو أقرت بدين^(١).

كتاب الصلح

فصل

٢١١ - إذا صالحه على ألف حالة، بخمسمائة حالة، جاز الصلح^(٢).
ولو كانت الألف مؤجلة، فصالحه بخمسمائة حالة، لم يجز الصلح^(٣).
والفرق: أن الألف الحالة يستحق المطالبة بجميعها، فإذا صالحه على بعضها
حالاً فقد أبرأه من الباقي، والبعض المأخوذ غير مستفاد بالصلح، بل بالعقد
السابق^(٤).

بخلاف الثانية، فإنه لا يستحق المطالبة بشيء منها قبل المحل، فإذا صالحه
على خمسمائة منها حالة فقد باع ألفاً مؤجلة بخمسمائة حالة، وذلك ربا^(٥)، فاقتراها.

فصل

٢١٢ - لا يصح الصلح عن الشفعة بمال، وتسقط الشفعة.
ولو صالح عن القصاصين بمال صح^(٦).
والفرق: أن الشفعة ثبتت في الأصل لدفع الضرر، فإذا سقطت سقطت إلى غير
مال، لأنها لم توضع لاستفادته^(٧).

(١) انظر: المغني (٨٣/٧)، الشرح الكبير (٢٦٩/٢)، فروق الكرايسبي (٢٦٩/٢).

(٢) انظر: الهدایة (١٥٨/١)، الكافی (٢٠٤/٢)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الامتناع (٢/١٩٢).

(٣) الهدایة (١٥٨/١)، الكافی (٢٠٥/٢)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الامتناع (٢/١٩٣).

(٤) المغني (٤/٥٣٥)، الشرح الكبير (٣/٣)، البیدع (٤/٢٧٨)، مطالب أولي النهي (٣٣٤/٢).

(٥) المغني (٤/٥٤٢)، الكافی (٢/٢٠٥)، الشرح الكبير (٤/٣)، البیدع (٤/٢٧٩).

(٦) الهدایة (١٥٩/١)، المقنع (٢/١٢٧)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٧١-٢٧٠)، الامتناع (٢/١٩٨-١٩٧).

(٧) المغني (٤/٥٥١)، الشرح الكبير (٣/١٣)، البیدع (٤/٢٩١).

يختلف القصاص، فإنه في معنى العوض، فإذا أسقط رجع إلى المال، فصح الصلح عنه، كخيار العيب^(١).

فصل

٢١٣ - يصح الصلح عن دم العمد بأكثر من الديه^(٢).
ولا يصح عن الخطأ بأكثر منها من جنسها^(٣).

والفرق: أن الواجب بدم العمد، إما القود، أو أحد شبيئين: هو، أو الديه، والخيار للورثة، وبالجملة لهم القود ولا يزاحون عنه إلا باختيارهم، فالماخوذ بعدد الصلح عوض عنه، وليس من جنسه، فلم يتعدد، كسائر المعاوضات^(٤).
يختلف الصورة الثانية، فإن الواجب في الخطأ الديه، وهي مقدرة شرعاً، فلا يجوز الصلح بأكثر منها من جنسها، لأنه يكون ربا^(٥).

فصل

٢١٤ - إذا تلف عليه متقوماً لم يجز أن يصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها.
ولو صالح بأكثر منها من غير جنسها صحيحاً^(٦).

والفرق: أن الثابت في الذمة القيمة، فالزيادة/ عليها من جنسها ربا.
[١/٣٦] يختلف ما إذا صالح بغير جنسها، كالعروض ونحوها، فإنه في حكم البيع،
ولا ربا بين الندين والعروض^(٧)، فظهر الفرق.

فصل

٢١٥ - قلت: قد تقرر أنه إذا صالح عن متلف متقوماً بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز.
ولو صالح عن متلف مثلي بأكثر من قيمته من جنسها جاز^(٨).

(١) الكافي (٢٠٨/٢)، المغني (٥٤٦/٤)، الشرح الكبير (١٢/٣).

(٢) الهدایة (١٥٩/١)، الكافي (٢٠٨/٢)، الفروع (٤/٤)، متنه الإرادات (٤٢٢/١).

(٣) الهدایة (١٥٩/١)، الكافي (٢٠٦/٢)، الفروع (٤/٤)، متنه الإرادات (٤٢٠-٤١٩/١).

(٤) المغني (٤/٥)، الشرح الكبير (١٢/٢)، المبدع (٤/٢٨٩)، شرح متنه (٢٦٦٢٦٥/٢).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣)، المبدع (٤/٢٨٠)، متنه الإرادات (٢٦١/٢).

(٦) المقنع (١٢٤/٢)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الامتناع (٢٩٣/٢).

(٧) المغني (٤/٥٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣)، كشف القناع (٣٩٢/٣)، مطالب أولي النهي (٣/٣٣٦).

(٨) المقنع وحاشيته (٢/١٢٥)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الامتناع (٢٩٣/٢).

والفرق: أنه في الأولى يفضي إلى ما ذكرنا من الربا .
بخلاف الثانية، فإن الواجب في ذمة المتفق المثل، فإذا صالحه على أكثر كان قد باعه إياه بذلك فيصح، كما لو كان عيناً حاضرة^(١) .

كتاب الكفالة والضمان والحوالات

فصل

٢١٦ - لا تصح الكفالة بيدن من عليه حد سواء كان الله أو لآدمي .
وتصح كفالة من عليه مال كالديون أو يپده مغصوب^(٢) .
والفرق: أن الكفالة إنما شرعت لاستيفاء ما على المكفول عند تعذر إحضاره من الكفيل، وذلك في المال ممكناً .
أما في الحدود فلا، لأن النيابة لا تدخلها، لأن الواجب على المكفول من العقوبة لا يجب استيفاؤه من الكفيل، فبطلت فائدة الكفالة، فلم تصح^(٣) .

فصل

٢١٧ - إذا برئ المديون برئ ضامنه، ولا عكس^(٤) .
والفرق: أن المدين أصل، وضامنه فرعه، فإذا برئ الأصل برئ الفرع، كما لو برئ بالأداء .
بخلاف ما إذا برئ الضامن، لأن إبراءه فسخ لكافالته، وفسخ الكفالة لا تبرئ المدين من الدين .
وأيضاً، فالضامن وثيقة كالرهن، فإذا أبرئ المدين أو أدى، اتفك الرهن .
وليس كذلك إذا برئ الكفيل، لأن إبراءه كفك الرهن، ولو انفك الرهن لم يبرأ المدين^(٥) .

فصل

٢١٨ - إذا ضمن رجل عن آخر ألفاً، دفع إلى رب المال بها عرضًا يساوي

(١) كشف النقاع (٣٩٢/٢)، شرح متنى الإرادات (٢/٢٦١)، مطالب أولى النهى (٣٣٦/٣) .

(٢) الهدية (١/١٥٦-١٥٧)، المقنع (٢/١١٨)، المحرر (١/٣٤١)، الروض المرريع (٢/١٩٦) .

(٣) المعني (٤/٦١٦)، الشر الكبير (٤/٤٨)، المبدع (٤/٢٦٢)، مطالب أولى النهى (٣/٣١٦) .

(٤) انظر: الهدية (١/١٥٥)، المقنع (٢/١١٣)، الفروع (٤/٢٣٨)، متنى (٤١٠/١) .

(٥) المعني (٤/٦٠٥)، الشر الكبير (٣/٣٥)، المبدع (٤/٢٤٩)، مطالب أولى النهى (٣/٢٩٨) .

خمسمائة، لم يرجع الضامن على المضمون عنه بأكثر من قيمة السلعة^(١). ولو اشتري شخصاً بـألف، فدفع إلى البائع بها عرضاً يساوي خمسمائة، لم يكن للشيف أن يأخذ المبيع إلا بـألف^(٢).

والفرق: أن الضامن التزم قضاء دين المضمون عنه، وذلك كالمعاوضة فلا يرجع بأكثر مما غرم^(٣).

بخلاف المشتري، فإن الألف لزمه بالعقد، ولكن البائع تبرع له بإسقاط البعض فاختص به^(٤).

يوضح الفرق: أنه لو أبقى الضامن لم يرجع على المضمون عنه بشيء^(٥)، ولو أبقى المشتري رجع على الشيف بالثمن^(٦).

فصل

٢١٩ - إذا كفل اثنان بيدن إنسان، فرده أحدهما إلى المكفول له، لم يبرا الآخر^(٧).

ولو قضى أحدهما الحق، برىء الآخر^(٨).

والفرق: أن كفالتيهما وثيقتان للمكفول له، لكل واحدة حكم منفرد، فإذا انفك إحداهما لم تنفك الأخرى، كالرهن والضممين إذا انفك أحدهما، / لا يلزم [٢٦/ب] انفكاك الآخر.

وأيضاً، فإن موجب الكفالة التسليم، فإذا برىء الكفيل الذي سلمه لم يبرا الآخر، ويصير كما لو كان بالحق ضامنان، أبداً ربه أحدهما، فإنه لا يبرا الآخر، كذلك هنا.

بخلاف ما إذا قضى أحدهما الدين، لأنه بالأداء يسقط الحق الذي في ذمة المكفول بدينه، وإذا سقط برث ذمته، وذمة كفيله، كما لو أدى هو الحق الذي عليه^(٩).

(١) انظر: الهدایة (١/١٥٦)، الكافی (٢/٢٣٢)، المبدع (٤/٢٥٨)، غایة المتنبی (٢/١٠٥).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٩٨)، الكافی (٢/٤٤٥)، الفروق (٤/٥٣٢).

(٣) انظر: المغنی (٤/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٣)، مطالب أولي النہی (٣/٣٠٨).

(٤) انظر: المغنی (٥/٣٤٩)، الشرح الكبير (٢/٢٦٣)، المبدع (٥/٢٢٤).

(٥) انظر: المغنی (٤/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٣)، مطالب أولي النہی (٣/٣٠٨).

(٦) انظر: المغنی (٥/٣٤٩)، الشرح الكبير (٣/٢٦٣).

(٧) انظر: الهدایة (١/١٥٧)، الكافی (٢/٢٣٧)، الفروع (٤/٢٥٢)، الامتعة (٢/١٨٦).

(٨) انظر: المغنی (٤/٦٢٠)، الشرح الكبير (٣/٣٥)، المبدع (٤/٢٦٨).

(٩) انظر: المغنی (٤/٦٢١)، الشرح الكبير (٣/٥٣)، المبدع (٤/٢٦٨).

فصل

٢٢٠ - إذا كفل اثنان بيدن إنسان، على أن كل واحد منهما كفيل لصاحبه صح، ولكن لصاحب الحق مطالبة أيهم شاء، وأي الكفiliين سلم المكفول به ببرءه هو والكفيل الآخر.

ولو لم يتكافل الكفiliان، لم يبرأ أحدهما بتسلیم الآخر.

والفرق: أنه إذا كان كل واحد منهما كفيلاً بصاحبه صار أصلاً له، كما لو كفل واحد بالغرين، وكفل آخر الكفيل، وإذا كان أصلاً له كان تسلیم أحدهما للمكفول به تسلیمًا عنه، وعن الفرع، فبرء بذلك هو والفرع.

بخلاف ما إذا لم يكن كل واحد منهما كفيلاً بصاحبه، لأنه ليس أحدهما أصلًا للآخر، بل حكم كفالة كل منهما منفرد عن حكم كفالة الآخر، كما لو كفل كل واحد منهما به كفالة منفردة، فلا يبرأ أحدهما بتسلیم الآخر.

قلت: هذا كلامه بنصه، وفيه نظر نبه عليه الوالد رحمه الله، وهو: أنه صرخ ببراءة أحد الكفiliين مطلقاً إذا سلم المكفول أحدهما، وليس الأمر كذلك، لأن كلاً منهما كفيل من رب الدين، يلزم تسلیم المكفول إليه، فإذا سلمه ببرءه وحده، وأما الذي لم يسلم فإنه يبرأ من كفالة الكفيل المسلّم، لأنه بالتسلیم ببرءه كفيليه وأما من كفالته للمكفول الأول فلا يبرأ، لأنه ما لم يسلم إلى من كفله منه لا يبرأ، كما لو لم يتكافل الكفiliان، وهذا ظاهر^(١).

فصل

٢٢١ - إذا كان لإنسان على اثنين ألف، على كل واحد منهما خمسمائة.

فقال إنسان: كفلت أحدهما، ولم يعينه، لم يصح^(٢).

ولو قال: ضمنت ما على فلان، ولم يعلم قدره صح الضمان^(٣).

والفرق: أن كفالة أحد الغرينين مجهولة حالاً وما لا، فلا فائدة فيها^(٤).

بخلاف جهة القدر المضمون في الحال، فإنه يعرف في المال، فيلزم الضامن به^(٥).

(١) انظر: المغني (٤/٦٠٧)، الشرح الكبير (٣٦/٤)، المبدع (٤/٣٦٠)، المقتن (٤/٢٥٠)، كشاف النقاع (٣/٣٦٥).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٥٧)، المقتن (٢/١١٨)، المحرر (١/٣٤)، الإمتناع (٢/١٨٣).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٥٥)، المقتن (٢/١١٣)، المحرر (١/٣٤٠)، الإمتناع (٢/١٧٧).

(٤) انظر: المغني (٤/٦٢٠)، الشرح الكبير (٣٢/٤)، المبدع (٤/٤٨)، مطالب (٢/٢٦٣).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٩٢)، الشرح الكبير (٣٨/٣)، المبدع (٤/٢٥٢)، مطالب أولي النهي (٢/٣).

فصل

٢٢٢ - إذا كان له على شخص دين، ولا آخر عليه مثله في الجنس والصفة، والحلول والتأجيل، فقال: أحلتك بدينك على فلان صح^(١).

ولو قال: بعتك ديني الذي على فلان، بدينك الذي علىي لم يصح^(٢).

والفرق: أن الحوالة أصل برأسها، ليست بيعاً، وإن كان فيها نوع معاوضة شرعت رفقاً بالناس، إذ لو سلك بها مسلك البيع لكان الحوالة باطلة، لأن بيع الدين بالدين لا يجوز، لقول ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء، رواه الدارقطني، وهو الدين بالدين، ولكن الشارع أخرجها عن حيز المعاوضة، [١٧٧] وجعلها أصلاً، قال ﷺ: «مظل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل». متفق عليه^(٣)، فإذا استعمل في الحوالة لفظ البيع فإنها لا تصح، لأن استعمال لفظ البيع يستدعي لشرطه، وهي غير موجودة، فلم يصح^(٤).

فصل

٢٢٣ - إذا أحال الضامن المضمون له بما ضمته على من له عليه دين، فقبل

صح^(٥).

ولو أحاله على من لا دين له عليه لم يصح^(٦).

والفرق: أن الحوالة على من له عليه دين حالة صحيحة، تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

بخلاف ما إذا لم يكن له عليه دين فإنها غير صحيحة، لأن الحوالة في الحقيقة: أن يعاوض المحيل ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه، فإذا لم يكن له في ذمته شيء فقد عاوض بغير عوض، وذلك لا يجوز، فلن ذلك لم تصح الحوالة^(٧).

فصل

٢٢٤ - يعتبر في الحوالة رضا المحيل.

(١) انظر: الهدایة (١/١٥٤)، المقنع (٢/١٢١)، المحرر (١/٢٣٨)، الإمتاع (٢/١٨٨).

(٢) انظر: المغني (٤/٥٧٦)، الشرح الكبير (٣/٢٦)، الإنصاف (٥/٢٢٢)، الإمتاع (٢/١٨٧).

(٣) (ح) البخاري (٢/٧٩٩) - ح (٢١٦٦)، ومسلم (٣/١١٩٧) - ح (١٥٦٤).

(٤) انظر: المغني (٤/٥٧٦)، الشرح الكبير (٣/٢٦)، البيدع (٤/٢٧٠)، كشف النقانع (٣/٣٨٣).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٥٦)، المحرر (١/٣٤٠)، الفروع (٤/٢٤٣).

(٦) انظر: الهدایة (١/١٥٦)، الكافي (٢/٢١٨)، الإنصاف (٥/٢٢٥)، الإمتاع (٢/١٨٨).

(٧) انظر: المغني (٤/٥٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢٨).

ولا يعتبر رضا المحال عليه^(١).

والفرق: أن الواجب على المحيل قضاء الحق المتعين عليه، ولا يتعين عليه طريق من طرق الأداء، والحوالة من طرق الأداء فلا تتعين عليه، فلا تصح بغير رضاه.
بخلاف المحال عليه، فإن الدين واجب عليه قضاوته، ولا حجر على ربه في مستوفيه منه، فله استيفاؤه بنفسه وبغيره، فالمحتال كوكيل رب الدين، فكما لا يعتبر رضاه لاستيفاء رب الدين أو وكيله، فكذلك لا يعتبر رضاه لاستيفاء المحتال^(٢).

فصل

٢٢٥ - إذا اشتري شيئاً فأحال البائع عليه بالثمن، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده، لم تبطل الحالة، بل يطالب المحتال المشتري بالثمن، ويرجع به هو على البائع^(٣). ولو أحال المشتري البائع بالثمن، ثم انفسخ العقد قبل القبض، بطلت الحالة في أصح الوجهين منها^(٤).

والفرق: أن المحال إذا قبل الحالة من البائع صار كأنه قبض الثمن من المشتري، ولو قبضه منه ثم انفسخ العقد رجع به عليه، والحوالة وقعت بشرطها، لا بطل لها.

وهذا بخلاف المسألة الثانية، فإن البائع إنما احتال بالثمن المستحق له بالعقد، فإذا انفسخ سقط حقه منه، وإذا زال استحقاقه له زال استحقاقه لقبضه، فلذا بطلت الحالة^(٥)، فظهر الفرق.

كتاب الوكالة

فصل

٢٢٦ - إذا وكله في بيع ثوب أو دابة، وسلمه إليه، فتعدى فيه، بأن لبس

(١) انظر: الهدایة (١٥٤/١)، المقنع (٢/١٢١)، متنعي الإرادات (١/٤١٦-٤١٧).

(٢) انظر: المغني (٤/٤)، الشرح الكبير (٣/٢٩)، المبدع (٤/٤)، كشاف القناع (٣٧٣-٢٧٢)، (٣٨٦/٣).

(٣) انظر: الهدایة (١٥٤/١)، الكافي (٢/٢٢٣)، الإنصاف (٥/٢٢٩)، الامتناع (٢/١٩٠).

(٤) انظر: الهدایة (١٥٤/١)، المغني (٤/١٥٤)، الشرح الكبير (٤/٥٨٤-٥٨٥)، المحرر (١/٣٣٨)، الإنصاف (٥/٢٢٩)، الامتناع (٢/١٩١)، متنعي الإرادات (١/٤١٧).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٨٤-٥٨٥)، الكافي (٢/٢٢٣-٢٢٢)، الشرح الكبير (٣/٣١-٣٠)، المبدع (٤/٢٧٥).

الثوب، وركب الدابة، لم تبطل الوكالة^(١).

ولو أودعه ذلك، فتعدى فيه، بطل حكم الوديعة، وصارت مضمونة بيده^(٢).
والفرق: أن الوكالة إذن في التصرف وائتمان، والتعدي يزيل الأمانة فتبقى
الإذن/ فإذا ثبت بقاء الوكالة صح البيع بها، وتسليم العين، وقبض الثمن بحكم [٢٧/ب]
الوكالة.

بخلاف الوديعة، فإنها أمانة خاصة، ليس فيها إذن بالتصرف، والتعدي فيها
يزيل الأمانة، فيبطل حكمها، ويلزمه ضمانها.

فصل

٢٢٧ - إذا وكله في بيع عبد بمائة في سوق بعينه، فباعه بمائة في سوق آخر
صح.

ولو قال: بعه من فلان بمائة، فباعه من غيره بمائة لم يصح البيع.
والفرق بينهما: أنه لا يختلف غرضه باختلاف الأسواق، وإنما المقصود
حصول مائة من أي سوق كان، فلهذا صح البيع.
وليس كذلك إذا عين مشتريه، لأن له غرضاً في بيعه منه، دون بيعه من غيره،
وذلك غرض صحيح، فإذا خالفه فيه لم يصح البيع، كما لو وكله في بيعه نقداً، فباعه
نسبيته.

فصل

٢٢٨ - إذا سلم إليه ألف درهم، ووكله أن يشتري له بعينها عبداً، فاشتراه في
الذمة لم يصح البيع في حق الموكل في الصحيح من المذهب، ويلزم الوكيل.
ولو وكله أن يشتريه في الذمة ثم ينقد ألف، فاشتراه له بعين ألف صحيحة
الشراء للموكل.

والفرق بينهما: أنه إذا وكله أن يشتريه بعين المال فله في ذلك غرض صحيح،
وهو أن يتعين الثمن بالعقد حتى لو تلف الثمن قبل قبضه بطل العقد، ولم يلزم
الموكل ثمن غيره، فإذا خالف واصترأ في الذمة فقد خالف أمره، وفوت غرضه بكونه
اشتراء شراء لا يبطل العقد بتلف الثمن قبل قبضه، فلو أزمنا الموكل لأزمناه حكم
عقد لم يأذن فيه، فصار كما لو اشتري له شيئاً بغير إذنه.

(١) انظر: الهدية (١٦٩/١)، الكافي (٢٥١/٢)، الفروع (٣٤١/٤)، الإجماع (٢٣٦/٢).

(٢) انظر: الهدية (١٨٨/١)، المقنع (٢٧٥/٢)، الفروع (٤٨٢/٤)، الإجماع (٣٧٨/٢).

وليس كذلك إذا أمره أن يشتريه في الذمة ثم ينقد الألف، فاشتراه بعينها لأنه لم يغوت عليه غرضه، بل قد احتاط له في أنه لا يلزمه غير الشمن المدفوع إن تلف قبل قيده، فقد زاده خيراً باحتياطه فصح، كما لو وكله في شراء عبد بمائة، فاشترى عبداً قيمته مائة بتسعين، فإنه يصح الشراء لموكله، كذلك ها هنا.

فصل

٢٢٩ - إذا وكله في شراء جارية بعينها فاشترتها، ثم اختلفا فقال الوكيل: اشتريتها بعشرين بأمرك، وقال الموكيل: ما أذنت لك أن تشتريها بأكثر من عشرة، فالقول قول الموكيل مع يمينه، ذكره القاضي في المجرد.
 ولو سلم إلى خياط ثوباً ليفصله، ثم اختلفا، فقال الخياط: أمرتني بقطعة قباء^(١).

[وخلاله]^(٢) قول الموكيل، قدم قول الخياط.

قلت: وعلل أبو محمد ذلك: بأن الأصل عدم التوكل الذي يدعيه الوكيل، فالقول قول من ينفيه، وبأنهما اختلفا في صفة قول الموكيل، فكان القول قوله في صفة كلامه، كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق.
 وجعل أبو الخطاب القول قول الوكيل، فتصير المسألتان سواء.

فصل

٢٣٠ - الوكيل في الخصومة غير وكيل في القبض.
 والوكيل فيه وكيل فيها^(٣).

والفرق: أن القبض منفصل عن الخصومة، وقد يصلح لها من لا يؤمن عليه.
 بخلاف الثانية، فإن القبض ربما استدعي خصومه المقبول منه، ومنازعته، فالتوكل فيه توكيلاً فيها ضمناً^(٤).

فصل

٢٣١ - إذا وكله في شراء ثوب بعينه، فاشترى غيره في الذمة، لا بعين مال

(١) ما بين المعكوفين ساقط من الأصل أثبتناه من المطبوعة المعتمدة على فروع السامرائي. طالب العلم محمد قارس.

(٢) ما بين المعكوفين زيادة من عندنا لترتبط بين كلام السامرائي وكلام المصطف. طالب العلم.

(٣) انظر: البداية (١/١٦٩)، المقتن (٢/١٥٦)، الفروع وتصحيحه (٤/٣٤٩..٣٥٠).

(٤) انظر: المعني (٥/١٠٠)، الشرح الكبير (٣/١١٩ - ١٢٠)، المبدع (٤/٣٧٨)، كشاف القناع (٢/٤٨٣).

الموكل، ولم يجز الموكل لم يطل، ولزم الشراء الوكيل^(١). ولو وكله أن يتزوج له امرأة بعينها، فتزوج له غيرها، ولم يجز، بطل، ولم يلزم الوكيل^(٢).

والفرق: أن المقصود من البيع الأثمان، والثمن يحصل من الوكيل، لأن العقد لزمه حيث اشتري في الذمة.

بخلاف النكاح، فإن الأعيان مقصودة، فإذا لم يصح لتلك العين بطل، بطidan المقصود^(٣).

فصل

٢٣٢ - إذا ادعى: أنه وكيل في استيفاء حق على زيد فصدقه، لم يلزم دفع الحق إليه.

ولو ادعى: أن رب الحق مات، وأنه وارثه، لزم الغريم ذلك^(٤).

والفرق: أن تصديق الغريم لا يثبت الوكالة، بل هو إقرار منه على رب الحق بالتوكيل، فلا يقبل. إذ لو حضر وأنكر وحلف أخذ قوله، وإذا لم يثبت الوكالة لم يجب الدفع، لأنه يجب بعد ثبوتها.

بخلاف ما إذا صدق أنه وارث لرب الحق، لأنه قد أقر أن هذا المدعي هو مستحق الحق، دون غيره، فيلزم تسليمه إليه، كما لو ادعى: أنه صاحب الحق فصدقه^(٥)، فظاهر الفرق.

فصل

٢٣٣ - قد تقرر أنه لا يلزم الغريم الدفع إلى مدعى الوكالة، وإن صدقه.

فلو ادعى أنه محال بالحق فصدقه، لزمه الدفع إليه، في أصل الوجهين^(٦).

(١) انظر: المغني (٥/١٢٩)، الشرح الكبير (٣/١٢٧).

(٢) انظر: المغني (٥/١٣٠-١٣١)، الشرح الكبير (٣/١٢٧)، الإماع (٢/٢٤٧).

(٣) انظر: المغني (٥/١٢٩-١٣١)، الشرح الكبير (٣/١٢٧).

(٤) انظر: الهدية (١/١٧٠)، المقعن (٢/١٦١-١٦٠)، المحرر (١/٣٥٠)، منتهی الإرادات (١/٤٥٤-٤٥٣).

(٥) انظر: المغني (٥/١١٥-١١٦)، الشرح الكبير (٣/١٢٨-١٢٩)، المبدع (٤/٣٨٧)، مطالب أولى النهى (٣/٤٨٨-٤٩٠).

(٦) انظر: المقعن وحاشيته (٢/١٦١)، الشرح الكبير (٣/١٢٩)، الفروع مع تصحيحة (٤/٣٧٤)، المبدع (٤/٣٨٧)، الإماع (٤/٢٥١)، منتهی الإرادات (١/٤٥٣).

والفرق: نحو ما تقدم من أن الوكالة لم تثبت، فلا يلزم الدفع.
وفي الحالة هو بتصديقه لمدعها مقر بأنه لا حق لغيره، بل هو المستحق،
فلزمه الدفع كالوارث^(١).

فصل

٢٣٤ - قد ثبت أنه لا يلزم مصدق مدعى الوكالة الدفع إليه، لكن لو دفع إليه جاز، فلو سلمه إليه، فحضر صاحب الحق، فأنكر الوكالة، وحلف، فإن كان المدفوع ديناً فله الرجوع به على الدافع فقط.

وإن كان عيناً فلتفت ضمّنها أيهما شاء، أعني: الدافع، والمدفوع إليه^(٢).

والفرق: أن الدين ثابت في ذمة المدين لم يرأ بدفعه إلى مدعى الوكالة، فلربه [١/٢٨] أخذها منه، ولا يرجع على المدفوع إليه، لأنه لا يدعى عليه حقاً، إذ هو بإنكاره لوكالته معتقد أنه قبض من المدين ذلك بغير حق بخلاف العين، فإن حق مالكها متعلق بها، وقد قبض المدعى حقه بعينه، فله الرجوع به مع بقائه، وبقيمه مع تلفه على من شاء منها، أما الدافع فلتغريبه بدفع مال الغير إلى غير إذنه، وأما المدفوع إليه فلأنه قبضها بغير حق^(٣).

فصل

٢٣٥ - إذا ادعى الوكيل ديناً ثابتاً لموكله، فادعى الغريم أن موكله عزله، وشهد بذلك ابن الموكيل، حكم بشهادتها.

ولو لم يحكم بشهادتها حتى قبض الوكيل الدين، ثم حضر الموكيل، وقال: كنت عزله، وشهد ابنه بذلك، لم تقبل شهادتها.

والفرق: أن شهادتها قبل القبض بذلك شهادة على أيهما، لأنه إذا ثبت عزله تأخر قبض حقه، وشهادة الولد على والده جائزة.

بخلاف شهادتها بعد القبض، لأنها شهادة لأيهما ببقاء حقه قبل المدعى عليه، وشهادة الوالد لوالده غير جائزة^(٤).

فصل

٢٣٦ - إذا وكله إنسان في شراء عبد يشنن بعينه سلمه إليه، ثم حجر على

(١) انظر: المغني (٥/١١٦)، الشرح الكبير (٣/١٢٩)، المبدع (٤/٣٨٧).

(٢) الهدية (١/١٧٠)، المقنع (١/١٦٠)، الامتناع (٢/٢٤٨)، متنه الإرادات (١/٤٥٣).

(٣) المغني (٥/١١٥-١١٦)، الشرح الكبير (٣/١٢٩)، المبدع (٤/٣٨٦)، كشف النقاع (٢/٤٩١).

(٤) انظر: المغني (٥/١٤٧)، الشرح الكبير (٣/١٣٢)، كشف النقاع (٣/٤٩٤-٤٩٣).

الموكل لفلس، بطلت الوكالة.

ولو وكله أن يشتري في الذمة، ثم حجر عليه لفلس لم تبطل.
والفرق: أن المحجور عليه ممنوع من التصرف في أعيان ماله بنفسه، فكذا
توكيله، لأن ذلك فائدة الحجر.

بخلاف ما إذا وكله في الشراء في الذمة، لأن المفلس لا يمنع من التصرف في
ذمته، فلم تبطل الوكالة^(١).

فصل

٢٣٧ - إذا وكل زوجته وطلقها، لم تبطل الوكالة^(٢).

ولو وكل عبده، ثم زال ملكه عنه، بطلت^(٣).

والفرق: أن توكيله العبد أمر يلزمها امثاليه، فيبطل يزوال ملكه عنه، لأنه حينئذ
لا يلزمها امثاليه أمره.

بخلاف الزوجة، فإن توكيلها أذن لها في التصرف، والإذن لا يبطل
بطلاقها^(٤).

كتاب الشركة

فصل

٢٣٨ - إذا اشتري أحد شريك العنان^(٥) شيئاً للشركة بشمن ليس لشريكه مال
من جنسه بغير إذن شريكه، وقع الشراء له، دون الشريك^(٦).
ولو كان هناك مال من جنسه، صح الشراء لهما^(٧).

(١) انظر: المغني (١٢٤/٥)، الشرح الكبير (١٠٥/٣)، المبدع (٤/٣٦٣)، كشاف القناع (٣/٤٦٨)،
مطلوب أولي النهى (٣/٤٥٤).

(٢) انظر: المغني (١٢٥/٥)، الشرح الكبير (١٠٧/٣)، الإمتاع (٢/٢٣٧)، منتهى الإرادات (١/
٤٤٧).

(٣) انظر: الهدية (١/١٦٩)، المغني (١٢٥/٥)، الإنفاق (٥/٣٧١)، الإمتاع (٤/٢٣٧).

(٤) انظر: المغني (١٢٥/٥)، الشرح الكبير (٣/١٠٦-١٠٧).

(٥) انظر: لسان العرب (٣/٢٩١).

(٦) الشرح الكبير (٣/٦٠)، الإنفاق (٥/٤١٩)، الإمتاع (٢/٢٥٦).

(٧) الشرح الكبير (٣/٦٠)، الإنفاق (٥/٤١٩)، الإمتاع (٢/٢٥٦).

مثاله: أن يشتري بذهب، وليس عنده إلا عرض، أو بالعكس.
والفرق: أنه في الأولى مستدين على مال الشركة، ولا يملك المضارب ذلك،
نص عليه.

بخلاف ما إذا كان في أيديهما من جنس ما اشتري به، فإنه ليس باستدامة^(١).

فصل

٢٣٩ - قلت: وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يشتري للشركة بشمن ليس معه من
جنسه، ومثلاً ذلك.

ولو اشتري بذهب ومعه فضة، أو بالعكس جاز^(٢).

والفرق: أن الشراء بشمن ليس معه من جنسه يفضي إلى الاستدامة، كما
قررنا.

بخلاف المسألة الثانية، فإن الذهب والفضة كالشيء الواحد، بدليل أنهما قيم
المختلفات، وثمن المبيعات، وأروش الجنایات، ويضم أحدهما إلى الآخر في
الزكاة، فالشراء بأحدهما شراء بالأخر^(٣).

فصل

٢٤٠ - إذا كان اثنان مشترkin في قفيز حنطة، فقال إنسان لأحدهما:
أشركني فيه، ففعل، ولم يجز شريكه، صار القابل شريكًا بنصف النصف.
ولو قال: يعني نصفه، فباعه، ولم يجز شريكه، صح البيع في كامل نصيب
البائع.

والفرق: أن الشركة تقتضي التساوي، وبقاء نصيب للمشارك، فيكون بائعاً
لنصف نصبيه، ويقى له مثله، لتحقق الشركة بينهما.

بخلاف البيع، فإن طلب البيع لا يقتضي بقاء حق البائع، وقد أضاف البيع إلى
نصفه، وهو قدر نصبيه، وينفذ في جميعه، كما لو كان يملك جميعه^(٤).

(١) انظر: المغني (٢٢/٥)، الشرح الكبير (٦٠/٣).

(٢) انظر: المغني (٢٢/٥)، الشرح الكبير (٤١٩٥٦٠/٣).

(٣) المغني (١٦/٥)، الشرح الكبير (٥٥/٣)، كشاف القناع (٢٠٥/٣)، مطالب أولي النهى (٣/٥٠٧).

(٤) انظر: المغني (٤/١٢٣)، الشرح الكبير (٢/٣٩٢-٣٩١)، كشاف القناع (٣/٢٢٩-٢٣٠).

فصل

٢٤١ - إذا كان عبد مشترك بين رجلين، فشركا فيه معاً ثالثاً، صار العبد بينهم أثلاثاً.

ولو شركاه متفرقين صار له نصفه، ولكل منهما ربعه.
والفرق: أن الاشتراك يقتضي التساوي، ومن التساوي: أنهما إذا شركاه معاً يكون لكل واحد منهم مثل ما للآخر، فوجب أن يكون بينهم أثلاثاً.

بخلاف ما إذا شركه كل واحد على الانفراد، لأننا قد قررنا: أن صاحب النصف إذا شارك صار لشريكه الرابع، فعلى هذا يتکامل للثالث النصف، ولكل منهما الرابع^(١).

فصل

٢٤٢ - إذا شرط رب المال للعامل الثالث، وسكت عن الباقي جاز، وكان الباقي لرب المال.

ولو شرط الثالث لنفسه، وسكت عن نصيب العامل لم يجز، في أحد الوجهين^(٢).

والفرق: أن نماء المال كله لرب المال، بدليل: أنه لو لم يقدر نصبياً من الرابع كان كله لرب المال^(٣)، فإذا شرط قسطاً منه للعامل كان الباقي له بحكم الملك.
بخلاف العامل، فإنه إنما يملك الرابع بالشرط، فإذا لم يسم نصبيه لم يكن الباقي للعامل فقد الشرط^(٤).

وأورد: إذا شرط له الثالث كان الباقي للعامل، كقوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَّهُ وَلَدٌ وَّوَرِئَتُهُ أُبَوَاهُ فَلَأُنْهِيَ الْأُلُّثُ» [النساء: الآية ١١] فلما قدر نصيب الأم دل أن الباقي للأب^(٥).

وأجيب: أن الله تعالى أضاف الإرث إلى الأبوين بقوله: «وَوَرِئَتُهُ أُبَوَاهُ» [النساء:

(١) انظر: المغني (٤/١٣٢)، الشرح الكبير (٢/٣٩١)، الإنصاف (٤/٤٣٧)، كشف النقاع (٢/٢٣٠).

(٢) الهدایة (١/١٧٤)، المقنع وحاشيته (٢/١٧٣-١٧٢)، الفروع (٤/٣٧٩)، الامتناع (٢/٢٦٠)، متهى الإرادات (١/٤٦١).

(٣) انظر: المغني (٥/٣٣)، الروض المرريع (٢/٢١٠).

(٤) انظر: المغني (٥/٣٣)، الشرح الكبير (٢/٦٦٥٦)، المبدع (٥/١٩).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٤)، الكافي (٢/٢٦٨)، الشرح الكبير (٣/٦٦)، المبدع (٥/١٩).

الأية [١١]، فلما كان المال لهما، وقدر نصيب أحدهما علم أنَّ الباقي للأخر، وهنا بخلافه.

فصل

٢٤٣ - إذا شرط للعامل في المضاربة نفقة جاز^(١).

ولو شرطت له في المسافة والمزارعة لم يجز، ذكره في المجرد.

والفرق: أن المضاربة عقد/ جائز، فصح فيه شرط النفقة للعامل، كالوكالة. بخلاف المسافة والمزارعة، لأنها عقود لازمة، فلا يصح شرط نفقة العامل فيما، لأن العقود الازمة لا يصح أن يكون العوض فيها مجهولاً، كالبيع.

قلت: هذا يتوجه على اختيار القاضي: أن المسافة والمزارعة عقدان لازمان، أما على اختيار أكثر أصحابنا، وظاهر كلام إمامنا، فيما جائزان^(٢)، وعلى هذا يصير حكمهما حكم المضاربة.

فصل

٢٤٤ - يجوز للمضارب أن ينبع المعيب والسليم.

ولا يجوز للوكيل أن ينبع معيناً إلا بإذن موكله^(٣).

والفرق: أن المضاربة القصد بها طلب الربح والفضل، وذلك يحصل من المعيب، كحصوله من السليم.

بخلاف الوكالة، فإن إطلاق عقدها يتضمن شراء السليم، لأن المشتري إنما يراد به القبة والادخار غالباً، فلم يجز أن يشتري إلا السليم^(٤).

فصل

٢٤٥ - إذا اشتري المضارب من يعتق على رب المال بغير إذنه صح، وعنت، ولزم المضارب قيمته لرب المال.

ولو كان رب المال امرأة، فاشترى مضاربها زوجها بغير إذتها صح، وانفسخ

(١) انظر: الهدية (١/٦٧١)، المقعن (٢/١٧٧)، الفروع (٤/٣٨٤)، الإمتاع (٢/٢٦٤).

(٢) انظر: الهدية (١/٧٧١)، المغني (٥/٤٠٤)، الفروع (٤/٤٠٧)، الإنفاق (٥/٤٧٢)، الإمتاع (٢/٢٧٧).

(٣) انظر: الكافي (٢/٢٧٢)، الفروع (٤/٣٨٢)، الإمتاع (٢/٢٦٣).

(٤) انظر: الكافي (٢/٢٧٣)، المغني (٥/١٤١)، الشرح الكبير (٣/١١٥)، كشف النقاب (٣/٥١٣).

النکاح، ولم يلزمه ما أتلفه من مهر ونفقة^(١).
والفرق: أن شراء الرقبة في الأولى أتلف قيمتها من مال المضاربة، فلزمته ذلك، كما لو قتلها.

بخلاف الثانية، فإن الإتلاف لا يعود إلى مال المضاربة، ولا هو مما يلزم ضمانه، بدليل: أنه لو قتل زوجة رجل لم يضمن بضعها^(٢).

فصل

٤٤٦ - إذا شرط للعامل في المضاربة أكثر من أجراً مثله في مرضه صح، وحسبت الزيادة من رأس المال^(٣).

ولو كان ذلك في المسافة اعتبرت الزيادة من الثالث^(٤)، ذكره القاضي في المجرد.

والفرق: أن الربح في المضاربة ليس من عين المال، بل هو متولد من تقليل العامل وتصرفة، فلم يخرج من ماله شيئاً.

بخلاف المسافة، فإن الشمرة متولدة من عين ماله، وخارجية منه، فجرت مجرى أصلها، واعتبرت من الثالث^(٥).

فصل

٤٤٧ - إذا قال العامل: ربحت ألفاً، ثم قال: غلطت، أو نسيت، لم يقبل.
ولو قال: خسرت، قبل قوله^(٦).

والفرق: أنه في الأولى أقر بحصول مال بيده، ثم أنكر، فلم يقبل منه، أشبه ما لو قال: لفلان على ألف، ثم أنكر، فإنه لا يسمع، كذا هنا.

بخلاف الثانية، فإن العامل أمين، وقد ادعى أمراً ممكناً، فكان القول فيه قوله،

(١) انظر: الهدية (١/١٧٥)، الكافي (٢/٢٣٥-٢٧٣)، الامتناع (٢/٢٦٣)، شرح منتهي الإرادات (٢/٣٣١).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٦٤٤)، الشرح الكبير (٣/٧٤-٧٣)، المبدع (٥/٢٥-٢٤)، كشاف القناع (٣/٥١٤-٥١٣).

(٣) انظر: الهدية (١/١٧٧)، المقنع (٢/١٨٠)، المنتهي (٢/١٦٨).

(٤) انظر: المغني (٥/٦٢)، الشرح الكبير (٣/٨٦)، غایة المنتهي (٢/١٦٨).

(٥) انظر: المغني (٥/٦٢)، الشرح الكبير (٣/٨٦)، مطالب أولي النهى (٣/٥١٤-٥١٥).

(٦) انظر: الهدية (١/١٧٦)، المقنع (٢/١٨٢)، المحرر (١/٣٥٢)، غایة المنتهي (٢/١٧٥).

كما لو ادعاه ابتداء^(١).

فصل

٤٤٨ - إذا كان أربعة، لأحدهم دكان، ولآخر رحى، ولآخر بغل.
 [ب/٢٩] ومن الآخر عمل، فقال لهم إنسان: استأجرتكم لطحن كر طعام عشرة، صح، وقسطت بينهم أرباعاً، وعلى كل واحد منهم طحن ربعه.
 ولو قال: استأجرت من هذا دكانه، ومن هذا رحاه، ومن هذا بعله، وهذا العامل لطحن الكر صح، وقسطت الأجرة على مثل أجرة الدكان، والرحى، والبغل، والعمل.

والفرق: أنه في الأولى استأجرهم مطلقاً، فتعلقت الإجارة بذممهم والذمم متساوية، والتزامهم متساو، فتساووا في الأجرة.

بحلaf الصورة الثانية، فإن الإجارة تعلقت بالأعيان فصحت، لأن جملة البدل معلومة، ولا أثر لكون ما يقابل قسط كل واحد من المعقود عليه مجهاً، كما لو تزوج نسوة بعوض واحد فإنه يصح، ويقطط على مهور أمثالهن، كذا ما نحن فيه.

إذا تقرر هذا، فقد قدمنا: أن كلاًًا منهم في المسألة الأولى يلزم طحن الربع، فلو طحنوه بالآلة المذكورة لكان اشتراكيهم لا يلغى، ولا يلزم كلهم، بل ربعة، لأن اشتراكيهم في طحنه يقتضي أن كل أثر يحصل يكون بينهم أرباعاً، فعلى هذا يكون بينهم أرباعاً، وعلى هذا يرجع صاحب الدكان على رفقائه بثلاثة أرباع أجرة المثل له، وكذا صاحب الرحى، والبغل، والعامل، لما قررنا^(٢).

كتاب الإقرار

فصل

٤٤٩ - إذا أقر في مرض موته لوارث بدين، فأجازه بقية الوراثة قبل موته لم يصح، حتى يجيئوه بعده.
 ولو صدقه فيه صح، قبل الموت وبعده.

(١) انظر: المغني (٥/٧٨٧٧)، الشرح الكبير (٣/٨٨)، المبدع (٥/٣٧).

(٢) انظر: المغني (٥/١٣)، الشرح الكبير (٣/٩٨٩٧)، كتاب القناع (٣/٥٣٠-٥٢٩)، مطالب أولى النهى (٣/٥٥١-٥٥٠).

والفرق: أن الإجازة تنفيذ، فلم تصح إلا في وقت يملكونه، وهو بعد الموت كتنفيذ الوصايا.

بخلاف الثانية، فإن تصديقهم له اعتراف منهم للمقر له بما أقر به المريض، ولا يفرق الحال في الاستحقاق بين وقوعه قبل وبعد، بدليل: أن الإنسان لو عرف أن داراً لشخص، وهي مخصوصية في يد غيره، فانتقلت من الغير إليه، لكان يلزمها تسليمها إلى مالكها الأول، ولم يؤثر، مع أنه عرف استحقاق مالكها لها قبل انتقالها إليه.

تلخيص الفرق: أن الورثة في الأولى مجازون، ولا يملكون الإجازة إلا بعد الموت.

وفي الثانية، معترفون بالحق، فلهم حكم اعترافهم.

فصل

٢٥٠ - إذا قال: أعطيتني ألف درهم وديعة فهل كانت، فقال المالك: بل غصبتها، فالقول قول المقر مع يمينه، ولا ضمان عليه.

ولو قال: أخذت منك ألفاً وديعة فهل كانت، فقال المالك: بل غصباً، فالقول قول المالك^(١).

والفرق: أنه في الأولى لم يقر بفعل يوجب الضمان، بل أقر بفعل الدافع [٦٣٠] إليه، وذلك تصرف من الدافع في ملكه، فإذا قرر أنه لا يوجب ضماناً، كقوله: أكلت مالك.

بخلاف الثانية، فإنه مقر بفعل نفسه وهو الأخذ، وذلك يوجب الضمان، لقوله بنبيه: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(٢) رواه أبو داود، والترمذى، وغيرهما، فإذا اعترف بالأخذ لزمه ضمان ما أخذ حتى يرده.

فصل

٢٥١ - إذا قال: له على شيء، صح وألزم تفسيره^(٣).

(١) الفروع (٦٢٣)، منتهی الإرادات (٧٠٢)، غایة المتنھی (٥٠٣/٣)، شرح منتهی الإرادات (٥٨٥/٣)، مطالب أولي النھی (٦٨٥).

(٢) أخرجه ابن الجارود في المتنقى (٢٥٦/١) - ح (١٠٢٤)، والحاكم في مستدركه (٥٥/٢) - ح (٢٣٠٢)، وقال: صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه. والترمذى (٥٦٦/٣) - ح (١٢٦٦)، وقال: حديث حسن صحيح، والدارمي (٤٢/٢) - ح (٢٥٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٩٠) - ح (١١٢٦٢)، وأبو داود (٣٥٦١/٣) - ح (٢٩٦)، والنمساني في الكبرى (٣/٤١) - ح (٥٧٨٣)، وأبن ماجه (٨٠٢/٢) - ح (٢٤٠٠)، والإمام أحمد في مسنده (٨/٥).

(٣) انظر: الھداية (٢/١٥٩)، المتنی (٥/١٨٧)، الفروع (٦٦٣٤)، الإماع (٤/٤٧١).

ولو ادعى مجھولاً في غير وصية، لم تسمع^(١).

والفرق: أن الإقرار إخبار بما يستحق عليه، فلو رد لسقط حق المقر له، لأنه قد لا يقر بعلموم فيضيع الحق.

بخلاف الدعري، فإنها حق المدعي، فإذا ردت لجهالتها لم يضره، لأنه يعدل إلى الدعوى بعلموم^(٢).

والفرق بين الوصية وغيرها يذكر في موضعه.

فصل

٢٥٢ - إذا قال: له علىي ألف إذا جاء رأس الشهر صح.

ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فله علىي ألف، لم يصح^(٣).

والفرق: أنه في الأولى أقر بشيء، وادعى تأجيله، وذلك لا يسمع منه.

وفي الثانية، علق الإقرار بشرط لم يصح، كما لم يصح: إذا قدم زيد فلعمرو علىي كذا، وإنما لم يصح تعليقه لأنه بالتعليق يخرج عن كونه إخباراً بحق سابق، فلذا لم يصح^(٤).

فصل

٢٥٣ - إذا قال عارف بالعربية: له علىي درهم غير دانق^(٥)، برفع غير، لزمه درهم تام.

ولو نصبها لم يلزمها إلا خمسة دوانق.

والفرق: أن غير في الأولى نعت.

وفي الثانية استثناء^(٦).

فصل

٢٥٤ - إذا قال: له علىي كذا وكذا درهماً، لزمه درهماً.

(١) انظر: الهدایة (٢/١٣٧)، الكافی (٤/٤٨٦)، الفروع (٦/٤٦٠)، الإمتناع (٤/٣٩٧).

(٢) انظر: المغني (٥/١٨٧)، الشرح الكبير (٣/١٦٥)، المبدع (١/٣٥٥)، كشاف القناع (٦/٤٨٠).

(٣) انظر: الهدایة (٢/١٥٩)، الكافی (٤/٥٧٥)، المحرر (٤٢٤، ٤٢٣)، الإنصاف (١٢/١٦٤).

(٤) انظر: المغني (٥/٢١٩)، الشرح الكبير (٣/١٤٦)، المبدع (١٠/٣٢٣).

(٥) انظر: المصباح المنير (١/١٠٢).

(٦) انظر: المغني (٥/١٥٨)، الشرح الكبير (٣/١٥٠)، النكث والموائد السننية (٢/٤٥٧)، كشاف القناع (٦/٤٧٠).

ولو رفع الدرهم، لزمه درهم واحد^(١).

والفرق: أنه في الأولى أقر بـمئتين يمكن تفسيرهما بـدرهمين وثوابين، وغير ذلك، فإذا نصب درهماً كان الدرهم مفسراً للعدد، فيلزم درهماً.

بخلاف الثانية، فإنه لم يقر، وإنما بين بالدرهم مبلغ العدد، فكأنه قال: كذا وكذا مبلغها درهم^(٢).

قلت: وهذا الذي حكاه في المسألتين وجهاً في المذهب.

والصحيح: أنه يلزم درهم في المسألتين، وفي المسألة أقوال: أحدها: ما ذكر المؤلف.

والثاني: ما ذكرته آنفاً.

والثالث: يلزم درهماً فيهما.

والرابع: درهم، وبعض آخر^(٣).

قال أبو البركات^(٤) بعد ذكر هذه الأقوال، وبعد أن ذكر في قوله: له على كذا درهماً، وكذا كذا درهماً، بالنصب أو بالرفع: إنه يلزم درهم.

قال: وهذا كله عندي إذا كان يعرف العربية، فإن لم يعرفها لزمه بذلك درهم في الجميع^(٥)، هذا آخر كلامه، وفيه شيء.

فإن هذا إنما يتوجه أن لو كان ما قدمه هو مقتضى العربية، وليس كذلك، [٢٠/ب] وإنما مقتضى العربية ما قاله محمد بن الحسن: أنه إذا قال: كذا درهماً، لزمه عشرون، لأنه أقل عدد مفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر، لأنه أقل عدد مركب، يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا وكذا درهماً، لزمه إحدى وعشرون، لأنه أقل عدد معطوف بعضه على بعض يفسر بذلك، وإن قال: كذا درهم بالجر، لزمه مائة، لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد^(٦)، فهذا مقتضى العربية.

(١) انظر: المعني (١٩٢/٥)، الفروع (٦٣٨/٦)، الإنصاف (١٢٤/٢١٤)، متهى الإرادات (٢/٧٠٧).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (٤٠٤/١)، المعني (١٩٢/٥)، الشرح (١٦٩-١٦٨/١).

(٣) انظر: المعني (١٩٢/٥)، النكت والفوائد السننية (٤/٤٨١)، الإنصاف (١٢٤/١٢).

(٤) انظر: سير أعلام التبلاء (٢٩١/٢٣)، ذيل طبقات الحتابلة (٢٤٩/٢)، المقصد الأرشد (٢/١٦٢).

(٥) انظر: المحرر (٤٨٢/٢)، وأورد في الإنصاف (١١٥/١٢).

(٦) انظر: الهدایة شرح البداية (١٨١/٣)، ورد الحكم شرح غرر الأحكام (٣٥٩/٢).

وأما الذي ذهب إليه أصحابنا، فإنه يرجع إلى قاعدة، وهي: أن الأصل براءة الذمة، فلا نعلق بها إلا ما تيقنه، ولا نعلق بها شيئاً بأمر محتمل^(١)، وهذه الألفاظ المذكورة تحتمل ما ذهب إليه محمد، وما ذهب إليه الأصحاب، ولكن ما ذهبوا إليه هو اليقين لأنه الأقل، فها هنا يحسن الفرق بين العارف بالعربية، والجاهل بها، فالعارف بها: يلزمها ما ذهب إليه محمد، وغير العارف: يلزمها ما ذهب إليه أصحابنا، وهذا الذي يتوجه لي.

فصل

٢٥٥ - إذا قال: له على درهم، بل درهماً، لزمه درهماً فقط.

ولو قال: درهم بل دينار، لزماه^(٢).

والفرق: أنه في الأولى أضرب عن الأول، وفي الثاني من جنسه.

وفي الثانية، أضرب عن الأول، وليس في الثاني من جنسه، فكأنه أراد إسقاط الأول، وذلك لا يمكن فلزماه.

وفي الأولى، لم يسقط، وإنما ضم إلى الدرهم مثله^(٣).

فصل

٢٥٦ - إذا أقر في مرض موته لبعض ورثته بمال لم يصح إقراره^(٤).

ولو أقر بوارث صحي، مع أنه متضمن للإقرار بالمال^(٥).

والفرق: تقدم في كتاب البيع، في قولنا: إذا اشتري من إنسان داراً وهي في يد ثالث، فلينظر هناك.

فصل

٢٥٧ - إذا قال: هذه الدار لفلان، ولني منها هذا البيت قبل منه^(٦).

(١) انظر: المغني (٥/١٩٣)، الشرح الكبير (٣/١٦٩).

(٢) انظر: الهدایة (٢/١٦٠)، المقنع (٣/٧٥٤_٧٥٣)، المحرر (٢/٤٩٣_٤٩٢)، الامتناع (٤/٤٧٤).

وقال ابن قدامة في المغني (٥/١٧٣) عن حكم المسألة الثانية: «غير خلاف».

(٣) انظر: المغني (٥/١٧٢)، الشرح الكبير (٣/١٧٣_١٧٤)، النكث والفوائد (٢/٤٩٢)، كشف النقاب (٦/٤٨٤_٤٨٥).

(٤) انظر: إلا ببينة تشهد الحق المفتر به أو إجازة من الورثة. الهدایة (٢/١٥٥)، المقنع (٣/٧٢٧)، الفروع (٦/٦٠٨)، منتهاء الإرادات (٢/٦٨٦).

(٥) انظر: الهدایة (٢/١٥٥)، المقنع وحاشيته (٣/٧٢٨)، الفروع (٦/٦٠٨)، منتهاء الإرادات (٢/٦٨٥).

(٦) انظر: الهدایة (٢/١٥٨)، الكافي (٤/٥٧٨)، الامتناع (٤/٤٦٤)، منتهاء الإرادات (٢/٦٩٧).

ولو قال: هذه الدار له، ولني نصفها لم يقبل^(١).

والفرق: أن اسم الدار يصدق على ما دون البيت، فالبيت ليس جزءاً منها^(٢)، فليس ذلك رجوعاً فصح.

بخلاف المسألة الثانية، فإن المقر أثبت للمقر له الدار جميعها، فإذا قال بعد ذلك: ولني نصفها، فقد ادعى عين ما أقر به، لأن اسم الدار لا يطلق عليها بدون نصفها، فظاهر الفرق، والله أعلم.

فصل

٢٥٨ - إذا قال: له علىي مع كل درهم درهم، لزمه درهمان من غير زيادة.

ولو قال: أنت طالق مع كل طلاقة طلاقة، طلقت ثلاثاً.

والفرق: أن الطلاق ذو عدد مخصوص، فإذا دخلت عليه كل اقتضت / استيعاب [١/٣] الجميع، كما لو قال: أنت طالق كل الطلقات، فإنها تطلق ثلاثة، كذا هنا.

بخلاف مسألة الدرهم، فإن الدرهم ليس لها عدد مخصوص توقف عنده، وللدرهم الواحد حاصل يحصره، فصار إدخال حرف كل عليه للإحاطة بأجزائه، فكانه قال: له علىي درهم مع جملة أجزاء الدرهم، ولو قال: كذا، لزمه درهمان كما لو قال: له علىي درهم مع درهم.

فصل

٢٥٩ - إذا كانت في يده عين فادعاها زيد وعمرو، فأقر بها لزيد، ثم لعمرو، لزمه تسليمها إلى زيد، وقيمتها لعمرو.

ولو أقر بها لأحدهما، لزمه تسليمها إليه، ولم يلزمه للأخر شيء^(٣).

والفرق: أنه في الأولى إنما أقر بها لعمرو بعد أن فعل ما حال به بينه وبينها بغير حق، فلذلك غرم قيمتها، كما لو أقر بها بعد الإنلاف.

بخلاف ما إذا أقر بها لأحدهما خاصة، لأنه لم يقر للأخر بما يلزمته الخروج منه، فلم يلزم له غرم، كما لو كان هو المدعي وحده ولا بينة له، فلم يقر له بشيء، فإنه لا يلزمه غير اليمين، كذا هنا^(٤).

(١) انظر: النكوت والفوائد السننية (٤٦٦/٢)، الإنصاف (١٢/١٧٤)، الامتناع (٤٦٤/٤)، منتهى الإرادات (٦٧٩/٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (١٥٠/٣)، المبدع (١٠/٣٣٢)، كشاف القناع (٤٦٩/٦).

(٣) انظر: الهدایة (١٥٩/٢)، المقعن (٣/٧٤٨)، الامتناع (٤/٤٧٠)، منتهى الإرادات (٧٠٤/٢).

(٤) انظر: الكافي (٤/٥٨٨)، الشرح الكبير (٣/١٦٣-١٦٤)، المبدع (١٠/٣٥١)، كشاف القناع (٦/٤٧٨).

فصل

٢٦٠ - إذا قال: له في ميراث أبي ألف، كان مقرأً بالألف ديناً على تركة أبيه يستوفى منها.

ولو قال: [له] في ميراثي من أبي ألف، ثم قال: أردت بذلك هبة أهبها له، ثم بدا لي في تقبيضه، قبل منه، ولم يلزمها شيء^(١).

والفرق: أنه إذا قال: في ميراث أبي، فقد أقر على أبيه بحق لازم في تركته، فيجب استيفاء ذلك من التركة.

بخلاف ما إذا قال: في ميراثي من أبي، لأنه قد أضاف الملك إلى نفسه وأخبر أن له في ملكه ألفاً، ولا يكون ملكه لغيره إلا إذا نقله بهبّة أو غيرها، فكلامه هذا ليس إقراراً بحق سابق، فإذا فسر ذلك بالهبّة، ثم رجع فيها جاز، لأنه قبل القبض^(٢).

فصل

٢٦١ - إذا كان في يد شخص عبد محكوم له بملكه فأقر السيد: أنه ملك لزيد، فصدقه زيد، فقال العبد: بل أنا ملك عمرو، حكم به لزيد، ولم يلتفت إلى قول العبد، فإن أنكر زيد بقى على ملك سиде^(٣).

ولو قال مجهول النسب: أنا عبد فلان فكتبه، حكم بحرفيته^(٤).

والفرق: أن العبد في الأولى محكوم لسيده بملكه، فإذا لم يقبله من أقر له به، بقى على ملك مالكه.

بخلاف الثانية، فإن الأصل في الأدمي الحرية، والمقر غير محكوم بملكه، فإذا لم يصدق المقر له عاد إلى أصل الحرية، فافترقا.

فصل

٢٦٢ - إذا أقر بألف درهم وأطلق، وزن دراهم بلد الإقرار ناقص / عن [٢/٢]

(١) انظر: الهدایة (١٥٩/٢)، المقنع (٧٤٤/٣)، الفروع (٦٢٨-٦٢٧/٦)، الامتناع (٤٦٧/٤).

(٢) انظر: المغني (١٨٦/٥)، الشرح الكبير (١٥٨/٣)، النكث والغوايد (٤٤٣/٢)، كشاف القناع (٤٧٤-٤٧٣/٦).

(٣) انظر: المغني (١٦٦/٥)، الشرح الكبير (١٦٢/٣)، المحرر (٣٩٢/٢).

(٤) انظر: المغني (٧٧٩-٧٧٨/٥)، الشرح الكبير (٥٠٣/٣)، الإنصاف (٤٥١/٦)، منتهی الإرادات (٥٦٢/١).

درارهم الإسلام، لزمه بوزن الإسلامية^(١).

ولو باعه شيئاً بألف درهم كان بوزن درارهم البلد^(٢).

والفرق: أن الإفوار إخبار بواجب في الذمة، فيحتمل أن يكون الوجوب في بلد الإفوار، ويحتمل أن يكون في غيره، فإذا احتمل أطرح ذلك، وعمل على عرف الشرع، وهو درارهم الإسلام.

بخلاف البيع، فإنه ابتداء إيجاب في الحال، فلا ينصرف إلا إلى نقد البلد وزنه^(٣).

قلت: هذا الذي حكاه في الأولى هو أحد الوجهين.

والأخر: تلرمه الألف بوزن البلد، وهو الصحيح. إذ الظاهر رجوعه إلى عرف أهل البلد دون الشرع، لكونه اليقين^(٤).

ولو قيل: يرجع في تفسير الوزن إليه لم يكن بعيداً.

فصل

٢٦٣ - إذا كان لرجل أمة محاكمون له بملكها، فانتقلت إلى غيره، واحتلطا في سبب انتقالها، فقال الذي انتقلت إليه: زوجتيها بألف، فقال: بل بعتكلها بالألف، فكل منهما يدعى على الآخر عقداً ينكره، ولا بينة، فعلى منكر الابياع اليمين، دون منكر التزويع، وهو المالك الأول.

والفرق: أن المالك منكر للتزويع، والنكاح لا يمتن في إثباته ولا نفيه، على الصحيح من المذهب.

بخلاف منكر البيع، فإن البيع مما يستحلف فيه، إثباتاً ونفياً^(٥).

فصل

٢٦٤ - إذا ثبت هذا، فإن الأمة إذا حلف منكر شرائتها حكمنا ببطلان البيع

(١) انظر: الكافي (٤/٥٨٤-٥٨٣)، الإنصاف (٢/١٨٦-١٨٥)، الامتناع (٦/٤٦٥)، منتهى الإرادات (٢/٦٩٨).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٣٣)، المقعن (٢/١٧)، الفروع (٤/٣٠)، الامتناع (٢/٧١).

(٣) انظر: المغني (٥/١٦٩)، الشرح الكبير (٣/١٥٤)، المبدع (١٠/٣٣٧)، المبدع (٣٣٧/١٠).

(٤) انظر: المغني (٥/١٦٩)، الشرح الكبير (٣/١٥٤)، المبدع (١٠/٣٣٧)، كشف القناع (٦/٤٧١).

(٥) انظر: المغني (٥/١٩٦)، الشرح الكبير (٣/١٦٠)، المبدع (١٠/٣٢٤).

والنكاح، وترد إلى مالكها، لكن لا يجوز له وطؤها.

ولو نكل منكر الشراء عن اليمين، وقضى عليه بالنكول، أو ردت اليمين على المالك، فحلف أنه باعه إليها، ثبت البيع ظاهراً، وأقرت الأمة في يد منكر الشراء، وله وطؤها.

والفرق: أن منكر الشراء معتقد جواز وطئها بكل حال، لأنها إما زوجته إن كان صادقاً، أو أمه إن كان كاذباً، لأننا قد حكمنا بصحبة البيع.

بخلاف مالكها إذا رجعت إليه، فإنه يعتقد تحريمها، لكونها أمّة غيره، وقد عادت إليه بغير فسخ ولا عقد جديد، فافتراقاً.

وذكر القاضي، وجهاً: أنه يجوز لمالكها الوطء، قال: لأن رجوعها إليه فسخ، لأن البائع وجد عين ماله عند المشتري، وقد تذرع عليه استيفاء الشمن منه، فكان لهأخذ ماله بالفسخ، كما لو وجد عين ماله عند المفلس المحجور عليه.

فصل

٢٦٥ - قلت: وهذا الذي ذكرناه من رد الأمة إلى مالكها الأول إنما يكون بتقدير أن مدعى الزوجية لم يستولدها.

أما / إذا استولدها فإنها لا ترد إلى الأول، ولا يحل لها وطؤها قولاً واحداً^(١).

[١/٢٢]

والفرق: أن مالكها الأول معترض بزوال ملكه عنها، وذهابه بالكلية بعد زواله، فلا يعود إليه بحال، كما لو ادعى: أنه باع عبده من زيد، وأن زيداً أعتقه، وأنكر زيد الشراء وحلف، فإن البيع يسقط، ولا يعود العبد إلى الملك بحال، لأنه اعترض بذهب ملكه بعد انتقاله^(٢).

وهذا بخلاف ما إذا لم يكن استولدها مدعى الزوجية، فإن مالكها حيث لا يلي معترضاً بخلاف ملكه بعد زواله، فلذا عادت إليه.

فصل

٢٦٦ - فإن كان اختلافهما في المسألة المتقدمة بعد أن استولدها مدعى الزوجية، وحلف على عدم الشراء فقد قررنا: أن الجارية لا ترد إلى مالكها الأول، فإذا ثبت ذلك، فإنها لا تقر في يد مدعى الزوجية، ولا يجوز لها وطؤها في الحكم. ولو قال رجل آخر: يعتك أمتي بألف، وقبضت الشمن، فأنكر، وقال: بل

(١) انظر: المغني (١٩٥/٥)، الشرح الكبير (١٦٠/٣)، المبدع (٣٢٥/١٠).

(٢) انظر: المعني (١٩٥/٥)، الشرح الكبير (١٦٠/٣)، المبدع (٣٢٥/١٠).

وهبتهما، فإنه يباح له وطؤها.

والفرق: أنا قد حكمنا في الأولى بعدم الزوجية والشراء جمِيعاً، لأن الأصل عدمهما، وقد حلف على نفي الشراء، ولا يمتن في النكاح، فلا يجوز له وطؤها لعدم مجوَّزه^(١).

بخلاف الثانية، فإنَّهما قد اتفقا على الإباحة، واختلفا في سببها، ولم يحكم بعدم البيع والهبة.

فصل

٢٦٧ - فإن ماتت هذه الجارية، استوفى مدعى بيعها الثمن من تركتها إن كان مستولدها حيأ.

وإن كان ميتاً لم يجز استيفاء الثمن من التركة.

والفرق: أن مستولدها إذا كان حيأ فهو معترض أن جميع تركتها لسيدها، لأنه يعتقد أنها مملوكة له، وأملاكه الأول مدعى بيعها يعترض أن جميع تركتها لمستولدها، لأنَّه وارثها بالولاء، وأنَّه يستحق عليه ثمنها، ويريد أخذها من ماله، والتركة ماله، فقد اتفقا على جواز استيفاء مدعى البيع للثمن من هذه التركة، إما بحق الملك، أو الثمن.

بخلاف ما إذا كان مستولدها ميتاً، فإنَّ مدعى بيعها يعترض أنها عتقة بموت سيدها، وأنَّ تركتها لورثتها من النسب، فلا يستحق استيفاء دين له على معتقها من تركتها، فظهر الفرق^(٢).

فصل

٢٦٨ - إذا أقرَّ بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب، وكان مثله يولد لمثله لحقه^(٣).

وإن أقرَّ بنسبه وهو مكلف، لم يلحق إلا بتصديقه^(٤).

والفرق: أن المكلف يعتبر قوله، فلم يلحق إلا بتصديقه، كما لو ادعي: أن المكلف عبده، فإنه يعتبر تصديقه، كذلك هنا.

(١) المبدع (١٠/٣٢٥).

(٢) السنني (٥/١٩٥)، الشرح الكبير (٣/١٦٠).

(٣) انظر: السنني (٥/٢٠٠)، الشرح الكبير (٢/١٣٩)، الامتناع (٤/٤٦٠).

(٤) انظر: الهدایة (٢/١٥٥)، الكافی (٤/٥٩٧)، الامتناع (٤/٤٦٠)، متهی الإرادات (٢/

بخلاف/ الصغير والمحجون، فإنه لا يعتبر قولهما، ويلحقان به، كما لو كانوا في يده، ولم يعلم سبب ذلك فادعى رقهما، فإنه يحكم له بملكهما، ولم يعتبر قولهما، كذا ها هنا^(١).

فصل

٢٦٩ - إذا كان له جاريتان، لكل منها ولد، فقال سيدهما: أحد هذين الولدين ولدي، ولا زوج لواحدة منهمما، ولم يكن السيد قد أقر بوطء واحدة منهما، ثم مات ولم يبين، ولم توجد قافة^(٢)، أو وجدوا وأشكل عليهم وعلى ورثته، أقرع بينهم، فمن قرع ثبتت حريته، دون نسبة^(٣).

والفرق: أن للقرعة مدخلًا في تمييز الحرية من الرق، بدليل: لو أعتق عبداً من عبيده لا بعينه، أقرعنا بينهم لتمييز الحر، كذا هنا^(٤).
بخلاف النسب، فإن القرعة لا تدخله، بدليل ما لو وقع ثلاثة على امرأة فجاءت بولد، يرى القافة، ولا يقرع بينهم، نص عليه في رواية ابن منصور وغيره، وإذا لم يكن لها مدخل في النسب لم تستعمل فيه.

فصل

٢٧٠ - قد قررنا: أنه ثبت حرية أحدهما بالقرعة، دون نسبة، فعلى هذا لا يرث، ولا يوقف له سهم، ولا يقرع بينهما لتبين الوارد.
 ولو طلق واحدة من نسائه ثلاثة، ومات ولم يبين، أقرع بينهن، وورثن إلا الفارعة^(٥).

والفرق: أن القرعة بينهما في الإرث تقتضي ثبوت النسب بالقرعة ضمناً، وقد قررنا: أنه لا مدخل لها هنا.
بخلاف الزوجات، فإن المطلقة تخرج بالقرعة، ويرث غير المطلقة.

فصل

٢٧١ - إذا أقر العبد المأذون له في التجارة بمال وأطلق، صح إقراره في قدر

(١) انظر: المغني (٥/٢٠٠)، الشرح الكبير (٣/١٣٩)، المبدع (١٠/٣٠٩)، كشاف القناع (٦/٤٦٠).

(٢) انظر: لسان العرب (٩/٢٩٣)، القاموس المعحيط (٣/١٨٨).

(٣) انظر: المغني (٥/٥٧٦)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨)، المبدع (٥/٣٠٧)، الإنصال (٦/٤٥٨).

(٤) المغني (٥/٢٠٩)، الشرح الكبير (٣/١٤٢)، المبدع (١٠/٣١١).

(٥) انظر: الكافي (٣/٢٢٢)، المغني (٧/٢٥٢)، الإنصال (٩/١٤٢)، الإمتاع (٤/٦٢).

ما أذن له فيه، فإن لم يف ما بيده من المال بالدين لزم سيده ما فضل^(١). ولو أقر بما يوجب المال، ولا يتعلق بالتجارة، كقتل الخطأ والغصب ونحوهما، فحكمهما حكم إقرار غير المأذون له إذا أقر بدين، وفيه روایتان: أحدهما: يصح، ويتبع به بعد العتق، واختارها السامری^(٢). والأخرى: يتعلق برقبته، وهي المشهورة في المذهب، ولا يتعلق بذمة السيد قوله واحداً.

والفرق: أن السيد أذن له في التجارة، ولم يأذن له في الجناية، فإذا أقر بذلك فقد أضاف الإقرار إلى غير محل الإذن، فلذا لم يتعلق بمالي التجارة.

بخلاف ما إذا أطلق الإقرار فإنه يقبل، لأن الإذن السابق للحقه في الالتزام الآخر، فلحق إقراره المطلقاً بإقرارهم.

كتاب العارية

فصل

[١/٣]

٢٧٢ - / إذا أعاره أرضاً ولم يقدر مدتها جاز^(٣).
ولو أجره ولم يقدر المدة لم يجز^(٤).
والفرق: أن الإجارة من العقود الالزمة، فأثرت الجهة فيها، كالبيع.
بخلاف العارية، فإنها من العقود الجائزة فلا تقدح الجهة فيها، كالجعالة

فصل

٢٧٣ - يلزم المستعير مؤنة رد العارية^(٥).
ولا يلزم المستأجر مؤنة رد العين المؤجرة^(٦).
والفرق: أن المستعير ضامن للرد، فلزمته مؤنته، كالغاصب.

(١) انظر: الهدایة (١٦٦/١)، المقتنع (١٤٧/٢)، الإمتاع (٢٢٩/٢-٢٣٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير (١٣٨/٣)، الفروع وتصحیحه (٦٦١/٦)، الإمتاع (٤/٤-٤٥٩).

(٣) انظر: الكافي (٣٨٤/٢)، الشرح الكبير (٣/١٧٧)، المبدع (١٣٨/٥)، الإمتاع (٢/٣٣).

(٤) انظر: الهدایة (١٨٠/١)، المقتنع (٢٠٥/٢)، المحرر (١/٣٦٠)، الإمتاع (٢/٣٣٦).

(٥) انظر: الهدایة (١٩١/١)، المقتنع (٢٢٠/٢)، المحرر (١/٣٦٠)، الإمتاع (٢/٣٣٦).

(٦) انظر: المغني (٥٣٥/٥)، الفروع (١/٣٦٠)، المحرر (٤/٤٥٤)، الإمتاع (٢/٣٢٠).

بخلاف المستأجر، فإن يده يد أمانة فلا يلزم مؤنة الرد، كالموعد^(١).

فصل

٢٧٤ - لا يجوز للمستعير أن يغير، ولا يؤجر^(٢).
ويجوزان للمستأجر^(٣).

والفرق: أن منافع العارية ملك للغير، أباها المستعير، فلا يملك منها إلا ما يتفع به، فلا يجوز له إخراجها إلى غيره.
بخلاف المستأجر، فإنه مالك المنافع^(٤).

فصل

٢٧٥ - إذا أعاره شيئاً، ثم وبه منه، بطلت العارية.
ولو أجره، ثم وبه، لم تبطل الإجارة^(٥).

والفرق: أن العارية إباحة كما بينا، وإذا زال الملك زالت الإباحة، فبطلت^(٦).
والإجارة تملك للمتفعة، فإذا زال حق المؤجر لم يزل حق المستأجر، كما لو باعها من أجنبى^(٧).

فصل

٢٧٦ - إذا اختلف مالك الدابة وراكبها، فقال المالك: أجرتكها، وقال الراكب: بل أعرتها، ولا بينة، أخذ بقول القابض مع يمينه، ولا أجرة^(٨)، ذكره ابن عقيل.

(١) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الشرح الكبير (٣٦٣/٣)، كشاف القناع (٤/٤٦)، مطالب أولي النهى (٦٩٦/٣).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٨٣)، المقتنع وحاشيته (٢/٢٢٩٢٠٣)، الامتناع (٢/٣٣٥)، متنبي الإرادات (٥٥٠/١).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٨١)، المقتنع (٢/٢٠٢)، الامتناع (٢/٣٠٣)، غایة المتهى (٢/٢٠٢).

(٤) انظر: المغني (٥/٢٢٧)، الشرح الكبير (٣/١٨٣)، كشاف القناع (٤/٧٢)، مطالب أولي النهى (٧٣٩/٣).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٧٠)، الامتناع (٢/٣١٣).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/٧٠)، كشاف القناع (٤/٣٢).

(٧) انظر: كشاف القناع (٤/٣١).

(٨) انظر: المغني (٥/٢٣٥)، الشرح الكبير (٣/١٨٤)، المبدع (٥/١٤٨١٤٧)، الإنصاف (٦/١١٨-١١٧).

ولو قصر قصار ثوب رجل، وقال: استأجرتني لقصيرته فعليك الأجرة، فأنكر صاحبه، ولا بينة، وأخذ يقول صاحب الثوب.
والفرق: أن القصار مدع عقداً، والأصل عدمه، وبراءة ذمة صاحب الثوب.
ويهذا المعنى أخذ يقول الراكب، لأن المالك يدعي ما الأصل عدمه، وبراءة الذمة منه، وهو العقد^(١).

فصل

٢٧٧ - إذا أعاره أرضاً لغرس أو بناء مدة معلومة، وشرط عليه قلعه عند انقضائه، لم يغنم المغير نقص البناء والغرس بالقلع^(٢).
ولو لم يشرطه لم يلزمه حتى يضمن المغير قيمته، أو ما نقص بالقلع، سواء طاله بالقلع بعد المدة، أو قبلها^(٣).
والفرق: أنه إذا شرط ذلك فقد قيد لفظ العارية بما يخالف العادة، فلزمه مقتضى اللفظ، وكلفناه قلع ذلك، ولا غرم له.

بخلاف ما إذا لم يشرط القلع، فإنه يتقيد اللفظ بالعادة، والعادة تأبىد الغرس والبناء، وليس في اللفظ ما يخالف ذلك، فإذا كلفه خلاف العادة كلف غرم النقص، كما لو أعاره من غير توثيق، لأن التوثيق ليس صريحاً في القلع عند انقضاء المدة، لاحتمال أن يريد الأجرة بعد المدة، أو بيعها منه، فلهذا الاحتمال صار التوثيق وعدمه سيان^(٤).

فصل

٢٧٨ - يضمن الغاصب المغصوب بأكثر القيمتين: من قيمته يوم غصبه، ويوم تلفه^(٥).
وإذا تلفت العارية ضمنت بقيمتها يوم التلف^(٦).

(١) انظر: المغني (٥/٢٣٥)، الشرح الكبير (٣/١٨٤)، المبدع (٥/١٤٨)، كشف النقانع (٤/٧٤).

(٢) انظر: المغني (٥/٢٣٢)، المحرر (١/٣٦٠)، الفروع (٤/٤٧١)، غایة المتنهى (٢/٢٢٥).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٩٠)، الكافي (٢/٣٨٤)، المحرر (١/٣٦٠)، غایة المتنهى (٢/٢٢٥).

(٤) انظر: المغني (٥/٢٣٢)، الشرح الكبير (٣/١٧٨)، كشف النقانع (٤/٦٧٦)، مطالب أولي النهى (٣/٧٣٢).

(٥) الشرح الكبير (٣/٢٠١، ٢٠٠)، الإنصاف (٦/١٥٥-١٥٧، ١٩٤-٢١٩)، متنه الإرادات (١/٥١٢، ٥١٨).

(٦) انظر: الهدایة (١/١٩٠)، المقفع (٢/٢٢٨)، المحرر (١/٣٦٠).

والفرق: أن المستعير غير معتمد، لأنه قاپض للعين بإذن المالك، فزيادتها ونقصها غير مضمون عليه مع بقاء عينها^(١).

بخلاف الغاصب، فإنه معتمد بغضبه، فالنقص مضمون عليه، لكونه تلف في يده العادية، فلذلك ضمن أكثر الأمرين^(٢).

فصل

٢٧٩ - إذا استعار دابة مدة فانقضت، ولم يتتفع بها بعد المدة، فعلية ضمانها. ولو استأجرها مدة فانقضت، ولم يتتفع بعدها لم يضمن.

والفرق: أن العارية مضمونة بقبضها، فلا يبرأ إلا بردها، فإذا لم يردها حتى تلفت ضمنها، كالغاصب.

بخلاف المستأجر، فإن العين المؤجرة غير مضمونة، ولا يلزم ردها بعد انتهاء مدة الإجارة إلا بطلب المؤجر، ومؤنة الرد على المؤجر، فهي كالوديعة، فلذا لم يضمن فيما لم يتعد^(٣).

باب الغصب

فصل

٢٨٠ - إذا غصب ثوباً مصبوغاً فبله، فنفقت قيمة، وجب رده وأرش نقصه^(٤).

ولو غصب حنطة فبلها، فعفت عفونة غير متناهية، لزم الغاصب مثلها^(٥).

والفرق: أن فساد الثوب متنه، فلا يكون كالثالث.

بخلاف الحنطة، فإن فسادها غير متنه، لأنه يزيد حتى يتلفها، فجعلت كالثالثة في الحال^(٦).

(١) انظر: الكافي (٢/٣٨٢).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٥)، المغني (٥/٢٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢١٤).

(٣) المغني (٥/٥٣٦، ٢٢٩)، الشرح الكبير (٣/٣٦٤)، كشاف القناع (٤/٧٣٠٤٦)، مطالب أولى النهى (٣/٦٩٧، ٧٤٥).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٩٣)، المقنع (٢/٢٤١)، المحرر (١/٣٦١)، الإمتناع (٢/٣٤٦).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٩٢)، المقنع (٢/٢٣٩)، الفروع وتصحيحه (٤/٥٠٤٥)، المبدع (٥/١٦٧)، الإمتناع (٢/٣٤٥)، منتهي الإرادات (١/٥١٣).

(٦) انظر: الكافي (٢/٣٨٩)، الإنصاف (٦/١٥٨).

فصل

٢٨١ - إذا غصب جارية ضمن منفعتها بالغصب.
ولا يضمن منافع بعضها حتى يتلفها^(١).

والفرق: أن منافع البعض لا تدخل تحت الغصب، بدليل: أنه لو زوجها مالكها
بغير الغاصب صحيحة، وإنما تضمن بالإتلاف، كالحر.
بخلاف بقية منافعها، لأنها تدخل تحت الغصب، بدليل: أنه لو أجرها مالكها
من غير الغاصب لم يصح.

فصل

٢٨٢ - إذا اشتري أمرين، فتسرى بإحدهما، وزوج الأخرى، فولدتا، ثم ظهر
أن بائهما كان غاصباً لهما، أخذهما المالك، وأخذ أولاد المزوجة، وعوض أولاد
السرية من سيدتها، ويرجع المشتري على الغاصب بما غرمته من عوض أولاده، لأنه
غرر، ولا يرجع عليه بقيمة أولاد المزوجة.

والفرق: أن أولاد المزوجة يتبعونها في الرق فحكمهم حكمها، والمشتري [١٧٤]
التزم بالعقد ضمان الأم، فكذا أولادها، فإذا استحقوا لزم ضمانهم حتى يردهم إلى
مستحقهم كأموالهم، ولا يرجع المشتري على الغاصب إلا بما دفع إليه من الثمن.
وليس كذلك أولاده من السرية، لأنه لم يتلزم بالعقد ضمانهم، وإنما دخل على
أن يسلموا له، فإذا أدى عوضهم رجع به على الغاصب، لأنه غرر^(٢).

فصل

٢٨٣ - إذا اشتري أمة فاستولدها، ثم استحقت، فلمالكها أخذها ومهرها وقيمة
أولادها، ويرجع على الغاصب بقيمة الأولاد.
 ولو اشتري الأب جارية ابنه وأولادها، ثم استحقت وأخذت مع قيمة الأولاد،
لم يرجع الأب على ابنه بما غرمته من قيمتهم.

