

البنية

في شرح الهداية

لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوي محمد عمر الشهير بتأصيل الأئمة الزامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البنية للعيني تحته ثم تعليقات
المولوي محمد عمر مفصلاً بينها بخط

الجزء السادس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت
لبنان

المكانب : البناية المركزية - هاتف : ٢٤٤٧٣٩ . صرّب : ١١/٢٠٦١
٨٣٨٢-٢ / ٣٩٠٦٦٣ هاتف : شارع عبدالنور - حارة حريك - المطابع والعمل :
٨٣٧٨٩٨
برقيًا : فكسيو - تلکس : ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر بيروت

وجميع الحقوق محفوظة لها

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المساهمون في إخراج هذا الكتاب -
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيمان

قال الأيمان على ثلاثة أضرب ، اليمين الغموس ، ويمين منعقدة ،
ويمين لغو ،

(كتاب الإيمان)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الأيمان ، وهو جمع يمين ، وهو في اللغة القوة ، ومنه قوله تعالى ﴿لأخذنا منه باليمين﴾ ٥٥ الحاقة ، أي بالقوة. وفي الشريعة عقد قوي عزم الخالق على الفعل أو الترك . وقال النفي اليمين تقوية أحد طرفي الجزء بالقسم به ، وطرفا الجزء الصدق والكذب . واليمين على ضربين يمين هي قسم ، وهو اليمين بالله عزوجل ، ويمين هي الشرط والجزاء مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط ، وهو يمين يعرف أهل الشرع ، وأسماءه ستة : قسم ويمين وحلف وعهد وميثاق وإيلاء . واليمين بشرط ، وهو كون الخالف مكلفاً ، وسبب وهو إرادة تحقيق ما قصده ، وركن ، وهو اللفظ الذي ينعقد به اليمين ، وحكم وهو البر ، فما تجب البر فيه والكفارة على قرابة ، وإنما قيل فيما يجب فيه البر ، لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري (الأيمان على ثلاثة أضرب) أي على ثلاثة أنواع (اليمين الغموس ، واليمين المنعقدة ، واليمين اللغو) قال في المغرب الصواب أن يقال على ثلاث أضرب ، وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام . قوله - يمين الغموس - قال الأترابي هذا من إضافة الجزء إلى نوعه ، كقولهم علم الطب ، فخرج منه الجواب عما يقال أن الموصوف لا يضاف إلى صفته وبالعكس . وقال الكاكي الأصح من النعاة اليمين الغموس صفة لليمين ، وما قيل أنه من إضافة الجنس إلى نوعه كعلم الطب غير صحيح ،

فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه

لأن الطب ليس بصفة ، ثم وجه الإنحصار بين الثلاثة أن اليمين لا يخلو إما أن يكون فيها مؤاخذة ، أو الثاني الأخير ، والأولى إن كانت المؤاخذة في الدنيا فهو المنعقدة . وإن كانت المؤاخذة في العقبى فهو الغموس . وفي الإيضاح والأقسام الثلاثة إنما ستأتي في اليمين بالله تعالى .

واليمين في وجوب الحفظ أربعة أنواع : ما يجب فيها البر وهو الحلف على فعل طاعة أو ترك معصية ، وذلك فرض عليه ، وبالحلف يزداد وكادة . وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك طاعة أو فعل معصية ، وما لا يخير فيه بين الحنث والبر ، والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث ، قال عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خير منها فليأت بالذي هو خير . . الحديث وأدنى الأمر الندب ، وما ينوي فيه البر والحنث في الإباحة فتحى بينهما وحفظها أولى لقوله تعالى ﴿ واحفظوا أيمانكم ﴾ ٨٩ المائدة ، وحفظ اليمين بعد وجوبها بالبر ، ومتى حنث في اليمين والمنعقدة فعمله الكفارة بالنص وإجماع الأمة . والغموس على وزن فعول للمبالغة ، سميت به لأنها تغمس صاحبها في النار ، وقيل لأنها تغمس صاحبها في الإثم لأنه تعمد فيها الكذب .

(فالغموس : هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) على إثبات شيء أو نفيه ، وسواء كان ماضياً أو حالاً ، نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الأمر ، وهو عالم بأنه قوله . ونظير الحال قوله والله إنه زيد مع علمه إنه عمرو ، وما أشبهه . وقول المصنف - على أمر ماض - وهو عبارة القدوري ، فذلك اقتصر المصنف عليه ، ويشير قوله - على أمر ماض - قيدوا لها الماضي والحال ، سواء لأن الغموس لا يتحقق في الحال أيضاً ، ولكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب ، لأن الماضي شرط ، ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره أن الغموس يتحقق في الحال أيضاً .

وفي شرح الكافي اليمين الغموس ليست يمين في الحقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع ، وهذه كبيرة محضة ، وهي ضد المشروع ، ولكن سمي يميناً^(١) مجازاً لارتكاب هذه

(١) في الأصل - سمن يلنبا - والصحيح ما أثبتناه اه مصححه .

فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذباً أدخله الله النار ، ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار ، وقال الشافعي « رح » فيها الكفارة لأنها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً ، فأشبهه المعقودة .

الكبيرة باستعمال صورة اليمين ، وفي البخاري عن عبد الله بن عروة عن النبي ﷺ قال الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس .

(فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (من حلف كاذباً أدخله الله النار) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرء مسلم ، حرم الله عليه الجنة وأدخله النار . وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود رضي الله عنه لقي الله وهو عليه غضبان . وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليبدأ مقعده من النار ، وقال ابن الأثرابي ألزم بها وحبس عليها وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم ، وقيل لها مصبورة وإن كان صاحبها هو المصبور ، لأنه إنما صبر من أجلها ، أي حبس ووصف بالصبر وأضيف إليه مجازاً .

(ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار) وبه قال مالك وأحمد « رح » وكذا أهل العلم منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم وسعيد بن المسيب والحسن البصري والأوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وداود الظاهري .

(وقال الشافعي فيها الكفارة) وهو قول الزهري ومحمد بن مسلم وعطاء بن أبي رباح (لأنها) أي لأن الكفارة (شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى) فيه تتابع الإضافات (وقد تحقق) أي اهتك (بالاستشهاد بالله) أي الحلف بالله حال كونه كاذباً فأشبه المعقودة (أي اليمين المعقودة) .

ولنا أنها كبيرة محضة ، والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها
النية ، فلا تناط بها ، بخلاف المعقودة ، لأنها مباحة

(ولنا أنها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة) لما روى البخاري من حديث عبدالله
ابن عمر قال قال النبي ﷺ من الكبائر الإشراك بالله وقد مضى الآن ، ولو كان بها كفارة
لذكرها . وقال السكاكي والجمهور قوله ﷺ خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ، وعد منها
اليمين الفاجرة ، رواه أبو الفرج . وقال ابن المنذر لا نعلم خبراً يدل على ما قال الشافعي
من وجوب الكفارة (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية)
والشروعات ثلاثة أنواع : عبادة محضة ، وسببها مباح ، وعقوبة محضة وسببها حرام
محض ، وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة ، ويشترط لها النية كسائر العبادات ،
والنية لا تشتط في العقوبات (فلا تناط بها) أي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني أن
اليمين الغموس بما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطاً لكفارة التي هي عبادة ، بدليل
أدائها بالصوم .

(بخلاف المعقودة) أي بخلاف اليمين المنعقدة ، فإنها ليست بكبيرة (لأنها مباحة)
فجاز أن يناط بها العبادة . وقال الأكل وفيه بحث من وجوه . الأول : لو كان ما ذكرتم
صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظاهر منكراً من القول وزوراً ، وهذا
نقض إجمال . الثاني : ما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى . الثالث :
الكبيرة سيئة ، والعبادة حسنة وأشباهاها إياها مباح بها ، لقوله عليه السلام اتبع
السيئة الحسنه تمحها .

والجواب عن الأول : أن الكفارة لم تجب بالظهار ، بل بالعمود الذي هو العزم على
الوطء ، وهو مباح . وعن الثاني : بأنه لا يلزم من رفع الأضعف شيء رفع الأقوى به .
وعن الثالث : بأن الحسنه تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنه بهذه السيئة ممنوعة ،
بل المظنون خلاف المقابلة لقوله ﷺ خمس من الكبائر لا كفارة فيهن .. الحديث ، ولو
كان فيها ذنب هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب ، والمنعقدة فيها ذنب ،
فلا تكون متأخرة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم .

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ ، وما في الغموس ملازم ، فيمتنع الإلحاق ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، وإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة ، وهو ما ذكرنا ، ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه ، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ،

(ولو كان فيها) أي في المنعقدة (ذنب فهو متأخر) عن اليمين بالحنث (متعلق باختيار مبتدأ) فبما يفعله اختياري (وما في الغموس ملازم) انما في الغموس من الذنب ملازم لا يفارقها لا ابتداء ولا انتهاء ، فإذا كان كذلك (فيمتنع الإلحاق بها) أي بالمنعقدة فلا يصلح إلحاق الغموس بالمنعقدة قياساً عليها . وقال الأكل وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبهه المعقود .

(والمنعقدة) أي اليمين المنعقدة (ما يحلف) الحالف (على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله) مثال الفعل والله لأدخلن دارك مثلاً ، ومثال عدم الفعل والله لا أكلم فلاناً مثلاً (وإذا حنث في ذلك) أي في إتيانه باليمين المنعقدة (لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة ، وهو ما ذكرنا) أي المراد من قوله تعالى ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ ما ذكرنا من قولنا ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، يعني حقيقة ما نص في الآية ما ذكرنا . (ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو) أي الحال أنه (يظن أنه كما قال) يعني ظن أن الأمر كما ذكره لقوله والله لقد دخلت الدار ، والله ما كلمت زيدا (والأمر بخلافه) أي والحال أن الأمر بخلاف ما كان يظنه (فهذه اليمين) أي يمين اللغو هذه حكمها (نرجو أن لا يؤاخذ الله بها) أي بهذه اليمين اللغو (صاحبها) وذلك لأن يمين

ومن اللغو أن يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وإنما هو عمرو .
والأصل فيه قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن
يؤاخذكم ﴾ ... الآية ٣٢٥ البقرة ، انه علقه بالرجاء

اليمين اللغو لا حكم لها أصلا لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥ البقرة ،
أي لا يؤاخذكم بلغو اليمين يحلفه أحدكم بالظن . وفي الشامل وعن الشافعي اللغو اليمين
التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل ، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله .

وفي التحفة قال الشافعي فيمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير
قصد ، مثل قوله لا والله ، بل والله ، أو كان بغير القرآن ، فجري على لسانه اليمين .
وقال الكاكي وعن محمد يمين اللغو هو قول الرجل لا والله وبلى والله في كلامه ، وهو
مروي عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً . وعن ابن عباس رضي الله عنه في رواية قال الشافعي
وأحمد ومحمد في رواية . وقال الشافعي في رواية مثلها ذكرها صاحب التحفة ، وهو قول
محمد في رواية . وعن مالك أن اللغو هو اليمين للغموس ، كذا نقل عن الشافعية . وقال
ابراهيم النخعي لغو اليمين أن يحلف ناسياً على ماض أو مستقبل . وقال الشعبي ومسروق
لغو اليمين أن يحلف على معصية ، ويتركها ، فيكون لاغياً ليمينه . وقال سعيد بن جبير
لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل .

(ومن اللغو) أي ومن بين اللغو (أن يقول الرجل والله انه لزيد ، وهو) أي والحال
(يظنه زيدا وإنما هو عمرو) وكذا إذا رأى طائراً من بعد فظنه غراباً فقال والله إنه
غراب فإذا هو حمام (والأصل فيه) أي في اللغو اليمين (قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله
باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم ﴾ .. الآية ٢٢٥ البقرة) ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ وقد
مر تفسيره الآن (أنه علقه بالرجاء) أي غير أن محمداً علقه بالرجاء . قال الكاكي هذا
جواب عن سؤال مقدر ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل ما معنى تعلق محمد بنفي المؤاخذة بالرجاء وعدم المؤاخذة في اللغو منصوص ،
وما عزه بالنص فهو مقطوع به . قلنا نعم ، ولكن صورة ملك لليمين مختلف فيها بالرجاء

للاختلاف في تفسيره .

تفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنفي ، مع أنه لم يرد بذلك اللفظ التمليق بالرجاء بل أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى ، كما روي أنه عليه السلام مر بالمقابر ، فقال السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون . وما ذكر الاستثناء بمعنى المثل ، فإنه كان يتعين بالموت ، قال الله تعالى ﴿ إنك ميت ﴾ الآية ، ولكن معنى الاستثناء مما ذكر من الاختلاف في تفسير اللغو على ما ذكرناه وعلى ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وقال الأترابي قوله - الآية - علقه بالرجاء ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف علق القدوري عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ، وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو ، قال الله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥ البقرة .

فأجاب عنه وقال نعم ، لكن (للاختلاف في تفسيره) أي في تفسير اللغو ، فأورث شبهة ، فلماذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة فيما فسره من اللغو ، وقد اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن رحمه الله ، انتهى . قلت هذا كما رأيت فاعل قوله علقه لمحمد بن الحسن على ما ذكر الكاكي ، وعلى ما ذكره الأترابي هو القدوري ، فتأمل أيما صواب . وقال الزجاج في تفسير اللغو يقال لغوت لغواً ولغوت لغى لغواً ، مثل اللغى ، ورحت التكلم بمرث الحو والحي محواً^(١) ، ويقال لغيت في الكلام لغى لغواً لغى إذا أتيت بلغو ، أو كل ما لاخير فيه مما يرم فيه اللغى ورقة التكلم ، أو يكون غير محتاج اليه في الكلام فهو لغو ولغا .

قال المعجاج وقال الجوهري لغواً بلغو لغواً ، أي قال باطلاً . ونباح الكلب لغواً أيضاً . ولغى بالكسر لغى والأغية اللغو . وروى الزمخشري عن مجاهد هو الرجاء بملغف على الشيء يرى أنه كذلك ، وليس كما ظن . وروي أن الحسن سئل عن لغو اليمين ، وعند الفرزدق قال يا أبا سعيد دعني أجب عنك ، فقال وليت بما أخذ بلغو بقوله :

إذا لم تقم عاقدات الغرائم

قال والقاصد في اليمين والناسي سواء ، حتى تجب الكفارة
لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ؛ النكاح
والطلاق واليمين .

ذكره في تفسير سورة المائدة . وقال أيضاً في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لا يعتد
به في كلام وغيره ، ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من أولاد الإبل لغو . وقال شمس
الأئمة السرخسي في أصوله قال علماؤنا اللغو ما يكون خالياً عن فائدة اليمين شرعاً ووصفاً ،
فإن فائدة اليمين إظهار الصدق من الخبر ، فإذا أضيف إلى خبر ليس فيه احتمال الصدق
كان خالياً عن فائدة اليمين ، وكان لغواً .

(قال) أي القدوري (والقاصد في اليمين والناسي سواء) الناسي هو الذي أراد أن
يتكلم بكلام ، فجرى على لسانه اليمين وهو خاطيء حقيقة ، كذا ذكره في التقويم ،
وقيل الناسي هو الذي يذهل عن التلفظ باليمين ثم يذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً . وفي بعض
النسخ ذكر الخاطيء مكان الناسي (حتى تجب الكفارة) بيان نتيجة كون القاصد في
اليمين والمكره والناسي سواء ، يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هؤلاء جميعاً (لقوله
عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين)
هذا الحديث ذكره المصنف « رح » ، هكذا وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمين
العتاق ، ومنهم صاحب الخلاصة والغزالي في الوسيط وغيرهما وكلاهما غريب ، وإنما
الحديث النكاح والطلاق والرجعة . أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد
الرحمن بن حبيب بن أرك عن عطاء بن أبي رباح عن ابن مارك عن أبي هريرة رضي الله
عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق
والرجعة ، انتهى .

وقد غلط النووي الغزالي في تهذيب الأسماء واللغات ، فقال وقد وقع هذا الحديث في
الوسيط النكاح والطلاق والعتاق ، وليس بصواب ، وإنما الصواب الرجعة . قلت فيه
نظر ، روى الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن عبد

والشافعي «رح» يخالفنا في ذلك، وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى،

الله بن أبي جعفر عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال لا يجوز اللعب في ثلاث ، الطلاق والنكاح والعناق ، فمنها من فقد وحين (١) . وروى الطبراني من حديث فضالة ابن عبيد بلفظ ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعناق . وفيه ابن لهيعة كما مره وما قيل الكلام أن لفظ الحديث هو الذي رواه أبو داود والترمذي كما مر ومن الترمذي ، وصححه الحاكم ، وليس فيه لفظ اليمين ، وشرح الهداية كلهم سكتوا عن هذا غير أن الأترابي قال في شرحه لنا ما روى أصحابنا عن النبي ﷺ أنه قال ثلاث .. إلى آخره ، ولو سكت مثل غيره لكان أوجه .

(والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك) أي فيما ذكر من بين المكروه والناسي فإنه يقول لا ينعقد بينهما . واحتج بقوله ﷺ رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . وأجاب أصحابنا عنه بأنه ليس المراد منه حقيقة الخطأ والنسيان والإكراه ، لأنها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حساً ، وإنما المراد منه الحكم ، وهو أما حكم الدنيا أو حكم الآخرة ، والأول بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطأ ، وهو من أحكام الزنا . وكذا يجب الفسل مما إذا جامع المكروه على الزنا يفسد حجه وصومه ، وذلك من أحكام الدنيا ، فتعين الثاني وهو رفع الإثم .

فان قلت لا يثبت الكفر مع الإكراه فينبغي أن لا ينعقد اليمين به كالنوم والجنون ، وأن لا يسلم صحة القياس لعدم المائلة بين (٢) والمغمي عليه ، لأن النوم والجنون نافيان التكلف بخلاف الإكراه ، ولهذا أباح شرب الخمر للمكروه ، ويحرم عليه قتل النفس والزنا ، وذلك آية الخطاب .

(وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى) إن أراد به ما يذكره في كتاب الإكراه بقوله - وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيها الإكراه لعدم احتمالها الفسخ - .

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) هنا كلام ناقص من الأصل .

ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط . وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة . ولو كانت الحكمة رفع الذنب

(ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء) يعني إذا حلف لا يفعل شيئاً وكان طائماً في الحلف ثم فعله وهو مكره أو ناسٍ يحنت وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في الأصح وأحمد في رواية لا يحنت للحديث المذكور . وهو أنه قد مر ، وكذا عندنا على ما يجيء إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ، وقد وجد وهو الفعل الحق ، لأنه لا ينعدم بالإكراه .

فان قلت اليمين عقل يقوي بها عدم الحالف على الفعل أو للترك ، وهو من الأفعال الاختيارية ، فكيف يكون النامي فيه كالقاصد ، قلت ذلك هو القياس ، وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمي الخطأ والنسيان . . الحديث ، لأنه محتمل ونص اليمين .

(لأن الفعل الحقيقي) الذي يوجد حساً (لا ينعدم بالإكراه ، وهو الشرط) أي وجود الفعل الحقيقي ، وهو الشرط وقد وجد (وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون) هذا ذكره المصنف تقريباً لملة القدوري ، لأن قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء للفظ القدوري ، يعني إذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه في حال الإغماء أو الجنون ، ويجب عليه الكفارة (لتحقق الشرط حقيقة) الشرط هو الحنث وقد تحقق حقيقة فيتحقق الشروط .

(ولو كانت الحكمة رفع الذنب) هذا جواب عما يقال الحكم في شرع الكفارة رفع الذنب ، لأنها سنارة كاسمها ، ولا ذنب للمجنون والمغمى عليه فعلاً لعدم الفهم ، فينبغي أن لا يحنت ولا يجب عليها الكفارة . فأجاب بقوله - ولو كانت الحكمة - أي مشروعية

فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

الكفارة رفع الذنب على تقدير التسليم (فالحكم) أي حكم الكفارة (يدار على دليله) أي دليل الذنب (وهو الحنث في اليمين لا على حقيقة الذنب) كما في الاستبراء ، فإنه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل ، وإن لم يوجد حقيقة الشغل .

قال الأكمل ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً عن الأصل ، فيدور عليه . وإن لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث تحقق الظاهر ، فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

* * *

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

أي هذا باب في بيان ما يكون يمينا من الألفاظ وما لا يكون يمينا .

(قال) أي القدوري (واليمين بالله) أي بلفظ الله لقوله عليه السلام من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، رواه مالك في الموطأ (أو باسم آخر) أي اليمين باسم آخر (من أسماء الله عز وجل كالرحمن والرحيم) قال الكاكي ثم جميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء يفارق الناس الحلف به أو لا ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي وقوله للحديث المذكور . والحلف بجميع أسمائه حلف بالله . وذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، ثم اليمين اسم آخر من أسماء الله تعالى إذا كان اسماً لا يشارك فيه غيره يكون يمينا ، لأنه لا يحتمل غير اليمين . ولو حلف باسم يشارك فيه غيره كالحكم والعزير إن نوى به يكون يمينا ، وإلا فلا ، لأنه يحتمل وسوى في التحفة بين أن يكون اسماً خاصاً لله تعالى ، أو اسماً يشارك فيه غيره . وقال الأتراسي فيه نظر لأنه بالإجمال لا يتمين اسم الله مراداً .

(أو بصفة) أي أو اليمين بصفة (من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف) أي الحلف بصفة من صفاته متعارف المراد بالصفة هي الحقيقة ، وهي المعنى القائم بالذات اسماً لعزة ونحوها لا لصفة ألحق به كقولك مررت

ومعنى اليمين وهو القوة حاصل ، لأنه يعتقد بعظمة الله وصفاته ، فصلح
ذكره حاملاً ومانعاً . قال إلا قوله وعلم الله ، فإنه لا يكون
يميناً لأنه غير متعارف ،

برجل قائم . وقال الأترابي ثم صفاته تعالى إن كانت من صفات الذات يجوز اليمين بها ،
وإن كانت من صفات الفعل ، فلا يجوز اليمين بها . والفاصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن
يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله تعالى وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم ،
فإن اليمين به لا يجوز لجواز إرادة المعلوم ، كما قال الله تعالى ﴿ ولا يحيطون بشيء من علمه ﴾
٢٥٥ البقرة ، أي من معلوماته ، كذا قال الزنجشيري . وكل ما يبرز أن يوصف الله عز وجل
بضده ، فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب والسخط وغيرها على ما يجيء الآن .

(ومعنى اليمين وهو القوة حاصل) أي في صفاته التي علق بها عرفاً (لأنه) أي لأن
الحالف (يعتقد بعظمة الله وصفاته فصلح ذكره) أي ذكر الحالف اسم الله تعالى وصفاته
صلح (حاملاً) على اليمين (ومانعاً عنه) حاصل الكلام أن يقال إن مبنى الأيمان على
العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً وإلا فلا ، وهو اختيار مشايخ ما وراء
النهر ، لأن اليمين إنما يعتقد للحمل أو المنع ، وإذا إنما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه ،
وكل مؤمن يعتقد بعظمة الله وصفاته ، إذ هو معظم بجميع أسمائه وصفاته ، فصارت
حرمة ذاته وصفاته حاملاً أو مانعاً على ما قصد الحالف نفياً وإثباتاً .

وفي المبسوط قال مشايختنا العراقيون الحلف بصفات الذات كالعزة والمعظمة والعزة
والجلال والكبرياء غير ، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب ، ولا يكون
يميناً ، وقالوا ذكر صفات الذات لذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس لذكر الذات ،
والحلف بالله مشروع دون غيره ، وعلى هذا ينبغي أن يكون وعلم الله يميناً ، لأنه من
صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس ، لأن العلم يذكر ويراد به المعلوم بجميع .

(إلا قوله وعلم الله) وفي بعض النسخ قال ، أي القدوري إلا قوله وعلم الله ، وهذا
مستثنى منقطع من قوله - أو بصفة من صفاته - التي يحلف بها عرفاً (فانه) أي فإن
الحلف بعلم الله (لا يكون يميناً ، لأنه غير متعارف) لأن اليمين بدأ إذا لم يكن متعارفاً

لأنه يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا ، أي معلومك
ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً ؛ وكذا ورحمة الله ،
لأن الحلف بهما غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها
وهو المطر

كان استثناء عن العرف منقطعاً. وقال الشيخ أبو نصر هذا الذي ذكره القدوري استحساناً ،
والقياس أن يكون يميناً ، وبه قال الشافعي (رح) ، قلت قال الشافعي إذا قال وعلم الله
أو قدرة الله تعالي ، ونوى به اليمين أو أطلق فهو يمين . ولو قال أردت المعلوم أو المقدور
لم يكن يميناً ، وكذا في خلق الله ورزق الله لم يكن يميناً بلا نية . وقال مالك لا ينمقده
اليمين بصفات الفعل ، وبه قال أحمد في رواية لأنه مشترك ، ومع الإشتراك حرمة له فلا
ينمقده اليمين به . وعن أحمد في القدرة مثل قولنا .

(ولأنه) أي ولأن العلم (يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا أي
معلومك) فان قلت على هذا القدرة فانها تصح بها اليمين مع صحة إرادة المقدور ، وبهذا
يقال أنظر إلى قدرة الله تعالي ، قلت لا نسلم لأن المقدور بالموجود يخرج أن يكون مقدوراً ،
لأن التحصيل محل ، فلم يحتمل إرادة بالحلف . وقيل الموجود معدوم ولا تعارف في الحلف
بالمعدوم ، فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القائمة بصفات الله تعالي ، بخلاف العلم
إذا أريد به المعلوم ، حيث لا يخرج المعلوم من أن يكون معلوماً بالوجود ، فظهر الفرق
بين العلم والقدرة .

(ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً) وكذا إذا قال وعذاب الله أو ثوابه
أو رضاه ، وبه صرح الحاكم في الكافي (وكذا) أي وكذا ليس يمين إذا قال (ورحمة الله ،
لأن الحلف بهما) أي بغضب الله وبرحمته (غير متعارف) لأن الأصل أن كل ما يتعارفه
العرف يميناً ولم يرد به النهي في الشريعة كان يميناً وكل ما لا يتعارفه العرف يميناً لا يكون
يميناً (ولأن الرحمة قد) يذكر (يراد بها أثرها وهو المطر) قيل هذا منقوض بقدرة الله
تعالى فإنه يقال أنظر إلى قدرة الله تعالي ، والمواد أثره ، وإلا لكان بمعنى المقدور تكون

أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة . ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أوليذر . وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف

القدرة غير مترتبة يكون كالعلم ، ومع ذلك يحلف بها (أو الجنة) أي يذكر الرحمة ويراد بها الجنة ، قال الله عز وجل ﴿وفي رحمة الله م فيها خالسون﴾ .

(والغضب) مبتدأ (والسخط) عطف عليه وقوله (يراد بها العقوبة) خبر المبتدأ ، ولو قال وأمانة الله يكون يمينا ، لأن معناه والله يمينا ، وانه من صفات ذاته ، كذا في الشامل وهذا الخلاف ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي أنه لا يكون يمينا ، وإن نوى بخلاف ما روي عن أبي يوسف أنه لا يكون يمينا ، وهو الأصح لما روي عن زيد قال قال رسول الله ﷺ من حلف بالأمانة فليس منا ، وهو الأصح .

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة) أي قال والنبي لا أفعل هذا والكعبة كذلك (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أوليذر) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ أدركه في ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليسكت ، ولفظ الصحيحين أوليصمت وقال مخرج الأحاديث عجب من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي وترك الترمذي والنسائي لم يذكر ، وذكره برمته .