والفرق: أن الابن لم يضمن بالعقد للأب سلامه الولد، فقد اغتر من غير
تغريب، فلا يرجع، كما لو رأى ضرع شاة كبيرة^(٣) فاشتراها، فإنه لا يكون حكمه

(١) انظر: المغني (٥/٥-٢٩٢)، الشرح الكبير (٣/٢١٨)، الفروع (٤/٤٩٥)، كشاف القناع (٤/٤٩٥-٢٩٣).

(٢) انظر: المقنع وحاشيته (٢/٢٤٢، ٢٤٥)، الشرح الكبير (٣/٢٠٨-٢١٠)، المبدع (٥/١٧٤-١٧٧)، كشاف القناع (٤/٩٩-١٠٠).

(٣) انظر: المغني (٤/١٥٨)، الشرح الكبير (٢/٣٧٤)، كشاف القناع (٣/٢١٤).

حكم المتصراة^(١).

بخلاف المشتري، فإن البائع ضمن له بالعقد سلامته، فإذا لم يسلم رجع بما ضمنه على من غره.

قلت: قال الوالد: هذا الفصل مضطرب، لأن قوله في صدر الباب: ولو اشتري الأب جارية ابنه وهم منه، وصوابه: لو استولد الأب جارية ابنه. قال: وقد ذكرها على ما صوبه الكرايسبي في فروقه^(٢).

قال: وقوله في الفرق: إن الابن لم يضمن بالعقد للأب سلامة الولد غير صحيح، بل هو ضامن له ذلك، لكونه لا فرق بينه وبين الأجنبي في ذلك، وهذا ظاهر.

فصل

٢٨٤ - إذا غصب مثلياً^(٣) فأتلفه وأعوز مثله، لزمه قيمته يوم قبضها^(٤).

ولو غصب متقوماً^(٥) لزمه قيمته يوم التلف، أو أكثر الأمرين: من يوم الغصب إلى يوم التلف على اختلاف الروايتين.

والفرق: أنه في الأولى إنما ثبت في ذمته المثل، فاعتبرت قيمته يوم أخذ العرض عنه، لأنه لو وجد لزمه ابتعاده مهما كان^(٦).

وفي الثانية، الواجب في ذمته القيمة لا غير، وقد استقر وقت التلف، فلا يعتبر بغير ذلك الوقت^(٧).

فصل

٢٨٥ - إذا غصب صاعين عصيراً قيمتهما دينار، فعلاهما حتى يجيء منهما صاع قيمته دينار فرده، لم يلزمبه معه شيء آخر^(٨).

(١) انظر: المتنى (٤/١٥٣-١٥٠)، المبدع (٤/٨٢)، الإمتاع (٢/٩٢-٩٣).

(٢) انظر: فروق الكرايسبي (٢/٧).

(٣) انظر: القاموس المعحيط (٤/٤٨).

(٤) انظر: الهداية (١/١٩٢)، الكافي (٢/٤٠٣)، المحرر (١/٣٦١)، الإنصال (٦/١٩١)، الإمتاع (٢/٣٥٠).

(٥) انظر: المصباح المنير (٢/٥٢٠).

(٦) انظر: الكافي (٢/٤٠٣)، المغني (٥/٢٨٠)، الشرح الكبير (٣/٢١٣)، المبدع (٥/١٨١).

(٧) انظر: الكافي (٢/٤٠٤)، المغني (٥/٢٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢١٤).

(٨) انظر: الكافي (٢/٣٩١)، المغني (٥/٢٥١)، الشرح الكبير (٣/٢٠٢)، الفروع (٤/٥٠٩)، المبدع (٥/١٨٥)، الإنصال (٦/٢٠١)، كشف القناع (٤/١١٠).

ولو كانا زيتاً، لزمه مع رده مثل الصاع التالف^(١).
ذكرهما في المجرد.

والفرق: أن الذاهب من العصير بغلانه هو الماء، لأن النار تذهب مائته،
وتجمع حلاوته، والماء لا قيمة له.

[بـ] بخلاف الزيت، فإنه لا ماء فيه، فالذاهب جزء منه، لأن النار لا تعقد أجزاءه [٤٤/بـ]
بل تلتها، فيلزمها ضمان ذلك، كما لو أودعه في المصباح.

فصل

٢٨٦ - إذا غصب خشبة فبني عليها، نقض بناؤه، ورددت إلى مالكها^(٢).
ولو رقع بها سفينة لم تقلع وهي في اللجة^(٣) إذا خيف الغرق^(٤).

والفرق: أن البناء مؤبد، فلو لم يلزمها نقضه لردها دخل الضرر على مالكها
على الدوام، فإذا دخل الضرر على الغاصب أولى.

بخلاف الخشبة، فإنه يمكن الجمع بين المصلحتين بالتأخير إلى أن ترسى، لأن
المدة في ذلك قصيرة^(٥).

فصل

٢٨٧ - إذا تعدى بالبناء على جدار جاره، فأقره الجار على تعديه، أو عفى عن
مطالبه بهدمه، ثم عاد وطالبه بذلك، فله المطالبة بنقض البناء.
ولو كان البناء بإذن الجار ثم رجع، لم يلزم الباني نقض البناء، ذكرهما
القاضي في الأحكام السلطانية.

والفرق: أن الباني في الأولى متعد ببنائه، وإن قرار الجار وعفوه لا يصيره مأذوناً
فيه، كما لو أقر غريمته على المماطلة بدين، فإنه لا يسقط حقه من المطالبة، فكذا
هنا.

(١) انظر: الكافي (٢/٣٩١)، المغني (٥/٢٥١)، الشرح الكبير (٣/٢٠٣)، كشف القناع (٤/١١٠)،
مطالب أولي النهى (٤/٥٨).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٩١)، الكافي (٢/٤٠٠)، الصحر (١/٣٦١)، الامتعة (٢/٣٣٩).

(٣) انظر: لسان العرب (٢/٣٥٤)، القاموس المحيط (١/٢٠٥).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٩١)، الكافي (١/٤٠١)، المحرر (١/٣٦١)، الامتعة (٢/٣٤١).

(٥) انظر: المغني (٥/٢٨٦)، الشرح الكبير (٣/١٩٥)، المبدع (٥/١٥٥)، كشف القناع (٤/٧٩)،
كتاب العارية (٤/٨٤).

بخلاف ما إذا ابتدأ البناء بإذن، فإنه غير متعد، بل مالك الحائط أباً عنه، وقد تقرر: أنه لا رجوع للمعير حتى ينقض البناء.

فصل

٢٨٨ - إذا اشتري أرضاً وزرعها وأخذ الزرع، ثم بانت مقصوبة، فلا شيء لمالكها في الزرع^(١).

ولو اشتري نخلاً فأثمرت، ثم استحقت، فالثمر لرب الأصل^(٢).

والفرق: أن ثمرة النخل متولدة من عينها، فكانت لمالكها^(٣).

بخلاف الزرع، فإنه مودع فيها، فلذا لا يستحقه رب الأرض^(٤).

فصل

٢٨٩ - إذا قال الغاصب: كان المغصوب معيناً، فأنكر المالك ولا بينة، فالقول قول المالك.

ولو قال المالك: كانت الجارية كاتبة، فأنكر الغاصب، فالقول قوله.

والفرق: أن القول قول من يدعي الأصل إذا عدلت البينة، والأصل السلام، وعدم الكتابة^(٥).

فصل

٢٩٠ - إذا زرع الغاصب الأرض لم يكن لمالكها إجراء على قلعه، بل يخир: بين إبقاءه بالأجرة، وبين أخذه بقيمتها^(٦).

ولو غرسها أجراه على قلعه^(٧).

والفرق: أن الزرع لا تطول مدة، ولا يبقى، وفي قلعه تلفه.

(١) انظر: المغني (٥/٢٥٣)، الشرح الكبير (٣/٢٩٢)، الفروع (٤/٤٩٩).

(٢) المغني (٥/٢٥٦)، الشرح الكبير (٣/٢٩١)، المبدع (٥/١٥٨)، مطالب أولي النهى (٤٠/١٢).

(٣) المغني (٥/٢٥٦)، الشرح الكبير (٣/٢٩١)، المبدع (٥/١٥٨)، مطالب (٤/١٢).

(٤) المغني (٥/٢٥٣)، الشرح الكبير (٣/١٩١)، المبدع (٥/١٥٥)، كشف النقاع (٤/٨٠).

(٥) المغني (٥/٢٩٥)، الشرح الكبير (٣/٢٢٠)، الإنصاف (٦/٢١١)، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٢٣).

(٦) انظر: الهدایة (١/١٩٥)، المقعن (٢/٢٣٤)، المحرر (١/٣٦١)، الروض المریع (٢/٢٢٢).

(٧) انظر: المغني (٥/٢٤٢)، المحرر (١/٣٦١)، الفروع (٤/٤٩٨)، الروض المریع (٢/٢٢٢).

بخلاف الغرس، فإنه يبقى، فيضر دوامه برب الأرض^(١).

فصل

٢٩١ - إذا غصب عبداً صغيراً فقتل عنده قتيلاً، فرده على مالكه، ففداء، أو دفعه في الديمة، رجع السيد على الغاصب بالأقل: من قيمته، أو أرش الجنائية^(٢).
 [١/٢٥] ولو غصب صبياً حراً فقتل / عنده قتيلاً، لم يضمن شيئاً^(٣).
 والفرق: أن العبد في ضمان الغاصب، بدليل: أنه لو مات لزمه ضمانه، وجنائية المغصوب مضمونة على غاصبه، فلذلك رجع السيد بها على الغاصب^(٤).
 بخلاف الصبي الحر، فإنه لا يصح غصبه، ولا يدخل في ضمان الغاصب، بدليل: أنه لو مات لم يضمنه، فلا يلزم أرش جنائيته.

فصل

٢٩٢ - إذا غصب عبداً فزادت قيمته لسمن أو تعلم صنعة، ثم هزل أو نسي الصنعة، فعاد إلى قيمته الأولى، فالزيادة مضمونة على الغاصب.
 ولو زادت قيمته لتغير الأسواق، ثم نقصت حتى عادت إلى قيمته الأولى، لم يضمن تلك الزيادة^(٥).
 والفرق: أن الزيادة في الأولى عين أو صفة قائمة بالمغصوب، يملكونها السيد، كما يملك العين.
 بخلاف الثانية، فإن الزيادة لا تتعلق لها بالعين المغصوبة، والسيد لا يملكونها، فلهذا لا يضمنها الغاصب^(٦).

فصل

٢٩٣ - لا تضمن زيادة السعر مع بقاء العين.

وتعتبر مع تلف العين.

(١) انظر: المعني (٥/٢٥٤)، الشرح الكبير (١٩١/٣)، المبدع (٥/١٥٦)، كشاف القناع (٤/٨٠).

(٢) انظر: المعني (٥/٢٩٧)، الشرح الكبير (٣/٢٠٣)، الإنصال (٦/١٦)، الإمتاع (٢/٣٤٥).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤٠٩)، الفروع (٤/٤٩٥)، الإمتاع (٢/٣٣٨).

(٤) انظر: المعني (٥/٢٩٧)، الشرح الكبير (٣/٢٠٣)، كشاف القناع (٤/٩٣).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٩١-١٩٢)، المقنع (٢/٢٣٨-٢٣٩)، الإمتاع (٢/٣٤٥)، شرح متنه الإرادات (٢/٤٠٨).

(٦) انظر: المعني (٥/٢٥٨)، الشرح الكبير (٣/٢٠١-٢٠٠)، المبدع (٥/١٦٢١٦٥)، كشاف

القناع (٤/٩٢-٩١).

والفرق: أن مع بقاء العين يجب ردتها، لا قيمتها، فلا أثر لزيادة القيمة ولا نقصها.

بخلاف ما إذا تلفت العين، فإن الواجب أداء القيمة، فتعتبر أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، كما لو تلفت العين حال علو قيمتها.

فصل

٢٩٤ - إذا غصب عبداً قيمته مائة فخراه، فصارت قيمته مائتين فرده، لزمه مع رده مائة، وهي قيمته وقت الغصب لأجل الخصاء.

ولو غصب جارية مفرطة في السمن، قيمتها مائة فترشت، فصارت قيمتها مائتين فردها، لم يلزمها شيء^(١).

والفرق: أن الفائت في مسألة العبد يضمن بالمقدار من الحر، لا بالتقويم، فلذلك لم يعتبر قيمته.

بخلاف الفائت من الجارية، لأنه يضمن بما ينقص من المالية، ولم تنقص ماليتها بذلك، فلذلك لم يلزمها شيء^(٢).

فصل

٢٩٥ - إذا غصب ثوباً فباعه، فقطعه المشتري، وهو جاهل بالغصب، فضمان أرش القطع عليه، دون الغاصب، فإذا غرم لم يرجع على الغاصب^(٣).

ولو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه فقطعه، فضمان أرش قطعه على القصار، دون القاطع، ولو غرم رجع به على القصار^(٤).

والفرق: أن المشتري دخل على أن المبيع مضمون عليه بالشمن، فإذا خرج مستحقاً بعد تلفه تلزمته لمالكه، ولا يرجع بها على الغاصب، بل بما دفعه إليه من الشمن^(٥).

(١) انظر: المقنع (٢٣٩-٢٣٨/١)، الكافي (٣٩١/٢)، الفروع (٤/٤٥٠٣-٥٠٤)، الإمتناع (٣٤٥/٢).

(٢) انظر: الكافي (٣٩١/٢)، المغني (٥/٤٥١)، الشرح الكبير (٣٠٣/٣)، كشف النقاب (٤/٩٢-٩١).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٣٠٩/٣)، كشف النقاب (٤/٩٩-١٠٠).

(٤) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الفروع (٤/٤٥١)، الإنفاق (٦/٧٨). وقد نصت هذه المصادر وغيرها بأن على القاطع أرش التقص وزادت المصادر: الإمتناع (٢/٣١٤-٢)، متنه الإرادات (١/٤٩٣)، غاية المتنبي (٢١١/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٢٠٩/٣)، المبيع (٥/١٧٥)، كشف النقاب (٤/١٠٠)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨).

بخلاف مسألة القصار، فإن القاطع دخل على أنه متصرف في ملكه، فإذا بان متصرفه في غير ملكه رجع بما غرم من الأرش على من غيره^(١).

فصل

٢٩٦ - إذا حل زفاف في سمن جامد، فصال بالشمس ضمنه^(٢).

ولو كان مائعاً فبقي بعد حلّه قاعداً، فرمته الريح لم يضمنه^(٣).

والفرق: أن خروجه بعد ذوبه هو بسبب حل الزق، لأنّه لم يحدث بعد حلّه مباشرة من غيره، فضمنه.

بخلاف ما إذا رمته ريح، لأن الريح لها فعل، فهو كما لو حرّكه إنسان قلبه، والدليل على أن للريح فعلًا: أن إنساناً لو حفر بثراً متعدّياً، فرمّت فيها الريح مال إنسان فتلف لم يضمنه الحافر، لأن الحفر سبب، وفعل الريح مباشرة، فهو كما لو دفعه إنسان فرماه فيها، فإنه يسقط حكم السبب مع المباشرة^(٤).

فصل

٢٩٧ - إذا أخرج جناحاً إلى ملك غيره، أو إلى الطريق، فطالبه الجار، أو بعض مستحقى الاستطراف بإزالته، وأشهد بذلك، فباع المتعدي ملكه، فوقع الجناح، فأتلف مالاً، لزمه ضمانه^(٥).

ولو بني حائطاً مستقيماً، فمال إلى ملك جاره، فطالبه بنقضه، وأشهد بذلك، فباع الباني داره، فسقط حائطه فأتلف مالاً، لم يضمنه البائع^(٦).

والفرق: أن الجناح حصل بفعله، فإذا باع بعد الإشهاد فالجنائية حاصلة بما كان منه، فلزمته الضمان^(٧).

بخلاف المسألة الثانية، فإن ميل الحائط غير منسوب إلى صاحبه، فإذا طولب

(١) انظر: كشف النقاع (٤/٣٤)، شرح متيني الإرادات (٢/٣٧٨)، مطالب أولي النهي (٣/٦٨٠).

(٢) انظر: الهدية (١/١٩٦)، الكافي (٢/٤١٢)، الإماع (٢/٣٥٤)، الروض المربي (٢/٢٢٥).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٣/٢٢١)، الإنصاف (٦/٢٢٠)، الإماع (٢/٢٥٤)، متيني الإرادات (١/٥٢١).

(٤) انظر: المغني (٥/٣٠٤)، الشرح الكبير (٣/٢٢١)، المبدع (٥/١٩١).

(٥) انظر: الفروع (٤/٥٢١)، الإنصاف (٦/٢٣١)، الإماع (٢/٣٥٨).

(٦) انظر: الشرح الكبير (٣/٢٢٩)، الإنصاف (٦/٢٣١)، غاية المتيني (٢/٢٤٦).

(٧) انظر: كشف النقاع (٤/١٢٤)، مطالب أولي النهي (٤/٨٣).

بإزالته فإنما يلزمه على وجه ممكّن، وبعد البيع لا يمكن، لأنّه قد صار ملك غيره، فلذلك لم يضمن^(١).

فصل

٢٩٨ - إذا اشتري عبداً فأعتقد، فادعى إنسان: أنه عبده، فصدقه البائع والمشتري، لم يقبل قولهم على العبد، ولم يحكم برقه. ولو مات العبد وخلف مالاً، ولا وارث له من النسب، حكمتنا بماله للمدعي. والفرق: أنا لو قبلنا قولهم: إن العبد ملك للمدعي، لسقط حق العبد من الحرية، وقولهم غير مقبول عليه، لأنّهم متهمون في ذلك. وإنما حكمتنا بماله للمدعي، لأنّ معتقده لا يدعى الولاء ولا الميراث، وفي الظاهر هو المستحق له، فإذا اعترف به لغيره قبل قوله في ذلك^(٢).

باب الشفعة

فصل

٢٩٩ - إذا باع المشتري الشخص^(٣) المشفوع، نقض الشفيع، وأخذ بالشفعة^(٤). ولو باع الولد ما ورثه/ له أبوه، لم يكن للأب نقض البيع والرجوع في الهيئة^(٥). والفرق: أن الواهب سلط الموهوب له على التصرف في الموهوب، فلم يكن له نقضه بعد ذلك.

بحلّاف الشفيع، فإنه لم يسلط المشتري على التصرف، بل تصرف بغير إذنه، وحقه مقدم على حق المشتري، فكان له نقضه، كما لو باع ملكه بغير إذنه^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٢/٢٢٦)، المبدع (٥/١٩٦)، كشاف القناع (٤/١٢٤).

(٢) المعنى (٥/٢٩٦-٢٩٧)، الشرح الكبير (٢/٢١٢)، المبدع (٥/١٨٠)، مطالب أولي النهي (٤/٥٠).

(٣) الشخص لغة: بكسر الشين، القطعة من الأرض، والجزء من الشيء يجمع على أشخاص والشقيص الشريك. انظر: لسان العرب (٧/١٨).

(٤) ولو الخيار بالأخذ بأي ثمن البيتين شاء. انظر: الهداية (١/١٩٩)، المقطوع (٢/٢٦٨)، المحرر (١/٣٦٦)، متهي الإرادات (١/٥٣١).

(٥) انظر: الهداية (١/٢١٢)، الكافي (٢/٤٧٠)، الإنفاق (٧/١٤٦)، متهي الإرادات (٢/٢٧).

(٦) فروق الكرايسبي (٢/١١٨-١١٧).

فصل

٣٠٠ - إذا اشتري شخصاً مشفوعاً، فقبل أن يؤخذ بالشفعه تلف بعده بفعل آدمي، أخذ الباقى بقسطه من الثمن.

ولو تلف بفعل الله، أخذ الباقى بكل الثمن^(١). عند ابن حامد.

والفرق: أنه إذا كان المتلف آدمياً، رجع المشتري عليه بدل التالف.

بخلاف فعل الله تعالى، فإن المشتري لا يحصل له في مقابلة التلف شيء، فإذا أخذ الشفيع كل الثمن، أو يترك، لإزالة الضرر عنه^(٢).

فصل

٣٠١ - إذا باع شخصين من دارين، فللشفيع أن يأخذ أحدهما، ويترك الآخر^(٣).

وإن كانت دار بين ثلاثة، باع أحدهم حصته، وعفى أحد الآخرين عن شفعته لم يكن للأخر إلا أخذ الكل أو الترك^(٤).

والفرق: أن الشخصين في دارين لكل منهما حكم مفرد، لا يلزم من ترك أحدهما ترك الآخر، كما لو كان الشفيع فيما اثنين^(٥).

بخلاف الثانية، فإن الدار لها حكم واحد، بدليل: أنه لو كان الشفيع واحداً لم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك، فكذا ما نحن فيه^(٦).

فصل

٣٠٢ - إذا كانت دار لثلاثة: اشتري أحدهم نصيب آخر منهم، كان المبيع بين المشتري والشريك نصفين، فإن عفى الشريك للمشتري صحيحاً، وإن عفى المشتري لم يصح.

والفرق: أن المشتري ملك ما اشتراه بالشراء، فلم يزل ملكه عنه بالغفو.

(١) انظر: الهدایة (١/٢٠٠)، الكافی (٤٣١/٢)، الإنصاف (٦/٢٨٢)، الإمتناع (٢/٣٧١).

(٢) انظر: المغني (٥/٣٤٧)، الشرح الكبير (٣/٢٥٣)، المبدع (٥/٢١٦).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٠٠)، المقعن (٢/٢٦٦)، المحرر (١/٣٦٦)، الروض المربي (٢/٢٢٧).

(٤) انظر: المغني (٥/٣٦٦)، وقال ابن المتندر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا الإنصاف (٢/٣٧٠).

(٥) انظر: الكافی (٢/٤٤٢)، المغني (٥/٣٥١)، الشرح الكبير (٣/٢٥٣)، كشف القناع (٤/١٥٠).

(٦) انظر: المغني (٥/٣٦٦)، الشرح الكبير (٣/٢٤٨)، المبدع (٥/٢١٤)، كشف القناع (٤/١٤٨).

والشريك شفيع لم يملك نصيباً من المبيع وإنما ملك أن يملك، فزال بالعفو^(١).

فصل

٣٠٣ - إذا أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع لم يسقط^(٢).

ولو أسقط المشتري حقه من أرش المعيب ورضي به سقط^(٣).

والفرق: أن الشفيع إنما يستحق بعد البيع، فإذا ساقطه قبله إسقاط حق لم يثبت له، فلم يؤثر، كإجازة الورثة قبل الموت^(٤).

بخلاف الثانية، فإن المشتري إنما يملك الرد بتقدير الجهل بالعيوب، أما مع علمه والرضا فلا^(٥).

فصل

٣٠٤ - إذا صالح المشتري الشفيع على ترك الشفعة بعوض لم يصح.

ولو صالح على ترك القصاص بعوض صح.

قلت: وهذه المسألة تقدمت في كتاب/ الصلاح.

[٣/ب]

فصل

٣٠٥ - دار لثلاثة، باع اثنان منهم نصيبيهما من اثنين في حالة واحدة، فللشفيع أخذ الجميع، وله العفو عن أحدهما، وأخذ الآخر^(٦).

ولو كان البيعان في زمانين، وعفى عن الأول لم يختص بالثاني، بل يشترك فيه هو والمشتري الأول^(٧).

(١) انظر: المغني (٣٦٦/٥)، الشرح الكبير (٢٥٠/٣)، المبدع (٢١٤/٥)، مطالب أولي النهي (٤/١٢٢).

(٢) انظر: الهدایة (١٩٩/١)، المقنع (٢٦٢/٢)، الفروع (٤/٥٤١) الامتناع (٣٨٦/٢).

(٣) انظر: الهدایة (١٤٢/١)، الكافي (٢/٨٤)، الشرح الكبير (٢/٣٧٩)، والروض المربع (٢/١٧٥).

(٤) انظر: المغني (٣٨٠/٥)، الشرح الكبير (٢٤٤/٣)، المبدع (٢١٢/٥)، كشف النقاب (٤/١٤٥).

(٥) انظر: الكافي (٢/٨٤)، الشرح الكبير (٢/٣٧٩)، المبدع (٤/٨٨)، شرح متنبي الإرادات (٢/١٧٦).

(٦) انظر: المبدع (٥/٢١٦)، الإنصاف (٦/٢٨١)، الامتناع (٢/٣٧١).

(٧) انظر: المقنع (٢/٢٦٤)، الفروع وتصحيحه (٤/٤٥٦)، غاية المتنبي (٢/٢٥٥).

والفرق: أن الشفعة تجب بالشركة الموجودة حال البيع، وفي الأولى لم يكن أحد من المشترين شريكاً حال البيع، فلهذا استقل الشريك بالشخصين إن شاء، ويتركهما إن شاء.

بخلاف الثانية، فإن المشتري الأول كان شريكاً حين الشراء الثاني، فشارك في الشفعة^(١).

فصل

٣٠٦ - إذا أقرَّ مالك الشخص المشفوع أنه باعه من فلان، فأنكر فلان، وجبت الشفعة^(٢).

ولو أشار إلى عبده وهو أكبر سناً منه، وقال: هذا ابني لم يعتق^(٣).

والفرق: أنه يستحيل أن يكون صادقاً في كونه ابنه، فلما استحال السبب تحقق بطلاهه، فلذا لم يعتق^(٤).

بخلاف إقرار البائع، لأنه يتحمل أن يكون صادقاً، فلزمته حكم إقراره^(٥).

ثالث: فإن قيل: فما وجه الشبه بين هاتين المسألتين؟ ليحتاج إلى الفرق في المعنى.

فالجواب: أنه لما كان البيع في مسألة الشفعة هو سببها، وقد تبين أنه لم يوجد، وقد رتب عليه مقتضى وهو الشفعة، فكان ينبغي أن تكون مسألة العتق كذلك، فيحکم بعتق العبد، مع أن سببه وهو كونه ابنًا للمعتق غير موجود، فمن هنا أشتبها، وحصل الفرق بما ذكرنا.

كتاب المساقاة

فصل

٣٠٧ - إذا شرط في عقد المساقاة أن تكون أجرة الأجراء الذين يستعين بهم العامل من الثمرة وسطاً، لم يصح^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٣/٢٥٠)، مطالب أولي النهي (٤/١٢٣).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤٤٨)، المحرر (١/٣٦٧)، الإنصاف (٦/٣٠٩)، الروض المرريع (٢/٢٢٩).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٢٥)، المقتنع (٢/٤٧٨)، المحرر (٢/٤٧٨)، الإمتاع (٣/١٣٢).

(٤) انظر: المغني (٩/٣٢٢)، الشرح الكبير (٦/٣٥٠)، مطالب أولي النهي (٤/٦٩٦).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٢٣)، الشرح الكبير (٣/٢٧١)، كشف النقانع (٤/١٦٣).

(٦) انظر: المغني (٥/٤٠٤)، الشرح الكبير (٣/٢٨٨)، الإمتاع (٢/٢٧٨).

ولو شرطاً في عقد المضاربة أن تكون أجرة الكيال والنقل من مال المضاربة،
صح^(١).

والفرق: أنه في المضاربة لم تجر العادة بتولي المضارب لذلك، فكانت أجرة
من يعملها من المال.

بخلاف المساقاة، فإن وضعها أن يكون المال من رب المال، والعمل من
العامل، فإذا شرط ما ذكرنا وسطاً فقد شرط بعضاً على رب المال، فيصير عليه مال
وعمل، وذلك لا يصح^(٢).

فصل

٣٠٨ - إذا قال: ساقتك على هذا البستان بالنصف، على أن أساقيك الآخر
بالثلث، لم يصح فيما^(٣).

ولو ساقاه عليهما، وعين الحصة فيما صح^(٤).

والفرق: أنه في الأولى شرط عقداً في عقد، فلم يصح، كالبيع.
بخلاف الثانية، فإنه عقد واحد لا شرط فيه، وإنما بين الحصص فيما، كما لو
باع شيئاً مختلفاً الثمن، فإنه يصح، كذا هنا^(٥).

فصل

٣٠٩ - بقر الدولاب^(٦) على رب الأرض.

وبقر الحرش على العامل^(٧).

والفرق: أن رب الأرض يجب عليه حفظ الأصل، كسد الحيطان، وإنشاء
الدولاب وأله، فكان عليه ما يديره.

بخلاف بقر الحرش، فإنها من جملة العمل، والعمل على الآثار^{(٨)(٩)}.

(١) انظر: الهدایة (١/١٧٥)، الكافی (٢/٢٧٢)، المحرر (١/٣٥٢)، الإمتناع (٢/٢٥٧).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٠٤)، الشرح الكبير (٣/٢٨٨).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٧٩)، المقتنع (٢/١٩١)، الفروع (٤/٤١٥)، الإمتناع (٢/٢٠٨).

(٤) انظر: الكافی (٢/٢٩٣)، المغني (٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٣/٢٨٣).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٣/٢٨٣).

(٦) انظر: القاموس المحيط (١/٦٦)، المعجم الوسيط (١/٣٠٥).

(٧) انظر: الكافی (٢/٢٩٤)، المحرر (١/٣٥٥)، الإمتناع (٢/٢٧٨)، الروض المرريع (٢/٢١٣).

(٨) انظر: القاموس المحيط (١/٣٦٥)، المصباح المنير (١/١٧).

(٩) انظر: المغني (٥/٤٠١)، الشرح (٣/٢٨٧)، المبدع (٥/٥٣)، كشف النقاب (٣/٥٤٠).

فصل

٣١٠ - إذا أخذ رب البذر مثل بذره، وقسمما الباقى لم يصح^(١).
وفي المضاربة يأخذ رب المال رأس المال، ويقتسمان الباقى^(٢).

والفرق: أن العامل في المزارعة يستقر ملكه على حصته من الزرع متذ ظهروره،
بدليل: أنه لو تلف منه مهما تلف كان الباقى بينهما، وبدليل: وجوب زكاته قبل
القسمة^(٣)، وإذا كان كذلك لم يكن لرب المال أن ينفرد منه بمثل بذره ولا بشيء
منه.

بخلاف المضاربة، فإن العامل لا يملك فيها شيئاً إلا بعد القسمة^(٤)، بدليل:
أنه لا يلزم زكاته^(٥) ويجبر الربح ما تلف من رأس المال، وإذا لم يملك فيها شيئاً
 فهو باق على ملكه، بدليل: أنه تلزم زكاته^(٦)، فاختص بملكه دون المضارب،
فافترقا.

قلت: وذكر لي شيخنا أبو إسحاق الدمشقي فرقاً بين هاتين، وهو: أن البذر في
المزارعة يستهلك في الأرض بحيث لا يرجع منه إلى شيء، ثم ينشئ الله تعالى منه
بعد استهلاكه في الأرض شيئاً آخر، وهي التي تقع فيها القسمة بين رب المال
والعامل، فالبذر وإن كان شيئاً في خروج الخارج لكنه استهلك، كما أن عمل العامل
جزء وسبب خروج الزرع وقد استهلك، فقد تساوى رب المال والعامل في أن ما كان
منهما لم يبق له صورة في الخارج، فلذلك تساوايا، ولم يجز لأحدهما أن يختص
على الآخر.

وهذا بخلاف المضاربة، فإن مال رب المال غير مستهلك، بل هو باق لم
يتغير، بحيث أي وقت طلب قدر العامل على تنفيذه^(٧)، فلذلك يختص به صاحبه،
وما يربح كان لهما.

(١) ويأخذ رب البذر الزرع كله، لأنه عين ماله، وعليه للعامل أجرة مثله. انظر: الكافي (٢/٢٩٧)،
المحرر (١/٣٥٥)، متهي الإرادات (١/٤٧٤).

(٢) انظر: الكافي (٢/٢٧٨)، الإمتناع (٢/٢٦٥)، متهي الإرادات (١/٤٦٣).

(٣) انظر: المغني (٥/٤١١)، الشرح الكبير (٣/٢٨٩)، المبدع (٥/٥٤).

(٤) انظر: الكافي (٢/٢٨٠)، المحرر (١/٣٥٢)، الإنفاق (٥/٤٤٥)، متهي الإرادات (١/٤٦٤).

(٥) انظر: الكافي (١/٢٧٩)، الشرح الكبير (١/٥٩٥)، الإنفاق (٣/١٦)، الإنفاق (٢/٢٤٣).

(٦) انظر: المغني (٣/٣٩٣٨)، الفروع (٢/٣٣٨٣٧)، الإنفاق (٣/١٧)، كشف النقانع (٢/١٧١).

(٧) انظر: المصباح المنير (٢/٦١٠)، القاموس المعجم (٢/٣٤٥).

كتاب الإجارة

فصل

٣١١ - إذا استأجر أرضاً للزرع فغرقت، وتلف زرعه، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة^(١).

ولو تلف الزرع بحريق أو جراد، لم تنفسخ^(٢).

والفرق: أن ما تلف به الزرع في الأولى أتلف المعقود عليه أيضاً، فانفسخت لذلك.

بخلاف الثانية، فإن المعقود عليه لم يتلف، والمؤجر لا يضمن سلامة الزرع للمستأجر^(٣).

فصل

٣١٢ - لا يضمن الأجير الخاص، وهو المقدر نفعه في الزمن، ما تلف بفعله، ويضمن الأجير المشترك، وهو المقدر نفعه بالعمل، ما تلف بفعله^(٤).

والفرق: أن الأجير الخاص يراد منه عمل في مدة، فيقع ذلك على السليم والمعيب، فإذا قصر ثواباً فخرقه، فالذى المحرق داخل تحت العقد، فيشتمل عليه إذن، فلذلك لم يلزمه ضمان.

[ب] بخلاف المشترك فإنه مستأجر لعمل في اللمة/، فلا يقع إلا على السليم فيكون العمل المفسد واقعاً بغير إذن، فيوجب الضمان^(٥).

فصل

٣١٣ - إذا استأجر أجيراً مشتركاً - وقد ذكرناه - فعمل في بيت المستأجر، فتلف العمل بعد فراغه فله الأجرة^(٦).

(١) انظر: المغني (٤٨٧/٥)، الفروع (٤/٤)، الإنفاق (٦/٦٣)، الإمتاع (٢/٢)، (٣١١).

(٢) انظر: المغني (٤٨٧/٥)، الفروع (٤/٤)، الإنفاق (٦/٦٣)، الإمتاع (٢/٢)، (٣١١).

(٣) انظر: المغني (٤٨٨/٥)، الشرح الكبير (٣٣٩/٣)، مطالب أولي النبي (٦٧١/٢).

(٤) انظر: المقطوع (٢٢٦/٦)، المحرر (١/٣٥٨)، الفروع (٤/٤٤٩-٤٩٢)، متهوى (١/٤٩٣).

(٥) انظر: المغني (٥٢٥/٥)، الشرح الكبير (٣٦٠/٣)، كشف القناع (٤/٣٣).

(٦) انظر: المغني (٥٣٤/٥)، الفروع (٤/٤٥٠)، المبدع (١٥/١١٠)، الإنفاق (٦/٧٤-٧٣)، كشف القناع (٤/٣٤).

وإن كان العمل في غير بيت المستأجر فتلف، فلا أجرة له^(١).
 والفرق: أن العمل إذا كان في بيت المستأجر فإنه يتسلم العمل حالاً فحالاً،
 فيرأ منه، ويستحق أجرته، كما لو كان التلف بعد سنتين.
 بخلاف ما إذا كان العمل في غير بيت المستأجر، فإنه ليس في يده، فلا يكون
 الأجير مسلماً للعمل أولاً فأولاً، ولا يبرأ إلا بتسليم العمل إلى المستأجر^(٢).

فصل

٣١٤ - إذا استأجر عبداً فمات، انفسخ الإجارة فيما يبقى^(٣).
 ولو استأجر داراً فانهدمت، لم تنفسخ الإجارة، بل يثبت للمستأجر خيار
 الفسخ، في أصبح الوجهين^(٤).
 والفرق: أنه بموت العبد تلفت العين المؤجرة، فبطلت الإجارة^(٥).
 بخلاف الدار، فإن عرصتها قائمة يتبع بها، وإنما انهدامها عيب، ثبت له
 خيار الفسخ، ولم تنفسخ^(٦).

فصل

٣١٥ - إذا استأجر دابة بعينها ليركبها مسافة معلومة، فله أن يركبها مثله^(٧).
 ولو أراد المؤجر أن يركب دابة غيرها لم يكن له ذلك^(٨).
 والفرق: أن المستأجر ملك منافع الدابة فله استيفاؤها بنفسه وبغيره،
 كالدين^(٩).
 بخلاف المسألة الثانية، فإن الذي ملك المستأجر منافعه هو الدابة المعينة، فلم
 يلزم، أخذ غيرها، كما لو باعه دابة وأراد إيدالها، فإنه لا يلزم، فكذا ها هنا^(١٠).

(١) انظر: المغني (٥٣٤/٥)، الفروع (٤/٤٥٠)، المبدع (١١٠/١٥)، الإنصاف (٦/٧٤٧٣)، كشاف القناع (٤/٣٤).

(٢) انظر: المغني (٥٣٤/٥)، المبدع (١١٠/٥)، كشاف القناع (٤/٣٤).

(٣) انظر: البداية (١١/١٨٠)، المغني (٤٤٣/٥)، الشرح الكبير (٣٥٢/٣)، كشاف القناع (٤/٢٧).

(٤) انظر: الكافي (٣١٦/٢)، الفروع (٤/٤٤٠)، الإنصاف (٦/٦٢)، الإنعام (٢/٣١١).

(٥) انظر: المغني (٤٥٣/٥)، الشرح الكبير (٣٥٢/٣)، كشاف القناع (٤/٢٧).

(٦) انظر: المبدع (٥/١٠٤).

(٧) انظر: الكافي (٣٣٥/٢)، المغني (٤٧٧/٥)، الشرح الكبير (٣٣٦/٣).

(٨) انظر: المغني (٥/٤٧٥)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨).

(٩) انظر: المغني (٤٧٧/٥)، الشرح الكبير (٣/٣٣٦).

(١٠) انظر: المغني (٤٧٥/٥)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨).

فصل

٣١٦ - إذا دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، وكان يعرف بأخذ الأجرة على ذلك فله الأجرة، وإن لم يعقد معه عقداً، ولا ذكر له أجرة.
وإن لم يكن يعرف بذلك لم يستحق أجرة إلا بعد، أو بشرط العوض أو تعريض به^(١).

والفرق: أنه إذا كان يعرف بأخذ الأجرة فشاهد الحال يقوم مقام التعريض بالأجرة.

بخلاف ما إذا لم يكن معروفاً بذلك، وليس هناك عقد، ولا تعريض، ولا شاهد، فلم تلزمه الأجرة، كما لو قال لبزار^(٢): أعطني رطلاً خبزاً، فأعطيه، فإنه لا يلزمته ثمنه، كذا ها هنا^(٣).

فصل

٣١٧ - العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمها بالقبض^(٤).
بخلاف العارية.

والفرق: أن المستأجرة قبضها لاستيفاء منفعة مستحقة، فكانت أمانة، كما لو أوصى له بخدمة عبد مدة سنة، فقبضه لاستيفاء خدمته.

[١/٢٨] بخلاف العارية، لأنها/ قبضها لاستيفاء نفع غير مستحق كالمفصولية^(٥).

فصل

٣١٨ - إذا استأجر راعياً يرعى له غنماً مدة معلومة، ولم يعين الغنم ولا عددها صحيحاً، وكان عليه أن يرعى ما جرت عادة الواحد برعيه، ولو تلف بعضها رعى بدلها، وإن بقيت منها شاة استحق جميع الأجرة برعيها، ويرعى سخالها على العرف والعادة.

ولو عين له الغنم المرعية انعكست هذه الأحكام^(٦).

(١) انظر: الهدایة (١/١٨٤)، الإنصاف (٦/١٧)، الإنماع (٢/٢٨٩)، متہی الإرادات (١/٤٧٨).

(٢) انظر: لسان العرب (٥/٣١١)، القاموس المعجم (٢/١٦٦).

(٣) انظر: المغني (٥/٥٦١)، الشرح الكبير (٣/٣٠٨)، المبدع (٥/٦٨).

(٤) انظر: الكافي (٢/٣٢٩)، المبدع (٥/١١٣)، كشف النقانع (٤/٤٦).

(٥) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٣).

(٦) انظر: المغني (٥/٤٤٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٢)، الإنصاف (٦/٧٦)، كشف النقانع (٤/٣٦).

والفرق: أنه في الأولى استأجره مطلقاً، فحمل على العرف، فلهذا كان عليه ما جرى العرف به^(١).

بخلاف ما إذا عين الغنم، فإن العقد يتناولها وحدتها بأعيانها، فلم يلزم أن يرعى سواها، ولا يستبدل بها، كما لا يجوز أن يستبدل بالأجير^(٢).

فصل

٣١٩ - إذا استأجره لحمل الخمر للشرب لم يصح.

ولو كان للإراقة صح^(٣).

والفرق: أن حملها للشرب حرام، بدليل: أن النبي ﷺ «لعن حاملها، والمحمولة إليه، كما لعن شاربها»، متفق عليه. والإجارة لفمع محرم لا تصح. بخلاف الثانية، فإن العمل فيها مباح، كحمل الميتة لبنيها^(٤).

فصل

٣٢٠ - إذا أجر المسلم نفسه من الذمي للخدمة لم يصح.

ولغيرها يجوز^(٥).

والفرق: أنه في الأولى مذلة للمسلم، كبيعه منه.
ولا مذلة في الثاني، كعقد بيع منه^(٦).

فصل

٣٢١ - إذا أذن المؤجر للمستأجر أن يعمر في الدار المؤجرة شيئاً عينه، ويحسب له من أجرا الدار ففعل جاز، وبريء المستأجر مما أنفق على الدار.
[ولو قال صاحب] الدين لمدينه: اشترب بمالي عليك كذا، فعل لم يبرا بذلك من الدين.

(١) انظر: المغني (٥٤٥/٥)، الشرح الكبير (٣٦٣/٣).

(٢) انظر: المغني (٥٤٤/٥)، الشرح الكبير (٣٦٢/٣)، كشاف القناع (٤/٤).

(٣) انظر: الكافي (٣٠٢/٢)، المحرر (٣٥٦/١)، الفروع (٤/٤٢٧)، متنه الإرادات (٤٨٠/١).

(٤) انظر: المغني (٥٥١/٥)، الشرح الكبير (٣١٤/٣)، كشاف القناع (٥٥٩/٣)، مطالب أولي النهى (١٠٧/٣).

(٥) انظر: الكافي (٣٠٤/٢)، المحرر (٣٥٦/١)، الفروع (٤/٤٢٣)، متنه الإرادات (٤٨٢/١).

(٦) انظر: المغني (٥٥٤/٥)، الشرح الكبير (٣١٩/٣)، كشاف القناع (٣١٩/٢)، مطالب أولي النهى (٦١٥/٣).

والفرق: [أن دار المؤجر في يده] حكماً، بدليل: نفوذ تصرفاته فيها، فكلما ينفق فيها فهو بمنزلة المقبوض [من أجرتها].

بخلاف الثانية، فإن المدين إذا اشتري ما أمره رب الدين لا يكون قاضياً [للدين، ولا موصلاً له إلى مستحقه]، فلو جاز ذلك لأفضى إلى أن الإنسان يبرئ نفسه [من دين لغيره، بفعل نفسه، وذلك لا يجوز].

فصل

٣٢٢ - [إذا] ظهر له في معدن عرق من أحد النقادين، فقال: [الرجل استأجرتك على أن تستخرجه] بدينار لم يصح.

ولو قال: إن استخرجته فلك [دينار صح].

والفرق: أن الأولى عقد على إجارة، وهي لا تصح على عمل مجهول].

والثانية جعالة، فتصح مع جهة [العمل، إذا كان العوض معلوماً]^(١).

فصل

٣٢٣ - إذا أجر أمته ثم باعها لآخر عقيب الإجارة، والمشتري / عالم بالإجارة لم تنفسخ، ولو فسخها كانت منفعة البائع للبائع، دون المشتري.

ولو زوج أمته ثم باعها، وعلم المشتري بالتزويج لم ينفسخ النكاح، فلو طلقت منفعة بضعها للمشتري، دون البائع.

والفرق: أن المستأجر يملك إجارتها بأكثر مما استأجره، ولو غصبت كان له مطالبة الغاصب بأجرة المثل، فإذا بيعت بعد ذلك فقد بيعت مسلوبة النفع مدة الإجارة، فقد حصلت منافعها مدة الإجارة للبائع واستحق الأجرة، فإذا فسخ الإجارة لزم البائع رد الإجارة، والأجرة على المستأجر لما يقي من المدة، وتعود المنافع إليه، لأنها حصلت مستثنية له على المشتري.

بخلاف منافع البعض، فإن الزوج لم يملكها بعد النكاح، بدليل: أنها لو وطئت بشبهة كان مهرها لسيدها، [ولها إن كانت] حرة، دون الزوج، فدل على أن الزوج لا يملك منافع البعض، وإنما يملك أن يتضاع بها، وهي باقية على ملك سيدها، وإنما لم يطأها لكون الزوج مستحقاً لنفع بضعها، فلهذا امتنع من وطتها، كما يمنعه الحيض والإحرام منه^(٢).

(١) المغني (٥/٥٧٥)، الشرح الكبير (٣٧٩/٣).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٧٤)، الشرح الكبير (٣٥٨٣٥٧/٣).

إذا تقرر هذا، فإذا باعها تناول عقد البيع الجارية ونفعها، فصارت المنافع ملکاً للمشتري، كما لو لم تكن مزوجة، فإذا طلقها الزوج زال المانع، واستباح الانتفاع ببعضها سابق ملکه.

فصل

٣٢٤ - إذا استأجر داراً، ثم اشتراها لم تفسخ الإجارة، فيستوفي المنافع بحكم الإجارة إلى أن تقضي مدتها، ثم بحكم الملك^(١).

ولو تزوج أمة، ثم اشتراها، انفسخ النكاح، ووطئها بملك اليمين^(٢).

والفرق: أن المستأجر ملك بعقد الإجارة منافع العين، بدليل ما قدمنا فلم يرد عقد البيع عليها، لأنها باعها مسلوبة النفع مدة الإجارة، وإذا لم يرد عقد البيع عليها لم ينفسخ عقد الإجارة، كما لو باعها من غير المستأجر^(٣).

بخلاف ما إذا اشتري الزوج زوجته، فإن الزوج لم يملك بعد النكاح منافع البعض، بدليل ما أسلفناه، وإنما هي لسيد الأمة، فإذا باعها تناولها عقد البيع ونفعها أيضاً. فينتفع بها الزوج بحق ملکه بالشراء، لأنه أقوى من ملکه للانتفاع بعقد الزوجية، فلذلك بطل ملکه للانتفاع بما هو أقوى منه، كالمستغير يشتري العين، فظهر الفرق.

فإن قيل: إن كان الزوج المشتري سلم إلى البائع/ نصف صداق الأمة، وكان الشراء قبل الدخول، فهل يرجع به عليه؟ قيل: لا، لأن المهر وجب بالعقد في مقابلة الحل والاستباحة لل البعض، وذلك غير مقدر بزمان، فلا فرق فيه بين ساعة ومائة سنة، بلـ: إن كان الزوج سلم جميع الصداق واشتري قبل الدخول رجع بنصفه، كما لو طلق، لأنه لا يلزمـه بانفساخ النكاح قبل الدخول أكثر من نصف الصداق، ويرجع بالنصف الآخر، والله تعالى أعلم.

كتاب الوقف

فصل

٣٢٥ - إذا وقف على غير معين كرجل لم يصح^(٤).

(١) انظر: المغني (٥/٤٧٣)، الشرح الكبير (٣٥٧/٣)، الإنصاف (٦/٦٩)، كشاف القناع (٤/٣١).

(٢) انظر: المغني (٦/٥٠٨)، الشرح الكبير (٤/٢٣٥)، كشاف القناع (٥/٨٨).

(٣) انظر: المغني (٥/٤٧٣)، الشرح الكبير (٣٥٧/٣).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٠٧)، الكافي (٢/٤٥٠)، المحرر (١/٣٦٩)، الامتعة (٣/٦).

ولو قال: وقت وسكت صح، وصرف في مصالح المسلمين^(١).
والفرق: أنه في الأولى جعل له مصراً مجهولاً، فلم يمكن اعتباره لجهالته،
ولا الصيرورة إلى غيره لمخالفة الواقع، فلذلك لم يصح.
بخلاف الثانية، فإننا قد علمنا: أن مقصوده بالوقف تحصيل الأجر، فصرفناه في
وجوه البر، ولا يتضمن مخالفة الواقع كالأول^(٢).

فصل

٣٢٦ - يجب التعديل في عطية الأقارب على حسب مواريثهم.
ولا يجب ذلك في الوقف عليهم^(٣).
والفرق: أن الوقف ليس في معنى التملك، بدليل: أنه لا يملك التصرف في
رقبته بنقل.
بخلاف الهبة، فإنها تملك، فلهذا قلنا: يكون على الفريضة^(٤).

فصل

٣٢٧ - لا يصح الوقف على الحمل^(٥).
ولو وقف على ولده، وولد ولده، فمات ولده، وله حمل كان وقاً عليه^(٦).
والفرق: أن من شرط صحة الوقف أن يكون على من يصح أن يتملك،
والحمل لا يتملك^(٧).
بخلاف الثانية، فإنه وقف على ولد موجود يأتي منه التملك، وحصول الحمل
بالاستدامة لا يؤثر.

فصل

٣٢٨ - وهذه قاعدة كبيرة، وهي: أنه يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في
الابتداء.

(١) انظر: الهدایة (١/٢٠٨)، الكافی (٤٥٢/٢)، الإنصال (٧/٣٤)، الروض المربع (٢٣٩/٢).

(٢) انظر: كشاف القناع (٤/٢٥٠).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢١٢)، المحرر (١/٣٧٤)، الإنصال (٧/١٣٨-١٣٦)، منتهى الإرادات (٢/٢٦).

(٤) انظر: المبدع (٥/٣٧٤).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢٠٧)، المقتنع (٢/٣١٣)، الفروع (٤/٥٨٤)، الإنصال (٣/٦).

(٦) انظر: المغني (٥/٦٠٨)، القواعد لابن رجب ص ٣٩، المبدع (٥/٣٢٢)، الإنصال (٧/٢٢).

(٧) انظر: المغني (٥/٦٤٦)، الشرح الكبير (٣/٣٩٨)، المبدع (٥/٣٢٢)، كشاف القناع (٤/٢٤٩).

بدليل: الطيب، والتزوج في الإحرام، يمنع ابتداؤهما دون استدامتهما^(١)، وغير ذلك من المسائل.

فصل

٣٢٩ – إذا قال: وقفت على أولادي، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم، وأولاد أولادهم، ترتبت البطون الثلاثة، واشترك الباقيون.
ولو قال: على أولادي وأولادهم وأولاد أولادهم، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم، اشترك الثلاثة الأول، وتترتب الباقيون.
الفرق: أنه رتب في الأولى ابتداء، وشُرِّك انتهاء،
وعكس في الثانية، لأن ثم للترتيب، والواو للاشراك^(٢).

فصل

٣٣٠ – إذا قال: وقفت على أولادي، ثم على ولد ولدي، فإذا انفروا فعلى القراء، فإذا لم يبق من أولاد صلبه أحد ولا من أولادهم، وهم البطن الثاني، وانتقل إلى القراء، ولم ينتقل إلى ثالث بطن / من ولده، ذكره في المجرد^(٣). [٣٩/ب][٣]
ولو قال: وقفت على ولدي، ثم على ولد ولدي أبداً ما تعاقبوا أو تناسلاوا، فإذا انفروا فعلى القراء، لم ينتقل إلى القراء حتى لا يبقى من نسله أحد.
والفرق: أن حقيقة الولد ولد الصليب، وولد ولده هو ولد ولده لصلبه، ففي الأولى جعله بعد هذين للقراء، فعمل بقوله.
وفي الثانية، لم يجعله للقراء إلا بعد انفراض نسله، فلم ينتقل إليهم إلا بعد انفراض النسل^(٤).

فصل

٣٣١ – الوقف على غير معين كالقراء، والمسجد، لا يفتقر إلى قبول.
ولو كان على معين افتقر إلى القبول^(٥).

(١) انظر: الكافي (١/٤٠٢ـ٣٩١)، الروض المربع (١/١٣٦)، (١/١٣٩).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤٦)، المعني (٥/٦١١)، الشرح الكبير (٤٠٨/٣)، كشف النقاع (٤/٢٨٠).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤٥٧)، القواعد لأبي رجب ص ٢٦، الإنصاف (٧/٧٦ـ٧٥)، كشف النقاع (٤/٢٨١).

(٤) انظر: المعني (٥/٦٠٩)، الشرح الكبير (٤٠٧/٣)، القواعد لأبي رجب ص ٣٢٦، الإنصاف (٧/٧٦).

(٥) انظر: الكافي (٢/٤٥٥)، الشرح الكبير (٣/٣٩٩)، الفروع (٤/٥٨٩)، الإنصاف (٧/٢٦)، متيهي الإرادات (٦/٢٠).

والفرق: أنه في الأولى لا يبطل الوقف برد أحد من الموقوف عليهم، فلم يعتبر قبولهم.

وفي الثانية، يبطل برد الموقوف عليهم، فاعتبر قبولهم^(١)

فصل

٣٣٢ - إذا وقف أمة فجلت ولدت، فولدها وقف معها.
ولو وقف شجرة فشرتها ملك أهل الوقف، تؤكل وتبايع^(٢).
والفرق: أن ولد الأمة يصح وقفه ابتداء، فتدخل في وقف أمه، لأنه جزء منها،
فتدخل كسائر أجزائها، ولأن الولد يتبع الأم، كولد المذبحة والمكاتبة^(٣).
بحلaf الشمرة، فإنها لا يصح وقفها ابتداء، فلذلك لم تدخل في الوقف كغيرها
من المأكولات.

باب الهبة

فصل

٣٣٣ - إذا أهدى الغائب شيئاً مع رسول، فمات المهدى أو المهدى إليه قبل
وصولها بطل حكمها وعادت إلى المهدى، أو وارثه، وكذا الهبة. نص عليه.
ولو فقدت مع رسول المهدى إليه لم تبطل بموت أحدهما قبل وصولها، وكذا
الهبة.

والفرق: أن رسول المهدى إليه قائم مقامه، فقبضه لها كقبض مرسليه، فصار
كما لو وصلت.

بحلaf ما إذا كان الرسول للمهدى، فإن قبضه ليس كقبض المهدى إليه، فلم
تم الهدية بشروطها، فتكون جائزة، بدليل: جواز الرجوع فيها قبل القبض، فتفسخ
بموت أحدهما، كسائر العقود الجائزة^(٤).

قلت: وقد روت أم كلثوم بنت أبي سلمة رضي الله عنها قالت: لما تزوج

(١) انظر: المغني (٦٠١/٥)، الشرح الكبير (٣٩٩/٣)، المبدع (٣٢٤/٥)، كشاف القناع.

(٢) انظر: الهدية (٢٠٩/١)، الكافي (٤٥٦/٢)، الإقانع (٩٨/٣)، متبيه الإرادات (٢/٧).

(٣) انظر: المغني (٦٣٨/٥)، الشرح الكبير (٤٠٤/٣)، المبدع (٣٣١/٥)، كشاف القناع (٢٥٧/٤).

(٤) انظر: الإنصاف (١٢٤/٧)، كشاف القناع (٣٠٣/٤)، مطالب أولى النهى (٤/٣٧٣).

رسول الله ﷺ ألم سلامة قال لها: «إنني قد أهديت للنجاشي حلة، وأوافي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علني فهي لك»، قالت: وكان كما قال رسول الله ﷺ، ورددت عليه هديته، فأعطي كل امرأة من نسائه أوقية، وأعطي أم سلامة بقية المسك والحلة. رواه الإمام أحمد^(١).
[١٤٠] وهذا صريح في أن المهدى إليه إذا مات بطل / حكمها.

فصل

٣٤ - يقبل الأب الهمة لولده الصغير.
ولا تقبل الأم.

والفرق: أن الأب وليه، فيقضها، كسائر أمواله.
بخلاف الأم، فإنها لا ولادة لها، كالاجنبي^(٢).

فصل

٣٥ - إذا أعمره داراً فقال: هي لك عمرك ونحوه، كانت له ولو رثته بعده^(٣).
ولو أسكنه إياها، فقال: سكنها لك عمرك، فله أحذتها متى شاء^(٤).
والفرق: أن العمري تملك لرقبة الدار، بدليل: أنه لا يملك الرجوع فيها،
وإذا ملكها انتقلت إلى ورثته، كسائر أملاكه^(٥).
بخلاف السكنى، فإنها هبة المتنافع دون الرقبة، فلا يملك إلا ما يستوفيه أولاً
فأولاً، ومملَكُ الْمُسْكِنِ الرجوع كالعارية^(٦).

فصل

٣٦ - إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرك، صارت له ولو رثته بعده.
ولو قال: لك عمر زيد لم يصح.

(١) حزاه الحافظ الهيثمي للإمام أحمد والطبراني، وفيه مسلم بن خالد الزنجي: وثقة ابن معين وغيره، وضفت جماعة، وألم موسى بن عقبة أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح. انظر: مجمع الزوائد (٤٤٧).

(٢) انظر: المعني (٥/٦٦٠)، الشرح الكبير (٣/٤٢٨)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨٨).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢١٢)، المقتع (٢/٣٣٦)، الإنقاذ (٣/٣٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٣/٤٣٥)، الإنصاف (٧/١٣٥)، الإنقاذ (٣/٣٤).

(٥) انظر: المعني (٥/٦٨٦)، كشف النقاع (٤/٣٠٧).

(٦) انظر: المعني (٥/٦٩١)، الشرح الكبير (٣/٤٢٥)، المبدع (٥/٣٦٩)، (٥/٣٧٠).

والفرق: أن جميع الأموال المستقرة مقدرة بحياة مالكها، فقوله في الأولى متزل متزلة: ملكتها أبداً.

بخلاف قوله: جعلتها لك عمر زيد، فإنه قد يموت زيد قبله، فيصير كأنه قال: جعلتها لك بعض عمرك، وهذا لا يصح، لأن شرط في الهبة ما ينافي مقتضاه، إذ مقتضى الملك التأييد، فلا يصح شرط ما ينافيه^(١).

فصل

٣٣٧ - يجوز للأب الرجوع في ما وبه ولده.

ولا يجوز ذلك لغيره من الأقارب^(٢).

والفرق: أن الأب له من التبسيط في مال ولده ما ليس لغيره بدليل قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، مختصر، رواه ابن ماجه وغيره^(٣).

ولأن له أن يأخذ من ماله ما شاء، لما ذكرنا من الحديث، فكان له الرجوع فيما وبه، لأنه في المعنى مثل ذلك.

وغيره من الأقارب لم يرد فيه ما ورد في الأب، فهم كالأجنبي^(٤).

فصل

٣٣٨ - يجوز للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها، ما لم يجحف به، ولا يجوز ذلك للأم^(٥).

والفرق: ما تقدم في الفصل الذي قبله.

فصل

٣٣٩ - إذا وهب بشرط ثواب معلوم صحي، وكان بيعاً^(٦).

(١) انظر: المعني (٥/٦٩١)، الشرح الكبير (٣/٤٣٤)، كشاف القناع (٤/٣٠٨)، مطالب أولي النهي (٤/٣٩٨).

(٢) انظر: الهدایة (١/٢١٢)، الكافی (٤٦٩/٢)، المحرر (١/٣٧٥)، الإقانع (٣٦/٣).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٢/٤١٤)، وأبي داود (٤٦٩/٤٧٠)، والبيهقي في الكبير (١/٤١٠)، والشافعی في مسنده (١/٢٠٢)، وأبا داود (٢٠٢/١)، وأبي شيبة في مسنده (٤٨٠/٥١٦). ح (٢٢٩٤)، عبد الرزاق في مسنده (٩/١٣٠)، والطحاوی في شرح معانی الآثار (٤/١٥٨)، والطبرانی في الأوسط (١/٢٢)، ح (٥٧)، والبزار في مسنده (١/٤١٩)، ح (٤٢٠)، والإمام أحمد في مسنده (١/٤٤٢)، ح (٢٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٢٠٤)، ح (٦٩٠).

(٤) انظر الفرق في: المعني (٥/٥)، الشرح الكبير (٣/٤٤١)، الشرح الكبير (٣/٤٤٨).

(٥) انظر: الكافی (٢/٤٧١)، الشرح الكبير (٣/٤٤٨)، الفروع (٤/٦٥١)، الإقانع (٣/٣٨).

(٦) انظر: الهدایة (١/٢١١)، المقنع (٤/٣٣١)، الفروع (٢/٦٣٩)، الروض المروض المربيع (٢/٢٤١).

وإن شرط ثواباً مجهولاً صحت، وعلى الموهوب له إثباته بالأقل من قيمتها، أو ما يرضي به^(١).

ولو باع بثمن مجهول لم يصح^(٢).

والفرق: أن الهبة عقد يستغني عن العوض، كالنکاح، ثم جهالة المهر لا تفسد النکاح، فكذا الهبة.

بخلاف البيع، فإنه لا يستغني عن العوض، فلا يصح مع الجهالة.

فصل

٣٤٠ - يصح قبول العبد المحجور عليه للهبة، نص عليه، وهي لسيده^(٣)

ولا يصح قبول الصبي للهبة حتى يبلغ^(٤).

والفرق: أن العبد أهل للتصرف في العقود، بدليل: أنه يصح تصرفه في ذمته، يتبع به إذا عتق^(٥)/، وإنما الحجر عليه في المال لحق السيد، فيصح قبوله فيما لا ضرر على سيده فيه^(٦).

بخلاف الصبي، فإنه ليس أهلاً للتصرف في العقود، بدليل: أن الحجر عليه في ماله وذمته، وإذا لم يكن أهلاً للتصرف لم يصح منه شيء، منهمما بغير إذن، كالمحجون^(٧).

كتاب اللقطة

فصل

٣٤١ - إذا وجد غير الإمام ضالة ممتنعة عن صغار السباع، كالإبل والبقر والخيل، لم يجز له أخذها، فإن أخذها ضمنتها^(٨).

(١) انظر: الكافي (٢/٤٦٨)، الإنصال (٧/١١٧)، الفروع (٤/٦٣٩)، الإقناع (٣/٣٠).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٣٣)، الكافی (٢/١٧)، الشیح المشبع ص ١٢٤، الروض الفربع (٢/١٦٧)

(٣) انظر: المغني (٥/٥٦٣)، الشرح الكبير (٣٤٠/٣)، المبدع (٥/٣٦٥)، الإمتناع (٣٢/٣).

(٤) انظر: المغني (٥/٥٦٠)، الإنصال (٧/١٢٥)، الإمتناع (٣١/٣).

(٥) انظر: المغني (٤/٢٧٣)، المحرر (١/٣٤٨)، الإنصال (٥/٣٤٥)، الإمتناع (٢٢٠/٢).

(٦) انظر: المغني (٥/٥٦٣)، الشرح الكبير (٣٤٠/٣).

(٧) انظر: المغني (٥/٦٦٠)، الشرح الكبير (٣٤٢/٣)، كشف النقانع (٤/٣٠٢).

(٨) انظر: الكافی (٢/٣٥٧)، المحرر (١/٣٧١)، الإنصال (٦/٤٠٣)، الإمتناع (٢/٣٩٨).

ولو وجد ضالة الغنم، أو فصلان الإبل، وعجاجيل البقر جازأخذها، وكانت أمانة في يده^(١).

والفرق: ما روى زيد بن خالد الجهنمي^(٢) رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سئل عن ضالة الإبل، فقال: «ما لك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»، وسئل عن ضالة الغنم، فقال: «خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» مختصر، متفق عليه^(٣).

ولأنه إنما جاز أخذ ضالة الغنم لحفظها على صاحبها، وترك الإبل أحفظ وأقرب إلى ظفر صاحبها بها، لأن الضالة لا تطلب إلا حيث تشذ.

وهذا بخلاف الغنم، فإن التلف إليها سريع - كما نبه عليه الحديث - فحفظها في أخذها، فكانت كالثياب والأثمان^(٤).

فصل

٣٤٢ - إذا جعل رب اللقطة لرادها عليه جعلاً، فردها الملتقط لأجل الجعل، لم يستحقه.

وإن القطتها لأجل الجعل فردها، استحقه^(٥).

والفرق: أنه في الأولى بذل منافعه بغير شرط العرض فهو متقطع، فلا يستحق شيئاً.

بخلاف ما إذا علم بالجعل قبل الانتقطاع، فإنه لا يلزمه ردها قبل ذلك، فلما علم بالجعل بذل منافعه في تحصيلها، فاستحق الجعل، كما يستحقه برد الآبق^(٦).

فصل

٣٤٣ - إذا أخذ اللقطة معتقداً كتمانها، فهي مضمونة عليه^(٧).

(١) انظر: الهدية (١/٢٠٤)، الكافي (٣٥٨/٢)، المحرر (١/٣٧)، الامتناع (٢/٣٣٩).

(٢) انظر: أسد الغابة (٢/٢٢٨)، والإصابة (٣/٢٧).

(٣) (ح) أخرجه البخاري (٢/٨٥٦) - ح (٢٢٩٦)، ومسلم (٣/١٣٤٩) - ح (١٧٢٢).

(٤) انظر: المغني (٥/٧٤١)، الكافي (٢/٣٥٨)، الشرح الكبير (٣/٤٧١).

(٥) انظر: المقتنع (٢/٢٩٢)، الفروع (٤/٤٥٦-٤٥٥)، متيهي الإرادات (١/٥٥٠).

(٦) الآبق: اسم فاعل من أبقى، بفتح الباء وكسرها. انظر: المصباح المتير (١/٢)، القاموس المعحيط (٣/٢٨٠).

(٧) انظر: المغني (٥/٧٣٠)، الكافي (٢/٣٣٤)، المبدع (٥/٢٦٨)، كشاف القناع (٤/٢٠٥-٢٠٣).

(٨) انظر: المغني (٥/٧٠٦)، الشرح الكبير (٣/٤٧٥)، الإنصاف (٦/٤٠٦)، الامتناع (٢/٣٩٩).

ولو أخذ الوديعة معتقداً كتمانها لم يضمنها^(١)، ذكرهما في المجرد.
والفرق: أن أخذ المقطة أخذ لمال الغير، لولا ورود الشرع به لم يصح، فلا
يجوز أخذه إلا على الصفة التي ورد الشرع بها من أنه يأخذها ليحفظها، فإذا أخذها
كائناً لها فقد أخذها على غير الوجه المشروع، فلزمه ضمانها^(٢).
بخلاف الرديعة، فإن صاحبها أذن في أخذها مطلقاً، لا بصفة، فلم يوجد منه
ما يقتضي الضمان^(٣).

فصل

٣٤٤ - إذا رد الآبق من غير شرط الجعل استحق عن رده ديناراً، أو اثنى عشر
درهماً.

ولو وجد غيره من الضوال فرده، لم يكن له شيء^(٤).

والفرق: أن العبد إذا آبق لم يؤمن أن يلحق بدار الحرب، أو يشتغل بالفساد،
فإيجاب الجعل فيه حث على رده.
بخلاف غيره من البهائم وغيرها، فإنه لا يوجد فيها ما ذكرنا في العبد^(٥).

فصل

٣٤٥ - إذا قال: من رد عليّ عبدي فله دينار، فرده ثلاثة لم يستحقوا أكثر من
دينار، ويكون بينهم أثلاثاً.

ولو قال: من دخل داري فله دينار، فدخل ثلاثة استحق كل منهم ديناراً.

والفرق: أنه شرط الدينار لرد الآبق، وكلهم رده، فاشتركوا في عوضه.
بخلاف الأخرى، فإنه علق الاستحقاق بالدخول، وكل منهم دخل فاستحق
ديناراً^(٦).

فصل

٣٤٦ - إذا قال: من رد عبدي فله دينار، فرده إنسان فهرب منه في بعض

(١) المعني (٣٩٥/٦)، الشرح الكبير (٤/١٤٩)، الإنصاف (٦/٣٣٤)، الامتناع (٢/٣٨١).

(٢) انظر: المعني (٥/٥)، الشرح الكبير (٣/٤٧٥)، كشاف القناع (٤/٢١٣).

(٣) المعني (٦/٣٩٥)، الشرح الكبير (٤/١٥٠)، المقنع (٤/١٧٦).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٨٥)، المقنع (٢/٢٩٤-٢٩٣)، المحرر (١/٣٧٢)، الروض (٢/٢٣٤).

(٥) انظر: المعني (٥/٧٢٧)، مطالب أولي النهى (٤/٢١٣).

(٦) المعني (٥/٧٢٤)، المبدع (٥/٢٦٧)، المقنع (٤/٢٠٤).

الطريق، لم يستحق الجعل^(١).

ولو أثني عليه، ثم هرب، استحق ما أثني^(٢).

والفرق: أن الرجوع بالفقة إنما استحقه لكونه أحيا به نفس العبد^(٣).

ولم يستحق الجعل لكونه لم يرد العبد^(٤).

فصل

٣٤٧ - إذا ترك دابة بمهلكة من الأرض، فأحياناها إنسان بعلتها ملكها.

ولو كان مكانها عبد أو متاع فاستقدنه لم يملكه.

والفرق: ما روى الشعبي^(٥)، قال: عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها أن يعلقوها فسيبوها، فأخذها فأحياناها فهي له»، رواه أبو داود^(٦)، وهذا نص مخالف القياس فيما عدا الدابة، فلهذا فرقنا بينهما.

ولأن للدابة حرمة، بخلاف المتع، بدليل: أنه يحرم على الإنسان إهلاك دابته، ولا يحرم عليه إهلاك متاعه.

والفرق بين العبد والدابة: أن للعبد عقلاً وبصيرة يمكنه في العادة أن يتخلص، بخلاف الدابة^(٧).

فصل

٣٤٨ - إذا اصطاد سمكة فوجد في بطئها لؤلؤة غير متفوقة، أو غيرها مما يخرج من البحر، كالعنبر، فهو للصيد.

ولو وجد غير ذلك من الذهب والدرهم وغيرها، فهو لقطة، والسمكة ملك له.

والفرق: أن اللؤلؤة والعنبر من معادن البحر، والظاهر أنه لم يملك، وإنما

(١) انظر: المغني (٧٢٥/٥)، الكافي (٢/٣٣٣)، الإيماع (٢/٣٩٦)، متن الإرادات (١/٥٥١).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٨٥)، المقمع (٢/٢٩٤)، الفروع (٤/٤٥٦)، الإيماع (٢/٣٩٦).

(٣) انظر: المبدع (٥/٢٧١)، كشف النقاع (٤/٢٠٧)، مطالب أولي النهى (٤/٢١٣).

(٤) انظر: المغني (٥/٧١٥)، كشف النقاع (٤/٢٠٧)، مطالب أولي النهى (٤/٢١٣).

(٥) انظر: تاريخ بغداد (١٢/٢٢٧)، سير أعلام النبلاء (٤/٢٩٤)، تهذيب التهذيب (٥/٦٥).

(٦) أخرجه البيهقي في الكبیر (١/١٩٨)- ح (١١٨٩٣)، والدارقطني (٣/٦٨)- ح (٢٥٩)، وأبو داود (٣/٢٨٧)- ح (٣٥٢٤)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٢٣٤)- ح (١٦٤٤).

(٧) المغني (٥/٧٤٥-٧٤٤)، الكافي (٢/٣٦٢)، الشرح الكبير (٣/٤٧٣)، كشف النقاع (٤/٢٠١).

ابتلعته السمكة من معدنه، فملكتها وما فيها، كما لو خرج في الشبكة. بخلاف الدر衙م والذهب وغيرهما، مما ليس البحر معدناً له، فإن الظاهر أنه يثبت عليه ملك مالك، ووقع في البحر فابتلعته، فكان لقطة، كما لو وجده في غير بطن السمكة^(١).

فصل

٣٤٩ - إذا اشتري سمكة فوُجِدَ في بطنها لؤلؤة غير متقربة، فهي للصياد. ولو وجدها في بطن الشاة، فهي لقطة للمشتري، لا يستحقها البائع إلا بصفة [٤١/ب] أو بيته.

والفرق: أن السمكة ترعى في البحر وهو معدن اللؤلؤ، فتبتلع ذلك، ويستخرجها الصياد، فتكون له على ما تقدم.

بخلاف الشاة، فإنها لا ترعى معادن اللؤلؤ، فالظاهر أن اللؤلؤة وقعت فابتلعتها، ف تكون لقطة، كما لو رأها في غير بطنها.

فصل

٣٥٠ - إذا وجد مشتري السمكة في بطنها لؤلؤة غير متقربة فهي للصياد. ولو كانت متقربة فهي لقطة.

والفرق: يظهر من غضون ما تقدم.

فصل

٣٥١ - إذا ألقى العبد لقطة فأنفقها قبل تعريفها بحول، تعلقت برقبته. وإن أنفقها بعد ذلك تعلقت بذمته، يتبع به بعد العنق^(٢)، نص عليهما. والفرق: أن قبل التعريف هو ممنوع من إنفاقها، فإذا فعله كان جنابة منه، وجنابته تتعلق برقبته، كإتلافه.

بخلاف ما إذا أنفقها بعد الحول، فإنه غير ممنوع من التصرف فيها لأن له أن يتملكها، فصار كأنه تصرف بإذن المالك، ولو كان كذلك تعلقت بذمته فكذا ها^(٣).

(١) انظر: المعني (٥/٧١٦-٧١٥)، الشرح الكبير (٣/٤٧٦)، كشاف القناع (٤/٢٢٢-٢٢٣)، مطالب أولى النهى (٤/٢٣٨).

(٢) انظر: الهدایة (١/٢٠٤)، المقنع (٢/٣٠٢)، المحرر (١/٣٧٢)، الفروع (٤/٥٧٠).

(٣) انظر: المبدع (٥/٢٩١).

فصل

٣٥٢ - إذا التقط الفاسق لقطة أقرت في يده^(١).
ولو التقط لقطة لم يقر^(٢).

والفرق: أن اللقط ليس في أخذه إلا الولاية عليه، والفاسق ليس من أهلها.
بخلاف اللقطة، فإنها كسب، ولا فرق فيه بين العدل والفاسق، فافترقا^(٣).

باب إحياء الموات

فصل

٣٥٣ - يجوز للذمي إحياء موات في دار الإسلام، ويملكها بذلك^(٤). نص
عليه.

ولا ثبت له شفعة على مسلم^(٥).

والفرق: أن الإحياء مباح، فساغ له، كالاصطياد^(٦).
والشفعة إدخال ضرر على مسلم بانتزاع ما في يده، فلم يجز، فافترقا^(٧).

فصل

٣٥٤ - إذا أحيا حظيرة للماشية كفاه لتملكها حائط عليها.
ولو أحيا أرضاً للسكنى لم يملکها حتى يستنقها^(٨)، ذكره القاضي في الخصال
عن الإمام أحمد رضي الله عنه.

والفرق: أن الانتفاع بالحظيرة يحصل بالحائط.

بخلاف المساكن، فإنه لا يمكن سكناها إلا بسفف^(٩).

(١) انظر: الهدایة (١/٢٠٤)، المقتنع (٢/٣٠١)، الفروع (٤/٥٧)، الإمتاع (٢/٤٠٤).

(٢) انظر: الهدایة (١/٢٠٥)، المقتنع (٢/٣٠٣)، المحرر (١/٣٧٣)، غایة المستنی (٢/٢٨٥).

(٣) انظر: المغني (٥/٧٥٦)، الشرح الكبير (٣/٤٩٧)، البعد (٥/٤٩٧).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٠٠)، المقتنع (٢/٢٨٦)، الفروع (٤/٥٥٢)، الإمتاع (٢/٣٨٥).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٩٧)، المقتنع (٢/٢٧٥)، الفروع (٤/٥٥١)، الإمتاع (٢/٣٧٦).

(٦) انظر: المغني (٥/٥٦٦)، الشرح الكبير (٣/٣٧٤)، البعد (٥/٢٥٠)، كتاب القناع (٤/١٨٦).

(٧) انظر: المغني (٥/٣٨٨)، الشرح الكبير (٣/٢٧٤)، البعد (٥/٢٣١)، شرح متنه الإرادات (٢/٤٤٩-٤٤٨).

(٨) انظر: الكافي (٢/٤٣٧)، الشرح الكبير (٣/٣٨٠)، الإنفاق (٦/٣٦٨).

(٩) انظر: الكافي (٢/٤٣٧)، المغني (٥/٥٩٢)، الشرح الكبير (٣/٣٨٠).

فصل

٣٥٥ - إذا ملك بالإحياء أو بغيره أرضاً، فظهر فيها معدن، فإنه يملك ذلك بملكها^(١).

ولو كان فيها ركاز لم يملكه بملكها^(٢).

والفرق: أن المعدن من جملة أجزاء الأرض، فملكه كسائر أجزائها. بخلاف الركاز، فإنه مودع فيها، فلم يملكه بملكها، كما لو اشتري داراً فيها قماش فإنه لا يملكه، كذا ها هنا^(٣).

فصل

٣٥٦ / إذا أحيا المسلم مواتاً من دار الحرب ملكه.

ولو أحياه من أرض صلح أهلها: أنها لكم ولنا الخراج عليها لم يملكه^(٤).

والفرق: أن الصلح أوجب أن تكون البلاد لهم، فيجب الوفاء بذلك، ولا يتعرض لشيء منها، كسائر أموالهم.

بخلاف موات دار الحرب، فإنه على أصل الإباحة، فملك كأموالهم^(٥).

فصل

٣٥٧ - إذا فضل من ماء الإنسان شيء عن زرعه وحيوانه لزمه بذلك ليهائم غيره.

وفي بذلك لزرعه روایتان^(٦).

والفرق: أن الحيوان له حرمة في نفسه، بدليل: أن مالكه لو امتنع من سقيه أجبر عليه، فوجب بذل الماء لسقيه، كالآدمي.

بخلاف الزرع، فإنه لا حرمة له، فافترقا^(٧).

(١) انظر: الكافي (٢/٤٣٨-٤٣٧)، المحرر (١/٣٦٨)، الإنصال (٦/٣٦٣-٣٦٤)، الامتناع (٢/٣٨٧).

(٢) انظر: المغني (٣/١٩-٢١)، الفروع (٢/٤٩٢-٤٩٣)، الإنصال (٣/١٢٦-١٢٧)، الامتناع (١/٢٦٩).

(٣) انظر: المغني (٥/٥٧٣)، الشرح الكبير (٣/٣٧٧)، كشف النقاع (٤/١٨٩).

(٤) الهدایة (١/٢٠٢-٢٠٣)، المقتن (٢/٢٨٦)، الفروع (٤/٥٥٢)، الامتناع (٢/٣٨٥).

(٥) انظر: المغني (٥/٥٦٨)، الشرح الكبير (٣/٣٧٥)، المبدع (٥/٢٥٠)، مطالب أولي النهى (٤/١٨١).

(٦) انظر: الكافي (٢/٤٤٥)، الإنصال (٦/٣٦٣-٣٦٥)، متى الإرادات (١/٥٤٣).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤٥٧)، الشرح الكبير (٣/٣٧٨).

باب الوديعة

فصل

٣٥٨ - إذا طلب المودع الوديعة في حالة لا يمكن دفعها إليه، كحالة الصلاة، أو في الحمام، وما أشبه ذلك، فتلتقت قبل زوال العذر أو بعده، وقبل إمكان الرد، فلا ضمان عليه^(١).

ولو تلف المال قبل إمكان أداء الزكاة لم تسقط^(٢).

والفرق: أن الوديعة يتعلق أداؤها برد عينها، وفي قبولها رفق، فلو ألمتنا المودع ردها قبل إمكانه امتناع الناس من قبولها، فأفضى إلى حرج، فلذلك لم يضمنتها^(٣).

بخلاف الزكاة، فإنها تتعلق بالذمة، فوجبت بحلول الحول، ولم يعتبر إمكان الأداء^(٤).

فصل

٣٥٩ - إذا اختلف المودع والمودع في الرد، فالقول قول المودع^(٥).

ولو اختلف المعير المستعير في الرد، فالقول قول المعير^(٦).

وكذا القول في المؤجر^(٧)، والراهن^(٨) في رد العين المستأجرة، والمرهونة.

والفرق: أن المودع قبض المال لمنفعة مالكه خاصة، فكان القول قوله في رده، كالوصي^(٩).

بخلاف المستعير والمرتهن المستأجر، فإنهم قبضوا المال لمنفعة أنفسهم، فلا

(١) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (٤/١٤٨)، الإنصاف (٦/٣٥٢)، الإمتاع (٢/٣٨٤).

(٢) الهدایة (١/٦٤)، الكافي (١/٢٨٢)، متبھي الإرادات (١/١٧٧)، الروض المریع (١/١٠٨).

(٣) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (٤/١٤٨)، كشاف النقانع (٤/١٨٢).

(٤) انظر: المغني (٢/٦٨٣)، الشرح الكبير (١/٦١٠).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٨٩)، المقعن (٢/٢٨٢)، الإمتاع (٢/٣٨٢).

(٦) انظر: الهدایة (١/١٩١)، الكافي (٢/٢٨٠)، الإنعام (٢/٣٣٧).

(٧) انظر: الكافي (٢/٣٣١)، الإنعام (٢/٣٢٠)، غایة المتهن (٢/٢١٥).

(٨) انظر: الهدایة (١/١٥٢)، الكافي (٢/١٦٦)، الإنعام (٢/١٦٣).

(٩) انظر: المغني (٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٤/١٤٨)، المبدع (٥/٢٤٣)، كشاف النقانع (٤/١٧٩).

يقبل قولهم في رده، كالمحبوب للرسوم^(١).

فصل

٣٦٠ - إذا أودعه خاتماً وقال: البسه في الخنصر، فلبسه في البنصر، فلا ضمان عليه^(٢).

ولو كان بالعكس ضمن^(٣).

والفرق: أن البنصر أغلظ من الخنصر، فإذا أمره بوضعه في الأدق فوضعه في الأغلظ فهو آكد في الحفظ، فلم يضمن^(٤).

بخلاف العكس، فإن البنصر أحافظ، فإذا أمره بوضعه فيها فوضعه في الخنصر فقد عدل إلى الحرز الأضعف فضمن^(٥).

فصل

٣٦١ - إذا طلوب بوديعة فقال: ما لك عندي وديعة، أو ما تستحق عليّ وديعة، ثم أقر بوديعة، وادعى تلفها من حرز فلا ضمان.

ولو قال: / ما أودعتني، ثم أقر، وادعى تلفها لزمه الضمان.

والفرق: أن قوله: ما لك عندي، أو ما تستحق عليّ، لا ينافي قوله بعد ذلك: ضاعت من حرز لأن من ضاعت عنده الوديعة من حرز لا يكون لمودعه عنده وديعة، ولا يستحق عليه رد شيء.

بخلاف ما إذا أنكر الإيداع، وادعى التلف، فإنه بإنكاره صار خائناً، فلم يقبل له قول بعد ذلك^(٦).