(وكذا إذا حلف بالقرآن) لا يكون يمينا (لأنه غير متعارف) لأنه يراد به المقدور هو غير الله تعالى . وقال الشافعي ظني ليس ينبغي أن يحلف رجل بتوربته من كتاب الله تعالى ولا بالقرآن ولا بالكعبة ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا شيء من طاعات الله عز وجل . قال الأترابي أنه لو حلف فقال والصلاة لا أفعل ، كذا كان قد حلف بغير الله تعالى . وقال أبو يوسف إن قال والرحمن لا أفعل كذا ، وعني به سورة الرحمن لا حنت عليه ، كذا ذكره الناطفي في الأجناس . وكذلك لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت

قال « رض » معناه أن يقول والنبي والقرآن، أما لو قال أنا بريء منهما
يكون يمينا ، لأن التبري منهما كفر .

الله لا يكون يمينا ، كذا في شرح الطحاوي ، وقال الكافي وما اعتاده الناس من الحلف
بجاز تووسرتوا^(١) .

فإن اعتقد أنه حلف وأن البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع . وفي التتمة
قال علي المرادي أخاف هلى من قال بحياتي وحياتي وما أشبه ذلك أنه يكفر ، ولولا أن
العامّة يقولون ولا يعلمونه ، لعله أنه شرك ، لأنه لا يمين إلا بالله ، فإذا حلف بغير الله فكأنه
أشرك معه غيره . وقال ابن مسعود لأن الحلف بالله كاذبا أحب إلي من أن أحلف بغير الله
صادقا ، ثم الحلف بالكعبة والنبي والقرآن والعرش والكرسي وما أشبه ذلك لا ينمقد
عند الجمهور . وعن أحمد ينمقد اليمين بالحلف بالنبي ﷺ في رواية وعن ابن عمر أنه ﷺ
قال من حلف بغير الله فقد أشرك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن .

فإن قيل إن الله تعالى أقسم بغير ذاته وصفاته لقوله والشمس والليل والضحى ونحو
ذلك كثير في القرآن قلنا الله تعالى ولاية الإيحاء والأمر والنهي والتعظيم والتحقيق ، وله أن
يثبت الحرمة لمن شاء . وليس للعبد ذلك بل عليه أن ينتهي عما نهاه الله تعالى عنه . وقد نهى
الله تعالى أن يحلف بغيره .

(قال « رض » معناه) أي قال المصنف معنى قول الخالف بالقرآن أو بالنبي (أن
يقول والنبي والقرآن) لا أقمل كذا (أما لو قال أنا بريء من النبي أو من القرآن يكون
يمينا ، لأن التبري منها) أي من النبي والقرآن (كفر) وكذا إذا قال هو بريء من الصلاة
والصوم يكون يمينا عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذا إذا قال هو بريء من الإسلام إن فعل
كذا ، خلافاً للشافعي ، وعليه نص في شرح الطحاوي . وقال في النوازل إن قال والكتب
الأربعة فليس هذا يمين ، وإن قال هو أنا بريء من الكتب الأربعة فعليه كفارة يمين واحدة
وإن قال أنا بريء من التوراة ، وبريء من الإنجيل ، وبريء من الزبور ، وبريء من القرآن

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما هي - توأرتوه - .

قال والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله. والباء كقوله بالله. والتاء كقوله تالله،

وجبت عليه أربع كفارات. وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال بجرمته شهد الله ولا إله إلا الله لا يكون يميناً.

وقال في فتاوى اللؤلؤي رجل رفع كتاباً من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم وقال أنا بريء مما فيه إن دخلت، فدخلت تلتزمه الكفارة، لأنه يمين بالله تعالى. ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يميناً، لأن المصحف جلد وأوراق. ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يميناً، لأن ما في المصحف قرآن. ولو قال أنا بريء من الحجة التي حججت أو من الصلاة التي صليت فليس بيمين، بخلاف ما لو قال أنا بريء من القرآن الذي تعلمته فإنه يمين، ولو قال أنا بريء من شهر رمضان وأراد به البراءة من فرضيته فهو يمين، ولو أراد به البراءة عن آخرها لا يكون يميناً، وإن لم يكن له نية لا يكون يميناً.

(قال) أي القدوري (والحلف بحروف القسم) أي الحلف يكون بحروف القسم (وحروف القسم) ثلاثة، أحدها (الواو) كقوله والله، والباء (أي الثاني حرف الباء (كقوله بالله والتاء) الثالث حرف التاء (كقوله تالله) الأصل فيها الباء الموحدة، لأنها للإصاق، وهي تضيف الحلف إلى المحلوف به في قولك أحلف بالله، ثم ي حذف الفعل تخفيفاً، ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو، والمناسبة بينها لأن وضعها للجمع، وفي الجمع معنى الإصاق، ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينها، لأنها من حروف الزوائد كما في تراث أصله وراث، وحجة أصلها وحة (١) وبما كانت الباء أصلاً دخلت في إسم الله وغيره في المظهر لما كانت بدلاً، والمضمر والواو معاً البدل انحطت بدرجة حيث لم يدخل في المظهر والمضمر جميعاً انحطت بدرجة، حيث دخلت في المظهر دون المضمر، والتاء لما كانت بدلاً على اسم الله تعالى وحده. وقال عبد القادر حكاه أبو الحسن من قولهم برى فشاذا لا يؤخذ به.

(١) هكذا في الأصل.

لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد تضرر الحروف ، فيكون حالفاً كقوله الله لأفعل كذا ، لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً. ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض. وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف .

(لأن كل ذلك) أى المذكور من الحروف (معهود في الأيمان) التي تستعمل بين الناس (ومذكور في القرآن) كقوله تعالى ﴿ بالله إن الشرك لظلم عظيم ﴾ ١٣ لقمان ، وكقوله تعالى ﴿ والله ربنا ما كنا مشركين ﴾ ٢٣ الأنعام ، وكقوله تعالى ﴿ وقال تالله لأكيدن أصنامكم ﴾ ٥٧ الأنبياء .

(وقد تضرر حروف القسم ، فيكون حالفاً ، كقوله الله لأفعل كذا) فان حرف القسم أضمر في قوله الله لأفعل كذا ، فان أصله لا أفعل كذا ، أو أراداً بقوله فيكون حالفاً ان إضمار حرف القسم وإظهاره سواء في تحقق اليمين ، ثم أشار إلى وجه الإضمار بقوله (لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً) أى لإيجاز ، أى الاختصار ، لأنه مطلوب في كلامهم ، ثم أن المصنف ذكر لفظ الإضمار في الرواية وذكر لفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة لما أن بين الإضمار والحذف فرقاً ، فان في الضمير ما يبقى أثره نحو قوله ﴿ انتهوا خيراً لكم ﴾ ١٧١ النساء ، أى يكون الإنتهاء خيراً لكم ، والمحذوف ما لا يبقى أثره نحو قوله ﴿ واسأل القرية ﴾ ٨٢ يوسف .

(ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض) أراد بهذا إلى بيان الخلاف في وجه النصب والخفض في لفظ القسم به بعد حرف القسم ، فقيل ينصب ، وهو قول البصريين ، وعلل وجه النصب بقوله لانتزاع حرف خافض ، وهو حرف القسم ، لأن الأصل الله لا أفعل ، كذا والله لا أفعل كذا ، فلما حذف الواو وانتصب بنزع الخافض (وقيل يخفض) وهو قول الكوفيين ، هذا ذكره في المبسوط (فتكون الكسرة دالة على المحذوف) أى الكسرة التي على المحلوف به والمحذوف هو حرف القسم . قال الكاكي تعليقه النصب بانتزاع الخافض والجر بدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند أهل النحو ، لما أن انتصابه على أنه عند حذف

وكذا إذا قال لله في المختار ، لأن الباء تبدل بها ، قال الله تعالى ﴿ آمَنتُمْ له ﴾ ٧١ طه ، أي آمَنتُمْ به .

حرف لاتصال فعل أحلف بالهلوف به ، إلا أن تأويل قوله لانتراع الخافض ، أي بسبب انتراع الخافض يصل أحلف بالهلوف به ، وكذا الجر لإضمار حرف الجر ، والماعل يعمل عمله عند الإضمار ، بخلاف الحذف كما ذكرنا ، إلا أن يؤول ويقول المراد بالهذوف المضمر تسامحا . وقال الأكل هذه وظيفة نحوية في الأصل والأصول يبحث عنها من حيث البساط المزيل الفقهية منها والواصل إلى حد الإشتغال بكتاب الهداية لا يدون ، وأن يكون قد وقف على ذلك ورآه .

(وكذا إذا قال الله ^(١)) يعني وكذا يكون يمينا إذا قال الله علي أن لا أكلم فلانا (في المختار) إنما قال في المختار احترازاً عما روي عن أبي حنيفة أنه قال لو قال الله علي أن لا أكلم فلانا ليست يمين إلا أن ينوى ، لأن الصيغة النظر ، ويحتمل معنى اليمين ، ذكره اللؤلؤي في فتاواه (لأن الباء تبدل بها) أي باللام (قال الله تعالى ﴿ آمَنتُمْ له ﴾ ٧١ طه أي آمَنتُمْ به) فانها يتعاقبان . وقال ابن عباس رضي الله عنها دخل آدم الجنة فله ما غربت الشمس حتى خرج به .

وفي فتاوى قاضي خان قال بالله لأفطن كذا وسكن الماء أو رفعها أو نصبها يكون يمينا ، لأن ذكر اسم الله عز وجل والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة القسم لا في عرف الاستعمال ولا في عرف الشرط ، لما روي في الحديث وكأنه والله ما أردت بالرفع ، ويروى بالجر وعليه الجمهور . وعن آله من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية أنه لو قال بالرفع لا يكون يمينا إلا بالنية ، لأنه لم يأت بالموضوع ولا قصده . ويحتمل ابتداء الفعل والكلام ، ويحتمل اليمين ، فلا يكون يمينا إلا بالنية ، وعليه جمع من أصحاب الشافعي . وفي المحيط إذا قال بالله لا يكون يمينا إلا إذا نوى . يعني إذا قال بكسر اللام ويكون اليها .

(١) في المتن - قال لله - وفي الشرح - قال الله - ، اه مصححه .

وقال أبو حنيفة « رح » إذا قال وحق الله فليس بجائف ، وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف « رح » . وعنه في رواية أخرى أنه يكون يمينا ، لأن الحق من صفات الله تعالى ، وهو حقيقته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله . قالوا لو قال والحق يكون يمينا . ولو قال حقاً لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد .

(وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال وحق الله فليس بجائف) يعني لا يكون يمينا (وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف « رح » وعنه) أى وعن أبي يوسف (في رواية أخرى أنه يكون يمينا) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد (لأن الحق من صفات الله وهو حقيقته) أى كونه حقاً (فصار) الحالف (كأنه قال والله الحق ، والحلف به متعارف) لأن الحق من أسماء الله تعالى ، ولهذا ذكر في عدد أسماء الله . وقال الله تعالى ﴿ ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ ٢٥ النور .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أنه يراد به) أى بالحق (طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله) والحلف بالعبادات لا يجوز (قالوا) أى أصحابنا كلهم قالوا (لو قال والحق) معترف حيث (يكون يمينا) بالإجماع (ولو قال حقاً لا يكون يمينا) ذكره بسبيل التفريع لما قبله (لأن الحق المعترف من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد به الفرق بين الحق وحقاً بأن الفرق إسم من أسماء الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، والحلف به متعارف ، فيكون يمينا .

وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر ، فكأنه قال إفعل هذا الفعل لا بحالة ، وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين . وقال الفقيه أبو الليث في النوازل قال أبو نصر

ولو قال أقسم أو أحلف بالله أو أحلف بالله ، أو أشهد
أو أشهد بالله فهو حالف ، لأن هذه الفاظ مستعملة في الحلف ،

البلخي بحق الله يكون يمينا ، لأن الناس يحلفون به . ولو قال حقا لا يكون يمينا ، وهو بمنزلة قوله صدقا ، وهو قول محمد بن سلمة . وقال الحسن بن أبي مطيع حق يمينا لقوله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، فالحق هو الله تعالى ، فصار كأنه قال والله لا أفعل كذا . وقال أبو نصر لو قال والحق لا أفعل كذا إن نوى به اسم الله تعالى فهو يمينا ، وإن لم يرد به اسم الله لا يكون يمينا . وقال الأتراسي لناظر في قوله - بحق الله يكون يمينا - لأن الإضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه ، فيكون الحق إذن لغير الله تعالى ، انتهى . أراد به قول أبي نصر البلخي المذكور . قلت الإضافة التي تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت الإضافة بمعنى اللام ، كما في غلام زيد ، ومنها يحتمل أن تكون الإضافة بمعنى من كما في خاتم فضة ، وهذا لا يخفى على المتأمل .

(ولو قال أقسم أو أحلف بالله ، أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله ، فهو حالف) وكذا لو قال أعزم أو أعزم بالله . وقال زفر إذا لم يقل بالله في هذا القول لا يكون يمينا ، وبه قال الشافعي « رح » نوى أو لم ينو . وقال مالك إذا نوى اليمين بقوله أقسم بالله إلى آخره يكون يمينا . وإذا أطلق فلا . وعن أحمد إذا لم يقل بالله فهو يمينا أيضا في رواية . وفي رواية كمدھبنا ، سواء نوى اليمين أو لا . وفي رواية لا بد من ذكر الله .