فصل

٣٦٢ - إذا قال له: احفظ وديعي في هذا البيت، ولا تدخله أحداً، فأدخل إليه أناساً فسرقها بعضهم ضمتها المودع^(٧).

(١) انظر: الكافي (٢/١٦٦، ٣٢١)، الشرح الكبير (١٨١/٣)، كشف القناع (٤/٧٥).

(٢) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، الإنصاف (٦/٣٢٣)، الإماتع (٢/٣٨٠).

(٣) انظر: الكافي (٦/٣٧٦)، الإنصاف (٦/٣٢٣)، الإماتع (٢/٣٨٠)، غالية المتهنى (٢/٢٦٢).

(٤) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، كشف القناع (٤/١٧٢).

(٥) انظر: الكافي (٢/٣٧٦)، كشف القناع (٤/١٧٣)، طالب أولي النهى (٤/١٥٤).

(٦) المغني (٦/٣٩٤)، الشرح الكبير (١٤٩/٤)، المبدع (٥/٢٤٤)، كشف القناع (٤/١٨١).

(٧) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (٤/١٤٣)، المبدع (٥/٢٣٧)، الإماتع (٢/٣٨٠).

ولو سرقها غيرهم لم يضمن^(١). ذكرهما القاضي في المجرد.
والفرق: أنه إذا سرقها بعض من أدخله فقد سرت بفعل المودع، وهو إدخاله
السارق، فقد تعدى بذلك الفعل فضمن.

بخلاف ما إذا سرقها غيرهم، فإنه لا فعل له في ذلك، فهو كما لو سرت ولم
يدخل البيت أحداً، فلم يضمن^(٢)، فافترقا. والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

فصل

٣٦٣ - إذا [قال]: وصيت لفلان بشاة من غنمِي، ولا غنم له، لم يصح. في
أصح الوجهين^(٣).

ولو قال: بشاة من مالي صحت، واشترى له شاة^(٤).

والفرق: أن الموصي جعل الشاة من غنمه، ولا غنم له، فتكون الوصية بما لا
يملكه، فلم يصح، كما لو وصى له بمائة ولا مال له^(٥).

بخلاف ما إذا قال: من مالي ولا غنم له، فإن المعنى: اشتروا له شاة من
مالي، فصحت الوصية، كما لو قال: أوصيت له من مالي بشاة، فإنه يصح، فكذا
هنا^(٦).

فصل

٣٦٤ - إذا أوصى لزيد بشيء، ثم لعمرو به، فليس رجوعاً، وهو بينهما.

ولو قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو، كان رجوعاً^(٧).

(١) انظر: الكافي (٢/٣٧٧)، الشرح الكبير (٤/١٤٣)، المبدع (٥/٢٣٧)، الإنصاف (٦/٣٢٤)، متهى الإرادات (١/٥٣٧)، غالية المتهى (٢/٢٦٢).

(٢) انظر: المغني (٦/٣٩٢)، الشرح الكبير (٤/١٤٣).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٢١)، المقنع (٢/٣٧٨)، المحرر (١/٣٨٥)، متهى الإرادات (٢/٥٠).

(٤) انظر: المعني (٦/١٥٠)، الشرح الكبير (٣/٥٥٢)، الفروع (٤/٦٨٩)، متهى الإرادات (٢/٥٠).

(٥) انظر: المعني (٦/١٤٩)، الشرح الكبير (٣/٥٥٤)، المبدع (٦/٥٣)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩٤).

(٦) انظر: المغني (٦/١٥٠)، شرح متهى الإرادات (٢/٥٥٧)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩٤).

(٧) انظر: المقنع (٢/٣٦٣)، المحرر (١/٣٧٦)، الفروع (٤/٦٦٢)، الإنماع (٣/٥٤).

والفرق: أن وصيته لعمرو لا تتضمن الرجوع عن وصيته لزيد، فبقيت وصيته بحالها، والوصيتان لا مزية لإحداهما على الأخرى في الحكم، فيكون الشيء بينهما، كما لو وصى لهما به في حالة واحدة.

بخلاف ما إذا قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو، فإن اللفظ صريح بالرجوع، وإذا رجع عنها بطلت، كما لو قال: رجعت^(١).

فصل

٣٦٥ - إذا أوصى لرجل برقة عبد، والآخر بمنفعته، فقتل العبد، اشتري بقيمة ربرقة تقوم مقامه^(٢).

ولو استأجر عبداً بعينه للخدمة مدة معلومة، فقتل قبل انقضائها، بطلت الإجارة، ولا يشتري بقيمة غيره.

والفرق: أن باب الوصية أوسع من الإجارة، بدليل: صحتها بالجهول والمعدوم، ولو أوصى أن يستترى عبد يخدم زيداً سنة صحت الوصية، فلذلك جاز أن تنتقل الوصية إلى القيمة.

بخلاف الإجارة، فإنها لا تصح إلا على عين موجودة، فلذلك بطلت بتلفها^(٣).

فصل

٣٦٦ - يصح قبول الوصي الوصية قبل موت الموصى وبعده^(٤).
ولا يصح قبول الموصى له إياها إلا بعد الموت^(٥).

والفرق: أن الوصية له إيجاب بالحق بعد الموت، لأننا لو جعلنا الإيجاب قبل الموت، والملك بعده، لكان ذلك تعليقاً للتملك بالشرط، وذلك لا يجوز، ثبت أن الإيجاب بعد الموت، فوجب أن يكون القبول بعده لا قبله، لأن القبول لا يتقدم بالإيجاب.

وهذا بخلاف الموصى إليه، فإنه يتصرف بإذن الموصي، وإذا قد وجد بعقد

(١) انظر: المغني (٦/٦٦٦٥)، الشرح الكبير (٣/٥٣١)، المبدع (٦/٢٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣/٥٥٧)، الإنصاف (٧/٢٦٤)، الامتناع (٣/٦٨)، منتهى الإرادات (٢/٥٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٦٣)، الشرح الكبير (٣/٥٥٧)، المبدع (٦/٥٩)، وحاشية المقنع (٢/٣٨١).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢١٧)، المقنع (٢/٣٩٥)، المحرر (١/٣٩٢)، الروض المربع (٢/٢٤٩).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢١٥)، المقنع (٢/٣٦١)، المحرر (١/٣٨٤)، الروض المربع (٢/٢٤٥).

الوصية، فصح القبول في تلك الحال وبعد الموت، كقبول الوكيل الوكالة، فيكون الإيجاب بالعقد، والتسليم على التصرف بعد الموت، ولا محذور فيه هنا، بل غايتها أنه علن الإذن في التصرف بالموت، ومثل ذلك سائع، كالوكالة المؤقتة^(١).

فصل

٣٦٧ - تصح الوصية مع تأخير قبولها إلى ما بعد الموت.
ولو آخر قبول الهبة لم يصح^(٢).

والفرق: أن الهبة تملיך في الحال، فوجب قبولها في الحال، كالبيع^(٣).
بخلاف الوصية، فإنها تملיך بعد الموت، فكان قبولها وقت التملك^(٤).

فصل

٣٦٨ - إذا رد الموصى له الوصية قبل موته الموصي، ثم قبلها بعد موته صح.
ولو ردها بعد موته، ثم قبلها، لم يصح.

والفرق: أن قبل الموت وقت لا يصح فيه قبول الوصية، فلا يصح ردها، وحق الموصى له إنما ثبت في القبول والرد بعد الموت، فإذا رد قبله فقد رد قبل وجوب حقه، فلم يصح.

بخلاف ما إذا رد بعد الموت، فإنه رد بعد وجوب الوصية، فصح الرد، وسقط حقه^(٥).

فصل

٣٦٩ - إذا مات الموصى له قبل موته الموصي، بطلت.
ولو مات بعده، وقبل القبول، لم تبطل، وقام وارثه فيها مقامه^(٦).

(١) انظر: المغني (٦/١٤١)، الشرح الكبير (٣/٥٨٩)، المبدع (٦/١٠٤)، مطالب أولي النهي (٤/٥٣٤).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤٦٦)، الإنصال (٧/١١٩)، كشاف القناع (٤/٣٠٠)، مطالب أولي النهي (٤/٣٨٥).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤٦٦)، الإنصال (٧/١١٩)، كشاف القناع (٤/٣٠٠)، مطالب أولي النهي (٤/٣٨٥).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٥)، الشرح الكبير (٣/٥٢٦)، المبدع (٦/١٩)، كشاف القناع (٤/٣٤٤).

(٥) انظر: المغني (٦/٢٢-٢٣)، الشرح الكبير (٣/٥٢٧)، المبدع (٦/٢٠)، كشاف القناع (٤/٣٤٤).

(٦) انظر: الهدامة (١/٢١٥)، المقنع (٢/٢٦١)، متنه الإرادات (٢/٤١).

والفرق: أن الموصى له في الأولى مات قبل استقرار الحق، بدليل ما قدمنا: من أن قبولة ورده قبل موت الموصى لا أثر له، لكونه قبل الاستقرار، فلذلك بطل. بخلاف ما إذا مات بعده، ولأنه ضمان بعد استقرار الوصية ووجوب حقه، فقام وارثه مقامه، كسائر حقوقه، والدليل على أن حقه وجب بالموت أنه لا يملك ورثة الموصى إبطاله مع حياة الموصى له، والحقوق اللاحزة لا تبطل بموت مستحقيها، بل تنتقل إلى ورثته^(١)، فظاهر الفرق.

فصل

٣٧٠ - / قد تقرر أنه إذا مات الموصى له بعد الموصى وقبل القبول قام وارثه [٤٢/ب] مقامه.

ولو مات المشتري قبل قبول الشراء، وبعد إيجاب البائع بطل. والفرق: أن إيجاب البيع قبل قبول المشتري غير لازم للبائع، بدليل: أن له الرجوع فيه قبل قبول المشتري، والعقود الجائزة تبطل بموت أحد المتعاقدين، كالشركة والوكالة.

بخلاف الوصية بعد موت الموصى وقبل موت الموصى له، فإن الوصية استقر حقه فيها ووجب، على ما سبق بيانه^(٢).

فصل

٣٧١ - إذا أوصى بعتق عبده سالم، وقيمة ثلث ماله، ثم أوصى بعتق عبده غانم، وقيمة ثلث ماله، أفرغ بينهما، فمن فرع عتق، ولا يقتدم أحدهما على الآخر. ولو قال في مرض موته: سالم حر، ثم قال: غانم حر، عتق سالم ولا يفرغ^(٣).

والفرق: أن كلًا من العبددين يستحق عتقه حين يستحقه الآخر، وهو عقيب الموت، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

بخلاف ما إذا نجز عتقهما واحداً بعد الآخر، لأن عتق الأول وقع تنفيذه عقيب لفظه، لأنه يخرج من الثالث، فإذا أعتق الآخر لم يخرج من الثالث، فلذلك لم يعتق^(٤).

(١) انظر: الكافي (٢/٤٨٤)، المغني (٦/٢٤)، الشرح الكبير (٣/٥٢٨)، كشاف القناع (٤/٣٤٦).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٤)، الشرح الكبير (٣/٥٢٨)، كشاف القناع (٤/٣٤٦)، مطالب أولي النهى (٤/٤٥٩).

(٣) انظر: المغني (٩/٢٩٦-٢٩٧)، الإمتناع (٤/٤٢٨).

(٤) انظر: الكافي (٢/٤٨٨).

فصل

٣٧٢ - إذا كان جميع ماله مائة درهم وعبداً قيمته مائة، فأوصى لرجل بالعبد، ولآخر بمائة، فمع الإجازة يأخذ كل واحد ما وصي له به، ومع الرد لكل منهما نصف ما وصي له به^(١).

ولو وصى لرجل بالعبد، ولآخر بثلث ماله، فمع الإجازة للموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، ولآخر ربعه وثلث المائتين، ومع الرد للموصى له بالعبد نصفه، ولآخر سدس وسدس المائتين^(٢).

والفرق: أن الثالث عبارة عن جزء شائع في جميع المال، فقد أوصى في الحقيقة لرجل بالعبد، ولآخر بثلثه وثلث المائتين، فمع الإجازة يأخذ ثلث المائتين، ويتحاصلان في العبد بقدر وصيتهما، وهي الكل والثالث، فيكون أربعة، فلصاحب العبد ثلاثة أرباعه ولآخر ربعه وثلث المائaines، ومع الرد للموصى له بالعبد نصفه، وذلك نصف ثلث المال، وللموصى له بالثلث سدس العبد وسدس المائتين، وذلك سدس الجميع، فتكامل لهما الثالث.

بخلاف المسألة الأولى، فإن المائة عبارة عن قدر معلوم لا عن جزء شائع في جميع المال، فلا يسري إلى غير العبد، فمع الإجازة لكل منهما ما أوصى له به، ومع الرد نصفه.

فصل

٣٧٣ - إذا قال: / وصيت لما تحمل هذه الجارية بكندا، لم تصح الوصية^(٣).

ولو قال: أوصيت لفلان بما تحمله هذه الجارية صح^(٤).

والفرق: أن الوصية في الأولى لمعدوم، ولا تصح الوصية له.

وفي الثانية أوصى بمعدوم، والوصية بالمعدوم تصح^(٥).

فصل

٣٧٤ - إذا أوصى بشمرة نخلته فاحتاجت إلى سقي، لم يجبر الموصى له على

(١) انظر: المقنع (٣٥٩/٢)، الإمتناع (٤٤/٣)، الروض المربع (٢٤٥/٢).

(٢) انظر: المقنع (٣٨٤/٢)، المحرر (٣٨٩/١)، الإمتناع (٧٠/٣).

(٣) انظر: المقنع (٣٦٩/٢)، الفروع (٤٠/٦٨٠)، الإمتناع (٥٩/٣)، الروض المربع (٢٤٦/٢).

(٤) انظر: الهدایة (٢٢٢/١)، المقنع (٣٧٥/٢)، المحرر (٣٨٦/١)، متنه الإرادات (٤٩/٢).

(٥) انظر: المغني (٥٨/٦)، الشرح الكبير (٥٤٠/٣)، حاشية المقنع (٣٦٩/٢).

ستقيها، لأنه غير مالك للنخلة، ولا الوارث، لأنه غير مالك للثمرة^(١). ولو باع ثمرة بدا صلاحها، أجبر على سقيها إلى الجذاد^(٢). والفرق: أن البائع ضمن تسليم الثمرة إلى المشتري، ومن تمامه سقيها^(٣). بخلاف الوارث، فإنه لم يضمن ذلك.

فصل

٣٧٥ - إذا أوصى لإنسان بعد من عبده بهم، فقتل العبيد كلهم بعد موت الموصي، فلللموصى له قيمة أحدهم بالقرعة^(٤). ولو قتلوا في حياة الموصي فلا شيء له. والفرق: أن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي على ما مر، فإذا قتلوا وهو حي فقد قتلوا قبل لزوم الوصية، وهم على ملك الموصي، وقيمتهم له، ولم يتجدد فيها وصية، فلم يستحق شيئاً لذلك.

بخلاف ما إذا قتلوا بعد موته، لأن الوصية قد لزمت، وملك الموصى له أحدهم بالقرعة، فقد قتل على ملكه، فلذلك استحق قيمة^(٥).

فصل

٣٧٦ - إذا قال: وصيت لفلان بفهد من مالي، ولا فهد في ملكه، صحت. ولو وصى له بكلب من ماله، ولا كلب في ملكه، لم يصح^(٦). والفرق: أن الفهد يصح ابتعاه، فصحت الوصية به إذا أضافه إلى ماله، كما لو أوصى له بشاة من ماله، ولا غنم له.

بخلاف الكلب، فإنه لا يصح ابتعاه، فإذا لم يكن في ملكه فقد أوصى له بمعدوم لا سبيل إلى تحصيله، فلم يصح^(٧).

(١) انظر: المغني (٧/٦٦)، الشرح الكبير (٣/٥٥٨)، الإيمان (٣/٦٧).

(٢) انظر: الهدایة (١/١٤١)، المقعن (٢/٨٤)، المحرر (١/٣١٦)، الإيمان (٢/١٣١).

(٣) انظر: المغني (٤/١٠١)، الشرح الكبير (٢/٤٥٢)، كشاف القناع (٣/٢٨٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٣/٥٥٤)، الإنفاق (٧/٢٥٨)، الإيمان (٣/٦٦)، متنه الإرادات (٢/٣٥٢).

(٥) انظر: الكافي (٢/٥٠٥)، المغني (٦/١٤٩)، الشرح الكبير (٣/٥٥٤)، المبدع (٦/٥٤)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩٤).

(٦) انظر: المغني (٦/١٥٢)، الشرح الكبير (٣/٥٥١)، المبدع (٦/٥٠)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩١).

(٧) انظر: المغني (٦/١٥٢)، الشرح الكبير (٣/٥٥١)، المبدع (٦/٥٠)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩١).

فصل

٣٧٧ - إذا أوصى له بقوس استحق وترها^(١).

ولو أوصى له بدابة لم يستحق سرجها ولجامها^(٢).

والفرق: أن الوتر كجزء من القوس، لأنه لا ينفع بها إلا به^(٣).

بخلاف سرج الدابة ولجامها، فإن ذلك يمكن الانتفاع بها دونه.

قلت: واستحقاق الوتر هو أحد الوجهين.

والآخر: لا يستحقه، لأنه لا يدخل في مسمى القوس، وإنما هو متمم للانتفاع بها، فلا يدخل في الوصية بها، كالنشابة^(٤)، وهذا أوجه.

فصل

٣٧٨ - إذا أوصى لزيد بمائة، ولخالد بتمام الثلث على المائة، ولبكر بثلث مائه، وكل ماله أربعمائة وخمسون، فمع الإجازة لزيد مائة، ولخالد خمسون تمام [٤٤/ب] الثلث، ولبكر مائة وخمسون، ومع الرد/ قال القاضي: يكون ثلث المال بين زيد وبكر نصفين، ولا شيء لخالد^(٥)، وعلل: بأنه أوصى لبكر بثلث المال ولزيد وخالد بثلث المال، فإذا لم يجز الورثة تحاصن الموصى لهم بالثلث على قدر وصاياتهم، لبكر نصف الثلث خمسة وسبعون، ولزيد وخالد باقيه، وهو خمسة وسبعون، فيستحقها زيد خاصة، ولا شيء لخالد، لأنه لا يستحق من الثلث الموصى به له ولزيد إلا ما زاد على مائة، ولا زيادة عليها، فلذلك لا يستحق شيئاً، كما إذا لم يجاوز الثلث مائة وأجاز الورثة، فإنه يكون لبكر الموصى له بالثلث مائة، ولزيد مائة، ولا شيء لخالد، لأنه زيادة على المائة إلى تمام الثلث، ومع الرد يكون الثلث وهو مائة بين زيد وبكر نصفين، ولا تصح الوصية لخالد.

والفرق: بين ما إذا جاوز الثلث مائة، وبين ما إذا لم يجاوز: أنه إذا جاوزها كما صورناه في صدر المسألة، يكون هناك ما تتعلق به الوصية لخالد، فتصح وصيته..

(١) انظر: الكافي (٢/٥٠٩)، الشرح الكبير (٣/٥٤٤-٥٥٥)، الإنصاف (٧/٢٥٩)، شرح الإرادات (٢/٥٥٨).

(٢) انظر: المغني (٦/١٥١)، المبدع (٦/٥٣).

(٣) انظر: المغني (٦/١٥٤)، الكافي (٢/٥٠٩)، الشرح الكبير (٣/٥٥٥)، المبدع (٦/٥٥).

(٤) انظر: النشابة: واحدة النبل. القاموس المحيط (١/١٣٢)، المعجم الوسيط (٢/٩٢١).

(٥) انظر: المغني (٦/٤٧)، الكافي (٢/٥١٠)، الشرح الكبير (٣/٥٦٦)، المحرر (١/٣٩١)، الإنصاف (٧/٢٧٤).

بخلاف ما إذا كان الثالث مائة، فإننا نعلم أن وصية خالد لم تصح، لأنه لم يوجد زيادة على المائة تتعلق به وصيته، فلذلك لم يصح، وبقيت وصيته لزيد بمائة ولبكر بثلث المال وذلك مائة، فهما متساويان، فكان الثالث بينهما، كما ذكرنا.

فصل

٣٧٩ - إذا أوصى لإنسان بثلث ماله فتلف ماله أو لم يكن له مال، ثم اكتسب، استحق الموصى له ثلثه^(١).

ولو وصى له بثلث غنمه فتلفت قبل موته، بطلت الوصية^(٢).

والفرق: أن الثالث جزء شائع في جميع ما يتمول، ويعتبر الموجود عند الموت لا قبله، بدليل: أنه لو وصى وماليه مائة فصار ألفاً، استحق الموصى له ثلثها، فإذا كان الاعتبار بما يملكه عند الموت لم يؤثر فيه التلف قبله^(٣).
بخلاف الوصية بثلث غنمه، لأنها وصية بمعين من المال فتعلق الوصية بعينه، وتبطل بتلفه^(٤).

فصل

٣٨٠ - إذا أوصى بعد من عبيده بهم، فله أحدهم بتعيين الورثة^(٥).

ولو وصى بعтик عبد بهم، أخرج بالقرعة^(٦).

والفرق: أن الحق في الوصية مشترك بين الورثة، والموصى له لا يتعداهم فالموصى له يطلب أعلاهم، والورثة يريدون أن يعطوه أدناهم، وحقيقة لفظ الموصى أحدهم، فينصرف إلى أقلهم قيمة، لأنه اليقين، وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يثبت بالشك.

بخلاف ما إذا أعتق أحدهم لا بعينه، فإن المعتق مشترك بين العبيد، وكل منهم يطلب أن يكون هو المعتق، وليس أحدهم أولى من الآخر، فأقرع بينهم، كما لو / [٤٥/١].
طلق إحدى نسائه لا بعينها، فإنها تخرج بالقرعة^(٧).

(١) انظر: الكافي (٤٧٧/٢)، المقعن (٢/٣٧٩)، الإمتاع (٣/٦٧)، متنه الإرادات (٢/٥١).

(٢) انظر: المقعن (٣٧٩/٢)، الإمتاع (٣/٦٩-٧٠)، متنه الإرادات (٢/٥٤).

(٣) انظر: الكافي (٤٧٧/٢).

(٤) انظر: المغني (١٥٤/٦)، الشرح الكبير (٣٦١/٣)، كشاف القناع (٤/٣٧٧).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢٢١)، المقعن (٢/٣٧٧)، الإمتاع (٣/٦٥)، متنه الإرادات (٢/٥٠).

(٦) انظر: الكافي (٢/٢٢١)، المحرر (١/٣٨٣)، الشرح الكبير (٣/٥٥٣)، الإمتاع (٣/٥٩).

(٧) انظر: الكافي (٣/٢٢١)، الروض المرتع (٢/٣٠٦).

واختارها أبو البركات وقدمها، فنصير المسألتان سواء^(١).

فصل

٣٨١ - إذا أوصى بمعين من ماله قيمته قدر الثالث صحت الوصية، سواء رضي الورثة أو سخطوا.

ولو أحب بعض الورثة أن يأخذ معيناً من التركة قيمته قدر نصيبه لم يجز إلا بإذن باقي الورثة.

والفرق: أن الإنسان غير ممنوع من التصرف في الثالث، سواء كان معيناً أو مشاعراً، فلم يكن للورثة منعه من ذلك، فصحت الوصية.

بخلاف المسألة الثانية، فإن الوارث لا يملك إلا جزءاً مشاعراً في جميع المال، فلذلك لم يجز أن يأخذ بتصيبه معيناً من المال إلا برضاهـمـ.

فصل

٣٨٢ - إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلثه أيضاً، ولم يجز الورثة فالثالث بينهما نصفين، ولو رد أحدهما الوصية وقبل الآخر، استحق جميع الثالث.

ولو وصى بثلثه لاثنين، فرداً أحدهما وقبل الآخر، لم يستحق إلا نصف الثالث.

والفرق: أنه في الأولى أوصى لكل واحد بثلث ماله، بدليل: أنه لو أجاز الورثة استحق كل منهما ثلثاً كاملاً، وإنما لم يستحقه مع الرد للمزاحمة، فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة فأخذ الآخر الثالث كاملاً.

بخلاف الثانية، فإنه أوصى لكل واحد بسدس، فلذلك لم يستحق زيادة عليه^(٢).

فصل

٣٨٣ - إذا تبرع في مرض موته بأكثر من الثالث لجماعة دفعة، ولا عتق فيه، ولم يجز الورثة، تحاصّ الجميع في الثالث، وأدخل النقص على كل بقدر حصته من التبرع.

ولو كان تبرعه بالعتق فأعمق عبدين أو أكثر، قيمتهما أكثر من الثالث، أقرع بين

(١) انظر: المحرر (١/٣٨٥)، الإنصاف (٧/٢٥٦-٢٥٧).

(٢) انظر: المغني (٦٥/٦)، الشرح الكبير (٣١/٥٣٢-٥٣١)، كشاف القناع (٤/٣٤٩)، مطالب أولي النهي (٤/٤٦٢).

العيid، فيعتق من قرع إذا خرج من الثالث، ولا يعتق من كل واحد بعده^(١). والفرق: أن المقصود من التبع غير المعتقد الملك، وذلك يحصل مع التبعيض فلذلك تحاصلوا، لأنه لا مزية لأحدهم على الآخر.

بخلاف العتق، فإن المقصود منه تكميل العتق في أحدthem ليترتب عليه الأحكام، كصلاحية الولاية والشهادة والقضاء، ولو بعضاً الحرية فات المقصود.

ويدل على صحته ما روى عمران بن حصين^(٢) رضي الله عنه: أن رجلاً أعتق ستة مملوكيْن لم يكن له مال غيرهم، عاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أفرغ بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقا له قوله شديداً. رواه الإمام أحمد، ومسلم وغيرهما^(٣).

فصل

٣٨٤ - إذا أعتق في مرضه عبدين بكلمة واحدة، قيمة كل منهما قدر الثالث، / [٤٥/ب]
فلم يجز الورثة، أفرع بينهما، فمن قرع عتق.

ولو كان اسم أحدهما سالم، والأخر غانماً، فقال: يا سالم إذا أعتقت غانماً فانت حر في حال عتقى إيه، ثم أعتق غانماً في مرض موته، فقد أعتقهما في حالة واحدة إلا أنه لا يقرع بينهما هنا، بل يعتق غانماً، ويرق سالم^(٤).

والفرق: أن عتق سالم في هذه المسألة يتعلق بعتق غانماً، فلو قلنا: يقرع لم نأمن أن يخرج سهم الحرية لسالم فيعتق، ولو عتق لم يعتق غانماً، لأن الثالث لا يحمل إلا أحدهما. وإذا لم يعتق غانماً لم يوجد شرط وقوع عتق سالم، فيؤدي إلى أنه لا يعتق واحد منها.

وليس كذلك إذا أعتقهما دفعة واحدة بكلمة، لأنه لا تعلق لعتق أحدهما بعتق الآخر، وقد تساويا في العتق فوجبت القرعة^(٥).

فصل

٣٨٥ - إذا أعتق أمته حاملاً تبعها حملها في العتق، فإن لم يخرجها من الثالث

(١) انظر: (٧٣/٦)، الكافي (٤٨٨/٢)، الشرح الكبير (٤٥٤/٣)، المبدع (٥/٣٩١-٣٩٠)، كشاف القناع (٤/٣٢٦).

(٢) انظر: أسد الغابة (٤/١٣٧)، الإصابة (٥/٢٦).

(٣) (ح) أخرجه مسلم (٣/١٢٨٨)- ح (١٦٦٨)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٤٣٦).

(٤) انظر: الكافي (٢/٤٨٨)، المعني (٦/٧٤)، الشرح الكبير (٣/٤٥٤)، كشاف القناع (٤/٣٢٦).

(٥) انظر: الكافي (٢/٤٨٨)، المعني (٦/٧٤)، الشرح الكبير (٣/٤٥٤)، كشاف القناع (٤/٣٢٦).

عنت من الأم بقدر الثالث، وعنت من الولد مثل ذلك، ولا يقمع بين الحمل وأمه إذا كانت قيمتهما متساوية.

ولو أعتق عبدين في مرضه أقرع بينهما على ما ذكرناه.

والفرق: أن الأم أصل وحملها تبع، فلو أفرغنا بينهم لم نأمن من أن تخرج القرعة على الحمل، فيحتاج أن نعتقه ونرق الأم، فيكون قد رق المباشر بالعنت، وعنت الداخل فيه ضمناً، وذلك لا يجوز، ومتنى لم تعنت الأم لم يتعت الحمل.
بخلاف ما إذا أعتق عبدين، فإن كل واحد منها أصل في نفسه.

فصل

٣٨٦ - إذا أعتق أم ولده فهي من رأس ماله.

ولو أعتق مكاتبته فهي من الثالث^(١).

والفرق: أن أم الولد لا تنتقل إلى الورثة بموته بل تعنت، فعتقه إليها في المرض بمترلة قضاء دينه فيه.

بخلاف المكاتبية، فإنها تنتقل إلى الورثة، وتؤدي إليهم مال الكتابة، وإن عجزت عادت ملكاً لهم، فهي كالأمة يحسب عنتها من الثالث.

فصل

٣٨٧ - إذا أوصى لإنسان بمائة، ثم أوصى أن يتصدق على فلان بمائة، ثم أوصى أن يباع عبده من فلان ويحابا بمائة، ومقدار ثلث ماله مائة، تحاصروا في ثلث ماله، ولم يقدم أحدهم على صاحبه^(٢).

ولو وهب في مرض موته مائة لفلان وأقبضه، وتصدق على فلان بمائة وأقبضه، وباع عبده من فلان بمحاباة مائة، قدم الأول فالأخير^(٣).

والفرق: أن الوصايا عطايا متعلقة بالموت لا تلزم إلا به، والكل في حال اللزوم سواء، فلهذا لم يقدم أحدهم على صاحبه.

بخلاف العطايا المنجزة، فإنها تلزم بالفعل أولاً فأولاً، فلهذا قدم الأول^(٤).

(١) انظر: الهدية (١/٢١٥)، الكافي (٢/٤٨٤)، المحرر (١/٣٨١)، الإمتاع (٣/٥٦).

(٢) انظر: الهدية (١/٢١٥)، المقنع (٢/٣٥٩)، الإمتاع (٣/٤٩)، متنه الإرادات (٢/٣٨).

(٣) انظر: الهدية (١/٢١٥)، المقنع (٢/٣٤٧)، الإمتاع (٣/٤٣)، متنه الإرادات (٢/٣٠).

(٤) انظر: الكافي (٢/٤٨٨)، المعنى (٦/٧٣).

فصل

٣٨٨ - إذا أوصى لعبده بجزء مشارع كالثالث صح، وعتق إن خرج من الثالث، [١/٤٦]
وإن كانت قيمته أقل من الثالث استحق فاضله، وإن لم يخرج منه عتق منه بمقدار
الثالث.

ولو أوصى له بمعلوم كمائة ودار لم يصح^(١). نص عليه.
والفرق: أنه إذا أوصى له بجزء شائع دخلت نفسه فيه، فقد أوصى له بعض
نفسه، والوصية بنفسه تصح، ويعتق ويأخذ ما فضل بعد قيمته من الثالث.
بخلاف الوصية بجزء معلوم، فإن نفسه لا تدخل فيه^(٢).

فصل

٣٨٩ - إذا أوصى لعبده بدابة، أو ثوب لم يصح.
ولو أوصى لمكاتبته بذلك صح^(٣).
والفرق: ما تقدم من أن القن لا تصح الوصية له بجزء معلوم.
وأما المكاتب فإنه يملك، ولا يصير بموته مولاً ملكاً للورثة، بل يطالبوه
بمال الكتابة، فهو كما لو أوصى لأجنبي عليه دين^(٤).

فصل

٣٩٠ - إذا أوصى بثلث ماله، اعتبر ماله عند الموت^(٥).
ولو نذر الصدقة به، اعتبر حالة النذر^(٦). نص عليه.
والفرق: أن الوصية إيجاب للملك بعد الموت، فاعتبر المال حالتذ^(٧).
بخلاف النذر، فإنه إيجاب للصدقة في الحال^(٨).

(١) انظر: الهدية (١/٢٢٠)، الكافي (٢/٤٨٠)، المحرر (١/٣٨٣)، الإمتناع (٣/٥٨).

(٢) انظر: المغني (٢/١٠٩)، الشرح الكبير (٣/٥٣٩)، مطالب أولي النهى (٤/٤٦٩-٤٧٠).

(٣) انظر: الهدية (١/٢٢٠)، الكافي (٢/٤٨٠)، المحرر (١/٣٨٣)، الإمتناع (٣/٥٦).

(٤) انظر: المغني (٦/١١٠)، الشرح الكبير (٣/٥٣٧)، المبدع (٦/٣٣)، مطالب أولي النهى (٤/٤٦٧).

(٥) انظر: الكافي (٢/٤٧٧)، الشرح الكبير (٣/٤٥٦)، المبدع (٥/٣٩٣)، كشف النقانع (٤/٣٢٨).

(٦) انظر: الفروع (٦/٣٩٩)، المبدع (٩/٣٣١)، الإنصال (١١/١٢٨)، الإمتناع (٤/٣٥٩).

(٧) انظر: الكافي (٢/٤٧٧)، الشرح الكبير (٣/٤٥٦)، المبدع (٥/٣٩٣)، كشف النقانع (٤/٣٢٨).

(٨) انظر: كشف النقانع (٦/٢٧٨).

فصل

٣٩١ - إذا باع في مرضه كر حنطة لا مال له سواه، قيمته اثنا عشر ديناراً، بكر شعير قيمته ستة دنانير، فقد حابا بنصف ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثالث، فللورثة الرجوع على المشتري بسدس الكر الحنطة^(١). ولو كانت بحالها إلا أنه باع الكر الحنطة بمثله ربيثاً، قيمته نصف قيمة الحنطة، لم يكن للورثة أخذ سدس كر الحنطة^(٢). والفرق: أنا لو جعلنا لهم أخذ سدس كر الحنطة مع الكر الرديء أفضى إلى ربا الفضل، لأنه بيع حنطة بحنطة متفاضلاً. بخلاف الأولى، فإنما جنسان والتفاضل بينهما جائز.

فصل

٣٩٢ - إذا دبر عبدين لا يخرجان من الثالث، فلم يجز الورثة، فأقع بينهما، فخرج من وقع عليه سهم الحرية مستحقاً، بطل عنقه وعتق الآخر كله إن خرج من الثالث.

ولو دبر أحدهما مطلقاً، وقال للآخر: أنت حر بعد موتي في الفاضل عن قيمة هذا من الثالث، ولم يخرجأ من الثالث، ولم يجز الورثة، فخرج الذي دبره مطلقاً مستحضاً، أو رجع السيد في تدبيره، ومات، بطل عنقه، ولم يعتق من الآخر إلا بقدر ما فضل من الثالث عن قيمة الذي بطل عنقه^(٣).

والفرق: أنه في الأولى دبرهما جميماً، فكل واحد منها أصل في التدبير إلا أنه لم يتقدم عتقهما لأجل المزاحمة، فإذا استحق أحدهما بطل عنقه، وزالت [بـ] المزاحمة وتتوفر / الثالث على الآخر، فلهذا عتق كله، كما لو دبرهما ثم رجع في تدبير أحدهما.

بخلاف الأخرى، فإنه لم يعتق الثاني إلا من الفاضل عن مقدار قيمة المدبر مطلقاً، فحصر عنقه في ذلك القدر، فلا نعديه إلى غيره، سواء تقدم عتق الأول أو بطل.

(١) انظر: الشرح الكبير (٤٥٥/٣)، المبدع (٥/٣٩٢)، الإنفاق (٧/١٧٥)، كشاف القناع (٤/٣٣٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤٦٢/٣)، المبدع (٥/٣٩٩)، الإنفاق (٧/١٧٥)، كشاف القناع (٤/٣٣١).

(٣) انظر: المغني (٦/١٣٣)، الشرح الكبير (٣٤٦).

فصل

٣٩٣ - إذا دبر عبداً قيمته تخرج من الثالث، فحكم بعتقه بموت سидеه، ثم خرج نصفه مستحقاً بطل العتق، ولم يقوم هذا النصف على الميت.

ولو أعتق في مرض موته عبداً يخرج من ثلثه، ثم خرج نصفه مستحقاً فرُّم النصف عليه^(١).

والفرق: أن عتقه في المرض نفذ في حالة يملك فيها فرُّوم عليه، كعنته في الصحة.

بخلاف الأخرى، فإن عنق المدبر إنما ينفذ بعد الموت، وتلك حالة لا يملك للسيد فيها، فلم يقوم عليه، كما لو كان معسراً^(٢).

فصل

٣٩٤ - يجوز للوصي في مال اليتيم أن يأكل مع الفقر من ماله بمقدار عمله إذا كان شغله به يمنعه من التكسب لكتفياته^(٣).

ولو وصى بضفة ثلثه في المساكين والوصي منهم، لم يجز لهأخذ شيء لعمله، ولا مسكنته^(٤).

والفرق: أن الوصي في تفرقة المال مأذون له في الإخراج لا في الأخذ، فلذلك لم يجز له الأخذ^(٥).

بخلاف الوصي على اليتيم، فإنه عامل في ماله، فجاز له الأخذ، كالعامل على الصدقات^(٦).

كتاب النكاح

فصل

٣٩ - إذا تزوج العبد بغير إذن سидеه، وقلنا: يقف على إجازته، فأعتقه، جاز النكاح.

(١) انظر: الكافي (٥٧٨/٢)، المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٥/٦)، الإنصال (٤٢٩/٧).

(٢) انظر: الكافي (٥٧٨/٢)، المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٥/٦)، الإنصال (٤٢٩/٧).

(٣) انظر: الهدایة (٢١٨/١)، الكافی (١٨٩/٢)، المحرر (٣٤٧/١)، الإمتاع (٢٢٨/٢).

(٤) انظر: المقتنع (٣٩٨/٢)، المحرر (٣٩٣/١)، الإمتاع (٨٠/٣)، متهى الإرادات (٦٧/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٥٩/٣)، المبدع (١٠٩/٦)، كشاف القناع (٤٠٠/٤).

(٦) انظر: الشرح الكبير (٥٧/٢)، المبدع (٣٤٥/٤)، كشاف القناع (٤٥٥/٣).

ولو اشتري شيئاً بغير إذنه، فأعتقه، لم يجز الشراء^(١).
 والفرق: أن عقد النكاح أوجب الحل، بدليل: ما لو كان بإذن سيده وعقده،
 كان^(٢) نافذاً، وإنما امتنع لحق المولى، فإذا زال حقه بالعتق صح ولزمه.
 بخلاف الشراء، فإن العقد أوجب الملك للسيد، بدليل: أنه لو كان بإذنه حصل
 الملك له، وبعد العتق لم يتجدد للعبد ملك، فلو نفذناه لكان غير ما أوجبه العقد،
 وذلك لا يجوز، فافتراقا^(٣).

فصل

٣٩٦ - قد ذكرنا: أنه إذا أعتقه جاز النكاح.

ولو أذن له في التزويج لم ينفذ ذلك العقد حتى يجيزه السيد^(٤).

والفرق: ما تقدم من أن العقد إنما كان لحق السيد، فإذا أعتقه زال حقه.

وأما إذنه في التزويج فلا يزيل حقه، لأن الحق له قبل الإذن وبعده، فلا يصير
 الحق للعبد، فلم ينفذ النكاح بذلك، نعم بالإذن يملك العبد ابتداء النكاح، فيملك
 إجازته كالحر.

فصل

٣٩٧ - إذا أذن لعبده أن يتزوج، ويكون الصداق رقبته، وكانت الزوجة أمة

صح.

وإن كانت حرّة لم يصح^(٥).

والفرق: أنها إذا كانت / أمة لا تملك المهر، وإنما يملّكه سيدها، وملك السيد
 رقبة زوج أمته لا يبطل النكاح.

بخلاف ما إذا كانت حرّة، فإنها تملك المهر بالعقد، وملك المرأة رقبة زوجها
 يبطل النكاح.

فصل

٣٩٨ - إذا زوج أمته، ثم أعتقها، ثبت لها الخيار في الفسخ عبداً كان زوجها

(١) انظر: الإنضاج (٢٥٦/٨).

(٢) انظر: فرق الكرايسي (١٢٦/١).

(٣) انظر: فرق الكرايسي (١٢٦/١).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٦٤)، المقعن (٣/٨١)، الفروع (٥/٢٦٩٢٦٨)، الإمتاع (٣/٨١).

(٥) انظر: الفروع (٥/٢٧١)، المبدع (٧/١٥٠)، الإنضاج (٨/٢٦١)، كشف القناع (٥/١٤٠)، وجاه في المعنى (٦/٦٣)، والشرح الكبير (٤/٢٣٩).

أو حراً، على رواية^(١).

ولو زوج عبده، ثم أعتقه لم يكن له الخيار^(٢).

والفرق: أن الأمة يملك سيدها إجبارها على النكاح، فبالعتق يزول الإجبار ويخلفه الاختيار، كالصغيرة يزوجها غير الأب إذا بلغت.

بخلاف العبد، فإن سيده لا يملك إجباره على النكاح.

فصل

٣٩٩ - إذا ترافق زوجان إلى حاكم فأقرَا بالزوجية، ثم تجادلها واختلفا في حق من حقوق الزوجية، وأقاما بينة على النكاح، حكم بالنكاح من غير بحث عن عدالة الشهود.

ولو اختلفا في أصل النكاح، وتجادلها، وأقام الزوج بينة به، انقرر الحكم به إلى البحث عن عدالة شهوده. ذكرهما في المجرد.

والفرق: أن النكاح في الأولى ثبت بإقرارهما، فلا حاجة إلى البحث عن الشهود.

بخلاف الثانية، فإنه ثبت بالشهادة فلا بد من معرفة العدالة.

فصل

٤٠٠ - للأب أن يزوج عبد ابنه الصغير من أمته، ويزوج أمته من غير عبده^(٣).

وليس له أن يزوج عبده من غير أمته. ذكره ابن البناء.

والفرق: أن تزويج العبد يلزم الصغير ضماناً، وهو المهر من غير بدل، فلم يجز، كالتبريع بماله.

وأما تزويج الأمة فإنه يلزمها ضماناً لكن ببدل، وهو المهر.

فصل

٤٠١ - إذا أعتقا أمة لم يجز لأحدهما تزويجها بغير إذن الآخر^(٤).

(١) انظر: المغني (٦٥٩/٦)، المحرر (٢٦/٢)، الإنفاق (٨/٢٦-١٧٧)، الإماع (٣/١٩٥).

(٢) انظر: المغني (١٦٦/٦)، الشرح الكبير (٤/٢٥٥)، الإنفاق (٨/١٧٧)، الإماع (٣/١٩٧).

(٣) انظر: المغني (٤٦٧/٦)، الشرح الكبير (٤/١٨٨)، كشاف القناع (٥/٤٩).

(٤) انظر: المغني (٤٦٩/٦)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، كشاف القناع (٥/٥٣).

ولو كان لحرة أخوان زوجها أحدهما^(١).

والفرق: أن كل واحد من المعتقين لا ولایة له إلا على قدر ما اعتق، فلم يجز أن يزوجها وحده، لأنه يكون مزوجاً لمن لا ولایة له عليه^(٢).

بخلاف الآخرين، فإن كل واحد منهمما أخ لها، فيصح انفراده بتزويجها، كما لو كان وحده^(٣).

فصل

٤٠٢ - قد تقدم أن أحد المعتقين لا يجوز له الانفراد بتزويج المعتقة.

ولو اعتق جارية ومات، وله ابنان، جاز لكل منهما الانفراد بتزويجها^(٤).

والفرق: ما تقدم قبله.

فإن اعتق اثنان عبداً، ثم اعتق جارية، ثم مات، لم ينفرد أحد معتقه بتزويجها، كما لو اعتقاها، لأن ولاهما عليهما كولايهما على معتقها.

فإن اعتق نصف أمة وبقيباقي ريقاً، لم يجز لمعتق نصفها، ولا لمالك باقيها، ولا لنسبيها الحر الانفراد بتزويجها، رضيت أو أكرهت، لأن مالك نصفها لا [٤٧/ب] ولایة له على الحر منها، ومعتقها ونبيتها / الحر لا ولایة لأحدهما على ما هو مملوك، نعم يتقرنون، ويأذنون فيه، ويفعل.

فصل

٤٠٣ - يجوز للأب تزويج ابنه الصغير بحرة.

ولا يجوز بأمرة.

والفرق: أن الحرمة يجوز للحر أن يتزوجها مطلقاً، فإذا رأى المصلحة لابنه في تزويجه صح.

بخلاف الأمة، فإنه لا يجوز للحر أن يتزوجها إلا عند خوف العنت، وعدم الطول، وخوف العنت لا يتصور من الصغير^(٥).

(١) انظر: الكافي (١٣/٣)، المحرر (١٧/٢)، الشرح الكبير (٤/١٩٧)، شرح منتهي الارادات (٣/٢١).

(٢) انظر: المغني (٤٦٩/٦)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، كشاف القناع (٥/٥٣).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/١٩٧)، المبدع (٧/٤١)، كشاف القناع (٥/٥٩).

(٤) انظر: المغني (٤٦٩/٦)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، الإماماع (٣/١٧٢).

(٥) انظر: المغني (٦/٥٠١)، الشرح الكبير (٤/١٧٣-١٧٤)، كشاف القناع (٥/٤٣-٤٢).

فصل

٤٠٤ - سكوت البكر رضى.

بخلاف الثيب^(١).

والفرق: أن الشارع جعل سكوتها قائماً مقام إذنها نطقاً، فقال عليه: «البكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها» مختصر رواه الإمام أحمد، ومسلم، وأبو داود، وغيرهم^(٢).

ولأن البكر تستحي غالباً.

بخلاف الثيب، فإنها لا تستحي غالباً^(٣).

فصل

٤٠٥ - إذا زوجت المرأة أمتها لم يصح^(٤).

ولو باعتها صح.

والفرق: أن البيع تصرف في ملك الرقبة دون البعض. بدليل: أنه يجوز للرجل أن يشتري من لا يحل له وطؤها كأمه وأخته، ويجوز شراء الأمة المزوجة والمعتدة، ويشتري المحرم الإمام^(٥)، ولو كان ذلك تصرفًا في البعض لم يجز شيء منه، وإنما يملك المشتري الانتفاع بالبعض لكونه من فوائد ملك الرقبة، فهو كالاستخدام، والشيء قد يبني على أحکام لا ثبت بمثل ما ثبت هو به. ألا ترى الملك لا يثبت بشهادة النساء^(٦) ولو كن ألفاً، ولو شهدت بالولادة امرأة واحدة

(١) انظر: الهدية (١/٢٤٨)، المحرر (٢/١٥).

(٢) (ج) أخرجه البخاري (٦/٢٥٥٦) - ح (٦٥٧٠)، ومسلم (٢/١٠٣٧) - ح (١٤٢١)، وابن حبان في صحيحه (٩/٣٩٥) - ح (٤٠٨٤)، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (٤/٨٦٨٥) - ح (٢٣٠٨)، ويشترى البكري (٢/٤١٦) - ح (١١٠٨)، والدارمي (٢/١٨٦) - ح (٢١٨٨)، والبيهقي في الكبير (٧/١١٥) - ح (١٣٤٣٩)، والدارقطني في سنته (٣/٢٣٨) - برقم (٦٤)، والشافعى في مسنده (١/١٧٢)، وأبو داود (٢/٢٢٢) - ح (٩٩٨)، والتسانى في الكبير (٢/٢٨٠) - ح (٥٣٧١)، والإمام مالك في موطنه (٢/٥٢٤) - ح (١٠٩٢)، والإمام أحمد في مسنده (١/٢١٩) - ح (١٨٨٨).

(٣) انظر: الصقلي (٤/٤٩٤)، الشرح الكبير (٤/١٨١)، كشف القناع (٥/٤٧)، مطالب أولي النهى (٥٧/٥).

(٤) انظر: الهدية (١/٢٤٨)، الكافي (٣/١١)، المحرر (٢/١٦)، كشف القناع (٥/٤٩).

(٥) انظر: المعنى (٣/٣٤١)، (٦/٥٨٤)، (٥٨٧)، الشرح الكبير (٢/١٦٣)، (٤/٢٢١)، (٢١٩)، الإمتاع (١/٢٦٤)، (٣/١٨٤).

(٦) انظر: المقفع (٣/٧٠٨)، متهى الإرادات (٢/٦٧٠).

ثبت بشهادتها^(١)، واننى عليه ثبوت النسب، واستحقاق الارث، وإذا ثبت أن البيع تصرف في الرقبة فبصح من المرأة، كبيع سائر أموالها.

بخلاف التزوج، فإنه تصرف في البضع، وذلك لا يصح منها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج نفسها»، رواه ابن ماجه والدارقطني.

ولأنها مولى عليها في النكاح، فلم تكن ولية فيه، كالصغريرة^(٢).

فصل

٤٠٦ - إذا قال السيد لأمهه بحضور شاهدين: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك، انعقد النكاح.

ولو قال: أعتقتك على أن تتزوجي بي، ويكون عتقى إليك صداقك، وقع العنق، ولم ينعقد النكاح.

والفرق: أنه في الأولى أتي بلفظ ينبيء عن عقد النكاح، وهو قوله: أعتقتك، وجعلت عتقك صداقك، فهذا كناية عن الإيجاب والقبول، وهو الولي، وله تولي طرف العقد/ فإذا أتي بذلك اللفظ بحضور شاهدين انعقد النكاح.

بخلاف المسألة الأخرى، فإنه لم يأت بلفظ ينبيء عن عقد النكاح، بل أعتقها، وشرط عليها أن تتزوج به فيما بعد، فلم ينعقد النكاح، كما لو قال: أعتقتك على أن تعطيني ألفاً^(٣).

فصل

٤٠٧ - إذا قال لأمهه: أعتقتك على أن تتزوجي بي، وعنتك صداقك فأبى، لزمها قيمة نفسها لسيدها^(٤).

ولو قالت المرأة لعبدتها ذلك فأبى، لم يكن لها عليه شيء^(٥).

والفرق: أنه شرط عليها في الأولى أن تتزوج به، فيحصل له من جهتها منفعة

(١) انظر: المقنع (٣/٧١٠)، متنه الإرادات (٢/٦٧١).

(٢) انظر: المغني (٦/٤٤٩_٤٥٠)، الشرح الكبير (٤/١٨٣).

(٣) انظر: المغني (٦/٥٢٧_٥٢٩)، الشرح الكبير (٤/٢٠٢)، كشاف القناع (٥/٦٤_٦٣)، مطالب أولي الذهبي (٥/٧٨_٧٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٥٢٩)، الشرح الكبير (٤/٢٠٢)، الإمتناع (٣/١٧٨).

(٥) انظر: الهدایة (١/٢٦٤)، المحرر (٢/٣٣)، الإنصاف (٨/٢٤٣)، متنه الإرادات (٢/٢٠٣).

واستمتاع، فإذا لم يحصل له ما شرط رجع عليها بقيمة الرقبة^(١). وفي الثانية، شرطت على العبد أن يحصل لها من جهته تملك البعض والاستمتاع، فلهذا لم تستحق عليه شيئاً^(٢). ذكره في المجرد. وفرق أبو عبد الله السامي: بأن السيد اشترط ماله قيمة وهو بضعها، ولهذا إذا استوفيت منافعه ضمنت بالمال، فكانه أعتقها على مال. بخلاف المسألة الأخرى، فإنها لم تشرط عليه ماله قيمة، لأن بضم العبد لا قيمة له، ولهذا لا تضمن منافعه بالمال، فكانها أعتقه مطلقاً، فلا يلزمها شيء. قلت: وإنما كان بضم المرأة متقدماً دون بضم الرجل، لأن المرأة موضوعة للmutation، بخلاف الرجل.

فصل

٤٠٨ - إذا ادعت امرأة أن فلاناً زوجها فأنكر، فشهاد شاهدان بذلك، فردت شهادتهما لفسق أو غيره، لم يجز لأحدهما أن يتزوجها. ولو ادعى العبد أن سيده أعتقه فأنكر، فشهاد له شاهدان، فردت شهادتهما، جاز لأحد الشاهدين شراؤه. والفرق: أن العبد محكوم لسيده بملكه، فصح بيعه من جهته، والمشتري له يستنقذه من يد من يعتقد أنه ظالم ببقاء يده عليه، وهو السيد، فصح، كاستنقاذ الأسير.

بخلاف ما إذا أراد أن يتزوجها من شهد بتزويجها من غيره، لأنه يستتبع فرجاً حراماً في اعتقاده، فلم يجز، كما لو قال لامرأة: أنت اختي من الرضاع، فإنه لا يجوز أن يتزوجها، فظهر الفرق.

فصل

٤٠٩ - يملك السيد إجبار أمته البالغة على النكاح. ولا يملك إجبار عبده البالغ.

والفرق: أن منافع بضم الأمة مملوكة لسيدها، فملك نقلها إلى زوج، كالبيع. بخلاف العبد، فإن سيده لا يملك منافع بضمها، فلم يكن له التصرف فيها، على

(١) انظر: المفتني (٦/٥٣٠)، الشرح الكبير (٤/٢٠٢)، كشف النقانع (٥/٦٤).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤/٤)، المبدع (٧/١٤١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٦٧)، مطالب أولي النهي (٥/١٨١).

[٤٨/ب] أن العبد يلزمه بالنكاح مال، وليس للسيد إلزام ذمة عبده مالاً بغير اختباره، كما / لا يملك إجباره على الكتابة^(١).

فصل

٤١٠ - إذا زوج أمه أو بنته المجبرة بعده الصغير، جاز له أن يتولى طرفي العقد^(٢).

ولو أراد تزوج بنت عمه بإذنها وولايته، لم يجز له تولي الطرفين^(٣).
والفرق: أنه في الثانية إنما ملك العقد بالإذن، لا بالإجبار، فلا يجوز أن يتولى طرفي العقد، كالوكيل في البيع^(٤).

بحلaf الأولى، فإنه إنما ملك بالإجبار.

شم إنه في الأولى عاقد لنفسه، وفي الثانية عاقد لغيره^(٥).

فصل

٤١١ - يجوز للعبد تزوج جارية ابنه.

ولا يجوز للحر^(٦).

والفرق: أن الحر يملك، وله في جارية ابنه شبهة ملك يسقط عنه بها الحد بوطئها، فلم يجز أن يتزوجها، كالمشتركة.

بحلaf العبد، فإنه لا يملك، فهو كالأجنبي^(٧).

فصل

٤١٢ - يحرم على الأب الحر تزوج جارية ابنه.

(١) انظر: المغني (٦/٤٥٠٤)، الشرح الكبير (٤/١٧٦)، المبدع (٧/٢٥٢٤)، كشاف القناع (٥/٤٤٥).

(٢) انظر: الهدایة (١/٢٥٠)، المقنع (٣/٢٦)، المحرر (٢/١٨)، الفروع (٥/١٨٥).

(٣) انظر: المغني (٦/٤٧٠)، الإنصاف (٨/٩٦)، الفروع (٥/١٨٥)، متنه الإرادات (٢/١٦٥).

(٤) انظر: الكافي (٣/٢٠)، المغني (٦/٤٧١)، الشرح الكبير (٤/٤٠٠).

(٥) المغني (٦/٤٧١)، الشرح الكبير (٤/٢٠٠)، كشاف القناع (٥/٦١)، مطالب أولي النهى (٥/٧٦).

(٦) الهدایة (١/٢٥٤)، المقنع (٣/٤٢)، المحرر (٢/٢٢)، متنه الإرادات (٢/١٧٨).

(٧) المغني (٦/٦١٠)، الشرح الكبير (٤/٢٢٣)، كشاف القناع (٥/٨٨)، مطالب أولي النهى (٥/١١٦).

ولا يحرم على ابنه الحر تزوج أمة أبيه^(١).
والفرق: ما سبق من أن للأب في مال ابنه شبهة ملك.
وليس للابن في مال أبيه تلك الشبهة^(٢).

فصل

٤١٣ - إذا تزوج رجل امرأة، وابنه بنتها، فزفت زوجة كل منها إلى الآخر
جهلاً وخطاً، وغُلِم الواطىء منها أولاً، انفسخ بوطء الأول نكاح كل منها،
وحرمت زوجته عليه على التأييد، ولزمه للتي وطنها مهر مثلها، ويلزم الواطىء أولاً
لزوجته أولاً نصف ما سمي لها.
ولا يلزم الواطىء أخيراً شيء مما سمي لزوجته.

بيان ذلك، وبه يحصل الفرق: أن الأولى إذا وطئت ركان واطئها الأب، فإنها
تصير منكوبة أبي زوجها، وإن كان الابن فإنها تصير حليلة ابن زوجها، وكل منها
حرام عليه على التأييد، فلذلك انفسخ النكاحان، وتصير زوجة الواطىء أولاً بوطء
زوجها للأخرى أم زوجته، أو رببته قد دخل بأمها، لأنه بهذا الوطء تصير الموضوعة
أولاً بمنزلة زوجة دخل بها، فتحرم عليه أنها ويتتها على التأييد، ويلزم لكل واحد
مهر المثل للتي وطنها، لكونه وطىء أجنبية بشبهة، ويلزم الواطىء الأول نصف
سمى زوجته لحصول الفرقة قبل الدخول بسبب من جهته، كما لو طلقها، ولا يلزم
الأخير شيء من سمى زوجته لحصول الفرقة بسبب من جهتها، وهو تمكينها من
نفسها، فلذلك لا شيء عليه، فظاهر الفرق.

وأما مع الجهل بأسبقيهما وطأ، فالحكم كما ذكرنا، إلا أن كلاماً منها يلزم
نصف المسمى، لأن الأصل وجوبه، فلا يسقط بالشك^(٣).

فصل

٤١٤ - إذا اشتري أمة، ثم اشتري أختها لأمها، ثم لأبيها / لم يجز له الجمع [١٤٩]
بينها وبين إحدى أختيها^(٤).
ويجوز له ذلك بين أختيها^(٥).

(١) الهدایة (١/٢٥٤)، الكافی (٣/٥٠)، الفروع (٥/٢١٠)، الإماع (٣/١٨٩).

(٢) انظر: المغني (٦/٦١١)، الشرح الكبير (٤/٢٣٤)، كشاف القناع (٥/٨٨).

(٣) انظر: المغني (٦/٨٩٠)، الشرح الكبير (٤/٢٢٢)، كشاف القناع (٥/٨٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٥٨٤)، الشرح الكبير (٤/٢١٩)، المبدع (٧/٦٤)، الإماع (٣/١٨٤).

(٥) انظر: المبدع (٧/٦٣)، الإنصاف (٨/١٢٣)، الإماع (٣/١٨٤)، منتهى الإرادات (٢/١٧٣).

والفرق: أن كل واحدة منها أخت الأولى، وليس أختاً للأخرى، بل أخت أختها، فافترقا.

فصل

٤١٥ - بنت الريبة محمرة كأمها^(١).

وبنت حلية الابن، وزوجة الأب غير محمرة^(٢). نص عليه.

والفرق: أن الريبة حرمت لمشقة التحرز من النظر إليها، والخلوة بها، لكونها في بيته، وهذا المعنى موجود في بيتها وإن سفلت، فشاركتها في التحرير.

بخلاف الآخرين، فإنهما حرمتا عليه بعقد النكاح عليهما، وهذا غير موجود بيتها، فلم يشاركوها في التحرير^(٣)، فافترقا، ذكره القاضي.

فصل

٤١٦ - إذا عقد نكاحاً على امرأة، وعقد عقداً آخر على ثنتين، وعقداً آخر على ثلاث، وجهل الأول، صح نكاح المفردة دون غيرها.
ولو كان موضع الثلاث أربع بطل نكاح الجميع.

والفرق: أن نكاح الواحدة صحيح يقيناً بكل حال، لأنه إذا كان هو الأول فهو صحيح، وإن كان قبله نكاح الثنتين كانت الواحدة ثالثتها فيصح، وإن كان قبله نكاح الثلاث كانت رابعهن فيصح نكاحها، وإن كان نكاحها آخر العقود، وبسبق نكاح الثنتين نكاح الثلاث صح السابق، وبطل الآخر، لكونه جاوز به أربعاً، وإن سبق الثلاث الثنتين صح الثلاث، وبطل الآخر لما ذكرنا، فنكاح المفردة صحيح على التقديرين، لأنها ثلاثة أو رابعة.

بخلاف ما إذا كان موضع الثلاث أربع، فإنه إن كان عقد الأربع أولاً صح، وبطل ما بعده، وإن كان أخيراً بطل وصح ما قبله، وإن كان وسطاً بطل، وصح ما قبله وما بعده، فإذا أشكل بطل الجميع لأنه ليس عقد الأربع أولى بالصحة من غيره، فبطل الكل.

فصل

٤١٧ - إذا كان له زوجتان: مسلمة ويهودية، فقال لليهودية: أسلمت،

(١) انظر: المغني (٦/٥٦٩)، الشرح الكبير (٤/٢١٢)، المبدع (٧/٥٩)، الإمتناع (٣/١٨٢).

(٢) انظر: الكافي (٣/٤٥)، الشرح الكبير (٤/٢١٢)، المبدع (٧/٥٩)، مطالب أولي النهى (٥/٩٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٥٧٦).

وللمسلمة: ارتددت، فكذبناه، انفسخ نكاحهما إن كان قبل الدخول.
 وإن كان بعده ثبت نكاح المسلمة، ووقف نكاح اليهودية على انقضاء عدتها،
 فإن انقضت عدتها قبل أن تسلم بانت.

والفرق: أن الزوج أقر بما يوجب فسخ نكاحهما، فلزمته حكم إقراره، وينفسخ
نكاح المسلمة باعترافه بردتها، وببطل نكاح اليهودية بردتها، لأنه يقول: أسلمت،
فهي بجحودها للإسلام مرتدة، فلذلك انفسخ نكاحها.

بخلاف ما بعد الدخول، فإن المسلمة بتكذيبها للزوج عائدة إلى الإسلام في
عدتها، فصار كما لو لم ترتد، فثبتت نكاحها، واليهودية إن أسلمت في عدتها ثبت
نكاحها، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها بانت منه، لأنه أقر بسبب البينة/ كما [٤٩/ب]
بينا، فلزمته حكم إقراره.

فصل

٤١٨ - إذا أسلم محوسى له زوجة مجوسيه دخل بها، لم يجز أن يتزوج أختها
المسلمة حتى تقضى عدتها.

ولو أسلمت الزوجة وبقي هو على دينه، فتزوج أختها في عدتها، ثم أسلم قبل
انقضاء عدتها صح، فإن أسلمت الثانية اختار إحداهما^(١).

والفرق: أنه في الأولى تزوج أختها وهو مسلم، وليس لمسلم نكاح امرأة في
عدة أختها.

وفي الثانية تزوج بها كافراً، فهو كما لو تزوج الأخت قبل إسلام أختها، ثم
أسلموا جميعاً.

فصل

٤١٩ - إذا أسلمت زوجة الكافر بعد الدخول، فلها نفقة العدة.
ولو أسلم الزوج وحده، لم تستحق نفقة العدة^(٢).

والفرق: أنها بإسلامها فعلت فرضاً لا يجوز لها تأخيره، فلا تسقط نفقتها
بذلك، كما لو صامت، ويمكن زوجها تلافي نكاحها بإسلامه، فإذا لم يفعل كان
تاركاً لحقه، ولزمه النفقة كالرجعة.

بخلاف ما إذا أسلم هو وبقيت على الكفر، فإنها معتمدة لا يمكنه تلافي سبب

(١) انظر: المعني (٦/٥٥٤). الكافي (٣/٤١)، الشرح الكبير (٤/٢٢٤).

(٢) المقعن (٢/٦٦)، المحرر (٢/٢٨)، الإماع (٣/٢٠٤)، منتهي الإرادات (٢/١٩٤).

فسخ نكاحها، فلم يلزمها نفقة عدتها، كالمطلقة ثلاثاً^(١).

فصل

٤٢٠ - إذا أسلم الكافر وتحته إماء قد دخل بهن، وقلنا: الفرق تقف على انقضاء العدة^(٢)، فأسلمت واحدة منهن بعد إسلامه، ثم عتقت ثم أسلمت، كان له أن يختار منها كلهن.

ولو أعتقت إحداهن في حال كفرها، ثم أسلمت، ثم أسلم الباقي، لم يكن له التخيير من الإماء.

والفرق: أنها في الأولى اجتمعت معه في حال الإسلام وهي أمة، والباقي إماء، ثم طرأ العتق بعد ذلك، فلم يفصلهن حال الاجتماع معه في الإسلام، فلهذا يتخير من الجميع.

بخلاف ما إذا أعتقت في حال الكفر، ثم أسلمت، ثم أسلمت، فإنها اجتمعت معه في الإسلام حرمة، فصار كما لو أسلم وعنته حرمة وإماء، فإنه يبطل نكاح الإمام، لأنه مستغن بالحرمة عن التزويج بالإماء^(٣).

فصل

٤٢١ - إذا أسلم وتحته خمس نسوة، فطلق إحداهن، كان اختياراً لها.

ولو ظهر منها، أو آلى، أو قذفها، لم يكن اختياراً^(٤).

والفرق: أن الطلاق لا يكون إلا لزوجة، فيكون اختياراً.

بخلاف الظهار والإيلاء، والقذف، فإنه يكون لزوجة وأجنبيه^(٥)، فلم يتضمن اختياراً^(٦).

فصل

٤٢٢ - إذا قال لموليته: أريد أن أزوجك فلاناً، فقالت: غيره أولى، لم يكن إذناً.

(١) انظر: المعني (٦/٦٤٠-٦٣٩)، الشرح الكبير (٤/٢٧٢)، كشف النقاع (٥/١٢٠)، مطالب أولى النهى (٥/١٦١-١٦٢).

(٢) المقعن (٣/٦٤)، المحرر (٢/٢٨)، الإنصاف (٨/٢١٣)، الامتناع (٣/٢٠٤).

(٣) انظر: الكافي (٣/٨٠)، المعني (٦/٦٣٠)، الشرح الكبير (٤/٢٨٣)، كشف النقاع (٥/١٢٧).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٦٠-٢٦١)، الكافي (٣/٧٧٧٦)، الإنصاف (٨/٢٢٢)، الامتناع (٣/٢٠٦).

(٥) انظر: الكافي (٣/٢٣٨)، الإنصاف (٩/١٨١)، الامتناع (٤/٧٩)، الإنطاع (٤/٧٨).

(٦) انظر: المعني (٦/٦٢٢-٦٢٣)، الشرح الكبير (٤/٢٧٨-٢٧٧)، المبدع (٧/١٢٤-١٢٥).

ولو زوجها، ثم قال ذلك، فقالت: قد كان غيره أولى، كان إجازة.
والفرق: أنها في الأولى أخبرت أن رأيها غير ذلك العقد، فلم تكن راضية به،
فلم تكن آذنة.

بخلاف الثانية/، فإنها أخبرت بأنها ترى غيره، ولكن سكتت عن رده، فكان [١٥٠].
إمضاء.

فصل

**٤٢٣ - إذا أرادت المرأة أن تتزوج بعنين^(١)، أو مجبوب^(٢)، لم يكن لوليهما
منعها.**

ولو كان أبرض^(٣) أو مجنوناً، أو مجنوماً^(٤)، كان له منعها من التزويع به^(٥).
والفرق: أن ضرر الأول يختص الزوجة دون عشيرتها، فلم يكن له الاعتراض
عليها فيه.

بخلاف الجنون والبرص والجذام، فإن ضرره يلحق العشيرة، لأن عليهم عاراً
في تزويع حرمتهن بمن هذه حالة، ولها في ذلك من منع الأنس به، والمجتمع به،
وقد يعدي فيضر الولد^(٦).

فصل

**٤٢٤ - إذا اختارت المرأة فسخ نكاحها لأجل عيب زوجها قبل الدخول
والخلوة وسقوط مهرها^(٧).**

ولو عنت تحت عبد، فاختارت الفسخ قبلهما، لم يسقط، بل يجب نصفه^(٨).
في رواية اختارها أبو بكر^(٩).

(١) انظر: لسان العرب (١٣/٢٩٠)، المصباح المنير (٢/٤٣٣).

(٢) انظر: لسان العرب (١/٢٤٩).

(٣) الأبرص: من أصيبيه بداء البرص. انظر: لسان العرب (٧/٥).

(٤) المجنوم: من أصيبيه بداء الجذام. انظر: لسان العرب (١٢/٨٧).

(٥) انظر: الهدایة (١١/٢٥٧)، المقنع (٣/٦٠)، المحرر (٢/٢٦)، متنه الإرادات (٢/١٩١).

(٦) انظر: المعني (٦/٦٥٨)، الشرح الكبير (٤/٢٦٦)، المبدع (٧/٦٠-١١٢)، شرح المتلى (٣/٥٣، ٥٤).

(٧) انظر: الهدایة (٢/٢٥٧)، المقنع (٣/٥٩)، المحرر (٢/٢٦)، متنه الإرادات (٢/١٨٥).

(٨) انظر: المقنع (٢/١٥٤)، الإنصاف (٨/١٨٢).

(٩) انظر: المقنع (٢/٥٤)، الإنصاف (٨/١٨٢).

والآخرى: يسقط، اختارها الخرقى^(١).

والفرق: أن المهر فى الأولى خالص حقها، فإذا كانت الفرقة من جهتها سقط مهرها، كما لو ارتدت^(٢).

بخلاف الثانية، فإن المهر خالص حق السيد، فلا يسقط إلا بسبب من جهته، كسائر حقوقه^(٣).

فصل

٤٢٥ - إذا فسخ نكاح الزوجة بعدما دخل بها، لزمه المهر^(٤).

ولو ردّ الجاربة المشترأ بعيوب بعد وطئها، لم يلزمها شيء^(٥).

والفرق: أن الوطء في النكاح معقود عليه، فهو أحد العوضين، فإذا استوفاه لزمه ما في مقابلته، كالعوض في البيع^(٦).

بخلاف وطء المبيعة، فإنه غير معقود عليه في البيع، بل العقد على رقبتها، فافترقا.

فصل

٤٢٦ - إذا عتقت الأمة تحت عبد فوطئها، سقط خيارها إن كانت بالغة عاقلة.

وإن كانت صغيرة أو مجنونة، لم يسقط.

والفرق: أن العاقلة البالغة لها فعل و اختيار، وإذا لم تفسخ أو مكتنه كان دليلاً على رضاها.

بخلاف الصغيرة والمجنونة، فإنه لا يصح اختيارها للمقام معه، ولا للفسخ، فإذا كان صريحاً الاختيار لا يصح، فأولى أن لا يصح ما دل عليه^(٧).

فصل

٤٢٧ - إذا مكتنه من وطئها مدعية للجهل بعتقها، ومثلها يجهله، لم يسقط خيارها.

(١) انظر: المقنع (٥٤/٢)، المحرر (٢٦/٢)، الإنفاق (٨/٨)، منتهى الإرادات (١٩٠/٢).

(٢) انظر: الكافي (٦٢/٣)، المعني (٦/٦٥٥)، الشرح الكبير (٤/٦٥٣)، المبدع (٧/١١٠).

(٣) انظر: المعني (٦/٦٤)، الكافي (٦٨/٣)، الشرح الكبير (٣/٢٥٤).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٥٧)، الكافي (٦٢/٣)، المحرر (٢٦/٢)، منتهى الإرادات (٢/١٨٥).

(٥) انظر: الهدایة (١/١٤٢)، المقنع (٤٦/٢)، الإنفاق (٤/٤١٦٤١٥)، الامتعة (٢/٩٧).

(٦) انظر: المعني (٦/٦٥٥)، الشرح الكبير (٤/٢٦٤)، المبدع (٧/١١١).

(٧) انظر: الكافي (٣/٦٧-٦٦)، المعني (٦/٦٦٠-٦٦٢)، الشرح الكبير (٤/٢٥٢-٢٥١)، المبدع (٧/٩٨٩٧).

ولو ادعت الجهل بثبوت الخيار، سقط. في رواية مرجوحة^(١).
 والفرق: أنه في الأولى الظاهر معها، والأصل بقاء الرق، فلا يؤثر ذلك الوطء
 في إسقاط الخيار، لأنه لا يدل على الرضا.
 بخلاف الثانية، فإنها مكتنثة مع العلم بالعنق، وادعت ما الظاهر خلافه وأيضاً،
 فإنه خيار عيب فسقط بالتصريف مع العلم به، كخيار العيب^(٢).

فصل

٤٢٨ - إذا عتقت الصغيرة تحت عبد، لم يملك أبوها اختيار الفسخ، حراً كان
 أو عبداً^(٣).

ولو زوج ابنه الصغير، ملك أن يطلق عنه^(٤).

والفرق: أن الصغيرة لا / مصلحة لها في فسخ أيتها نكاحها، بل عليها فيه ضرر [٥٠/ب]
 بإسقاط نفقتها وكسوتها وغير ذلك، فلم يكن لأيتها الفسخ^(٥).
 بخلاف طلاقه عن ابنه الصغير، فإن للابن فيه مصلحة ظاهرة بإسقاط ما ذكرنا
 عنه^(٦).

فصل

٤٢٩ - إذا عتقت الأمة تحت عبد، فخياراتها على الفور. على ما اختاره في
 المجرد.

قال: ولو كانت هذه المعتقة مطلقة رجعية، فخياراتها على التراخي، حتى
 تنقضي عدتها، أو يراجعها، فمتنى راجع صار خيارها على الفور.

والفرق: أن إمساكها عن الفسخ في العدة لا يدل على الرضا بالمقام، لأنها
 تتوقع ما تحصل به البنونة، وهو انقضاء العدة، فلم يسقط خيارها، فمتنى راجعها
 زوجها صار خيارها على الفور، لأن سكوتها لا يحتمل غير رضاها بالمقام، فحكم
 عليها به.

(١) المغني (٦٦١/٦)، الفروع (٥/٢٢٦-٢٢٥)، الإنفاق (٨/١٧٨)، الإمتاع (٣/١٩٦).

(٢) المغني (٦٦١/٦)، الشرح الكبير (٤/٢٥٢-٢٥١).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٥٨)، المقنع (٣/٥٣)، الإمتاع (٣/١٩٦)، مستحب الإرادات (٢/١٨٥).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٤٣)، المحرر (٢/٥٠)، الإنفاق (٨/٣٨٦)، منح الشفا الشافيات (٢/٥٣).

(٥) انظر: المغني (٦٦٢)، الشرح الكبير (٤/٢٥٢)، المبدع (٧/٩٨)، مطالب أولي النهى (٥/١٣٩).

(٦) انظر: المغني (٦/٥٠٤)، منح الشفا الشافيات (٢/٥٣٥).

قلت: والصحيح من المذهب: أن خيار المعتقة على التراخي^(١)، وأن الرجعية إذا رضيت بالمقام سقط خيارها^(٢). وما ذكره المؤلف هو اختيار القاضي في المسألتين.

فصل

٤٣٠ - يجوز للمعتقة تحت عبد أن تفسخ ب نفسها ، ولا تحتاج إلى حاكم^(٣).

ولا يجوز لزوجة العين أن تفسخ إلا بحاكم^(٤).

والفرق: أن الفسخ بالعتق ثبت بالنص ، وهو مجمع عليه ، فلم يفتقر إلى الحاكم ، كالردد بالعيوب.

بخلاف الفسخ بالعينة ، فإنه أمر مختلف فيه ، فهو موضع اجتهاد ، فافتقر إلى الحاكم لينظر فيه^(٥).

فصل

٤٣١ - إذا شرط الزوج في عقد نكاحها: أن يطأها ليلاً صحيحاً.

ولو شرطت الزوجة: أن يطأها ليلاً لم يصح الشرط. ذكره القاضي في المجرد.

والفرق: أن معنى هذا الشرط: أن يطأها ليلاً ، ولا يطؤها نهاراً ، فإذا شرطه الزوج فقد شرط ما له فعله ، لأنه لا يجب عليه أن يطأ ليلاً ونهاراً ، فقد شرط ما لا ينافي مقتضى العقد فصح ، كشرط النفقة والكسوة .

بخلاف ما إذا شرطته الزوجة ، فإنه ليس لها منفعة من الوطء نهاراً ، فقد شرطت ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرطت عدم الوطء^(٦) البطلة.

(١) انظر: الهدایة (١/٢٥٨)، المحرر (٢٦/٢)، الإنصال (٨/١٨٠)، متنه الإرادات (٢/١٨٤).

(٢) انظر: الكافي (٣/٦٨)، المحرر (٢٦/٢)، الإنصال (٨/١٨٢)، متنه الإرادات (٢/١٨٥).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٥٨)، الكافي (٣/٦٦)، المحرر (٢٦/٢)، متنه الإرادات (٢/١٨٥).

(٤) انظر: المقعن (٣/٥٩)، المحرر (٢٦/٢)، متنه الإرادات (٢/١٩٠)، الروض المرربع (٢/٢٧٧).

(٥) انظر: المغني (٦/٦٦٦)، الشرح الكبير (٤/٢٥١)، المبدع (٧/٩٦)، كشاف القناع (٥/١٠٣).

(٦) انظر: المغني (٦/٥٥٠)، زاد المعاد (٥/١٠٦)، الإنصال (٨/١٦٥).

باب الصداق

فصل

٤٣٢ - إذا أصدقها عبداً فزاد زيادة متصلة، كسمن وتعلم صنعة، ثم طلق قبل الدخول لم يرجع بنصفه زائداً إلا برضاهما، فإن أبى لزمهها نصف قيمته وقت العقد. رواية واحدة^(١).

ولو أفلس المشتري بالشمن وزاد المبيع زيادة متصلة، كان للبائعأخذه بزيادته. نص عليه، وعنه: يمنع الرجوع^(٢).

قال القاضي أبو يعلى: وليس لنا زيادة لا تتبع العين إلا في هاتين المسألتين: في الصداق، رواية واحدة، وفي المفلس، على إحدى الروايتين.

قلت: وقد خرَّج^(٣) أبو البركات^(٤) في مسألة الزيادة/ المتصلة رواية أخرى: [٥١/٥] أنه يأخذها بها، قال: قياساً على المنفصلة وأولى.

والفرق: أن البائع يرجع في عين ماله بفسخ البيع، فكان الفسخ في معنى رفع العقد من أصله، فلهذا رجع فيه بزيادته.

بخلاف الصداق، فإن الطلاق لا يرفع العقد من أصله، وإنما يقطع العقد في الحال، فلو قلنا: يرجع باليادة لجعلنا له الرجوع في ملك الزوجة، وذلك لا يجوز.

قلت: وقد كرر السامری هذا الفصل من كتاب الصداق.

فصل

٤٣٣ - الزيادة في الصداق بعد تمام عقد النكاح تلحق^(٥).

ولا تلحق في شيء من العوضين في المبيع^(٦).

والفرق: أن وقت الزيادة في الصداق وقت لفرض جميعه في المفروضة، ولا يتوقف حصول ملك النكاح على ما ذكره، فلهذا تجوز الزيادة فيه.

(١) انظر: الكافي (٣/١٠٠)، المحرر (٢/٣٦)، الإنفاق (٨/٢٦٤).

(٢) انظر: المعني (٤/٤٦٤)، الإنفاق (٥/٢٩٢)، الإمتاع (٢/٢١٤)، متهي الإرادات (١/١).

(٣) انظر: الإنفاق (١/٦)، (١٢/٢٥٧).

(٤) انظر: المحرر (٢/٣٦)، الإنفاق (٨/٢٦٤).

(٥) انظر: الكافي (٣/٩٢)، المحرر (٢/٣٣)، الإمتاع (٣/٢٢٢)، متهي الإرادات (٢/٢١٢).

(٦) انظر: المقعن (٢/٥٤)، المحرر (١/٣٣١)، الإمتاع (٢/٦٠١)، متهي الإرادات (١/٦٨).

بخلاف الثمن والمثمن، فإنه لا يحصل الملك في أحدهما إلا مع ذكره في العقد، فإذا تم العقد استقرت المعاوضة، فلذلك لم تتحقق.

فصل

٤٣٤ - إذا زوجها الأب بدون مهر المثل صح، رضيت أو سخطت.

ولو باع شيئاً من مالها بدون ثمن المثل بغير إذنها لم يصح.

والفرق: أن البعض ليس المقصود به محض المال حتى يقال فرط فيه، بل يقصد به غير المال أيضاً، كحسن العشرة، وسهولة الأخلاق، وسعة الإنفاق، والأب ينظر لابنته ما هو الأحظ لها، فإذا سهل في الصداق علم أنه قد لحظ لها مصلحة أكثر من زيادة المهر، فلذلك صح.

بخلاف بيع مالها بدون ثمنه، فإنه إضاعة مال، فلم يصح^(١).

فصل

٤٣٥ - إذا تزوج امرأة فارتدت قبل الدخول، سقط مهرها.

ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي، أو كانت أمة فقتلها سيدها قبل الدخول، لم يسقط.

والفرق: أن بقتلها لم ينفسخ النكاح بل تم وانتهى، لأنه معقود إلى الموت، فلذلك لم يسقط مهرها، كما لو ماتت.

بخلاف ما إذا ارتدت، لأن النكاح ينفسخ قبل تمامه، فهو كما لو طلقها والفسخ بسبب من جهتها قبل الدخول، فيسقط مهرها لذلك^(٢).

فصل

٤٣٦ - إذا أصلقها شاه حائلاً فحملت، ثم طلقها قبل الدخول، فردت نصفها عليه، أجبر على قبوله.

ولو كانت جارية لم يلزمها قبوله.

والفرق: أن الحمل في الشاة زيادة، فإذا ردت النصف بزيادته أجبر على قبوله، كالزيادة المصلة.

(١) انظر: المغني (٤٩٨/٦)، الشرح الكبير (٤/٢٩٩-٣٠٠)، المبدع (٧/١٤٥)، كشاف القناع (٥/١٣٧).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٥٢)، الشرح الكبير (٤/٣١٨٣١٧)، المبدع (٧/١٦١-١٦٢)، كشاف القناع (٥/١٤٩-١٥٠).

بخلاف الحمل في الأمة، فإنه عيب في بنات آم، فلم يلزمها قوله^(١)

فصل

٤٣٧ - إذا أصدقها أمة فحملت، وولدت في ملكها، ثم طلقها قبل الدخول والولد طفل، رجع بنصف قيمتها، دون نصفها^(٢).

[٥١/ب] ولو/ كان أصدقها حيواناً غير الجارية رجع بنصفه^(٣).

والفرق: أن الأمة لا يفرق بينها وبين ولدها الطفل، فتكون كتالفة، فرجع بنصف قيمتها.

بخلاف غيرها من الحيوان، فإنه يجوز التفرقة بينه وبين ولده، فيملك الرجوع بنصفه^(٤).

وأورد: كيف تحصل الفرقة بينهما؟ والنصف الآخر في ملك الزوجة مع الولد.

فأجيب: بأن المانع من الفرقة بين ولدها وبين جميعها يمنع من التفرقة بين بعضها في الملك، بدليل: أنه لا يجوز بيع جميعها دونه، ولا يجوز بيع بعضها دونه.