(لأن هذه الألفاظ) أي أقسم وأخواته (مستعملة في الحلف) أما الأول فللقوله عز وجل ﴿ إذ أقسموا ليصر منها مصبحين ﴾ ١٧ للقلم ، وأما الثاني فللقوله تعالى ﴿ يحلفون بالله ﴾ ١٢ النساء ، وأما الثالث فللقوله تعالى ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ ١ المنافقون ، ثم قال بعمد ذلك ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ ثم قولهم ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ يمينا ، وهم لم يقولوا نشهد ، والعزم عبارة عن قصد التبليغ الذي ينتهي إليه قصد

وهذه الصيغة للحال حقيقة ، وتستعمل للاستقبال لقريظة فجعل حالاً
في الحال والشهادة يمين ، قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول
الله ﴾ ثم قال ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون ،

المازم ، فكان يميناً ، لأنه تصريح لمناه (وهذه الصيغة) أي صيغة أقسم (للحال
حقيقة) بمنزلة اخترت ، وكذا قول الموحد أشهد وقول الشاهد عند القاضي أشهد للحال .
(وتستعمل للاستقبال بقريظة) سوف والسين (فجعل حالاً) حقيقة عند الفقهاء ،
كذا في الشرع في جعل قول المرأة اختار نفسي عند التخيير (في الحال) عند ذكر لفظ
من الألفاظ المذكورة .

فإن قيل اليمين ما كان حاملاً ومانعاً على فعل أو ترك ، وعند الترك البر موجباً
للكفارة ، فقوله أقسم لا يكون من البر موجباً مجرداً ، لأنه لم ينعد على فعل شيء أو تركه ،
وكيف يكون يميناً ، ولأن الكفارة سارة لذنب هتك حرمة اسم الله ، وليس في أقسم
مجرد هتك حرمة اسم الله ، فكيف يكون موجباً للكفارة ، لأن صيغة فعل المضارع كما
يكون للحال يكون للاستقبال ، فلا تجب الكفارة بالشك خصوصاً في حق الكفارة
فإنها تلحقه بالحدود ، ولهذا تداخلت . قلنا قوله أقسم للحال حقيقة كما قال المصنف ،
فكان بمنزلة قوله علي يمين أو يمين الله ، والإقرار باليمين يمين موجباً للكفارة ، ذكره
في الذخيرة والبيهقي .

(والشهادة يمين) يعني إذا قال أشهد فإنه يمين ، واستدل عليه بقوله (قال الله تعالى
﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾) هذا إخبار عن قول المنافقين إذ جاؤوا إلى النبي ﷺ
قالوا أنشهد إنك لرسول الله فهذا يمين منهم يدل عليه ما حكى عنهم بقوله ﴿ اتخذوا
أيمانهم جنة ﴾ فأخبر الله تعالى أن قولهم نشهد إنك لرسول الله يمين منهم ، وأشار إليه
المصنف بقوله (ثم قال) أي ثم قال الله ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون (قصدوا
الجنة الوقاية . وفي تفسير الشهادة تجريج يمين فيما يراد به من التوكيد ، يقول الرجل
أشهد في موضع أقسم ، وبه شهد أبو حنيفة على أن أشهد يمين .

والحلف بالله هو المعبود المشروع وبغيره محذور ، فصرف اليه ،
ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين
بغير الله . ولو قال بالفارسية سو كند مي خورم بخداي ، يكون
يميناً ، لأنه للحال . ولو قال - سو كند خورم - قيل لا
يكون يميناً .

(والحلف بالله هو المعبود المشروع) قال تاح الشريعة رحمه الله هذا جواب من يقول
إن قوله - أحلف - ينبغي أن لا يكون يميناً ، لجواز أن يكون حالفاً بغير الله تعالى
الحلف بالله هو المعبود المشروع ، أي المعبود من الناس والمنصوص عليه في الشريعة ، لقوله
عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو لبيذر (وبغيره محذور) أي حلف بغير
الله حرام ممنوع (فصرف اليه) إلى قوله - أحلف - ينصرف إلى الحلف بالله ، لأن الظاهر
من حال المسلم الإتيان بالمشروع دون غيره .

(ولهذا) أي ولأجل أن الحلف بالله هو المعبود المشروع ، وبغيره محذور (قيل
لا يحتاج إلى النية) في قوله - أحلف - أو - أشهد - أو - أقسم - يكون يميناً صرفاً
إلى ما هو المعبود في الشرع ، وعليه صاحب التحفة (وقيل لا بد منها) أي من النية
(لاحتمال العدة) أي الوعد ، لأن اللفظ يحتمله ، والعدة أصله الوعد ، فلما حذف الواو
تبعاً لفعله عوض عنها التاء (واليمين بغير الله) يجر اليمين عطفاً على العدة ، واحتمال اليمين
بغير الله ، فلا يتعين اليمين بالله إلا بالنية ، وإليه ذهب أبو نصر الأقطع .

(ولو قال بالفارسية - سو كند مي خورم بخداي - يكون يميناً ، لأنه) أي لأن
هذا اللفظ (للحال) فيصح اليمين ، لأن معناه بالعربي الحلف بالله ، وصيغة أحلف للحال ،
فينعقد اليمين و - سو كند - بفتح السين وسكون الواو وفتح الكاف الصفاء وسكون التنون
وبالدال المهملة ، ومعناه اليمين . و - مي خورم - بكسر الميم وسكون الياء وضم الحاء
المعجمة وفتح الراء المهملة وسكون الميم ، معناه أحلف . و - بخد - بفتح الباء الموحدة
وضم الحاء المعجمة وفتح الدال المهملة المقصورة ، ومعناه بالله .
(ولو قال - سو كند خورم - قيل لا يكون يميناً) لأنه بغير لفظ - مي - قيل لفظ

ولو قال بالفارسية — سو كند خورم بطلاق زنم — لا يكون يميناً لعدم التعارف، قال « رض » وكذا قوله لعمر الله وأيم الله لأن عمر الله بقاء الله ، وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين .

— خورم — يكون للاستقبال ، فلا يكون يميناً . وقيل لا فرق بين اللفظين في أنه يكون يميناً . ولو قال — سو كند خورده — إن كان صادقاً يكون يميناً ، وإن كان كاذباً فلا شيء عليه (ولو قال بالفارسية — سو كند خورم بطلاق زنم — لا يكون يميناً لعدم التعارف) بينهم في كونه يميناً ، والباقي — بطلاق — مفتوحة مضاف إلى — زنم — بفتح الزاء والنون وسكون الميم ، ومعناه أحلف بطلاق امرأتي لا أفعل كذا لا يكون يميناً ، لأنه ليس بمتعارف عندهم . ومعنى — زنم — امرأتي . و — زن — اسم المرأة ، وزيد فيه الميم الساكنة ليدل على معنى امرأتي ، والميم بمعنى ياء المتكلم ، ولم أجد من الشراح من تكلم في هذا الموضوع ولا ذكر ما ذكره المصنف ، مع أنهم أهل اللسان . غير أن الكاكي ذكر مثل ما ذكر المصنف ولم يضبط شيئاً من ذلك ولا تسر النظامة بالعربي والعبد الضعيف ، تكلم فيه كما ينبغي مع كوني دخيلاً في هذا اللسان .

(قال) أي المصنف (وكذا قوله لعمر الله ، وأيم الله) هذا عطف على أصل المسألة ، وهو قوله أقسم إلى آخره ، أي وكذا يكون يميناً هذان اللفظان ، أما قوله — لعمر الله — فقولته تعالى ﴿ لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون ﴾ ٧٢ الحجر ، والعمر بفتح العين وضمها البقاء ، إلا أن الضم لم يستعمل في القسم ، وأشار المصنف إلى معناه أن البقاء بقوله (لأن عمر الله بقاء الله) والبقاء من صفات الذات فجاز الحلف به مكان قال والله الباقي وأيم الله ، فقد جاء في لفظ النبي ﷺ في حديث رواه البخاري عن ابن عمر قال بعث رسول الله ﷺ بعث ... الحديث ، وفيه واسم الله إنه كان عليهم أمانة بن زيد للامارة ، الحديث .

(وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين) وهو مذهب أهل الكوفة ، فكان التقدير وأيمن الله فيمين ، كأنه قال حلفت بالله ، فيكون يميناً ، وبه قال أحمد والشافعي

وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو ، والحلف باللفظين متعارف ،
وكذا قوله وعهد الله وميثاقه ، لأن العهد يمين ، قال الله تعالى
﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١ النحل . والميثاق عبارة عن العهد ، وكذا
إذا قال علي نذر ، أو نذر الله ، لقوله عليه السلام من نذر نذراً ولم
يسم فعليه كفارة يمين

في وجه لا يكون يميناً بدون النية (وقيل معناه والله ، وأيم صلة) أي من صلات القسم
من الله (كالواو) أي في وأيم الله ، وهذا عند البصريين ، قال الأكمل معناه والله ، وكلمة
أيم صلة أي كلمة مستقلة كالواو ، وفيه تأمل . وقال الزنجشيري حذف نون أيم وحذف
همزته عند الدرج في التحقق في القسم .

(والحلف باللفظين) وهما عمر الله وأيم الله (متعارف) عند العرب استعملتهما في
القسم والحلف باللفظين ، وهما عمر الله وأيم الله متعارف ، يعني أن العرب استعملتهما في
القسم ولم يرد النهي عنه ، وهما مشهوران لغة و عرفاً و شرعاً (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه)
أي وكذا يمين قوله الحلف بعهد الله وميثاقه وبه قال مالك وأحمد والشافعي لا يكون يميناً
بغير النية (لأن العهد يمين ، قال الله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١ النحل) ﴿ إذا عاهدتم
ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ وقد جعل الله عهد الله في القرآن يميناً كما ترى (والميثاق
عبارة عن العهد) يعني في معناه ، فإذا حلف بميثاق الله يكون يميناً كما في عهد الله ، وكذا
إذا حلف بذمة الله لا يكون يميناً كذا في الأصل ، والذمة العهد كذا في الفائق ، فعمل هذا
يكون ذمة الله يميناً لعهد الله لأنه في معناه .

(وكذا) أي وكذا يكون يميناً (إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله ﷺ) أي
لقول النبي ﷺ (من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين) هذا الحديث أخرجه أبو داود
وابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال من نذر .. الحديث . وروى الترمذي
عن عقبه بن عامر قال قال رسول الله ﷺ كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين . وقال
الحاكم في كافيهِ وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة فعليه ما نوى ، وإن لم
يكن له نية فعليه كفارة يمين .

وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا ،
لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الإمتناع ،
وقد أمكن القول بوجوده بغيره يجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ،

وما هنا أربع مسائل :

الأول ز إن نذر نذراً مطلقاً فهو يمين كما ذكره في الكتب .

الثانية : أن يقول لله علي نذر صوم كذا ، فعليه الوفاء بما نذر .

الثالثة : أن يعلق نذراً بشرط إذا قال إذا جاء فلان وإذا شفي الله مريضني فعلي صوم
يوم كذا ، فعليه الوفاء بما سمى .

الرابعة : أن يقول علي نذر أن لا أفعل كذا ، فهو ينعمد يمينا ويوجبه موجب اليمين .

وللشافعي ثلاثة أقوال في هذه المسألة في قول يمين في قول يتخير بين الوفاء بالنذر
والكفارة ، وبه قال أحمد وفي قول يجب البقاء بما سمى .

(وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا ، لأنه) أي لأن
هذا القائل (لما جعل الشرط علماً على الكفر) أي بما جعل ذلك الشيء الذي حلف عليه
علماً ، أي علامة على الكفر يعني شرطاً له (فقد اعتقده واجب الإمتناع) أي فقد اعتقد
المخوف عليه واجب الإمتناع هناك حرمة اسم الله ، فصار يمينا ، فكانه قال حرمت علي
نفسي ما حلفت عليه (وقد أمكن القول بوجوده بغيره يجعله يمينا) أي بوجوب الإمتناع
بغير الشرط ، وهو اليمين . وقال تاج الشريعة قوله بوجوده بغير الله ، وهو مباشرة الفعل
الذي يحصل به النصرانية أو اليهودية يعني أنه اعتقد فعل كذا يصير نصرانياً فيجب
الإمتناع من ذلك الفعل .

(كما نقول في تحريم الحلال) بأن قال كل حل علي حرام ، فإنه يكون يمينا . فإن قلت
يشكل إذا قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لا يجعل يمينا ، وإن جعل علماً على
غضب الله الذي هو أحب الإمتناع . قلت الغضب قد يتحقق بارتكاب محذور فهو من
فروع اليمين ، وبه لا يصير حالفاً ، لأنه حرمة تلك الأشياء مما يحتمل الفسخ والتبديل ،

ولو قال ذلك الشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل ، وقيل يكفر ، لأنه تنجيز معنى كما إذا قال هو يهودي ، والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، فان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ، لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل . ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

فلا يكون في معنى حرمة اسم الله ، بخلاف حرمة الكفر ، لأنه لا يحتمل الفسخ والتبديل (ولو قال ذلك) أي قوله إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر (بشيء قد فعله) في الماضي كاذباً قصداً (فهو الغموس) أي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندها ، ولكن هل يكفر أم لا فيه اختلاف المشايخ .

(ولا يكفر) وروي ذلك عن أبي عبد الله البلخي ، فإنه قال لا يكفر ، وكذا روي عن أبي يوسف (اعتباراً بالمستقبل) أي اعتبار الماضي بالمستقبل ، لأن الكفر بالاعتقاد وهو لم يقصد الكفر ، وإنما قصد بأن يصدق في مقابلته (وقيل يكفر) قاله محمد ابن مقاتل الرازي كذا في شرح الطحاوي (لأنه) أي لأن ذلك القول في الماضي (تنجيز معنى) وإن كان تطبيقاً صورة ، لأن عينه بما هو موجود وتعليق بشيء كائن يتنجز ، فكأنه قال هو كافر لأن كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به .

(كما إذا قال هو يهودي) لأنه صريح بالكفر (والصحيح أنه لا يكفر فيها) أي في الماضي والمستقبل (إن كان يعلم أنه يمين ، فإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيها) أي في الماضي والمستقبل (لأنه رضي بالكفر ، حيث أقدم على الفعل) لأنه بالإقدام صار مختار الكفر ، واختيار الكفر كفر . وفي المحيط لو قال إن فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين .

(ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ، ولأنه غير متعارف ، وكذا
إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل
الربا ، لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في
معنى حرمة الإسم ،

نفسه . ولا يتعلق ذلك بالشرط) لأن الشرط ماله أثر من وجود الجزاء عند وجوده
لتعلقه به ، ولا أثر لوجود الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط
مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب ،
فلم أن الغضب من سيئات المعصية لا من سيئات التعليق . وكذا لا أثر في وجود هذه
الأفعال ، لأن وجودها بأسباب أخرى (ولأنه غير متعارف) أي ولأن قوله إن فعلت فعلي
غضب الله أو سخطه غير متعارف باليمين . وقال الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة أو الموت
أو عذاب النار لا يكون يمينا ، وكذا إذا قال هو يأكل الميتة أو يستعمل الدم أو لحم
الخنزير أو بترك الصلاة أو الزكاة إن فعل كذا لا يكون يمينا ، لأن ذلك وعد
لا إلزام شيء .

(وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل الربا) يعني
لا يكون يمينا بهذه الألفاظ (لأن حرمة هذه الأشياء) أي حرمة الزنا والسرقة وشرب
الخمر وأكل الربا (يحتمل النسخ والتبديل) أما الزنا والسرقة فلا يحتملان النسخ . ولكن
ذلك الفعل المقصود بالزنا ، وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً بوجه
النكاح وملك اليمين ، فسمي احتمالاً فقللاً بهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الزنا نسخاً
وتبديلاً ، إذ المراد بالنسخ الرفع ، وبالتبديل التعبير . وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ ،
وهذا كان الخمس حلالاً ثم نسخ ، والربا يحتمل النسخ من نفسها ، وإن لم يرد النسخ في حقه ،
ولهذا كان صباحاً في دار الحرب ، ولأنه لا يكون زانياً أو سارقاً أو شارب خمر أو آكل
ربا بمجرد قوله - أو زان أو سارق - فيما بينه وبين الله تعالى بدون اتصال الفعل بالخالف ،
بخلاف قوله أنا يهودي أو نصراني .

(فلم يكن في معنى حرمة الإسم) أي فلم يكن في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى ،

ولانه ليس بمتعارف فصل في الكفارة

لأن حرمة اسم الله تعالى لا يحتمل النسخ أصلاً لقيام دليل حد الزانية وهو حد للعالم وليس كذلك الأشياء المذكورة لما ذكرنا (ولأنه ليس بمتعارف) أي لأن الحلف بهذه الأشياء ليس بمتعارف ، وهذا هو الصحيح في التعليل ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسائل .
فروع : لو قال إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك إني لا أدخل دار فلان فليس يمين .
ولو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة . ولو قال أنا بريء من الإنجيل ، وبريء من التوراة ، وبريء من الزبور ، وبريء من الفرقان ، فهذه أربعة أيمان . وكذا لو قال بريء من الله ، وبريء من رسول الله ، والله ورسوله بريهان منه فهو أربعة أيمان . لو قال بريء من الله ورسوله فيمين واحدة . ولو قال والله والرحمن يكون يمينين إلا أن يذكر الأول . وروى الحسن عن أبي حنيفة وبه قال زفر يكون يميناً واحدة وإن دخل بينها حرف العطف . ولو قال والله فهو يمين ، ولو قال والله والله يكون يميناً واحدة استحساناً .

وفي المنتقى لو قال والله والله ، أو قال والله ثم والله لا أفعل كذا ، وإن فعلت كذا فهو يمين واحدة استحساناً . وفي القياس يمينان وبه نأخذ . وعن أبي يوسف إذا قال والله لا أكلمك فيها يمينان . وروى الحسن إن نوى بالثاني الخير عن الأول يصدق ديانة . ولو قال والله لا أكلمك ولو قال والله لا أكلم فلاناً يوماً ، والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد يوم فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه .

(فصل في الكفارة)

أي هذا فصل في بيان الكفارة . ولما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم وهو الحنث شرع في بيان الموجب بالفتح وهو الكفارة ، لأنها موجبة عند الحنث ، فإن اليمين سبب

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيها ما يجزىء في الظهار ، وإن شاء
كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة ،
وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار ،

الكفارة بطريق الانقلاب . وقال بعض أصحاب الشافعي اليمين سبب عند الحنث كمثل
النصاب عند تمام الحول . وقال هامة أصحابه السبب اليمين والحنث جميعاً لأنه لو كان
مجرد اليمين سبب لوجبت الكفارة . وإن لم يوجد الحنث لكن يلزم عليهم أن لا يجوز
الكفارة ، قيل الحنث لعدم السبب قبله ، ولهذا اختار صاحب الوجيز الأول .

(قال) أي القدوري (وكفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيها ما يجزىء في الظهار) بعين الرقبة
المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغير والكبير إن الله عز وجل أطلق الرقبة في
الموضعين ولم يقيد فجاز هنا ما جاز ثمة ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين
والمقطوعة يده ورجله من جانب الواحد ، بخلاف العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وأحد
الرجلين . وفي الأصم اختلاف المشايخ الأصح الجواز إذا صح سمي .

(وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً) علم أن الواجب على الغني أحد الأشياء
الثلاثة وهي عتق رقبة وكسوة عشرة مساكين وطعام عشرة منهم ، ويتمين ذلك باختيار
العبد ، لأن كلمة أو في الآية للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين . وقال بعضهم
أحدهما واجب غنياً عند الله تعالى ، وإن كان مجهولاً عند العباد والله تعالى يعلم أن العبد
يختار ما هو الواجب عنده عز وجل . وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على معنى
أنه لا يجب تحصيل الكل ، ولا يجوز ترك الكل ، وإذا أتى بواحد كفى ، ثم أن الكسوة
إذا اختار الكسوة غير عشرة مساكين لكل مسكين ثوباً وإزاراً ورداء وقميصاً أو كيباً
أو جبة أو ملحفة ، لأن لابس هذه الأشياء يسمى مكتسباً فيجزىء كل واحد .

(فما زاد) أي فما زاد على الثوب (وأدناه) أي أدنى الثوب (ما يجوز فيه الصلاة)
لأن ليس ما لا يجوز فيه الصلاة لا يسمى لابساً (وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام
في كفارة الظهار) يعني لكل واحد من عشرة مساكين صاعاً من تمر أو شعير أو نصف

والاصل فيه قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ الآية ٨٩ المائدة ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة . قال فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات . وقال الشافعي « رح » يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود « رض » — فصيام ثلاثة أيام متتابعات — وهي كالخبر المشهور ،

صاع من حنطة أو دقيق أو سويق ، فإن دعى عشرة مساكين فغدام وعشام أجزاء ، ولذلك إن أطمع خبزاً ليس معه إدام ، وإن غدام وعشام وفيهم صبي فيظلم أو فوق ذلك شيئاً لم يجزئه وعليه إطعام مسكين واحد ، كذا ذكر الحاكم وغيره .

(والاصل فيه) أي في وجوب الكفارة (قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ .. الآية ٨٩ المائدة) أي أقر الآية ، أو الآية فيهما ، فعلى الأول النصب على المفعول به ، وعلى الثاني الرفع على الإبتداء بحذف الخبر (وكلمة أو للتخيير فكان الواجب فيه) أي في التكفير (أحد الأشياء الثلاثة) لأن هذا يقتضي التخيير .

(قال) أي القدوري (فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة) لأن المعسر لا يقدر على شيء من ذلك (صام ثلاثة أيام متتابعات) فإن صامها متفرقة لم يجزئه (وقال الشافعي يخير) يعني إن شاء فرق ، وإن شاء تابع (لإطلاق النص) أي القرآن ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وظاهر مذهب أحمد كقولنا ، وهو قول الشافعي .

فإن قيل الشافعي يحمل المطلق على المقيد في حادثة أو حادثتين فكيف لم يحمل فيها مع ورود القرابة مطلقاً ومقيداً . قلنا أنه يقول لعارض هنا أصلان متمارضان أحدهما مقيد بالتفريق ، وهو صوم التسعة في الحج الثاني مقيد بالتابع ، وهو صوم كفارة الظهر والقتل ، فلا يمكن إلحاقه بأحدهما إذ إلحاقه بأحدهما يوجب ترك العمل لنص الآخرون .

(ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنها فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي) أي قراءة ابن مسعود هنا (كالخبر المشهور) قال الأترازي وقراءته كانت مشهورة في زمن أبي حنيفة ،

ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد

ويحوز الزيادة على النص بالمشهور . وقال تاج الشريعة لأنها نقلت عن رسول الله ﷺ ، وقد اشتهرت في السلف خبر لعلم في المكاتب والزيادة بالخبر المشهور صحيحة . وقال الكاكي كالخبر المشهور ، لأنه يقرأ سماعاً من رسول الله ﷺ ولم يثبت قراءته لعدم التواتر ، فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله ﷺ فصح التقييد بها ، وعندنا لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لإمكان العلم بها ، وما هنا غير ممكن ، لأنها في حكم واحد في حادثة واحدة ، وهو الصوم ، لأنه لا يقبل وصفين قضاء دين في وجوده . فإذا ثبت تقييده بالتتابع في تلك القراءة لم يبق مطلقاً ضرورة ، بخلاف صدقة الفطر ، فإنها وردا في السبب ، ولا منافاة بين الشيتين . وأما صوم المتعة لم يجزء قبل أيام النحر ، لأنه لم يشرع قبلها لأن التفريق واجب .

(ثم المذكور في الكتاب) قال الكاكي ، أي في المشهور ، وقال الأتزازي أي في مختصر القدوري ، وأراد بالمذكور في قوله في أول الفصل ، وأدناه ما يحوز فيه الصلاة (في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد رحمه الله) مروى خبر المبتدأ ، أعني قوله المذكور ، والمذكور هو أدنى ما يحوز فيه الصلاة وهو السراويل ، وبه قال أحمد في السراويل اختلاف الرواية . وقال في نوادر هشام لا يحوز في نوادر ابن سماعة يحوز ، كذا في الأجناس . وقال الكرخي في مختصره لا يجزىء في ذلك العمامة والقلنسوة ولا السراويل ، روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعل عن أبي يوسف ، ورواه أبو عمر ومحمد الكتاني في إملاء محمد عنه كذلك . لأن لابسه يسمى عرياناً ، فلا يتنارله اسم الكسوة .

وفي الخلاصة عن محمد إن أعطى المرأة لا يحوز ، وإن أعطى الرجل يحوز لجواز صلته فيه كالقميص . وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من وصفه قال أبو حنيفة إن كانت العمامة قدرها قدر الإزار الشائع أو ما يقطع قميصاً يجزىء وإلا لم يجزئه ، وهذا كله إذا كسى رجلاً ، فأما إذا كسى امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار ، لأن رأسها عورة لا يحوز للصلاة إذا كانت مكشوفة . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي فإن أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزئه من الكسوة ، ولكنه يجزىء من الطعام إذا كان نصف ثوب

وعن أبي يوسف وأبي حنيفة « رح » ، أن أدناه ما يستر عامة بدنه ،
حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح ، لأن لابسه يسمى عرياناً في
العرف ، لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام
باعتبار القيمة ،

يساوي نصف صاع من حنطة . ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم ، وهو ثوب كثير
القيمة يصيب كل إنسان منه أكثر من درع وخمار .

وقال الشافعي يعتبر ما يطلق على اسم الكسوة حتى يجوز قميص أو سراويل أو عمامة
أو جبة أو قميصاً أو مقنعة أو إزار أو رداء أو طراً ، لأن الإسم يقع على جميع ذلك ،
وله في القدرة والخف وجهان ، وعندنا ومالك وأحمد لا يجوز القطنسوة والخف . وعن ابن
عمر رضي الله عنها لا يجوز أقل من ثلاثة أثواب قميص وسدر ورداء ، وعن أبي موسى
الأشعري أنه يجزئ ثوبان ، ثم اعتبار الفقر والغنى عند إرادة التكفير عندنا . وعند
الشافعي « رح » عند الحنث ، حتى لو كان موسراً عند الحنث ثم أعسر جاز الصوم عندنا
ولكن لا ، وعندنا على القلب .

(وعن أبي يوسف « رح » ، وأبي حنيفة « رح » ، إن أدناه) أي أدنى ما يجزئ ، أن
يكفر به (ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل) لأنه لا تستر عامة البدن وهو
الصحيح ، أي هذا المروي عن أبي حنيفة (وهو الصحيح ، لأن لابسه) أي لابس السراويل
(يسمى عرياناً في العرف ، لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة)
يعني لو أعطاه ثوباً لا يجزئه عن الكسوة ، مثل سراويل أو خف أو نصف ثوب يجزئه
عن الإطعام إذا بلغت فيه نصف صاع من بر ، وبه قال مالك وأحمد ، ثم في ظاهر الرواية
يجزئه عن الطعام بغير نية ، وعن أبي يوسف إذا نوى يكون بدلاً عن الطعام ، ويجزئه عنه
وإلا لا . وقال زفر لا يجزئه عن الطعام نوى أو لم ينو . وعند الشافعي لا يجوز اعتباراً
لقيمته في الكفارة كما في الزكاة .

وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي « رح » يجزئه بالمال ، لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبهه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة تستر الجناية . ولا جناية لها هنا ؛ واليمين ليست بسبب لأنه مانع غير مفض ؛ بخلاف الجرح ، لأنه مفض

(وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي يجزئه بالمال) أي يجزئ التكفير بالمال قبل الحنث ، وبه قال مالك وأحمد ، وقيد بالمال لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز ، لأن العبادات البدنية لا تقوم على وقت الأداء ، وفي وجه يجوز ، وهو قوله القديم ، وبه قال مالك وأحمد « رح » (لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبهه التكفير بعد الجرح) قبل الوقت ، وكذا كفارة الظهار ، فإنها يجوز بعد الظهار وقبل العود كالزكاة ، فإنها يجوز قبل الحول .