وحكى ابن أبي موسى^(٥) وجهاً آخر: أنه يكون للزوجة نصف قيمة الجارية وقيمة ولدها، ويدفعان إلى الزوج.

فصل

٤٣٨ - إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، وأصدقها جارية معينة فقبضتها، وأعتقتها قبل الدخول لم يصح، وبعده يصح.

والفرق: أن المهر لا يملك في الفاسد إلا بالدخول، فقد اعتقت ملك غيرها قبل الدخول.

بخلاف ما بعده، فإنه يستقر ملكها عليه.

(١) انظر: المغني (٦/٧٤٦)، الكافي (٣/١٠١-١٠٠)، الشرح الكبير (٤/٣١١).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١١-٣١٠)، الإنصاف (٨/٢٦٤)، كشف القناع (٥/١٤٢)، متنبي الإرادات (٢/٢٠٧).

(٣) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١١-٣١٠)، الإنصاف (٨/٢٦٤)، كشف القناع (٥/١٤٢)، متنبي الإرادات (٢/٢٠٧).

(٤) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١١-٣١٠).

(٥) انظر: طبقات الحتابلة (٢/١٨٢)، المنهج الأحمد (٢/١١٤)، شذرات الذهب (٣/٢٨٣).

فصل

٤٣٩ - إذا طلقت الصغيرة قبل الدخول، فلأبيها العفو عن نصف صداقها.
 قلت: في رواية مرجوحة^(١).

ولو زوج ابنته وأقضى مهره، ثم رجع إليه ببردة أو رضاع قبل الدخول، لم يجز
 عفو عنه. رواية واحدة^(٢).
 والفرق: أن والد الصغيرة هو الذي اكتسب لها المهر، فكان له العفو عنه.
 بخلاف الصداق، فإنه لم يكتتب للابن، بل هو من صلب ماله، فلم يكن للأب
 العفو عنه كغيره من أمواله^(٣).

فصل

٤٤٠ - إذا وهبت زوجها مهرها، ثم وجد ما يسقطه أو ينصحه، رجع عليها
 بعوضه في أصبح الروايتين، وكذلك لو باع عبداً بألف ثم قبضها، ثم وهبها المشتري،
 ثم وجد بالعبد عيباً، أو وجد به عيباً وحدث عنه آخر، وأراد مطالبة البائع بارش
 القديم، أو كاتب عبده على مائة، ثم أبرأه منها وعتق وأراد مطالبة سيده بالإيتاء^(٤).
 فيه الخلاف المذكور^(٥).

ولو باع عبداً بألف، ثم وهب البائع، ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته،
 فللبايع أن يضرب مع الغرماء، وجهاً واحداً^(٦).
 // / والفرق بين هذه المسألة وتلك المسائل: أن حق البائع هنا في الثمن، لا في
 العين، والثمن لم يعد إليه منه شيء، فلهذا ضرب به.
 بخلاف تلك المسائل، فإن ماله عاد إليه بعينه^(٧).

فصل

٤٤١ - قد قدمنا أنها إذا وهبت زوجها المهر، ثم وجد ما يسقطه أو ينصحه،

(١) انظر: الكافي (٣/١٠٣-١٠٤)، المحرر (٢/٣٨)، الفروع (٥/٢٨٥)، الإمتاع (٣/٢١٨).

(٢) انظر: الكافي (٣/١٠٣-١٠٤)، المحرر (٢/٣٨)، الفروع (٥/٢٨٥)، الإمتاع (٣/٢١٨).

(٣) انظر: المغني (٦/٧٣١)، الشرح الكبير (٤/٣١٤).

(٤) انظر: المبدع (٦/٣٦٠)، كشاف القناع (٤/٥٦٠).

(٥) انظر: المغني (٦/٧٣٥)، الشرح الكبير (٤/٣١٧)، كشاف القناع (٥/١٢٧).

(٦) المغني (٦/٧٣٤-٧٣٢)، الشرح الكبير (٤/٣١٥-٣١٧)، الفروع (٥/٢٧٧)، الإنصال (٨/٢٧٧-٢٧٥).

(٧) انظر: المغني (٦/٧٣٤)، الشرح الكبير (٤/٣١٧).

فإنه يرجع عليها بعوضه.

ولو أبدأته منه لم يرجع عليها. في أصح الروايتين^(١).

والفرق: أنها في الأولى حصل لها الصداق، ثم عاد إلى الزوج بعدد مستأنف، فهو كما لو اشتراه منها.

وفي الثانية، أسقطت حقها، فكانه لم يفرض لها شيء^(٢).

فصل

٤٤٢ - للمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها الحال^(٣).

وليس للبائع منع تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه، بل يجبر على تسليمه قبل قبض ثمنه^(٤).

والفرق: أنه لو تذرر تسليم الثمن أمكن الرجوع في المبيع.

بخلاف منفعة البضع، فإنه لو تذرر المهر لم يمكن الرجوع فيها^(٥).

فصل

٤٤٣ - إذا تزوج أم ولده، ثم أوصى لها بمهرها الحال في ذمة الزوج صحت الوصية، فإذا عتقت بموت سيدها ملكته، ولم يكن لها منع نفسها حتى تقبضه.

ولو أعتقها حال حياته، ثم زوجها بمهر حال، كان لها منع نفسها حتى تقبضه.

والفرق: أنها في الأولى ملكته بالوصية، فلم يكن لها منع نفسها لقبضه، كما لو كان لها عليه دين.

بخلاف الثانية، فإنها ملكته بعدد النكاح في مقابلة الاستمتاع، فملكنت الممنع حتى تقبض، كما تقدم في الفصل الذي قبله.

فصل

٤٤٤ - إذا أصدقها خثباً فشقته أبواباً فزادت قيمته، ثم طلقها قبل الدخول، لم

(١) انظر: الكافي (١٠٢/٣)، المحرر (٣٨/٢)، الفروع (٢٧٥/٥)، الإمتناع (٢١٨/٣).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٣٢)، الشرح الكبير (٤/٣١٥).

(٣) انظر: الهدایة (١/٢٦٥)، المقعن (٣/٩٧)، المحرر (٢/٣٨)، الإنصال (٨/٢١٠).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٤٦)، المقعن (٢/٥٨)، المحرر (١/٣٣٢)، الروض المربي (٢/١٧٧).

(٥) انظر: المغني (٦/٧٣٧)، الشرح الكبير (٤/٣٣٦)، المبدع (٥/١٢٣)، كشف القناع (٥/١٧٥)، كشف القناع (٥/١٦٣).

يُكَلِّن لِهِ الرُّجُوعُ بِنَصْفِهِ، وَلَوْ بَذَلتْ لَهُ النَّصْفُ بِزِيادَتِهِ، لَمْ يُلْزِمْهُ قَبُولُهُ، عَنْدَ القاضِيِّ.
وَلَوْ كَانَ فَضْحَهُ فَصَاغَهُ حَلِيًّا، لَزَمَهُ قَبُولُهُ.

وَالْفَرْقُ: أَنَّ الْفَضْحَ يَجْبِيُّهُ مِنْهَا بَعْدَ الصَّوْغَ مَا يَجْبِيُّهُ مِنْهَا قَبْلَهُ، فَهُوَ زَائِدُ مِنْ كُلِّ
وَجْهٍ، فَلَزَمَهُ قَبُولُهُ.

بِخَلَافِ الْخَشْبِ وَنَحْوِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَجْبِيُّهُ مِنْهُ بَعْدَ الشَّقِّ مَا كَانَ يَجْبِيُّهُ مِنْهُ قَبْلَهُ،
فَهُوَ زَائِدُ مِنْ وَجْهٍ، نَاقِصٌ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ^(١).

فصل

٤٤٥ - إِذَا تَزَوَّجَ مِنْ لَا يَوْطِئُ مِثْلَهَا، لَزَمَهُ تَسْلِيمُ مَهْرِهَا إِنْ طَلَبَتْ^(٢)، وَلَا
لَزَمَهُ نَفْقَهِهَا^(٣).

وَالْفَرْقُ: أَنَّ الصَّدَاقَ مَلْكُتَهُ عَلَيْهِ فِي مَقَابِلَةِ مَلْكِهِ الْبَضْعِ، فَلَزَمَهُ تَسْلِيمِهِ،
كَالْكِبِيرَةِ^(٤).

بِخَلَافِ النَّفَقَةِ، فَإِنَّهَا فِي مَقَابِلَةِ التَّمْكِينِ، وَذَلِكَ مَتَعْلَمٌ مِنْ جَهَةِ الصَّغِيرَةِ^(٥).

فصل

٤٤٦ - إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى دَارِ لَغِيرِهِ يَشْتَرِيهَا، وَيُسْلِمُهَا إِلَيْهَا صَحٌّ، وَلَزَمَهُ ذَلِكَ^(٦).

وَلَوْ بَاعَ دَارًا لَغِيرِهِ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيهَا، وَيُسْلِمُهَا لَمْ يَصْحُ^(٧).

وَالْفَرْقُ: أَنَّ عَقْدَ النَّكَاحِ يَبْقَى مَعَ اسْتِحْقَاقِ الْمَهْرِ الْمُعِينِ وَفَوَاتِ تَسْلِيمِهِ، فَإِذَا
كَانَ فَوَاتُ تَسْلِيمِهِ لَا يَمْنَعُ بَقاءِ الْعَهْدِ لَمْ يَمْنَعْ صَحَّةَ تَسْمِيَتِهِ، فَإِنْ قَدِرَ عَلَى تَسْلِيمِهِ
سَلَمَهُ، وَإِلَّا غَرَمَ قِيمَتَهُ، كَمَا لَوْ هَلَكَ الْمَهْرُ فِي يَدِهِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ^(٨).

وَأَمَّا الْبَيعُ، فَإِنَّ عَقْدَهُ يَبْطِلُ بِاسْتِحْقَاقِ الْعَوْضِ فِيهِ وَفَوَاتِ تَسْلِيمِهِ، فَإِذَا أَبْطَلَهُ
مَنْعُ انْعَقَادِهِ، فَافْتَرَقا.

(١) انظر: المغني (٦/٧٠٤٧٠٣)، الشرح الكبير (٤/٣٠٨).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٣٦)، الإنفاق (٨/٣١٠)، الإمتاع (٣/٢٢٦).

(٣) الهدایة (٢/٧٠)، المقتن (٣/٣١٣)، الإمتاع (٤/١٤٢).

(٤) المعني (٦/٧٣٦).

(٥) انظر: المغني (٦/٧٣٥)، الشرح الكبير (٥/١٢٢)، حاشية المقتن (٣/٣١٣).

(٦) انظر: المغني (٦/٦٩٠)، الشرح الكبير (٤/٢٩٤)، البعد (٧/١٣٣)، الإمتاع (٣/٢٠٩).

(٧) انظر: المغني (٤/٢٢٨)، المقتن (٨/٢)، الإمتاع (٢/٦٦).

(٨) انظر: المغني (٦/٦٩١٦٩٠)، الشرح الكبير (٤/٢٩٤)، كشف النقاع (٥/١٣٠).

وأيضاً، فإن هذا نكاح وشرط، وقد قال /عليه السلام: «أحق الشرط أن يوفى، ما استحللت به الفروج» رواه البخاري ومسلم وغيرهما^(١). وهذا شرط، فلزمه الوفاء به، وليس كذلك البيع، لأنه بيع وشرط، وقد نهى النبي /عليه السلام عن ذلك.

قلت: ليس هذا من قبيل البيع والشرط، بل من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد نهى النبي /عليه السلام عن ذلك في قوله لحكيم بن حزام^(٢): «لا تبع ما ليس عندك» رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما^(٣).

فصل

٤٤٧ - إذا تزوجها على عبد مطلق يشتريه لها، صحت التسمية. اختاره القاضي^(٤)، وقال: لها الوسط.

قال: ولو تزوجها على ثوب مطلق، لم تصح التسمية، ووجب مهر المثل^(٥).

والفرق: أن أعلى أجناس الثياب وأدنىها غير معلوم، فلم يكن الوسط معلوماً لترفقه عليهما.

بخلاف العبيد، فإن أعلىها الرومي، وأخسها الزنجي، وأوسطها السندي، فانصرف الإطلاق إليه^(٦).

فصل

٤٤٨ - إذا قال: أصدقتك هذا الحر، وجب مهر المثل.

ولو أصدقها عبداً بفان حرراً، وجب لها قيمة لو كان عبداً^(٧).

والفرق: أنه في الأولى سمي ما لا يصلح صداقاً فبطل، ووجب مهر المثل، كما لو لم يسم.

(١) (ج) أخرجه البخاري (٢/٩٧٠)ـ ح (٢٥٧٢)، ومسلم (٢/١٠٣٥)ـ ح (١٤١٨).

(٢) انظر: أسد الغابة (٢/٤٠)، الإصابة (٢/٣٢).

(٣) (ج) أخرجه الترمذى (٣/٥٣٤)ـ ح (١٢٢٢)، والبيهقي في الكبير (٥/٢٦٧)ـ ح (١٠٢٠٢)، وأبو داود (٣/٢٨٣)ـ ح (٣٥٠)، والنثاني في الكبير (٤/٣٩)ـ ح (١٢٠٦)، وابن ماجه (٢/٧٣٧)ـ ح (٢١٨٧)، والإمام مالك في الموطأ (٢/٦٤٢)ـ ح (١٣١٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٨/٣٨)ـ ح (١٤٢١٢)، والإمام أحمد في مسنده (٣/٤٠٢١٣)ـ ح (١٥٣٤٦)، والطيبالسي في مسنده (١/١٩٣)ـ ح (١٣٥٩)، والطبراني في الكبير (٣/١٤٩)ـ ح (٣٠٩٧).

(٤) انظر: الهدایة (١/٢٦٣)، المقنع (٣/٧٥)، الإنفاق (٨/٢٣٧)، الامتناع (٣/٢١٠).

(٥) انظر: الكافي (٣/٨٦)، المحرر (٢/٣٢)، الإنفاق (٨/٢٣٧)، متيهي الإرادات (٢/٢٠١).

(٦) انظر: المغني (٦/٦٩٢ـ٦٩٣)، الشرح الكبير (٤/٢٩٣)، المبدع (٧/١٣٨).

(٧) انظر: الكافي (٣/٨٧)، المحرر (٢/٣١)، الإنفاق (٨/٢٤٦ـ٢٤٥)، الامتناع (٣/١١٢).

بخلاف الثانية، فإنه سمي ما يصح صداقاً، ولكن تذر التسليم لما بان حراً، فصار كتلف الصداق المعين قبل قبضه، وهناك يستحق مثل المثلي، وقيمة المتفق، فكذا هنا^(١).

فصل

٤٤٩ - وكذا لو أصدقها خمراً، وجب مهر المثل.
ولو أصدقها عصيراً فبان خمراً، وجب لها مثله^(٢).
والفرق: ما تقدم.

فصل

٤٥٠ - إذا أصدقها أمها، وهي جائزة التصرف، صح، وعتقت أمها عقب العقد.

ولو كانت صغيرة فزوجها أبوها على ذلك، لم تصح التسمية.
والفرق: أن الجائزة التصرف يصح أن تشتري أمها فتعتقها، فكذا إذا رضيت بها صداقاً.

بخلاف الصغيرة، فإنها محجور عليها، وأبوها إنما يملك تصرفها في منفعة، وليس في ذلك إلا ضرر.

فصل

٤٥١ - إذا زوج ابنه الصغير وضمن المهر وقضاه، فبلغ الابن فطلق قبل الدخول، فالراجح للابن^(٣).

ولوزوج عبده بأمة غيره على صداق أداء، ثم اعتقه أو باعه، ثم طلق قبل الدخول، فقياس المذهب: رجوعه إلى السيد الأول دون العبد ومشريه.

والفرق: أن إصداق الأب عن ابنه تمليك للابن المهر، فكأنه استوهب ذلك لابنه من نفسه، وقضاه له، ثم قضاه عنه، فصار كأن الابن أصدق من ماله، فرجع الراجح إليه، لأنه خرج من ملكه فيعود إليه.

بخلاف العبد، فإنه لم يملك/ الصداق، ولم يخرج من ملكه، بل من ملك

[١/٥٣]

(١) انظر: الكافي (٨٧/٣)، المغني (٦/٦٨٩)، المبدع (٧/١٤٢-١٤٣)، كشف القناع (٤/٦٣٥).

(٢) انظر: الكافي (٨٧/٣)، المغني (٦/٦٨٩)، المبدع (٧/١٤٢-١٤٣)، كشف القناع (٤/١٣٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/٣٠٠)، المبدع (٧/١٤٧)، الإنفاق (٨/٢٥٢)، الإمتاع (٣/٢١٣).

سيده إلى سيد زوجته، فإذا تناصف وجب عوده إلى حيث خرج.

فصل

٤٥٢ - إذا تعيب المهر بيد الزوج بفعله، ثم طلق قبل الدخول خيرت: بين رده والمطالبة بنصف قيمته، وبينأخذ نصفه ناقصاً، وتضمنه.

ولو تعيب بيدها بفعلها، وطلق قبل الدخول خير: بينأخذ نصفه ناقصاً ولا أرش، وبين تركه، وأخذ نصف قيمته يوم الفرقة^(١).

والفرق: أنها ملكت المهر في يده، فإذا جنى عليه فقد جنى على ملكها، وهو مضمون في يده ضمان عقد، والوصف هنا يضمن بالجناية، كالمبيع إذا جنى عليه البائع قبل التسليم.

بخلاف ما إذا جنت هي، فإنها ملكته بالعقد، وتم بالقبض، فجنايتها عليه هدر، كما لو حدث نقص بأفة سماوية.

فصل

٤٥٣ - إذا تزوجها على خنزير صح، ووجب مهر المثل^(٢).
ولو خالعها على ذلك صح، ولم يستحق شيئاً^(٣).

والفرق: أن البعض متقوم حال دخوله في ملك الزوج، بدليل: أن للأب تزويج ابنه الصغير^(٤)، وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها^(٥)، ولا فرق إلا أنه حصل له ما له قيمة، وحل لها ما لا قيمة له، وهو إخراج بعضها من ملك الزوج، فإذا ثبت أن له قيمة حال دخوله فإذا جعل عوضه ما لا قيمة له، كالخمر والخنزير سقط، ووجب مهر المثل.

بخلاف الخلع، فإن البعض غير متقوم حال خروجه من ملك الزوج، بدليل: أن طلاقه في مرض موته غير معتبر من الثالث، ولو كان متقوماً لا يعتبر من الثالث.
وبدليل: ما إذا طلق عليه الحاكم في الإيلاء وغيره قهراً، فإنه يخرج مجاناً، وما له

(١) انظر: الشرح الكبير (٤/٣٠٦)، المبدع (٧/١٥٤)، الإنفاق (٨/٢٦٦-٢٦٧)، الامتناع (٣/٢١٦).

(٢) انظر: الهدى (١/٢٦٢)، المقعن (٣/٧٨)، الإنفاق (٣/٢١٢).

(٣) انظر: المغني (٧/٧٤٧٣)، الشرح الكبير (٤/٣٨٣)، الإنفاق (٨/٣٩٨)، الإنفاق (٣/٢٥٦).

(٤) انظر: المقعن (٣/١٥٩)، متهى الإرادات (٢/١٥٩).

(٥) انظر: المقعن (٣/١١٦)، متهى الإرادات (٢/٢٣٧).

قيمة لا يخرج من ملك مالكه بغير رضاه مجاناً^(١)، ويدليل: ما ذكرنا من عدم جواز مخالعة الأب من مال ابنته الصغيرة، ولو كان متقدماً لجاز، كشراه لهما، وبالاتفاق لا يجوز، فدل على أنه غير متقدم خروجاً، فإذا ثبت ذلك لم يستحق عليها في المسألة الثانية شيئاً، كما لو خالعها بغير عرض^(٢).

وأورد: بل لخروجه قيمة^(٣)، بدليل: أن ما كان لدخوله قيمة كان لخروجه قيمة، كسائر الأموال، ويدليل: أنه لو لم يكن له قيمة لما صح بذلك العرض في مقابلته، كالحشرات^(٤)، ويدليل: ما لو كان له زوجتان صغرى وكبرى، فأرضعت الكبرى الصغرى انفسخ نكاحهما، وبضم الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى^(٥)، فثبت أن لخروجه قيمة.

وأجيب عن الأول: بأنه غير مطرد، بدليل دم العمد، فإن لدخوله قيمة، ولا قيمة لخروجه.

وعن الثاني: بأن العرض قد يقابل الخلوص من الأسر، ولا قيمة له.

وعن الثالث: بأن الرجوع على الكبيرة، لأنها الجائة إلى غرامة نصف المسمى [٥٢/ب] للصغرى/ بإرضاعها إياها، لا لكونها أخرجت من ملكه متقدماً، إذ لو كان كذلك للزم الكبيرة جميع مهر المثل، لأنه قيمة الوضع على قول المُورِّد، فلما لزمها النصف دل على ما قلنا، فتبين الفرق.

فصل

٤٤ - إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها مراراً، أو اشتري جارية فوطئها مراراً واستحقت، ولم يكن عالماً، أو وطئ مكاتبته مراراً، أو وطئ جارية ولده مراراً، لم يلزمها إلا مهر واحد.

ولو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره مراراً، فعليه لكل وطء نصف مهر. ولو كانت مكتابة بينهما، لزمها عن نصفه نصف مهر خاصة، ولزمها للمكتابة لكل وطء نصف مهر عن النصف الآخر.

ولو وطئ الابن جارية أبيه وادعى شبهة، أو وطئ جارية امرأته بشبهة، فعليه لكل وطء مهر.

(١) انظر: الكافي (٣/٢٥٠)، متيهي الإرادات (٢/٣٢٣).

(٢) انظر: المغني (٧/٧٤-٧٣)، الشرح الكبير (٤/٣٨٣)، كشف النقانع (٥/٢١٩-٢٢٠).

(٣) انظر: الفروع (٥/٥٧٤)، الإنصاف (٩/٣٤١).

(٤) انظر: المقنع (٢/٦)، غایة المتيهي (٢/٥).

(٥) انظر: المقنع (٣/٣٠٣)، غایة المتيهي (٣/٢٢١).

والفرق بين هذه المسائل: أن المنكوحة نكاحاً فاسداً والمشترأ مسلمة إليه على حكم عقد فاسد، فيلحق النسب، وينعقد الولد حراً، كالعقد الصحيح، فقد استوفى الوطء، على حكم الملك فلا يجب أكثر من مهر واحد، وكذا مكاتبه، ملكه في الحقيقة باق، فاستيفاؤه أيضاً على حكم الملك، وكذا الأب وطء على حكم الملك لقوله عليه: «أنت ومالك لا يك» رواه ابن ماجه^(١)، فصارت كالمنكوحة على ما بينا.

وأما الجارية المشتركة فلا حق له في نصيب شريكه، فقد وطئها لا على حكم ملكه، لأنه عالم أن الملك للغير، وكذا جارية الأب لا ملك لابن فيها، فصار كل وطء مستوفى على حكم ملك صاحبها، فصار الثاني كالاول، والأول يوجب المهر، كذا الثاني وما بعده، فظهر الفرق^(٢).

فصل

٤٥٤ - إذا وطء ذات محارمه بعقد فاسد، أو شبهة عقد غير عالم بذلك، فلها المهر، سواء كان تحريرها لنسب أو سبب، لأنه أتلف عليها منفعة بضعها فلزمها قيمة، كال الأجنبية.

وعنه: إن كان تحريرها بنسب فلا مهر، وإن كان بسبب وجوب المهر.

والفرق: أن المحرمة بنسب بضعها محرم تحرير الأصل، فلا تستحق عليه عوضاً، كما لو تلوط بغلام.

وعنه: إن كانت المرأة ممن يحرم عليه نكاح ابنتها كالأم فلا مهر، وإن كانت لا تحرم ابنتها كالعمدة فلها المهر، لأن تحريرها أخف، وكلما تأكد التحرير في البعض سقط المهر فيه، كاللواء، فظهر الفرق^(٣).

كتاب الخلع

فصل

٤٥٦ - إذا قال لزوجته: خالعتك بألف، فأنكرت، بانت منه، والقول قولها مع

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٤٢/٢)، ح (٤١٠)، والبيهقي في الكبير (٤٨٠/٧)، والشافعي في مسنده (٢٠٢/١)، وابن ماجه (٢٢٩٢/٢)، ح (٧٦٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥١٦/٤).

ح (٢٢٦٩٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٠/٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/١٥٨)، والطبراني في الأوسط (١/٢٢)، ح (٥٧)، والبيزار في مسنده (١/٤١٩، ٤٢٠)، ح (٢٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٢٠٤)، ح (٦٩٠٢).

(٢) فروق الكرايسي (١/١٥٧-١٥٥).

(٣) انظر: المغني (٦/٧٥٠)، الشرح الكبير (٤/٣٣٤)، الإنصاف (٨/٣٠٨٣٠٧).

يمينها في العوض^(١).

ولو قال لرجل: يعتك هذه السلعة، فأنكر وحلف، لم يثبت البيع.

والفرق: أن الطلاق ينفك عن العوض، وقد اعترف به.

بخلاف البيع، فإنه لا ينفك عن الثمن، فإذا لم يسلم له، لم يلزم إخراج

[٥٤] السلعة من يده.

فصل

٤٥٧ - إذا قال: خالعتك على هذا الثوب المروي، فبان هروياً، صحيحة، ولو
ال الخيار بين إمساكه ورده وأخذ قيمة مروي^(٢).

ولو قال: إن أعطتني مرويأ فأنت طالق، فأعطيته هروياً لم تطلق^(٣).

والفرق: أنه في الأولى خالعها على عوض بعينه فصح، واختلاف صفتة
كالعيوب فيه، والعيب لا يبطله، فإن رضي جاز، وإن اختيار الرد رجع إلى قيمة
المروي، لأن عوض معين في الخلع.

بخلاف الثانية، فإنه علق طلاقها على صفة لم توجد، فلم يقع الطلاق^(٤).

فصل

٤٥٨ - إذا خالعها على مروي بعينه فأعطيته، فبان هروياً فله رده، والمطالبة
بقيمة المروي.

ولو خالعها على مروي لا بعينه، بل في الذمة، فأعطيته مرويأ معيناً، خير بين
إمساكه، ورده ولم يكن له المطالبة بقيمتة، بل بدلته^(٥).

والفرق: أنه في الأولى تعين الثوب في الخلع، وتعلق الحق بعينه، فإذا رده
لأجل العيب استحق قيمته.

بخلاف الموصوف في الذمة، فإن الحق تعلق بما هو على تلك الصفات، لا
بقيمة ما قبضه، لأن الواجب في الذمة، والمعطى بدلته، فإذا خرج معيناً فهو غير ما

(١) انظر: الهداية (١/٢٧٤)، المقعن (٣/١٣٠)، المحرر (٢/٤٩)، الفروع (٥/٣٦٠).

(٢) انظر: الهداية (١/٢٧٣)، المحرر (٢/٤٨)، المقعن (٥/٣٤٨)، الإنفاق (٨/٤٠٨)، كشاف
القناع (٥/٢٢٤).

(٣) انظر: الهداية (١/٢٧٣)، المقعن (٣/١٢٣)، الإنفاق (٨/٤٠٨)، الإنعام (٣/٢٥٨).

(٤) انظر: المغني (٧/٦٩)، الشرح الكبير (٣٨٩/٣)، المبدع (٧/٢٣٧)، كشاف القناع (٥/٢٢٤).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٨٨)، الشرح الكبير (٤/٣٨٨)، كشاف القناع (٥/٢٢٣).

وقع الخلع عليه، فرجع إلى بدله^(١).

فصل

٤٥٩ - إذا خالعها على مروي معين، فإن هروباً صحيحاً، وللزوج إمساكه إن شاء.

ولو بان كثاناً صحيحاً، ولم يكن للزوج إمساكه.

والفرق: أن المروي والهروي جنس اختلفت أنواعه، واختلاف الأنواع كاختلاف الصفات واختلافها كالغريب على ما تقدم، فكان له إمساكه كالغريب. بخلاف المروي والكتنان، فإنهما جنسان، واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان^(٢).

كتاب الطلاق

فصل

٤٦٠ - يجوز طلاق العامل والأية الصغيرة.

ولا يجوز أن يطلق من تحبس في طهير جامعها فيه، ما لم يستتب حملها^(٣).

والفرق: أن الجماع في الأولى لا يحدث حبلاً، فقد أمن الندم عقب الوطء بحدوث الحبل، فجاز طلاقها.

بخلاف ذوات الأفراء، فإنه لا يؤمن في حقهن حدوث الحمل^(٤).

فصل

٤٦١ - إذا قال لزوجته: يدك أو رجلك طلاق طلقت.

ولو قال: شعرك أو سنك طلاق لم تطلق^(٥).

والفرق: أن اليد والرجل عضوان من أصل الخلقة لا يفارقانها في الحياة والصحة، يستباحان بعقد النكاح، فطلقت بإضافة الطلاق إليهما، كالوجه.

(١) انظر: المغني (٧/٦٩)، الشرح الكبير (٤/٣٨٨).

(٢) المغني (٧/٧١-٧٠)، الشرح الكبير (٤/٣٨٩).

(٣) انظر: الهدایة (٢/٥)، الکانی (١٦٠/٣)، المحرر (٢/٥١)، الروض المربع (٢/٢٩٣).

(٤) انظر: المغني (٧/١٠٩)، الشرح الكبير (٤/٤١٥)، المبدع (٧/٢٦٣)، كشف النقاب (٥/٢٤٢).

(٥) الهدایة (٢/١١)، المقنع (٣/١٦٢-١٦٣)، المحرر (٢/٥٩)، متهى الإرادات (٢/٢٦٨).

بخلاف الشعر والسن، فإنهما يفارقان حال الصحة، ويحدث بدلهما، فلا تطلق بإضافة الطلاق إليهما، كما لو قال: حملك طلاق^(١).

فصل

٤٦٢ - إذا قال: أنا منك طلاق لم تطلق^(٢).

ولو قال: أنا منك بائن أو حرام، ونوى الطلاق، طلقت^(٣).

والفرق: أن البيونة والتحريم تستعمل في الزوج كالزوجة.

بخلاف لفظ الطلاق، فإنها لا تستعمل إلا في الزوجة، فافترقا^(٤).

فصل

٤٦٣ - إذا قال: أنت بائن، ونوى الطلاق طلقت^(٥).

ولو قال: أنا بائن ونواه، لم تطلق^(٦).

والفرق: أن الرجل يكون بائناً من غيرها بأن يطلق أخرى، فلما لم يقل: منك، لم يضف التحرير إليها.

[٤٦٤/ب] بخلاف/ الأولى، فإنها لا تكون بائناً إلا منه.

فصل

٤٦٤ - إذا وهب زوجته لأهلها، ونوى الطلاق، طلقت^(٧).

ولو باعها من أهلها أو غيرهم، ونوى به الطلاق، لم تطلق بذلك. نص عليه^(٨).

والفرق: أن هبته إليها لأهلها كناية عن الطلاق، لأنه يتضمن زوال ملكه عنها

(١) انظر: المغني (٧/٢٤٦٢٤٢)، الشرح الكبير (٤/٤٥٠)، مطالب أولي النهي (٥/٣٧٠٣٦٩).

(٢) انظر: الهدایة (٩/٢)، المقنع (٣/١٥٠)، الإماع (٤/١٢)، متنه الإرادات (٢/٢٦٠).

(٣) انظر: الكافي (٣/١٦٧)، الإنفاق (٨/٤٨٦)، متنه الإرادات (٢/٢٦٠)، كشف القناع (٥/٢٥٢).

(٤) انظر: المغني (٧/١٣٤)، الشرح الكبير (٤/٤٣١)، المبدع (٧/٢٨١).

(٥) انظر: الهدایة (٧/٢)، الكافي (٣/١٧٢)، المحرر (٢/٥٤)، الفروع (٥/٣٨٦).

(٦) انظر: المغني (٧/١٣٤)، الشرح الكبير (٤/٤٣٢)، الإنفاق (٨/٤٨٦)، متنه الإرادات (٢/٢٦).

(٧) انظر: الهدایة (٩/٢)، المقنع (٣/١٥٥)، المحرر (٢/٥٥)، الإماع (٤/١٥).

(٨) انظر: الكافي (٣/١٧٧)، الشرح الكبير (٤/٤٤٠)، الفروع (٥/٣٩٤)، الإنفاق (٨/٤٩٨).

بغير عرض، وذلك ينفي عن عدم حاجته إليها، فصار كقوله: الحقي بأهلك إن قبلوك، فصار الطلاق معلقاً بشرط، وهو القبول.

بخلاف بيده إياها، فإنه لا يتصور فيها، لأن الذي يملكه منها لا يصح بيده، ولا حصول الشأن عنه، فدل على أنه لم يرض زوال ملكه عنها، فلذلك لم يكن كناية عن الطلاق^(١).

فصل

٤٦٥ - إذا قال لزوجته: تجريعي، ونوى الطلاق، طلت^(٢).

ولو قال: كلي، ونوى الطلاق، لم تطلق^(٣).

والفرق: أن قوله: تجريعي، يريد به مرارة الطلاق، فوقع به الطلاق مع النية، كسائر الكنایات.

بخلاف قوله: كلي، فإنه لا ينفي عنه، فلم يقع، كما لو قال: سبحان الله^(٤).

فصل

٤٦٦ - إذا قال لزوجته: أنت واحدة بالرفع، ونوى الثلاث، طلت ثلثاً^(٥).

ولو قال: أنت طالق واحدة، ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة، في أصبح الوجهين^(٦).

والفرق: أن قوله في الأولى كناية خفية، لأن معناه: أنت منفردة عن الزوج، فإذا نوى الثلاث وقع، لأن الكنایة الخفية يقع بها ما نواه^(٧).

بخلاف الثانية، فإن لفظ الواحدة فيها منصوب، فيراد العدد، وتضمين الواحدة الثلاث يستحيل، فلم يقع إلا واحدة^(٨).

(١) انظر: المغني (١٤٠/٧)، الشرح الكبير (٤/٤٤٠)، المبدع (٧/٢٩٠)، مطالب أولي النهي (٥/٣٥٦).

(٢) انظر: الهدى (٢/٧)، المقعن (٣/١٤٨)، المحرر (٢/٥٤)، الفروع (٥/١٨٦).

(٣) انظر: المقعن (٣/١٥٠)، المحرر (٢/٥٥)، الفروع (٥/٣٨٩)، الإمتاع (٤/١٢).

(٤) انظر: المغني (٧/١٣٢-١٣٣)، الشرح الكبير (٤/٤٣١)، المبدع (٧/٢٨٠)، كشاف القناع (٥/٢٥٢).

(٥) انظر: المغني (٧/١٣٢)، الشرح الكبير (٤/٤٣٠)، الإنفاق (٨/٤٤٥)، الإمتاع (٤/١٢)، كشاف القناع (٥/٢٥٢).

(٦) انظر: الكافي (٣/١٧٩)، الإنفاق (٩/٩)، الإمتاع (٤/١٦)، الإرادات (٢/٢٦٤).

(٧) انظر: كشاف القناع (٥/٢٥٢)، مطالب أولي النهي (٥/٣٥٠).

(٨) انظر: المغني (٧/٢٣٩)، الشرح الكبير (٤/٤٤٤)، كشاف القناع (٥/٢٦١).

فصل

٤٦٧ - إذا استثنى في الطلاق ونوى الاستثناء من أول إيقاع الطلاق إلى آخره، ووصله بآخر يميّنه صحيحاً^(١). ولو لم يخطر بباله الاستثناء، ولم يقصده حتى فرغ من الإيقاع، ثم خطر بباله الاستثناء، فوصله في الكلام.

فقال السامرِي: لا أعرف فيها رواية، وعندِي: أنه لا ينفعه الاستثناء فيما بينه وبين الله عز وجل^(٢).

قال: والفرق: أنه إذا نوى الاستثناء من ابتداء إيقاع الطلاق، استحال الإيقاع بأول كلامه مع اقتران قصد الاستثناء بأوله، وتفسُّر الاستثناء بآخره.

بخلاف ما إذا تم الإيقاع وانتهى عرياً عن قصد الاستثناء بآخره، ثم خطر بباله الاستثناء، فوصله به إلى الحقائق، لأن الإيقاع قد عمل عمله، ونفذ حكمه بظاهر التنجيز السابق، فلا يفيد الاستثناء.

وحكى السامرِي عن بعض الشافعية أنه قال: قد ادعى بعض مشايخنا الإجماع في هذه المسألة، قال: وذكرها في كتاب الإجماع.

قلت: أما حكاية الإجماع في هذه المسألة فيها نظر من جهة: أن المسألة فيها آثار وأحاديث تدل على خلاف ما حكى الإجماع عليه.

فقد روى مجاهد^(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه كان يرى صحة الاستثناء ولو بعد سنة. رواه سعيد بن منصور^(٤) في سننه بإسناد صحيح.

وروى عكرمة^(٥) عن النبي ﷺ أنه قال: «والله لأغزون قريشاً وسكت، ثم قال: إن شاء الله، قال ذلك ثلاثاً» رواه أبو داود^(٦) عن عكرمة هذا مرسلاً، قال: وروي

(١) انظر: المحرر (٦٠/٢)، الإنصاف (٩/٣٥٣٤)، الامتناع (٤/٢١)، متنه الإرادات (٢/٢٧١).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (٢١/٣)، المغني (٨/٧١٦٧١٥)، الإنصاف (١١/٢٦).

(٣) انظر: سير أعلام البلاء (٤/٤٤٩)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/٨٣)، تهذيب التهذيب (١٠/٤٤٢).

(٤) انظر: سير أعلام البلاء (١٠/٥٨٦)، تهذيب التهذيب (٤/٨٩)، شذرات الذهب (٢/٦٢).

(٥) انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/٣٤٠)، طبقات المفسرين للداودي (١/٣٨٠).

(٦) (ح) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٠/٤٤٢-١٨٥) - ح (٤٤٣-٤٣٤)، والبيهقي في الكبرى (١٠/٤٧)، وأبو داود (٣/٢٣١) - ح (٣٢٨٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/٣٨٥) - ح (٦٢٣-٦١١)، والطبراني في

الأوسط (١/٣٠٠) - ح (٤٤٠-١٠٠)، وأبو يعلى في مسنده (٥/٧٨) - ح (٧٤٦-٢٦٧)، والطبراني في الكبير (١١/٢٨٢) - ح (٢٨٢-١١٧)، وأبو نعيم في الحلية (٣/٣٤٤)، وأبن عدي في الكامل (٢/٣٣)، والخطيب في تاريخ بغداد (٧/٤٠٤).

عن ابن عباس، ورواه الطبراني وغيره من حديث ابن عباس مرفوعاً.

[وروي] عن النبي ﷺ أنه لما سأله اليهود عن لبس أهل الكهف قال: «غداً أجيبيكم»، فتأخر عنه الوحي بضعة عشر يوماً، ثم نزل: «وَلَا تَقُولُنَّ لِشَاءَ إِنْ فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ وَإِذْكُرْ رَبِّكَ إِذَا شَيَّئْ وَقُلْ عَسَى أَنْ يَهْدِيَنَّ رَبَّ الْأَقْرَبَ مِنْ هَذَا رَشَدًا» [الكهف: الآيات ٢٤، ٢٣] [٢]. فقال النبي ﷺ استدراكاً للاستثناء: «إن شاء الله»، رواه الحافظ أبو بكر البهقي^(١)، فهذه الأحاديث والآثار تدل على صحة الاستثناء من غير نية، ثم لو أمكنهم تأويل قول ابن عباس، وحديث عكرمة: بأن تأخر الاستثناء كان مع وجود النية والعزم عليه، لم يمكنهم تأويل حديث سؤال اليهود على مثل ذلك، لأن النبي ﷺ حين وعدهم بالأخبار غداً لم يكن يعلم مشروعية الاستثناء لينويه، بل تركه من غير نية، فلما أمر به الله قال: إن شاء الله، فدل على أن الاستثناء مع عدم النية يصح، ولو لا ذلك لما قال النبي ﷺ: «إن شاء الله».

ثم اشتراط السامری: النية مقارنة للنطق بالهمزة إلى حين الفراغ من قاف طالق لا دليل عليه، وإنما الذي ذكره متأخراً أصحابنا كأبي البركات^(٢)، وابن حمدان، وغيرهما: وجود النية قبل الفراغ من المستثنى منه، أما من حين ابتداء النطق فلا^(٣).

وأما المتقدمون وبعض المتأخرین كالشيخ أبي محمد، فإنهم لم يشرطوا وجود النية، بل اشرطوا الاتصال المعناد بين المستثنى والمستثنى منه^(٤).

وقول المصنف: لأن الإيقاع عمل عمله ونفذ من نوع، لأنه إنما يعمل عمله لو تعرى عن اتصاله بالاستثناء، أما مع إرادته الاستثناء فلا يعمل عمله، لأن الكلام لا يحكم به حتى يتم ويکمل، بدليل: ما لو قال: له عليّ ألف مكسرة، لم يحكم عليه بألف مطلقة، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، ولو لم يعتبر آخر الكلام للزمه ألف صحاحاً، وطلقت/ قبل الدخول، فدل على أنه لا اعتبار [١/٥٥]

للكلام حتى يتم، فإذا وصل المستثنى بالمستثنى منه كفى من غير احتياج إلى نية من أول الإيقاع إلى آخره.

فإن قيل: ما ذكرتم من الأحاديث تدل على عدم اشتراط الاتصال أيضاً، فلم اشتراطتموه؟

فالجواب: أما حديث عكرمة فيحتمل أن سكوت النبي ﷺ كان لعارض منعه

(١) في دلائل النبوة (٢/٢٧٠)، وابن جرير الطبری في تفسیره (١٩١-١٩٢).

(٢) في الصحراء (٢/٦٠).

(٣) انظر: الانصاف (٩/٣٥، ١١/٢٧).

(٤) انظر: المفتی (٧/٨، ١٥١-٧١٧).

من الكلام، ومثل ذلك غير قاطع للاتصال، وأما سؤال اليهود فإن عدم العلم بمشروعية الاستثناء ينزل منزلة المانع من الكلام، ولهذا لما نزلت الآية بادر رسول الله ﷺ إلى الاستثناء، ولم يؤخره، بل قال في الحال: إن شاء الله، وأما ما روي عن ابن عباس فهو من رأيه واجتهاده^(١)، وقد انعقد الإجماع بعده على خلافه، لأن القائل قائلان: إما مشرط للنية، وإما مشرط للاتصال بطريق الأولى، فقد أجمع الفريقان على وجوب الاتصال، فلذلك اشترطناه. والله أعلم.

فصل

٤٦٨ - إذا قال المدخول بها: أنت طالق ثلاثة إلا طلاقة، طلقت طلقتين.
ولو قال: طلقتين وطلقة إلا طلاقة، طلقت ثلاثة. عند القاضي^(٢).
والفرق: أنه في الأولى استثنى واحدة من ثلاثة فصح، لأنها الأقل^(٣).
بحلaf الثانية، فإنه استثناء للكل، لأنه استثنى طلاقة من طلاقة فلم يصح،
طلقت ثلاثة^(٤).

فصل

٤٦٩ - إذا قال: أنت طالق ثلاثة، واستثنى بقلبه واحدة طلقت ثلاثة، ظاهراً
وباطناً. على ظاهر كلام الخرقى^(٥).
قلت: وصريح كلام صاحب المحرر: ولو قال: نسأوه طوالق، واستثنى بقلبه
إلا فلانة لم تطلق. عند القاضي^(٦).
والفرق: أن الثلاث نص في العدد، فلا ترفعه النيمة.

بحلaf الثانية: فإن قوله: نسأوه غير نص في جميع نسائه، ولكنه عموم، أراد
به خصوصاً، فقبل منه، لأن العام يدخله التخصيص، فافترقا^(٧).
ولو قال: نسأوه الأربع طوالق صارت الثانية مثل الأولى^(٨).

(١) انظر: طبقات الشافعية (٢٧٩/١).

(٢) الهدایة (١١/٢)، المقنع (٣/١٦٦-١٦٧)، المحرر (٢/٥٩-٦٠)، متنه الإرادات (٢/٢٧١).

(٣) انظر: الروايتين والجهفين (٢/١٦٢)، المغني (٧/١٦١)، البیدع (٧/٣٠٦).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٨٨)، المغني (٧/١٦٢)، الشرح الكبير (٤/٤٥٦).

(٥) انظر: المغني (٧/١٥٨)، المحرر (٢/٦٠)، الإنفاق (٣/٩)، متنه الإرادات (٢/٢٧٢).

(٦) انظر: المحرر (٢/٦٠)، الكافي (٣/١٨٩)، الإنفاق (٣/٣٤)، متنه الإرادات (٢/٢٧٢).

(٧) انظر: المغني (٧/١٥٨-١٥٩)، الشرح الكبير (٤/٤٥٨)، المبدع (٧/٣٠٨)، كشف النقاع (٥/٢٧٢).

(٨) انظر: المغني (٧/١٥٨)، المحرر (٢/٦٠)، الإنفاق (٣/٣٤)، متنه الإرادات (٢/٢٧٢).

فصل

٤٧٠ - إذا قال: أنت طالق، ثم قال: إن فعلت كذا، دين، ولم يقبل منه في الحكم^(١). نص عليه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثة، واستثنى بقلبه إلا واحدة، لم يقبل باطنًا ولا ظاهرًا.

والفرق: أنه في الأولى يدعى صرف الكلام عن ظاهره إلى ما يحتمله النفظ فدين^(٢).

بخلاف الثانية، لما مر في الفصل المتقدم.

فصل

٤٧١ - إذا قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة، طلقت ثلاثة. في أحد الوجهين^(٣).

ولو قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا نصف طلقة، طلقت ثلاثة، وجهاً واحداً.

والفرق: أن قوله: طلقتين ونصفاً يقتضي وقوع الثلاث، لأن الطلقة لا تبعض /١٥١/ فإذا استثنى نصف طلقة بقي طلقتان ونصف، فيسري، فتكمل الثلاث.

بخلاف ما إذا استثنى طلقة، لأنه استثنى طلقة كاملة من الثلاث، فبقي طلقتان.

قلت: قوله في الثانية: طلقت ثلاثةً وجهاً واحداً ليس كذلك، بل في المسألة وجه ثان: أنها تطلق طلقتين. حكاه ابن حمدان^(٤).

فصل

٤٧٢ - إذا قال لزوجته: إحداكما طالق غداً، فجاء الغد وهما زوجتاه، طلقت إحداهما بالقرعة.

ولو أبان إحداهما أو مات قبل الغد، طلقت الباقية^(٥).

(١) انظر: الهدایة (١٢/٢)، المقنع (٣/١٨٣)، المحرر (٢/٥٣)، الإمتناع (٤/٣٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٧١)، المبدع (٧/٣٢٦)، كشف النقاع (٥/٢٨٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٥٦)، المبدع (٧/٢٠٧)، الإنصال (٩/٣١)، الإمتناع (٤/٢١)، متنه للإرادات (٢٧١/٢).

(٤) الكافي (٣/١٨٨)، المبدع (٧/٣٠٨).

(٥) انظر: المغني (٧/٢٥٢)، الشرح الكبير (٤/٥١٢)، الإنصال (٩/١٤١-١٤٣)، الإمتناع (٤/٦١-٦٢).

والفرق: أن الطلاق في الأولى مبهم في ملكه، فوجب أن تخرج المطلقة بالقرعة.

بخلاف الثانية، فإن الطلاق مبهم في ملكه وغير ملكه، فوجب أن يقع على التي في ملكه، فافترقا.

فصل

٤٧٣ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وكرره ثلاثة، فدخلت، طلقت ثلاثة^(١).

ولو كرر: أنت طالق ثلاثة مرات. لم تطلق^(٢).

والفرق: أن المعلق على دخول الدار يقع جملة واحدة من غير ترتيب، فهو كما لو قال: أنت طالق ثلاثة^(٣).

بخلاف المنجز، فإنه يقع مرتبًا، فتسق الأولى، فتبين بها، فلا يلحقها ما بعدها^(٤).

فصل

٤٧٤ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، لم تطلق حتى تدخل الدار، فطلاق واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، إن دخلت الدار، طلقت واحدة في الحال، ولم يلحقها ما بعدها، دخلت الدار أو لم تدخل^(٥).

والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها على دخول الدار مرتبًا بشم، فلا تطلق حتى تدخل، فإذا دخلت طلقت وبيان، ولم يلحقها ما بعدها.

بخلاف الثانية، لأنه واجهها بطلقة فصلها من الكلام، فبانت في الحال، ولم يلحقها ما بعدها، ولم يتعلق بدخول الدار، لأن حكم الطلاقة انفصل قبل التلفظ بما بعدها، فظهر الفرق.

(١) انظر: الهدية (١٤/٢)، الكافي (٣/١٨٥)، الإمتناع (٤/٢٠).

(٢) انظر: الهدية (٩/٢٢)، الكافي (٣/١٨٥)، الإمتناع (٤/١٩).

(٣) انظر: المغني (٧/٢٣٤)، الشرح الكبير (٤/٤٥٤)، كشف القناع (٥/٢٦٩).

(٤) انظر: المغني (٧/٢٣١)، الشرح الكبير (٤/٤٥١)، كشف القناع (٥/٢٦٨).

(٥) انظر: المغني (٧/٢٣٥)، الشرح الكبير (٤/٤٥٤)، الإنصاف (٩/٢٦)، كشف القناع (٥/٢٦٨).

فصل

٤٧٥ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، فدخلت، لم تطلق إلا واحدة.

ولو قال: إن وطئتك فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، فوطئها، طلقت ثلاثة.

والفرق: أن بدخولها الدار تطلق طلقة تبين بها، فلا يلحقها ما بعدها^(١).

وبوطئها تطلق طلقة رجعية، لأن الطلقة لم تقع بعد الدخول إلا رجعية، والرجعية يلحقها الطلاق، فطلقت ثلاثة.

فصل

٤٧٦ - إذا قال لزوجته وهي ظاهراً لم يجامعها فيه: إن حضرت فأنت طالق، فهذا طلاق محرم.

ولو قال: كلما حضرت فأنت طالق، كان مباحاً.

والفرق: أنه في الأولى علق الطلاق بالحيض، فتطلاق بأول جزء تراه من الدم، فتطلاق في الحيض فيكون حراماً.

بخلاف الثانية، فإنه علق طلاقها على وجود حيضة كاملة، فلا تطلق حتى تظهر فيقع الطلاق في الطهر، وذلك مباح^(٢).

فصل

٤٧٧ - / إذا قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق / فدخلت، طلقت طلقتين.

ولو قال: إن دخلت فأنت طالق أولاً^(٣)، لم تطلق إلا واحدة.

والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها بشرط، وإحداث طلاقها، فمتنى نجز طلاقها بعده أو علقه فوجد المعلق عليه كان هذا إحداث طلاق من جهته، فتطلاق طلاقه بدخولها، وطلقة بطلاقها به.

بخلاف ما إذا بدأ بالتعليق، ثم قال بعده: إذا طلقتك فأنت طالق، فإنها إذا دخلت طلاقت واحدة، وهو لم يحدث بعد قوله: إذا طلقتك طلاقاً ليقع به أخرى،

(١) انظر: المغني (٢٣٥/٧)، المبدع (٣٠٤/٧)، كشاف القناع (٥/٢٦٨).

(٢) مطالب أولي النهى (٤١٢/٥).

(٣) المتفق (٤٩١/٣)، الكافي (٢٠٢/٣)، الفروع (٤٣٧/٥)، الإماع (٤/٣٦).

فإن ذلك لزمه طلاقة واحدة^(١).

فصل

٤٧٨ - إذا قال العبد: إذا طلقت زوجتي فأنت حر، ثم قال لها: إن دخلت فأنت طالق، لم يعتق حتى تدخل الدار، فإذا دخلت طلاقة وعتق.

ولو ابتدأ بالزوجة فقال لها ذلك، ثم يالعبد فقال له مثل ذلك، فدخلت طلاقة / ولم يعتق العبد.

ومثله لو قال: إن أعتقت عبدي فأنت طالق، ثم قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، فدخل، عتق وطلقت.

ولو بدأ بالعبد، ثم بالزوجة، فدخل، عتق ولم تطلق^(٢).

والفرق: بين هذه المسائل يظهر بما قدمناه في الفصل قبله.

فصل

٤٧٩ - إذا قال العبد: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: إن أعتقت عبدي فأنت طالق، فدخل الدار عتق، ولم تطلق.

ولو كانت بحالها، ولكن قال: إذا عتق عبدي فأنت طالق، فدخل العبد الدار عتق، وطلقت.

والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها على إيجاد اعتاق، ولم يوجد بعد تعليق الطلاق، وإنما هو سابق للتعليق، فلهذا لم تطلق.

وفي الثانية علقه على حصول الحرية للعبد، وقد وجدت، فوقع الطلاق، فافترقا.

فصل

٤٨٠ - إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن طلقتك فأنت طالق، فدخلت الدار، لم تطلق إلا واحدة.

ولو قال مكان طلقتك: إن وقع عليك طلاقي، طلاقة طلقتين^(٣).

والفرق: أنه في الثانية علقه على وقوع طلاقة عليها وقد وجد، فطلاقت طلقتين:

(١) المغني (٧/٧١٥)، الشرح الكبير (٤/٤٨٤)، البiday (٧/٣٤٤).

(٢) انظر: المغني (٧/١٨٦)، الشرح الكبير (٤/٤٨٨)، البiday (٧/٣٤٩).

(٣) انظر: الهدایة (٢/٢٣)، الكافي (٣/٢٠٢)، المقفع (٣/١٩٥)، الإماع (٤/٣٦).

واحدة بالدخول، وأخرى بوقوعه بالدخول^(١).

بخلاف الأولى، فإنه علقة على إحداث طلاق منه، ولم يوجد، على ما تقدم.

فصل

٤٨١ – إذا قال لمدخلو بها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق، أو علقة بصفة غير المعاوضة فوجدت، طلقت ثلاثة.

ولو قال: كلما طلقتك – بدل وقع عليك طلاقي – لم تطلق إلا طلقتين^(٢).

والفرق: أن شرط حنته في الأولى وقوع طلاقه عليها، وقد وقع، فقد وجد شرط حنته، فوقعت ثانية، ووقع بالثانية ثالثة، لاقتضاء، كلما.

بخلاف/ الثانية، فإن شرط حنته بإيقاعه الطلاق عليها، لا وقوعه، والإيقاع [٥٧/ب] فعله، وقد وجد مرة فوقعت واحدة، ووجد شرط حنته في الثانية فوقعت، ولم تقع الثالثة لأن شرطها إيقاع الثانية، لا وقوعها^(٣).

فصل

٤٨٢ – إذا قال لمدخلو بها: كلما حلفت^(٤) بطلاقي فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت أمك فأنت طالق، إن لبست ثوبك فأنت طالق، طلقت ثلاثة.

ولو قال مكان: كلما: إذا، لم تطلق إلا واحدة.

والفرق: أن كلما للتكرار، فكلما حلف بطلاقها بأي صفة علقة فهو حالف، فطلقت.

بخلاف إذا، فإنها لا تقتضيه، فتطلق بتعليقه طلاقها على دخول الدار واحدة، لأنه قد حلف، وتنحل به اليمين، ولا تطلق غيرها، بل يبقى طلاقها معلقاً بالصفتين الآخريتين: كلام أمها، ولبس ثوبها، فتطلق عند وجود الصفة، فظهر الفرق.

فصل

٤٨٣ – إذا قال لغير مدخلو بها: إن حلفت بطلاقي فأنت طالق، ثم أعاد ثانية

(١) المغني (٧/١٧٥)، الشرح الكبير (٤/٤٨٤)، المبدع (٧/٣٤٤).

(٢) الهدایة (٢/٢٣)، المقنع (٣/١٩٥)، المحرر (٢/٧٢)، الإمتناع (٤/٣٧).

(٣) انظر: المغني (٧/١٧٥)، الشرح الكبير (٤/٤٨٤)، المبدع (٧/٣٤٥).

(٤) انظر: المغني (٧/١٧٨)، الشرح الكبير (٤/٤٩٠).

وثالثاً لم تطلق إلا واحدة، فإن عاد فتزوجها، ثم قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت ثانية في الحال من غير أن تدخل الدار^(١).

ولو قال لها: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعادها ثانيةً وثالثاً لم تطلق إلا واحدة، فلو عاد فتزوجها، ثم كلامها، لم تطلق بكلامه^(٢).

والفرق: أنه علق طلاقها على حلفه بطلاقها، فلما أعاد ذلك ثانيةً انعقدت يميناً ثانية، لأنه حلف الثانية وهي زوجته، فتعلقت طلقة أخرى بحلفه بطلاقها، وواعدة الأولى بوجود هذا الحلف الثاني فبانت، لأنها غير مدخول بها، فلما قال لها بعد ذلك: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، لم تتعقد، لكونها بائناً منه، فإذا تزوجها، ثم قال ذلك لها فقد وجد حلفه بطلاقها، فتقع الطلقة المعلقة.

بخلاف الأخرى، فإنه لما قال لها: إن كلمتك فأنت طالق انعقدت يمينه، فإذا أعاده ثانيةً لم تتعقد، بل تطلق بقوله: إن كلمتك، قبل أن يتم يمينه، فإذا تزوجها، ثم كلامها لم تطلق، لما ذكرنا من عدم انعقاد يمينه^(٣).

فصل

٤٤٤ - إذا قال لزوجته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس، أو قدم الحاج فأنت طالق، لم تطلق.

ولو قال بعد قوله الأول: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت. ذكره القاضي^(٤).

والفرق: أن اليمين المتعقدة ما كان فيها حث أو منع، والتعليق على طلوع [١٥٨] الشمس، وقدوم الحاج لا يتضمن واحداً منها، / فليس بحلف، فلا حث عليه فيه. بخلاف قوله: إن دخلت الدار، فإن فيه منعاً لها من ذلك، فهي يمين، فتعلقت بوجود شرطه^(٥).

قللت: وفي المسألة وجہ آخر: أن التعليق على طلوع الشمس وقدوم الحاج يمين^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٩٠-٤٩١)، الفروع (٥/٤٤٢)، المبدع (٧/٣٥١).

(٢) انظر: المغني (٧/٢٠٨)، المحرر (٢/٧٤)، الفروع (٥/٤٤٥-٤٤٤)، الإنصال (٩/٩٧).

(٣) انظر: كشاف القناع (٥/٣٠٧)، مطالب أولي النهي (٥/٤٢٨).

(٤) الكافي (٢/٢٠٥)، المحرر (٢/٧٣)، الإسناد (٤/٣٩)، متنبي الإرادات (٢/٢٩٣).

(٥) المغني (٧/١٧٨-١٧٩)، الشرح الكبير (٤/٤٩٠)، كشاف القناع (٥/٣٠٢).

(٦) الفروع (٥/٤٤١)، الإنصال (٩/٨٩).

فصل

٤٨٥ - إذا قال لها: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً ثم أنثى، لم تطلق إلا واحدة.
ولو ولدت الأنثى ثم الذكر، طلقت طلقتين.

والفرق: أنها إذا وضعت الذكر أولاً تبيّنا: أنها طلقت وقت اليمين طلقة، فإذا ولدت الأنثى انقضت عدتها، فلا يتحققها الطلقة الأخرى، وهذا على اختيار أبي بكر.

بخلاف الثانية، فإنها إذا ولدت البنت أولاً طلقت طلقة، فإذا ولدت الابن بعدها تبيّنا: أنها طلقت طلقة وقت اليمين قبل وضع البنت، ولم تنقض عدتها بوضعها، فذلك طلقت الثانية^(١).

فصل

٤٨٦ - إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً، ثم أنثى، ثم ذكراً، طلقت طلقتين.
ولو ولدت ذكراً، ثم ذكراً، ثم أنثى، طلقت واحدة.

والفرق: أنها بوضع الأول طلقت طلقة، فإذا وضعت الأنثى بعده طلقت بها طلقة أخرى، لأنها في العدة حيث لم تضع الآخر، فإذا وضعته لم تطلق به، لانحلال اليمين بوضع الذكر الأول.

بخلاف الثانية، فإنها تطلق بولادة الأول طلقة، ولا تطلق بالثاني، فإذا وضعتها انقضت عدتها بولادتها، فلا يتحققها فيها طلاق، كما تقدم.

فصل

٤٨٧ - إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدتهما معاً، ثم ولدت ذكراً أو أنثى، طلقت طلقتين.
ولو ولدت ذكراً أو أنثى، ثم ولدت ذكراً وأنثى معاً، لم تطلق إلا واحدة.
والفرق: أنه إذا ولدتهما أولاً معاً فقد وجد شرط وقوع الطلقتين فيقعان، فإذا ولدت الثالثة لم يقع به شيء، لأن اليمينين انحلتا.

(١) انظر: المغني (٧/٢٠٥)، الشرح الكبير (٤/٤٨٣-٤٨٢)، كشاف القناع (٥/٢٩٦).

بخلاف الثانية، فإنها تطلق بولادة الأول طلقة ذكرأ أو أنثى، فإذا ولدتهما بعد ذلك انقضت عدتها بوضعهما، فلا يلحقها طلاق بوضعهما.

فصل

٤٨٨ - إذا قال: إن ولدت أنثى فأنت طالق طلقة، وإن ولدت ذكرين فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكرين معاً، أو واحداً بعد واحد، ثم ولدت أنثى، طلقت طلقتين.

وإن ولدت ذكرأ ثم أنثى ثم ذكرأ، أو ولدت أولاً أنثى ثم ذكرأ، أو ولدت أنثى ثم ذكرين معاً، أو واحداً بعد واحد، لم تطلق إلا واحدة.

[ب] والفرق: أنه إذا / ولدت ذكرين أولاً طلقت طلقتين كما شرط، فإذا ولدت الأنثى أخيراً انقضت عدتها بولادتها، فلم يلحقها بولادتها طلاق.

وأما إذا ولدت ذكرأ ثم أنثى ثم ذكرأ، لم تطلق بولادتها للذكر الأول، لأن طلاقها معلم على ولايتها لذكرين، ولم يوجد ذلك، وتطلق بولادتها للأنثى طلقة، فإذا ولدت الذكر الأخير انقضت عدتها بوضعه، فلم يلحقها به طلاق، وكذا إذا ولدت أولاً أنثى ثم ذكرين معاً، طلقت بالأنثى طلقة، فلما وضعتهما بعد ذلك معاً أو متفرقين انقضت بهما عدتها، فلم يلحقها طلاق.

ويعايا بها، فيقال: رجل قال لزوجته: إن ولدت ذكرين فأنت طالق طلقتين، فولدتهما من حمل واحد، لم تطلق بولادتهما شيئاً.

فصل

٤٨٩ - إذا قال لها: أنت طالق مع موتي، لم تطلق^(١).

ولو قال لعبد: أنت حر مع موتي، عتق^(٢).

والفرق: أن حال الموت حال اليقنة، فلا يلحقها طلاقه^(٣).

بخلاف العتق، فإن ملك الميت يبقى على العبد بعد موته، فلهذا تنفذ منه وصاياه، وتقضى ديونه، حتى لو قال: أنت حر بعد موتي صح، وعتق بمورته^(٤).

(١) انظر: الهدية (١٦/٢)، المقع (٣/١٧٠)، المحرر (٢/٦٨)، متهي الإرادات (٢/٢٧٣).

(٢) انظر: الهدية (١٦/٢)، الكافي (٢/٥٩٠)، المحرر (٢/٦)، كشاف القناع (٤/٥٣٣).

(٣) انظر: الكافي (٣/٢١٦)، الشرح الكبير (٤/٤٦١)، المبدع (٧/٣١٢)، متهي الإرادات (٣/٤٧).

(٤) انظر: الهدية (٢/١٦)، الكافي (٢/٥٩٠)، المحرر (٢/٦)، كشاف القناع (٤/٥٣٣).

ولو قال: أنت طالق بعد موتي لم تطلق^(١).

فصل

٤٩٠ - إذا قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر، فقدم قبل كمال شهر، لم تطلق.

وإن قدم بعد شهر وجزء يتسع لوقوع الطلاق، طلقت فيه^(٢).
فإن خالعها بعد اليدين^(٣) يوم، وقدم زيد بعد الشهر ببسمين صح الخلع، وبطل الطلاق.

وإن قدم بعد شهر وساعة، وقع الطلاق، دون الخلع^(٤).
والفرق: أن الخلع في الأولى صادف محلاً، لأن بقدوم زيد بعد الشهر ببسمين تبييناً: أن الخلع وقع وهي زوجة، لأن المراد: أنت طالق قبل قدومه بشهر من حين يميني، وقبل يمينه بشهر كانت مطلقة بالخلع، فلذلك صح الخلع دون الطلاق.
يختلف الثانية، فإنه إذا قدم بعد شهر وساعة تبييناً: أن الخلع لم يصادفها زوجة، بل كانت مطلقة، فيقع الطلاق بتعلقه، وبطل الخلع لما ذكرنا^(٥).

فصل

٤٩١ - إذا قال: أنت طالق أمس، يريد الإيقاع مسندًا إلى ذلك الوقت، طلقت في الحال، لا في الزمان الماضي^(٦).

ولو قال: أنت طالق قبل موتي بشهر، ومات بعد شهر، وقع الطلاق قبل موته بشهر^(٧).

والفرق: أنه من المستحبيل وقوع الطلاق قبل إيقاعه، فإذا قال: أنت طالق أمس، والإيقاع إنما وجد/ اليوم، لم يتصور وقوعه أمس، فلم يقع إلا بعد إيقاعه. [١١/٥٩]
وأما المسألة الأخرى، فالطلاق لم يقع فيها قبل إيقاعه، بل بعده قبل الصفة على ما شرط.

(١) انظر: الهدية (٢/١٦)، المقنع (٣/١٧٠)، المحرر (٢/٦٨)، متنه الإرادات (٢٧٣).

(٢) انظر: المغني (٧/١٧٣)، الشرح الكبير (٤/٤٦٠)، كشاف القناع (٥/٢٧٣).

(٣) انظر: الكافي (٣/٢١٧)، كشاف القناع (٥/٢٧٣).

(٤) انظر: المغني (٧/١٧٣)، الشرح الكبير (٤/٤٦٠)، كشاف القناع (٥/٢٧٤).

(٥) انظر: الهدية (٢/١٦)، المقنع (٣/١٦٩)، المحرر (٢/٦٨)، الإمتاع (٤/٢٢-٢٣).

(٦) انظر: المغني (٧/١٧٣)، الشرح الكبير (٤/٤٦٠-٤٦١)، السبدع (٧/٣١١).

(٧) انظر: الهدية (٢/١٥)، المقنع (٣/١٦٨)، المحرر (٢/٦٧)، غاية المتهى (٣/١٣٢).

(٨) انظر: الهدية (٢/١٦)، المقنع (٣/١٦٩)، المحرر (٢/٦٨)، غاية المتهى (٣/١٣٣).

فصل

٤٩٢ - إذا قال: أنت طالق قبل أن أتزوج بك، طلقت في الحال.
 ولو قال: أنت طالق أمس، لم تطلق. ذكرهما القاضي عن أبي بكر^(١).
 والفرق: أن أمس زمان لا يعود ليقع به الطلاق.
 بخلاف الأولى، فإنه زمان قد يأتي بعد، فيقع فيه عند نكاحه إليها، فيكون
 حلفه قبل ذلك الوقت، فيقع طلاقه فيه^(٢).
 قلت: والصحيح أن قوله: قبل أن أتزوج بك، كقوله: أمس، ولم تكن فيه
 زوجة، كذا حكاه أبو البركات^(٣). قال: وحكي عن أبي بكر: تطلق هنا. يعني في
 المسألة: قبل أن أتزوج بك.
 بخلاف ما إذا قال: في أمس، حملأ لفظه على زوجية متوقعة في المستقبل.

فصل

٤٩٣ - إذا قلنا: يصح تعليق الطلاق^(٤) قبل النكاح، فقال: كل امرأة أتزوجها
 فهي طالق إن كلمت فلاناً، فتزوج امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى، طلقت التي
 تزوجها قبل كلامه لا بعده.
 ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها طالق، فتزوج ثم كلمه، ثم تزوج
 أخرى، طلقت التي تزوجها بعد كلامه لا قبله.
 والفرق: أنه إذا كلمه في الأولى طلقت، وانحلّت يمينه، فإذا تزوج بعد الكلام
 لم يحيث، لأن حللاً يمينه.

بخلاف الأخرى، فإن قوله: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها طالق يحمل
 على المستقبل، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها طالق لم تطلق السابقة، بل المتأخرة،
 كذا هنا، فافترقا.

فصل

٤٩٤ - إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، فتزوج امرأة، فطلقت، ثم عاد
 فتزوجها، لم تطلق.

(١) الهدية (٢/١٦)، المقعن (٣/١٦٨)، المحرر (٢/٦٨)، الإنفاق (٩/٣٦)، الإنفاق (٤/٤٢).

(٢) انظر: المغني (٧/١٧٢)، الشرح الكبير (٤/٤٦٠)، المبدع (٧/٣١٠).

(٣) المحرر (٢/٦٨).

(٤) انظر: الكافي (٣/٢١١)، المحرر (٢/٦٢)، الإنفاق (٩/٥٩)، الإرادات (٢٢/٢٨٠).

ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، تكرر الطلاق بتكرر التزوج بها.
والفرق: أن كل لا تقتضي التكرار، وتدخل على الأسماء فتجمعها، ولا تجمع الأفعال، فعلى هذا تعليق الطلاق بالأولى بالاسم لا بالفعل، والاسم لا يتكرر، فقد علق الطلاق بشرط لا يتكرر، فلا يتكرر جزاً.
بخلاف الثانية، فإن كلما تقتضي التكرار.

فصل

٤٩٥ - إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالت ثلاثة، ثم تزوج، طلقت ثلاثة.
ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالت ثلاثة، فتزوجها، لم تطلق.
والفرق: أنه في الأولى عرفها بالنكاح، فلا تحصل معرفتها إلا به، فصار التزويج شرطاً، والطلاق مضاد إلى الملك، فوقع عند وجوده.
بخلاف الثانية، فإنه عرفها بالإشارة، فلم يكن التزويجتعريفاً وشرطًا، بل عرفناها بالإشارة، فصار موقعاً للطلاق/ في الحال، ولا نكاح بينهما، فلنذا لم [٥٥/ب] تطلق.

فصل

٤٩٦ - إذا قال لزوجته: كلما ولدت ولدأ فأنت طالق، فولدت ثلاثة معاً، طلقت طلقتين، وتقتضي عدتها بوضع الثالث^(١).
ولو ولدتهم في ثلاثة بطون طلقت ثلاثة، وعليها العدة بالأقراء.
والفرق: أن كلما تقتضي التكرار كما بينا، فيقع بالأولى طلقة وتجب العدة، ويقع بالثانية أخرى لكونها في عدة وتقتضي العدة بالثالث، ولم يقع به شيء على ما مر^(٢).

وأما إذا ولدتهم في بطون، وقع بالأول واحدة، والثاني يثبت نسبه منه، والحكم بثبوت نسبة حكم بالوطء، من الزوج، فصار مراجعاً لها، فيقع بالثانية طلقة ثانية، وكذا حكم الثالث، فلما ولدته وجد شرط الواقع وهي زوجة فطلقت ثلاثة، ووجبت العدة بالأقراء.

(١) انظر: الكافي (٣/٢٠٠)، المغني (٧/٢٠٦)، الإنصاف (٩/٨٢)، كشاف (٥/٢٩٥).

(٢) انظر: الكافي (٣/٢٠٠)، المغني (٣/٢٠٦)، كشاف القناع (٥/٧/٢٠٦)، مطالب أولي النهى (٥/٤٢٠).

فصل

٤٩٧ – إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدت ثلاثة في بطن: ذكراً ثم أنثى ثم ذكراً، أو أنثى ثم ذكراً ثم ذكراً، طلقت ثلاثة.

ولو ولدتهم ذكراً، ثم ذكراً، ثم أنثى، طلقت واحدة^(١).

والفرق: أنها إذا ولدت أولاً ذكراً طلقت طلقة، وإذا ولدت أنثى طلقت طلقتين، لأنها في عدة ما دام الثالث حملاً، وكذلك الصورة الأخرى.

بخلاف ما إذا ولدت أولاً ذكراً ثم أنثى، لا تطلق بالأول إلا طلقة، ولا تطلق بالثاني شيئاً، لأن حللاً يميّنه بالذكر الأول، ولا يتكرر وقوع الطلاق، لأن إن لا تقتضي التكرار، وإذا وضع الثالث بعثت به، وانقضت العدة، فلا تلحقها الثالثة^(٢).

فصل

٤٩٨ – إذا قال لأربع: كلما ولدت واحدة منكن فصوا حباتها طالق، فولدت اثنان معًا، ثم اثنان معًا، طلقت الوالدان أولاً كل واحدة منهما ثلاثة. وكل واحدة من الوالدين أخيراً طلقتين.

والفرق: أن بولادة الأولتين طلقت كل منهما طلقة بصاحبتها، وبولادة الآخرين طلقتين، فتكمّل الثلاث.

وكل واحدة من الآخرين طلقتين بالأولتين، وانقضت عدتهما بولادتهما، فلم يلحقهما بهما طلاق.

فصل

٤٩٩ – إذا قال: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق، فوضعت أنثى وذكراً. طلقت.

ولو كان مكانه: إن كان حملك، لم تطلق.

والفرق: أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فكأنه قال: إن كان جميع حملك ذكراً، ولو قال ذلك فولادتهما لم تطلق.

(١) انظر: الهدية (٢/١٩)، الكافي (٣/٢٠١)، المحرر (٢/٧١٧٠)، غایة المستهی (٣/١٤٧).

(٢) انظر: شرح منتهی الإرادات (٣/١٦٢)، مطالب أولي النھی (٥/٤١٩).

بخلاف الأولى، فإن العامل بذكر وأنثى حامل بأحدهما^(١).

فصل

٥٠٠ - إذا قال: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق طلقة، وإن كنت حاملاً

[٥٩/ب] بأنثى / فأنت طالق طلقتين، فولدتهما معاً طلقت ثلاثة.

ولو كان مكان: إن كنت حاملاً، إن كان حملك، فولدتهما معاً لم تطلق^(٢).

والفرق بينهما: ما تقدم^(٣).

فصل

٥٠١ - إذا قال لها، ولها ضرة: كلما طلقت ضرتك فأنت طالق، ثم قال مثله

لضرتها، ثم قال: أنت طالق للمخاطبة أولاً، طلقت طلقتين، وضرتها طلقة.

ولو لم يقله إلا للثانية، طلقتا طلقة طلقة^(٤).

والفرق: أن بطلاقه للأولى يقع بها طلقة فيقع بضرتها طلقة، فيقع بها أخرى

بطلاق الضرة.

بخلاف ما لو لم يقله إلا للثانية، فإنه يقع بها طلقة بال مباشرة، وبالأولى طلقة

بطلاق الثانية.

فإن قيل: لم لا تطلق الضرة طلقة أخرى بطلاق الأولى لطلاقها.

قلنا: هو علّق طلاقاً على إحداث طلاق على الأولى، وطلاق الأولى لطلاق

الضرة ليس محدثاً، وإنما كان متعلقاً قبل تطبيق الضرة.

فصل

٥٠٢ - إذا قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، فقالت: إن بدأتك بالكلام

فبعدي حر، ثم كلمها وكلمته، لم يقع طلاق ولا عتق.

ولو كلمته ثم كلمها، وقع العتق دون الطلاق.

(١) فروق الكرايسبي (١/١٧٢).

(٢) انظر: المغني (٧/٢٠٦)، الشرح الكبير (٤/٤٨٢)، المبدع (٧/٣٤١)، مطالب أولي النهي (٥/٤١٨).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٨٧)، المحرر (٢/٧٢)، الفروع (٥/٤٣٨)، الإمتاع (٤/٣٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٨٧)، المبدع (٧/٣٤٧)، كشاف القناع (٥/٢٩٩)، مطالب أولي النهي

(٥/٤٢٤).

والفرق: أن يمينه انحلت بيمينها حيث بدأته، ويمينها انحلت ببداءته، فربما جميعاً.

بخلاف الثانية، فإنها حيث بدأته وقع العتق، ولا يقع طلاق لما ذكرنا^(١).

فصل

٥٠٣ - إذا قال: كلما أكلت رمانة فأنت طالق، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة، طلقت ثلاثاً.

ولو أتي بإن مكان كلما، طلقت طلقتين^(٢).

والفرق: أن كلما يتضي التكرار، فطلقت بنصفيها طلقتين، وبجملتها طلقة، فصارت ثلاثاً.

بخلاف إن، فإنه لا يتضي التكرار، فتطلق واحدة بنصفها، وأخرى بكلها، ولا يتكرر الواقع بالنصف الآخر، لما ذكرنا من عدم اقتضاء إن للتكرار^(٣).

فصل

٥٠٤ - إذا حلف لا يلبس ثوباً هو لابسه، أو لا يركب دابة هو راكبها، فاستدام ذلك، حث.

ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يتطيب وهو متطيب، فاستدامه، لم يحث^(٤).

والفرق: أن استدامه الركوب واللبس ركوب ولبس، فقد ركب، ولبس فحث.

بخلاف التزوج والتطيب، فإن استدامتهما ليس تزوجاً ولا تطيناً، فلم يوجد شرط الواقع، فلم يقع به^(٥).

فصل

٥٠٥ - إذا قعدت فأنت طالق، وهي قاعدة فاستدامته، طلقت.

ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، وهي فيها، فاستدامـت الكون فيها، لم

(١) انظر: المغني (٢١١/٧)، الشرح الكبير (٤٩٣/٤)، المبدع (٣٥٤/٧)، كشاف القناع (٥/٣٠٥).

(٢) انظر: المقنع (١٨٥/٣)، المحرر (٦٤/٢)، الفروع (٤٢٩/٥)، الإمتناع (٤/٣١).

(٣) انظر: المغني (١٨٧/٧)، الشرح الكبير (٤٧٣-٤٧٢/٤)، كشاف القناع (٥/٢٨٨).

(٤) انظر: (٢/٣٣-١٣)، المقنع (٣٥٨٩)، المحرر (٢/٨٠-٧٩)، متنه الإرادات (٥٥٦/٢).

(٥) انظر: المغني (٧٧٨/٨)، الشرح الكبير (١٢٧/٦)، المبدع (٣١٦/٩)، كشاف القناع (٦/٢٦٦).

تطلق، على قول أبي الخطاب^(١).
والفرق: ما تقدم قبل.

فصل

٥٠٦ - إذا حلف لا يشرب / له الماء من العطش، ناويأً قطع المنة، حنث بكل [١٧٠]
ما له فيه منة^(٢).

ولو حلف لا يلبس من غزلها وقصده قطع المنة أيضاً، حنث إن انتفع بالغزل أو
ثمنه، ولا يحثث بما لها فيه منة^(٣).

والفرق: أن المحلوف عليه في الأولى وهو الماء ليس مقصوداً، فكأنه حلف
أن لا يأخذ ما له فيه منة.

بخلاف الثانية، فإن المحلوف عليه مقصود، وقد يحصل بينهما بسببه ما يوجب
الحلف عليه، فاختص الحكم به^(٤)، فلذلك افترقا، والله أعلم.

فصل

٥٠٧ - إذا شهد اثنان بالطلاق، واختلفا في وقته، ثبت.
ولو كان نكاحاً، لم يثبت^(٥).

والفرق: أن الطلاق قول يحكى ويعاد، ولا يحتاج في صحته إلى اجتماع
شهود، فثبت مع الاختلاف في وقته، كالإقرار بمال.

بخلاف النكاح، فإن صحته تفتقر إلى حضور شاهدين حال العقد، والحضور
فعل لا يحكى ولا يعاد، فيكون الثاني غير الأول، وبكل واحد شاهد واحد، فلم
يثبت بذلك^(٦).

فصل

٥٠٨ - إذا قال لمدحول بها: متى أو أي وقت لم تدخلني الدار فأنت طالق،

(١) انظر: الهدایة (١٣/٢).

(٢) انظر: الهدایة (٣٣/٢)، المقنع (٣٣/٥٧٤)، المحرر (٢/٧٥)، متنه الإرادات (٥٤١/٢).

(٣) انظر: الهدایة (٣٣/٢)، المقنع وحاشيته (٣/٥٧٤)، الإنصال (١١/٥٥٥)، الإمتعان (٤/٣٤١).

(٤) انظر: الكافي (٤/٣٩٠)، كشف النقاع (٦/٢٤٥-٢٤٧).

(٥) انظر: الهدایة (٢/١٥٢)، الكافي (٤/٥٥٦)، المحرر (٢/٢٤١-٢٤٠).

(٦) انظر: المغني (٩/٢٤١)، الشرح الكبير (٦/٢٥٣-٢٥٢)، المبدع (١٠/٢٠٩-٢٠٨).

فمضى زمن يمكن الدخول فيه ولم تدخل، طلقت واحدة، ولا يقع عليها غيرها.
 ولو قال: كلما، فمضى زمن يمكن الدخول فيه ولم تدخل، طلقت، فإذا مضى
زمن آخر يمكن ذلك فيه طلقت ثانية، وكذا الثالثة^(١).

والفرق: أن متى وأيّاً لا يقتضيان التكرار، فإذا مضى زمن يمكن الدخول فلم
تدخل طلقت، وانحلت يمينه.

بخلاف كلما، فإنها تقضي ذلك، فكلما أمكن الدخول فلم تدخل طلقت،
فتطلق ثلاثة إذا مضى عليها ثلاثة أزمنة أمكنها الدخول فيها^(٢).

فصل

٥٠٩ - إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار - بكسر الهمزة - فدخلت بعد
اليمين، طلقت.

ولو قال - بفتح الهمزة - فدخلت بعده لم تطلق، وإن كان قبله طلقت^(٣).

والفرق: أن إن في الأولى شرطية، والشرط للمستقبل، فيعمل به دون
الماضي.

بخلاف المفتوحة، فإنها للماضي، ومعناه: التعليل، فكانه قال: أنت طالق
لدخولك^(٤).

قلت: وهذا إن كان يعرف العربية، وإلا كان حكم المفتوحة حكم
المكسورة^(٥)، والله أعلم.

فصل

٥١٠ - إذا قال: إن كلامتك ودخلت دارك فأنت طالق، فعل أحدهما لم تطلق،
 وإن فعلهما طلقت واحدة.

ولو قال: بأو، فعل أحدهما طلقت واحدة، وإن فعلهما طلقتين^(٦).

والفرق: أنه على الأولى علّت طلاقها تعليقاً واحداً على شرط واحد، وإذا كان

(١) انظر: الهدية (٢١/٢)، الكافي (٣/٩١)، المحرر (٦٥/٢)، الإمتناع (٤/٣٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٧٢-٤٧٤)، المبدع (٧/٢٣١)، كشاف القناع (٥/٢٨٩).

(٣) انظر: الهدية (٢١/٢)، المصنف (٣/٨٦)، المحرر (٦٥/٢)، الإمتناع (٤/٣٢).

(٤) انظر: المعني (٧/١٩٨)، الشرح الكبير (٤/٤٧٥)، المبدع (٧/٢٣١)، كشاف القناع (٥/٢٨٩).

(٥) انظر: المعني (٧/١٩٨)، الشرح الكبير (٤/٤٧٥)، المبدع (٧/٢٣١)، كشاف القناع (٥/٤٨٩).

(٦) انظر: الهدية (٢/٢٢)، المصنف (٣/١٨٨)، الإمتناع (٤/٣٣).

تعليقًا واحدًا لم يقع حتى يوجد بشرطه، وهو الكلام والدخول جميعاً، فمتى تخلف أحدهما لم يوجد شرط الواقع.

^{١٠} بخلاف / الثانية، فإنه أتى بأو التي مقتضاهما التعدد والمخايرة دون الجمع، فيكون ذلك تعليقين على شرطين، فأيهما وجد طلقة، وإذا وجدتا طلقت طلقتين^(١)، فظاهر الفرق.

قلت: وإنما وجه المسألة على القول: بأن من حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لا يحث، أما على القول: بحثه بالبعض فإنها تطلق ب فعل أحدهما^(٢).

فصل

^{٥١١} - إذا قال: أنت طالق إلى شهر، ونوى من الآن إلى شهر، طلقت في الحال ولم يرتفع بعد الشهر^(٣).

ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي إلى شهر، فإذا مضى الشهر أبيح بلا كفارة. نص عليه^(٤).

والفرق: أن الطلاق لا يقع إلا مؤبدًا، فلا يرتفع بعد وقوعه. بخلاف الظهار، فإنه يثبت التوثيق فيه من طريق التكفير، فإذا وفته لم يخرجه عن مقتضاه، فلذلك صح مؤقتاً^(٥).

فصل

^{٥١٢} - إذا قال: أنت طالق في اليوم، وفي الغد، وفي بعد الغد، طلقت ثلاثة أيام.

ولو قال: بدون حرف في، طلقت واحدة^(٦).

قلت: على الصحيح.

والفرق: أن في للظرفية، فقد جعل الأيام ظروفاً لوقع الطلاق فطلقت ثلاثة،

(١) انظر: المغني (٧/١٩٧)، الشرح الكبير (٤/٤٧٧)، المبدع (٧/٣٣٤)، كشاف القناع (٥/٢٩٢-١٩٢).

(٢) الهدية (٢/٢٢).

(٣) انظر: الهدية (٢/١٤)، المقعن (٣/١٧٤)، المحرر (٢/٦٦)، الإيمان (٤/٢٨).

(٤) انظر: الهدية (٢/٤٨)، المقعن (٣/٢٤٢)، المحرر (٢/٩٠)، الإيمان (٤/٨٥).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٤٩)، الشرح الكبير (٤/٥٧١).

(٦) انظر: الهدية (٢/١٤)، المحرر (٢/٦٦)، الفروع وتصحيحه (٥/٤٢٠)، الإرادات (٢/٧٦).

كما لو أظهر الفعل فقال: أنت طالق في غد، وطالق في اليوم، وطالق بعد غد، فإنها تطلق ثلاثة، كذا هنا.

بخلاف الثانية، فإنه لم يأت فيها بالظرفية، فيكون المعنى: أنت طالق اليوم بالتطليق، وغداً وبعد غد به أيضاً، لأن المطلقة في اليوم مطلقة في غد، وفي بعد الغد^(١)، فافترقا.

فصل

٥١٣ - قلت: إذا قال: أنت طالق في الغد طلقت في أوله، فإن قال: أردت آخره، قبل منه في الحكم على رواية، ودين.

ولو قال: أنت طالق غداً، وقال: أردت آخره لم يقبل في الحكم، ولم يدين^(٢)، نص عليه^(٣).

والفرق: ما ذكره الوالد في بعض تعاليقه: أنه في الأولى جعل الغد ظرفاً لوقوع الطلاق، لا أنه يقع في جميعه، بل في جزء منه، ألا ترى أنه لو لم ينبو انصرف الطلاق إلى أول جزء منه لسبقه، فإذا نوى آخره فقد نوى ما يحتمله لفظه، فصحت نيته، وقبل منه، كما لو قال: أنت طالق ملء البيت فإنه يقع واحدة، فلو نوى ثلاثة قبل. نص عليه في رواية ابن منصور^(٤)، وذكره أبو بكر في الشافي، وعلته: ما ذكرنا من احتمال اللفظ.

بخلاف الثانية، فإن قوله: غداً، يستغرق جميع الغد، لأن الفعل وقع فيه مستغرقاً له، فيعم جملته، ويقع في أول جزء منه لسبقه، ويصير هذا/ كما لو قال: الله على أن أصوم شهر رجب، فإنه يلزم صوم جميعه، ولو قال: أصوم في رجب أجراه صوم يوم منه، فإذا أدعى: أنه نوى في آخر الوقت، فقد ادعى بخلاف مقتضي اللفظ، لأن مقتضاها اتصافها بالطلاق في جميع اليوم، فلذلك لا يقبل منه^(٥).

فصل

٥١٤ - إذا قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم، طلقت إذا بقي من اليوم ما لا

(١) انظر: المبتع (٧/٣١٨٣٧)، حاشية المقعن (٣/١٧٣).

(٢) انظر: المقعن وحاشيته (٣/١٧٢)، المحرر (٢/٦٦)، الفروع وتصحيحه (٥/٤١٩٤١٨).

(٣) انظر: المحرر (٢/٦٦).

(٤) انظر: المغني (٧/٢٦٥)، الشرح الكبير (٤/٤٤٥)، الإنصاف (٩/١٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٦٤٤٦٣)، كشاف القناع (٥/٢٧٨)، مطالب أولي النهى (٥/٣٩١).

يensus لطلاقها، قاله أبو الخطاب^(١).

والفرق: أنه في الأولى جعل مجيء الغد شرطاً لوقوع الطلاق في اليوم، وذلك مستحيل، فلم تطلق، كما لو قال: إن صعدت السماء^(٢).

بخلاف الثانية، فإن معنى اليمين فيها: أنت طالق اليوم إن فاتني طلاقك فيه، فإذا بقي من اليوم ما لا يسع لطلاقها فقد فاته طلاقها فتطلاق، كما لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، فإنها في آخر جزء من حياته تطلق، فكذا هنا^(٣).

قلت: وهذا الذي ذكره في الأولى هو أحد الوجوه، والآخر: تطلق في الحال، والآخر: في الغد^(٤). والله أعلم.

فصل

٥١٥ - إذا تزوج امرأة واشتري عبداً في يوم واحد، ثم قال لها: أنت طالق أمس، وله: أنت حر أمس، عتق ولم تطلق إذا أراد بقوله: طلاق زوجها قبله^(٥).

والفرق: أنه وصف العبد بكونه حرًا أمس، وذلك يوجب تحريم استرقاقه.

بخلاف الطلاق، فإنه وصفها بوقوعه عليها بالأمس من زوج قبله، وذلك لا يقتضي تحريمها عليه، فلم تطلق، فافرقا.

فصل

٥١٦ - إذا قال: أنت طالق نصف طلقة، وثلث طلقة، وسدس طلقة، طلقت ثلاثة.

ولو قال: نصف وثلث وسدس طلقة، طلقت طلقة^(٦).

والفرق: أنه في الأولى أضاف كل جزء إلى طلقة فهي أجزاء ثلاثة، فيسري كل جزء إلى تمامها، فلذلك طلقت ثلاثة.

بخلاف الثانية، فإنه جمع أجزاء الطلقة وأضافها إلى طلقة واحدة، فلم تطلق إلا واحدة، كما لو قال: أنت طالق جميع أجزاء طلقة^(٧).

(١) في الهداية (١٤/٢). انظر: المقنع (١٧١/٣)، المحرر (٦٣/٢)، الفروع (٤١٨/٥).

(٢) انظر: المغني (٧/١٧١)، الشرح الكبير (٤/٤٦٣)، المبدع (٧/٣١٥)، كشاف القناع (٥/٢٧٧).

(٣) انظر: الكافي (٣/٢١٤)، الشرح الكبير (٤/٤٦٤)، المبدع (٧/٣١٨)، كشاف القناع (٥/٢٧٩).

(٤) انظر: المحرر (٦٣/٦٣)، الفروع (٤١٨/٥)، الإنصاف (٤٤/٩).

(٥) انظر: الهداية (٢/١٥)، المقنع (٣/١٦٨)، المحرر (٦٨/٢)، الإمتناع (٤/٢٢).

(٦) انظر: الهداية (٢/١٠)، المقنع (٣/١٦٢-١٦١)، المحرر (٢/٥٨)، الإمتناع (٤/١٨١).

(٧) انظر: المغني (٧/٢٤٣-٢٤٤)، الشرح الكبير (٤/٤٤٨)، المبدع (٧/٢٩٨)، كشاف القناع (٥/٢٦٤).

فصل

٥١٧ - إذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقة قبل طلقة، لم تطلق إلا واحدة^(١).

ولو قال: قبلها طلقة، طلقت طلقتين، اختاره أبو بكر^(٢)، وأبو الخطاب^(٣). والفرق: أن بقوله: أنت طالق طلقة يقع بها واحدة تبينها، وقوله: قبل طلقة، يقتضي أن يقع بعد الأولى أخرى، وذلك لا يتأتى، لأن الزوجة بانت بالأولى كما ذكرنا.

[٦١/ب] بخلاف قوله: قبلها طلقة، لأن ذلك يقتضي وقوع الطلقة القبلية قبل وقوع طلقة المواجهة، فبقوله: أنت طالق يقع بها طلقة المواجهة، وبقي إقراره بأنه أوقع عليها طلقة، فلزمته حكمه^(٤)، فافترقا.

قال أبو عبد الله السامري: فإن قيل: فهلا قلت: إذا قال: أنت طالق طلقة بعد طلقة كذلك، لأنها مثلها.

قال: قلنا: يتخيل ظاهراً أنها مثلها.

والفرق: أن بقوله: أنت طالق طلقة قبلها طلقة نجز وقوع التي واجهها بها، فووقدت، ثم أقر أنه أوقع قبلها طلقة أخرى، فلزمته حكم إقراره، لأنه أوقع الأخرى بعد ذلك.

بخلاف قوله: طلقة بعد طلقة، فإنه لم ينجز وقوع التي واجهها بها، بل آخر وقوع طلقة المواجهة حتى يقع قبلها طلقة، ثم تقع هي بعدها، فهو كما لو قال: إذا أوقعت عليك طلقة فأنت طالق، لم تقع الثانية إلا بعد الأولى، ومتى وقعت الأولى بانت بها، ولم تلحقها فافترقا.

قلت: قد ساق أبو البركات في محرره المسألتين، أعني: قوله: أنت طالق طلقة قبلها طلقة، وقوله: أنت طالق طلقة بعد طلقة، وجعل الحكم فيما واحداً ناقلاً ذلك عن أبي الخطاب^(٥). ولا ريب أن معناهما متقارب، وقول المؤلف في قوله:

(١) انظر: الهدایة (١٠/٢)، المقنع (١٦٤/٣)، المحرر (٥٦/٢)، الإجماع (٤/٢٠).

(٢) انظر: الكافي (٣/١٨٥)، الإنصاف (٩/٢٦).

(٣) الهدایة (٢/١٠). انظر: الشرح الكبير (٤/٤٥١-٤٥٢)، الفروع وتصحيحه (٥/٤٠٤)، الإنصاف (٩/٢٦٩-٢٧٥)، الإجماع (٤/٢٠)، متيهى الإرادات (٢/٢٦٩).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٨٥)، الشرح الكبير (٤/٤٥١)، المبدع (٧/٣٠٣).

(٥) الهدایة (٢/١٠).

طلقة بعد طلقة: إنه لم ينجز وقوع التي واجهها بها، بل آخر وقوع طلقة المواجهة حتى يقع قبلها طلقة، ثم تقع هي بعدها، فيه نظر. فإن المطلق أوقع الطلقة ووصفها بكونها بعد طلقة، فكما قال في طلقة قبلها طلقة: إنه أقر بطلقة سابقة فلزمه حكم إقراره، نقول هنا: إن قوله طلقة بعد طلقة يقتضي إيقاع طلقة متقدمة على الطلقة المواجهة بها، فلزمته حكم إقراره ويتصور طلقة بعد طلقة، وطلقة قبلها طلقة في حق غير المدخول بها، بأن يكون قد قال لها قبل ذلك: متى قلت لك: أنت طالق فأنت طالق مع القول، فيكون قوله الآن: أنت طالق طلقة قبلها طلقة، أو هي بعد طلقة، ويريد علقتها قبل هذه، فووقيعت مع وقوعها، والله أعلم.

فصل

٥١٨ - إذا قال لها: أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يقدم عمرو، فكلمته قبل قدمه طلقت، ولو كلمته بعده، لم تطلق.
 وإن قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق حتى يقدم عمرو، فكلمته قبل قدمه أو بعده طلقت.

والفرق: أن الغاية في الأولى رجعت إلى الكلام لا إلى الطلاق، فتقديره: إن كلمت زيداً إلى أن يقدم عمرو فأنت طالق، فإذا كلمته قبل القدوم طلقت، وإن كلمته بعده لم تطلق.

بخلاف الثانية، فإنه/ علّق طلاقها على كلام زيد، فمتى كلمته طلقت، فقوله: إلى [٦٢/٦٢] أن يقدم عمرو غاية لطلاقها، فإذا غيّر الطلاق وقع في الحال، كما تقدم، فافتراقاً^(١).

فصل

٥١٩ - قلت: إذا أتي بصريح العتق في الطلاق، فقال لها: أنت حرّة، ونوى الطلاق وقع^(٢).
 ولو أتي بصريح الطلاق في العتق، فقال لأمه: أنت طالق، فهل تعتقد؟ فيه وجهان^(٣).

والفرق: بينهما ما ذكره شيخنا أقضى القضاة رحمه الله وهو: أن قوله أنت حرّة

(١) انظر: المبدع (٧/٣٥٨)، وانظر: كشاف القناع (٥/٣٠٧).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٧)، المتن (٣/١٤٨)، المحرر (٢/٥٤)، الروض المریع (٢/٢٩٤).

(٣) انظر: الكافي (٢/٥٧٥)، المحرر (٢/٣)، الفروع وتصحیحه (٥/٨٠)، الإنصاف (٧/٣٩٨)، الامتعات (٣/١٣٢).

يحصل به حل جميع القيود عن المعتقة، فجاز أن يحل به بعضها، وهو قيد النكاح^(١).

بخلاف قوله: أنت طالق، فإنه إنما يحل به قيد النكاح فقط، فيضعف أن يحل به جميع القيود^(٢).

فصل

٥٢٠ - إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً، وكانت يمينه طلاقاً أو عتاقاً،
حيث.

وإن كانت مكفرة، لم يحث^(٣).

والفرق: أن الطلاق والعتاق يتعلق بهما حق آدمي، فاستوى عدمهما وخطئهما، كالفتل والإلaf.

بخلاف اليمين المكفرة، فإن الحق فيها لله تعالى، فجاز التفرقة فيها بين العمد والسمو^(٤)، دليلاً: الأكل في الصوم ناسياً^(٥)، وترك التسمية على الذبيحة ناسياً^(٦)، فافتراقاً، والله أعلم.

كتاب الرجعة

فصل

٥٢١ - لا يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده^(٧)، فلو أذن له فتزوج، ثم طلق، فقياس المذهب: أنه يملك ارتجاعها بغير إذن سيده، قاله السامر^(٨).

(١) انظر: المعنى (١٢٢/٧)، الشرح الكبير (٤/٤٢٦)، المبدع (٧/٢٧٦-٢٧٥)، كشاف القناع (٥/٢٥٠).

(٢) انظر: المعنى (٣٢٢/٩)، الشرح الكبير (٦/٣٤٩)، المبدع (٦/٢٩٤).

(٣) انظر: المقنع (٣/٢١٠)، المحرر (٢/٨١)، الإماع (٤/٤٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٤/٥٠٣)، المبدع (٧/٣٧٠)، كشاف القناع (٥/٣١٥).

(٥) انظر: الهدایة (١/٨٣)، المحرر (١/٢٢٩).

(٦) الهدایة (٢/١١٤)، المقنع (٣/٥٤٠)، الإماع (٤/٣١٩).

(٧) انظر: الهدایة (١/٢٦٤)، المقنع (٣/٨١)، المحرر (٢/٣٤)، متنه الإرادات (٢/٢٠٦).

(٨) انظر: الكافي (٣/٢٢٧)، المحرر (٢/٨٣)، الفروع (٥/٤٦٤)، المبدع (٧/٣٩١)، الإماع (٤/٦٥).

قال: والفرق: أن ابتداء النكاح إنشاء تصرف في خالص ملك السيد، فلا يصح بدون إذنه، كما لو باع نفسه.

بخلاف الرجعة، فإنها ليست تصرفًا في خالص ملك السيد، وإنما هي تصرف من العبد في خالص ملك نفسه، لأن الرجعة من حقوق النكاح، والحق فيه له، لا لسيده.

قلت: وهذه المسألة لم أرها منصوصة في كلام أصحابنا، لكن الخطيب أبا عبد الله بن تيمية^(١) قال في البلوغة: كل من صح قبوله للنكاح، صح ارجاعه، وكذا قال صاحب الرعاية، فربما فهم من هذا: أن العبد لا يرجع إلا بإذن سيده، لأنه إنما يصح قبوله للنكاح بالإذن، فكذا رجعته، ثم المعنى الذي لأجله منع العبد من التزوج أبتداء موجود في الرجعة، والله أعلم.

فصل

٥٢٢ - إذا قال للرجعية: قد راجعتك إن شئت، فقالت: قد شئت. لم تحصل الرجعة^(٢).

ولو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت، طلقت^(٣).

والفرق: أن الرجعة عقد لازم، فلا يصح تعليقها بشرط، كالنكاح. والطلاق ليس عقداً لازماً، بل إزالة ملك فصح معلقاً بشرط، كالعتق.

فصل

٥٢٣ - إذا قال: راجعتك للمحبة أو للإهانة، ونوى: من أجل محبتي لك، أو لما لحقك من الإهانة بالطلاق، صحت الرجعة.

وإن نوى بقوله للمحبة: أنه كان يحبها قبل النكاح/ ، وقد رجعها إلى تلك [٦٢/ب] المحبة، أو رجعها إلى الإهانة التي كانت فيها قبل النكاح، لم يصح.

والفرق: أنه في الأولى أتى بصريح الرجعة، وذكر علتها، فكان ذلك مؤكدًا لصحتها.

بخلاف الأخرى، فإنه أخبر بما يصلح للفظ له، وأنه رجعها إلى غير زوجته^(٤).

(١) انظر: ذيل طبقات الحنابلة (١٥١/٢)، المقصد الأرشد (٤٠٦/٢)، شذرات الذهب (١٠٢/٥).

(٢) انظر: الهدایة (٤٢/٢)، المقنع وحاشيته (٢٢٣/٣)، المحرر (٨٣/٢)، الإجماع (٤٣/٤).

(٣) انظر: المقنع (٢٠٣/٣)، المحرر (٧١/٢)، الفروع (٥/٤٦٥)، الإجماع (٤٦/٤).

(٤) انظر: المغني (٧/٢٨٤-٢٨٥)، الكافي (٣/٢٣٠)، الشرح الكبير (٤/٥٢٢)، كشاف القناع (٥/٣٤٢).

فصل

٥٢٤ - لا تصح الرجعة في الردة^(١). رواية واحدة.

وتصح في الإحرام. في أصح الروايتين^(٢).

والفرق: أن تحريم الإحرام لا يفضي إلى زوال الملك، فتصح فيه الرجعة كزمان الحيض.

بخلاف تحريم الردة، فإنه يفضي إلى زوال الملك، فتنتفيه الرجعة^(٣).

قلت: ليس في الرجعة زمن الردة عن الإمام أحمد رضي الله عنه رواية^(٤)، وإنما أكثر الأصحاب على البطلان. وقال ابن حامد، والقاضي: تكون موقوفة، إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت، وإن لم يسلم في العدة تبيّناً: أن الفرقة وقعت قبل الرجعة^(٥)، هذا على القول: بأن الفرقة لا تتجل^(٦).

فصل

٥٢٥ - إذا وطئ مطلقته الرجعية بشبهة، وقد بقي من عدتها قرء واحد، لزمهها استئناف العدة ثلاثة قروء، وله ارجاعها في القراء الأول، دون القراءين الآخرين.

والفرق: أن القراء الأول بقية عدة الطلاق، فصح الارتجاع فيه، كما لو لم يطأها.

بخلاف القراءين الآخرين، فإنهم ليسا من عدة الطلاق، وإنما هما بقية عدة الوطء بالشبهة، فلم يصح الارتجاع فيما، كما لو لم يطأها، فافتراقا^(٧).

(١) انظر: الهدایة (٤٢/٢)، المقنع (٢٢٣/٣)، المحرر (٢/٨٣)، الفروع وتصحيحه (٤٦٥/٥).

(٢) انظر: الهدایة (٩٤/١)، الكافي (٤٠٢/١)، المحرر (٢٣٨/١)، الروض المرربع (١٣٩/١).

(٣) انظر: المعني (٢٨٥/٧)، الشرح الكبير (٥٢٤/٤).

(٤) انظر: الفروع وتصحيحه (٤٦٥/٥).

(٥) انظر: الكافي (٢٣١/٣)، الشرح الكبير (٥٢٤/٤)، الإنصاف (١٥٧/٤).

(٦) انظر: المقنع مع الإنصاف (٢١٦/٨)، الفروع وتصحيحه (٢٥٠-٢٤٩/٥)، الإجماع (٢٠٤/٣).

(٧) انظر: المعني (٢٩٤-٢٩٣/٧)، الكافي (٢٣٤/٣)، انظر: الكافي (٢٢٩/٣)، المحرر (٨٣/٢)، الإنصاف (١٥٤/٩)، متبي الإرادات (٣١٣/٢).

كتاب الإيمان

فصل

٥٢٦ - الإيمان في النكاح الفاسد لا يتعلّق به حكم الإيمان في الصحيح^(١). والطلاق في فاسد النكاح كهون في الصحيح^(٢). والفرق: أن الطلاق إزالة ملكبني على التغلب والسرابة، فتفقد في الفاسد، كالصحيح إذا لم يسقط به حق الغير، كالكتابة الفاسدة، فإن العتق ينفذه فيها، كالصحيحة^(٣). بخلاف الإيمان، فإن حكمه ضرب المدة لاستدعاء الوطء، والوطء فيه حرام، والحرام لا يستدعي بالشرع.

فصل

٥٢٧ - إذا قال لأربع زوجات: والله لا وطئتكن، لم يكن مولياً من الجميع. ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن، ولا نية^(٤) له كان مولياً من الجميع^(٥). والفرق: أن قوله في الثانية نفي في نكرة فيع، كما لو قال لكل واحدة: لا وطئتك. بخلاف الأولى، فإنه منع نفسه من وطء جميعهن، ولو وطئ منهن واحدة أو اثنتين، لم تلزمته كفارة^(٦). وهذا على القول بعدم الحث بفعل بعض المحلف عليه، فلو وطئ منهن ثلاثة، صار مولياً من الرابعة، لأن الإيمان تعين في حقها^(٧).

فصل

٥٢٨ - إذا قال: والله لا جامعتك إلا جماع سوء، ونوى الدبر، أو دون الفرج، فهو مول.

(١) انظر: الفروع (٤٧٣/٥)، المبدع (١٨/٨).

(٢) انظر: الهدایة (٣/٢)، المقعن (٣/١٣٥)، المحرر (٢٠/٥٠)، الإجماع (٤/٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤٠٨/٤)، كشاف القناع (٥/٢٣٧)، مطالب أولي النهى (٥/٣٢٧).

(٤) انظر: المقعن وحاشيته (٣/٢٣٥).

(٥) انظر: الهدایة (٤٤/٢)، المقعن (٣/٢٢٥)، المحرر (٢/٨٦)، متنبي الإرادات (٢/٣٢٠).

(٦) انظر: المعني (٧/٣١٠-٣٠٩)، الشرح الكبير (٤/٥٤٦)، كشاف القناع (٥/٣٦١-٣٦٠).

(٧) انظر: الكافي (٣/٢٤٤)، المحرر (٢/٨٦)، الشرح الكبير (٤/٥٤٦)، الإنفاق (٩/١٨٠).

وإن نوى ضعفه بحيث لا يزيد على التقاء الختتين، فليس بمولٍ^(١).
 [١/٦٣] والفرق: أنه إذا أراد ما ذكر في الأولى / فقد منعها الجماع الشرعي، ولا يخرج من الإيلاء إلا به، فلذلك كان مولياً.
 بخلاف الثانية، فإن الجماع الضعيف يخلصه من الإيلاء^(٢).

فصل

٥٢٩ - إذا قال: إن وطئتك فللّه عليّ صوم شهر، فهل يكون مولياً؟ فيه روایتان^(٣).

فإن قلتنا: يكون مولياً، فقال: إن وطئتك فللّه عليّ صوم هذا الشهر، لم يكن مولياً، قوله واحداً^(٤).

والفرق: أنه إذا أطلق الشهر أمكن أن يصومه بعد وطئه ومضى مدة الترخيص، فصار كما لو قال في المحرم: إن وطئتك فللّه عليّ صوم ذي الحجة من هذه السنة، ولو قال ذلك كان مولياً، فلذلك ها هنا.

بخلاف الثانية، فإنه إذا ترك الوطء فيه انحل نزره، لأنه إذا وطىء بعده امتنع فعل المنذور، فكأنه قد حلف على ترك الوطء شهراً، فلا يكون مولياً بذلك، فافترقا^(٥).

فصل

٥٣٠ - إذا قاء المولي بعد المدة تخلص من الإيلاء^(٦).

ولو طلقها تخلص من المطالبة، لا من الإيلاء^(٧).

والفرق: أنه بالفينة يحيث، وتنحل اليمين، فيسقط حكمها، وبالطلاق لا تنحل اليمين، فيبقى حكمها، فإن عاد إليها وقد بقي من المدة أكثر من أربعة أشهر وقف لها كالأول، وإن بقي أربعة أشهر فما دون، فليس لها المطالبة بالفينة^(٨)، فافترقا.

(١) انظر: الهدایة (٤٥/٢)، المقنع (٣/٢٣١)، الإمتاع (٤/٧٣).

(٢) انظر: المغني (٧/٣١٢)، الشرح الكبير (٤/٥٣٧)، المبدع (٨/٥)، كشاف القناع (٥/٣٥٤).

(٣) انظر: المغني (٧/٢٩٩)، الشرح الكبير (٤/٥٣٩)، الإنصال (٩/١٧٣)، غابة المتهنى (٣/١٧٧).

(٤) انظر: الهدایة (٤٦/٢)، الكافي (٣/٢٣٩)، المحرر (٢/٨٦)، الفروع (٥/٤٧٦).

(٥) انظر: المغني (٧/٢٩٩)، الشرح الكبير (٤/٥٣٩)، المبدع (٨/٩)، كشاف القناع (٥/٣٥٦).

(٦) انظر: الهدایة (٤٦/٢)، المقنع (٣/٢٣٧)، المحرر (٢/٨٨)، الإمتاع (٤/٨١).

(٧) انظر: الهدایة (٤٦/٢)، الكافي (٣/٢٥١)، الإمتاع (٤/٨٠).

(٨) انظر: المغني (٧/٣٣٣)، المبدع (٨/٢٢)، كشاف القناع (٥/٣٦٤).

فصل

٥٣١ - إذا امتنع المولى من الفيضة والطلاق، طلق الحاكم عليه. ولو أسلم وتحته أكثر من أربع فأبى أن يختار، حبس وضيق عليه ليختار، ولا يختار الحاكم عنه.

والفرق: أن الحق في الإلقاء لواحدة بعينها، والطلاق تدخله التيابة، فاستوفاه الحاكم، كالدين.

والحق في الاختيار لجماعتهن له، فلم يقم الحاكم فيه مقامه^(١).

كتاب الظهار

فصل

٥٣٢ - إذا قال لها: أنت على كظهر أمي، وقال: لم أرد به الظهار، لم يقبل، وكان ظهاراً.

وإن قال: أنت علىي كأمي، أو مثل أمري، وقال: نوبت غيره، قبل^(٢).

والفرق: أن قوله: أنت علىي كظهر أمري صريح في الظهار^(٣)، لا يحتمل غيره، فلم يقبل منه صرفه عن ظاهره كما لو قال: أنت طالق ثلاثة في حال خصومة، فإنه لا يقبل^(٤)، كذا هنا.

بخلاف الثانية، فإنه يحتمل أن يريد التحرير، ويريد في الكرامة، فإذا نوى أحدهما فقد نوى ما يحتمله اللفظ^(٥)، كما لو قال: أنت طالق، وقال: أردت من وثاق، فإنه يقبل^(٦)، كذا هنا.

فصل

٥٣٣ - إذا قال لأجنبية: أنت علىي كظهر أمري، صار مظاهراً، لا يحل له وطؤها

(١) انظر: المغني (٧/٣٣)، الشرح الكبير (٤/٥٥٩)، المبدع (٨/٢٨)، كشاف القناع (٥/٣٦٧).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٤٧)، الكافي (٣/٢٥٦)، الإنصاف (٩/٩)، الإنقاذ (٤/٨٣-٨٢).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٤٠)، الإنفصال (٢/١٦٣).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٦٩)، الشرح الكبير (٤/٤٢٢)، الإنصاف (٨/٤٦٦).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٤/٥٦٤)، المبدع (٨/٣٢)، كشاف القناع (٥/٣٧٠).

(٦) انظر: الكافي (٣/١٦٩)، المحرر (٢/٥٣)، كشاف القناع (٥/٢٤٧).

إن تزوجها حتى يكفر^(١).

ولو قال لها: أنت طلاق، لم تطلق إن تزوجها^(٢).

والفرق: أن الطلاق حل عقد، فلا يصح تقدم الحل على العقد.

بخلاف الظهار، فإنه تحريم للوطء بمعنى يزول، وهذا لا يمنع مقارنته العقد،
[٦/٣٢ ب] بدليل: صحة العقد حال/ حيسها، فيصح انعقاده قبل النكاح، كالميمين بالله
تعالى^(٣)، فافتراقا.

فصل

٥٣٤ - قلت: إذا قالت لزوجها: أنت علىيّ كظهر أبي، فليست مظاهرة. في
الصحيح عنه^(٤).

ولو قالت قبل النكاح: إن تزوجت فلاناً فهو علىيّ كظهر أبي، فهي مظاهرة.
نص عليه^(٥).

والفرق: ما روي أن مصعب بن الزبير^(٦) خطب عائشة بنت طلحة^(٧)، فقالت:
هو علىيّ كظهر أبي إن تزوجته، ثم رغبت فيه، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ،
فأمروها: أن تعتن رقبة وتتزوجه، قال مولاها: فأعتقدتني في ظهارها ذاك وتزوجته.
رواوه سعيد والأثرم في سنتهما.

ومن حيث المعنى ما ذكره لي بعض أصحابنا الدمشقيين: وهو أنها في الأولى
لا تملك ذلك، لأن فيه إسقاطاً لحق الزوج بعد ملكه له، فلم يكن لها ذلك، كما لو
منعته من الوطء بغير ذلك.

بخلاف الثانية، فإنها تملك منع نفسها من تزوج به، لأن حقه ليس ثابتاً
عليها، فزمام أمرها بيدها، فاعتبر قولها، ثم وجدت شيخنا صفي الدين بن عبد
الحق، قد ذكر هذا الفرق ومعناه في شرحه.

(١) انظر: البداية (٤٨/٢)، المقنع (٢٤١/٢)، المحرر (٩٠/٢)، متنه الإرادات (٣٢٦/٢).

(٢) البداية (١٢/٢)، المقنع (١٧٧/٣)، المحرر (٦٢/٢)، متنه الإرادات (٢٨٠/٢).

(٣) المغني (٧/٣٥٥)، الشرح الكبير (٤/٥٧٠)، كشاف القناع (٥/٣٧٣).

(٤) المقنع (٣/٢٤٠)، المحرر (٨٩/٢)، الإنصاف (٩/٢٠٠)، الامتناع (٤/٨٤).

(٥) انظر: المحرر (٢/٨٩).

(٦) انظر: تاريخ بغداد (١٠٥/١٣)، سير أعلام النبلاء (٤/١٤٠)، البداية والنهاية (٨/٣٤١).

(٧) انظر: سير أعلام النبلاء (٤/٣٦٩)، البداية والنهاية (٩/٢٣٩). تهذيب التهذيب (٨/٣٤١).

فصل

٥٣٥ – إذا قال لأجنبية: والله لا وطئتك سنة، ثم تزوجها، فإذا تزوجها قبل انقضاء السنة لزmetه الكفارة^(١)، إلا أنه لا يكون مولياً^(٢) بحيث يؤجل، كالمين بعد العقد.

ولو ظاهر منها قبل العقد كان كما لو ظاهر بعده في التحرير.

والفرق: أن المولى إنما يؤجل لقصده بيمنه الإضرار، وهذا القصد لا يكون قبل النكاح، فلهذا لم يؤجل.

بخلاف الظهار، فإن أكثر ما فيه أنه يتضمن تحريمها عليه قبل الكفارة، وهذا يوجد قبل النكاح، كما يوجد بعده، فظهر الفرق.

فصل

٥٣٦ – إذا قال لأجنبية: أنت على كظهر أمي، ونوى في تلك الحال، صار مظاهراً.

ولو قال: أنت على حرام، ونوى في تلك الحال، لم يصر مظاهراً.

والفرق: أن قوله في الأولى صريح في الظهار في الزوجة والأجنبية، وإذا نوى به في تلك الحال لم يقبل، لأنها ليست في التحرير عليه كأمه، فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ فلم يقبل.

بخلاف قوله في الثانية، فإنه كناية في الأجنبية، لأنه إذا نوى حرمتها في تلك الحال فقد نوى ما يحتمله اللفظ، وإن قصد في كل حال فهو مظاهر، لأنه وصفها بما ليس صفة لها في كل حال، لأن الأجنبية تحرم في حال دون حال^(٣).

فصل

٥٣٧ – إذا قال لزوجته: أنت على حرام، صار مظاهراً^(٤).

ولو قال: كالمحنة والدم، لم يكن مظاهراً. في إحدى الروايتين^(٥).

(١) انظر: المعني (٣١٢/٧)، المحرر (٨٥/٢)، المبدع (١٨/٨)، الإمتناع (٧٩/٤).

(٢) انظر: المعني (٣١٢/٧)، المحرر (٨٥/٢)، المبدع (١٨/٨)، الإمتناع (٧٩/٤).

(٣) انظر: المعني (٣٥٩-٣٥٨/٧)، الشرح الكبير (٥٧٠/٤)، المبدع (٣٩/٨)، كشاف القناع (٥/٣٧٣).

(٤) انظر: الهدایة (٤٧/٢)، المقنع (٢٣٩/٣)، المحرر (٥٥/٢)، متنه الإرادات (٣٢٥/٢).

(٥) انظر: المعني (١٥٧/٧)، الفروع (٥/٣٩٢)، الإنفاق (٤٩٠/٨)، الإمتناع (٤/١٢).

والفرق: أن قوله في الأولى نص في تحريم الزوجة، أكد من قوله: كظهر أمي، لأن ذلك تشبه لها بالمحرم، والنص على التحريم أكد من التشبه به، فكان ظهاراً، كانت على كظهر أمي.

[١٧٤] بخلاف الثانية، فإنه شبها بما ليس محلأ للنatum، / ولا هو من جنس متعلق الظهار، فلم يكن ظهاراً، كظهر البهيمة. على الصحيح، فافترا.

فصل

٥٣٨ - إذا قال لزوجته: أنت على كظهر أمي، ونوى به الطلاق، لم يكن طلاقاً.

ولو قال: أنت على حرام، ونوى به الطلاق، كان طلاقاً. في إحدى الروايات^(١).

والفرق: أن قوله: أنت على كظهر أمي صريح في الظهار لا يتحمل الطلاق، فقد نوى ما لا يتحمله لفظه فلم يصح كما لو قال: أنت طالق ثلاثة، ينوي به الظهار. بخلاف قوله: أنت على حرام، فإنه يتحمل الطلاق كما يتحمل الظهار، فقد نوى ما يتحمله لفظه فصح كسائر كنایات الطلاق، فافترا^(٢).

قلت: وهذا الذي ذكره السامری من: أنت على حرام، يتحمل الطلاق، كما يتحمل الظهار، ينافق قوله في الفصل المتقدم: أنت على حرام أكد من: أنت على كظهر أمي، لأن المحتمل لشيئين كيف يكون أكدر في أحدهما مما لا يتحمل غيره؟ هذا لا يتوجه، فإن قوله: أنت على كظهر أمي لولا شدة لزومه لباب الظهار بحيث لا تستعمل إلا فيه لم يكن ناصاً فيه، خلافاً لما يستعمل تارة في الظهار، وتارة في الطلاق، فقد بان بما ذكرنا ما في كلام المصنف من النظر، والله أعلم.

فصل

٥٣٩ - إذا وجبت على إنسان كفارة ظهار، فقال له آخر: أعتق عبدك عن كفارتك على أنّ على عشرة دراهم، ففعل، ثم قال: لا أريدها، لم يصح الرد، ولم يقع العتق عن الكفارة.

ولو قال قبل العتق: لا أريد الدرهم، ثم أعتقه عن كفارته، وقع العتق عنها.

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١٧٩/٢)، الكافي (١٧٣/٣)، المحرر (٥٥/٢)، النروع وتصحيحه، (٣٩٠/٥)، الإمتناع (٤/١٢).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (١٨١/٢)، المغني (١٥٥/٧)، الشرح الكبير (٤/٤٣٢).

والفرق: أن العتق في الأولى وقع على صفة، فلم يصح أن يتنتقل عنها، كما لو اعتقه على البذل، ولم ينـو الكفارـة.
بخلاف الثانية، فإنه بالـرد تمحض عنـ الكـفارـة^(١).

فصل

٥٤٠ - إذا قال لها: إن ظـاهـرـتـ منـ فـلـانـةـ الأـجـنبـيـةـ فـأـنـتـ عـلـيـ كـظـهـرـ أـمـيـ،ـ ثـمـ قالـ لـفـلـانـةـ ذـلـكـ،ـ صـارـ مـظـاهـرـاـ مـنـ زـوـجـتـهـ^(٢).ـ
ولـوـ كانـ عـوـضـ الـظـهـارـ طـلـاقـاـ،ـ لمـ تـطـلـقـ زـوـجـتـهـ.ـ ذـكـرـهـماـ القـاضـيـ.
والـفـرـقـ:ـ أـنـ الـظـهـارـ مـنـ الـأـجـنبـيـ يـصـحـ،ـ فـقـدـ وـجـدـ شـرـطـ ظـهـارـ زـوـجـتـهـ،ـ فـصـارـ مـظـاهـرـاـ.
بـخـلـافـ الطـلاقـ،ـ فإـنـهـ لـاـ يـصـحـ مـنـ الـأـجـنبـيـ،ـ فـلـمـ يـوـجـدـ شـرـطـ الطـلاقـ،ـ فـلـمـ تـطـلـقـ.

فصل

٥٤١ - إذا أـعـتـقـ فـيـ كـفـارـةـ الـظـهـارـ مـقـطـعـ الـخـنـصـرـ وـالـبـنـصـرـ مـنـ يـدـ وـاحـدـةـ،ـ لـمـ يـجـزـهـ.
ولـوـ كـانـتـ كـلـ أـصـبـعـ مـنـ يـدـ،ـ أـجـزـأـهـ.

والـفـرـقـ:ـ أـنـ الضـرـرـ فـيـ الـأـوـلـىـ كـثـيرـ،ـ وـفـيـ الثـانـيـ يـسـيرـ^(٣).

فصل

٥٤٢ - إذا أـعـتـقـ مـقـطـعـ الإـبـهـامـ،ـ لـمـ يـجـزـهـ^(٤).ـ
ولـوـ أـعـتـقـ مـقـطـعـ غـيـرـهـاـ،ـ أـجـزـأـهـ.
والـفـرـقـ:ـ مـاـ تـقـدـمـ.

فصل

٥٤٣ - لاـ يـجـوزـ دـفـعـ الطـعـامـ فـيـ الـكـفـارـ إـلـىـ مـكـاتـبـ^(٥).

(١) انـظـرـ:ـ الشـرـحـ الـكـبـيرـ (٤/٥٨٤)،ـ كـشـافـ الـقـنـاعـ (٥/٣٨١)،ـ مـطـالـبـ أـلـيـ النـهـيـ (٥/٥٢٣).

(٢) انـظـرـ:ـ المـغـنـيـ (٧/٣٥٠)،ـ الشـرـحـ الـكـبـيرـ (٤/٥٧٢).

(٣) انـظـرـ:ـ المـغـنـيـ (٨/٣٦٠)،ـ الشـرـحـ الـكـبـيرـ (٤/٥٨٢)،ـ المـحرـرـ (٢/٩٢)،ـ شـرـحـ مـتـهـيـ الـإـرـادـاتـ (٣/٢٠٢).

(٤) انـظـرـ:ـ المـغـنـيـ (٨/٣٦٠)،ـ الشـرـحـ الـكـبـيرـ (٤/٥٨٢)،ـ الـفـرـوعـ (٥/٤٩٨)،ـ الـإـنـصـافـ (٩/٢١٦)،ـ الـإـمـاتـاعـ (٤/٨٩)،ـ مـتـهـيـ الـإـرـادـاتـ (٢/٣٢٩).

(٥) انـظـرـ:ـ الـهـدـاـيـةـ (٢/٢٥)،ـ المـغـنـيـ (٧/٣٧٦)،ـ المـحرـرـ (٢/٩٣)،ـ الـإـنـصـافـ (٩/٢٢١)،ـ مـتـهـيـ الـإـرـادـاتـ (٢/٣٣١).

[٦٤/ب] ويجوز دفع الزكاة / إليه^(١).

والفرق: أن الكفارة متعينة للمساكين، فلا يتجاوز بها إلى غيرهم، والمكاتب غير مسكون، لأن الله تعالى عدّ أصناف أهل الزكوة فذكر المكاتب، ولو كان مسكوناً لما أفرده عنهم، وإذا لم يكن مسكوناً لم يجز دفع الكفارة إليه.
بخلاف الزكاة، فإن النص ورد بكونه من مستحقيها^(٢).

فصل

٥٤٤ - يجزئ إطعام الخبز في الكفارة^(٣).
ولا يجزئ إخراجه في الفطرة^(٤).

والفرق: أن النبي ﷺ نص على المخرج في صدقة الفطر، ولم يذكر فيه الخبز، فلم يجز إخراجه.

وفي الكفارة نص على الإطعام لا على المطعم، وإخراج الخبز إطعام^(٥).

فصل

٥٤٥ - إذا تخلل صوم الكفارة وطء، لزمه استئنافه^(٦).
ولو تخلل إطعامها، لم يبطل الماضي، وأخرج ما بقي، ذكره القاضي^(٧).
والفرق: بأن الصوم من شرطه التتابع، وتقديمه على الوطء. بدليل قوله تعالى: «فَمَنْ قَبَلَ أَنْ يَسْمَعَكُمْ» [المجادلة: الآية ٣] فإذا تخلل الوطء بطل ما مضى، لفقد التتابع وتأخير بعضه عن المسمى.

بخلاف الإطعام، فإنه لا يشترط له التتابع، ولا التقدم على المسمى^(٨).

(١) انظر: الهدایة (١/٧٩)، الكافی (١/٣٣٤)، متهی الإرادات (١/٢٠٩).

(٢) انظر: المعنی (٧/٣٧٦)، الشرح الكبير (٥/٥٩٣)، المبدع (٨/٦٥).

(٣) انظر: الروایتین والوجھین (٢/١٨٩)، المعنی (٧/٣٧٤)، المحرر (٢/٩٣)، الإنضاف (٩/٢٢١)، متهی الإرادات (٢/٢٢٢).

(٤) انظر: الهدایة (١/٧٦)، الكافی (١/٣٢٣)، المحرر (٢/٢٧)، متهی الإرادات (١/٢٠٢).

(٥) انظر: الروایتین والوجھین (٢/١٩٠)، الكافی (٢/٢٧٣).

(٦) انظر: الهدایة (٢/٥١)، المقنقع (٣/٢٥١)، غایة المتهی (٣/١٨٨).

(٧) انظر: الروایتین والوجھین (٢/١٩٠)، المعنی (٧/٣٧٢)، الإنضاف (٩/٢٢٨)، غایة المتهی (٣/١٨٩).

(٨) الروایتین والوجھین (٢/١٩٠)، المعنی (٧/٢٧٣)، الشرح الكبير (٤/٥٩٨)، زاد المعاد (٥/٣٣٨).

فصل

٥٤٦ - إذا وطئ المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ناسياً قبل تمام الصوم، انقطع التتابع في إحدى الروايتين^(١).

ولو وطئ غيرها في هاتين الحالتين، لم ينقطع التتابع. رواية واحدة^(٢).

والفرق: أن الله تعالى شرط تقديم صيام الكفار متابعاً على وطء المظاهر منها، فإذا وطئها فيه لم يحصل الصوم المتابع قبل المسيح، فلذلك وجب الاستئناف.

بخلاف غيرها، فإنه لم يمنع من وطئها منعاً يختص الكفارة، فلم ينقطع التتابع بوطئها^(٣)، كما لو وطئ زوجته في كفارة الوطء في رمضان^(٤).

فصل

٥٤٧ - إذا كفر من جنسين فأعنت نصف رقبة، وصام شهراً، لم يجزئه^(٥).

ولو أطعم في كفارة اليمين خمسة، وكسى خمسة، أجزاء^(٦).

والفرق: أنه في الأولى لم يأت بالمأمور به، ولا المقصود منه. إذ المقصود بالاعتنى تكميل حرية العبد، وبالإطعام إحياء ستين مسكيناً، فلذلك لم يجزئه.

بخلاف الثانية، فإن الغرض بالكسوة والإطعام واحد، وهو إحياء النفس بدفع الجوع، وأذى الحر والبرد، وإذا كان المقصود متفقاً أجرياً مجرى الجنس الواحد. فلو أراد أن يعتنى نصف رقبة، ويكسو أو يطعم خمسة، لم يجزئه، كالمسألة الأولى^(٧).

فصل

٥٤٨ - قلت: إذا لزمه كفارة الظهار وهو معسر عن الرقبة، أجزاء الصوم، فلو

(١) انظر: الهدية (٢/٥١)، المغني (٧/٣٦٧)، المحرر (٩٣/٢)، الإنضاج (٩/٢٢٧).

(٢) المغني (٧/٣٦٨)، المحرر (٢/٩٣)، الشرح الكبير (٤/٥٩٢)، الفروع (٥/٥٠٥)، الإنضاج (٩/٢٢٨)، الامتناع (٤/٩٢)، متى الإرادات (٢/٣٣١).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٦٨٣٦٧)، الكافي (٢/٢٧١٢٧٠)، الشرح الكبير (٤/٥٩٢)، كشف النقاب (٥/٣٨٤٣٨٥).

(٤) انظر: الفروع (٣/٨٦)، الإنضاج (٣/٣٢٣).

(٥) انظر: الهدية (٢/٥٢)، الفروع (٦/٣٥١)، الإنضاج (٤/٤٠)، الامتناع (٤/٣٣٨).

(٦) انظر: الهدية (٢/٥٢)، الكافي (٤/٣٨٦)، الفروع (٦/٣٥١)، الامتناع (٤/٣٣٨).

(٧) انظر: الهدية (٢/٥١)، الكافي (٤/٣٨٦)، الامتناع (٤/٣٣٨).

تكلف العتق أجزاء^(١).

ولو كان عبداً فلزمته الكفارة، ثم عتق وأيسر، لم يجزئه غير الصوم^(٢).

[١/٦٥] والفرق: أن الاعتبار بحال الوجوب، وعند ذلك لم يكن يجزئه / العبد إلا الصوم، لعدم تأتي العتق منه.

بخلاف الحر، فإنه لو أعتق مع الإعسار أجزاء، وساغ منه. والله أعلم.

كتاب القدف

فصل

٥٤٩ - إذا قال لزوجته: يا زانية أنت طالق ثلاثة لزمك الحد، وله إسقاطه باللعان.

ولو أخر قوله: يا زانية، لم يملك إسقاط الحد باللعان^(٣).

والفرق: أنه في الأولى قذف زوجته. فملك إسقاط الحد باللعان.

وفي الثانية قذفها أجنبية، فلم يملك ذلك^(٤).

فصل

٥٥٠ - إذا قال لأجنبية: لست بولد فلانة، لم يكن قاذفاً لأمه.

ولو قال: لست ولد فلان، فقد قذف أمه^(٥).

والفرق: أن نفيه عن أمه كذب حقيقة وحكماء، فلم يكن قاذفاً، كقوله لابن سنة: يا زان^(٦).

(١) انظر: الكافي (٢٦٤/٢)، المحرر (٩١/٢)، الشرح الكبير (٥٧٨/٤)، الامتناع (٨٦/٤).

(٢) انظر: الهدایة (٤٩/٢)، المغنی (٣٨٢/٧)، الكافی (٣٢٦/٣)، الإنصاف (٩/٩)، الإنصاف (٢٠٩/٢)، الامتناع (٨٦/٤).

(٣) انظر: المغنی (٧/٤٠٢)، الكافی (٣/٢٦٤)، الشرح الكبير (١١٢٩/٥)، الإنصاف (٩/٢)، الإنصاف (٢٠٩).

(٤) المغنی (٧/٤٠٢-٤٠٣)، الشرح الكبير (٥/٩١)، المبدع (٨/٨٤-٨٣)، كشاف القناع (٥/٣٩٥).

(٥) انظر: المغنی (٨/٢٢٤-٢٢٣)، المحرر (٩٥-٩٦/٢)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، غایة المتبہ (٣/٣٠٩).

(٦) انظر: المغنی (٨/٢٢٤)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، كشاف القناع (٦/١١٠).

بخلاف الثانية، فإن قوله يحتمل الصدق والكذب، وحد القذف إنما يجب بما يحتملها^(١).

فصل

٥٥٥ - إذا قال لزوجته: يا زانية، فقلت: بل أنت زان، لزم كلاً منها الحد للأخر^(٢).

ولو قالت: أنت أزني مني، لزمها حد القذف دونه^(٣).

والفرق: أنهما في الأولى تقاذفا، لزمهما الحد^(٤)

وفي الثانية قذفه، فلزمها الحد، واعترفت بالزنا، فسقط الحد عنه^(٥).

فصل

٥٥٦ - إذا قال لها: يا زانية، فقلت: بك زنيت، لم يلزم واحداً منها الحد^(٦).

ولو قالت: أنت أزني مني، لزمها الحد دونه.

والفرق: أن قولها في الثانية اعتراف بالزنا، فسقط به الحد عنه، وقدف له، فلزمها الحد.

بخلاف قولها: بك زنيت، فإنها لم تقدفه بالزنا، بل صدقته في رميء إياها به، وعيت بمن زنت^(٧)، ويدل على أن هذا ليس بقذف قول النبي ﷺ لمعاذ حين أقر بالزنا: «الآن أقررت، فبمن؟»^(٨)، رواه هكذا الإمام أحمد رضي الله عنه، ولو كان قدفاً لم يستدعا النبي ﷺ.

(١) انظر: الكافي (٤/٢١٧)، المحرر (٢/٩٤)، الفروع (٦/٨٥)، الامتناع (٤/٢٩٠).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٥٧)، المغني (٧/٤٤٨)، الفروع (٦/٩٣)، غایة المتهی (٣/٣٠٩).

(٣) انظر: المعني (٧/٤٤٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، الفروع (٦/٩٣)، المبدع (٩/٩٦).

(٤) انظر: المعني (٧/٤٤٨)، شرح متهی الإرادات (٣٥٦/٣)، مطالب أولي النهى (٦/٢٠٢).

(٥) انظر: المعني (٧/٤٤٧).

(٦) انظر: المقتون (٣/٤٧٤)، المحرر (٢/٩٦)، الفروع (٦/٩٢)، متهی الإرادات (٢/٤٧٤).

(٧) انظر: المعني (٧/٤٤٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٥)، المبدع (٩/٩٥)، كشف النقانع (٦/١١٣).

(٨) (ح) أخرجه أبو داود (٤٤١٩/٤)- ح (١٤٥/٤)- ح (٢١٩٤٠)، وأبن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٣٨)- ح (٢٨٧٦٧)، الإمام أحمد في مسنده (٥/٢١٦)- ح (٢١٩٤٠)، وأبن الجوزي في التحقیق (٢/٣٢٩)- ح (٣٣٠).

ح (١٨٢٨).

فصل

٥٥٣ – إذا قذف زوجته، وأقام عليها البيبة بالزنا فحدث، ثم قذفها قاذف، لم يلزمها حد القذف.

ولو لم يقم البيبة، بل لاعنها الزوج ولم تلأعن، فقذفها أجنبي حد.
والفرق: أنها ثبت زناها، فزال إحسانها، فلم يجب بقذفها حد.
وفي الثانية، لم يثبت زناها، لأن لعنه لا يوجب عليها الحد، وإذا لم يثبت
فهي ممحضة، فيحد قاذفها^(١).

فصل

٥٥٤ – إذا قال لها: زنيت ببعير أو حمار، فلا حد.

ولو قال: زنيت بناقة أو بقرة، حد.

قال السامری: هذا قیاس المذهب في المسألتين.

والفرق: أنه في الأولى بإدخال الباء مریداً للمشاركة في الفعل، فحمل علىه،
فصار كقوله: جامعك حمار أو بعير، ولو قال ذلك لم يحد.

بخلاف الثانية، فإنه أضاف الزنا إلى من يستحيل وجود الزنا بها منه، / فحملت
الباء على البذرية، كقوله: بعت كذا بكذا، فصار كأنه قال: زنيت بناقة، أي: زنا بك
فلان ودفتها إليك، فحد، كما لو قال: زنيت بدينار، فإنه يحد، كذا ها هنا.

قلت: وفي إيجاب الحد في المسألة الثانية نظر من جهة أنه أضاف زناها إلى
من يستحيل وجود الزنا منه، فلم يلزمها حد، كما لو قال: زنا بك فلان، فإنه لا حد
عليه^(٢)، كذا هنا.

وفي حمل قوله على البدل ليجب الحد عليه مباینة لقوله عليه السلام: «ادرؤوا الحدود
عن المسلمين ما استطعتم»، رواه الترمذی^(٣)، مع أن إيجاب الحد في الأولى أقرب.

فصل

٥٥٥ – إذا اعترف بالولد ثم نفاه لحق به، ولم يتف عنده بلعان ولا غيره^(٤).

(١) المغني (٨/٢٣٠)، الشرح الكبير (٥/٤٢٨)، كشف النقانع (٦/١٠٦).

(٢) انظر: المغني (٨/٢٢٦)، المحرر (٢/٩٦)، الفروع (٦/٩٢)، الإجماع (٤/٢٦٣).

(٣) انظر: التلخيص الحبير (٤/٥٦)، نصب الرأي (٣/٣٠٩)، إبراء الغليل (٨/٤٥).

(٤) انظر: الهدایة (٢/٥٦)، المقعن (٣/٢٦٣)، المحرر (٢/١٠٠)، الإجماع (٤/١٠٤).

ولو كان حملأً نفاه بعد وضعه انتفى^(١) نص عليه^(٢).
والفرق: أن الولد يصح الاعتراف به، فإذا اعترف به ثبت نسبة، فإذا نفاه فقد
نفي نسبياً ثابتاً، فلم يصح.
بخلاف الحمل، فإنه لا يصح نفيه، فلا يصح استلحاقه.

فصل

٥٥٦ - إذا قال لولده: لست بولدي، فليس صريحاً في قذف أمه^(٣).
ولو قال للأجنبي: لست ولد فلان، فهو صريح في قذف أمه.
والفرق: أن الأب يحمل هذا منه على التأديب والزجر، فلهذا لم يكن صريحاً
في قذف الأم.
بخلاف قوله للأجنبي، فإنه لا يتحمل إلا القذف^(٤).

فصل

٥٥٧ - إذا قال لإنسان: لست بولد فلان، فعليه حد القذف. نص عليه.
ولو كان قد نفاه أبوه، فنوى القائل: أنه من زنا حد، وإن نوى: أن أبيه قد نفاه
لم يحد^(٥).
والفرق: أنه في الأولى لا يتحمل إلا القذف، فلذلك حد.
وفي الثانية، يتحمل القذف وغيره، فإذا لم يرد به القذف لم يحد، لأن الحد لا
يجب مع الشبهة^(٦).

فصل

٥٥٨ - قلت: لا يصح اللعان بالعجمية لمن يحسن العربية^(٧).

(١) انظر: الكافي (٢٨٧/٣)، الشرح الكبير (٢٧/٥)، الإنصال (٩/٤)، (٢٥٥/٩).

(٢) انظر: الروایین والوجهین (٢/١٩٦).

(٣) انظر: الكافي (٤/٢٢١)، المحرر (٢/٩٥)، الفروع (٦/٨٨)، الإنصال (١٠/٣١٢).

(٤) انظر: الكافي (٤/٢٢١)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، المبدع (٩/٤٣٢)، كشف القناع (٦/٩١)، كشف القناع (٦/١١٠).

(٥) انظر: الكافي (٤/٢٢١)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، الإنصال (١٠/٣١٢)، الإنصال (٤/٢٦٢).

(٦) انظر: كشف القناع (٦/١١٠)، مطالب أولي النهي (٦/٢٠٠).

(٧) انظر: الهدایة (٢/٥٥)، المقنع (٣/٢٥٦)، المحرر (٢/٩٨)، متنه الإرادات (٢/٣٣٥).

ويصح منها الطلاق^(١) والظهار^(٢).

والفرق: أن اللعان فيه نوع تبعد، لأن الشهادة يعتبر فيها لفظ الشهادة مخصوص، واليمين أيضاً، وكذلك لو أبدل أشهد بأحلف^(٣).

بخلاف الظهار، فإنه يقع بما يقوم مقام الصريح مما يدل عليه، كالكتابات بالنية.

كتاب العدد

فصل

٥٥٩ - إذا طلقها وقد بقي من ظهرها لحظة، احتسب بها قرءاً^(٤) على قولنا: الأقراء الأطهار^(٥).

إذا حاضرت ثم ظهرت ثالثة، ثم ظهرت الطهر الثالث، لم يحتسب قرءاً، ولم تنقض عدتها حتى يكمل^(٦).

والفرق: أن الطهر الأول قد تحقق كونه طهراً بكماله، فوجب أن يحتسب به. بخلاف الطهر الأخير، فإنه لا يتحقق كونه طهراً إلا بكماله، مخافة أن يعاودها/ الدم قبل تمامه، فلذلك لا يحتسب به طهراً حتى يتم، فافرقا.

فصل

٥٦٠ - إذا قلنا: الأقراء الأطهار، فطلقت متعددة، احتسب بما بقي من ظهرها قرءاً. ولو كانت صغيرة، فابتداها الحيض في أثناء العدة، لم يعد ما قبل الحيض قرءاً^(٧).

والفرق: أن ظهرها الأول ظهر متيقن بين حيضتين فاعتُد به، كما لو طلقها قبل دخولها فيه.

(١) انظر: الهدية (١١/٢)، الشرح الكبير (٤٢٥/٤)، الفروع (٣٨٥/٥)، الإجماع (٤/١٠).

(٢) انظر: الفروع (٤٨٦/٥)، الإجماع (٤/٨٢).

(٣) انظر: الكافي (٢٨٢/٣)، المحرر (٩٨/٢)، الشرح الكبير (٤/٥)، متهى الإرادات (٢/٣٣٥).

(٤) انظر: الهدية (٥٩/٢)، الكافي (٣٠٤/٣)، المحرر (٢/١٠٥)، الفروع (٥/٥٤٠).

(٥) انظر: الهدية (٥٩/٢)، المقنع (٢٧٥/٣)، المحرر (١٠٤/٢)، الفروع (٥/٥٣٩)، الإرادات (٢/٣٤٦).

(٦) انظر: الهدية (٥٩/٢)، الكافي (٣٠٤/٣)، المحرر (٢/١٠٥)، الفروع (٥/٥٤٠).

(٧) انظر: الهدية (٦٠/٢)، الكافي (٣٠٧/٣)، المحرر (٢/١٠٥)، الفروع وتصحيحة (٥/٥٤٢).

بخلاف الصغيرة، فإن الطهر الذي قبل دمها لا يسمى قرءاً، لأنه إنما يطلق على طهر بين حيضتين^(١).

فصل

٥٦١ - إذا قلنا: الأقراء الحيض، فطلقها حائضاً، لم يحتسب تلك الحيضة قرءاً^(٢).

وإن قلنا: هي الأطهار، فطلقها ظاهراً، احتسب بذلك الطهر قرءاً.
والفرق: أن قليل الطهر طهر، بدليل: الحكم به إذا انقطع الدم لحظة، وإذا كان كذلك فقد حصل الاسم واحتسب به قرءاً.

بخلاف قليل الحيض، فإنه ليس حيضاً، بدليل: ما لو قال: إذا حضرت فأنت طالق، فإنها لا تطلق حتى تحيسن أقل الحيض^(٣)، فدل على أن قليلاً ليس حيضاً، فلهذا لم يحتسب تلك الحيضة قرءاً.

فصل

٥٦٢ - إذا اتفق الزوجان على أن وقت الطلاق يوم الجمعة، واختلفا في وقت وضعها للحمل، فقال: وضعت يوم الخميس، فعليك عدة الأقراء، ولـي الرجعة، فقلت: بل يوم السبت فانقضت العدة، ولا رجعة لك، فالقول قولها.

ولو اتفقا على وقت وضع الحمل، واختلفا في وقت الطلاق، فالقول قوله^(٤).
والفرق: أن وضع الحمل فعل الزوجة، فإذا اختلفا فيه ولا بينة، فالقول قولها، لأنها أعلم بفعلها.

بخلاف الطلاق، فإنه فعل الزوج، فأأخذ بقوله فيه، ثم الأصل عدم الولادة يوم الخميس، وعدم الطلاق فيه، فأأخذ بقولها في الأولى، ويقوله في الثانية لذلك^(٥).

(١) انظر: المغني (٧/٤٦٨)، الشرح الكبير (٥٣/٥)، المبدع (٨/١٢٣)، حاشية المقنع (٣/٢٧٩).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٥٩)، المعني (٧/٤٥٥). وقال: بغير خلاف بين أهل العلم. المحرر (٢/٤)، الفروع (٥/٥٣٩).

(٣) انظر: الهدایة (٢/١٧)، الفروع (٥/٤٣٢)، الإنصاف (٩/٧١)، الإمتاع (٤/٣٣)، شرح منتهی الإرادات (٣/١٥٨).

(٤) المعني (٧/٢٨٨-٢٨٧)، المحرر (٢/١٠٥)، الفروع (٥/٥٤١-٥٤٠)، مطالب أولي النهى (٥/٥٦٨).

(٥) انظر: المقنع وحاشيته (٣/٣٨٨)، المحرر (٢/١٠٧)، الإنصاف (٩٢/٣٠٠).

فصل

٥٦٣ - إذا طلقها رجعياً، ثم أبانها، بنت. على رواية واحدة.
ولو راجعها، ثم أبانها قبل الدخول، استأنفت العدة.
والفرق: أن الطلاق الثلاث لا يوجب أكثر من ثلاثة أقراء إذا وقع مجتمعاً،
فكذلك مفترقاً.
بخلاف الثانية، فإن الرجعة أعادت النكاح، فكانه لم يقع طلاق ولا رجعة،
فطلق طلاقاً في زوجية لم يسبق طلاق، فلذا استأنفت^(١).

فصل

٥٦٤ - إذا تزوجت زوجة المفقود بعد الترخيص، ثم قدم زوجها ومات، فعليها
عدة الوفاة من حين فراق الثاني، لأنها فراش له^(٢).
ولو مات الثاني قبل، اعتدت عقيب موته مع أنها فراش للأول.
والفرق: أنها إذا كانت مع الثاني أمكن أن / يفرق بينها، فلما لم يفرق لا يصح
اعتدادها عن الأول، لأنها فراش الثاني.
بخلاف ما إذا مات الثاني أولاً، فإنه لا يمكن أن يفرق بينهما لاعتدا من الثاني،
فلذلك اعتدت عنه عقيب موته.

فصل

٥٦٥ - يحرم وطء المستبرأة ودعاعيه إلا المسيبة، فإن دواعيه تباح فيها.
قللت: في رواية مرجوحة^(٣).
والفرق: أن أكثر ما يقدر أنها حامل، وحمل المسيبة ملك الثاني. بخلاف
غيرها، فإن حملها يكون محترماً^(٤).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٣١٨/٣)، المغني (٤٨٦/٧)، الشرح الكبير (٥/٦٩).

(٢) انظر: المغني (٤٩٧/٧)، الشرح الكبير (٥/٦٥).

(٣) انظر: الكافي (٣٣٥_٣٣٤/٣)، الصحر (١٠٩/٣)، الإنصاف (٣١٧_٣١٦/٩)، متنهى الإرادات (٣٥٥/٣).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٣٣١/٣)، المغني (٧/٥١١)، الشرح الكبير (٥/٨٣)، زاد المعاد (٥/٧٣٩).

فصل

٥٦٦ - إذا حاضت الجارية في يد بائعها قبل قبض المشتري، لم يحصل الاستبراء بذلك. في رواية^(١).

ولو ملكها بالإرث فحافت قبل قدومه من سفره حصل الاستبراء^(٢). والفرق: أن المشترأة قبل القبض كغير المتنقلة، لكونها في ضمانه. بخلاف الموروثة، فإنها تدخل في ملكه قهراً، فهي كالمقبوضة حساً.

فصل

٥٦٧ - إذا وطى الرجل زوجته ثم طلقها، ثم أتت بولد لأكثر مدة الحمل، وقبل انقضاء عدتها، لحقه نسبة^(٣).

ولو وطى أمّة ثم استبرأها بمحضه، ثم أتت بولد، ولم يعترف بوطئها بعد الاستبراء لستة أشهر، لم يلتحقه^(٤).

والفرق: أن ولد الأمة لا يلحق السيد بمجرد الإمكان حتى ينضم إليه الوطء، وبالاستبراء زال، وبقي الإمكان، فلم يلتحق به. بخلاف ولد الزوجة، فإنه يكفي في إلحاقه الإمكان.

فصل

٥٦٨ - إذا اعتدت الصغيرة بالشهر، ثم حاضت بعدها وقبل التزوج، لم يلزمها الاعتداد به^(٥).

ولو ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فتربيصت غالب مدة الحمل، ثم اعتدت بالشهر، فعاد الحيض قبل أن تتزوج، لزمهها العدة بالأقراء. قلت: في قولِ: الصحيح خلافه^(٦).

(١) انظر: الكافي (٣٢٣/٣)، الشرح الكبير (١٨٤/٥)، المحرر (١٠٩/٣)، الإنفاق (٣٣٠/٢)، الإنفاق (١٣١/٤).

(٢) انظر: المحرر (١٠٩/٣)، الفروع (٥٦٤/٥)، الإنفاق (٣٣١/٩).

(٣) انظر: المغني (٤٧٨/٧)، الشرح الكبير (٤٣/٥)، حاشية المقعن (٣٧١/٣).

(٤) انظر: الهدایة (٥٨/٢)، الكافي (٣٠٠/٢)، المحرر (١٠٣/٣)، الإنفاق (٣٦٥/٩)، الإنفاق (١٠٧/٤).

(٥) انظر: الكافي (٣٠٧/٣)، الشرح الكبير (٥٣/٥)، الميدع (١٢٣/٨)، الإنفاق (٤/١١٣).

(٦) انظر: الكافي (٣٠٨/٣)، الشرح الكبير (٥٥/٥)، المحرر (١٦/٣)، الفروع وتصحيحه (٥/٥٤٣)، الإنفاق (٤/١١٣).

والفرق: أن الشهور في حق الثانية بدل عن الأقراء، وإنما حكم بانقضاء عدتها من طريق الاستدلال، وقد تبين بمعاودة الدم أنها كانت من ذوات الأقراء، فلم يعتد بالبدل.

بخلاف الصغيرة، فإن الشهور ليست في حقها بدلًا، وإنما هي أصل، فاعتدى بها

كتاب الرضاع

فصل

٥٦٩ - إذا كان لرجل زوجة صغيرة، فأرضعتها زوجة أبيه - بلبن ثاب من حمل منه - الرضاع المحرّم، انفسخ نكاحها.
ولو كان العمل من غيره، لم ينفسخ.

والفرق: أن الأولى تصير أخته من أبيه فتحرم، كاخته من النسب. بخلاف المسألة الثانية، فإنها تكون بنت زوجة أبيه ممن ثاب لبنها منه، وبينت زوجة أبيه من غيره يباح نكاحها، فلذلك لم ينفسخ نكاحها^(١).

فصل

٥٧٠ [١/٣٧] - إذا أرضعت حماته زوجة أخرى له صغيرة، فإن/ كانت بنتها باقية انفسخ نكاحهما، وإن كانت ميّة أو بائناً منقضية العدة، لم ينفسخ نكاح الصغيرة^(٢).

والفرق: أنها تصير في الأولى أختها، والجمع بينهما حرام.
وأما إذا كانت منقضية العدة، لم يجتمع في نكاحه زوجتان أختان.

فصل

٥٧١ - إذا ادعت امرأة أن زوجها آخرها من الرضاع، فأنكر، فشهادت به امرأة ثقة، فرق بينهما^(٣).

(١) انظر: المعني (٥٥١/٧)، الشرح الكبير (٥/١٠٠)، المبدع (٨/١٧٣)، كشاف القناع (٥/٤٤٨).

(٢) انظر: المعني (٥٥٣/٧)، الشرح الكبير (٥/١٠٣-١٠٢)، كشاف القناع (٥/٤٥٠)، مطالب أولى النهى (٥٢/٦١٠).

(٣) انظر: الهدایة (٣/٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٠٨)، المبدع (٨/١٨٣)، الإقناع (٤/١٣٤).

ولو ادعت الزوجة إقراره بذلك فأنكر، لم تقبل شهادة المرأة^(١). والفرق: أنها شهدت في الأولى بالرضاع، وهو مما يقبل فيه شهادة النساء. بخلاف الثانية، فإنها شهدت بالإقرار، وهو لا يقبل فيه شهادتهن^(٢).

فصل

٥٧٤ - إذا استبرأ أم ولده وهي ترضع بلبن ولده، وزوجها بصبي حر، فارضعته بذلك اللبن، لم تحرم على سيدتها على التأييد^(٣). ولو كان أعمقها وزوجها، حرمت عليه على التأييد^(٤). والفرق: أنها في الثانية صارت حلية ابنه من الرضاع، فلذلك حرمت. بخلاف الأولى، فإن نكاح البحر بأمة لا يصح إلا مع عدم الطول وخوف العنت، والثاني لا يتصور من الصبي، فلم تصر من حلائل أبنائه^(٥).

فصل

٥٧٣ - إذا أرضعت زوجة رجل زوجة له أخرى صغيرة، لزمهها نصف مهرها المسمى^(٦). ولو أرضعت جارية له صغيرة، لم يلزمها شيء. والفرق: أنها في الأولى العجائب إلى غرامة نصف المهر، وقد كان يحرص أن لا يلزمها، بأن تحدث الفرقة من الصغيرة ففرمته، كالشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا، فإن الزوج يرجع بنصف المهر عليهم، كذا هنا^(٧). بخلاف الأمة إذا أرضعتها زوجته، فإنه لا يلزمها بذلك غرم، غايتها أنها تصير محربة عليه برضاع، وذلك لا ينقص ماليتها.

(١) انظر: المغني (٥٦٣/٧)، الشرح الكبير (١٠٩/٥)، الإنفاع (١٣٥/٤)، متنه الإرادات (٣/٦٧١).

(٢) انظر: المغني (٥٦٣/٧)، الشرح الكبير (١٠٩/٥).

(٣) انظر: المغني (٥٤٧/٧)، الشرح الكبير (١٠٥/٥)، الفروع (٥٧١/٥)، الإنفاع (١٣١/٤).

(٤) انظر: المقنع (٣٠٣/٣)، الإنفاع (٤/١٢١).

(٥) انظر: المغني (٥٤٧/٧)، الشرح الكبير (١٠٥/٥).

(٦) انظر: المقنع (٣٠٢/٣)، المحرر (١١٣/٢)، الفروع (٥٧٤/٥)، الإنفاع (٤/١٢٨).

(٧) انظر: المغني (٧/٥٥١-٥٥٠)، الشرح الكبير (١٠١/٥).

فصل

٥٧٤ - إذا كان له خمس أمهات أولاد لهن لبن منه، فأرضعن به طفلاً كل واحدة رضعة، لم يصر ولداً لواحدة منهن، وصار السيد أبوه. ذكره ابن حامد^(١). والفرق: أن اللبن من السيد، وقد رضع منه الطفل رضاعاً محراً، فصار ابته، كما لو كانت الخمسة من واحدة، إذ لا فرق.

بخلاف المرضعات، فإن كل واحدة منهن إنما تصير أمّا إذا أرضعت الرضاع المحرام، ولم يوجد ذلك هنا، فلم تصر كل واحدة منهن أمّا له.

فصل

٥٧٥ - إذا كان له زوجتان صغيرتان، وزوجتان كبيرتان، ولم يدخل بواحدة منها، فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين واحدة من الصغيرتين الرضاع المحرام، انفسخ نكاح الجميع، وحرمت الكيرتان عليه أبداً.

[٦٧/ب] ولو أرضعتهما إحدى / الكبيرتين واحدة بعد واحدة، ثم أرضعتهما الكبيرة الأخرى على ذلك الترتيب، انفسخ نكاح الصغيرة، المرضعة أولاً، ولم ينفسخ نكاح الثانية المرضعة أخيراً.

والفرق: أنه في الأولى لما أرضعت الكبيرة الصغيرة، صارت الكبيرة أمّا لها، فانفسخ نكاحهما، لاجتماع الأم وبتها في نكاح واحد.

بخلاف الثانية، فإن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى، انفسخ نكاحهما لما ذكرنا، فلما أرضعت الصغيرة الأخرى، أرضعها والكبيرة بائن من زوجها، فلم تجتمع معها في النكاح، فلم ينفسخ نكاح الصغيرة الأخيرة، فلما أرضعها الكبيرة الأخرى على ذلك الترتيب أرضعت الأولى فصارت أمّها، وأمهات النساء محركات، فلذلك انفسخ نكاحها فلما أرضعت الصغيرة الأخرى، أرضعها والكبيرة بائن من زوجها، فلم يجتمع في النكاح أم وبنت، فلذلك لم ينفسخ نكاح المرضعة أخيراً، لأن أكثر ما فيها أنها رببة لم يدخل بأمها، وتلك غير محمرة، فظاهر الفرق.

فصل

٥٧٦ - إذا ارتفع صبي وصبية من أجنبية رضاعاً محراً، جاز له التزويع بأمهما من النسب، دون أمها من الرضاع.

(١) انظر: الهدية (٢/٦٧)، المغني (٧/٥٤٦)، الشرح الكبير (٥/١٠٣)، الامتناع (٤/١٢٩).

والفرق: أن أمها من النسب لا تشر الحرمة إليه، فيجوز له تزويجها. بخلاف أمها من الرضاع، فإنها أمه، ولا يجوز التزوج بالأم من الرضاع.

كتاب النفقات

فصل

٥٧٧ - يلزم المكاتب نفقة ولده من أمته.

ولا يلزم نفقة ولده من زوجته، حرفة كانت أو أمة.

والفرق: أنه إذا كانت زوجته أمة فولده منها رقيق لمالكها، فنفقتها عليه، وإن كانت حرفة فولده منها حر، ونفقة الأقارب تجب على سبيل المواساة، وليس المكاتب من أهلها، بدليل عدم وجوب زكاة ماله.

بخلاف ولده من أمته، فإن حكمه حكم نفسه، بدليل أنه يتبعه في الرق والعتق، فيكون قد أنفق مال سيده على مملوكه، وذلك جائز^(١).

فصل

٥٧٨ - إذا دفع إلى زوجته نفقة سنة، ثم طلقها أو ماتت، فله الرجوع عليها بقسط ما بقي من المدة. في إحدى الروايتين.

ولو دفع إليها كسوة سنة، ثم ماتت أو بانت، لم يرجع عليها بقسط الكسوة، رواية واحدة^(٢).

والفرق: أن الكسوة أخذتها باستحقاق، بدليل أنها كانت تملك مطالبته بها، فلم يكن له الرجوع بشيء منها، كما لو قبضتها عن مدة سالفة^(٣).

بخلاف النفقة، فإنها قبضتها سلفاً وتعجلاً بغير استحقاق، فيرجع عليها بها^(٤).

قلت: قد حكى المصنف في مسألة النفقة: روايتين، وليس في المسألة عن الإمام أحمد رواية، بل فيها وجهان/ مشهوران، ولم أرهما روايتين إلا له في [٦/٦٦].

(١) انظر: المغني (٧/٥٩٧-٦٠٠).

(٢) انظر: الكافي (٣/٣٦٥-٣٦٦)، المحرر (٢/١١٥)، الفروع (٥/٥٨٣)، الإنصاف (٩/٣٧٣)، الإمتاع (٤/١٤١).

(٣) انظر: الكافي (٢/٣٦٦)، المغني (٧/٥٧٢-٥٧٣)، الشرح الكبير (٥/١٢٠)، المبدع (٨/١٩٨).

(٤) انظر: المغني (٧/٥٧١)، كشف القناع (٥/٤٦٩)، مطالب أولي النبي (٥/٦٢٥).

الفروق، دون كتابه المستوعب، فإنه حكاهما: وجهين، كغيره من أصحابنا^(١).
وقال في الرجوع بالكسوة: رواية واحدة، وهو قد حكى فيها في المستوعب
وجهين، وكذا حكى غيره^(٢).

فصل

٥٧٩ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر والنفقة، وكانت الزوجة حرجة فلها
الخصوصة فيهما.

وإن كانت أمة خاصمت في النفقة، دون المهر.
والفرق: أن المخاصمة لا تكون إلا فيما يملكه المخاصم، فالحرجة تملكهما،
فخاصمت فيهما.

والأمة تملك النفقة دون المهر، بل هو لسيدها، فخاصم كل منهما فيما له،
فظهر الفرق.

فصل

٥٨٠ - تعود نفقة المرتدة بعودها إلى الإسلام في غيبة زوجها.
ولا تعود نفقة الناشر حتى يعلم زوجها، ويمضي زمن يقدم في مثله^(٣).
والفرق: أن مسقط نفقة المرتدة الرادة، فإذا أسلمت زالت العلة.

وبسبب سقوط نفقة الناشر خروجها من قبضة الزوج، فلم تستحقها حتى تعود
إلى قبضته^(٤).

قلت: هذا التفريق اختيار القاضي، وسوى ابن عقيل بينهما.

فصل

٥٨١ - إذا أسر بنفقة زوجته الأمة، فليس بها خيار الفسخ دونها.
قلت: في وجه مرجوح^(٥).

(١) انظر: الكافي (٣٦٥/٣)، المحرر (١١٥/٢)، الإنصاف (٣٧٣/٩).

(٢) انظر: الهدایة (٦٩/٢)، المقنع (٣١٢/٣)، الفروع (٥٨٣/٥).

(٣) انظر: الكافي (٣٥٧-٣٥٦/٣)، المحرر (١١٦/٢)، الفروع (٥٨٥/٥) غایة المتهی (٢٢٩/٣).

(٤) انظر: المغني (٦١٢/٧)، الشرح الكبير (١١٩/٥)، مطالب أولي النهى (٦٣٤).

(٥) انظر: الهدایة (٧١/٢)، الكافي (٣٧١/٣)، المحرر (١١٦/٢)، صاف (٩/٣٩٠-٣٨٩)،
كتشاف القناع (٤٧٨/٥).

ولو وجدت بالزوج عيّناً، فالخيار لها^(١).

والفرق: أن ضرر عدم النفقة يعود إلى سيدتها، لوجوب نفقتها عليه إذاً، فكان الخيار لها^(٢).

بخلاف خيار العيب، لأن أثره في الاستماع، وهو راجع إليها.

فصل

٥٨٢ - إذا أسر بنفقة زوجته، فلها خيار الفسخ^(٣).

ولو امتنع من أدائها مع القدرة أجبر، فإن أبي حبس، ولا خيار لها^(٤).

والفرق: أن الخيار يثبت للفلس والإعسار، وهذا غير مضر، بل قادر مماطل، وهذا لا يوجب الفسخ، كمن اشتري سلعة وماطل بشمنها مع قدرته عليه، فإنه لا يفسخ البيع كذا هنا^(٥).

فصل

٥٨٣ - إذا كان له على زوجته دين، فأراد محاسبتها به من نفقتها، جاز مع يسارها، لا مع إعسارها.

والفرق: أن الإنسان يلزمه قضاء دينه، ولغريمه مطالبه، فكان له محاسبتها بها.

بخلاف حالة الإعسار، فإنه لا يجوز المطالبة فيها، فلا يجوز الاحتساب بها من النفقه^(٦).

فصل

٥٨٤ - إذا سكنت المعتمدة داراً بغير إذن الزوج، لم ترجع عليه بأجرتها^(٧).

(١) انظر: المغني (٥٨٠/٥)، المحرر (٢٦/٢)، المبدع (٢٩/٨)، كشاف القناع (٤٧٨/٥).

(٢) انظر: المغني (٥٨٠/٧)، الشرح الكبير (٣٧١/٥).

(٣) انظر: الهدایة (٢/٧١)، المقتنع (٣١٥/٣)، المحرر (١١٦/٢)، الإمتاع (٤/١٤٦).

(٤) انظر: الهدایة (٢/٧١)، المغني (٧/٥٧٦)، المحرر (١١٦/٢)، الإنصاف (٩/٣٩٠)، كشاف القناع (٥/٤٧٩).

(٥) انظر: المغني (٥٧٦/٧)، الشرح الكبير (٥/١٣١)، المبدع (٨/٢١١).

(٦) انظر: الكافي (٣٦٩/٢)، المغني (٧/٥٧٦)، الشرح الكبير (٥/١٣٢)، كشاف القناع (٥/٤٧٨).

(٧) انظر: المغني (٧/٦١١)، الشرح الكبير (٥/١١٨)، الإمتاع (٤/١٤١).

ولو مضت عليها مدة وهي ممكنته من نفسها، ولم ينفق عليها، استحقت النفقه^(١).

والفرق: أن السكنى لتحسين ماء الزوج، فإذا لم يحصنه حيث يختار، لم تستحق شيئاً.