(ولنا أن الكفارة تستر الجناية) لأنها تكفر الخطيئة ، أي تستر بها ولا يتصور سترها قبل وجودها ، وهو معنى قوله (ولا جناية لها هنا) ولا يصح التكفير قبل الحنث ، لأنه يلزم تقديم السبب على المسبب فهو فاجر كما لو كفر قبل الإفطار (واليمين ليست بسبب) هذا جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب ، تقديره لا نسلم أن اليمين سبب بوجوب الكفارة ، لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضياً إلى الحكم وطريقاً له ، واليمين مانعة الحنث ، وهو معنى قوله (لأنه مانع غير مفض) وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو باعتبار ظاهر اللفظ مفض إلى الحكم ، والسبب ما يكون مفضياً كما ذكرنا .

(بخلاف الجرح) جواب عن قياس المنازع فيه على الجرح قبل الموت (لأنه) أي لأن الجرح (مفض) إلى زهوق الروح ، بخلاف الظهار ، لأن نفس الظهار جنائية ، ويجوز للزكاة قبل الحول ، لأنها شكر لنعمة المال ، وهو موجود ، ومفضي الحول تأجيل فيه ، وإضافة الكفارة إلى اليمين مجاز ، لأنها على عوض أن يصير سبب على تقدير الحنث .

فإن قلت احتج الشافعي بظاهر قوله عنه لعبد الرحمن بن ثمره إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فكفر بينك وآت الذي هو خير متفق عليه ، وفي لفظ أبي

ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة . قال ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه ،

داود ، ثم أت الذي هو خير . قلت أصحابنا احتجوا بحديث عبد الرحمن بن ثمره ، فإنه عليه السلام قال له لا نسأل الإمامة .. الحديث ، وفي آخره وإذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيراً منها فات الذي هو بخير وكفر عن يمينك .. الحديث في الصحيح ، ولا يقال الواو للجمع ثم للترتيب ، فيدل على الجمع لا على التأخير والتقديم ، بخلاف ثم للترتيب ، لأنه جاء في رواية أخرى ، ثم ليكفر يحتمل ما رواه الشافعي على أنه بمعنى الواو ، لأن ثم يحییء بمعنى الواو ، قال الله تعالى ﴿ ثم كان من الذين آمنوا ﴾ ﴿ ثم الله شهيد ﴾ ٤٦ يونس ، فيكون ما روينا محكماً في التأخير ، وما رواه محتمل فحمل عليها ما ذكرنا إعمالاً للضرر ، لأنه أمر بالتكفير مطلقاً ، ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحنث ، لأنه لا يجوز بالصوم إجماعاً .

(ثم لا يسترد من المسكين) عطف عن قولهم لم يجزئه يعني لا يسترد والمال عن المسكين ، وإن كان لا يقع عن الكفارة (لوقوعه صدقة) لأنه قصد شيء حصول الصواب ورفع الذنب ولم يرفع الذنب لمدمه ، فيحصل الصواب لإمكانه فيكون صدقة ، ولا رجوع فيها .

(قال) أي القدوري (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه) هذا الحديث مر معنا الآن ومضى الكلام فيه ، ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسم عليه في فعل أو على ترك ، لأن اليمين مركبة من مقسم به ، وهو بالله ومقسم عليه ، وهو قوله لأفعلن أو لا أفعلن لكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وقال الأكمس في وجه

ولأن فيما قلناه تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفارة ولا جابر
للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد
إسلامه فلا حنث عليه ، لأنه ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله
تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظماً

الاستدلال به نظر ، لأنه قال ورأى غيرها خيراً منها فالدعى المطلق . والدليل مشروط
برؤية غيره خير . والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل
الشرط موجوداً نظراً إلى حاله .

(ولأن فيما قلناه) يعني إذ الكفارة بعد الحنث (تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفارة
ولا جابر) وهو الكفارة لما أن الجابر يقتضي سبق ذلك الحمد وهو حل اليمين بالحنث
فيما قلنا ، فتصبح الكفارة جائزة ولا جائزة (للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه ،
وأراد بالضد التي في اليمين ، أي لا جائزة لمعصية الحنث ، فما قال الشافعي ، لأن الحنث لما
يتأخر عن الكفارة لم تصبح الكفارة السابقة جائزة لذلك الحنث ، لأن الجائز لا تقدم ،
كذا في النهاية . وقال الأكل وقال في بعض الشروح ، ولأن فيما قلنا أي في الحنث النفس
والتكفير بعد ذلك لتفويت البر إلى جابر ، والجابر هو الكفارة والفوات إلى جابر كلا
فوات ، فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر ، أما إذا أتى بالبر
وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب ، وقتل فلان بغير حق تحصيل المعصية بلا جابر
لها فتكون المعصية قائمة لا محالة ، فلماذا قلنا يحنث نفسه ويكفر يمينه ، وكلا الوجهين
صحيح ، والثاني أيسر . قلت أراد بالقائل بقوله وقال في بعض شروح الأترابي ، لأنه
قال في شرحه هكذا ويرده الأكل برمته

(وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام ، فلا حنث عليه) أي
فلا كفارة عليه ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد تلزم الكفارة بالمال دون الصوم
(لأنه) أي لأن الكفارة (ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر
لا يكون معظماً) لأنه هاتك حرمة الله تعالى بإصراره على الكفر والتعظيم مع الهتك

ولا هو أهل للكفارة لأنها عبادة . ومن حرم على نفسه شيئاً مما لا يملكه لم يصر محرماً ، وعليه إن استباحة كفارة يمين ، وقال الشافعي «رح» ، لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين . ولنا أن اللفظ ينبيء عن إثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين ، فصار إليه ، ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة ، وهو المعنى

لا يجتمعان ، والبر لا يتحقق إلا من معظم ، ولا يلزم استخلافه في المظالم أو المنصوبات أو هو مشروع في حقه ، لأنه من أهل مقصود الاستخلاف وهو النكول والإقرار ، وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق ، لأنه من أهل حكماً (ولا هو أهل الكفارة) أي ولا الكافر أهل للكفارة (لأنها عبادة) لكونها سارة للذنب .

(ومن حرم على نفسه شيئاً مما لا يملكه) سواء كان ثوباً أو طعاماً أو أمة أو غيرها ، بأن قال حرام علي ثوبي هذا أو طعامي هذا أو أمي هذه ونحو ذلك (لم يصر محرماً) أي بعينه ، بل صار محرماً بالنص ، فلهذا قال عقبه (وعليه إن استباحه) أي يعامل به معاملة المباح ، فإن أكل الطعام أو لبس الثوب أو وطئ الأمة فعلياً (كفارة يمين . وقال الشافعي لا كفارة عليه) لأنه ليس يمين إلا في النساء والجواري ، وبه قال أحمد . وقال مالك من حرم على نفسه شيئاً غير امرأته لا يلزمه شيء وليس يمين (لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به ، تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه ، وهو تحليل الحرام .

(ولنا أن اللفظ ينبيء عن إثبات الحرمة ، وقد أمكن إعماله) أي إعمال اللفظ (بثبوت الحرمة لغيره) أي بغير اللفظ (بإثبات موجب اليمين) وهو الكفارة ، وأصله ليس في وسعه إثبات الحرمة لذاته وعينه قلبت الحرمة لغيره ، وهو جناية حرمة اليمين ، وهو الكفارة على تقديم الحنث (فيصار إليه) أي إلى ثبوت الحرمة لغيره .

(ثم إذا فعل مما حرمه قليلاً كان أو كثيراً) انتصاب قليلاً على أنه مفعول لقوله فعل (حنث ، ووجبت الكفارة) لأن التحريم ثبت بتناول كل جزء (وهو المعنى) بكسر

من الإستباحة المذكورة ، لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه ، ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ ، لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه ، وهذا قول زفر « رح » . وجه الاستحسان أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم ،

النون وتشديد الياء ، أي المصوم (من الإستباحة المذكورة) أي فعل ما حرّمته هو المراد من الإستباحة التي ذكرها (لأن التحريم إذا ثبت) يعني تحريم العين ، وهو دليل قوله إذا فعل بما حرّمه قليلاً أو كثيراً حنث ، وذلك لأن تحريم المعنى إذا تبين (تناول كل جزء منه) أي مما حرّمه ، فيحنث بالقليل والكثير . وقال الأكمل وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم به ، وهو عند ذكر اسم من أسمائه أو صفة من صفاته كما تقدم ، أو بأن يذكر شرطه وجزاءه ، وليس شيء منهما بوجود فكيف صار يميناً واجب بسقوطها بقوله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ ٢ التحريم ، بعد قوله ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ في تحريم المدل أو تحريم ما به أطلق الأيمان على تحريم إطلاق وفرض تحلة الأيمان ، والرأي لا يعارض النصوص السمعية .

(ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب ، إلا أن ينوي غير ذلك) هذا ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في الكافي ، وإذا قال لرجل هو علي حرام سئل عن نيته ، فإن نوى يميناً فهو يمين وكفرها ، ولأنه حل امرأته في ذلك أن ينويها ، فإن نواها دخلت فيه ، فإذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الإيلاء ، فإن نوى فيه الطلاق ، فالقول فيه كالقول في الحرام ، أي يصح ما نوى ، وإن نوى الكذب فهو كذب (والقياس أنه يحنث كما فرغ) من اليمين (لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه) بفتح العينين وفتح الشفتين أو ضمها (وهذا قول زفر « رح ») فان عنده كما يفرغ من اليمين يحنث .

(وجه الاستحسان أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم) لأن صيغة

وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف ، فإنه يستعمل
فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ،
وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب ،
وهذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا «رح» قالوا يقع به الطلاق من
غير نية لغلبة الاستعمال، وعليه الفتوى ،

العموم إذا لم تكن أجزاها على عمومها يراد بها أخص الخصوص للتعين ، وهنا لا يمكن
ذلك ، لأن الإنسان لا يمكنه مع نفسه عن النفس وفتح العين وذلك له حلال ، فحمل على
الحلال الأعم وهو يعيش به من المطعوم والمشروب ، وهو معنى قوله (وإذا سقط اعتباره)
أي اعتبار العموم (ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف) بين الناس (فإنه يستعمل
فيما يتناول عادة) هذا القليل لقوله للعرف معنى ، إنما انصرف قوله كل حل علي حرام إلى
الطعام والشراب ، لأنه في عرف الناس يستعمل في ذلك (ولا يتناول المرأة إلا بالنية
لإسقاط اعتبار العموم) لأنه لا يمكن إجراء اللفظ على العموم لما قلنا .

(وإذا نواها) (أي إذا نوى المرأة) (كان إيلاء) لأن اليمين في الزوجات إيلاء ،
وإن جامعها في المدة كفر عن يمينه ، وإن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء بانت بالإيلاء
(ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب) حتى إذا أكل أو شرب حنث (وهذا كله)
أي هذا المذكور كله (جواب ظاهر الرواية) وهو رواية المبسوط (ومشايخنا «رح»)
قالوا أراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقهاء أبي جعفر
حيث (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الإستعمال) فيما بين الناس في هذا الزمان
أنهم يرون بهذا اللفظ الطلاق (وعليه الفتوى) قال أبو الليث ، وبه نأخذ .

وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف إلى الطلاق بلا نية للعرف ، وإن
لم يكن له امرأة يجب عليه كفارة ، وإن كانت له امرأتان يقع الطلاق على واحدة ، واليه
البيان في الأظهر لقوله امرأتي طالق ، وله امرأتان ، والمرأة في التسمية . وكذا لو قال

وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف ، واختلفوا في قوله
— هرجة برداست راست كيرم بروي حرام — أنه هل تشتط النية ،
والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف

حلال الله علي حرام ، أو حلال هذا ، أي أو حلال (١) وروي حرام وله امرأة تنصرف
اليها من غير نية للعرف ، فان مراد العامه من هذا اللفظ الطلاق .

(وكذا ينبغي في قوله — حلال بروي حرام —) أي وكذا ينبغي أن يقع الطلاق
بلا نية في قوله — حلال بروي — يعني حلال علي حرام (للعرف) أي لأجل عرف الناس
بذلك في الطلاق .

(واختلفوا في قوله) أي اختلف المشايخ في قول الرجل (هرجه بردست راست كيرم
بروي حرام — أنه هل يشترط النية) أي لا يشترط (والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير
نية للعرف) قوله — هرجة — بفتح الهاء وسكون الراء وكسر الجيم الفارسية وسكون
الهاء ، ومعناه كل شيء . فوق — بدست — بفتح الباء الموحدة والدال المهملة وسكون
السين المهملة وبالتاء المثناة من قوله ومعناه بيدي . قوله — راست — بفتح الراء وسكون
السين المهملة بعد الألف وبالتاء المثناة من فوق ، ومعناه اليمين يعني بيدي اليمين . قوله
— كيرم — بكسر الكاف وسكون الباء آخر الحروف ، معناه علي . وفي خلاصة الفتاوى
— هرجة بدست كيرم هرمن حرام — لا يصدق أنه لم ينو . ولو قال — هرجه بدست
راست كرفه ام — فهو بمنزلة قوله — كيرم — . ولو قال — هرجه بدست حيب كرم —
في مجمع النوازل لا يكون طلاقاً ، وإن نوى . ولو قال — هرجه بدست راست كرفتم —
لا يكون طلاقاً ان المعرف في قوله — كيرم — ولا عرف في قوله — كرفتم — . ولو قال
— هرجه بدست راست كيرم — ولم يقل — راست أو جب — فهو بمنزلة قوله — هرجه
بدست راست كيرم — .

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اه مصححه .

ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء ، لقوله عليه السلام من نذر وسمى
فعليه الوفاء بما سمي . وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه
الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ، ولأن المعلق بشرط كالمنجز
عنده . وعن أبي حنيفة « رح » أنه رجع عنه .