بخلاف النفقه، فإنها تجب بالتمكين من الاستمتاع وقد وجد، وإنما تركه الزوج باختياره، كما لو سلم المؤجر الدار، فلم يسكنها المستأجر^(٢).

فصل

٥٨٥ - / لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة.

وتسقط نفقه القريب^(٣).

والفرق: أن نفقه القريب مواساة، بدليل عدم وجوبها مع الفقر، فتسقط بمضي الزمان.

بخلاف نفقة الزوجة، فإنها عوض في مقابلة تسليمها نفسها، فلم تسقط بمضي الزمان، كالأجرة^(٤).

فصل

٥٨٦ - إذا رضيت زوجة المعسر بالمقام معه بلا نفقه وهي حرة، فلها ذلك.

بخلاف الأمة.

والفرق: أن الحق في النفقه للحرة، فسقطت باختيارها.

والحق لسيد الأمة لا لها، لأن نفقتها تلزمها مع عسر زوجها، فاعتبر رضاه دونها.

فصل

٥٨٧ - تجب نفقة الزوجة مع الإعسار^(٥).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٢٣٩)، الهدایة (٢/٧٠)، الكافی (٣/٣٧١)، متهی الإرادات (٢/٣٧٣).

(٢) انظر: المعني (٧/٦٠٢)، كشف النقاع (٥/٤٦٩).

(٣) انظر: الكافی (٣/٣٨٠)، المحرر (٢/٥١١)، الامتناع (٤/١٥٠)، متهی الإرادات (٢/٣٨١).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٢٣٩)، المعني (٧/٥٧٨)، الشرح الكبير (٥/١٢١)، المبدع (٨/١٩٩).

(٥) انظر: الهدایة (٢/٧١)، الكافی (٣/٣٧٠)، المحرر (٢/١١٦)، غایة المتعی (٢/٢٣١).

دون الأقارب^(١).

والفرق: أن نفقة الزوجة بإزاء تسليم النفس، فلم يختلف وجوبها باليسار والإعسار، كأجرة المستأجر^(٢).

بخلاف الأقارب، فإنها تجب على سبيل المواساة، فلم تجب إلا مع الغنى^(٣).

فصل

٥٨٨ - إذا أخذت المرأة نفقة شهر فلم تنفقها حتى جاء الشهر الثاني، فلها المطالبة لنفقته^(٤).

ولو كان القايبس قريباً لم تكن له المطالبة^(٥).

والفرق: أن نفقة الزوجة تجب في مقابلة التمكين، بخلاف القريب، فإن نفقته تجب مواساة، ولا يكون ذلك إلا مع فقره، وهو غني بنفقة الشهر الأول^(٦).

فصل

٥٨٩ - إذا منعت نفسها لقبض صداقها، فلها النفقة^(٧).

ولو منعت نفسها بعد القبض، فلا نفقة لها^(٨).

والفرق: أن الأولى منع بحق، فلا تسقط نفقتها، كالمنع للحيض.
بخلاف الثانية، لأنه منع بغير حق، لأنه يلزمها التسليم وقد منعه، فلا نفقة لها، كالناشر^(٩).

فصل

٥٩٠ - زوجة المفقود إذا اعتدت بعد الترخيص، فلها النفقة من مال زوجها^(١٠).

(١) انظر: الهدية (٢/٢)، الكافي (٣/٣٧٥)، المحرر (٢/١١٧)، الروض المرريع (٢/٣٢٦).

(٢) انظر: المغني (٧/٥٧٨)، مطالب أوليالي الهوى (٥/٦٣٨).

(٣) انظر: المغني (٧/٥٨٤)، الشرح الكبير (٥/١٣٣)، كشاف القناع (٥/٤٨٢).

(٤) المغني (٧/٥٧٢)، الشرح الكبير (٥/١٢٠)، الإمتاع (٤/١٤٢)، شرح متى الإرادات (٣/٢٤٧).

(٥) الكافي (٣/٣٨١)، كشاف القناع (٥/٤٦٩).

(٦) انظر: كشاف القناع (٥/٤٦٩).

(٧) انظر: الهدية (٢/٧٠)، المقتنع وحاشيته (٣/٣١٣)، المحرر (٢/١١٥)، الإمتاع (٤/١٤٣).

(٨) انظر: الهدية (٢/٧٠)، المقتنع وحاشيته (٣/٣١٣)، المحرر (٢/١١٥)، الإمتاع (٤/١٤٣).

(٩) انظر: المغني (٧/٦٠١، ٦٠٤)، الشرح الكبير (٥/١٢٣)، المبدع (٨/٢٠٢)، كشاف القناع (٥/٤٧٢).

(١٠) انظر: المغني (٧/٤٩٤)، الشرح الكبير (٥/٦٤)، الفروع (٥/٥٤٨)، الإنصاف (٩/٢٨٨)، الإمتاع (٤/١١٤)، شرح الإرادات (٣/٢٢٢).

وزوجة المتوفى لا تستحق نفقة من تركته مدة عدتها^(١).

والفرق: أن عدة الوفاة متيقنة، فلم تستحق منها نفقة.

بخلاف الأولى، فإن عدتها غير متيقنة^(٢).

فصل

٥٩١ - يلزم نفقة زوجته الهرمة^(٣) التي لا يمكن التمتع بها.

ولو كانت طفلاً لم يمكنه التمتع بها لم يلزمها^(٤).

والفرق: ما ذكره القاضي في المفرد: أن الطفلة لم يخلق فيها الاستمتاع بعد، فلم يجب ما في مقابلته وهو النفقه.

بخلاف الكبيرة، فإن الاستمتاع خلق فيها، لكن منع منه مانع، كالحليب^(٥).

فصل

٥٩٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يوطأ مثلها، فلا نفقة لها.

ولو كان الزوج صغيراً لا يطأ مثله، والزوجة يوطأ مثلها، فلها النفقه^(٦).

والفرق: أن الصغيرة لم يخلق فيها الاستمتاع، والنفقة في مقابلته، فلا تجب.

بخلاف الزوج إذا كان صغيراً وهي كبيرة، فإنه قد وجد منها التسليم الذي

[٦٩] يمكن الانتفاع به، إنما/ تعذر الاستيفاء من جهة الزوج، فهو كما لو سلمت نفسها

وهو كبير مجبوب، فإنها تستحق النفقه لوجود التسليم المستف用力 به، كذا هنا^(٧).

فصل

٥٩٣ - لا تجب نفقة الأقارب مع اختلاف الدين.

وفي عمودي النسب رواية: أنها تجب مع اختلاف الدين^(٨).

(١) انظر: الكافي (٣٥٨/٣)، المحرر (١١٧/٢)، الإنصاف (٣٦٨/٩)، الروض المربيع (٣٢٤/٢).

(٢) انظر: المغني (٤٩٤/٧)، الشرح الكبير (٦٤/٥).

(٣) انظر: الهدایة (٧٠/٢)، المقعن (٣١٣/٣)، الإمتاع (١٤٢/٤).

(٤) انظر: الهدایة (٧٠/٢)، المقعن (٣١٣/٣)، الإمتاع (١٤٢/٤).

(٥) انظر: المغني (٦٠١/٧)، الشرح الكبير (١٢٢/٥)، كشاف النقانع (٤٧١-٤٧٠/٥).

(٦) انظر: الهدایة (٧٠/٢)، المقعن (٣١٣/٣)، الإمتاع (١٤٢/٤)، الروض المربيع (٣٢٤/٢).

(٧) انظر: المغني (٦٠٣/٧)، الشرح الكبير (١٢٢/٥)، المبدع (٢٠١/٨).

(٨) انظر: المغني (٥٨٥/٧)، المحرر (١١٩/٢)، الفروع (٥٩٧/٥)، الإنماع (١٥٠/٤).

والفرق: أن علة وجوبها على الأقارب التوارث، ولا إرث بينهم مع الاختلاف.

بخلاف الوالدين، فإن الله تعالى وصى بالإحسان إليهما مع الكفر^(١)، ومن أكبر الإحسان إغناوهما عن السؤال بالنفقة^(٢).

فصل

٥٩٤ - إذا سافرت المرأة بإذن زوجها في حاجة لها، فلا نفقة لها، ولا قسم.
وإن كانت الحاجة له، فهما لها.

والفرق: أنه إذا سافرت في حاجة نفسها وإن كان بإذنه فقد منعه من الاستماع بها تلك المدة، فلم تجب لها نفقة، كما لو لم يأذن لها.

بخلاف كونها في حاجته، فإن نفسها مسلمة إليه من غير منع من جهتها، بل هو فوقت نفسه التمتع بها، فلم تسقط نفقتها، كما لو سافر، فافرقا^(٣)، والله أعلم.

كتاب الجنایات

فصل

٥٩٥ - إذا اشترك في القتل عامد ومخطيء، لم يجب القصاص على العامد.
ولو اشترك فيه أجنبي وأبو المقتول عمداً، وجب القصاص على شريك الأب.
في أصبح الروايتين فيهما^(٤).

والفرق: أنه في الأولى لم يتمحض القتل عمداً، فلذلك لم يوجب القصاص،
كعمد الخطأ^(٥).

بخلاف الثانية، فإن القتل عمد محض من كل منهما، فأوجب القصاص،
وخرج الأب لمعنى الأبرة، فبقي الشريك^(٦).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٢٤١/٢ - ٢٤٢).

(٢) انظر: الكافي (١٢٨/٣)، الفروع وتصحيحه (٥/٣٣٣)، الامتناع (٣٤٨/٣).

(٣) انظر: المعني (٤٠/٧)، الكافي (١٢٨/٣)، الشرح الكبير (٤/٣٦٥)، كشف النقاع (٥/٢٠٥).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٢٦١/٢ - ٢٦٢)، الهدایة (٢/٧٨)، المقعن (٣٤٤/٣)، الفروع (٥/٦٣٤)، متيهي الإرادات (٢/٣٩٩).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٥/١٥٦)، غایة المتبھی (٣٤٦/٣).

(٦) انظر: المعني (٧/٧٧٦)، الشرح الكبير (٥/١٦٣)، كشف النقاع (٥/٥٢٠).

فصل

٥٩٦ - لا يقتل والد بولده. رواية واحدة^(١).

ويقتل هو به.. في أصح الروايتين^(٢).

والفرق: أن القصاص شرع زجراً وردعًا عن القتل، والوالد فيه من الجنو والشفقة الطبيعية ما يردعه عن قتل ولده، فاكتفى بالوازع الطبيعي عن الوازع الشرعي، بدليل الحد بالخمر، دون البنج، لأن الخمر يشتهى طبعاً، فجعل الشارع له وازعاً وهو الحد، والبنج لا حد فيه، لكون الوازع الطبيعي وهو كونه لا يشتهى يزع عنه، فلم يجعل له حد في الشر^(٣).

وهذا بخلاف الولد، فإنه ليس فيه من الشفقة والجنو ما يمنعه عن قتل والده، بل قد رئي قتل الأبناء للأباء كثيراً، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا مِنْ أَرْوَاحِكُمْ وَأَرْوَاحِكُمْ عَذَّلَةٌ لَّكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ﴾ [الثغاثن: الآية ١٤] فأمر بالحذر منهم، ومن المحذور إقدامهم على القتل، وإذا لم يكن هناك وازع طبيعي يزعه، شرع له الوازع الشرعي، وهو القصاص.

فصل

٥٩٧ - إذا قتل ذمي مسلماً، ثم أسلم، قتل به.

ولو قتل حربي مسلماً، ثم أسلم، لم يقتل به^(٤).

والفرق: أن الذمي التزم أحکامنا، ومنها قتله قصاصاً.

[٦٩/ب] بخلاف الحربي، فإنه لم يلتزم جري أحکامنا عليه، فلهذا/ لم يلزمته القصاص^(٥).

فصل

٥٩٨ - إذا ادعى رجلان نسب لقيط متساويان في البينة أو عدمها، وأشكل على

(١) انظر: الهدایة (٢/٧٥)، المقنع (٣٤٩/٣)، الفروع (٥/٦٤٣-٦٤٤)، الإنصاف (٩/٤٧٣)، متهى الإرادات (٢/٤٠٣).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٧٥)، المقنع (٣٤٩/٣)، الفروع (٥/٦٤٣-٦٤٤)، الإنصاف (٩/٤٧٣)، متهى الإرادات (٢/٤٠٣).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٢٥٥/٢)، الفروع (٥/٦٤٤).

(٤) الإقائع (٤/١٧٥)، غاية المتهوى (٣/٢٥٢).

(٥) مطالب أولي النهي (٦/٣١).

القافة أو لم تكن، فقتلاه صغيراً فلا قود، لاحتمال كون كل منهما هو الأب، فلو رجع أحدهما عن دعواه وأقام الآخر، ثبت نسبه من المقيم على الدعوى، وانتفى عن الآخر، فيسقط القود عن الأب، ويكون عليه نصف الديمة لورثة المقتول، وأما المنكر فيلزمته القود.

ولو أتت امرأة بولد على فراش رجلين، فقتلاه قبل ثبوت نسبه من أحدهما، فلا قود على واحد منهما، لاحتمال كونه الأب، ولو جعله أحدهما لم يقبل جحوده، ولم يقتل أحدهما.

والفرق: ما ذكره القاضي في المجرد: أن سبب ثبوت النسب في الأولى الاعتراف، فسقط بالاعتراض، ورجوعه يتحمل الصحة، ولا معارض له فقبله. بخلاف الثانية، فإن ثبوت النسب بالفراش، والفراش لا يزول بالجحود، فلذلك لم يقبل، فلم يجب القصاص على واحد منهما^(١).

فصل

٥٩٩ - إذا قتل زوجته ولها ابن منه، وأخر من غيره، لم يكن لابنها من غيره أن يقتضي منه^(٢).

ولو قذفها فطالبته بحد القذف ثم ماتت، فلا بنتها من غيره المطالبة، ويحد له^(٣).

والفرق: أن القصاص ثبت مشتركاً بين ابنتها، فسقط نصيب ابنها منه، لأنه لا يستحق القصاص عليه، وإذا سقط نصيبه سقط نصيب الآخر، كما لو عفي أحد مستحقى القصاص^(٤).

بخلاف حد القذف، فإنه ثبت لكل منهما كاملاً، فلم يسقط حقه بسقوط حق غيره^(٥).

فصل

٦٠٠ - إذا قتل أحد الابنين أباهما، والآخر أمهما، وهي في زوجية الأب،

(١) انظر: الكافي (٤/٨)، المغني (٧/٦٦٧-٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، كشاف القناع (٥/٥٢٨).

(٢) انظر: المغني (٧/٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، المبدع (٨/٢٢٥)، الامتناع (٤/١٧٨).

(٣) الكافي (٤/٢١٧)، الشرح الكبير (٥/٤٢٦)، الامتناع (٤/٤٢٦)، متبني الإرادات (٤٦٨/٢).

(٤) المغني (٧/٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، المبدع (٨/٢٧٥)، كشاف القناع (٥/٥٢٩).

(٥) انظر: المغني (٨/٤٢٦)، الشرح الكبير (٥/٤٢٦)، كشاف القناع (٦/١٠٥).

وجب القصاص على قاتل الأم، دون قاتل الأب.

والفرق: أنه لما قتل الأب ورثه ابنه الآخر وأمه، ولم يرث القاتل شيئاً، فلما قتل الآخر الأم لم يرث منها شيئاً، وورثها قاتل الأب، ومن جملة إرثه منها ما استحقته عليه من القصاص بقتل أخيه، فقد ورث بعض دم نفسه، فلن ذلك سقط عنه القصاص، ويجب القصاص على قاتل الأم لكونه لا سقط له^(١).

فصل

٦٠١ - أربعة إخوة: قتل الثاني الأول، والثالث الرابع، فإن القصاص يجب على الثالث، دون الثاني.

والفرق: أن الثاني ورث بعض دم نفسه، وهو نصيب أخيه الرابع، فسقط القصاص كما مر.

والثالث لما قتل الرابع لم يرثه، لأنه قاتله، وورثه أخيه الثاني، فيجب عليه نصف دية الأول للثالث، ويجب له القصاص عليه^(٢).

فصل

٦٠٢ - إذا قطع إنسان/ أصبع آخر عمداً، فطلب المجنى عليه القصاص قبل الاندماج، فله ذلك^(٣).

ولو عفى على الديمة، أو كان القطع خطأ، وطلب الديمة قبل الاندماج، لم يكن له ذلك^(٤).

والفرق: أن القصاص وجب في الأصبع وجوباً مستقراً لا يتوجه سقوطه ولا نقضه، فكان للمجنى عليه المطالبة به كما لو اندمل.

بخلاف الديمة، فإنها بعرض الزيادة لسريان الجرح إلى النفس، فافترقا.

قلت: وال الصحيح أنه لا يقتضي في الأولى قبل الاندماج أيضاً، فتصير المسألتان سواء، والله أعلم.

فصل

٦٠٣ - إذا قطع أصبع رجل، ثم يد آخر، فاختار الأولى القصاص، اقتضى له،

(١) انظر: المغني (٦٦٩/٧)، الشرح الكبير (١٧٨/٥)، كشاف النقانع (٥٢٩/٥).

(٢) انظر: الهدامة (٧٦/٢)، المغني (٧٠/٧)، الشرح الكبير (١٧٩/٥)، كشاف النقانع (٥٣١/٥).

(٣) انظر: المغني (٧٢٩/٧)، المحرر (١٣٠/٢)، الإنفاق (٣١/١٠)، الإمتاع (١٩٨/٤).

(٤) انظر: المقنع (٤١٠/٢)، المحرر (١٣٠/٢)، الإنفاق (٩٨/١٠).

ويكون للثاني الخيار: بين دية يده كاملة، وبين الاقتصاص في اليد، وأخذ دية الأصبع الناقصة.

ولو قطع يد رجل، ثم قتل آخر، فاختار الأول القصاص، اقتضى له، وكان لولي المقتول الخيار: بين دية نفس المقتول، وبين القصاص، ولا يستحق مع القصاص دية اليد الناقصة.

والفرق: أن القصاص في الأطراف يعتبر فيه التساوي في صفاتها، فلا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصتها، فلهذا استحق مع القصاص في اليدأخذ دية الأصبع الناقصة ليأخذ حقه كاملاً.

بخلاف القصاص في النفس، لأن المعترض فيه إزهاق النفس، ولا يعتبر كمال الأطراف ولا نقصها، فافرقا^(١).

فصل

٦٠٤ - إذا قطع مسلم يد ذمي فأسلم، ثم سرت إلى نفسه، فلا قود على القاطع، بل عليه دية مسلم^(٢).

ولو كان المقطوع حربياً أو مرتدًا، فلا قود على القاطع ولا دية^(٣).

والفرق: أن الجنائية على الذمي مضمونة، والجنائية إذا وقعت مضمونة اعتبر أرشها^(٤).

بخلاف الثانية، فإن الجنائية وقعت غير مضمونة، فلا تضمن سريتها بحال^(٥).

فصل

٦٠٥ - الاعتبار في وجوب القصاص بحال الجنائية.

وفي الدية بحال الاستقرار^(٦).

والفرق: أن القصد إلى إتلاف النفس شرط القصاص فاعتبر بحال الجنائية. بخلاف الدية، فإن القصد ليس شرطاً فيها، فاعتبر حالة الاستقرار. كما تقدم.

(١) انظر: المعني (٧/٢٠٢)، الشرح الكبير (٥/١٩٦)، المبدع (٨/٢٩٦)، كشاف القناع (٥/٤٢).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٧٦)، المقنع (٣/٣٤٧)، المحرر (٢/١٢٦)، غایة المتهی (٣/٢٥٣).

(٣) انظر: الهدایة (٢/٧٦)، المقنع (٣/٢٤٨)، المحرر (٢/١٢٥)، الإمتعان (٤/١٧٤).

(٤) انظر: المعني (٧/٦٥٣-٦٥٤)، الشرح الكبير (٥/١٧٢)، كشاف القناع (٥/٥٢٥).

(٥) انظر: المعني (٧/٦٥٤)، الشرح الكبير (٥/١٧٢).

(٦) انظر: المعني (٧/٦٥٤)، الشرح الكبير (٥/١٧٢)، كشاف القناع (٥/٥٢٥).

فصل

٦٠٦ - إذا اشترك جماعة في قتل مكافئ لهم عمداً، فعفى وليه عن القصاص، لزم كل واحد منهم دية كاملة^(١).

ولو كان القتل خطأ لم تجب إلا دية واحدة^(٢).

والفرق: أن القصاص استحق على كل واحد منهم، فيلزمهم بالغفو دية نفسه^(٣). بخلاف الخطأ، فإنه لا يوجب القصاص، وإنما أوجب دية المقتول فلزمتهم.

فصل

٦٠٧ - إذا قطع أذنيه فذهب سمعه، لزمه ديتان، ولم تدخل دية السمع في دية الأذنين.

ولو قطع لسانه فذهب كلامه، لم يلزمته إلا دية واحدة.

[٦٠٧ ب] والفرق: أن السمع منفعة حالة في غير الأذنين، فلم يدخل بدلها في دية/ الأذنين، كعضوين مختلفين.

بخلاف اللسان، فإن الكلام حال فيء، فكان فيما دية واحدة، كالبصر مع العين^(٤).

فصل

٦٠٨ - إذا جنى على أذن غيره فشلت وجبت حكمة^(٥).

ولو كانت يداً وجبت ديتها^(٦). ذكره في المجرد.

والفرق: أن شلل اليد يذهب نفعها.

بخلاف الأذن، فإن منفعتها تبقى مع شللها^(٧).

فصل

٦٠٩ - إذا قال حر لحر: شجني، ففعل، لم يلزمته شيء. في أصبح الروايتين.

(١) انظر: المعني (٧٥٤/٧)، الفروع (٦٢٧/٥)، الإنفاق (٤٤٨/٩)، الروض المرريع (٢/٣٢١).

(٢) انظر: الكافي (٥٨/٤)، الفروع (٦٢٧/٥)، المبدع (٢٥٣/٨)، الروض المرريع (٧/١٨١).

(٣) انظر: المعني (٧٥٤/٧)، الشرح الكبير (٥/١٨٧).

(٤) انظر: الكافي (٤/١٠٦، ١٠٠)، الشرح الكبير (٥/٢٨١-٢٨٢)، المبدع (٨/٣٧٨).

(٥) انظر: الهدایة (٢/٨٧)، الكافي (٤/٩٩)، المحرر (٢/١٤٠)، الإمتاع (٤/٢١٩).

(٦) الهدایة (٢/٩٠)، الكافي (٤/٩٩)، المحرر (٢/١٤٠)، الإمتاع (٤/٢١٩).

(٧) الكافي (٤/٩٩-١١٠)، المعني (٨/٩، ٢٨)، المبدع (٨/٣٧٨).

ولو قال ذلك عبد، لزمه أرش الجنائية لمولاه^(١).

والفرق: أن الجنائية في الأولى حصلت في حق المستحق لأرشها بإذنه، فسقط موجبها.

بخلاف العبد، فإن الجنائية حصلت في ملك السيد بغير إذنه، فلزم الجاني الأرش^(٢)، فافتراقا.

فصل

٦١٠ - إذا جرح حر حرأ عمداً، فقال المجروح: عفوت عن هذه الجنائية وما يحدث منها، فمات، صح عفوه، ولا شيء لورثته.

ولو كانت الجراحة خطأ، كان عفوه من الثالث، ذكرهما ابن أبي موسى^(٣).

وفرق: بأن المستحق لجراحة الخطأ المال، وليس له التصرف في حال خوفه على نفسه في أكثر من ثلثه.

وجراحة العمد لا يستحق بها إلا القصاص وهو حق له، فإذا عفا عنه سقط^(٤).

قال: ولأن الحد لا يورث مع عدم المطالبة، فكيف يورث مع العفو عنه؟ فظاهر الفرق.

فصل

٦١١ - إذا قال حر لحر: شجني فشجه، لم يلزمته قصاص. رواية واحدة.
ويلزمته أرشها. في رواية.

ولو قال حر لعبد: شجني، ففعل، لم يلزمته شيء.

والفرق: أن جنائيات الحر يلزم أرشها مع عدم الإذن، فالإذن شبهة في سقوط القصاص، ولزمه أرش الجنائية، لأنها لا تستباح بالإباحة.

بخلاف العبد، فإن جنائيته مضمونة على من استخدمه بغير إذن سيده، ولو جنى على مستخدمه بغير إذنه فجنائيته هدر، فبإذنه أولى، فلذلك لم يلزم العبد ولا سيده شيء.

(١) الإنصاف (٤٥٥/٩)، المحرر (١٢٥/٢)، متهى الإبرادات (٣٩٨/٢).

(٢) انظر: كشاف القناع (٥١٨/٥)، مطالب أولي النهي (٢٤/٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١٢/١٠).

(٤) انظر: المعنوي (٧/٧٥٠-٧٥١)، الشرح الكبير (٥/٢٠٢)، كشاف القناع (٥٤٦/٥).

فصل

٦١٢ - إذا قتل رجلاً ثم قطع يد آخر أو بالعكس، فاختار أولياً هما القصاص قطع، ثم قتل.
ولو قطع يد رجل أولاً، ثم أصبح آخر، قدم القصاص في اليد، ولآخر دية أصبعه.

والفرق: أنه في الأولى أمكن استيفاء الحقين، ولا معنى لتعطيل أحدهما.
وفي الثانية، لو قدم القصاص في الأصبع نقص حق صاحب اليد، لأن القطع وجب له في اليد كاملة قبل استحقاق الآخر قطع الأصبع، فلذلك وجب ترتيب القصاص^(١).

فصل

٦١٣ - تغليظ دية العمد بصفتها، وهي أسنان الإبل، لا بزيادة العدد^(٢).
ولو قتل في الحرم^(٣) أو الإحرام، غلظت بزيادة/ العدد دية وثلث^(٤).
[١/٣]
والفرق: أن تغليظها في الثانية لحرمة الحرم، فكان بزيادة العدد، كما لو قتل صيداً مملوكاً في الحرم فإنه يضمه بقيمتها مرتين.
بحال تغليظها للعمد، فإن ذلك لا يرجع إلى الحرم، فلم تغليظ بزيادة العدد، بل نص الشارع على التغليظ بالصفة، فتفارقاً.

فصل

٦١٤ - تغليظ الدية بالحرم والإحرام والشهر الحرام، فتجب ديتان^(٥)، ولا تداخل^(٦).

وإذا اجتمع في قتل الصيد الحرم والإحرام، لم يجب إلا جزاء واحد^(٧).
والفرق: أن تغليظ الدية أكد، لأنها تغليظ بالشهر الحرام، والجزاء لا يغليظ بذلك.

(١) انظر: الكافي (٤/٣٤)، المغني (٧/٧٠٢)، الشر الكبير (٥/١٩٦)، كشاف القناع (٥/٥٤٢).

(٢) انظر: الهدایة (٢/٩٣)، الكافی (٤/٧٧)، المحرر (٢/١٤٤)، الامتناع (٤/٢٠٧).

(٣) انظر: المغني (٧/٧٧٤)، الإنصال (١٠/٧٥)، الامتناع (٤/٢١٥).

(٤) انظر: الهدایة (٢/٩٣)، الكافی (٤/٧٦)، المحرر (٢/١٤٥)، الفروع (٦/١٨).

(٥) انظر: الكافی (٤/٧٦)، كشاف القناع (٣١/٦)، وانظر الهدایة (٢/٩٣)، المحرر (٢/١٤٥).

(٦) انظر: الكافی (١/٤٢٤)، الامتناع (١/٣٧٦)، الروض المرربع (١/١٤٣).

قلت: وفي هذا التفريق ضعف، وأقوى منه: أن التغليظ في الديمة عقوبة، فلا يناسب التداخل.

بخلاف جزاء الصيد، فإنه بدل متلف، بدليل أن الله تعالى أوجب المثل في المثلثيات، والقيمة في المتقوم، وهذا شأن البدل، فلم يتعدد، لذا يجب في متلف أكثر من قيمته.

فصل

٦١٥ - الموضحة^(١) في الرأس والوجه فيها مقدر^(٢).
وفي غيرهما لا مقدر فيها، بل حكومة^(٣).

والفرق: أنهم من الأعضاء الشريفة، وفيهما من المنافع ما ليس في غيرهما، فاختصا بالمقدر في موضحتهما.

بخلاف غيرهما من بقية الأعضاء لخلوها من جميع ما ذكرنا، ولأنها لو أجبنا في الموضحة في الأنملة خمساً من الإيل لوجب فيها أكثر مما يجب في قطعها، وهذا المعنى معدهم في الرأس والوجه^(٤).

فصل

٦١٦ - إذا أوضحه في موضعين من رأسه، ولم يخرق الحاجز بينهما، فأرش ذلك عشر من الإيل.

ولو عاد الجاني فخرق ما بينهما قبل الاندماج، لم يلزم الجاني إلا خمس من الإيل.

والفرق: أنهم موضحتان في الأولى، وموضحة في الثانية^(٥).

فصل

٦١٧ - إذا قطع الذكر والأثنين معاً، أو قطعه ثم قطعهما، لزمه ديتان.
ولو قطعهما ثم قطعه، لزمه بقطعهما دية، وفي قطعه حكومة. في رواية^(٦) نقلها ابن منصور.

(١) انظر: المغني (٤٢/٨).

(٢) انظر: الهدية (٩١/٢)، الكافي (٤/٨٩)، المحرر (١٤٢/٢)، الامتناع (٤/٢٢٩).

(٣) انظر: الكافي (٤/٩٣)، المغني (٨/٤٤)، الشرح الكبير (٥/٢٩٧)، المبدع (٩/٥).

(٤) المغني (٥/٤٤)، الشرح الكبير (٥/٢٩٧).

(٥) انظر: المغني (٨/٤٤)، الشرح الكبير (٥/٢٩٧)، البعد (٩/٥٦)، كشف النقاب (٦/٥٢).

(٦) انظر: الهدية (٢/٩٠)، الكافي (٤/١١٤)، الامتناع (٤/٢٢٧)، متنبي الإرادات (٢/٤٣٨).

والفرق: أن الأنثيين لا ينقص بقطعهما، بل بقطع الذكر، فوجبت الدية بقطعهما لقول رسول الله ﷺ في حديث ابن حزم^(١) الطويل: «وفي البيضتين الديمة رواه النسائي^(٢)».

يختلف قطع الأنثيين أولاً، فإن الذكر يغير ذكر خصي، فيقل نفعه أو عدم، فوجبت حكمة^(٣).

فصل

٦١٨ - إذا قطع رجل ذكر ختني مشكل وأثنبيه وشفريه عمداً، فقال الختني: لا [أغفو عن القصاص، ولا / أؤخر الحق، استحق عاجلاً حكمة في الشفرين.] ولو كانت المسألة بحالها غير أن الجاني ختني مثله، لم يكن للمجنى عليه استعمال شيء من المال^(٤).

والفرق: أنه لا يتصور وجوب القصاص على الرجل في الشفرين، لأنه إن كان الختني ذكراً فالشفران خلقة زائدة، لا قصاص فيهما، وإن كان امرأة فليس للرجل شفران يقتضي منهما، فتعجل الحكومة فيهما، لأنها يقيناً واجبة.

وأما إذا كان الجاني ختني، فيحتمل أن يكونا امرأتين فيجب القصاص في الشفرين، فلذلك وقف الأمر، كما وقف في قطع الذكر والأنثيين^(٥).

فصل

٦١٩ - إذا قطع يد عبد، لزمه نصف قيمته^(٦). ولو غصبه فلتلت يده بأكلة^(٧)، لزمه ما نقص من قيمته^(٨). والفرق: أن قطع يده جنائية، فهي مضمونة ضمان الجنائية وهو مقدر شرعاً، كما في الحرج.

يختلف تلفها بالأكلة، فإن ضمانها ضمان الغصب، وهو مقدر بما نقص من قيمته.

(١) أسد الغابة (٤/٩٨)، الإصابة (٤/٢٩٣).

(٢) التلخيص العبر (٤/١٧)، نصب الراية (٤/٣٦٩).

(٣) انظر: المبدع (٨/٣٧٧)، كشاف القناع (٦/٤٩).

(٤) انظر: المقنع (٣/٣٩٣)، المحرر (٢/١٤٦)، الإمتناع (٤/٢٠٩).

(٥) انظر: لسان العرب (١١/٢٢)، القاموس المحيط (٣/٣٢٩).

(٦) انظر: الكافي (٢/٣٩٠)، المحرر (١/٣٦١)، كشاف القناع (٤/٩٠).

(٧) الكافي (٤/٨٠)، الشرح الكبير (٥/٢٥٠)، كشاف القناع (٦/٢٢).

(٨) المغني (٦/٢٤٨)، الشرح الكبير (٣/١٩٨)، كشاف القناع (٤/٩٠).

فصل

٦٢٠ - إذا قصد إنسان أخذ مال إنسان، فلرب المال دفعه بالمقاتلة ولو أتى على نفس المدفوع، ولغيره معاونته على دفعه عن نفسه، لا ماله إن خاف قتل المدفوع^(١).

والفرق: أن حرمة النفس أعظم من حرمة المال، فإنه دفع عن نفس محترمة، ونفس قاصلها غير محترمة إذا قصد النفس المحترمة.

بخلاف ما إذا قصد المال، فإنه لا يجوز لأجله إتلاف نفس المدفوع، إذ هي أعظم حرمة بالنسبة إليه من مال غيره.

فصل

٦٢١ - إذا قطعولي القتيل يد القاتل فاندملت، لزمه ديتها^(٢). ولو لم يتندمل، بل سرى إلى نفس القاتل، لم يضمن القاطع شيئاً.

والفرق: أن مع الاندماج حقه باق في القصاص، وقد استوفى غيره، فلذلك لزمه ضمانه.

يختلف الثانية، فإن القطع صار قتلاً، فسقط حكم القطع، وصار كأن الولي استوفى حقه.

فصل

٦٢٢ - إذا جنى عليه فأذهب سنه ثم عاد، فجنى عليه آخر، فأذهبه، فعليه القصاص.

ولو أوضحه فاندملت، ثم أوضحه آخر تلك البقعة، فلا قصاص ولا دية، بل حكومة.

والفرق: أن الجلد لا يعود إلى ما كان، فلا يجب [فيه ما يجب] في الصحيح. بخلاف السن، فإنه يعود إلى ما كان.

فصل

٦٢٣ - إذا اشترك جماعة في قتل آدمي، لزم كل واحد كفاراً^(٣).

(١) الإنصاف (٣٠٦/١٠)، حاشية المقعن (٣/٥٥٦).

(٢) انظر: الكافي (٤٥/٤)، المحرر (١٣٣/٢)، الشرح الكبير (١٩٣/٥)، الإمتاع (١٨٤/٤).

(٣) انظر: الهدایة (٩٨/٢)، الكافي (١٤٤/٤)، الفروع (٤٤/٦)، متہی الإرادات (٤٥١/٢).

ولو اشتركوا في قتل صيد الحرم، لزمهم جزاء واحد^(١).
والفرق: أن الكفاررة طهرا من الذنب، وكل منهم فعله.
بخلاف الجزاء، فإنه بدل يقدر عن متلف فلم يتعدد، كما لو أتلفه واحد^(٢).
قلت: في كل من المتأثرين / رواياتان.

[١/٣٣]

فصل

٦٢٤ - إذا جنى عبد المحجور عليه لفلس على عبد له آخر بما يوجب القصاص في النفس، وقلنا: موجب العمد أحد شيئاً^(٣)، فعفى السيد عن القود، ثبت له المال، ولم يسقط بعفوه^(٤).

ولو كان السيد مكاتبًا، لم يجب له مال في رقبة الجاني^(٥).

والفرق: أن حقوق الغراماء تعلقت برقباب عبيده، فلذلك تعلق أرش الجنائية على أحدهم برقبته.

بخلاف المكاتب، فإنه لم يتعلق حق أحد برقبة عبيده.

فصل

٦٢٥ - إذا جنى على المكاتب مثله، أو عبد جنائية توجب القصاص فيما دون النفس، فعفى على غير مال لم يسقط^(٦).

ولو جنى عبد أو مكاتب على حر، فعفى على غير مال سقط.

والفرق: أن المكاتب لا يملك إسقاط المال، فلذلك لم يسقط^(٧).

بخلاف الحر، فإنه يملك إسقاط المال، فافترقا.

فصل

٦٢٦ - إذا جنى عبد على حر موضحة مثلاً، فأبرأه منها، لم يصح^(٨).
ولو عفى، صح^(٩).

(١) انظر: الهدية (١/٩٧)، الكافي (١/٤٢٢)، المحرر (١/٢٤٠)، الصحراوي (١/٣٧٥).

(٢) انظر: المعني (٨/٩٦)، الشرح الكبير (٥/٣١٩)، كشف النقاع (٢/٤٦٧).

(٣) الروايتين والوجهين (٢/٢٩٨)، المعني (٣/٥٢٣)، الإنصاف (٣/٥٤٧).

(٤) الكافي (١/٥١)، المعني (٧/٧٥٤)، المبدع (٨/٣٠٠)، كشف النقاع (٥/٥٤٤).

(٥) انظر: الكافي (٤/٥١)، المعني (٩/٤٧٩)، الشرح الكبير (٦/٤٣٩).

(٦) انظر: المعني (٩/٩١٥)، الشرح الكبير (٦/٤٤١).

(٧) انظر: المعني (٩/٩١٥)، الشرح الكبير (٦/٤٤١).

(٨) الهدية (٢/٨٤)، المقطع (٣/٣٦٤)، المحرر (٢/١٣٤)، متهم الإرادات (٢/٤١٢).

(٩) المحرر (٢/١٣٥)، متهم الإرادات (٢/٢١٤).

والفرق: أن إبراء العبد إبراء لمن لا حق له، لأن أرش الجنائية تعلق برقبته وهي لسيده^(١).

بخلاف العفو عنها، فإنه يبرئ من استحق عليه أرشها وهو السيد.

فصل

٦٢٧ - إذا أمر الإمام إنساناً بنزلو بث ق فعل، فهلك، ضمه الإمام^(٢). ولو كان الأمر من آحاد الرعية، لم يضمن^(٣).

والفرق: أن طاعة الإمام واجبة، فقد فعله طاعة أو معتقداً أنه لا يجوز مخالفته، فكانه أكره عليه، ولو أكرهه ضمن، فكذا هنا.
بخلاف آحاد الرعية، فإنه لا طاعة له^(٤).

ثم إن كان أمر الإمام لمصلحة نفسه ضمنت عاقلته، وإن كان لمصلحة المسلمين فيه روايتان، إحداهما: الضمان على عاقلته، والأخرى: في بيت المال^(٥).

فصل

٦٢٨ - إذا ذُكرت امرأة عند الإمام بسوء، فأرسل إليها ليحضرها، فأسقطت جنينها، وجب ضمانه على الإمام^(٦). وهل يكون في عاقلته، أو بيت المال؟ فيه الرويات.

وكذلك لو أرسل إليها فماتت من الخوف^(٧). على قياس قول أصحابنا: في من صاح يانسان فوق بصريته من علو فمات^(٨).

فأما إن أرسل آحاد الرعية، وقال لها: الإمام يدعوك، ففزعـت فماتت أو

(١) الشرح الكبير (٢٠٢/٥)، كشف النقاع (٥٤٦/٥)، حاشية المقنع (٣٦٤/٣).

(٢) انظر: الكافي (٦٤/٤)، المحرر (١٣٨/٢)، الإنصاف (٥٦/١٠)، الامتناع (٤/٢).

(٣) الكافي (٦٤/٤)، المحرر (١٣٨/٢)، الإنصاف (١٠/٥٦)، الامتناع (٤/٢).

(٤) الكافي (٦٤/٤)، المغني (٣٢٨/٨)، الشرح الكبير (٥٤٣٩/٥)، الامتناع (٢٤٠-٢٤١).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٣٠٩/٥)، المحرر (١٤٩/٢)، الإنصاف (١٠/١٢١)، متنه الإرادات (٢/٢). (٤٤٩).

(٦) انظر: الهدایة (٨٥/٢)، المحرر (١٣٨/٢)، الفروع (٦/١٣)، متنه الإرادات (٤٢٧/٢).

(٧) الهدایة (٨٥/٢)، المقنع (٣/٣٨٥)، الامتناع (٤/٢٠٥)، متنه الإرادات (٤٢٧/٢).

(٨) الهدایة (٨٥/٢)، الكافي (٤/٦٠)، المحرر (٢/١٢٤)، متنه الإرادات (٢/٣٩٤).

أسقطت، ضمنها الرسول، لأن تلفها من جهة^(١). والله أعلم.
قلت: وقد حكى أصحابنا فيما إذا ماتت خوفاً من السلطان، وجهين، واختلفوا في الصحيح منها.

فرجح صاحب المغني وجماعة^(٢): ما ذكر السامری هنا.
ورجح صاحب المحرر^(٣)، وطائفة: عدم الضمان.

فصل

٦٢٩ - إذا أمر الإمام إنساناً بقتل آخر، فقتله معتقداً جواز قتله، فلا ضمان عليه.

[٣٧/ب] ولو قتله مختاراً معتقداً/ تحريم قتله، لكن الإمام يرى جواز قتله اجتهاداً، فعليه الضمان.

والفرق: أنه في الأولى قتل من يعتقد جواز قتله، فلم يضمن.
بخلاف الثانية، فإنه يعتقد تحريم قتله معصوماً، فضمن^(٤). فاقتقا.

فصل

٦٣٠ - إذا قطع الإمام أو غيره سلعة غير مولى عليه بغیر إذنه، فمات فعلى القاطع القود^(٥).

ولو عزّره الإمام فمات، فلا ضمان عليه^(٦).

والفرق: أن السلعة ليس للإمام ولا غيره إزالتها بغیر إذن من هي فيه، فقطعها تعدّ من قاعده فضمن^(٧).

بخلاف التعزيز، فإن للإمام فعله فلا ضمان عليه فيه، كما لو قطع سارقاً فسرى إلى نفسه^(٨).

(١) المغني (٧/٨٣٤)، المحرر (٢/١٣٨)، الفروع (٦/١٣)، منتهاء الإرادات (٢/٤٢٧).

(٢) انظر: المغني (٧/٨٣٣).

(٣) انظر: المحرر (٢/١٣٨).

(٤) المغني (٧/٧٥٨)، الشرح الكبير (٥/١٦١)، المبدع (٨/٢٥٨)، كشاف القناع (٥/٥١٨).

(٥) الهدایة (٢/٧٨)، المقنع (٣/٣٣١)، الفروع (٥/٦٢٤)، منتهاء الإرادات (٢/٣٩١).

(٦) انظر: الكافي (٤/٢٤٣)، المغني (٨/٣٢٦)، الإنفاق (١٠/١٥٩)، منتهاء الإرادات (٢/٤٥٨).

(٧) المغني (٨/٣٢٧)، الشرح الكبير (٥/١٥١)، كشاف القناع (٥/٥٠٦).

(٨) المغني (٨/٣٢٦)، الكافي (٤/٢٤٣)، كشاف القناع (٦/٨٣).

فصل

٦٣١ - قلت: فلو قطعها الإمام من مولى عليه كالصبي والمجنون، لم يضمن ذكره أبو بكر^(١).

لأنه مأذون فيه، كقطع السرقة^(٢).

بخلاف قطعها من غير مولى عليه، كما ذكرنا، فافترقا.

فصل

٦٣٢ - إذا وقفت دابته في طريق فجنت ضمن^(٣).

وإن كان واسعاً، ففيه روايتان:

ولو حفر بئراً في سابلة المسلمين ضمن ما تلف بها، ضيقاً كان أو واسعاً^(٤).

والفرق بينهما: أن الدابة تؤذي من قرب منها، فإذا كان السبيل ضيقاً فقد تعدد بمنع الاجتياز، فضمن.

بخلاف الواسعة، فإنه لم يمنع الاجتياز^(٥).

وأما إذا حفر بئراً في السابلة فإن الغالب حصول الأذى بها، ضيقاً كان أو واسعاً، فافترقا.

فصل

٦٣٣ - قلت: إذا سقط رجل في حفرة فجذب ثانياً، وجذب الثاني ثالثاً، وجذب الثالث رابعاً، فلما صاروا فيها قتلهم أسد أو أفعى، فدم الأول هدر وعليه دية الثاني، وعلى الثاني دية الثالث، وعلى الثالث دية الرابع.

ولو تدافع أو تراحم عند الحفرة جماعة، فسقط فيها منهم أربعة متجادلين، فعلى قبائل الذين حضروا وتراحموا للأول ربع ديه، وللثاني ثلثها، وللثالث نصفها، وللرابع دية كاملة^(٦).

(١) انظر: الهدایة (٢/٧٨)، المتقع (٣٣١/٢)، الفروع (٥/٦٢٤)، الإمتاع (٤/١٦٣).

(٢) المغنى (٨/٣٢٧)، الشرح الكبير (٥/١٥١)، كشاف القناع (٥/٥٠٦).

(٣) الهدایة (٢/١٩٦)، الشرح الكبير (٣/٢٢١)، الإنصال (٦/٢٢٠)، متنبى الإرادات (٢/٥٢١).

(٤) الكافي (٤/٦٢-٦١)، الشرح الكبير (٣/٢٢٣)، الإنصال (٦/٢٢٥-٢٢٦)، كشاف القناع (٤/١٢٢).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٣٥٠)، المغنى (٨/٣٤٠)، الشرح الكبير (٥/٢٢١).

(٦) انظر: الفروع (٦/١٠)، الإنصال (١٠/٤٦-٤٧)، الإمتاع (٤/٢٠٤).

والفرق: أن الأول في الأولى سقط بفعل نفسه، لا بفعل غيره، فكان دمه هدراً كموته حف أ نفسه، وعليه دية الثاني لأن جذبه، وعلى الثاني دية الثالث، وعلى الثالث دية الرابع لذلك^(١). وهذا هو القياس.

ولكن المسألة الثانية خالفة فيها إمامنا رضي الله عنه القياس، لما روى هو في المسند عن حشن بن المعتمر^(٢) عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فاتجهنا إلى قوم قد بنوا زيبة للأسد، فبینا هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل / فتعلق بأخر، ثم تعلق الرجل بأخر حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحرابة فقتلته^(٣)، وماتوا من جرائمهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر ليقتلوا، فأتاهم علي عليه السلام فقال: أتريدون أن تقتلوا رسول الله ﷺ حي، إني أقضى بينكم بقضاء إن رضيتم به فهو القضاء، وإن حبر بعضكم على بعض حتى تأتوا النبي ﷺ، فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له. فأجمعوا من قبائل الذين حفروا البتر ربع الديمة، وثلث الديمة، ونصف الديمة، والديمة كاملة، فللأول ربع الديمة لأنه هلك من فوقه ثلاثة، وللثاني ثلث الديمة، وللثالث نصف الديمة، وللرابع الديمة كاملة. فأبوا أن يرضوا، فأتوا رسول الله ﷺ وهو عند مقام إبراهيم ﷺ فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله ﷺ. ورواه سعيد بن منصور في سنته^(٤) أيضاً، فقال: ثنا أبو عوانة^(٥)، وأبو الأحوص^(٦)، عن سماك^(٧) عن حشن فذكروه.

وكلير من أصحابنا رحمهم الله يستدللون على المسألة الأولى بقصة علي رضي الله عنه، كما فعل أبو الخطاب^(٨)، وتابعه على ذلك صاحب المستوعب، وغيره. والصواب: أنهما مسألتان لكل منها حكم كما بنت. والله أعلم.

(١) الكافي (٤/٦٩)، المبدع (٨/٣٣٧)، كشاف القناع (٦/١٤).

(٢) انظر: الكامل في ضعفاء الرجال (٢/٤٤)، تهذيب التهذيب (١/٢٠٥).

(٣) المصباح المنير (١/١٢٧)، المعجم الوسيط (١/١٦٤).

(٤) أخرجه البزار في مسنده (٢/٣٠٦)، وعزاه الحافظ الهيثمي للبزار وللإمام أحمد، قال: وفيه حشن: وثقة أبو داود، وفيه ضعف. انظر: مجمع الزوائد (٦/٢٨٧).

(٥) انظر: سير أعلام النبلاء (٨/٢١٧)، تهذيب التهذيب (١١٦/١١).

(٦) سير أعلام النبلاء (٨/٢٨١)، تهذيب التهذيب (٤/٢٨٢).

(٧) الكامل في ضعفاء الرجال (٣/١٢٩٩)، تهذيب التهذيب (٤/٢٣٢).

(٨) في الهدایة (٢/٨٦).

باب قتل أهل البغى

فصل

٦٣٤ - إذا استولى البغاء على بلد، فادعى أهله دفع الزكاة إليهم، قبل بغير يمين.

ولو ادعى أهل الذمة أخذهم الجزية، لم يقبل إلا بيتة^(١).
والفرق: أن الجزية كالأجرة عن سكنائهم بدار الإسلام، والقول قول المؤجر في استيفاء الأجرة.

بخلاف الزكاة، فإن أرباب الأموال مؤمنون على دفعها إلى مستحقها فقبل قولهم، كسائر الأمانات^(٢).

فصل

٦٣٥ - إذا نصبوا قاضياً يستحل دماء أهل العدل ومانهم، لم ينفذ حكمه، وإن نفذ.

والفرق: أنه إذا استحل ذلك فأدنى أحواله الفسق، وإن فالكفر.
بخلاف ما إذا لم يستحله، فإنه كسائر القضاة^(٣).

فصل

٦٣٦ - إذا شرب المسلم الخمر، أو أكل لحم الخنزير، لم يحكم بردته^(٤).
ولو صلى الكافر في دار الحرب، حكم بإسلامه^(٥).

والفرق: أن الردة تبيح الدم، فلم يجز إثباتها بالاستدلال.
بخلاف الإسلام، فإنه يحقق الدم، فجاز إثباته بذلك، فانتفقا.
قلت: هكذا قيد السامراني الصلاة بدار الحرب، وهذا خطأ، فإنه لا يختلف

(١) انظر: الهدایة (١٠٨/٢)، المقنع (٥١٣/٣)، المحرر (١٦٦/٢)، الإرادات (٤٩٦/٢).

(٢) المغني (١١٩/٨)، الشرح الكبير (٥/٣٥٠)، المبدع (٩/١٦٦)، كشاف القناع (٦/١٦٦).

(٣) الكافي (٤/١٥٢)، المغني (٨/١٢٠-١١٩)، الشرح الكبير (٥/٣٥٠).

(٤) الكافي (٤/١٥٦)، المغني (٨/١٣٢)، الشرح الكبير (٥/٣٥٥).

(٥) انظر: المغني (٨/١٤١)، الشرح الكبير (٥/٣٦٤)، الإمتناع (٤/٣٠٤)، شرح الإرادات (٣/٣٩٣).

المذهب: أن الكافر يحكم بإسلامه بالصلة في دار الحرب ودار الإسلام، وإنما هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه^(١).

كتاب الحدود

فصل

٦٣٧ - إذا أباحت المرأة لزوجها أمتها، فوطئها وهو محسن عالم بحرمة الوطء، عذر بمائة جلدة، ولم يجب رجمها.

ولو أباح له أجنبى أمته فوطئها - كما وصفنا - وجب رجمها.

والفرق: أن الوطء لا يستباح بالإباحة، فقد حصل وطؤه عمداً في غير ملك ولا شبهة، فوجب الرجم.

بخلاف المسألة الأولى، فإنها خرجت عن القياس للنص الوارد فيها، وهو ما روی التعمان بن بشير رضي الله عنهما عن النبي ﷺ في الذي يأتي جارية امرأته وقد أحلتها له: «يجلد مائة»، رواه أبو داود^(٢). فلذلك فرق بينهما^(٣).

فصل

٦٣٨ - إذا ثبت على رجل أنه زنا بأمة فلان حد، وإن لم يحضر فلان.

ولو قامت بينة أنه سرق مال فلان من حرز، لم يقطع حتى يحضر ويطالب.

والفرق: أن المسرور يتحمل كونه مباحاً للسارق، بأن يكون ماله قد أباحه أخذه، ولا يعلم السارق ولا البينة بذلك، فيتأخر القطع إلى أن يحضر.

بخلاف الزنا، فإنه لا فائدة لحضوره، إذ لو حضر وذكر أنه أباحه وطأها لم يؤثر ذلك في إسقاط الحد^(٤).

فصل

٦٣٩ - إذا شهد شهود على رجل بالزنا، استفسرهم الحاكم عن صفة الزنا، وكيف رأوا؟.

(١) المذهب (٢٢٤/٢)، مغني المحتاج (١٣٩/٤).

(٢) (ح) آخرجه أبو داود (٤/١٥٧)، والترمذى (٤/٥٤)، والنمساني (٦/١٢٤)، وابن ماجه (٢/٨٥).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٢٢٦/٢)، المغني (٨/١٨٥-١٨٦)، الشرح الكبير (٥/٤٩٢)، المبدع (٩/١١٠-١١١)، كشاف القناع (٦/١٢٣).

(٤) الروايتين والوجهين (٢/٣٣٧-٣٣٨)، المغني (٨/٢٨٥)، الشرح الكبير (٥/٤٦٥)، المبدع (٩/١٣٩).

ولو شهدوا عليه بشرب مسكر حداً، ولم يستفسرهم.
والفرق: أن المسكر لا ينقسم إلى جهة لا حد فيها، لأن الحد بأي مسكر
كان.

بخلاف الزنا، فإنه ينقسم إلى موجب، وغير موجب، كالنظر فإنه زنا، ولا
يوجب حداً، ويريد ذلك استفساره بِاللهِ لِمَا عَزَّ لمعز، وتنصيصه على ما لا يبقى معه
احتمال، ليتمحض إقراره، وتندفع الاحتمالات كلها^(١)، فافترقا.

فصل

٦٤٠ - إذا شهد أربعة على رجل بالزناء، وله ولد من زوجته، فقال: لم أطأها،
لم يثبت إحسانه بالولد فلا يرجم، لأن الولد يلحق بالإمكان، والإحسان لا يثبت إلا
باليقين لا بالإمكان، فلم يكن إلحق الولد دالاً على وجود الوطء منه قطعاً، فلهذا لم
يثبت إحسانه^(٢).

قال أبو عبد الله السامي: فإن قيل: أليس لو طلقها في هذه الحال لزمه المهر
كاماً، اعتباراً بوجود الوطء ظاهراً، فهلاً كان في ثبوت الإحسان مثله.

قال: فالجواب: أني لا أعرف عن الإمام أحمد نصاً في ذلك، وقياس المذهب
يتحمل وجهين:

أحدهما: يلزم نصف المهر، فعلى هذا لا فرق بينهما، ويتحمل: أن يلزم
جميع المهر.

والفرق بينهما: أن المهر يجب بالعقد، ويتصف بالطلاق قبل الدخول، وإذا
كان الظاهر وجود الوطء، لم يجز إسقاط نصف المهر بالشك.

بخلاف الرجم، فإنه غير واجب عليه، فلا يجوز إيجابه عليه بإحسان مشكوك
فيه، فافترقا.

قلت: هذا كلام السامي بحروفه.

قال الوالد: وهذا الإيراد لا يتوجه على أصلنا، لأن من أصلنا: أن كمال/ [١/٢٤]
الصدق لا يتوقف على حقيقة الوطء، بل يكفي خلوة من يطاً مثله بمن يوطأ مثلها من
غير مانع^(٣).

(١) انظر: المغني (٨/٣١٠)، الشرح الكبير (٥/٤٨).

(٢) انظر: المغني (٨/١٦٥)، الشرح الكبير (٥/٣٩)، كشاف القناع (٦/٩١).

(٣) انظر: الكافي (٣/٩٥-٩٦)، المحرر (٢/٣٥)، الفروع (٥/٢٧١).

إنما يتوجه على أصل الشافعي، ومن وافقه في عدم تكملته بالخلوة^(١). لكن نقل السامي هذه المسألة عن الروياني الشافعي، فإنه ذكر هذا الإيراد وأجاب عنه بقولين للشافعي رحمة الله، كالاحتمالين اللذين ذكرهما المصنف، وليس السؤال لازماً على أصولنا.

فصل

٦٤١ - إذا أقر بالزنا، سُئل عن كيفيةه.
ولو قذف إنساناً بالزنا حَدّ، ولم يُسْئَل: كيف زنا؟
والفرق: أن الشرع ورد باستفسار المقر بالزنا، دون القاذف، ثم قرينة الحال في القذف تغنى.

بخلاف الإقرار بالزنا، مع أن حده حق الله ممحض، فيحتال لإسقاطه. بخلاف حد القذف، فإنه حق آدمي، فافترقا^(٢).

فصل

٦٤٢ - إذا وجب رجم مريض مرضًا يرجى بروءه، لم يؤخر رجمه.
ولو وجب عليه غيره من الحدود، آخر^(٣).
والفرق: أنه إنما يؤخر خوفاً على نفسه من التلف بالحد، والواجب رجمه مستحق إتلاف النفس، فلا معنى للتأخير.
بخلاف غيره، فإنه لا يستحق إتلاف نفسه، فآخر حفاظاً لها^(٤).

فصل

٦٤٣ - إذا شهد بحق، فقال المشهود عليه: هو عبد، لم تقبل الشهادة حتى تثبت حريته.
وإذا جنى خطأ، فقتلت العاقلة: المجنى عليه عبد، يحتاج المجنى عليه إلى إثبات حريته.

(١) انظر: المهلب (٥٨/٢)، مغني المحتاج (٢٢٥/٣).

(٢) انظر: الهدایة (١٠٠/٢)، الشرح الكبير (٣٨٢/٥)، الإنصاف (١٥٨/١٠)، الامتناع (٣٤٦/٤).

(٣) الهدایة (٢/١٠٠)، المقنع (٤٤٥/٣)، المحرر (١٦٤/٢)، الإنصاف (١٥٨/١٠)، الامتناع (٤/٢٤٦).

(٤) انظر: المغني (٨/١٧٣)، الشرح الكبير (٥/٣٨٢)، البعد (٨/٥٠).

وإذا قذف رجلاً فطالبه بالحد، فقال: أنا عبد فحدوني حد العبيد، لم يحد حد الأحرار حتى ثبت حريته

وفي غير هذه الموضع الظاهر الحرية.

والفرق: أن العمل بظاهر الأمر وهو الحرية في هذه المسائل يفضي إلى استحقاق حق على المشهود عليه، والقاذف والعاقلة، والجاني بمجرد الظاهر، وذلك غير كاف، بدليل: أن الظاهر في المسلم العدالة، ومع هذا فلو جرح المدعى عليه الشهود لم تقبل شهادتهم حتى يزكوا، فدل على أن الظاهر لا يستحق به حق على الغير.

بخلاف ما عدا هذه المسائل، فإن الناس فيها أحرار بدليل ما لو ادعى إنسان على آخر رقاً، فإنه لا يقبل إلا ببيبة، ويكون القول قوله: إنه حر، لأن الحرية هي الأصل والرق طار، فظهور الفرق.

فصل

٦٤٤ - إذا اشترك اثنان في نقب حرز ودخوله إلا أن أحدهما أخرج النصاب.
ولم يخرج الآخر شيئاً، فعليهما القطع.

ولو اشتركا في نقبه، ودخل أحدهما فأخرج النصاب إلى الآخر فأخذه، قطع الداخل خاصة^(١).

والفرق: أنهما في الأولى اشتركا في هتك الحرز، وهو دخولهما إليه، وهذا هو الأصل في السرقة/ بدليل: أن السراق يكلون الإخراج إلى أصغرهم، والنقب إلى أكبرهم، وهذا فعل يتعلق به أخذ المال، وتعتبر فيه الممنوعة، فلم يختص بالمبادر، كمال الغنيمة.

بخلاف ما إذا دخل أحدهما دون الناقب، لأن الداخل اختص به هتك الحرز
قطعاً، دون الآخر^(٢).

فصل

٦٤٥ - إذا نقبا حرزًا وأخرج أحدهما منه نصاباً، فعليه القطع

(١) انظر: الهدایة (٢/١٠٣)، الكافی (٤/١٨٨)، المحرر (٢/١٥٧)، الامتناع (٤/٢٢٦-٢٧٧).

(٢) انظر: المغني (٨/٢٨٢-٢٨٤)، الشرح الكبير (٥/٤٤٩-٤٤٨)، المبدع (٩/١٢٣-١٢٤)، کشف النقاع (٦/١٣٣-١٣٤).

ولو نسب أحدهما وأخرج الآخر، لم يقطع واحداً منها^(١).

والفرق: أن المقطوع في الأولى شارك في هتك الحرز وسرقة.

بخلاف الثانية، فإن أحدهما نسب، والآخر أخرج النصاب ولم ينسب، والحرز بعد النسب لا يصير حرزاً، فكأنه سرق من غير حرز^(٢) فافرقاً.

قلت: هذا إن لم يكونوا تواطأنا على السرقة، فأما إن تواطأنا عليها، فنسب أحدهما وأخرج الآخر، فإنهما يقطعان في الصحيح من المذهب، لئلا يفضي ذلك في التحيل به إلى إسقاط القطع.

فصل

٦٤٦ - إذا هتك حرزاً وأخرج منه بعض النصاب وانصرف، ثم عاد فأخذ بقيته، فإن تراخي عوده فلا قطع، وإن لم يتراخي قطع.

والفرق: أنه إذا لم يتراخي فهو كال فعل الواحد فيقطع، كما لو أخذه دفعة.

بخلاف ما إذا تراخي، فإنه يصير بمنزلة الفعلين فلم يقطع، كما لو عاد في الليلة الثانية^(٣).

قلت: وفي وجه: أنه يقطع مع التراخي، وهو قوي^(٤).

فصل

٦٤٧ - إذا سرق منديلاً لا يساوي نصاباً، وفي طرفه دينار مشدود لم يعلم به، لم يقطع^(٥).

ولو سرق كيساً فيه مال ولم يعلم، فقياس المذهب: القطع.

والفرق: أنه في الأولى سرق المنديل فقط، فلم يقطع لكونه دون النصاب. بخلاف الكيس، فإنه غير مقصود، وإنما المقصود ما فيه فقطع به، كما لو علم.

(١) انظر: الهدية (٢/١٠٣)، المقنع وحاشيته (٣/٤٨٩)، الإنصاف (١٠/٢٦٨)، الإمتاع (٤/٢٧٧)، متنبي الإرادات (٢/٤٨٣).

(٢) انظر: الكافي (٤/١٨٨)، المعني (٨/٢٨٤)، الشرح الكبير (٥/٤٤٩)، مطالب أولي النهى (٦/٢٣٤).

(٣) انظر: الكافي (٤/١٧٦)، المعني (٨/٢٥٧)، الشرح الكبير (٥/٤٥١)، مطالب أولي النهى (٦/٢٣٥).

(٤) انظر: المبلغ (٩/١٢٦)، الإنصاف (١٠/٢٦٤).

(٥) انظر: الهدية (٢/١٠٤)، المعني (٨/٢٧٤)، الفروع (٦/١٢٨)، الإمتاع (٤/٢٧٥).

فصل

٦٤٨ - إذا سرق عبداً صغيراً من حرز، قطع.

ولو كان كبيراً ممِيزاً، لم يقطع.

والفرق: أن العبد مال ومع صغره لا يعقل، كالبهيمة.

بخلاف الممِيز، فإنه لا يسرق بل يخدع، ولا قطع على الخادع^(١)، فافترقا.

فصل

٦٤٩ - إذا سرق باب دار مفتوحاً أو مغلقاً، قطع^(٢).

ولو سرق باب خزانة، لم يقطع^(٣).

والفرق: أنه سرق الباب وهو محرز بتصبه وتسميره، فقد سرقه من حرز مثله،

قطع.

بخلاف الخزانة، فإنه محرز بباب الدار، فإذا لم يكن مغلقاً أولاً باب للدار لم

يسرق من حرز، فلذلك لم يقطع^(٤).

فصل

٦٥٠ - إذا نام حر على أمتعته، فحملهما السارق وأخذهما، لم يقطع.

ولو نام عبد صاحب المتع علىيه، فأخذهما السارق، لزمه القطع. ذكره ابن

عقيل.

والفرق: أنه أخذ الحرز ولم يسرق منه، فلذلك لم يقطع.

بخلاف الثانية، فإن العبد مال، ولو سرق عبداً كبيراً نائماً، أو صغيراً غير [١/٧٥]

نائم قطع، فهنا قد سرق مالين: العبد، والمتع، ونوم العبد عليه إحراز له وللمتع،

فلذلك قطع، كما لو سرقهما من حرز مغلق.

فصل

٦٥١ - إذا سرق تأثير المسجد، أو بابه قطع، والمطالبة به للإمام.

(١) انظر: المغني (٨/٢٤٥)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢)، كثاف (٦/١٣٠).

(٢) انظر: المغني (٨/٢٥٢)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥)، الإمتاع (٤/٢٨٠)، شرح متهمي الإرادات.

(٣) انظر: المغني (٨/٢٥٢)، الفروع (٦/١٣٢)، الإنقاض (٤/١٨٢)، مطالب أولي النهى (٦/٢٤٠).

(٤) انظر: المغني (٨/٢٥٢)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥).

ولو سرق حصره أو قناديله، لم يقطع^(١).

والفرق: أن الثاني لمنفعة الناس، فللسارق شبهة.

بخلاف الأول، فإنه لا شبهة فيه، إذ الواقع قد إحرازه بالبناء، ليبقى على الدوام^(٢).

فصل

٦٥٢ - إذا جحد المودع الوديعة، لم يقطع^(٣).

ولو جحد المستعير العارية، قطع^(٤).

قلت: إن كان نصاباً.

والفرق: أن الجاحد للوديعة لا يسمى سارقاً، وشرط القطع غير موجود، وهو هتك الحرز، فلذلك لم يقطع^(٥).

وأما جاحد العارية فإنه يقطع، لما روى: أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتابع وتتجده، فقطعها النبي ﷺ. رواه الإمام أحمد ومسلم وغيرهما.

قلت: وقطع جاحد العارية في إحدى الروايتين، وهو المشهور من المذهب^(٦). والأخرى: لا تقطع^(٧)، وهو الصحيح.

وما ذكره من حديث المخزومية قد بيته عائشة رضي الله عنها فيما رواه البخاري، فقالت: إن قريشاً أهملهم شأن المخزومية التي سرقت. والقصة واحدة، ثم ما في تمام الحديث الذي رواه الإمام أحمد ومسلم: كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الصبيف أقاموا عليه الحد. وهذه الرواية هي اختيار أبي القاسم الخرقي، وأبي إسحق بن شافلا، وأبي محمد المقدسي^(٨)، رحمهم الله تعالى.

(١) انظر: الهدایة (٢/١٠٤)، الكافی (٤/١٨٠)، الفروع (٦/١٣٢)، متنی الإرادات (٣٠/٤٨٦).

(٢) انظر: المغنی (٨/٢٥٣)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥)، المبدع (٩٠/٩٠-١٣١)، كشاف القناع (٦/١٣٩).

(٣) انظر: المغنی (٨/٣٤١) وقال: «فلا نعلم أحداً قال بوجوب القطع عليه»، المحرر (٢٠/١٥٦)، الفروع (٦/١٢٨)، متنی الإرادات (٢٠/٤٨٠).

(٤) انظر: المغنی (٨/٣٤١) وقال: «فلا نعلم أحداً قال بوجوب القطع عليه»، المحرر (٢٠/١٥٦)، الفروع (٦/١٢٨)، متنی الإرادات (٢٠/٤٨٠).

(٥) انظر: الفتح الرباني (٦٢/١٦)، صحيح مسلم (٥٠/١١٥)، سنن أبي داود (٤٠/١٣٩).

(٦) انظر: إعلام الموقعين (٢/٦٢)، زاد المعاد (٥/٥٠)، تهذيب سنن أبي داود (٦/٢٠٩).

(٧) انظر: الكافی (٤/١٧٤)، المحرر (٢/١٥٦)، الإنصاف (٥/١٠٠)، الشرح الكبير (٢٥٣/١٠٠).

(٨) انظر: الهدایة (٢/١٠٥)، المغنی (٨/٢٤١)، الشرح الكبير (٥/٤٤٠)، الإنصاف (١٠٠، ٢٥٣).

فصل

٦٥٣ - إذا أقر بسرقة نصاب لغائب، لم يقطع حتى يحضر، بل يحبس.
ولو أقر له بدين، لم يحبس.

والفرق: أنه إنما حبس في الأولى لتعلق حق الحكم بقطعه.
بخلاف الدين، فإنه لا حق للحاكم فيه^(١).

فصل

٦٥٤ - إذا أجر حرزًا ثم سرق منه نصاباً لمستأجره، قطع^(٢).
ولو زوج أمه ثم وطئها، فلا حد^(٣).

والفرق: أن المستأجر ملك منافع الحرز مدة الإجارة، ولم يبق للمؤجر فيها
حق، فصار ماله محرزًا فيه، كما لو أحرزه في حرز هو ملكه^(٤).
بخلاف الثانية، فإن الأمة المزوجة منافع بضمها ملك لسيدها، بدليل: أنها لو
وطئت بشبهة وجوب مهرها لسيدها، وإنما منع من وطئها لحق الزوج، فقد استوفى
السيد ملكه، فلا يجب عليه بذلك حد، كالراهن إذا وطئ جاريته المرهونة^(٥).

فصل

٦٥٥ - إذا سرق ويمتهن مقطوعة، قطعت يسرى رجلية.
ولو سرق وهي موجودة فتآكلت، لم تقطع رجله اليسرى^(٦).

والفرق: أنه في الأولى تعلق القطع بعينها، فسقط بتلفها^(٧).

بخلاف ما / إذا سرق ويمتهن مقطوعة، فإن القطع تعلق ابتداء برجله، فلهذا لم يسقط. [٧٥/ب]

فصل

٦٥٦ - إذا استعار حرزًا وأحرز فيه متاعه، فسرق المعير منه نصاباً من مال
المستعير، قطع.

(١) انظر: المسائين والفرق بينهما في: المعني (٨/٢٨٥)، الشرح الكبير (٥/٤٦٥).

(٢) انظر: الهدایة (٢/١٠٥)، المقنع (٣/٤٩٦)، المحرر (٢/١٥٩)، الإنقاض (٤/٢٨٤).

(٣) انظر: الهدایة (٢/١٠٢)، الكافي (٤/٢٠٢)، الإنقاض (٤/٢٥٤)، متنهي الإرادات (٢/٤٦٤).

(٤) انظر: المعني (٨/٣٥٢)، الشرح الكبير (٥/٤٦٢)، كشف القناع (٦/١٤٤).

(٥) انظر: كشف القناع (٦/٩٧).

(٦) انظر: الهدایة (٢/١٠٥)، المقنع (٣/٥٠٠)، المحرر (٢٠/١٥٩ - ١٦٠)، الإنقاض (٤/٢٨٦).

(٧) انظر: الكافي (٤/١٩٣).

ولو غصب حرزًا فأحرز فيه متعاه، ففرق مالك الحرز منه نصابةً من مال الناصب، لم يقطع^(١).

والفرق: أن الحرز المستعار حرز له حرمة، فقطع بالسرقة منه^(٢)، كما لو كان الحرز ملكاً للمستعير.

بخلاف الحرز المغصوب، لأنّه لا حرمة له، بدليل: أنه لو سرق منه غير مالكه المغصوب منه، لم يقطع، فصار كلاماً حرز. فلم يجب القطع بالسرقة منه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الجهاد

فصل

٦٥٧ - يجوز للغانمين ذبح الحيوان من الغنيمة وأكل لحمه.

ولا يتغذون بجلده، بل يردوه في المعنم.

والفرق: أن اللحم طعام، فجاز لهم أكله من الغنيمة، كغيره من الأطعمة.

بخلاف الجلد، فإن الحاجة لا تدعوه إليه، فلم يجز الانتفاع بها^(٣).

فصل

٦٥٨ - إذا كان مع المجاهدين جوارح للصيد، لم يجز إطعامها من الغنيمة^(٤).
بخلاف علف الدواب^(٥).

والفرق: أن العلف تدعو إليه الحاجة لدفع العدو، كأكل المجاهدين^(٦)،
بخلاف الجوارح، فإنه لا حاجة إليها^(٧).

(١) انظر: الهدية (٢/١٠٥)، المقعن (٣/٤٩٦)، المحرر (٢/١٥٩)، متهى الإرادات (٢/٤٨٧).

(٢) انظر: الكافي (٤/١٨٢)، الشرح الكبير (٥/٤٦٢-٤٦١)، كشاف القناع (٦/١٤٣-١٤٤).

(٣) انظر: المغني (٨/٤٥٢)، الشرح الكبير (٥/٥٠٩)، كشاف القناع (٢/٤٨-٤٩)، المبدع (٣٠، ٣٥)، الإنصاف (٤/١٥٣).

(٤) انظر: الكافي (٤/٣٨٤)، المحرر (٢/١٧٧)، الإنصاف (٤/١٥٣)، الإنقاع (٤/٢٠).

(٥) انظر: المغني (٨/٤٣٨)، الشرح الكبير (٥/٥٤٦)، المبدع (٣/٣٥٠).

(٦) انظر: المبدع (٣/٣٥٠)، كشاف القناع (٣/٧٤)، مطالب أولي النهى (٢/٥٤٣).

(٧) انظر: الكافي (٤/٢٨٧-٢٨٨)، الشرح الكبير (٥/٥٤٩)، المبدع (٣/٣٥٣-٣٥٣)، كشاف القناع (٣/٧٦-٧٥).

فصل

٦٥٩ - يجوز [لآحاد] المجاهدين القتال بما في الغنيمة من سلاح ولا يجوز له المقاتلة على فرس الغنيمة، لأنها تعطب بالقتال. بخلاف السلاح.

فصل

٦٦٠ - لا يجوز أن يقتصر في تفرقة الخمس على أحد أصنافه. بخلاف الزكاة.

والفرق: أن الخمس أعم، بدليل: جواز تفرقته في غير جهة مغزاً، وإن كان بينهما فرق مسافة القصر. بخلاف الزكاة، فافترقا^(١).

فصل

٦٦١ - إذا قال الإمام: من دلنا على بلد كذا فله الجارية الفلانية التي فيه، فدلهم إنسان وفتح عنوة، وقد أسلمت الجارية فله قيمتها. ولو هلكت لم يستحق شيئاً.

والفرق: أن حقه تعلق بعين الجارية فسقط بتلفها، كما يسقط حق المجنى عليه إذا تلف العبد الجاني.

بخلاف ما إذا أسلمت، فإن عينها باقية وإنما تعذر تسليمها، فلم يسقط حقها منها بإسلامها، واستحق قيمتها، كما لو أعتق السيد عبده الجاني، فإنه لا يسقط حق المجنى عليه، كذا هنا^(٢).

فصل

٦٦٢ - إذا دخل حرب^(٣) بأمان دار الإسلام^(٤) فمات، ورثه ورثته. ولو مات ذمي بها^(٥) لم يرثه وارثه بها من دار الحرب^(٦).

(١) انظر: المغني (٢/٦٦٩)، الشرح الكبير (١/٧٢١)، المبدع (٢/٤٢٩).

(٢) المغني (٨/٣٨٤-٣٨٣)، الشرح الكبير (٥/٥٢٩)، المبدع (٣/٣٤٠)، كشف النقاع (٣/٦٧).

(٣) انظر: المصباح المنير (١/١٢٧).

(٤) انظر: أحكام أهل الذمة (١/٣٦٦).

(٥) المبدع (٣/٤٠٤)، كشف النقاع (٣/١١٦).

(٦) المبدع (٢/٣١٣)، الإمتناع (٢/٧).

والفرق: أن الذمي من أهل دارنا تجري عليه أحكامنا، فالموالاة بينه وبين الحربيين منقطعة.

بخلاف المستأمن^(١)، فإنه لا تجري عليه أحكامنا.

فصل

٦٦٣ - إذا أعتق مسلم عبداً ذمياً فلحق بدار الحرب، ثم سبي، لم يسترق^(٢). ولو كان المعتق ذمياً، استرق^(٣).

والفرق: أن في جواز استرقاقه إبطال حق معتقه من الولاء، والمسلم لا يجوز طرُق الرق عليه، فلم يجز طرُق الإبطال على ماله من الولاء^(٤).

بخلاف الذمي، فإنه يصح أن يطرأ عليه الرق، فجاز أن يطرأ الإبطال/ على ولائه^(٥).

فصل

٦٦٤ - إذا غزا على فرس غصبه أسيهم له، وكان لمالكه. ولو استأجر أو استعار فرساً أسيهم له، وكان لمستأجره ومستعيره، دون مالكه.

والفرق: أن منفعة المغصوب لمالكه، فلذلك استحق ما في مقابلتها. بخلاف المستعار والمستأجر، فإن منافعهما للغازي، دون المالك^(٦).

فصل

٦٦٥ - إذا أخذ حربي أمة مسلم وأولدها، ثم غنمها المسلمون، فجميعهم غنيمة، ولسيدها أخذها بغير عوض قبل القسمة^(٧).

ولو أسلم الحربي قبل استيلادها لم يكن لسيدها أخذها بحال، ولا للمسلمين أن يغنموا أولادها^(٨).

(١) انظر: المصباح المنير (١/٢٥).

(٢) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧)، الإنصاف (٤/١٣٢)، الامتناع (٤/١٢).

(٣) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧)، الإنصاف (٤/١٣٢)، الامتناع (٤/١٢).

(٤) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧).

(٥) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧).

(٦) انظر: المغني (٨/٤١٨-٤١٧)، الشرح الكبير (٥/٥٧١، ٥٦٦)، المبدع (٣/٣٦٩)، كشاف القناع (٣/٨٩).

(٧) انظر: الكافي (٤/٣١٢)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣)، المحرر (٢/١٧٤)، الامتناع (٤/٢٢٣).

(٨) انظر: المغني (٨/٤٣٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣).

والفرق: أن المسلمين حازوها في الأولى وهي أمة لحربى، وأولادها أولاد حربى، فكانوا غنيمة كأولاده من زوجته، ولسيدها أخذها قبل القسمة مجاناً^(١)، لما نذكره إن شاء الله تعالى.

بخلاف الثانية، فإنه بإسلامه استقر ملكه عليها، فلم تنتزع منه، نص عليه، وأولاده مسلمون أحراز، فلا يملكون بالقهر كغيرهم من المسلمين.

فصل

٦٦٦ - إذا حاصر الإمام حصنًا فنزلوا على حكم إنسان فحكم بقتلهم، وسبى ذرارיהם، فللامام أن يمن عليهم بترك ذلك^(٢).

ولو أراد أن يمن على سبي الغنيمة لم يجز^(٣).

والفرق: أن الغنيمة استقر ملك الغانمين عليها^(٤).

بخلاف من حكم الحاكم عليه بذلك، فإنه لا يستقر ملك الجيش عليهم، فافتراقاً.

فصل

٦٦٧ - يكره بيع أرض العشر^(٥) من أهل الذمة.
ولا يكره من بني تغلب^(٦).

والفرق: أنه لا زكاة على الذمي، فتملكه إياها يفضي إلى إسقاط الزكاة^(٧).

بخلاف التغلبيين، فإنهم تؤخذ منهم الزكاة^(٨).

فصل

٦٦٨ - يجوز إسقاط الخراج عن من وجب عليه^(٩).

(١) انظر: المغني (٤٣٤/٨)، الشرح الكبير (٥٥٣/٥).

(٢) انظر: الكافي (٤/٤)، المحرر (٢٧٣/٢)، المحرر (٢٧٣/٢)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥)، الاقناع (١٢/٢).

(٣) انظر: الكافي (٤/٢٧٦)، المغني (٨/٣٧٤)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥).

(٤) انظر: الكافي (٤/٢٧٦)، المغني (٨/٣٧٤)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥).

(٥) انظر: الميدع (٣٥١)، الإنضاص (١١٦/٣).

(٦) انظر: المغني (٨/٥١٣)، أحكام أهل الذمة (١/٧٥).

(٧) انظر: المحرر (٢/١٨٥)، الإنضاص (٣/١١٤)، الإنضاص (٢٦٥/١).

(٨) انظر: الكافي (١/٣٠٨)، المغني (٢/٧٢٩)، كشف النقاب (٢/٢٢٠).

(٩) انظر: كشف النقاب (٢/٢٢٠)، مطالب أولي النهى (٢/٧٣).

(١٠) انظر: الهدایة (١/١٢٢)، الكافي (٤/٣٢٥)، المحرر (٢/١٨٠)، الإنضاص (٢/٣٤).

ولا يجوز ذلك في الزكاة.

والفرق: أنها عبادة فلا يجوز إسقاطها، كغيرها من العبادات.
والخارج أجرة، فصح إسقاطه.

فصل

٦٦٩ - إذا سألت حرية دخول دارنا وإجراء أحكامنا عليها، وتصير ذمية بغیر جزية جاز. فإذا عقد، مُنْعِنْ سببها واسترقاقها.
فإن بذلك الجزية، وقالت: اختار أداءها قبلت منها وكانت هبة باسم الجزية،
تلزم بالقبض، لا بالبذل، فإن منعها لم تجبر^(١).
ولو بذل الفقير المحترف عقد الذمة، وتكون جزيته أكثر من اثنى عشر درهماً
لزم العقد^(٢).

والفرق: أن الرجل من أهل الجزية، فإذا عقد الذمة لزمه ما تناوله العقد وإن لم
يجب قبله، كمن اشتري ما يساوي مائة ألف، فإنه يلزم بالعقد، وإن كان غير واجب
قبله.
بحال المرأة، فإنها ليست من أهل الجزية، فلم يلزمها البذل، كما لو بذلك
الطفل.

فصل

[٦٧٠/ب] - ولو أخذ الإمام الجزية من المرأة، وكانت معتقدة أنها تجب عليها/
وجب ردها.

بحال ما إذا لم تعتقد ذلك^(٣).

والفرق: أنها إذا لم تعتقد وجوبها كانت هبة تلزم بالقبض.
وأما إذا اعتقدته فلا وجه لأخذها، لأنها ليست جزية، لعدم وجوبها على
المرأة، ولا هبة، لأنها لم تتوها ذلك، فوجب ردها عليها.

(١) انظر: الأحكام السلطانية ص ١٥٤، المعني (٨/٥٠٧)، أحكام أهل الذمة (١/٤٥)، الامتناع (٢/٤٤).

(٢) الكافي (٤/٣٤٨)، الإنصاف (٤/٢٢٧)، الامتناع (٢/٤٤).

(٣) انظر: المعني (٨/٥٠٧)، الشرح الكبير (٥/٦١٠)، أحكام أهل الذمة (١/٤٥)، كشاف القناع (٣/١٢١).

فصل

٦٧١ - إذا اتجرت ذمية أو حربية إلى دار الإسلام، لم يؤخذ منها العشر.
[ولو كان مكانها رجل من أهل الجزية، أخذ منه العشر من تجارتة^(١).
والفرق بينهما: أن المرأة تقر في دار الإسلام بغير جزية، فلذلك لم يؤخذ منها
العشر] بخلاف الرجل.

قلت: هكذا ذكر السامي هذا الفصل، وفيه نظر من وجهين:
أحدهما: أنه أطلق القول: بأن المرأة لا شيء عليها، وال الصحيح أن المذهب:
أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك.

وقال القاضي: إن اتجرت إلى الحجاز أخذ منها، دون غيره.
وقد فرق المصنف به بينها وبين الرجل في الفصل الآتي، لكن إطلاقه في هذا
الفصل تسامح.

الثاني: أنه جعل على تاجر^(٢) الذمي وهو من أهل الجزية العشر، وهو خطأ،
لأن الذمي لا يجب عليه أكثر من نصف العشر، وأما الذي يؤخذ منه العشر فهو
العربي، وهو من غير أهل الجزية.

فصل

٦٧٢ - إذا اتجرت الذمية أو الحربية إلى الحجاز أخذ منهما العشر من
تجارتهما.

بخلاف ما لو اتجررا إلى غير الحجاز من دار الإسلام^(٣).
والفرق: أنها ممنوعة من المقام في الحجاز كالرجل، فأخذ منه العشر.
بخلاف غيره، فإنها لا تمنع من المقام به، فافتراقا^(٤).

قلت: وقد نبهنا على الخلل في إطلاقه القول بوجوب العشر فيما تقدم.

فصل

٦٧٣ - الجزية عوض عن حقن دمائهم وسكناتهم دارنا. فهي بالإجارة، غير أن
الإجارة يجوز استعجال عوضها.

(١) انظر: المغني (٨/٥٢٢)، المحرر (٢/١٨٦ - ١٨٧)، الإنصاف (٤/٢٤٣ - ٢٤٥)، الإمتاع (٥٢).

(٢) انظر: الدر التقى (٢/٦٥٨).

(٣) انظر: الهدایة (١/١٨٤)، المقفع (٢/٢١٩)، المحرر (١/٣٥٧)، الإنماع (٢/٣١٨).

(٤) انظر: الهدایة (١/١٢٥)، الكافي (٤/٣٥٣)، المحرر (٢/١٨٣)، مستهى الإرادات (١/٣٣١).

ولا يجوز أخذ الجزية حتى تمضي سنة.

والفرق: أن المتفعة في الإجارة تتوجه للعائد بإجارة وإعارة، لأنه إذا تسلم العين ملك ذلك فيها.

بخلاف العوض في الجزية، فإنه لا يتوجه للذمي، بل يستوفيه يوماً في يوماً، ولا يملك نقله إلى غيره، فصار كالمضاربة لما كانت متفعة العامل لا تتعجل لرب المال، لم يجز أن يتوجه العوض.

فصل

٦٧٤ - إذا خيف من المستأمن خيانة نبد إليه عهده، ورد إلى مامته^(١).

ولو خيف من الذمي، لم ينتقض عهده^(٢).

والفرق: أن الأول لم يلتزم إجراء أحكامنا عليه، فجاز ذلك، لتعاقبه على خيانته.

بخلاف الذمي، فإنه التزم ذلك، فإذا خان فعل به ما يقتضيه حكم الشرع.

فصل

٦٧٥ - وكذا إن هادن قوماً وخاف خيانتهم.

بخلاف الذمي^(٣).

والفرق: أن عقد الديمة حق للذمي، فلم يجز نقضه.

بخلاف عقد الهدنة، فإنه حق للإمام، فجاز له نقضه لخوف الخيانة^(٤).

فصل

[١/٣٧]

٦٧٦ - إذا دخل حربي إلينا بأمان مدة فانقضت، واختار المقام، وامتنع من الجزية، فهو على أمانه حتى يبلغ مامته^(٥).

[ولو فعل الذمي ما يوجب نقض عهده، فالإمام مخير فيه: بين القتل،

(١) انظر: المغني (٤٦٣/٨)، الإمتاع (٤٠/٢).

(٢) انظر: الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥)، المبدع (٤٠٣/٣)، الإمتاع (٤٢/٢).

(٣) انظر: الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥)، المبدع (٤٠٢/٣)، الإمتاع (٤٢/٢).

(٤) الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥).

(٥) انظر: الإمتاع (٤٠/٢)، غاية المتبني (٤٩٣/١).

والفرق: أن الذمي إذا انتقض عهده عاد كما كان، فكأنه وجد لص في دار الإسلام من دار الحرب، فلا أمان له^(٢).

يختلف المستأمن فهو إنما دخل إلينا بأمان، وهو غير مفترط بانقضاء مدة، فوجب ردّه إلى مأمه وفاء بالأمان^(٣)، فافترقا.

فصل

٦٧٧ - قلت: إذا نقض الذمي عهده بـالنبي ﷺ تعين قتله ^(٤).

ولأن نقضه بغيره خُيُر الإمام فيه، كالأسير، عند القاضي.

والفرق: ما روى علي رضي الله عنه: أن يهودية كانت تشتم النبي ﷺ، وتقع فيه، فاختنقتها رجل حتى ماتت، فأبطل النبي ﷺ دمها. رواه أبو داود^(٥).

وما روى ابن عباس: أن أعمى كانت له أم ولد تشتمن النبي ﷺ فينهاها، فلا تنتهي، فلما كان ذات ليلة جعلت تقع في النبي ﷺ وتشتمه، فأخذ المغول^(٦) فوضعه في بطنه، واتكأ عليها فقتلها، فأهدر النبي ﷺ دمها. رواه أبو داود وغيره.

واحتاج إمامنا رضي الله عنه على ذلك. في رواية ابنه عبد الله بخلاف غيره من النواقض، فإنه لم يرد فيه مثل ذلك، فبقي كمن لم يعقد له عقد من الأسرى، فيخير الإمام فيه.

فصل

٦٧٨ - إذا غلب الكفار على أموال المسلمين فأخذوها، ثم غلبهم المسلمون فأخذوها منهم قهراً قبل إسلامهم، فمن وجد عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً، وبعدها بالقيمة. في إحدى الروايتين^(٧).

والفرق: أن عين ماله أخذ منه بالقهر والتعدي، فإذا استنقذ من الظالم وجب

(١) انظر: المغني (٨/٥٣٦)، الفروع وتصحيحه (٦/٢٨٦-٢٨٧)، الامانع (٢/٥٥).

(٢) انظر: الكافي (٤/٣٧٢)، المغني (٨/٥٣٦)، الشرح الكبير (٥/٦٣٥).

(٣) انظر: كشاف القناع (١١١/٣)، مطالب أولى النهى (٥٨٣/٢).

(٤) انظر: المحرر (١٨٨/٢)، الشرح الكبير (٥/٦٣٥)، الإنصاف (٤/٢٥٧)، الامتناع (٢/٥٥).

(٥) منقطع: آخره الضياء في المختارة (٢/١٦٩-٤٧)، والبهقى في الكبرى (٧/٦٠).

(٦) انظر: التالية في غرب الحديث (٣٩٧)، لسان العرب (١١) : ٨١.

(٧) انظر: الكاف (٤/٣)، الانصاف (٤/١٨٧)، كشف، القناع (٣/٧٨).

رده إلى مالكه مجاناً، كما لو استولى عليه مسلم. هذا إذا لم يقسم.
أما إذا قسم فإننا لو قلنا: يأخذه ربه مجاناً لأضررنا بمن وقع في حصته، وفوتنا
عليه حقه، وذلك لا يجوز، فأوجبنا عليه القيمة ليصل إلى حقه، وتسليم العين
لمالكها^(١).

قلت: وأصل هذا أن الكفار يملكون مال المسلمين بالاستيلاء والقهر، فإذا
استولى المسلمون عليهم ملکروا ما استولوا عليه عنهم، لا عن المسلم الذي قهره
الكافر واستولوا على ماله، فقبل القسمة لا يتأكد حق الغانمين فيه، لاحتمال أن يمن
الإمام ويرد عليهم أموالهم، فأخذه مالكه إذا مجاناً.

[٧٧/ب] وبعد القسمة يؤمن ذلك ويتquin / حق كل منهم في نصيبيه، فليس لمالكه الأول
أخذه إلا بقيمتها.

وملك الكفار بالاستيلاء هو الصحيح من المذهب^(٢). وقد نص أبو الخطاب
في الانتصار^(٣): أن الكفار لا يملكون مال مسلم بالقهر، وأنه يأخذه بغير شيء حتى
مقسوماً، ومن العدو إذا أسلم^(٤).

قال أبو البركات^(٥): وهذا مخالف لنصوص الإمام أحمد رضي الله عنه.
ونص شيخ الإسلام أبو العباس بن تيمية رضي الله عنه في بعض كتبه: أن
الكافر يملكون بالقهر، وذكر قول النبي ﷺ يوم فتح مكة حين قيل له: أين تنزل غداً:
«وهل ترك لنا عقبيل من دار»، على أنهم استولوا على ملك النبي ﷺ بعد هجرته.
وهذا حسن مع غرابةه. والله أعلم.

فصل

٦٧٩ - إذا أسلم حربي وفي يده شيء مما غنمته من مال المسلمين، لم يكن لربه
المسلم أخذه^(٦).

ولو اشتراه مسلم من أهل الحرب، أخذه مالكه منه بثمنه^(٧).

(١) انظر: المغني (٤٣١/٨)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، المبدع (٣/٥٥٠)، كشاف القناع (٣/٧٨).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٥/٥٥٢)، المحرر (٢/١٧٣)، الفروع (٦/٢٢٣)، الإنصاف (٤/١٥٩)،
متنهي الإزادات (١/٣١٤).

(٣) انظر: المحرر (٢/١٧٤)، الإنصاف (٤/١٦٠).

(٤) الهدایة (١/١١٩).

(٥) في السحر (٢/١٧٤).

(٦) انظر: الكافي (٤/٣١٢)، المحرر (٢/١٧٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣)، الامتناع (٢/٢٣).

(٧) انظر: المحرر (٢/١٧٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥١)، الامتناع (٢/٢٢).

والفرق: أن العربي لم يلتزم نصرة المسلمين ولا الذب عنهم وعن أموالهم، فلم يلزمه أخذه ونقله إلى دار الإسلام، فهو كما لو كان في دار الحرب. بخلاف المسلم، فإنه ملزوم ذلك، فالظاهر أنه استنقذه لمالكه، فلزمته دفعه إليه بشتمه لذلك.

فصل

٦٨٠ - لا يسهم للعبد وإن قاتل بإذن مولاه^(١).

ويسهم للحر^(٢).

والفرق: أن خدمة العبد لمولاه، فعمله واقع له، فكأن المولى قاتل بنفسه زيادة قتال، وذلك لا يوجب زيادة في سهمه. بخلاف الحر، فإن عمله يقع له^(٣).

فصل

٦٨١ - لا يشترط أن يكون بناء الذي مغايراً لبناء أهل البلد في القصر، بل لغيره^(٤).

ويشترط مغایرة لباسه للباس جميع المسلمين بالغيار المشروع^(٥).

والفرق: أن البناء لازم مكاناً واحداً، فيشترط مغایرة المسلمين الساكدين إلى جانبه.

بخلاف اللباس، فإنه يحتاج أن يباين ثياب المسلمين، لأنه يتصرف في البلد مع أهله فاحتاج إلى ذلك، ليتميز عن المسلمين، والله أعلم.

كتاب الصيد والذبائح

فصل

٦٨٢ - إذا أكل الكلب أو الفهد من الصيد حرم

(١) انظر: الهدية (١/١١٨)، الكافي (٤/٣٠٠)، المحرر (٢/١٧٦)، الفروع (٦/٢٣٠).

(٢) انظر: الهدية (١/١١٨)، الكافي (٤/٢٩٧)، المحرر (٢/١٧٩)، الإماماع (٢/٢٨).

(٣) انظر: المغني (٨/٤١)، الشرح الكبير (٥/٥٦٤).

(٤) انظر: الكافي (٤/٣٥٨)، المحرر (٢/١٨٦)، الشرح الكبير (٢/٦٢٢)، أحكام أهل الذمة (٢/٧٠٥).

(٥) انظر: الهدية (١/١٢٦)، الكافي (٤/٣٥٨)، المحرر (٢/١٨٥)، الإماماع (٢/٤٧).

ولو أكل الصقر أو البازى^(١) لم يحرم^(٢).

والفرق: أن جارح الطير يعلم بالأكل، فلم يحرم.

والسباع تعلم بترك الأكل، فحرم ما أكل منه^(٣).

فصل

٦٨٣ - إذا سمى على سهم أو إرسال جارح إلى صيد، فأصاب غيره فقتله، أبىح أكله^(٤).

ولو أضجع شاة ليذبحها فسمى، ثم بدا له ذبح غيرها، لم تجزئه التسمية الأولى^(٥).

والفرق: أن التسمية على الثانية ممكنة.

بخلاف التسمية على الصيد، فإن تعين الصيد بالتسمية غير ممكن، وما تذر سقط في الصيد، كقطع الحلقوم.

فصل

٦٨٤ - إذا رمى طائراً فجرحه وسقط ميتاً، حل^(٦).

[١/٧٧] وإن وقع في ماء أو على شجرة ثم تردى/ على الأرض، ولم تدرك تذكيره، ولم تكن جراحته موحية^(٧)، لم يحل^(٨).

والفرق: أن سقوطه على الأرض من وجوب الرمية لأنه يستحيل بقاوته في الهواء ميتاً، فهو كما لو كان على الأرض ومات بالسهم.

بخلاف الثانية، فإن وقوعه في الماء ونحوه ليس من وجوب الرمية، فيحتمل أن التلف به، فقد حصل ميّع ومحرم فحرم، كما لو شارك فيه مجوسى.

(١) انظر: القاموس المحيط (٤/٣٠٣)، المعجم الوسيط (١/٥٥).

(٢) انظر: الهدایة (٢/١١٢)، المقنع (٣/٥٥٢)، المحرر (٢/١٩٤)، متنه الإرادات (٢/٥٢٤).

(٣) انظر: المغني (٨/٥٤٦)، الشرح الكبير (٦/١٤)، الصبد (٩/٢٤٤)، كشاف القناع (٦/٢٢٤).

(٤) انظر: الهدایة (٢/١١٣)، المغني (٨/٥٥٢)، الفروع (٦/٣٢٩)، الإماماع (٤/٣٢٩).

(٥) انظر: الكافي (١/٤٧٩)، الشرح الكبير (٦/١٨)، الفروع (٦/٣١٧)، الإماماع (٤/٣١٩).

(٦) انظر: المقنع (٣/٥٤٩)، المحرر (٢/١٩٣)، الإماماع (٤/٣٢٥)، متنه الإرادات (٢/٥٢١).

(٧) انظر: المصباح المنير (٢/٦٥٢).

(٨) انظر: المغني (٨/٥٥٥)، المحرر (٢/١٩٣)، الإنصاف (١٠/٤٢٣)، متنه الإرادات (٢/٥٢١).

فصل

٦٨٥ - إذا نسي التسمية على الذبيحة، حل أكلها^(١).
ولو سمي على الذبيحة ثم ذبح أخرى، ولم يسم ظناً منه إجزاء الأولى، لم
يحل^(٢).

والفرق: أن الظن يخالف النesian، بدليل: صحة صوم الآكل ناسياً، دون
الآكل جاهلاً.

قلت: قد صح أبو الخطاب^(٣): صوم الآكل جاهلاً، والله أعلم.

فصل

٦٨٦ - إذا أرسل كلبه ولم يسم، ثم صاح وسمى، فزاد عدوه، ثم قتل صياداً،
لم يحل^(٤).

ولو استرسل الكلب بنفسه، فصاح به وسمى، فزاد عدوه بصياده، ثم قتل
صياداً، حل^(٥).

والفرق: أن الحظر تعلق بالإرسال في الأولى فلا يزول بما بعده، كما لو زجره
بعد إنشاب مخاليه.

بخلاف الثانية، فإن استرساله لا يتعلق به حكم، فصياده إرسال، فأبيح^(٦).

فصل

٦٨٧ - إذا سمي بغير العربية من يحسنها، أجزاؤه^(٧).
ولو أحقر بالتكبير بغير العربية من يحسنها، لم يجزئه^(٨).
والفرق: أن المقصود في الأولى ذكر الله عز وجل، ليقع الفرق بين ما أهل

(١) انظر: الهدية (٢/١١٤)، الكافي (١/٤٧٩)، الإماع (٤/٣١٩)، الروض المرريع (٢/٣٥٨).

(٢) انظر: المغني (٨/٥٦٥)، الشرح الكبير (٦/٢٩)، كشاف القناع (٦/٢٠٩)، مطالب أولي النهي (٦/٣٣٤).

(٣) الهدية (١/٨٣).

(٤) المغني (٨/٥٤٢)، الشرح الكبير (٦/١٥)، البذع (٩/٢٤٦)، كشاف القناع (٦/٢٢٤).

(٥) انظر: الهدية (٢/١١٣)، المقنع (٣/٥٥٤)، المحرر (٢/١٩٤)، الإرادات (٢/٥٢٤).

(٦) انظر: المغني (٨/٥٤٢)، الشرح الكبير (٦/١٥)، البذع (٩/٢٤٦).

(٧) الكافي (١/٤٧٩)، المحرر (٢/١٩٦)، متنهى الإرادات (٢/٥١٥).

(٨) الهدية (١/٣٢)، الكافي (١/١٢٧)، المحرر (١/٥٣)، الإرادات (١/٧٦).

بـه اللـهـ، وـبـيـنـ ماـ أـهـلـ بـهـ لـغـيرـ اللـهـ، وـهـذـاـ حـاـصـلـ بـكـلـ الـلـغـاتـ.

بـخـلـافـ تـكـبـيرـ الصـلـاـةـ، فـإـنـ الـمـقـصـودـ لـفـظـهـ، فـلـمـ يـصـحـ بـغـيرـهـ^(١).

فصل

٦٨٨ - إـذـاـ قـطـعـ عـضـوـاـ مـنـ صـيـدـ الـبـرـ وـأـفـلـتـ، لـمـ يـبـعـ أـكـلـ الـعـضـوـ.

وـلـوـ كـانـ مـنـ صـيـدـ الـبـحـرـ، أـبـيـحـ^(٢).

وـالـفـرـقـ: أـنـ الـبـائـنـ مـنـ الـبـرـيـ مـيـتـةـ، بـدـلـلـ قـولـهـ^(٣): «ـمـاـ أـبـيـنـ مـنـ حـيـ كـمـيـتـهـ».

وـالـبـائـنـ مـنـ الـبـرـيـ حـلـالـ، بـدـلـلـ قـولـهـ^(٤) فـيـ الـبـحـرـ: «ـهـوـ الـطـهـورـ مـاؤـهـ، الـحـلـ مـيـتـهـ»، وـقـولـهـ^(٥): «ـأـحـلـتـ لـنـاـ مـيـتـتـانـ فـذـكـرـ الـجـرـادـ وـالـسـمـكـ مـنـهـماـ» رـوـاهـ الـإـمـامـ أـحـمـدـ^(٦)، فـلـهـذـاـ لـمـ يـحـرـمـ مـاـ أـبـيـنـ مـنـهـ.

(١) المعني (٥٤١/٨)، الشرح الكبير (٢٧/٦)، المبدع (٩/٢٢٣)، كشاف القناع (٦/٢٠٨).

(٢) الهدایة (١١٣/٢)، المقنع (٣/٥٥٠)، المحرر (٢/١٩٤)، الفروع (٦/٣٢٧)، الإرادات (٢/٥٢٣).

(٣) (ج) مكذا عزاه الحافظ ابن حجر للحاكم، والمورسل أصح، ويلفظ: «ـمـاـ قـطـعـ مـنـ الـبـهـيـةـ وـهـيـ حـيـ فـهـوـ مـيـتـهـ» آخرجه: ابن الجارود في المستنقى (١/٢٢١)-ح (٨٧٦)، والحاكم في مستدركه (٤/١٣٧)-ح (٧١٥٠)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجه. والترمذى (٤/٧٤)-ح (١٤٨٠)، والبيهقي في الكبير (١/٢٣)-ح (٧٨)، والدارقطني في سنته (٤/٢٩٢) برقم (٨٣)، وأبو داود (٣/١١١)-ح (٢٨٥٨)، وابن ماجه (٢/١٠٧٢)-ح (٣٢١٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/٤٩٤)-ح (٨٦١١)، والطبراني في الأوسط (٣/٢٦٤)-ح (٣٠٩٩)، والإمام أحمد في مسنده (٥/٢١٨)-ح (٢١٩٥٣)، وأبي علي في مسنده (٣/٣٦)-ح (١٤٥٠)، وابن الجعدي في مسنده (١/٤٣٤)، والطبراني في الكبير (٢/٥٧)-ح (١٢٧٧). وانظر: التلخيص الحبیر (١/٢٩)، نصب الراية (٤/٣١٧).

(٤) (ج) آخرجه ابن حبان في صحيحه (٤/٤٩)-ح (١٢٤٣)، والحاكم في مستدركه (١/٢٢٧)-ح (٤٩١)، والترمذى (١/١٠١)-ح (١٠١)، وقال: حديث حسن صحيح، وهو قول أكثر الفقهاء. والبيهقي في الكبير (١/٣٢)، والدارقطني في الكبير (١/٣٤) برقم (٤)، والشافعى في مسنده (١/٧)، وأبو داود (١/٢١)-ح (٨٣)، والنمساني في الكبير (١/٧٥)-ح (٥٨)، وابن ماجه (١/١٣٦)-ح (٣٨٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/٥٠)-ح (٨٦٥٧)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٣٦١)-ح (٣٦١)-ح (٨٧٢٠).

(٥) آخرجه البيهقي في الكبير (١/٢٥٤)-ح (١١٢٨)، والإمام الشافعى في مسنده (١/٣٤٠)، وابن ماجه (٢/١٠٧٣)-ح (٣٢١٨)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٩٧)-ح (٥٧٢٣)، وعبد بن حميد في مسنده (١/٢٦٠)-ح (٨٢٠)، وابن عدي في الكامل (٤/١٨٦)، وابن الجوزي في التحقیق (٢/٣٦١)-ح (١٩٤١) بتحقيقنا، وانظر: التلخيص الحبیر (١/٢٥-٢٦)، نصب الراية للزيلعي (٤/٢٠١-٢٠٣).

فصل

٦٨٩ - إذا رمى صيداً فعقره ولم يثبته، ثم رماه آخر فقتله، أبيح.
ولو أثبته ثم قتله آخر لم يبح، فيضممه مجرحاً على من قتله^(١).
والفرق: أنه إذا لم يثبته الأول بقى على امتناعه ويباح صيده، كما لو لم
يصب، فلذلك أبيح بقتل الثاني.

بخلاف الثانية، فإنه بإثباته ملكه، فإذا قتله برميه لم يحل أكله، واستحق منبه
قيمة مجرحاً، كما لو قتل غير الصيد من ماله، فإنه يضمن قيمة، فكذا هنا.

فصل

٦٩٠ - إذا رمى رجلان صيداً فأصاباه ومات، فادعى كل منهما السبق بالرمي
وإثباته، لم يحل.
ولو ادعى أحدهما أنه سبق فأثبته، وقال الآخر: بل كان ممتنعاً بعد إصابتك [٧٨/ب]
فرميته، فقتلته، حل.

والفرق: أنهمَا في الأولى اتفقا على تحريمِه، حيث ادعى كل واحد منهما
إثباته، ورمى صاحبه له في غير مذبحة، فقتله مع إمكان تذكيره في محلها، فلهذا لم
يحل.

بخلاف الثانية، فإن أحدهما مدعى الإصابة، وإثبات الصيد بذلك، وأنكر
الآخر وادعى امتناعه بعد الرمي، فكان القول قول الثاني، لأن الأصل امتناع الصيد،
وكان القول قول مدعيه، فافترقا^(٢).

كتاب الأيمان

فصل

٦٩١ - إذا حلف بالله تعالى على شيء، فقال له آخر: أنا على مثل ذلك وما
أشبه هذا، يريد التزام مثل يمينه، لم تتعقد.
ولو كانت اليمين طلاقاً أو عتاباً، انعقدت^(٣).

(١) انظر: الكافي (١/٤٨٧)، المحرر (٢/١٩٥)، الإمام (٤/٣٢٢)، الإرادات (٢/٥٢٠).

(٢) المغني (٨/٥٦٢)، الشرح الكبير (٦/٥)، كشاف القناع (٦/٢١٥)، مطالب أولي النهي (٦/٣٤٤).

(٣) الكافي (٤/٣٨٣)، المحرر (٢/١٩٨)، غاية المتبني (٣/٣٧٣).

والفرق: أن الأولى كنابة عن اليمين، واليمين با الله لا تتعقد بالكتنابات، لأنها تعقد بلفظ له حرمة [ولم يوجد، فلم تعقد].
بخلاف الثانية، لأن الطلاق والعنق ينعقدان بالكتنابات مع النية^(١).

فصل

٦٩٢ - إذا قال رجل على عتق رقبة إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: على مثل يمينك إن دخلتها، لزم الثاني مثل ما لزم الأول.
 ولو قال: عبدي حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: على مثله إن دخلتها، فدخلها الثاني.
 قال السامي: لا أعرف فيه رواية، وقياس المذهب عندي: أنه لا يعتق عبد الثاني.

والفرق: أنه في الأولى أوجب في ذمته عتق عبد غير معين، والعتق مما يلزم بالنذر، والثانية أوجب مثل ما أوجبه الأول [فلزمه].
بخلاف الثانية، لأن الأولى أعتق عبد عند دخولها، ولم يوجب عتقاً في ذمته، وكذلك لو اشتري عبداً غير ذلك فأعتقه لم يبر، ولو قلنا: يلزم الثاني لبر: أن يشتري عبداً ويعتقه لم يكن الثاني مثل الأول، فلهذا لم يلزم شيء.
 قلت: قال الوالد: هذه المسألة نقلها السامي من فروق الكرابيسي الحنفي ومن أصلهم: صحة نذر اللجاج والغضب^(٢)، ولزومه عند وجود شرطه.
 ومذهبنا خلاف ذلك، وهو أنه مخير عند وجود الشرط: بين فعل ما نذر، وبين كفارة يمين^(٣)، فلا يستقيم ما ذكره على أصولنا.

فصل

٦٩٣ - إذا حلف بطلاق أو عنق، فقال له آخر: يميني في يمينك ونحوه، انعقد.

وإن لم يكن الأول قد حلف، فنوى الثاني ما سيحلف به، لم ينعقد.
 والفرق: أنه إذا حلف الأول فقد وجد ما يمكن عنه الثاني.

(١) الكافي (٤/٣٨٣)، الشرح الكبير (٦/٨٨)، المبدع (٩/٢٧٦)، شرح متنه الإزادات (٣/٤٢٧).

(٢) انظر: المبدع (٩/٣٢٦)، متنه الإزادات (٢/٥٦٢).

(٣) انظر: الكافي (٤/٤١٧)، المحرر (٢/١٩٩)، متنه الإزادات (٢/٥٦٢).

بخلاف ما إذا لم يكن قد حلف الأول، فإنه لم يجد ما يكفي عنه الثاني، فافترقا.

فصل

٦٩٤ - إذا حلف: ليخرجن من هذه الدار، لم يبر حتى يخرج أهله ومتاعه.
ولو حلف ليخرجن من البلد، بر بخروج بدنـه، دون أهله ومتاعه.
والفرق: أن الدار لا يقصد أن يخرج منها بنفسـه، لأنـه يخرج منها في كل يوم
مراراً، فيحمل حلقـه على الخروج منها بنفسـه وأهله وماـه.
بخلاف البلد، فإنـ العادة أنـ الإنسان لا يخرج منـ البلد كلـ يوم، فلذلك بر
بخروج نفسه فقط^(١).

فصل

٦٩٥ - إذا حلف لا يأكل هذا البـسر فصار تـمراً أو دبـساً أو خـلاً، فأـكلـه حـثـ،
إـلاـ أنـ يـنـويـ ماـ دـامـ بـسـراـ. نـصـ عـلـيـهـ.
ولـوـ حـلـفـ لـاـ يـأـكـلـ هـذـهـ بـيـضـةـ، فـصـارـتـ فـرـخـاـ، أـوـ هـذـهـ حـنـطـةـ فـصـارـتـ زـرـعـاـ
فـأـكـلـهـ، لـمـ يـحـثـ^(٢). ذـكـرـهـ فـيـ الـمـجـرـدـ.
وـالـفـرـقـ: أـنـ الـأـجـزـاءـ الـيـ حـلـفـ عـلـيـهـ بـاقـيـةـ وـانـ تـغـيـرـ اـسـمـهـ وـوـصـفـهـ، /ـبـدـلـيلـ: [٧٩]/ـ
ماـ لـوـ حـلـفـ لـاـ يـأـكـلـ مـنـ لـحـمـ هـذـاـ حـلـفـ فـصـارـ كـبـشـاـ، فـأـكـلـ مـنـهـ، إـنـهـ يـحـثـ، فـكـنـاـ
هـنـاـ.

بـخـلـافـ الـبـيـضـةـ وـالـحـنـطـةـ، إـنـ الـأـجـزـاءـ الـمـحـلـوـفـ عـلـيـهـ اـنـقـلـبـتـ وـتـغـيـرـتـ أـعـيـانـاـ
أـخـرـىـ، فـصـارـ كـمـاـ لـوـ حـلـفـ لـاـ يـأـكـلـ هـذـاـ الـدـقـيـقـ، فـعـلـفـ بـهـ شـاـةـ فـسـمـنـتـ، ثـمـ أـكـلـ
لـحـمـهـ، أـوـ شـرـبـ لـبـنـهـ إـنـهـ لـاـ يـحـثـ، كـذـاـ هـنـاـ، فـظـهـرـ الـفـرـقـ^(٣).

فصل

٦٩٦ - إذا قال لـعـبـدـهـ: إـنـ بـعـتـكـ فـأـنـتـ حـرـ، فـبـاعـهـ، عـتـقـ عـقـيـبـ قـبـولـ
المـشـتـريـ^(٤).

(١) انظر: المعني (٨/٧٧٠)، الشرح الكبير (٦/١٣٠)، المبدع (٩/٣١٩)، كشاف القناع (٦/٢٦٩).

(٢) الكافي (٤/٣٩٤)، الإنصال (١١/٥٩-٦٠)، الإنعام (٤/٣٤٢-٣٤٣)، متنبي الإرادات (٢/٥٤٥).

(٣) انظر: المعني (٨/٨٠٠)، الكافي (٤/٣٩٤)، الشرح الكبير (٦/١٠٢).

(٤) انظر: المعني (٣/٥٧٦)، الشرح الكبير (٢/٣٦٩)، الإنصال (٤/٣٥٥)، كشاف القناع (٢/١٩٥).

ولو قال لعبدة: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه، ثم دخل لم يعتق^(١).
 والفرق: أنه في الأولى علق عنته بصفة تزيل الملك، فوجب أن يعتق
 بوجودها، كما لو قال: أنت حر بعد موتي^(٢).
 بخلاف دخول الدار، لأنها صفة لا تزيل الملك، فلهذا اعتبرت في الملك.

فصل

٦٩٧ - إذا قال لعبدة: إن بعتك فأنت حر، فباعه، لم يعتق بالإيجاب، بل
 بقبول المشتري.

ولو قال: إن وهبتك فأنت حر، فوهبها، عتن بالإيجاب، سواء قبل الموهوب له
 أو لم يقبل، ذكرهما القاضي في المجرد.

والفرق: أن المقصود في الهبة الواهب، لأن الموهوب له ليس من جهته
 ما يقصد.

بخلاف البيع، فإن كلاً من المتباهين في جهة شيء مقصود.

فصل

٦٩٨ - إذا قال: أول من يدخل الدار من عبيدي فهو حر، فدخلها اثنان معاً،
 ثم ثالث وحده، لم يعتق أحد منهم^(٣).

ولو قال: أول من يدخل من عبيدي وحده حر، فدخلوها كذلك، عتن الثالث
 وحده^(٤).

والفرق: أنه في الأولى لا أول فيهم، فلم يعتق واحد منهم.
 وفي الثانية لا أول في الاثنين الأولين، والثالث أول من دخلها وحده، فعتق^(٥).
 قلت: وقال الوالد هذا الذي ذكره في الأولى قول القاضي^(٦)، ومذهب أبي
 حنيفة^(٧).

(١) انظر: المغني (٩/٣٧٦)، الشرح الكبير (١/٣٦٤)، الإمتناع (٣/١٣٥).

(٢) انظر: المغني (٣/٥٧٧)، الشرح الكبير (٢/٣٦٩).

(٣) انظر: المغني (٧/٢٢١)، الشرح الكبير (٤/٣٦٩)، المبدع (٧/٥٠٢)، كشف النقاب (٥/٣١٤).

(٤) المعني (٧/٢٢١)، الشرح الكبير (٤/٥٠٢)، المبدع (٧/٣٦٩)، كشف النقاب (٥/٣١٤).

(٥) المعني (٧/٢٢١)، الشرح الكبير (٤/٥٠٢).

(٦) المعني (٧/٢٢١).

(٧) الهدى شرح البداية (٢/٨٧).

وذكر صاحب المغني في كتاب الطلاق: ما يقتضي أن يعتق الداخلان أولاً، وذكر في كتاب العتق: ما يقتضي إخراج المعتق متهمها بالقرعة. قال: وهو قياس قول الإمام أحمد رضي الله عنه، ثم على ما ذكره في الطلاق مذهب احتمال^(١).

فصل

٦٩٩ - إذا حلف لا يسكن داراً وهو ساكنها، ولا نية له ولا سبب ليمينه، فلم يخرج في الحال مع إمكانه، حثث^(٢).
 ولو حلف لا يدخل داراً وهو داخلها، ولا نية له ولا سبب، فاستدام المقام مع قدرته على الخروج، لم يحثث. اختارها أبو الخطاب^(٣).
 والفرق: أن الدخول عبارة عن الانفصال من خارج إلى داخل، فالمقام بها غيره، فلم يوجد ما نفاه بعقد يمينه.
 بخلاف السكنى، فإن البقاء عليها سكناً، فقد وجد المتنبي بالعقد^(٤).

فصل

٧٠٠ - إذا قال: أي غلمني بشريني بكلذا فهو حر، فبشره واحد ثم آخر / عتق [٧٩/بأ]
 الأول وحده.

ولو قال: أخبرني، مكان بشريني، عتقا^(٥).

والفرق: أن البشارة اسم للخبر السار، فانصرف إلى الذي يقع به الاستبيان، وهذا المعنى إنما يحصل بالأول دون الثاني، فلذلك عتق وحده. بخلاف الإخبار، فإن كلاً متهمماً مخبر، فلذلك عتقا^(٦).

فصل

٧٠١ - إذا قال: إن قتلت فلاناً يوم الجمعة فعدي حر، فضرره يوم الخميس.

(١) انظر: المغني لموفق الدين (٢٢١/٧).

(٢) انظر: الهدایة (١٣/٢)، الكافي (٤/٤٠٨)، المحرر (٢/٨٠)، الامتناع (٤/٣٥٣).

(٣) الهدایة (١٣/٢)، المغني (٨/٧٧٨)، الفروع (٦/٣٨٧)، الإنصاف (١١/١٠١)، الامتناع (٤/٣٥٥).

(٤) انظر: المغني (٨/٧٦٧، ٧٧٨)، الشرح الكبير (٦/١٢٧)، المبدع (٩/٣١٦).

(٥) انظر: الهدایة (٢/٢٦)، المغني (٧/٢٢٠)، الشرح الكبير (٤/٥٠١)، الإنصاف (٩/١١٢)، الإرادات (٢/٣٠١)، كشف القناع (٥/٣١٤).

(٦) انظر: المغني (٧/٢٢٠)، الكافي (٣/٢٠٨)، الشرح الكبير (٤/٥٠١)، المبدع (٧/٣٦٨).

فمات يوم الجمعة من ضربته.

قال السامری: لا أعرف فيه رواية، وقياس المذهب عندي: يحث. ولو كان الضرب قبل اليمين يوم الخميس، فمات بها يوم الجمعة، لم يحث. والفرق: أن المتنبي بيمنه إحداث ما يصير به قاتلاً يوم الجمعة، فإذا ضربه بعد اليمين فقد وجد ما نفاه بيمنه فحث.

بخلاف الثانية، فإنه لم يحدث به بعد اليمين ضرباً، فلا يحث.

قلت: وفي المسألة الأولى روایتان^(١).

إحداهما: لا يحث، والأخرى: يحث.

قال في المغني^(٢): ويحتمل أن لا يحث حتى يوجد الجرح والموت جمِيعاً يوم الجمعة، والله أعلم.

فصل

٧٠٢ - إذا حلف: لا كلام زيداً وعمرأ، فكلم أحدهما، لم يحث.

ولو قال: ولا عمرأ، حث.

والفرق: أن اليمين في الأولى على الجميع، فلم يحث بكلام أحدهما، كما لو قال: لا أكلت خبزاً ولبناً، فأكل أحدهما.

بخلاف الثانية، فإن كل واحد محلف عليه مفرداً، فيحث بكلامه^(٣).

فصل

٧٠٣ - إذا حلف: لا كلامه يوماً ويومين، فكلمه في الثالث، حث.

ولو قال: ولا يومين، لم يحث.

والفرق: أنه في الأولى عطف بحرف الجمع، فكانه قال: لا كلامه ثلاثة أيام.

بخلاف الثانية، فإنه لم يعطف، وإنما أعاد حرف التنفي فصار كل منها منفذاً، فكأنهما يمينان، ومدة النهي من حين العقد، والنهي والعقد إن وجداً وقتاً واحداً فتنقضي المدة بمضي اليوم الثاني، فلذلك لم يحث.

(١) انظر: المغني (٧/٢٢٠).

(٢) انظر: المغني (٧/٢٢٠).

(٣) المغني (٨/٧٨٢).

فصل

٧٠٤ - إذا حلف بالله وقال: استثنيت بقلبي، لم يقبل إلا أن يكون مظلوماً^(١). ولو قال: أنت طالق، وقال: نويت إن دخلت الدار، دين في الباطن، وفي الحكم روایتان^(٢).

والفرق: أنه في الأولى يريد رفع يمينه رأساً، فلم يقبل، كالنسخ.
بخلاف الثانية، فإنه لم يرفعها بالكلية، بل خصصها، فجاز بغير نطق كتخصيص العلوم بالقياس المستبطن من النطق.

فصل

٧٠٥ - إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو، ففي حثه روایتان.

ولو أكل من طعام اشتراه زيد، واختلط بما اشتراه عمرو [فأكل]^(٣) أكثر مما اشتري عمرو حث، روایة واحدة^(٤).

والفرق: أنهما إذا اشتركا في شرائه لم يتحقق في جزء / من أجزاءه شراء زيد، [١٨٠/١] فلم يتحقق شرط حثه، فلم يحث.

بخلاف الثانية، فإنه قد أكل مما اشتراه زيد حقيقة فحث^(٥). والله أعلم.

فصل

٧٠٦ - ذكر القاضي في كتاب إبطال الحيل: إذا حلف لا أكلت شيئاً أبداً، ونوى اللحم، فله نيته.

ولو حلف لا أكلت، ونوى اللحم، لم تتفعه نيته، وحثت بأي طعام أكل.
وفرق: بأن لا أكلت شيئاً عام، فأي طعام نواه صدق فيه، لأنه يدعى تخصيص

(١) المغني (٨/٧١٦)، متنه الإرادات (٢/٥٣٥).

(٢) الهدية (١٢٢)، الكافي (٣/١٩٠)، المحرر (٢/٥٣)، الإنفاق (٩/٧١)، الإنماع (٤/٣٠).

(٣) انظر: الهدية (٢/٣٣)، الكافي (٤/٤٤)، المغني (٨/٧٨١)، الشرح الكبير (٤/٥٠٥)، المحرر (٦/٣٧٣)، الفروع (٦/٣٨٨)، المبدع (٧/٣٧٣)، الإنفاق (٩/١١٨)، الإنماع (٤/٤٩)، الإرادات (٢/٣٠٤).

(٤) انظر: المغني (٨/٧٨١)، الشرح الكبير (٤/٥٠٥)، الإنماع (٤/٤٩)، الإرادات (٢/٣٠٤).

(٥) انظر: المغني (٨/٧٨١)، الشرح الكبير (٤/٥٠٥)، المبدع (٧/٣٧٣).

ما في لفظه: وقد أومأ إليه إمامنا رضي الله عنه في رواية إسحاق بن إبراهيم. إذا قال: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ونوى تلك الساعة، صدق بذلك.

بخلاف الثانية، فإنه ادعى تخصيص ما ليس في لفظه، لأن الذي في لفظه الأكل مطلقاً، وليس في لفظه طعام دون طعام، فـأي طعام أكله فقد تناولته يمسيته، فلذلك حث.

فصل

٧٠٧ - إذا حلف لا يدخل داراً، فدخل فضاء كان داراً، لم يحث.

ولو عين الدار، فدخلها وقد صارت فضاء، حث^(١).

والفرق: أن الفضاء ليس داراً عرفاً، فلم يحث.

وفي الثانية تعلق الحلف بعين الدار، وعرضتها^(٢) منها، فحثت بدخولها، كما لو دخل دهليزها^(٣)، فظهر الفرق^(٤).

فصل

٧٠٨ - قد ذكرنا: أنه يحث بدخول عرصة دار حلف لا يدخلها.

فلو حلف: لا يدخل خيمة فقلعت، ودخل مكانها، لم يحث. ذكره أبو الوفاء رحمة الله.

والفرق: أن الدار لعرضتها وبناها، فحثت بدخول عرصفتها.

بخلاف الخيمة، فإنها اسم لذلك الظلة، وليس العرصة من جملتها، فلذلك لم يحث بدخولها.

فصل

٧٠٩ - إذا حلف: لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك، فهرب، لم يحث^(٥).

ولو قال: لا افترقنا، حث^(٦).

(١) انظر: الهدية (٣١/٢)، الكافي (٤/٣٩٤)، المحرر (٢/٧٦)، المحتاج (٤/٣٤٣).

(٢) لسان العرب (٧٦/٥٢)، المصباح المنير (٢/٤٠٢).

(٣) المصباح المنير (١/٢٠١)، القاموس المحيط (٢/١٧٦).

(٤) المعنى (٨/٨٠١)، الكافي (٤/٣٩٤)، الشرح الكبير (٦/١٠٢).

(٥) انظر: الهدية (٢/٣٧)، المقنع (٣/٥٩٣)، المحرر (٢/٥٩٣)، الفروع (٦/٣٩٣)، متنه الإرادات (٢/٥٦٠).

(٦) الهدية (٢/٣٧)، المقنع (٣/٥٩٣)، المحرر (٢/٨٢)، الفروع (٦/٣٩٣)، الإرادات (٢/٥٦٠).

والفرق: أنه في الأولى حلف على فعل نفسه، وهو لم يفارقه^(١).
بخلاف الثانية، فإنه حلف على الفرقة، وبهرب المدين حصلت، فحيث^(٢).

فصل

٧١٠ - إذا حلف لا يأكل شعيراً، فأكل حنطة فيها حبات شعير، حث^(٣).
ولو حلف لا يشتري حنطة، فاشترى حنطة فيها حبات شعير، لم يحيث.
قال: في قياس المذهب عندي، ولا أعرف فيها رواية.
والفرق: أنه في الأولى نفي بيمينه الأكل، والأكل فعل، والفعل يكون بعضه
تبعاً لبعض، فكل حبة من المأكول تقصد بالأكل، فقد وجد ما نفاه بعقد يمينه.
بخلاف الشراء، فإن القصد باليمين أن لا يعقد عليه، وهو لم يقصد العقد
عليه، وإنما دخل تبعاً، فلم يحيث به، كما لو حلف لا يشتري مسامير فاشترى باباً
فيه مسامير، فإنه لا يحيث، كذا هنا.

قلت: قال شيخنا الوالد في قوله: والفعل يكون بعضه تبعاً لبعض / نظر. [٨٠/بـ]
وصوابه: لا يكون بعضه تبعاً لبعض، بدليل أن إنساناً لو قتل رجلين، أو أكل شيئاً
فإن أحدهما لا يكون تبعاً للأخر، بل الفعل في كل واحد منها حقيقة، لأن الفعل لا
يتحمل المجاز، وشرط حنته قصده بالأكل، وكل حبة مقصودة بالأكل. هكذا في
كتاب التكريسي، ومنه نقل المصنف هذه المسألة، فتأمله تجده عين الصواب، إذ لو
جعل الفعل بعضه يتبع بعضًا لما حث في الصورة المذكورة، لأن ذلك يتضمن أن
يكون أكله للشاعر المحلوف على نفي أكله تبعاً لأكل الحنطة الذي لم يحلف عليه في
أنه لا يحيث بأكله، وهو عكس المقصود.

فصل

٧١١ - إذا حلف: لا كلمته أشهراً، حمل على ثلات، كقوله أياماً^(٤).
ولو حلف: لا كلمته شهوراً، حمل على اثني عشر، عند القاضي^(٥).

(١) المغني (٧٩٤/٨)، الشرح الكبير (١٣٤/٦)، الصدug (٣٢٣/٩).

(٢) المغني (٧٩٦/٨)، الشرح الكبير (١٣٥/٦)، الصدug (٣٢٣/٩).

(٣) الهدایة (٢/٣٥)، الكافي (٤/٤٠١)، الفروع (٦/٣٨٣)، الإنصال (١١/٩٧)، متنه الإرادات (٢/٥٢).

(٤) انظر: الهدایة (٢/٣٨)، الكافي (٤/٤٠٦)، الفروع (٦/٣٨٠)، متنه الإرادات (٢/٥٥٥).

(٥) الهدایة (٢/٣٨)، الكافي (٤/٤٠٦)، المحرر (٢/٨١)، الإنصال (١١/٨٧)، متنه الإرادات (٢/٥٥٥).

والفرق: أن أشهراً اسم لما دون العشرة، قال تعالى: ﴿فَعَدْتُهُنَّ تَكْثُرُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: الآية ٤]، وقال: ﴿يَرِيَّصَنْ إِلَّا فِيهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: الآية ٢٣٤] فيحمل على أقل الجمع وهو ثلاثة.

بخلاف شهور، فإنه يحمل على اثنى عشر، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ عَدَّهُ أَشْهُرٍ
عِنْدَ اللَّهِ أَفَنَا عَنَّا عَشَرَ شَهْرًا﴾^(١) [الترية: الآية ٣٦].

قلت: ولو قيل بأحد عشر كان وجهه: أن شهوراً جميعاً كثرة، وهذا أولها، والله أعلم.

فصل

٧١٢ - إذا حلف بالله ليأكلن الخبز الذي في هذا السُّل ولا خبز فيه، أو ليشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه، لم تتعقد يمينه، سواء علم بهما أو لم يعلم. ولو حلف بالله ليقتلن فلاناً، وهو يعلم أنه ميت حث. ذكرهما القاضي^(٢).

وفرق: بأن يمينه تنعقد على تلك الحياة المعهودة، وهي متوجهة عودها وجودها.

بخلاف الأولى، فإن ماء الكوز وخبز السُّل غير موجودين، فإن أوجد الله تعالى فيهما شيئاً فيما بعد فليس هو المحلف عليه، فلذلك لم تتعقد يمينه.

فصل

٧١٣ - إذا قال لأمته: إن أعطيتك كري مقنعتك فأنت حرّة، فأقرضها دراهم، فاشترت بها قطناً، وغزلته وباعته، وردت على مولاها قدر ما أعطاها، وصرفت الباقي فيأجرة المقنعة، حث. نص عليه.

ولو قال لزوجته: إن أعطيتك كري مقنعتك فأنت طالق، فأعطها دراهم ففعلت كما فعلت الأمة، لم يحيث.

والفرق: أن ما دفعه إلى أمته لم يخرج عن ملكه، فهو الدافع كري المقنعة، فحيث.

وأما الزوجة فتملك ما دفعه إليها، فهي المؤدية للأجرة، فافتراقاً.

فصل

٧١٤ - إذا حلف لا يتصدق عليه، فهو به، لم يحيث.

(١) انظر: الكافي (٤٠٦/٤)، المغني (٧٨٩/٨)، الشرح الكبير (١١٨/٦).

(٢) الشرح الكبير (٤٦٢/٤)، الإنصاف (٤٣/٩)، الإمتاع (٢٥/٤)، غاية المتهمي (١٣٤/٣).

ولو كان بالعكس، حث^(١).

والفرق: أن الصدقة هبة لأنها متضمنة معناها.

وليس الهبة صدقة/ لجواز قبولها لمن لا تحل له الصدقة، فاتضح الفرق^(٢). [١٨١]

فصل

٧١٥ - إذا حلف لا يأكل هذه التمرة فاختلطت بتمر ولم تتميز، فأسقط منه تمرة وأكلباقي، لم يحث^(٣).

ولو حلف ليأكلن، حث^(٤).

والفرق: أنه في الأولى منع نفسه أكلها، وبعد الاختلاط والسقوط يتحمل بقاوئها وعدمها، والأصل براءة الذمة من الحث، فلم يحث^(٥).

بخلاف الثانية، فإنه التزم أكلها، وبعد الاختلاط والسقوط لا يتحقق بقاوئها فلم تخرج من عهدة يمينه، لأن الأصل عدم أكلها، فلا تبرأ ذمته إلا بيقين.

فصل

٧١٦ - إذا حلف لا يشرب ماء دجلة ولا نية له، فشرب منه، حث.

ولو حلف: لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ولا نية له، لم يحث. في إحدى الروايتين^(٦).

والفرق: أن شربه لجميع ماء دجلة غير ممكن، فانصرفت يمينه إلى الممكن منه وهو البعض، فحثت بشريه.

بخلاف ماء الإناء فإن شرب جميعه ممكن، فانصرفت يمينه إليه، فإذا لم يشربه جميعه لم يوجد شرط حثه، فلم يحث^(٧).

(١) المقعن (٣/٥٧٧)، المحرر (٢/٧٧)، الانصاف (١١/٦٦)، الامتناع (٤/٣٤٥).

(٢) انظر: الكافي (٤/٣٩٩)، الشرح الكبير (٦/١٠٦-١٠٧)، المبدع (٩/٢٩٣-٢٩٤)، كشاف القناع (٦/٢٥٣).

(٣) انظر: الهدایة (٢/٣٥)، المقعن (٢/٢١٦)، الامتناع (٤/٦٠).

(٤) المغني (٨/٨١٧)، الشرح الكبير (٤/٥١١)، المبدع (٧/٣٨٢)، الامتناع (٤/٦٠).

(٥) انظر: المغني (٨/٨١٧)، الشرح الكبير (٤/٥١١)، كشاف القناع (٥/٣٣٢).

(٦) الهدایة (٢/٣٥)، المقعن (٣/٢١٢)، المبدع (٧/٣٧٢)، متنهى الإرادات (٢/٣٠٣).

(٧) انظر: المغني (٨/٧٩٢)، الشرح الكبير (٤/٥٠٤)، المبدع (٧/٣٧٢)، كشاف القناع (٥/٣١٨).

فصل

٧١٧ - إذا حلف لا باع ثوبه من فلان بمائة، فباعه بها أو بأقل منها، حنث.
وإن باعه بأكثر، لم يحنث.

والفرق: أن العرف يقتضي في هذا بأن المراد أن لا يبيعه بها ولا بأقل، لكنها دون القيمة، أو دون مراده، فتكون اليمين منصرفة إلى ذلك دون البيع بأكثر، فإذا باعه بأكثر لم يوجد شرط حنثه، فلم يحنث^(١).

فصل

٧١٨ - إذا قال لزوجته: إن وهبتك شيئاً فبعتيه فأنت طالق، فوهب لها شيئاً
فيأعته، طلق.

ولو حلف: لا سرقت مني شيئاً فبعتيه، فسرقت وباخته، لم يحنث^(٢).

والفرق: أنه إذا وهبها فباعت، فالبيع صحيح، فقد وجد شرط حنثه.
بخلاف الثانية، فإنها إذا باعت ما سرقته لم يصح، فلم يوجد شرط الحنث،
فلم يحنث فافتراقا.

قللت: وحكي أصحابنا في هذه المسألة قولين، ورجح بعضهم الحنث بالعقد.

فصل

٧١٩ - إذا حلف لا يبيع فباع، فلم يقبل المشتري، لم يحنث.
ولو حلف لا يهب فوهب، ولم يقبل المتهدب، حنث^(٣).

والفرق: أن المقصود في الهبة جهة الواهب، والمتهدب ليس من جهته ما
يقصد.

وفي البيع المقصود من الجهاتين، فافتراقا، والله تعالى أعلم.

(١) المغني (٨/٧٩١)، الشرح الكبير (٦/٩٨)، كشاف القناع (٦/٢٤٦)، مطالب أولي النهي (٦).
٣٨٢

(٢) انظر: المقنع (٣/٥٧٦)، الشرح الكبير (٦/١٠٥)، الفروع (٦/٣٦٦)، الإنصاف (١١/٦٢).

الإمتناع (٤/٣٤٤).

(٣) انظر: الكافي (٤/٣٩٩)، المحرر (٢/٧٧)، الفروع (٦/٣٦٦)، الإمتناع (٤/٣٤٤-٣٤٥).

كتاب النذر

فصل

٧٢٠ - إذا قال: الله عليّ أن أصوم ثلاثة أيام، لم يلزمه التتابع. روایة واحدة.
ولو قال: عشرين أو خمسة وعشرين أو أربعين، فهل يلزمه التتابع؟ فيه روایتان^(١).

والفرق: أنه إذا نذر صوم ثلاثة أيام فالظاهر أنه أراد/ التفرقة وإلا لقال: شهراً، [٨١/ب] فلما عدل عن ذكر الشهر إلى ذكر العدد، علم أنه أراد التفرقة دون التتابع^(٢).
بخلاف الثانية، فإن العشرين وغيرها من الأعداد غير الثلاثة لم يرد الشرع بوجوب التتابع فيها، فلم يكن في ذكر الأيام دلالة على أنه لم يقصد التتابع^(٣).

فصل

٧٢١ - إذا نذر أن يصوم كل اثنين أجزاء صوم الاثنين التي في شهر رمضان عنه وعن نذرها، ولم يلزمه قضاوها، ولا كفارة^(٤).
ولو وجبت عليه كفارة ظهار قبل نذره صيام الاثنين أو بعده، لزمه صوم الاثنين عن الكفارة، دون النذر^(٥).

والفرق: أن الاثنين التي في غير رمضان يصح صومها لها عن نذرها، وإذا صح صومها عن نذرها دخلت تحت نذرها، فإذا لم يصومها عن نذرها لزمها كفارة يمين لمخالفة النذر، ويصومها عن الكفارة ليصح التتابع^(٦).

بخلاف الاثنين التي في شهر رمضان، فإنه لا يصح صومها عن نذرها، فلم تدخل تحت نذرها، فلذلك لم يلزمها قضاوها^(٧).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٣/٦٤)، المغني (٩/٢٨٢٧)، الفروع (٦/٤٠٩)، المبدع (٩/٣٣٩)، الإماماع (٤/٣٦١)، متهى الإرادات (٢/٥٦٦).

(٢) انظر: المغني (٩/٢٨)، الشرح الكبير (٦/١٤٦).

(٣) انظر: المغني (٩/٢٨)، الشرح الكبير (٦/١٤٦).

(٤) الروايتين والوجهين (٣/٦٥)، المغني (٩/٢٤)، الفروع (٦/٤٠٧).

(٥) المغني (٩/٢٤).

(٦) المغني (٩/٢٤).

(٧) الروايتين والوجهين (٣/٦٥)، المغني (٩/٢٤).

قلت: قال الوالد: ينظر في قوله: فلم تدخل تحت نذره، مع قوله أول المسألة: أجزاء صوم التي في شهر رمضان عنه وعن نذره، لأنها إذا لم تدخل فإنما يصومها عن رمضان خاصة، لا عن غيره، ففي القول بأنه يصومها عن رمضان ونذره، مع القول بأنها لا تدخل تحت نذره تناقض ظاهر.

فصل

٧٢٢ - إذا قال في حال اللجاج والغضب: إن دخلت الدار فما لي صدقة، فدخلتها، خير بين فعل ما التزم، وبين كفارة يمين^(١). ولو كان النذر عتق عبد له، عتق. ولم يكن مخيراً^(٢).

والفرق: أنه في الأولى نذر في حال الغضب فتكون يميناً، بدليل قوله عليه السلام: «النذر حلف، وكفارته كفارة يمين»^(٣)، فيلزم كفارة يمين مع وجود شرطه، ومخالفة نذره^(٤).

بخلاف الثانية، فإن ذلك تعليق للعنت بصفة، فمع وجود الصفة يعتق العبد^(٥)، فافتراقاً.

قلت: وهذا الحديث الذي ذكره: «النذر حلف» لم أره في شيء من الكتب المعتمدة، بل جاء بمعناه ما يدل على أن كفارة النذر كفارة يمين، مع قوله: «من نذر ولم يسم فكفارته كفارة يمين، ومن نذر ولم يطّقه فكفارته كفارة يمين» رواه أبو داود وغيره^(٦).

فصل

٧٢٣ - إذا نذر الصلاة في أحد المساجد الثلاثة لزمه فعلها.

(١) الهدایة (١٢٠/٢)، الكافی (٤١٧/٤)، المحرر (١٩٩/٢)، الإمتناع (٤/٣٥٧).

(٢) الهدایة (١٢٠/٢)، الكافی (٤١٧/٤)، المبدع (٩/٣٢٧).

(٣) لم أجده.

(٤) الشرح الكبير (١٣٦/٦)، المبدع (٩/٣٢٧)، كشاف القناع (٦/٢٧٥).

(٥) الكافی (٤١٧/٤)، المبدع (٩/٣٢٧).

(٦) أخرجه أبو عوانة في مستنه (٤/١٥)- ح (٥٨٦٢)، والطيساني في مستنه (١/٢٠٨)- ح (١٤٨٤).

(٧) أخرجه أبو داود (٣/٢٤١)، والبيهقي في الكبرى (٤٥/١٠)، والدارقطني في سنته (٤/١٥٨)- ح (١٥٨/٤)، وأبن ماجه (١/٦٨٧)- ح (٢١٢٧)، والروياني في مستنه (١/١٩٢)- ح (٢٥٦)، والطرانی في الكبير (١١/٤١٢)- ح (١٢١٦٩)، وانظر: التلخيص الحبير (٤/١٧٦)، نصب الرأبة (٣/٢٩٥).

ولو نذر الصلاة في غيرها لم يلزمها، بل يخbir بين فعل ما نذرها، وبين الكفارة^(١).

والفرق: قوله ﷺ: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، والمسجد الأقصى، ومسجدي هذا» متفق عليه^(٢)، فهذا الحديث / نص في الفرق. [١/٨٢]

فصل

٧٢٤ - إذا نذر أن يصوم كل اثنين، ثم لزمه صوم شهرين متتابعين إما بظهار أو غيره، فصامها عن ذلك، لزمه قضاء الأثنين اللاتي فيها.

ولو صام شهر رمضان، لم يلزمها أن يقضي ما فيه من الأثنين.

الفرق: أن صوم رمضان وجب بالشرع قبل النذر، فصار نذرها مخصوصاً، كنذر صوم الدهر، فأثنين رمضان لم تدخل تحت نذرها، فلم يلزمها قضاها.

بخلاف الأثنين التي صامها عن كفارته، فإن وجوب صيامها بالنذر سبق وجودها بالكفارة، فإذا صامها عن كفارتها قضاها لنذرها، كما لو أفترها.

قلت: قال الوالد: قد ذكر في الفصل الثاني من هذا الباب: أنه لا فرق بين أن يكون نذر الأثنين متقدماً على وجوب الصوم أو متاخراً، وفرق بينهما في هذا الفصل، وهذا تناقض ظاهر، والله أعلم.

كتاب الأقضية

فصل

٧٢٥ - إذا استعدى على خصم في البلد، أعدى عليه قبل تحرير الدعوى، ولو كان غائباً، لم يعد حتى تحرر^(٣).

والفرق: وجود المشقة في حق الغائب، وعدمها في حق الحاضر^(٤).

(١) انظر: الهدامة (٢٢١/٢).

(٢) ح) أخرجه البخاري (١/٣٩٨) - ح (١١٣٢)، ومسلم (٢/١٠١٤) - ح (١٣٩٧).

(٣) انظر: الكافي (٤/٤٥٨)، المحرر (٢/٢٠٦٢٠٥)، الفروع (٦/٤٥٨ - ٤٥٩)، غایة المتنبي (٣/٤٢٤ - ٤٢٢).

(٤) انظر: المعنی (٩/٦٢)، الشرح الكبير (٦/١٨٠)، المبدع (١٠/٥٥).

فصل

٧٢٦ - إذا قال المدعي: لا بينة لي، ثم أتى ببينة، لم تقبل^(١). ولو قال: لي بينة غائبة أو حاضرة وأريد إخلافه فحلف، ثم أتى ببينة، قبلت^(٢). والفرق: أنه في قوله: لا بينة لي قد أكذب بيته، فلم تقبل^(٣). بخلاف الأخرى، فإنه لم يكذب بيته.

فصل

٧٢٧ - إذا قال: لا بينة لي، ثم أتى ببينة، لم تقبل^(٤). ولو قال: لا أعلم لي بينة، ثم أتى ببينة، قبلت^(٥). الفرق: أنه في الأولى مكذب بيته، كما تقدم. بخلاف الثانية، فإنه لم ينفها مطلقاً، بل نفى علمه بها، فمن الجائز أن يذكرها ذكرها^(٦)، والله أعلم.

فصل

٧٢٨ - إذا قال المدعي: لي بينة غائبة، لم يكن له ملازمة المدعي عليه، ولا مطالبه بكفيل. نص عليه. ولو أحضره إلى باب المحاكم وهو مشغول، فله ملازمه حتى يتفرغ المحاكم^(٧). والفرق: أن المدعي في الأولى قادر على فصل الحكومة بدون الملازمة. بخلاف الثانية، فإنه لا يقدر على الحكومة بغير الملازمة فتعينت^(٨).

فصل

٧٢٩ - إذا كتب قاضي بلد إلى قاضي بلد يثبتون حق على إنسان، فأحضر

(١) الهدایة (٢/١٢٨)، الكافی (٤/٤٦٣)، المحرر (٢/٢٠٩)، الإمتناع (٤/٣٩٤).

(٢) الكافی (٤/٤٦٢)، المقعن (٣/٦١٩)، الإمتناع (٤/٣٩٤)، متهى الإرادات (٣/٤٩٤).

(٣) الكافی (٤/٤٦٣)، الشرح الكبير (٦/١٨٥)، كشاف القناع (٦/٣٣٩).

(٤) انظر: المغني (٩/٢٢٢)، الشرح الكبير (٦/١٨٦)، المبدع (١٠/٦٩)، كشاف القناع (٦/٣٤٠).

(٥) انظر: الهدایة (٢/١٢٨)، المقعن (٣/٦١٨)، المحرر (٢/٢٠٩)، متهى الإرادات (٢/٦٠١).

(٦) الكافی (٤/٤٦٣)، الشرح الكبير (٦/١٨٥)، المبدع (١٠/٦٧)، كشاف القناع (٦/٣٣٩).

(٧) انظر: المغني (٩/٢٢٥)، الشرح الكبير (٦/١٨٦).

(٨) انظر: المغني (٩/٢٢٥)، الشرح الكبير (٦/١٨٦).

المكتوب إليه المدعي عليه، وألزمه دفع الحق، فقال: برئت إليه منه، فإن كان صاحب الحق حاضراً حلف وأخذ.

وإن كان غائباً ألزم المدعي عليه بالخروج من الحق، وبقي على استحلافه لصاحب، ذكره ابن عقيل عن القاضي.

والفرق: أنا لو أخرنا الاستيفاء ليحضر الغائب ويحلف كان في ذلك ضرر به.
بخلاف ما إذا كان حاضراً، فإنه لا مشقة عليه في ذلك، فافتراقاً.

فصل

٧٣٠ - إذا ادعى إنسان أن الحاكم حكم له /، بحق فلم يذكر، فشهاد عدلان [٨٢/ب] عنده بذلك، لم يحكم بشهادتهما^(١).

ولو شهداً عنده: أن حاكماً غيره حكم له بحق، حكم بشهادتهما^(٢).

والفرق: أن حكم نفسه يمكن تيقنه بأن يتذكر، فلم يجز أن يعمل فيه بشهادة غيره.

بخلاف الحكم أولاً، فإنه لا طريق إليه إلا البيلة، فعمل بها.
قلت: والصحيح، أنه يحكم بشهادة العدولين في الأولى، فلا فرق، والله أعلم.

فصل

٧٣١ - إذا بان للحاكم أنه خالف النص أو الإجماع، نقض حكمه^(٣).

ولو اجتهد في القبلة فبان له الخطأ بعد الصلاة، لم يعدها^(٤).

والفرق: أن القبلة يجوز تركها مع العذر، فجاز سقوط الفرض بالصلاحة إلى غيرها خطأ.

بخلاف الحكم، فإنه لا يترك النص ولا الإجماع فيه للعذر، فلم يترك للخطأ^(٥).

(١) الهدية (٢/١٣٠)، المحرر (٢/٢١١)، الشرح الكبير (٦/٢٠٤)، الإنصاف (١١/٣٠٦)، الإمتناع (٤/٤٠٤).

(٢) الشرح الكبير (٦/٢٠٤)، المبدع (١٠/٩٥)، كشاف القناع (٦/٣٥٦).

(٣) انظر: الهدية (٢/١٣٠)، المقعن (٣/٦١٣)، متبني الإرادات (٢/٥٨٦)، الروض المربع (٢/٣٦٨).

(٤) الهدية (١/٣٢)، المقعن (١/١٣٣)، المحرر (١/٥٢)، الروض المربع (١/٤٨).

(٥) المغني (٩/٥٧)، الشرح الكبير (٦/١٧٦).

فصل

٧٣٢ - إذا ادعى على رجل قتل عمد، وأقام شاهداً وحلف معه، لم يستحق قوداً ولا دية، ولو ادعى على رجل سرقة نصاب، وأقام شاهداً وحلف معه، استحق الغرم، دون القاطع.

والفرق: أن بينة السرقة تضمنت الغرم والقطع، وأحدهما ينفك عن الآخر، فإن السارق من غير حرج يغنم ولا يقطع، فيثبت ما يثبت بها، وهو الغرم، دون القطع بخلاف الأخرى، فإن قتل العمد إما أن يوجب القصاص عيناً، وإما هو أو الديمة، فالقود والمال لا يجتمعان، وإنما يجب أحدهما على التخيير، فلم يمكن إثبات أحدهما منفرداً عن الآخر^(١).

فصل

٧٣٣ - إذا كان في يد رجل جارية فادعى رجل أنها أم ولده، وأن ولدها منه حرج، وأقام بذلك رجلاً وامرأتين، أو شاهداً وحلف معه، حكم له بالجارية، لأن أم الولد مال، وإذا ملكها باليتة ثبت أنها أم ولده بالإقرار في الملك.

وفي الولد روايتان:

أحدهما: يثبت نسبة وحريته، لأن الجارية إذا ثبتت له باليتة، حكم له ببنائها، فثبتت له الولد، ثم ثبتت نسبة وحريته باعترافه بذلك بعد حصوله في ملكه، كما لو كان في يد رجل عبد فادعى آخر أنه كان عبده وأعتقه، وأنه غصبه منه واسترقه، وأقام به شاهداً وحلف معه، فإنه يحكم له بذلك، وتثبت حرية العبد بإقراره في ملكه.

والرواية الأخرى^(٢): لا تثبت الحرية، ويبقى على ملك من هو في يده، لأنه لم يدع ملك الولد أصلاً، وإنما ادعى النسب، وانعقاد الولد حراً في الأصل، وهو لا يثبتان بشاهد ويمين.

يختلف ما إذا ادعى أن العبد الذي في يد الرجل كان ملكه وأعتقه، لأنه ادعى ملكه أصلاً، فلذلك ثبتت دعواه بشاهد ويمين^(٣).

(١) الكافي (٤/٥٣٩)، المغني (٩/١٥٤)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، المبدع (١٠/٢٦١)، كشاف القناع (٦/٤٣٩).

(٢) الكافي (٤/٥٤٠)، المغني (٩/١٥٥)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، الإنفاق (١٢/٨٨)، كشاف القناع (٦/٤٣٧).

(٣) انظر: الكافي (٤/٥٤٠)، المغني (٩/١٥٥)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، الإنفاق (١٢/٨٨)، كشاف القناع (٦/٤٣٧).

فصل

٧٣٤ - إذا ادعى عيناً في يد آخر أنها له ولفلان الغائب، وأقام بذلك بينة، انتزع نصيب المدعى من يده، وأبقى / نصيب الغائب^(١). [١/٨٣]

ولو ادعى أنها له ولأخيه الغائب ورثاها عن أبيهما، ولا وارث له سواهما، وأقام بذلك بينة، سلم نصيب المدعى إليه، وحفظ الحكم نصيب الغائب حتى يقلم^(٢).

والفرق: أن البينة في الأولى لهما جمِيعاً، فسمعت في حق الحاضر، وقضى بها في حقه، دون الغائب، لأن رشيد لا ولادة عليه، فلم تسمع البينة له بغير إذنه، كما لو كان حاضراً.

بخلاف الثانية، فإن البينة شهدت للمتوفى، بدليل: أنه يقضي ديونه، وينفذ وصاياته، والميت لا يعبر عن نفسه، فجاز سماعها له بدعوى من هو قائم في ماله مقامه، فإذا سمعت انتقل الحق إلى وارثه، فيأخذ الحاضر نصيبه، والحكم نصيب الغائب يحفظه له^(٣)، هذا إن كان المدعى عيناً.

وإن كان ديناً فقيه وجهان:

أحدهما: يأخذ الحاضر نصيب الغائب كالعينين.

قلت: وهو الصحيح من المذهب^(٤).

والثاني: يقره عند المدعى عليه، يكون محفوظاً في ذمته للغائب، والله أعلم.

فصل

٧٣٥ - إذا ادعى أحد الوارثين: أن مِنْ تركة موروثه مالاً في ذمة رجل حاضر معه، والوارث الآخر غائب، وأقام البينة بدعواه، فإن الحاضر يسمعها ويقضي للحاضر بنصيبيه، دون نصيب الغائب، فمتي حضر الغائب وسأل الحكم لحقه، حكم له، ولم يحتاج إلى إعادة البينة.

ولو كانت دعوى الحاضر بقتل عمد، احتاج عند حضوره إلى إقامة البينة.

(١) انظر: المغني (٩/٣٠٤)، الشرح الكبير (٦/٢٠٣).

(٢) انظر: المغني (٩/٣٠٤)، الشرح الكبير (٦/٢٠٢)، المحرر (٢/٢١٠)، الإنفاق (١١/٣٠٤).

(٣) انظر: المغني (٩/٣٠٤)، الشرح الكبير (٦/٢٠٣).

(٤) المغني (٩/٣٠٤)، المحرر (٢/٢١٠)، الفروع (٦/٤٨٦)، الإنفاق (١١/٣٠٤)، منتهى الإرادات (٢/٦٠٧).

والفرق: أن إقامة البينة مع غيبة بعض الورثة غير موجب للقضاء بها، بدليل: أنه لا يقضى بها في نصيب الحاضر أيضاً، فصار كما لو كان الشهود فساقاً، فإنه لا يقضى بها، كذا هنا، فإذا حضر الغائب احتاج إلى إعادة البينة.

بخلاف الأموال وما يوجب المال من قتل الخطأ، لأن البينة قامت موجبة للقضاء، وإنما امتنع في نصيب الغائب لعدم الدعوى، فإذا حضر وادعى قضي له، كما لو كانوا حاضرين في ذلك الوقت، فظهر الفرق.

قلت: والعجب من المصنف كيف يذكر حكماً في فصل، ثم يناقضه في الذي بعده. إذ لو كانا في بابين أو في باب واحد متبعاً لعذر، وذلك أنه صرخ في الفصل الذي قبل هذا: بأن الحكم يأخذ نصيب ابن الغائب فيحفظه له، ثم في هذا الفصل يزعم: أن الحكم لا يحكم للغائب من الوارثين بدون حضوره وسؤاله الحكم.

والحق ما قاله في الفصل المتقدم، فإن أصحابنا قاطبة نصوا على المسألة، [٨٢/ب] وأما ما ذكره هنا فقال الوالد/ هو مذهب الحنفية، ونقله المصنف عن الكراibiسي الحنفي، وليس مذهبأ لنا.

فصل

٧٣٦ - إذا مات رجل فادعى ورثته على رجل أن من تركته ديناً عليه، وشهد شاهد واحد، وحلفو معه استحقوا، وإن حلف بعضهم استحق الحالف^(١).

وإن كان المدعى عيناً، كان ما خلص الحالف بيمنه مشتركاً بين جماعتهم.

والفرق: أن الدين في الذمة غير معين، فكل من حلف فإنما يثبت بيمنه مقدار حقه من الدين لا غيره، فلذلك لا يشارك فيه^(٢).

بخلاف العين، فإن كل واحد من الورثة معترف أن كل جزء من الدار والثياب مشترك بين جميعهم، فلذلك شاركوه.

فصل

٧٣٧ - إذا كان لاثنين أرض فيها زرع فأرادا قسمته منفرداً، فإن كان قصيلاً^(٣) جاز^(٤).

(١) انظر: المغني (٩/٢١٩)، الإمتاع (٤/٤٤٦).

(٢) انظر: المغني (٩/٢١٩)، كشاف القناع (٦/٤٣٥).

(٣) انظر: المصباح المنير (٢/٥٠٦)، المعجم الوسيط (٢/٧٤٠).

(٤) الهدایة (٢/١٣٥)، المقتن (٣/٦٤٤)، المحرر (٢/٢١٦)، غایة المتهی (٣/٤٤٧).

وإن كان سبلاً، ففيه وجهان.

والفرق: أن التفاصيل لا يجوز في الحب، بخلاف القصيل.

ثم القسمة إن قلنا: هي إفراز، فلجهالة السنبل، إذ لا يمكن إفراز أحد النصيبين، وإن قلنا: بيع، فيبيع حب مجھول بمثله لا يجوز، بخلاف القصيل^(١).

فصل

٧٣٨ - إذا حكم حاكم بشهادة شاهدين، فبأنا كافرين، تقضى حكمه.

وإن بنا فاسقين، لم ينتقضه. في إحدى الروايتين^(٢).

والفرق: أن الكافر ليس من أهل الشهادة إجماعاً، فقد حكم بما لا يسع فيه الاجتهاد فينقض حكمه، كما لو خالف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع^(٣).

بخلاف الفاسق، فإنه مقبول الشهادة عند بعضهم، فقد حكم بما يسع فيه الاجتهاد^(٤).

فصل

٧٣٩ - قلت: ثم إن كان المحكوم به مالاً فهو مضمون على المحكوم له، فإن كان باقياً رده، وإن كان تالفاً رد بدلته.

وإن كان قتلاً أو قطعاً، ضمه الإمام^(٥).

والفرق: أن المال حصل في يد المحكوم له فلزمته رده، حيث تبين فساد طريق وصوله إليه^(٦).

وأما القطع والقتل فلم يثبت للمحكوم له به عليه، بدليل: أن الإمام فرط بترك البحث عن حال الشهود^(٧).

وهذا يفارق أيضاً رجوع الشهود، فإنهم ألجأوا الحاكم بشهادتهم إلى الإنلاف

(١) انظر: الكافي (٤/٤٨١)، الشرح الكبير (٦/٢٢٢)، المبدع (١٠/١٢٧)، مطالب أولي النهى (٦/٥٥٤).

(٢) المغني (٩/٢٥٨)، الإنفاق (١٢/١٠٥)، الامتناع (٤/٤٠٦، ٤٠٢).

(٣) المغني (٩/٢٥٨)، الشرح الكبير (٦/٣٠٣)، المبدع (١٠/٢٧٧).

(٤) الإنفاق (١٢/١٠٥).

(٥) انظر: الكافي (٤/٥٦٥)، المحرر (٢/٢١١)، الإنفاق (١٢/١٠٦)، كشف النقاب (٦/٤٤٦).

(٦) انظر: المبدع (١٠/٢٧٨)، كشف النقاب (٦/٤٤٦)، مطالب أولي النهى (٦/٦٤٨).

(٧) انظر: الكافي (٤/٥٦٥)، الشرح الكبير (٦/٣٠٤)، المبدع (١٠/٢٧٨).

يأصرارهم على الشهادة مع كونهم بصفة من لا تقبل شهادتهم .
بخلاف مسألتنا ، فإن الحاكم فرط بقبول شهادتهم^(١) ، فظهر الفرق .

باب الدعاوى

فصل

٧٤٠ - إذا أدعى ثمناً ولم يعين نقدها ، لم تكن الدعوى محررة ، ولم ينصرف إلى نقد البلد^(٢) .

ولو باع بثمن لم يعين نقه صحيحاً ، وانصرف إلى نقد البلد^(٣) .
والفرق : أن الدعوى إخبار بحق ثبت من قبل ذلك ، يختلف باختلاف الأوقات .

بخلاف ثمن المبيع ، فإنه يجب في الحال فانصرف إلى نقد البلد .

فصل

٧٤١ - إذا كان في يده دجاجة ، فأثبت آخر : أن البيضة التي خرجت منها الدجاجة ملكه ، قضى له بها .

ولو كان في يده شاة أو بيضة ، فأثبتت رجل : أن أم الشاة والدجاجة التي باضت البيضة ملكه ، لم يقض له بالشاة والبيضة .

والفرق : أن الدجاج في الأولى عين البيضة قبلها الله عز وجل ، فإذا ثبت أن البيضة ملكه قضى له بالدجاجة ، كما لو أثبت مدعى الخل أن عصيره ملكه .

بخلاف الثانية ، فإن الشاة ليست عين أمها ، ولا البيضة خارجة من الدجاجة عين الدجاجة ، ومن الجائز أن الشاة ولدت ، والدجاجة باضت في ملكه ، ثم باع الشاة المولودة ، ومن الجائز حصول ذلك في ملك أجنبي منها ، ثم باع الأصلين من هما في يده ، والفرعين من هما في يده ، فلذلك لم يقض له بهما . نعم لو شهدت البينة : أنها ولدتها أو باضتها في ملكه ، قضى له بها ، فاتضح الفرق^(٤) .

(١) انظر : المغني (٢٥٦/٩) ، الشرح الكبير (٣٠٤/٦) .

(٢) انظر : المغني (٨٥/٩) ، الشرح الكبير (١٨٩/٦) .

(٣) انظر : الهدایة (١٣٣/١) ، المقنع (١٧/٢) ، المحرر مع النكوت والفوائد (١١/٣٠٣) ، منتهى الإرادات (١/٣٤٥) .

(٤) انظر : المغني (٣٠٧/٩) ، الشرح الكبير (٢٤٩/٦) ، كشف القناع (٤١١/٦) .

فصل

٧٤٢ - إذا تداعيا شاهة مسلوحة في يد أحدهما أطرافها ورأسها وجلدتها، وفي يد الآخر بقيها، وأقام كل منهما البينة بدعواه، قضي له بما في يد صاحبه^(١). ولو ادعى كل منهما أنها ملكه نتجت في ملكه، قضي له بما في يده خاصة. والفرق: أن كلاً منها بيته بيته خارج^(٢) بالنسبة إلى ما في يد الآخر، وبينة الخارج [مقدمة]^(٣).

بخلاف الثانية، فإن البينة شهدت بالنتائج، وبينة الخارج مقدمة إلا إذا شهدت بينة الداخل بالنتائج، فافترا.

قلت: هذا على رواية ترجيح بينة النتائج وما في معناه، مما يفيد سبق الملك. والصحيح: تقدم بينة الخارج مطلقاً^(٤)، والله أعلم.

فصل

٧٤٣ - إذا تداعيا عيناً في يد ثالث، فأقرّ بها أحدهما ثم للآخر، دفعها إلى الأول، وقيمتها إلى الثاني.

ولو لم يقر للآخر، بل أقام الآخر بها بينة أخذها، ولم يلزم المقر للمقر له الأول شيء.

قلت: وقد تقدم هذا الفصل بعينه في كتاب الإقرار، لكن كرره ذكره هنا تنبيهاً عليه، والله أعلم.

فصل

٧٤٤ - إذا أتلف على إنسان عبداً، أو قال: كان به عيب فنقصت قيمته، أخذ بقول مالكه في نفيه.

ولو قال مالكه: تعلم صنعة، فزادت قيمته، فأنكر المتلف، أخذ بقوله.

قلت: هذا الفصل تقدم بعينه في الغصب، وإنما ذكره للتنبيه عليه.

فصل

٧٤٥ - إذا كان في يد مجهول النسب مال، فقال لمثله: مات أبي وأنت أخي،

(١) انظر: المغني (٩/٢٧٨)، الإنصاف (١١/٢٧٣)، الامتناع (٤/٤٢٠).

(٢) انظر: المغني (٩/٢٧٥)، الإنصاف (٤/٤٢٣).

(٣) انظر: كشاف القناع (٣/٣٨٦).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٨١)، الإنصاف (١١/٣٨٠)، الامتناع (٤/٤٢٣)، متهى الإرادات (٢/٦٣٣).

فقال: بل هو أبي ولست أخي، لم يقبل إنكاره^(١).

وإن قال: مات أبوك وأنا أخوك، فقال: بل هو أبي ولست أخي، فالمال موروث عنه للمقر به^(٢).

[٤٤/ب] والفرق: أنه في الأولى اعترف أن الميت أبوه فالمال موروث عنه، فلو لم يقر بالأخ بعد ذلك لكان الظاهر معه، لكنه لما أقر بالأخ لزم كون نصف المال له، ولم يقبل قول المخاطب في إنكاره، لأنه باعترافه صار نسبياً، فلو بطل نسبة بيانكاره لأبطل الفرع الأصل، وذلك لا يجوز له.

بخلاف الثانية، فإنه أثر أن الميت أبو المخاطب، فيكون هو وارثه، فيكون المال له، فافترقا^(٣).

فصل

٧٤٦ - قد قدمنا أنه إذا قال: مات أبي وأنت أخي، فقال: لست أخي، أنه لا يقبل إنكاره.

فلو قال: ماتت زوجتي وأنت أخوها، فقال: لست بزوجها، قبل إنكاره. في أصح الوجهين^(٤).

والفرق: أنه في الثانية اعترف له بالأخوة، وادعى الزوجية، والقول قول المنكر هنا حتى يقيم المدعي البينة.

بخلاف الأولى، فإن المقر اعترف بمорт أبيه ونسب أخيه، فنسب أخيه فرع على نسبة، كما قدمنا، فظاهر الفرق^(٥).

فصل

٧٤٧ - إذا ادعى نكاح امرأة فأقرت له، قيل إقرارها.

ولو ادعاء اثنان، لم يقبل إقرارها لأحدهما^(٦).

(١) الهدية (٢/١٨٦)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (١/٤٢٢)، متهى الإرادات (٢/١٠٩).

(٢) الهدية (٢/١٨٦)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (١/٤٢٢)، متهى الإرادات (٢/١٠٩).

(٣) الشرح الكبير (٤/١٠٨)، المبدع (٦/٢٥٥)، شرح متهى الإرادات (٢/٦٣٤).

(٤) الهدية (٢/١٨٦)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (١/٤٢٢)، الإنصاف (٧/٣٦٦)، متهى الإرادات (٢/١٠٩).

(٥) الشرح الكبير (٤/١٠٨)، المبدع (٦/٢٥٦)، شرح متهى الإرادات (٢/٦٣٤).

(٦) المعني (٩/٢٩٤)، الشرح الكبير (٦/٢٣٧)، المحرر (٢/٣٩٤)، الفروع وتصحيحه (٦/٦١٤)، الإنصاف (١٢/١٥١)، الإنماع (٤/٣٩٩)، متهى الإرادات (٢/٦٩١)، المتهى (٣/٤٩٨).

والفرق: أنها في الأولى غير متهمة لتمكنها من تزوجه بولي أو حاكم من غير مانع.

بخلاف الثانية، فإنها متهمة بالميل إلى أحدهما^(١).

فصل

٧٤٨ - قد قررنا: أنه لا يقبل إقرارها لأحد المتدعين نكاحها.

ويقبل إقرارها لأحد المتدعين اشتراء سلعة يدها منها.

والفرق: وجود التهمة في الأولى، دون الثانية.

فصل

٧٤٩ - إذا قال: له على مائة إلى سنة، قبل قوله، وكانت مؤجلة^(٢)، ولو ثبت عليه باليقنة، فادعى تأجيلها، لم يقبل.

والفرق: أن الأصل في الأولى ثبت بقوله، فثبت الوصف بقوله أيضاً^(٣).

بخلاف الثانية، فإن الأصل ثبت في ذمته باليقنة، فلم يقبل قوله في صفته، كما لو أدعى إقباضه. والله تعالى أعلم.

كتاب الشهادات

فصل

٧٥٠ - إذا شهد أحد الشاهدين: أنه باعه داره أمس، والآخر: أنه باعه إليها اليوم، حكم بشهادتهما^(٤).

ولو شهد أحدهما: أنه غصبه عبيده أمس، والآخر: أنه غصبه اليوم، لم يحکم بها^(٥).

والفرق: أن البيع قول يتكرر ويحكي، فإذا سمعا إقراره به في وقتين لم يؤثر،

(١) انظر: المغني (٢٩٤/٩)، الشرح الكبير (٦/٣٣٧)، النكوت والفوائد (٢/٣٩٥)، كشاف القناع (٦/٤٦٢).

(٢) انظر: الهدایة (١٥٨/٢)، المقنع (٣/٧٤٣)، كشاف القناع (٦/٤٧١).

(٣) انظر: الكافي (٤/٥٨٢).

(٤) الهدایة (١٥٢/٢)، المقنع (٣/٦٨٤)، المحرر (٢/١٤٠)، متهي الإرادات (٢/٦٥٥).

(٥) الهدایة (١٥٢/٢)، المقنع (٣/٦٨٢)، المحرر (٢/٢٣٩)، متهي الإرادات (٢/٦٥٤).

كما لو كان الإقرار بمال^(١).

بخلاف الغصب، فإنه فعل، والفعل أمس غير الفعل اليوم، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، فلم يثبت بشهادتهما، كما لو اختلفا في بلد^(٢).

فصل

٧٥١ - إذا شهد أحدهما: أنه باعه داره أمس، وشهد الآخر: أنه باعه إياها اليوم، حكم بشهادتها.

ولو شهد أحدهما: أنه تزوجها أمس، والأخر: اليوم، لم يحكم بشهادتها^(٣). قلت: وهذا الفصل بعينه ذكره في كتاب الطلاق، لكنه ذكر الطلاق عوضاً عن البيع، وإنما سلطته لعلم. والله تعالى أعلم.

فصل

[١/٤٥]

٧٥٢ - إذا ادعى: أن فلاناً أتلف عليه ثوبه الفلاني، فشهد له شاهد: أنه أتلفه يوم الخميس، وأخر: أنه أتلفه يوم الجمعة، لم تكمل شهادتها، ولم يحكم بها، لكن يحلف المشهود له مع أحدهما، ويستحق [قيمتها].

ولو كان مكان كل شاهد شاهدان، بطلت شهادة الجميع، ولم يلزم فلاناً شيء. والفرق: أن الإنلاف لا يمكن تكرره في العين الواحدة، فتعارضت البيتان فتسقطان، ولا يلزمها شيء.

بخلاف الأولى، فإن الواحد ليس بينة كاملة فلا تعارض، فيحلف مع من توافق شهادته دعواه، ويستحق قيمة.

فصل

٧٥٣ - إذا شهداثنان: أنه قذف فلاناً يوم الخميس، واثنان: يوم الجمعة، ثبت ولزم الحد.

ولو كانت الشهادة بالقتل، لم يثبت.

والفرق: أن القذف قول يتكرر، فلا تعارض.

والقتل فعل واحد لا يتكرر، فإذا قتله يوم الخميس، استحال قتله يوم الجمعة،

(١) المغني (٩/٢٤٣)، الشرح الكبير (٦/٢٥٢)، المبدع (١٠/٢٠٨).

(٢) المغني (٩/٢٤١)، الشرح الكبير (٦/٢٥١)، المبدع (١٠/٢٠٧).

(٣) الهدامة (٢/١٥٢)، المقتنع (٣/٦٨٤)، الامتناع (٤/٤٣٥)، متنه الإرادات (٢/٦٥٥).

فيتعارضان ويسقطان^(١).

فصل

٧٥٤ - إذا شهد اثنان: أنه غصبه ثوباً معيناً يوم الخميس، واثنان: أنه غصبه يوم الجمعة، لزم ضمان الثوب^(٢).

ولو شهدا: أنه أحرقه يوم الخميس، وآخران: أنه أحرقه يوم الجمعة، لم يلزم شيء^(٣).

والفرق: أن الغصب يتكرر في العين الواحدة لاحتمال أن يغصبه إياه يوم الخميس، ثم يستخلصه، ثم يغصبه يوم الجمعة، فيلزم بإعادته. بخلاف إحراقه، فإنه لا يتكرر في العين الواحدة، فيستحيل الجمع بينهما. فلو كان مكان كل شاهدين شاهد فقد سبق بيانه.

فصل

٧٥٥ - إذا شهد أحدهما: أن له عليه ألفاً، وشهد الآخر: أن له عليه ألفين، ثبت ألف بشهادتين، ويحلف مع الآخر على استحقاق ألف الآخر^(٤).

ولو شهد أحدهما بعشرين، والآخر بثلاثين، أو شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسين، لم تثبت العشرون والخمسين إلا بشاهد واحد^(٥).

والفرق: أنهما في الأولى اتفقا على لفظ الألف، وانفرد أحدهما بعد آخر، فثبتت ما اتفقا عليه.

بخلاف الثانية، فإنهما لم يتفقا على لفظ واحد، وهذه الألفاظ متغيرة فلم يضم شهادة أحدهما إلى شهادة الآخر.

قلت: وال الصحيح من المذهب: ثبوت الأقل بشهادتين في الصور كلها.

فصل

٧٥٦ - إذا شهدا: أن له عليه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاه منها خمسين، بطلت شهادته.

(١) المغني (٩/٢٤١)، الشرح الكبير (٦/٢٥٢)، كشف النقاع (٦/٤١).

(٢) المغني (٩/٢٤٢)، الشرح الكبير (٦/٢٥٢)، الفروع (٦/٥٤٤).

(٣) انظر: الكافي (٤/٥٥٤)، المحرر (٢/٢٤١)، متنبي الإرادات (٢/٦٥٥).

(٤) المغني (٩/٢٦٤)، المحرر (٢/٢٤١)، الفروع (٦/٥٤٥)، مطالب أولي النهي (٦/٦٠٦).

ولو شهدا: أنه أقرضه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاه منها خمسمائة، فشهادتهما صحيحة بالألف، ويحتاج قضاء الخمسمائة إلى شاهد أو يمين^(١).
قلت: نص عليهما^(٢).

[٨٥/ب] والفرق: أن قوله: عليه، وقضاه، متنافيان، لأنه إذا قضاه لا يكون له عليه/ فبطلت.

بخلاف أقرضه، فإنه لا ينافي قضاه^(٣).

فصل

٧٥٧ - إذا شهد أحدهما: أن فلاناً سرق منه ثوباً قيمته خمسة، وأخر: أنه سرقة وقيمتها عشرة، ثبتت الخمسة بشاهدين فيستتحققها، والخمسة الأخرى بشاهد واحد، فله أن يحلف معه ويستتحققها^(٤).

ولو شهد أحدهما: أنه باعه الثوب بخمسة، وأخر: أنه باعه إياه عشرة، لم تكمل شهادتها على بيع واحد^(٥).

والفرق: أنه لا تنافي بين شهادتها في الأولى، لأن كل واحد يخبر عن ظنه واجتهاده، ثبت الأقل بهما، ويحلف مع الآخر^(٦).

بخلاف الثانية، فإنه لم يتفق الشاهدان على وجوب شيء من الثمن، فإن كل واحد شهد بتنفي ما أثبته الآخر، فلذلك لم تكمل شهادتها على شيء حتى يثبت، فافترقا^(٧).

فصل

٧٥٨ - إذا ادعى على رجل: أنه غصب منه شيئاً، فلحل بالطلاق ما غصب، ثم ثبت عليه بعدلين، ألزم بالخروج منه، وطلقت زوجته.

ولو ثبت عليه برجل وامرأتين أو شاهد ويمين، ثبت المدعي، ولم تطلق

(١) المقعن (٦٨٥/٣)، المحرر (٢٤٢/٢)، الفروع (٦/٥٤٦)، متنه الإرادات (٢/٦٥٦).

(٢) المحرر (٢٤٢/٢)، الفروع (٦/٥٤٦).

(٣) المغنى (٩/٢٦٣)، الشرح الكبير (٦/٢٥٥)، كشف النقاع (٦/٤١٥).

(٤) الهدایة (٢/١٤٥)، الكافي (٤/٥٥٧-٥٥٨)، المحرر (٢/٢٣٩)، متنه الإرادات (٢/٢٤٦).

(٥) انظر: المغنى (٩/٢٦٤)، الشرح الكبير (٦/٢٥٦).

(٦) المغنى (٩/٢٦٥)، الشرح الكبير (٦/٣٣٨).

(٧) المغنى (٩/٢٦٤)، الشرح الكبير (٦/٢٥٦).

زوجته^(١). ذكره القاضي في المجرد.

قال: والفرق: أن الشهادة تضمنت شيئين: وجوب ضمان المغصوب، ووقوع الطلاق، فإذا شهد عدلاً ثبتا، لأنهما يثبتان بذلك.

بخلاف الرجل والمرأتين والشاهد واليمين، فإنه يجب به ضمان المغصوب لأنه ثبت به، ولا تطلق لأن الطلاق يفتقر إلى عدلين، وهذا كما قلنا في السرقة إذا ثبت بمثل ذلك: إنه يجب الغرم، دون القطع، لأنه مما يفتقر إلى رجلين فلا يثبت إلا بهما^(٢).

قلت: وهذا أحد الوجهين^(٣).

والوجه الآخر: أنه يحكم بوقوع الطلاق عند ثبوت الغصب.

واختاره السامرائي^(٤)، ولم يحكه عن غيره بل جعله من قوله ابتداء، فقال: وعندي أنه متى حكمتنا بثبوت الغصب وجب الحكم بوقوع الطلاق، لوجود الصفة لا بالشهادة، لأن الشهادة ليست بالطلاق بل بالغصب، يدل على ذلك: أنه لو ادعى إنسان على آخر: أنه غصب منه مالاً فأنكره، فشهد للمدعي بدعوه عدلاً، وحكم الحاكم بشهادتهما، ثم مات الحاكم والشاهدان، ثم تزوج بعد ذلك رجل، فقال لزوجته: إن كان المدعي عليه غصب من المدعي ما ادعاه وحكم له به فأنت طالق، فإنما نحكم بوقوع طلاقه بوجود الصفة التي علق عليها الطلاق وهي الحكم، لا بالشهادة بالغصب، فدل على ما قلنا، وذكر لهذا نظائر يطول ذكرها، ولا يحتاج إليها.

وفرق بين مسألة السرقة التي نظر بها القاضي، وبين هذه: بأن الشهادة شهادة بأخذ المال، وبصفة أخذه وهي السرقة، وأحد هما وهي أخذ المال يثبت بهذه الشهادة، والآخر وهو السرقة الموجبة للقطع لا يثبت بها، فيثبت ما يثبت وإن لم يثبت الآخر، كما لو شهد رجل وامرأتان: أن فلاناً أخذ من ابن زيد ألفاً وقتله وحلق زيد مع شاهده فإنه ثبت الألف دون القتل، كذا مسألة السرقة.
[١/٨٦] بخلاف الشهادة بالغصب، فإنها شهادة بالمال خاصة.

فصل

٧٥٩ - إذا شهد رجل وامرأتان: أنه أوضحه عمداً، لم تقبل شهادتهم.

(١) المغني (٩/١٥٤)، الإنفاق (٩/٨٢)، الإنفاق (٤٤٧/٤).

(٢) المغني (٩/١٥٤)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، مطالب أولي النهى (٦/٦٣٥).

(٣) انظر: الفروع (٥/٤٣١)، الإنفاق (٩/٨٢).

(٤) انظر: الإنفاق (٩/٨٢).

ولو شهدوا بالهاشمة، والمنقلة، والمأمومة، قبلت.

والفرق: أن الجنائية في الأولى موجبة للقصاص، ولا تقبل فيما توجه شهادة النساء.

بخلاف الثانية، فإن تلك الجنائيات لا توجب القصاص، بل المال، وشهادتهن بالمال مقبولة^(١).

فصل

٧٦٠ - إذا ادعى الزوج الخلع فأنكرته، فشهادته له به رجل وامرأتان، ثبت.
ولو كانت هي المدعاة، لم يثبت^(٢).

والفرق: أن دعواها به لا تتضمن مالاً، بل زوال النكاح، وذلك لا يثبت بذلك، كالطلاق.

بخلاف دعواه، فإنها تتضمن المال، وهو يثبت بذلك^(٣).

فصل

٧٦١ - إذا شهد بالمال رجل وامرأتان، أو رجل وحلف معه المدعي، حكم بذلك^(٤).

ولو لم تشهد به إلا امرأتان، لم يثبت المال بيمينه مع شهادتهما^(٥).

والفرق: أن شهادة المرأةتين إنما تقوم مقام شهادة رجل إذا شهد معهما رجل، فتكون شهادته أصلًا، وشهادتهما تبعًا.

أما إذا لم يشهد معها رجل فلا تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل، فلم يكن للمدعي أن يحلف معهما^(٦).

(١) المغني (٩٨/٨)، الشرح الكبير (٦/٢٨٨)، شرح متنه الإرادات (٣/٥٥٧)، مطالب أولى النهى (٦/٦٣١-٦٣٢).

(٢) الهدایة (٢/١٥٢)، المقنع (٣/٧١١)، المحرر (٢/٣٢٦)، متنه الإرادات (٢/٦٧١).

(٣) المغني (٩/١٥٥)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، النكث والغوايد (٢/٣٢٦)، كشف النقانع (٦/٤٣٧).

(٤) الهدایة (٢/١٥١)، المقنع (٣/٧٠٨)، المحرر (٢/٣١٣)، متنه الإرادات (٢/٦٧٠).

(٥) الهدایة (٢/١٥١)، الكافي (٤/٥٣٩)، المحرر (٢/٣١٦)، متنه الإرادات (٢/٦٧٠).

(٦) انظر: المغني (٩/١٥٤)، الشرح الكبير (٦/٢٨٩)، شرح متنه الإرادات (٣/٥٥٧)، مطالب أولى النهى (٦/٦٣٢).

فصل

٧٦٢ - إذا جرح رجل فشهاد له غير عمودي نسبه، كالأخ والعم: أنه جرحة عمداً، فإن كان قبل الاندماج، لم يقبل، وإن كان بعده، قبلاً. والفرق: أن بعد الاندماج لا يتهمون في ذلك، لأنهم يثبتون بها حقاً، لأنفسهم.

بخلاف ما قبل الاندماج، فإنهم متهمون، لأنه ربما سرى فأهلكه، فتكون الشهادة جرت إليهم نفعاً، فلم تقبل^(١).

فلو شهدا قبل الاندماج ثم أعادها بعده، فهل تقبل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا تقبل^(٢)، لأنها ردت للتهمة، فلم تقبل بعد ذلك. والثاني: تقبل، لأن المعنى الذي ردت لأجله زال فقبلت.

فصل

٧٦٣ - إذا شهدا لموروثهما بدين وهو مريض، قبلت. في أحد الوجهين^(٣). بخلاف المسألة المتقدمة.

والفرق: أن في الجرح ربما سرى فأهلكه، فورثا، فكأنهما شهدا لأنفسهما. بخلاف الأولى، فإنهم يثبتان المال للمريض، ثم ينتقل إليهما بموته، فجاز، كما لو ادعى ديناً فشهاد له به غريميه، فإنه يقبل، وإن كان ربما دفعه إليه^(٤). فلو شهدا قبل الاندماج وهم محجبوان قبلت، لزوال التهمة^(٥).

فصل

٧٦٤ - فإن مات من يحججهما بعد الشهادة وقبل الحكم بها، لم يحكم بها. وإن كان بعد الحكم، لم ينتقض. والفرق: أن ما يظهر بالشاهدين بعد الحكم لا يؤثر [كمما لو فسقا بعد الحكم بشهادتهما].

(١) الكافي (٤/٥٢٩)، الشرح الكبير (٦/٢٨٥)، المحرر مع التكث والفوائد (٢/٢٩٥).

(٢) انظر: الكافي (٤/٥٣١)، المحرر (٢/٣٠٩)، تصحيح الفروع (٦/٨٥٦)، متنهى الإرادات (٢/٢٦٧).

(٣) الشرح الكبير (٦/٢٨٥)، الإنصاف (١٢/٧٢)، الإماماع (٤/٤٤٢)، متنهى الإرادات (٢/٦٦٦).

(٤) المغني (٩/١٨٧)، الشرح الكبير (٦/٢٧٩)، التكث والفوائد (٢/٢٩٥)، المبدع (١٠/٢٤٦).

(٥) الشرح الكبير (٦/٢٨٥).

بخلاف ما إذا مات قبل الحكم بشهادتهما، لأن ما يظهر بالشاهددين قبل الحكم يوجب تهمتها في شهادتهما، فلم يحكم بها] كما لو فسقا بعد الشهادة وقبل الحكم، فإنه لا يحكم بشهادتهما^(١).

فصل

[٨/ب] ٧٦٥ - إذا خلف ثلاثة/ بنين وغيرهم من البنات والزوجات، فادعى أحد البنين: أن أباه وقف هذه الدار عليه وعلى إخوته خاصة، ومن مات منهم رجع سهمه إليهما، وبعدهم إلى أولادهم، فصدقه، وكذبه البقية، فشهد بذلك عدل واحد، لم يحكم به حتى يحلفو، ومن حلف كان ثلثها وقفاً عليه، والباقي للباقي، ونصيب من اعترف بالوقف ولم يحلف وقف، ونصيب غيره ميراث، فإذا حلفوا حكم به، فإذا انقرضوا انتقلت - كما شرط الواقف - إلى أولادهم بغير يمين.
ولو لم يحلف الثلاثة وانقرضوا لم تكن الدار وقفاً على أولادهم حتى يحلفو مع الشاهد.

والفرق: أن الوقف في الأولى ثبت بالشاهد ويمين المدعي، وحكم به، فلم يتغير بانقضاض أول بطن، كما لو ثبت بشهادتين.
بخلاف الثانية، فإن الوقف لم يثبت، فإذا ادعاه الأولاد كانوا بمنزلة آباءهم إن حلفوا حكم لهم به وإلا فلا^(٢).

فصل

٧٦٦ - قلت: فلو كانت دعوى الآباء: أن أبناءهم يشاركونهم، لم يحكم به حتى يحلف الآباء.
بخلاف التي قبلها.

وذلك لأن البطنيين استوريا في ذلك، فكما لا يحكم به حتى يحلف الأبناء، لا يحكم به هنا حتى يحلف الأبناء معهم^(٣).

فصل

٧٦٧ - إذا شهد صبي وعبد وكافر فلم تقبل، ثم أعادوها بعد الكمال، قلت.

(١) الشرح الكبير (٦/٢٨٥-٢٨٦)، النكت والفوائد (٢/٢٩٢-٢٩٣).

(٢) المغني (٩/٢٢١-٢٢٢).

(٣) المقنع (٣/٧٠٥)، المحرر (٢/٢٠٨-٢٠٩)، الفروع (٦/٥٨٦)، متنه الإرادات (٢/٦٦٧).

ولو ردت للفسق ثم أعادها بعد العدالة، لم تقبل^(١).
 والفرق: أنه لا تهمة في الأولى، فإن رد شهادة أولئك لا يوهنهم ويضع منهم، وليس مفارقة ما ردت الشهادة لأجله في حق غير الكافر من فعلهما ليتهما فيها، ولا يظن بالكافر أنه أسلم لتقبل شهادته.
 بخلاف الفاسق، فإن رد شهادته تضييع منه، وهو من فعله، ويمكن أنه أظهر العدل لتقبل شهادته.

فصل

٧٦٨ - ثبت الجنائية الموجبة للقصاص فيما دون النفس بـ ٢ رجالين.
 وفيما يوجب القصاص في النفس روایتان^(٢).
 والفرق: أن الجنائية في الثانية توجب النفس، فلم يقبل دون الأربع، كالزنا.
 بخلاف الأولى، فإنها لا تتلف النفس^(٣).

فصل

٧٦٩ - تصح الشهادة بالإقرار بالجهول.
 ولا تصح بالجهول.
 والفرق: أن الإقرار بالجهول يصح، كقوله: له على شيء، ويلزم بتفسيره، فصحت الشهادة به، والشهادة بالإقرار بالشيء غير الشهادة به، بدليل: ثبوت الإقرار بالزنا باثنين، ولا يقبل في إثباته إلا أربعة، فيثبت ما ذكرنا.
 بخلاف الشهادة بالجهول، فإن البينة إنما سميت بـ ٢ بينة لتبينها ما تشهد به وكشفها عنه، / فإذا لم تبته فليست بـ ٢، فلا تقبل.

فصل

٧٧٠ - إذا ادعى شراء دار وتسلیم الشمن، وأقام بذلك شاهدين عدلين ولم يسميا الشمن، والبائع ينكر قبضه، فشهادتهما باطلة.
 ولو شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الشمن ولم يسميا، فشهادتهما جائزة.

(١) المغني (٢٠٣/٩)، الشرح الكبير (٢٨٢/٦)، المبدع (٢٥٢/١٠)، مطالب أولي النهي (٦٢٩/٦).

(٢) انظر: الكافي (٤/٥٣٧)، المحرر (٢/٣١٢)، الفروع (٦/٥٨٨)، الإنصاف (١٢/٧٩)، غاية المتهنى (٣/٤٨٢).

(٣) انظر: المغني (٩/١٤٩)، الشرح الكبير (٦/٢٨٤).

قال السامری : والفرق بينهما ما ذكره الكرايسی : أنهمما لما شهدا بالبيع وقبض الثمن وجب الحكم به ، فإذا كان مجهولاً فقد جهل في وقت يحتاج إلى الحكم به ، فلو قضينا لقضينا بعقد بيع من غير ثمن وذلك لا يصح ، فلم يجز القضاء بهذه الشهادة .

بخلاف ما إذا شهدا أن البائع أقر بقبض الثمن ، فإنه لا يوجب الحكم بالثمن بعد القبض ، فقد جهل في وقت لا يحتاج إلى الحكم به ، فلم يمنع صحته .

قال السامری : والفرق عندي : أن شهادتهما بالبيع بثمن تسلمه البائع شهادة بقبض البائع للثمن ، فإذا لم يسميا مبلغه فإن هذه الشهادة لا تقبل ، وإذا لم تقبل بطل ذكر الثمن ، وإذا بطل ذكره بقي مجرد الشهادة بالمبيع من غير الثمن ، وهذه الشهادة لا تصح .

بخلاف ما إذا شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن ، فإنهما قد شهدا عليه بما يصح به البيع ، فهو كما لو شهدا أنه باع بقطعة ذهب معينة في العقد ، مجهولة الوزن والقيمة ، وقضياها ، فإنه يصح ، لأن المقصود معرفة المتباعين بالعوضين وهو حاصل ، فلا يقبح في ذلك جهل الشهود ، كما لو أقر البائع بذلك عند الحاكم فإنه يصح ، ولا يسأله عن الثمن ، فكذا هنا .

قلت : وفيما حکاه عن الكرايسی نظر ، فإن الموجود في فروقه خلاف ما سطره عنه .

فإن الكرايسی قال : مسألة : إذا ادعى شراء دار ، وشهد له شاهدان بالشراء ولم يسميا الثمن ، والبائع ينكر البيع فشهادتهما باطلة .

ومثله لو شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن ، ولم يسميا فشهادتهما جائزة .

والفرق : أن البيع لا يعرى عن الثمن ولا يتم إلا به ، فالحكم بالبيع يوجب الحكم بالثمن إذا كان قبل القبض ، فإذا لم يسميا الثمن فقد جهل مقداره فلا يمكن الحكم به ، فقد جهل الثمن في وقت يجب الحكم به ، وجهالة ما يجب الحكم به تمنع صحته ، كبيع شيء مجهول ونحوه .

ولا كذلك بعد القبض ، لأن الحكم لا يجب بالثمن بعد قبضه ، فقد جهل الثمن في وقت لا يجب الحكم به ، وجهالة ما لا يجب الحكم به لا تمنع صحة الحكم ، [ب] كما لو جهلا الكيس الذي هو فيه فإنه / لا يقبح في شهادتهما ، فكذلك ها هنا . هذا آخر كلامه .

والفرق بين ما ذكره السامری أولاً ، وبين ما بدا به الكرايسی واضح ، فإن

السامري فرض الدعوى في المسألة الأولى بالشراءة وتسليم الثمن، وأن الشاهدين لم يسميا الثمن، ثم ذكر فرق الكرايسبي.

والكرايسبي لم يذكر في الأولى أن المشتري ادعى تسلیم الثمن، وإنما ذكر الدعوى بالشراء كما قد رأيت كلامه، ولا ريب أن الحق فيما فرضه الكرايسبي، لأن الثمن يحتاج إلى قبضه في الأولى. فلا بد من العلم به.

وأما في الثانية فلا حاجة إلى ذلك، لأن الشهادة بالقبض تبرئ ذمة المشتري، وبعد براءتها لا حاجة إلى معرفة ما برئت منه.

وما نقل السامری فلا يجيء الفرق، فإن الشهادة وقعت بقبض الثمن في المسألتين، فلم يبق فرق، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى زيادة إيضاح.

ثم قول السامری في فروقه: فإذا لم يسميا يعني: في الأولى، لم تقبل شهادتهما، كما لو شهدتا أنه قبض من فلان غصباً أو قرضاً ولم يسميا مبلغه، فإنه لا تصح شهادتهما بذلك.

فقال الوالد: إنما لم تقبل شهادتهما في هاتين لمعنى مفقود في مسألة الفرق، وهو أنه يجب في القرض والغضب رد الشخص به.

بخلاف صورة الفرق، فإن البائع لا يسترد منه الثمن في هذه الحالة، ولا المقصود من شهادتهما استرجاعه، وإنماقصد ثبوت عقد البيع مع براءة ذمة المشتري من الثمن الذي شهدوا به، فالمقصود في الأصل بخلاف المقصود في الفرع فانقطع الإلحاد.

فصل

٧٧١ - إذا شهد شاهدان: أن عمراً وهب عبده من زيد، وأقبضه إيه، وآخران: أنه وهب من خالد، وأقبضه إيه، وجهل أسبقيهما، أقرع بينهما، فمن قرع أحده.

ولو شهد اثنان: أن فلاناً وصى بثلثه لزيد، واثنان: أنه وصى به لعمرو لم يقع، وكان بينهما.

والفرق: أنه لا يتصور الحكم بالعقدتين في الأولى، لأنه متى علم أسبقيهما كان هو الصحيح، ولم يصح الذي بعده بل يقع باطلأ، فحيث جهل الصحيح منهما فقد تساوايا في جهة الاستحقاق، فوجب إخراج المستحق بالقرعة، كما لو أعتقد عبداً من عبيده لا بعينه.

بخلاف الثانية، فإن الوصيتيں صحيحتان، ويكون الثالث بينهما، لاستوايتهما في الاستحقاق.

فصل

٧٧٢ - إذا سمع شاهدان رجلاً يقر بشيء، جاز أن يشهدوا عليه به ولو لم يقل لهما: أشهدا عليَّ^(١).
ولو سمعا شاهدين يقولان: نشهد على فلان بكتذا، لم يجز أن يشهدوا على شهادتهما^(٢).

الفرق: أن الشهادة غير موجبة / للحق بنفسها، بدليل: أن للقاضي اجتهاداً في قبولها وردها، ولو رجع الشاهد عنها صح رجوعه، فشهود الفرع لم يستدركوا المعنى الموجب للحق، فلم يسعهما أن يشهدوا بالشهادة، كما لو سمعا رجلاً يوكل وكيلًا في بيع شيء، فإنهما لا يجوز لهما أن يبيعاه، كذا هنَا.
بخلاف الإقرار، فإنه موجب للحق فلا اجتهاد للحاكم فيه، فقد استدركوا المعنى الموجب للحق، فوسعهما الشهادة به^(٣).

فصل

٧٧٣ - ذكر القاضي في كتاب إبطال الحيل: إذا وصى إلى رجلين فقبلًا ثم مات، والوصيان يعلمان أن لرجل عليه ديناً فقضاه، ثم شهدا به، لم تقبل شهادتهما.
ولو شهدا قبل الإقباض، قبلت.

الفرق: وجود التهمة في الأولى، دون الثانية.

فصل

٧٧٤ - إذا أوصى إلى رجلين بالنظر في أمر أطفاله، فبلغ بعضهم وفك حجره، فغصب من كل منهم شيء، فشهاد الوصيان بذلك، قبلت شهادتهما للكبار، دون الصغار.
والفرق: ما تقدم^(٤).

فصل

٧٧٥ - إذا كان في يد رجل جارية ولها ولد، فادعى رجل: أنها أم ولده

(١) انظر: المقنع (٣/٦٨٢)، المحرر (٢/٢٤٤)، الامتناع (٤/٤٣٢)، الإرادات (٢/٦٥٠).

(٢) المقنع (٣/٧١٣)، المحرر (٢/٣٣٧)، الامتناع (٤/٤٤٨)، الإرادات (٢/٦٧٣).

(٣) المغني (٩/٢١٠)، الشرح الكبير (٦/٢٩٤)، النكٰت والفوائد (٢/٣٣٧).

(٤) المغني (٩/٢٦٩ - ٢٧٠)، الشرح الكبير (٦/٢٨٠)، حاشية المقنع (٣/٧٠٣).

وولدها منه حر، فأنكره، فشهاد له بدعواه رجل وامرأتان، قضي له بالمحاربة، وأنها أم ولده، ولم يثبت نسب الولد منه، ولا حريته. على إحدى الروايتين.

والفرق: أن دعوى كونها أم ولده دعوى مال، بدليل: أنها تضمن بالمال، فلذلك ثبت له برجل وامرأتين.

بخلاف دعواه في ولدتها، فإنه لا يدعى ملكه وإنما يدعى نسبة وحريته، وذلك لا يثبت إلا بعدلين.

فصل

٧٧٦ - يثبت الوقف برجل وامرأتين، وشاهد ويدين^(١).

ولا يثبت العتق إلا بشهادة رجلين، في المشهور من المذهب^(٢).

والفرق: أن الوقف لا يخرج الموقوف عن المالية، ودعوى المال ثبت بذلك.

بخلاف العتق، فإنه ليس مالاً ولا يؤول إليه، فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين، كالطلاق^(٣).

فصل

٧٧٧ - يحد شارب النيد المعتقد إياحته.

وتقبل شهادته^(٤).

والفرق: أن الحد يجب لورود الأخبار الواردة الصحيحة في تحريم كل مسكر، والنيد مسكر، والعلة الموجبة للحد في الخمر مثلها موجود في النيد، فوجب الحد زجراً ورداً.

وأما قبول شهادته فمعتبر بالعدالة، وهي مبنية على العقيدة، فالشارب له معتقداً حله لم يرتكب محراً عنه، فلم يفسق، فقبلت شهادته.

٧٧٨ - قد تقدم: أن الشارب للنيد معتقداً إياحته، يحد.

ولو نكح نكاحاً مختلفاً فيه معتقداً إياحته لم يحد^(٥).

(١) المحرر (٢/٣١٣)، الفروع (٦/٥٨٩)، الإمتناع (٤/٤٤٥)، الإرادات (٢/٦٦٩).

(٢) الكافي (٤/٤٥٣٩)، تصحيح الفروع (٦/٥٩١)، الإمتناع (٤/٤٤٥)، متنه الإرادات (٢/٦٦٩)، الروض المربع (٢/٣٧٦).

(٣) الكافي (٤/٥٣٩)، المعني (٩/١٥٠)، الشرح الكبير (٦/٢٨٧)، حاشية المقنع (٣/٧٠٨).

(٤) الهدایة (٢/١٥٠)، المعني (٩/١٨١)، المحرر مع التك (٢/٢٥٩).

(٥) الهدایة (٢/٩٩)، الكافي (٤/٢٠٢)، المحرر (٢/١٥٣)، الإمتناع (٤/٢٥٤).

[٨٨/ب] والفرق: أن النكاح اجتمع فيه عقد واعتقاد، فصار ذلك شبهة/ في إسقاط الحد، كما لو اشتري جارية فوطئها، فبانت مخصوصية فإنه لا يلزمه الحد، كذا هنا. بخلاف شارب النبيذ.

قلت: وفرق أبو محمد في المغني^(١): بأن في النكاح بلا ولبي كفأّا عما هو أعظم منه، وهو الزنا.

بخلاف شرب النبيذ، فإن شرب قليله المختلف فيه يفضي إلى شرب كثيروه المتفق على تحريمه، فلذلك افترقا.

وفرق الإمام أبو محمد بن عبد السلام الشافعي^(٢)، في قواعده: بأن مفسدة الزنا لا تتحقق في النكاح المختلف فيه، فإنه يوجب المهر والعدة ويلحق النسب، بخلاف الزنا، فإنه يقطع الأنساب، ولا يوجب مهراً ولا عدة. والمفسدة في شرب النبيذ مثلها في شرب الخمر من غير فرق.

فصل

٧٧٩ - إذا شهد العدول عند المحاكم بحق، ثم جنوا، أو عموا، أو خرسوا قبل الحكم، جاز أن يحكم بها^(٣).

ولو فسقوا قبل الحكم، لم يحكم^(٤).

والفرق: أن الحادث في الأولى غير موجود قبل الشهادة، فلم يقدح في شهادة الشهود، كموتهم.

بخلاف الفسق، لأن الإنسان إذا ارتكب ما يوجب الفسق فالظاهر من حاله ارتكاب مثله قبل أداء الشهادة، فقويت التهمة في حقه واعتبرت على أصل الشهادة، ومنى اتهم المحاكم الشهود قبل الحكم لم يحكم^(٥)، والله أعلم.

كتاب العنق

فصل

٧٨٠ - إذا أعتق موسر شركاً له في عبد عنق كله، وقرم عليه نصيب شريكه^(٦).

(١) ٣٠٦/٨.

(٢) طبقات الشافية الكبرى (٢٠٩/٨)، طبقات المفسرين (١/٣٠٩)، شنرات الذهب (٥/٣٠١).

(٣) الكافي (٤/٥٣٦)، المحرر (٢/٣١٠)، الفروع (٦/٥٨٦)، الإمتناع (٤/٤٤١).

(٤) الكافي (٤/٥٣٥)، المحرر (٢/٣١١)، الفروع (٦/٥٨٦)، الإمتناع (٤/٤٤٤).

(٥) المغني (٩/٢٠٥)، الشرح الكبير (٦/٢٧٥)، المبدع (١٠/٢٣٩).

(٦) الهدایة (١/٢٣٥)، المقنع (٢/٤٨١)، المحرر (٢/٥)، متنه الإرادات (٢/١٢٤).

ولو وصى بعتق عبد باقيه له أو لغيره، فأعتق بعد موته، وثلثه يحتمله كله، لم يقوّم عليه باقيه. في إحدى الروايتين^(١).

والفرق: أن ما يباشر عنته في حال حياته يمكن تقويم باقيه لوجود اليسار. وما يعتق عنه بعد موته لا يمكن تقويمباقي لزوال ملكه عن المال بموته^(٢).

فصل

٧٨١ - إذا قال أحد الشريكين لشريكه الموسر: إذا أعتقت نصيبك فنصيب حر، فأعتن الشريك، عتق الباقي بالسراية مضموناً.

ولو قال: فنصيب مع نصيبك حر، عتق بالشرط مجاناً^(٣).

والفرق: أنه في الأولى علق عتق نصيبيه على شرط، وهو عتق شريكه لنصيبيه، والشرط لا يسبق شرطه ولا يقارنه بل يترتب عليه، فإذا أعتق شريكه عتق نصيبيه بنفس تلفظه بعتق نصيبيه، فلذلك ضمنه.

وأما في الثانية، فإن القائل جعل عتق نصيبيه مقروراً بعتق شريكه فعتقا معاً، لا بالسراية بل بإعناق المالك، فلذلك لا ضمان على الشريك^(٤).

فصل

٧٨٢ - عبد بين شريكين قيمة كل نصيب عشرة دنانير، فقال رجل لا يملك غيرها لأحدهما: أعتق نصيبيك عنّي وعلى هذه العشرة، ففعل عتق، ولم يسر / العنق [١/٨٩] إلى نصيب الشريك.

ولو قال: أعتق نصيبيك عنّي، وعلى عشرة، ففعل، سرى العتق إلى نصيب الشريك، وعنت الجميع على القائل.

والفرق: أن المعتق ملك في الأولى الدنانير المعينة، لأن النقود تتبع بالتعيين، فلم يبق في ملك طالب العتق شيء فصار معسراً.

بخلاف الثانية: فإنه لما استدعي العتق بدنانير في الذمة صار كما لو اشتري النصيب بدنانير في ذمته ثم أعتقه وفي ملكه تلك الدنانير مالكاً لقيمه، فلذلك عتق عليه.

(١) المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٦/٣٧٤)، الإنصال (٧/٤٢٩)، مطالب أولي النهي (٦/٧١٨).

(٢) المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٦/٣٧٤).

(٣) الهدایة (١/٢٣٦)، المقنع (٤/٤٨٤ - ٤٨٥)، المحرر (٢/٦ - ٥)، متهنی الإرادات (٢/١٢٦).

(٤) المغني (٩/٣٤٠)، الشرح الكبير (٦/٣٦٣)، كشف النقانع (٤/٥٢٠).

فصل

٧٨٣ - إذا كان لرجل نصفاً عبدين قيمتهما سواه، لا مال له غيرهما، فأعتق نصيبه منهما بكلمة واحدة، عتق عليه نصبياه منها خاصة، ولم يقوم عليه شيء آخر من باقيهما.

ولو أعتق نصيبه من أحدهما ثم من الآخر، عتق نصبياه، ويسري إلى نصيب شريكه في الأول، ولا يسري إلى الثاني^(١).

والفرق: أنه إذا أعتقهما بكلمة واحدة عتقا، ولا ملك له غيرهما، فلذا لم يقم عليه شيء من باقيهما.

بحلaf الثانية، فإنه لما أعتق الأول كان مالكًا للنصيب الآخر، وذلك يفي بنصيب شريكه فقوم عليه، فلما أعتق الآخر كان معسراً فلم يسر العتق. فافترقا^(٢).

قلت: قال الوالد: هذا الفصل والذي قبله إنما يتوجهان على مذهب الشافعي، لكون الدين عنده هنا كالدين في باب الزكاة، وهو غير مانع من إيجابها هناك، فكذا هنا لا يمنع وجود السراية، والجامع بينهما: كون كل منهما حق الله.

ومذهبنا: على خلاف ما قرره المصنف في الفصلين من كتب الشافعية، وقد شاهدنا ذلك.

والذي ذكره الوالد ظاهر في الفصل الأول، لأن قياس المذهب على ما ذكره عدم السراية في الصورة الثانية، لأن المال الذي عتق العبد عليه صار ديناً في ذمة معتقه، والدين يمنع السراية^(٣).

وأما هذا الفصل، فإن الصورة الثانية وهي مسألة السراية لا دين فيها، فلا يتوجه الأخذ حينئذ، فتأمله.

فصل

٧٨٤ - عبد بين ثلاثة، شهد اثنان منهم [على الثالث]: أنه أعتق نصيبه وهو معسر، قبلت شهادتهما.

ولو كان موسراً، لم تقبل.

(١) المغني (٩/٣٥٧)، الشرح الكبير (٦/٣٦٤).

(٢) المغني (٩/٣٥٧)، الشرح الكبير (٦/٣٦٤).

(٣) الكافي (٢/٥٧٦)، المحرر (٥/٢)، متنهى الإرادات (٢/١٢٤).

والفرق: أنه إذا كان معرضاً فلا تهمة في شهادتهما .
بخلاف الثانية، فإنه إذا كان موسرأً فهما متهمان في شهادتها لإيجاب قيمة
نصبيهما عليه بالسراية^(١) .

إذا تقرر هذا، فهل يعتق نصبيهما؟ فيه وجهان:
أشهرهما: يعتق.

فصل

٧٨٥ - عبد بين شريكين رأيا طائراً، فقال أحدهما: إن كان غراباً فنصبيه حر،
وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فنصبيه حر، وغاب ولم يعلم خبره، فأحدهما حانت
بيقين .

فإن كانا موسرين عتق جميع العبد لا عتراف / كل منهما بعتق نصيب الآخر [١٩/٦] بالحنث، وعتق نصبيه بالسراية .

وإن كان أحدهما معرضاً عتق نصبيه خاصة، لأنه معترض بعتق نصبي شريكه
بالحنث، ونصبيه بالسراية، فلا يقبل في حق شريكه، ويقبل في حق نفسه .

وإن كانا موسرين فأحدهما حانت بيقين، ولا يعتق شيء من العبد، لأن ملك
كل منهما ثابت في نصبيه بيقين، فلا يزول بالشك .

وإن باع كل واحد منهما نصبيه لأجنبي كان المشتريان بمترizهما .

وإن باعاه من أجنبي عتق نصفه ليقنز حرية النصف في حقه، بخلاف ما لو
باعاه من اثنين^(٢) .

والفرق: أنه إذا باعاه من اثنين فكل واحد لا يعترض بحرية ما اشتراه .
وأما إذا اشتراه منهما واحد فإنه يعترض أن نصف العبد حر بيقين، فلا يثبت له
ملك على ما هو معترض بحريته، فافترقا .

فصل

٧٨٦ - إذا قال: إن كان حملك غلاماً فأنت حر، وإن كان جارية فهي حرة،
فبان ذكرأ وأنثى، لم يعتق واحد منها .

ولو قال بدل إن كان حملك: إن كان في بطنك، عتقا .

(١) روضة الطالبين (١٢/١٣٠).

(٢) المغني (٩/٣٤٩).

والفرق: أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فشرط حنته: كون ما في البطن غلاماً أو جارية، فإذا كانت حاملاً بهما، لم يوجد شرط العنق.
بخلاف الثانية، فإن من كانا في بطنها ففي بطنها أحدهما، وقد تقدم مثله في الطلاق.

فصل

٧٨٧ - إذا قال لعبديه: إذا جاء غد فأحدكما حر، فجاء الغد وهو في ملكه،
أخرج المعتق بالقرعة.
فإن مات أحدهما أو باعه، عتق الباقي في ملكه.
والفرق: ما تقدم في الطلاق.

فصل

٧٨٨ - فإن كانت بحالها، فباع نصف أحدهما قبل الغد، أقرع بين العبد ونصف الآخر، فإن خرجت على العبد عتق، واستقر ملكه على نصف الآخر.
وإن خرجت للنصف عتق وسرى إلى باقيه، وقوم عليه^(١).

فصل

٧٨٩ - إذا قال لعبده: إن ملكتك فأنت حر، عتق.
ولو قال: إن اشتريتك فأنت حر، لم يعتق.
والفرق: أن بقاءه في ملكه ملكه، وبقاوته على الشراء ليس شراء، فتفارقا.

فصل

٧٩٠ - إذا قال لرجل: أعتق عبدك هذا وعلىي ثمنه، فالثمن على السائل،
والولاء والعنق للمسؤول.
ولو قال: أعتقه عني، فالعنق والولاء للسائل.

والفرق: أنه في الأولى قد أعتقه المعتق عن نفسه لا عن السائل، فلذلك كان الولاء له، لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» متفق عليه^(٢)، وإنما لزمه ثمنه لأن عتق العبد إتلاف من السائل، استدعي ذلك بشرط الضمان فلزمته، كقوله: ألق متاعك

(١) انظر: المغني (٧/٢٥٣)، الشرح الكبير (٤/٥١٢).

(٢) (ح) أخرجه البخاري (١/١٧٤) - ح (٤٤٤)، ومسلم (٢/١١٤١) - ح (١٥٠٤).

في البحر، وعلى ثمنه.

بخلاف الثانية، فإنه إذا أعتقه عن السائل بأمره صار / كالملك له، ودخل في [١٩٠/١] ملك السائل وعتق عليه، ولا يفتقر إلى قبض، لكونه متعيناً، فإذا ملكه وقع العتق عنه، وكان الولاء له.

فصل

٧٩١ - إذا أعتق الأمة الحامل، عتق حملها.

وإن أعتق الحمل، لم تعتق أمه^(١).

والفرق: أن الولد يعتق بعنت أمه تبعاً، كما يتبعها في البيع والهبة.
بخلاف الثانية، فإن الأمة لا تتبع في الوصية، فلذلك عتق بعنتها، ولم تعتق
بعنته^(٢).

كتاب التدبير

فصل

٧٩٢ - إذا كان العبد لواحد فقال: إذا مات فأنت حر، صار مدبراً^(٣).

ولو كان لاثنين فقلالاً: إذا متنا فأنت حر، لم يصر مدبراً^(٤).

والفرق: أنه إذا كان لواحد فعتقه معلق على موته خاصة، فلذلك كان مدبراً.
وفي الثانية علق عنته بموتهما، فقد علق كل واحد عتق نصبيه بموته وموت
شريكه، فلا يعتق منه شيء ما دام أحدهما حياً، فإن ماتا معاً عتق العبد لوجود
الصلة.

فإن مات أحدهما كان نصبيه لوارثه، ويصير نصبيه مدبراً لانتقاله إلى الوارث قبل
موت الآخر، كما لو قال: أنت حر بعد موتي بشهر. على المشهور من المذهب^(٥).

(١) الهدية (١/٢٣٧)، المقعن (٤/٤٧٨)، المحرر (٢/٤)، الإمتناع (٢/١٣٢).

(٢) الكافي (٢/٥٨٥)، الشرح الكبير (٦/٣٥)، كشف القناع (٤/٥١٢).

(٣) انظر: الهدية (١/٢٣٩)، الفروع (٤/١٠١)، الإنفاق (٧/٤٣٢)، الإمتناع (٣/١٤٠).

(٤) المقعن (٩/٣٩٢)، الفروع (٥/١٠١)، الإنفاق (٧/٤٣٢)، منتهى الإرادات (٢٠/١٣٤)،
مطلوب أولي النهي (٤/٧٢٢).

(٥) الروایتين والوجهين (٣/١١٨)، المقعن وحاشيته (٤/٤٨٦)، المحرر (٢/٦)، تصحيح الفروع (٥/١٠٢)، منتهى الإرادات (٢/١٢٧).

فصل

٧٩٣ - إذا حدث للمدبرة أولاد بعد تدبيرها، ثم رجع سيدها في تدبيرها، لم يبطل التدبير في حق أولادها^(١).

ولو حدث للمكاتبة أولاد بعد الكتابة ثم عجزت، رقت ورق أولادها^(٢).
والفرق: أن أولاد المدبرة مدبرون، بدليل: ما لو ضاق الثلث عنها وعنهم لم تقدم عليهم، بل يقرع، فالرجوع في تدبيرها ليس رجوعاً في تدبيرهم، كما لو دبرهم بألفاظ مختلفة^(٣).

بخلاف أولاد المكاتبة، فإنهم غير مكاتبين، لأن الولد لا يتبع أمه في العقود كالبيع، وإنما ثبت لهم حرمة الأم على سبيل التبع، فيتبعونها في الحرية والرق.

فصل

٧٩٤ - إذا دبر أمة ثم ولدت، ثم ماتت قبل موتها^(٤)، عنت الأولاد

ولو علق عتقها بصفة [كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر] فماتت قبل وجودها وبعد أن ولدت أولاداً، لم يعتقوا بوجود الصفة فيهم^(٥).
والفرق: أن أولاد المدبرة مدبرون، كما قررنا.

بخلاف أولاد المعلم عتقها بصفة، فإنهم لم يتعلقاً عتقهم بتلك الصفة.
بدليل: أنهم لو دخلوا الدار مثلاً ولم تدخلها أمهم وهي في ملك السيد لم يعتقاوا، ولو كان قد تعلق عتقهم عتقوا، فدل أن عتقهم لم يتعلقاً، فظاهر الفرق^(٦).

فصل

٧٩٥ - إذا عنت المدبرة بمماتها، ثم اختلفت هي والوارث في مال يديها، فقال الوارث: كسبتيه قبل الموت فهو إرث، فقالت: بل بعده فهو ملكي، أخذ بقولها.

(١) انظر: الهدية (١/٢٢٩)، الكافي (٢/٥٩٤)، الإماع (٣/١٤١).

(٢) المعني (٩/٤٨٧)، الشرح الكبير (٦/٤١٩).

(٣) المعني (٩/٣٩٨)، الشرح الكبير (٦/٣٩٠)، المبدع (٦/٣٣٠).

(٤) المعني (٩/٣٩٨)، الشرح الكبير (٦/٣٩٠)، كشاف القناع (٤/٥٣٦)، مطالب أولي النهى (٤/٧٢٦).

(٥) المعني (٩/٣٨٢)، الكافي (٢/٥٨٩)، المبدع (٦/٣١٣).

(٦) المعني (٩/٣٨٢)، الكافي (٢/٥٨٩).

ولو اختلفا في ولدها / ، فقال: ولديه قبل التدبير فهو مملوكي ، فقال: بل بعده [٦٠/٦] فهو حر ، أخذ بقوله .

والفرق: أن الأصل في الولد الرق، لأنه ولد مملوكة ، فالقول قول من يدعوه .

بخلاف الثانية، فإن الأصل عدم المال، ويدها عليه، فأخذ بقولها: إنه ملكها .

فصل

٧٩٦ - إذا قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي ، فدخلتها في حياته صار مدبراً ، ولو دخلها بعد موته ، لم يعتق بحال^(١) .

ولو قال: إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حر ، فدخلتها بعد موته عتق . في إحدى الروايتين^(٢) .

والفرق: أنه في الأولى عقد الصفة حال الحياة ، فإذا مات العاقد قبل وجودها بطلت^(٣) .

بخلاف الثانية، فإن الصفة عقدت بعد الموت ، فصار ك قوله: أنت حر بعد موتي^(٤) .

فصل

٧٩٧ - إذا قال له: إن شئت فأنت مدبر ، اختصت مشيئته بالمجلس^(٥) .

ولو قال: متى شئت لم تختص ، بل هي على التراخي^(٦) .

[والفرق: أن متى للأزمان ، فمعناه: أي وقت وأي زمان شئت فأنت مدبر ، فلذلك كانت على التراخي^(٧) .]

بخلاف إن وإذا ، فإنهما ليسا للزمان ، ولا يعمان الأوقات ، بخلاف متى .

قلت: واختار صاحب المحرر: أن متى مثل إن^(٨) .

(١) الهدية (١/٢٢٥)، الكافي (٢/٥٩١)، الإمتناع (٣/١٣٦)، متيه الإرادات (٢/٦٥٦).

(٢) الكافي (٢/٥٨٨)، الشرح الكبير (٦/٣٦٧)، الإنصاف (٧/٤١٥)، الإمتناع (٣/١٣٦).

(٣) المغني (٩/٣٨٨)، الشرح الكبير (٦/٣٦٨)، كشاف القناع (٤/٥٢٢).

(٤) الكافي (٢/٥٨٨)، المغني (٩/٣٨٨)، الشرح الكبير (٦/٣٦٧).

(٥) المقعن (٢/٤٩٤)، المحرر (٢/٦)، الفروع (٥/١٠١)، الإنصاف (٧/٤٣٣)، الإمتناع (٣/١٤٠).

(٦) المقعن (٢/٤٩٤)، المحرر (٢/٦)، الفروع (٥/١٠١)، الإنصاف (٧/٤٣٣)، الإمتناع (٣/١٤٠).

(٧) انظر: المحرر (٦/٢).

باب الكتابة

فصل

٧٩٨ - إذا فسدت الكتابة لجهل العوض أو غيره، غالب فيها حكم الصفة، فتكون جائزة من الطرفين.

ولو قال لعبد: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، لم يكن للسيد إبطالها مع بقاء الملك^(١).

والفرق: أن الصفة بالكتابة الفاسدة حق ألممه السيد نفسه في مقابلة حق له، فإذا لم يسلم ماله، لم يسلم ما عليه، كالبيع^(٢).

بخلاف الثانية، فإنها صفة محضة ألممها نفسه متبرعاً من غير عقد معاوضة، فلم يكن له ولا للعبد رفعها^(٣).

فصل

٧٩٩ - إذا اتفق السيد والمكاتب على فسخها، انفسخت.

ولو اتفقا على فسخ التعليق، لم ينفسخ.

والفرق: أن المغلب في الكتابة حكم المعاوضة، فلهذا انفسخت بفسخها، كالبيع^(٤).

بخلاف التعليق، فإنه لا ينفسخ، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فإنه لا ينفسخ، كذا هنا.

فصل

٨٠٠ - الكتابة الفاسدة تنفسخ بجنون السيد^(٥)، دون الصحيبة.

والفرق: أن الفاسدة جائزة فانفسخت بذلك، كالوكالة^(٦).

(١) الهدية (١/٢٤١)، المقعن (٢/٥١٥)، الإنصال (٧/٤٨٤)، الإمتاع (٣/١٥٣)، متنه الإرادات (٢/١٤٥).

(٢) الهدية (١/٢٤١)، المقعن (٢/٥١٥)، الإنصال (٧/٤٨٤)، الإمتاع (٣/١٥٣).

(٣) انظر: المعنى (٩/٤٦٥)، الشرح الكبير (٦/٤٥٧)، كشف القناع (٤/٥٦٤).

(٤) المقعن (٢/١١٥)، المحرر (١/٣٤٠)، الإمتاع (٢/١٨٠)، متنه الإرادات (١/٤١٢).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١/٣٨١)، (٣/١٢١٦)، المعنى (٤/٥٩٥)، كشف القناع (٣/٣٧٠).

(٦) الكافي (٢/٦٠٥)، الإنصال (٧/٤٦٧)، الإمتاع (٣/١٤٨)، متنه الإرادات (٢/١٤١).

والصحيحة لازمة فلم تنفسخ، كالبيع^(١).

فصل

٨٠١ - الفاسدة تبطل بجنون السيد، دون العبد.

والفرق: أن العبد قبل الجنون محجور عليه، ولم يمنع ذلك ابتداء العقد، فالحجر عليه بالجنون لا يمنع استدامته. بخلاف السيد، فالحجر عليه بالجنون يمنع ابتداء عقد الكتابة، فمنع استدامته الفاسدة.

فصل

٨٠٢ - الكتابة الصحيحة لا تبطل بموت السيد^(٢).

وبطل بموت المكاتب إذا لم يخلف وفاء، ولم يؤد أكثر كتابته^(٣).

والفرق: أن السيد عاقد غيره / معقود عليه، فإذا مات لم يبطل العقد بموته، [١١٩] كالولي في النكاح.

بخلاف المكاتب، فإنه عاقد ومعقود عليه، فإذا مات بطل العقد، كالزوج^(٤).

فصل

٨٠٣ - إذا أدى^(٥) حر عن المكاتب مال الكتابة بغير إذنه لم يرجع عليه، ذكره في المجرد.

ولو قضى ديناً عن حر بغير إذنه رجع عليه. في إحدى الروايتين.

والفرق: أن مال الكتابة غير لازم له، بدليل: أن له الامتناع من أدائه مع القدرة، فلو قيل: يرجع عليه، للزم ما لا يلزم، فلم يرجع لذلك^(٦). بخلاف الدين على الحر، فإنه لازم له، فإذا أداه عنه فطالب به فهو كالغريم الأول، وذلك يلزم دفعه إليه، فكذا هذا^(٧).

(١) الكافي (١١٥/٣)، الشرح الكبير (٤/٤)، الإنصاف (٣٣٤/٨)، الإنعام (٣/٢٢٥).

(٢) الكافي (٦٠٥/٢)، المغني (٤٥١/٩)، الشرح الكبير (٤٢٤/٦).

(٣) الكافي (١١٥/٣)، المغني (٦/٧٥٠)، الشرح الكبير (٤/٣٣٤).

(٤) المغني (٤٧٧/٩)، الشرح الكبير (٦/٤٣٨).

(٥) الكافي (١٥٠/٢)، الشرح الكبير (٥/٢٦٥)، الإنصاف (١/٧٨)، الإنعام (٤/٢١٥).

(٦) انظر: المغني (٤٧٧/٩).

(٧) المغني (٤٧٨/٩)، الشرح الكبير (٦/٤٣٩)، الفروع (٥/١١٩).

فصل

٨٠٤ - إذا قال لعبدة: إن أعطيتني مائة فأنت حر، فدفعها إليه عتق، وما فضل
بعله لسيده^(١).

ولو فضل بيد المكاتب شيء، كان له دون سبيله^(٢).

والفرق: أن المغلب في الكتابة المعاوضة، فكانه اشتري نفسه، وكذلك يملك
كسبه ونفعه، فيؤدي منه مال الكتابة، ويبيقي الباقي ملكاً له.

بخلاف المعلم عتقه بصفة، فإن ما يملكه قبل وجودها ملك للسيد، فالفضل
بعد المائة يكون لسيده لما ذكرنا.

فصل

٨٠٥ - ذكر القاضي في المجرد: أنه إذا تزوج المكاتب بأمة لسيده، ثم اشترتها
وأدت بولده، فقال السيد: أنت به قبل أن تشتريها فهو مملوكي. وقال المكاتب: بل
أنت به بعد أن اشتريتها فهو مملوكي، واحتمل، ولا بينة، أخذ بقول المكاتب.

ولو اختلف السيد والمكاتب في ولدها، فقال: ولديه قبل كتابتك فهو مملوكي،
ولم يدخل في الكتابة، قالت: بل وجد بعدها فحكمه حكمي، فالقول قول السيد.

والفرق: أنهما في الأولى اختلفا في الملك، ويد المكاتب عليه، فكان القول
قول من العين في يده.

بخلاف الثانية، فإن المكاتب تدعي في الولد تبعيته، والأصل عدم ذلك، فكان
القول قول السيد.

فصل

٨٠٦ - إذا قتل السيد مكاتبه، لم يضمنه.
ولو قطع طرفه، ضمنه.

والفرق: أن بقتله تبطل الكتابة، ولو وجب الضمان لوجب للسيد على نفسه،
لأنه عبده، ولا يجب للإنسان على نفسه شيء.

بخلاف الثانية، فإن الكتابة لم تبطل.

(١) المعنى (٤٧٨/٩)، الشرح الكبير (٤٣٩/٦).

(٢) الشرح الكبير (٤٣٩/٦).

فصل

٨٠٧ - إذا كاتب أمة بشرط إدخال ولدها في الكتابة، ثم أعتقه عتق، وسقطت حصته من مال الكتابة.

ولو حدث لها ولد بعد عقد الكتابة من زوج أو زنا، ثم أعتقه السيد عتق، ولم يسقط شيء من مال الكتابة.

والفرق: أن عقد الكتابة تناوله في الأولى، فقد أخذ قسطاً من مال الكتابة، فإذا عتق سقط.

[٩١/ب] بخلاف الثانية، فإن عقد الكتابة لم يتناوله /، فلم يسقط بيازائه شيء.

فصل

٨٠٨ - إذا زوج عبه من أمته فأولدها، ثم كاتبها جميعاً، وشرط دخول الولد في الكتابة، ثم قتل الولد، سقط قدر حصته من مال الكتابة عنهم.

ولو حدث لهما ولد بعد كتابتهما فقتل الولد، فقيمته لأمه تستعين بها في كتابتها.

والفرق: أن الولد الموجود قبل الكتابة لحقه عقد الكتابة وحصل فيها بالاشارة، وأباءه استويا في اشتراطه، فاستويا في قدر حصته من مال الكتابة.

بخلاف ما إذا حدث الولد بعد العقد فإنه لم يدخل فيه، وإنما لحق بحكم الولادة، والأم هي التي اختصت بالولادة، فاختصت بالبدل.

فصل

٨٠٩ - إذا كاتب اثنان عبدهما، فأدى إلى أحدهما، لم يعترض نصيبه من المكاتب.

ولو أبدأه من نصيبه، عتق نصيبه من المكاتب.

والفرق: أنه بالأداء إلى أحدهما قدر نصيبه لا يكون المؤدي إليه مستوفياً لحقه، لأن شريكه مطالبته بنصف ما قبضه فلا يعتق، كما لو أدعى بعض حقه. بخلاف الإبراء، فإنه يكون مستوفياً لجميع دينه، لأن شريكه لا يملك مطالبته بعد ذلك بشيء فلذلك عتق، فافرقا.

فصل

٨١٠ - إذا كاتب عبه على مال، ثم أعطاه كفياً، لم تصح الكفالة.

ولو أعتقه على ماله، صحي ذلك.

والفرق: أن مال الكتابة غير مستقر ولا لازم، فإن المكاتب يملك تعجيز نفسه، فلم تصح الكفالة.

بخلاف الثانية، فإن المال الذي أعتقه عليه دين صحيح مستقر يلزمه أداؤه، فصحت الكفالة به، كسائر الديون.

فصل

٨١١- إذا طاولت المكاتبة سيدها على وطئها، لم يسقط مهرها. ذكره القاضي عن أبي بكر.

ولو طاوت الحرة أجنياً على وطئها، فإنه يسقط مهرها.

وفرق: بأن وطء السيد صادف ملكاً، بدليل: أنه لا يجب الحد لشبهة الملك، فلا يكون زنا.

بخلاف الثانية، فإنه زنا، والنبي ﷺ: «نهي عن مهر البغيّ»، متفق عليه.

فصل

٨١٢ - إذا جنى عبد المكاتب خطأً أو عمداً، واختار المكاتب فداءه، وقلنا: يلزمه فداءه بأرش الجنابة بالغًا ما بلغ، فإنه يلزمته ما لم يجاوز أرشفها قيمةه. فإن جاوزها لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمتها، بل يسلمه للبيع. ولو كان سيد الجانبي حراً جاز ذلك.

والفرق: أن الفداء بزيادة على قيمته ينذر للمال لغرض نفسه، لا لمصلحة ماله، والمكاتب من نوع من ذلك، كسائر التبرعات.

بخلاف الحر، فإنه غير ممنوع من ذلك، فجاز له، كسائر التبرعات.

فصل

٨١٣ - إذا جنى عبد المكاتب جنائية تتعلق برقبته وهو أجنبي منه، فله فداؤه بأقل الأمرين: من قيمته، أو أرش الجنائية^(١).

ولو كان ذا رحم محرم، لم يفده.

قلت: بغير إذن سيده^(٢).

(١) انظر : المغني (٤/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٣)، المندع (٤/٢٥٧).

(٢) المغني (٩/٣٧٨)، الشرح الكبير (٦/٣٦٦)، الإماماع (٣/١٣٥)، متنه الإرادات (٢/١٢٧).

والفرق: أن فداء عبده الأجنبي مصلحة ملكه فجاز له ذلك، لأنه لا ضرر عليه فيه، فهو كالبيع والشراء.

بخلاف ما إذا كان ذا رحم منه، فإنه لا مصلحة لملكه في فدائه، لأنه إذا فداء لا يمكنه التصرف فيه فيؤدي ذلك إلى عجزه، فلم يجز أن يفديه^(١).

/ قلت: ذكر أبو محمد في المغني^(٢): أن التفرقة بينهما هي اختيار القاضي في [١١٩٢] المجرد، ونصر هو: أن لا فرق^(٣).

فصل

٨١٤ - تتعلق ديون المكاتب بذمتها^(٤).

وديون العبد المأذون له برقبته^(٥).

والفرق: أن المكاتب في يد نفسه، فلم يحصل من سيده غرور لمعامليه.

بخلاف المأذون له، فإن سيده غير معامليه، فلذلك تعلقت برقبته.

قلت: وفي المكاتب رواية أخرى: أنها تتعلق بهما^(٦).

قال في المحرر: وهي أصح عندي.

فصل

٨١٥ - إذا جنى المكاتب على سيده جنائية تعلق أرشها برقبته، ثم عتق بالأداء، تحول أرشها إلى ذمته^(٧).

ولو أعتقه السيد ولا مال له، سقط الأرش^(٨).

والفرق: أن العتق في الأولى حصل باختيار المكاتب، فتلف المحل بغير اختيار السيد، فلم يبطل الأرش.

بخلاف الثانية، فإن السيد بإعتاقه أتلف محل الأرش فقط^(٩).

(١) الهدایة (١/٢٤٠)، المقعن (٢/٥٠٠)، الإرادات (٢/١٣٧).

(٢) الشرح الكبير (٦/٤٠٥)، شرح متهى الإرادات (٢/٦٦٨)، مطالب أولي النهى (٤/٧٣٥).

(٣) الشرح الكبير (٦/٣٦٦)، شرح متهى الإرادات (٢/٦٥٥).

(٤) الهدایة (١/٢٤٤)، المقعن (٢/٥١٠)، المحرر (٢/١٠)، الفروع (٥/١٢٠).

(٥) المغني (٤/٤٧٢)، المحرر (١/٣٤٨)، الإنصاف (٥/٣٤٧).

(٦) الإنصاف (٧/٤٧٤)، حاشية المقعن (٢/٥١٠).

(٧) المغني (٩/٤٧٥)، الشرح الكبير (٦/٤٣٨)، المبدع (٦/٣٥٦)، كشاف القناع (٤/٥٥١).

(٨) انظر: (٩/٤٧٦)، الشرح الكبير (٦/٤٣٧).

(٩) انظر: المغني (٩/٤٧٦)، الشرح الكبير (٦/٤٣٧).

فصل

٨١٦ - إذا أبرا السيد مكاتبه من مال الكتابة في مرض موته ولا مال له غير ذلك، عتق من المكاتب بقدر ثلث الأقل من قيمته، أو مال الكتابة. وإن كان له مال غيره، عتق منه مع ذلك بقدر ثلث المال^(١). ولو أبرا من نصف مال الكتابة، والنصف يخرج من الثالث، لم يعتق منه شيء^(٢).

والفرق: أنه في الأولى وجدت صفة العتق، كما لو أدى جميع مال الكتابة، بدليل: أنه لو كان ذلك في صحة السيد عتق المكاتب، فهو كقوله: أنت حر، ولو قال له ذلك في مرض موته اعتبر من الثالث، فكذا هنا^(٣). بخلاف الثانية، فإنه لم توجد صفة العتق وهو الأداء، ولا ما يقوم مقامه وهو الإبراء، فلم يعتق.

فصل

٨١٧ - إذا أوصى بمال الكتابة لإنسان، عتق المكاتب بالدفع إليه، كما يعتق بالدفع إلى الوصي ليدفعه إليه.

ولو وصى به لغير معين كالقراء، لم يعتق إلا بالدفع إلى الوصي. والفرق: أنه بالتعيين تعين المستحق، فعتق بالدفع إليه، كالدفع إلى سيده، ولا اجتهاد للوصي فيه.

بخلاف الثانية، فإن للوصي الاجتهاد في أعيان المصرف إليهم، فلم يكن للمكاتب أن يفوت على الوصي اجتهاده، فربما أراد أن يعطي من لم يعطه المكاتب^(٤).

فصل

٨١٨ - إذا كاتب عبده لم يكن له الفسخ إذا كان قادرًا على الأداء^(٥). وللمكاتب تعجيز نفسه مع القدرة على الكسب^(٦).

(١) المعني (٤٨٣/٩)، الشرح الكبير (٤٤٠/١)، كشاف القناع (٤/٥٤٠).

(٢) المعني (٤٨٤/٩)، الشرح الكبير (٤٦٠/٦).

(٣) المعني (٤٣٩/٩)، الشرح الكبير (٤٤٣/٦)، كشاف القناع (٤/٥٨٧).

(٤) الكافي (٥٩٩/٢)، المحرر (٨/٢)، الإماماع (١٥١/٣)، متنه الإرادات (١٤٣/٢).

(٥) المحرر (٨/٢)، الفروع (١٢٣/٦)، الإماماع (١٥٢/٣)، متنه الإرادات (١٤٤/٢).

والفرق: أن عقد الكتابة حق للعبد فهو بال الخيار: بين استيفاء حقه، وتركه.
بخلاف السيد، فإنه لا حق له، فلا يملك القسخ^(١).

فصل

٨١٩ - إذا استولد المكاتب أمهه، فولده مملوك له^(٢).
ولو استولد الحر أمهه، فولده حر^(٣).

والفرق: أن ملك المكاتب غير تام، فولده كولد العبد المأذون له في التسرى.
بخلاف الحر، فإن ملكه تام^(٤)، والله أعلم.

باب أحكام أمهات الأولاد

فصل

٨٢٠ - لا تصير الأمة أم ولد بعلوها بمملوك، إلا أمة المكاتب إذا علقت منه^(٥).

والفرق: أن ولدها منه ليس عبداً منه على الإطلاق، والسيد ممنوع من التصرف لسبب الحرية، فثبتت لأمه بهذا حرمة صارت بها أم ولد، وهذا المعنى / غير موجود [٩٢/بـ] في غير المكاتب.

فصل

٨٢١ - إذا ولدت الأمة المشتركة منهمما، فألحقت القافة ولدها بهما، ثم مات أحدهما، عتق نصفها، ولم يعتق باقيها إلا بموت الآخر، أو إعانته^(٦).
ولو ولدت من كل منها ولداً، وعلم السابق ثم جهل، أو جهل ابتداء، لم تعتق إلا بموتها جميعاً^(٧).

والفرق: أنها في الأولى أم ولد لكل منها بقدر حصته منها، فيعتق بموت كل

(١) المغني (٤٦٩/٩)، الشرح الكبير (٤٤٦).

(٢) الهدایة (٢٤٣/١)، المغني (٤٤٢/٩)، الشرح الكبير (٤١٤/٦).

(٣) الهدایة (٢٤٥/١)، الكافي (٢/٦٢٣)، المحرر (١١/٢)، الإقناع (١٥٤/٣).

(٤) المغني (٤٤٢/٩، ٥٣٩)، الشرح الكبير (٤١٤/٦).

(٥) انظر: المغني (٥٣٩/٩)، الكافي (٦٢٣/٢)، الشرح الكبير (٤٦٩/٦)، كشاف القناع (٤/٥٦٧).

(٦) انظر: المقنع (٥٠٧/٢)، الإماماع (١٤٩/٣)، متنبي الإزادات (١٤١/٢).

(٧) المغني (٤٥٩/٩)، الشرح الكبير (٦/٤٢٩ - ٤٣٠).

منهما نصيبيه، ويعتق نصيب الآخر بموته^(١).
بخلاف الثانية، فإن كلها أم ولد واحد منها خاصة لا بعينه، فلا يتحقق عتقها
إلا بموتها^(٢).

فصل

٨٢٢ - إذا أوصى لأم ولده وقيمتها ثلث ماله، بشيء قيمته ثلث ماله ملكته بعد موته.

ولو أوصى لمدبرته وقيمتها ثلث ماله، بشيء قيمته ثلث ماله، لم تستحق شيئاً منه حتى يجيز الورثة.

والفرق: أن أم الولد تعتق من رأس المال، فإذا وصى لها بمقدار الثلث صحت الوصية، وملكته بعد موته، كالحررة الأجنبية.

بخلاف المدبرة، فإنها تعتق من الثلث، لأن التدبير وصية، فإذا لم يخرج هو وبقية الوصايا من الثلث قدم العتق لها هنا، لأن الوصية لا تصح إلا بصحته ولو احتمل المدبرة ووصيتها ملكته، كأم الولد^(٣).

فصل

٨٢٣ - إذا جنت أم الولد فداتها بأقل الأمرين: من قيمتها، أو أرش الجنائية، ولا يلزمها غير ذلك. رواية واحدة.

قلت: بل فيها رواية أخرى: أنه يلزمها فداؤها بالأرش كله، ذكرها غير واحد.
وثالثة: يلزمها الفداء بقيمتها باللغة ما بلغت. ذكرها أبو بكر وغيره^(٤).

ولو جنت القن فداتها بأرش الجنائية باللغة ما بلغ. في إحدى الروايتين^(٥).

والفرق: أن أم الولد لا يمكنه تسليمها للبيع، فلذلك لم يلزمها أكثر من قيمتها.
بخلاف القن، فإنه يمكنه تسليمها للبيع، فربما رغب راغب فزاد في ثمنها ما يبلغ أرش الجنائية، فلذلك لزمه أرش الجنائية باللغة ما بلغ إن لم يسلمه للبيع^(٦).

(١) انظر: المبدع (٦/٣٥٣)، كشاف القناع (٤/٥٥٥)، مطالب أولي النهى (٤/٤٧).

(٢) المغني (٩/٤٥٩)، الشرح الكبير (٦/٤٣٠).

(٣) المغني (٩/٥٤٦)، المبدع (٦/٣٤-٣٣)، كشاف القناع (٤/٣٥٤-٣٥٥)، مطالب أولي النهى (٤/٤٦٧-٤٦٨).

(٤) الهدایة (١/٢٤٥)، الكافي (٢/٦٢٦)، المحرر (٢/١٢)، الفروع (٥/١٣٢).

(٥) الكافي (٢/١٥٠)، الشرح الكبير (٥/٢٦٤-٢٦٥)، الإنصاف (١٠/٧٩-٧٨)، الإمامية (٤/٢١٥)، الروض المرريع (٢/٣٤٠).

(٦) المغني (٩/٥٤٦-٥٤٧)، الشرح الكبير (٦/٤٧٧-٤٧٨)، المبدع (٦/٣٧٤).

فصل

٨٢٤ - إذا قتلت أم الولد سيدها، عتقت^(١).

ولو قتلت المديرة سيدها، لم تعتق^(٢).

والفرق: أن أم الولد استقر سبب حريتها حال حياة السيد، بحيث لا يمكن السيد فسخه بحال، فلذلك عتقت بموت سيدها، سواء مات حتف أنفه، أو مقتولاً بفعلها، أو بفعل غيرها.

بخلاف المديرة، فإن سبب حريتها غير مستقر حال حياة سيدها، بدليل: أنه يمكن سيدها فسخه، فقد تعجلت العتق بقتله، فعاقبها الشرع بتنقيض قصدها، كقاتل موروثة^(٣).

فصل

٨٢٥ - إذا أعتق أم ولده ولها أولاد من زوج أو زنا ولدتهم بعد الاستيلاد عتقت، ولم يعتق أولادها، إلا بموت السيد أو عتقها.

ولو أعتق مكاتبته ولها أولاد قد ولدتهم في كتابتها، عتقوها بعتقها^(٤).

والفرق: أن أولاد المكاتبية يتبعون الأم ويعتقون بعتقها، وعتقها يحصل ببراءتها كما يحصل بأدائها، وقد برئت باعتاقها فوجب أن يعتقوها بعتقها، يوضحه: أنهم يرثون برقتها.

بخلاف أولاد أم الولد، لأنهم بمنزلتها لا على وجه التبعة، ألا ترى: أنه لو فات عتقها بممتلكتها رقيقة قبل موت سيدها لم يرق أولادها، وداموا على حكم أم الولد فيعتقون بممات سيدهم، فليس عتق أولادها بممتلكتها ولا عتقها، وإنما عتقهم بسبب عتقها وهو موت السيد، وإذا كان كذلك لم يعتقوها بممتلكتها، بل بممتلكته^(٥)، فافتراقا.

والحمد لله وحده

تم الكتاب

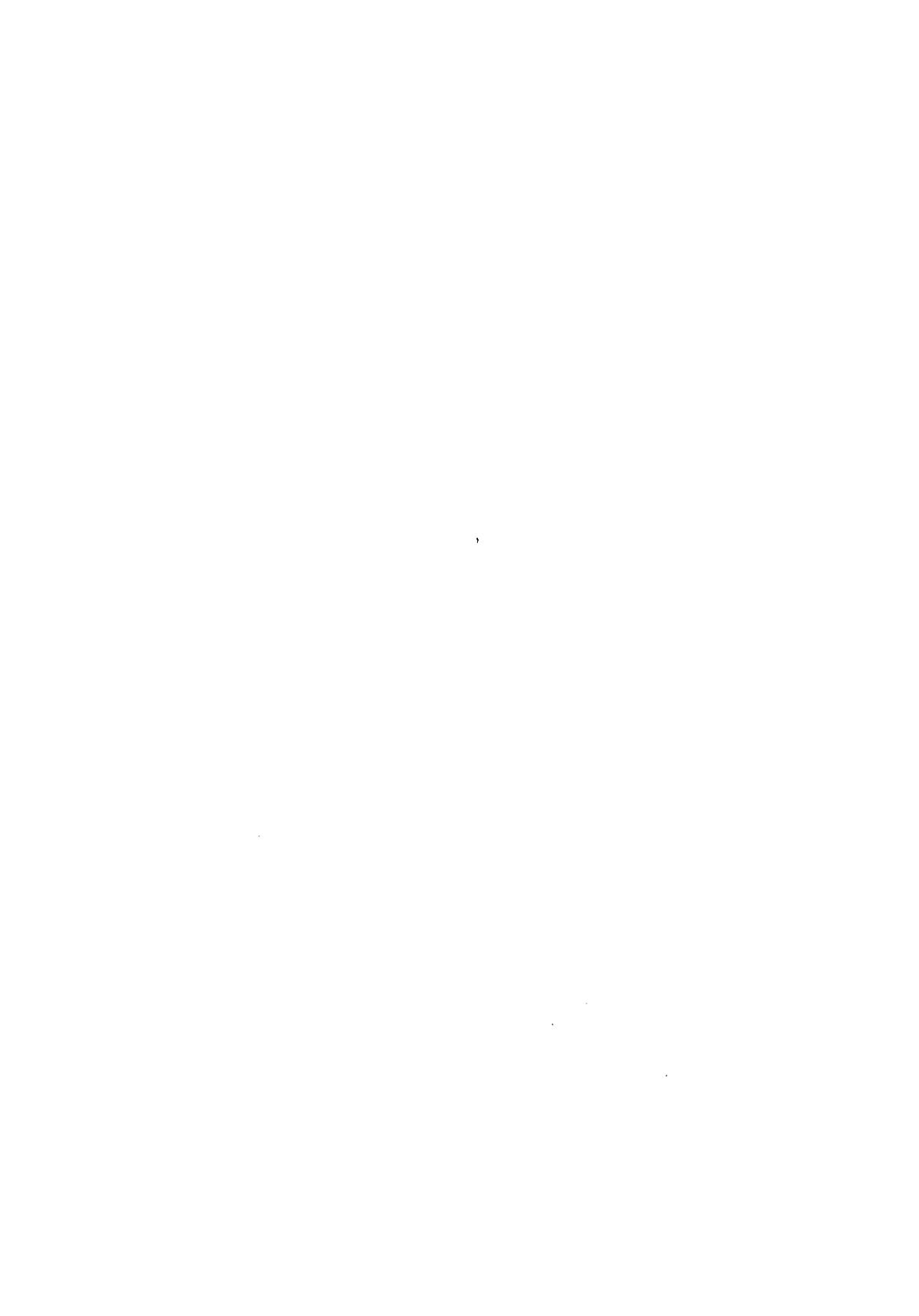
(١) المقعن (٥١٩/٢)، المحرر (١٢/٢)، الفروع (١٣٢/٥)، متنه الإرادات (١٤٩/٢).

(٢) المقعن (٤٩٨/٢)، الكافي (٥٩٦/٢)، الإمتناع (١٤٣/٣)، الإرادات (١٣٦/٢).

(٣) المعنى (٤٠٨/٩)، الشرح الكبير (٣٩٦/٦)، كشاف القناع (٥٣٨/٤).

(٤) المعنى (٤٨٨/٩)، الشرح الكبير (٤١٩/٦)، الإنصاف (٤٦٤/٧)، كشاف (٥٤٩/٤).

(٥) انظر: المعنى (٥٤٣/٩)، الشرح الكبير (٤٧٧/٦)، المطبع (٣٧٣/٦)، كشاف القناع (٥٤٩/٤).



فهرس المحتويات

٣	المقدمة
٤	وصف النسخة الخطية
١١	كتاب المياه
٢٨	كتاب الصلاة
٣٦	كتاب الزكاة
٤٧	كتاب الصيام
٥٦	باب الاعتكاف
٥٧	كتاب الحج
٧٠	كتاب البيع
٩٥	كتاب الرهن
١٠١	كتاب الحجر
١٠٤	كتاب الصلح
١٠٦	كتاب الكفالة والضمان والحوالة
١١٠	كتاب الوكالة
١١٥	كتاب الشركة
١٢٠	كتاب الإقرار
١٣١	كتاب العارية
١٣٤	باب الغصب
١٤٢	باب الشفعة
١٤٥	كتاب المساقاة
١٤٨	كتاب الإجارة
١٥٣	كتاب الرقف
١٥٦	باب الهبة
١٥٩	كتاب اللقطة
١٦٤	باب إحياء الموات
١٦٦	باب الوديعة

١٦٨	كتاب الرصايا
١٨١	كتاب النكاح
١٩٧	باب الصداق
٢٠٧	كتاب الخلع
٢٠٩	كتاب الطلاق
٢٣٦	كتاب الرجعة
٢٣٩	كتاب الإيلاء
٢٤١	كتاب الظهار
٢٤٨	كتاب القذف
٢٥٢	كتاب العدد
٢٥٦	كتاب الرضاع
٢٥٩	كتاب النفقات
٢٦٥	كتاب الجنایات
٢٨١	باب قتل أهل البغى
٢٨٢	كتاب الحدود
٢٩٠	كتاب الجهاد
٢٩٩	كتاب الصيد والذبائح
٣٠٣	كتاب الأيمان
٣١٥	كتاب التذر
٣١٧	كتاب الأقضية
٣٢٤	باب الدعاوى
٣٢٧	كتاب الشهادات
٣٤٠	كتاب العتق
٣٤٥	كتاب التبيير
٣٤٨	باب الكتابة
٣٥٥	باب أحكام أمهات الأولاد