(ومن نذر نذراً مطلقاً) أي مطلقاً عن ذكر الشرط بأن قال الله علي صوم سنة بدون
التعليق بشيء (فعليه الوفاء به) أي بما سمي (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (من
نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي) هذا الحديث غريب . وفي جواب الوفاء بالنذر حديث
صحيح مما أخرجه البخاري عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً قال
يا رسول الله إن أخي نذرت أن تحج وإنها ماتت قبل أن تحج ، فقال ﷺ لو كان عليها
دين أكنت قاضيه ، قال نعم ، قال فاقض دين الله فهو أحق بالقضاء .

وفي رواية أن أخي وفيها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال
يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ، قال فأوف بنذرك ،
وزاد البخاري فاعتكف ليلة ، ومنها ما رواه أبو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إني نذرت أن أضرب على
رأسك بالدف ، قال أوف بنذرك .. الحديث .

(وإن علق النذر بشرط) بأن قال إن شفى الله مريضاً أو رد الله غائباً أو مات
عدوي فعلي صوم شهر أو سنة (فوجد الشرط فعليه الوفاء) بتعيين (بنفس النذر) ولا
يخرج عنه بالكفارة (لإطلاق الحديث) المذكور ، فإنه لم يفصل بين كون النذر مطلقاً
أو معلقاً بشرط (ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده) أي عند وجوده ولو نجز النذر عند
وجود الشرط لم تجزئه الكفارة ، فكذا هنا ، وبه قال مالك في المشهور عنه . وقيل إن
كان النذر في مباح يتخير ، وفي الطاعة يلزمه الوفاء مطلقاً .

(وعن أبي حنيفة « رح » أنه رجع عنه) أي عن نفس الوفاء بالنذر إلى التخيير بين
الكفارة والوفاء . وعن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجاً ، فلما دخلت

وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة مال ملكه أجزاء من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد «رح» ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمي أيضا، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر، فيتخير ويميل أي الجهتين شاء، بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضني لانعدام معنى اليمين فيه، وهو المنع،

الكوفة قرأت كتاب القدوري والكفارة على أبي حنيفة رضي الله عنه، فلما انتهيت إلى هذه المسألة، قال فان من رأى أن راجع فراجعت عن الحج، أو قد توفي رحمه الله فأخبرني الوليد بن ابان إنه رجع قبل موته سبعة أيام، وبه يفتي اسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان، وهذا لأن كلامه نذر فظاهره يمين بمعناه.

(وقال إذا قال) أي وقال أبو حنيفة إذا قال الرجل (إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة) أي أو قال فعلي صدقة (مال ملكه أجزاء من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد « رح ») وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ومالك في رواية . وفي القديم يتعين الكفارة ويكون هذا نظراً للحاج ^{النذر} (ويخرج عن للعهدة) أي عن عهدة اليمين (بالوفاء بما سمي أيضاً) حق لو كان معسراً كان بخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهراً ، وهذا مروى عن أبي حنيفة في النوادر . ووجه ما روي في السنن مسنداً إلى عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال كفارة النذر كفارة اليمين .

(وهذا) أي هذا المذكور (إذا كان شرطاً) أي إذا كان النذر معلقاً بشرط (لا يريد كونه) مثل إن شربت الخمر فعلي صوم سنة (لأن فيه معنى اليمين وهو المنع) عن اتخاذ الشرط (وهو بظاهره نذر) وهو ظاهر (فيتخير ويميل إلى أي الجهتين شاء) أي التكفير أو النذر (بخلاف ما إذا كان شرطاً) أي بخلاف ما إذا علق بشرط (يريد كونه) أي كون الشرط (كقوله إن شفى الله مريضني لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع) لأن

وهذا التفصيل هو الصحيح . قال من حلف على يمين وقال إن شاء
الله متصلاً بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين
وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه ،

قصده الرغبة فيما حوله شرطاً (وهذا التفصيل) أى الذى ذكرنا بين شرطاً لا يريد كونه
وبين شرط يريد كونه (١) (هو الصحيح) .

وقال الأكمل وفيه نظر ، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس
بصحيح ، لأنه غير ظاهر الرواية ، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض
فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد
كونه وما لا يريد ، على أن فيه إبقاء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية .

(قال) أى القدورى (ومن حلف على شيء) وفي بعض النسخ على يمين ، وعلى هذا
قال الأتراسي ومعنى قوله على يمين ، أى على مقسم عليه (وقال إن شاء الله تعالى متصلاً
بيمينه فلا حنث عليه) وفي المبسوط حلف على يمين أو نذر وقال إن شاء الله متصلاً حنث
عليه ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر (لقوله ﷺ)
أى لقول النبي ﷺ (من حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلاً فقد بر في يمينه) هذا
الحديث بهذا اللفظ غريب ، وبمعناه أحاديث منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن
أيوب البخناقي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من حلف فاستثنى فان شاء مضى
وإن شاء ترك غير حنث . انتهى بلفظ النسائي .

وفي لفظ له فهو بالخيار إن شاء مضى وإن شاء ترك ، ولفظ ابن ماجه نحوه ، ولفظ
أبي داود من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد ... ولفظ الترمذى فقال إن شاء الله
فلا حنث عليه وقال حديث حسن . ومنها ما رواه الترمذى والنسائي وابن ماجه من
حديث ابن طاووس عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال من حلف على يمين
فقال إن شاء الله لم يحنث .

(١) هكذا المجلتين في الأصل ، اه مصححه .

إلا أنه لا بد من الإتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ، ولا رجوع في اليمين

(إلا أنه) استثنى من قوله فلا حث عليه ، يعني إنما لم يحث إذا كان الاستثناء متصلاً بيمينه وهو معنى قوله (لا بد من الإتصال) بأن لا يقطع قوله إن شاء الله بكلام أو سكوت ، والفصل انقطاع النفس لا يعتبر لتعذر الإحتراز عنه ، أما إذا كان الاستثناء منفصلاً فلا عدة به ، فعليه الحث (لأنه بعد الفراغ رجوع) عن اليمين (ولا رجوع في اليمين) .

فان قلت ماذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل . قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على اللزوم المقهور هي التي توجب الإتصال . فان جواز الاستثناء منفصلاً يقضي إلى إخراج المقهور كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون يلزمه ، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى ، وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثناء على الإتصال توفيقاً بين الأدلة ، والله أعلم بالصواب .



باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث، لأن البيت ما أعد للبيتوتة، وهذه البقاع ما بنيت لها. وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلّة باب الدار

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين المتعلقة بدخول البيت وحكم السكنى فيه الدخول الانفصال من الظاهر الداخل إلى الباطن والخروج على الكنس والسكنى عبارة عن كون السكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام، فإن من جلس في مسجد أو جاءت فيه لا يعد ساكناً فيه، ولما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه شرع يذكر الأفعال التي ينعقد عليها اليمين باباً. إلا أنه قدم هذا الباب على غيره لأنه أهم، لأن الإنسان يحتاج إلى مسكن يدخل فيه ويستقر، ثم يترتب على ذلك سائر الأفعال من الأكل والشرب.

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة) بكسر الباء متعبد النصارى (أو الكنيسة) وهي متعبد اليهود (لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها) أي للبيتوتة ، والمعتبر في الأيمان العادة والعرف ، والألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العرف عندنا . وقال أحمد بنى الأيمان على النية ، سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه خاصاً أو عاماً ، لقوله عنه لكل امرئ ما نوى . قال الشافعي رضي الله عنه مبنية على الحقيقة ، لأنها مراد . وعند مالك على معاني علم القراءات ، لأنه على أصح اللغات وأفصح .

(وكذا) أي وكذا لم يحنث (إذا دخل دهليزاً أو ظلّة باب الدار) والظلّة ما أظل

لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة . وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف بحيث ، لأنه يبات فيه عادة . وإن دخل صفة حنت لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي . وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفاقهم

فوق الباب خارج الدار لما ذكرنا ، أشار إلى قوله لأن البيت ما أعد للبيتوتة . وفي التحفة ولو دخل دهليز الدار بحيث ، لأنه في الداخل والظلة يكون على السكة (لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة) ما أظل فوق الباب خارج الدار ، وهو يصلح أن يكون تفسيراً لما ذكره المصنف . وأوضح ذلك صاحب الحصر ، فقال الظلة هي التي أحد طرفي جذعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل . وفي الذخيرة أراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار . قال صاحب المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب ، والكل في الحقيقة معنى واحد .

(وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف بحيث ، لأنه يبات فيه عادة) قيد بقوله وهو مسقف يبقى أن لا بحيث ، ولكن الأصح أن كل موضع إذا أغلق الباب لا يمكن الخروج يكون من الدار ، فعلى هذا بحيث بدخوله الدهليز منطلقاً كما ذكره أولاً ، وعلة بقوله لأنه في الداخل .

(وإن دخل صفة حنت) أي في يمينه لا يدخل بيتاً (لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي) الشتوي هو الذي يبنى لأن يبات فيه في الشتاء ، والصيفي الذي لا يبنى ، لأن يبات فيه في الصيف ، فاستوى له جدران أربعة في واحد منها باب ، والصيفي له ثلاثة جدران ليس إلا هو وهو الصفة . وفيه قول بعض المشايخ بخلاف هذا أشار إليه بقوله (وقيل هذا) أي حنت بدخول الصفة في المبتدأ لا يدخل بيتاً (إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفاقهم) أي صفاق أهل الكوفة ، فحينئذ لا يكون فرق بين البيت والصفة ، فيحنت . لأنه بيان فيها . وفي

وقيل الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح . ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث ، لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة ،

المبسوط وفي عرفنا الصفة ذات حوائط ثلاثة قد يكون على هيئة البيت ، فلا يكون بيتاً فلا يحنث ، وبه قال الشافعي .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن أبي حاتم حازم فما أمشي بغداد ، قال هذه ليلة كانت مشتملة حتى انتهيت إلى الكوفة فرأيت صفافهم مبسوطه ، فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم . قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي قال أصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتاً في جوف بيت آخر صفة ، فأما اسم الصفة في بغداد لا يتناول البيت ولا اسم يتناول الصفة .

(وقيل الجواب يجري على إطلاقه) يعني يحنث أي صفة دخلها بالصحة البيوتوتة ، واليه ذهب المصنف ونبه عليه بقوله (وهو الصحيح) وقال السكاكي وهو الصحيح احتراز تقيد الصفة بعرفهم ، يعني الصحيح الإطلاق لوجود البيوتوتة في الصفة .

(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث) وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين ، وأشار المصنف إلى العرف بين الوجهين بقوله (لأن الدار اسم للعرصة) قال ابن الأثير العرصة كل موضع واسع لا ينافيه . وقال الجوهري العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء ، والجمع العرصات والعراص . قلت ومنه عرصات يوم القيامة ، وهي شديدة ، وهي في لغة العجم كذلك ، فلذلك قال المصنف (عند العرب والعجم) وهي بسكون الواو يفتح في الجمع (يقال دار عامرة ودار غامرة) أي دار عامرة بالعين المهملة ، ودار غامرة بالعين المعجمة . قال الجوهري الغامرة يعني بالعين المعجمة من الأرض خلاف العامرة ، يعني بالمهملة . وفي حديث عمر رضي الله عنه جعل على كل جريب عامر أو غامر أو رها

وقد شهدت أشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها

ومصرًا . وقال ابن الأثير العامري يعني بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتتمل الزراعة من الأرض .
والجواب من الأرض ستون ذراعاً في ستين .

(وقد شهدت أشعار العرب بذلك) أي بأن الدار اسم للعرصة ، وجاء ذلك في
أشعار كثيرة ، منها ما قال شعير العامري :

عقب الديار محلها فمقامها بنى تأبد غواها فرحاً بها

قوله عقب ديار الأحباب العرب ما كان منها للحلول دون الإقامة وما كان منها
للإقامة ، وعنى يعفو لازم ويتمدى ، وهنا لازم ، يعني اندرست . قوله - بنى - بالتثنية
وهو موضع يجمع ضربه هي الحرم . قوله - تأبد - أي أقفروا لصه الوحوش . قوله
- غواها - بفتح الغين المعجمة و الرجاء بكسر الراء وبالجم ، وهما جبلان معروفان .
وقيل موضعان .

ومنها ما قال السنابقة :

يا دار مية بالعلياء فالسند أقدت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلاً لا أسائلها أعقر جواباً وما بالريع من أحد

يخاطب السنابقة دار مية اسم امرأة . والعلياء موضع مرتفع ، وكذلك السند بفتحيتين
موضع مرتفع من ارتفاع الوادي أو الجيد ، ثم أخبر عنها بقوله - أقدت - أي أقفرت
وخلت عن أهلها وذهبوا وطال عليهم ما مضى من مرور الزمان ، ثم يقول وقفت عليها
عشية أسائلها عن أهلها أين مضوا فلم تقدر على الجواب ، ولم يكن فيها أحد يكنى ،
والأصيلان لا أصله أصلان مصغر أصلان جمع أصيلاً ، فأبدلوا من النون لأمأ . والأصيل
الوقت بعد المغرب ، ومنها ما قال حسان بن ثابت رضي الله عنه .

تلك دار الألوף أصحت حلاً بعدما يجلها في نشاط

والنشاط شره من الصبى . هذه الآيات كما ترى دالة على أن الدار سمي داراً بعد ارتحال
أهلها عنها وآثارها ودرس رسومها وأطلالها . وقال الأتزازي وقد أورد النقيب أبو الليث

فالبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر .

في شرح الجامع الصغير والإمام الاسبيجاني في شرح الطحاوي ما هنا يصلح بضبط الفقهاء ، وهي الدار وإن زالت حوائطها . والبيت ليس ببيت بعد أن ينهدم ، ثم قال ولكن لا يصلح للاحتجاج به ، فإن قائله ليس بمعلوم وإن شاء مثله لكل أحد غير عسير ، انتهى . وذكر الكاكي هذا البيت في معرض الاحتجاج فلا بأس به ، لأنه وإن لم يعرف قائله يصلح للاحتجاج ، ألا ترى أن النحاة كثيراً احتجوا بإثبات لا يعرف قائلها ، غير أنهم إذا عرفوا أن قائلها من السفر المحدثين لم يحتجوا فيها إلا للاستشهاد .

(فالبناء وصف فيها) أي في الدار (غير أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر) أي هذا إذا كانت الصفة لم تكن داعية إلى اليمين نفعه كون الدار معينة . وفي الغائب إلى المتكرر معتبرة ، لأن الغائب يعرف بالوصف ، فتعلقت اليمين الدار موصوفة بصفة فلا يحث بعد زوال تلك الصفة ، وفي المعين لغو ، لأنه إشارة إلى تعريف فأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح ، فاستوى وجودها وعدمها . وهنا اعتراضان :

الأول : نقض إجمالي ، وهو أن يقال هذا بل بما قال محمد في كتاب الوكالة بشراء دار فاشترى داراً خربة يلزم الموكل ، وينبغي أن لا يقع للموكل ، لأن الصفة في الغائب معتبرة . الجواب أن الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة ، والدار في اليمين منكرة من كل وجه . وفي الوكالة تفرقت من وجه ، لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن أو محله وليست في اليمين كذلك ، فلا يلزم من صحته اتفاقاً ، والوكالة صحة انعقاد اليمين بلا تحفة الاعتراض .

الثاني : بطريق المعارضة وهو أن يقال أن البناء لا يتخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالمرصة ، وإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول ، كما إذا حلف لا يكلم رجلاً ينعمد يمينه برجل قاعد عالم ، أي غير ذلك من الصفات الخارجة عنه . والجواب أن البناء صفة متعينة للدار ، فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف المتعينة . وفي الرجل التراجم في الصفات ثابت من العلم والفعل والقدرة والصناعة والحسن والجمال ، وهذه

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث
لما ذكرنا أن الإسم باق بعد الإندام ، وإن جعلت مسجداً أو حماماً
أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث ، لأنه لم يبق داراً لاعتراض اسم
آخر عليه ، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود
اسم الدارية . وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم
وصار صحراء لم يحنث لزوال

الصفات بأثرها يمنع إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة ، فيمتنع
الإرادة أصلاً كذا ذكره في النهاية محالاً عن الفوائد الظهيرية .

وقال الأكل ورد بأن البناء ضده الخراب ومحل الدار محل نوادرها ، فكيف صار
البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع . وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير
حاضر أو أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف
لاستغنائه عنه .

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً أخرى فدخلها يحنث لما
ذكرنا أن الإسم باق بعد الإندام) لم تبدل باعتبار أصله ، وإنما تبدل الوصف ، وذلك
لا يعتبر في الحاضر . وللشافعي فيه وجهان (وإن جعلت مسجداً) أي وإن جعلت الدار
مسجداً (أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث لأنها لم تبق داراً لاعتراض اسم آخر
عليها) لأنها لما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة متبدل اليمين (وكذا) أي وكذا لا يحنث
(إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه) أي بعد كونه مسجداً أو بستاناً أو نهراً فجعلها
داراً ودخل لم يحنث (لأنه لا يعود اسم الدارية) بتشديد الياء آخر الحروف . وقال
الكاكي لم يحنث ، وإن عاد اسم الدار لكونه صفة جديدة ، فنزل ذلك منزلة اسم
آخر نظراً إلى تبدل البيت ، ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله بعدما
انهدم يحنث .

(وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال

اسم البيت ، لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف
يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه ، وكذا إذا بنى بيتاً آخر
فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد الإندام ، قال ومن حلف
لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ،
ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد .
وقيل في عرفنا لا يحنث .

اسم البيت ، فإنه لا بيان فيه ، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث ، لأنه يبات
فيه (أي في البيت الذي زال سقفه وجدرانه باقية (والسقف وصف فيه) أي في البيت ،
إذ البيوتة تحصل بدونه ، والسقف صفة الكمال في البيت ولم يضر زوال الوصف .
(وكذا إذا بنى) أي ذلك البيت (بيتاً آخر فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد
الإندام) لأن الثاني صار غير الأول ، لأنه بصفة جديدة ، وفي خلاصة الفتاوى عن الأصل
لو حلف لا يسكن بيتاً ولا نية له فسكن بيتاً من شعر أو فسطاطاً أو خيمة لا يحنث إن
كان الحالف من أهل المصر ، وإن كان من أهل البادية يحنث . وذكر بعضهم في شرحه
منقولاً عن الفوائد الظهيرية إنه إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت يحنث هذا
أسر ، لأنه مخالف للأصل وللرواية ، فإن الشيخ أبا نصر قال . وإن حلف لا يخرب بيتاً
فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وإن سماه الله بيتاً ، ذكره في مسألة لا يأكل لحمًا فأهل
السلك لم يحنث .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ،
لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد)
وكذا يصلح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه . وذكر في الشامل حلف لا يدخل دار
فلان ، فقام على حائطه أو سطحه حنث . وقال في شرح الأقطع قال الشافعي « رح ،
لا يحنث . وقال بعض أصحابه يحنث (وقيل في عرفنا لا يحنث) أي بالوقوف على سطح
الدار . قال الفقيه أبو الليث في التوازل إن كان الحالف من بلاد المعجم فإنه لا يحنث في

قال وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي
تقدم . وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان
خارجاً لم يحنث ، لأن الباب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن
الخارج من الدار

هذا كله ما لم يدخل الدار ، لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار . وفي جامع قاضي
خان هذا في عرفهم ، وفي عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولاً فلا يحنث .
ثم قال والصحيح جواب الكتاب إنه يحنث .

وفي الفتاوى قال هذا إذا كان اليمين بالعربية ، فإن كانت بالفارسية وصعد السطح
أو نحوه شجرة فيها إن حائطاً فيها لا يحنث . وفي الكافي المجاز في بلاد المعجم أنه لا يحنث .
وفي الدهليز يحنث . وفي الإيضاح لو كان فوق المسجد سكن لم يحنث ، لأنه ذلك ليس
بمسجد . وفي شرح الوجيز لو كانت في الدار شجرة منشرة الأغصان يتعلق ببعضها . فإن
حصل في مجازات البيان حنث . وإن حصل في مجازات لأسترة السطح ففيه وجهان ،
وإن أعلا من ذلك يحنث وعند أصحاب أبي حنيفة « رح » أنه لو كان بحيث لو سقط
يسقط في الدار يحنث .

(قال) أي قال القدوري (وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل
الذي تقدم) يعني إذا أغلق الباب ويبقى داخلاً وهو ضيق ، وإنما قال هذا لأن القدوري
أطلقه (وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث ، لأن الباب
لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار) أي خارج الباب من الدار لعدم الحرز
به . وفي المحيط وكذا لو قام على أسكفة الباب والباب بينه وبين الدار لا يحنث . ولو
دخل رأسه أو إحدى رجله أو حلف أن لا يخرج فخرج إحدى رجله أو رأسه لم يحنث ،
وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا
نية له ، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت .

هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار ، وعليه

قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً، والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل . ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فزعه في الحال لم يحنث ، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث

الفتوى ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحد . حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث ، سواء كان على الميت دين أم لا . ولو باعها فلان ثم دخلها إن عينها بأنت قال هذه لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر والشافعي « رح » ومالك وأحمد يحنث . ولو دخل داراً مشتركة بينه وبين غيره ، فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث . ولو دخل داراً يسكنها فلان بالإجارة أو بالإعارة يحنث ، وبه قال مالك وأحمد .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً . والقياس أن يحنث) وبه قال زفر والشافعي « رح » في وجه (لأن الدوام له حكم الابتداء) أي لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ، فدام على ذلك يحنث .

(وجه الاستحسان إن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل) وليس دوام (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس فزعه في الحال لم يحنث . وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث)

لوجود الشرط وإن قل . ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه
 زمان تحققه ؛ فإن لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل
 لها دوام بحدوث أمثالها ، ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت
 يوماً ولبثت يوماً ، بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى
 المدة بمعنى المدة والتوقيت

أي قياساً (لوجود الشرط وإن قل) أي شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه
 القليل والكثير .

(ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه) إن تحقق البر ، فإن قلت لا نسلم
 أن اليمين تعقد للبر ، ألا ترى أن الحلف على البناء ينعقد ، والبر لا يتصور . قلت اليمين
 ثمة منعقدة للبر أيضاً للإمكان ، لكن المعجز الظاهر انتقل الحكم إلى الحلف ، وهو الكفارة
 (فإن لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل) وهو اللبس والركوب والسكنى
 (لها دوام بحدوث أمثالها) أي يتحدد أمثالها بدليل صحة ضرب المدة ، وهي معنى
 قوله (ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال لبثت يوماً وركبت يوماً) فكان للدوام حكم
 الابتداء فيحنث الآن ، يعني الابتداء الخالص ، فحينئذ لا يحنث باللبس .

(بخلاف الدخول ، لأنه لا يقال دخلت يوماً يعني المدة والتوقيت) إنما قيد بمعنى المدة
 والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت عليه يوماً ، قال إلى كذا وكذا
 خرجت عنه يوماً قال إلى كذا ، وإقرار الدخول باليوم ، لكن يراد به مطلق الوقت ولا
 يراد به مضي المدة والتوقيت .

واعلم أن الأفعال على ضربين ، ضرب يقبل الإبتداء وضرب لا يقبله ، والفاصل بينها
 قبول التوقيت وعدمه ، قيل التوقيت قبل الإمتداد وما لا فلا ، والاستدامة على المتمد
 بمنزلة الإنشاء . قال الله تعالى ﴿ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾ ٦٨ الأنعام ،
 أي فلا يمكث قاعداً ، لأنه يقال كان يعظ الناس قاعداً ، وعلى هذا قالوا إذا قال لها كلما
 ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها للنزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت

ولو نوى الابتداء الخالص يصدق ، لأنه محتمل كلامه . قال ومن
حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم
يرد الرجوع اليها حنث ،

أخرى ، لأن للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما يعم الأفعال تفكر الجزاء بتكسر الشرط .
ولو نص بما قال كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرم فركب دابة فعليته درهم وإن طال
مكثه في الركوب . وإن كان ما ذكرتم صحيحاً لزمه أكثر من ذلك .
وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مراداً ولهذا
قلنا في هذا الفصل إذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب
درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد .

(ولو نوى الابتداء الخالص) أي لا بقوله إلبث بعد النزوع ولا أركب بعد النزوع
(ويصدق) فلا يحنث (لأنه محتمل كلامه) سماه محتمل ، وإن كان قوله لا يركب حقيقة
في الابتداء ، لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكباً ، أما إذا كان راكباً في الابتداء من
محتملاته . وقال تاج الشريعة لا يحنث لأنه قد يكون من حيث الابتداء ، وقد يكون
من حيث الدوام . وقد يكون بلفظ اللبس ، فيكون تاويلاً يتخصص ما في لفظه ،
فصحت النية .

(قال) أي قال القدوري (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) وهو متأهل بدليل
قوله (فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها) ومتاعه مرفوع بالابتداء وأهله عطف عليه ،
وقوله فيها خبر المبتدأ ، أي في الدار ، والواو فيه للحال (ولم يرد الرجوع اليها حنث)
وبه قال أحمد ومالك ، وعن مالك لو أقام يوماً وليلة حنث . وفي الأقل لم يحنث . وعند
زفر يحنث عقيب اليمين . وقال الشيخ أبو نصر قال الشافعي « رح » يحنث . وقال الكاكي
عند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل ، وهذا الخلاف مبني على أصل بيننا وبين
الشافعي « رح » ، وهو أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ أو العادة بخلافها لا تعتبر ، وعندنا
العبرة للمادة ، لأنها صارت على الحقيقة ، والحالف يريد ذلك ، فيحمل كلامه عليه ، ألا
ترى أن المديون يقول لصاحب الدين لأجرتك يحمل ذلك على شدة المطل .

لأنه يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً ، فإن السوق عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا ، والبيت والمحلة بمنزلة الدار ، ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف « رح » ، لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً ، بخلاف الأول ، والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

(لأنه) أي لأن الحلف (يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً) أي من حيث العرف والعادة ، ثم أوضح ذلك بقوله (فإن السوق عامة نهاره) أي في أكثر نهاره (في السوق) مشغولاً لما يعانیه من الحرفة أو البيع أو الشراء (ويقول أسكن سكة كذا) يذكر سكة من سكن المدينة ، فهذا يدل على أنه يعد ساكناً من أهله ومتاعه فيها (والبيت والمحلة بمنزلة الدار) أراد أن اليمين يقول لا أسكن هذا البيت ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا أسكن هذه الدار . وفي الخلاصة السكة والمحلة بمنزلة الدار .

(ولو كان اليمين على المصر) بأن حلف لا يسكن في هذا المصر أو في هذا البلد (لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل) بمعنى إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث في يمينه (فيما روي عن أبي يوسف « رح ») كذا نقل أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الأمالي عن أبي يوسف (لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً) وإن لم ينقل الأهل والمتاع قال من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وإن كان أهله ونقله ببغداد (بخلاف الأول) وهو قوله لا أسكن هذا الدار ولا أسكن هذه السكة أو المحلة كما ذكر ، وعند الشافعي المصر كالدار يعني لما ذكر أنه يعتبر حقيقة اللفظ لا المادة .

(والقرية بمنزلة المصر) وفي بعض الشروح والقرية كالمصر ، يعني إذا كان لا أسكن هذه القرية فعلمه حكم من قال لا أسكن هذا المصر (في الصحيح من الجواب) احتراز به عن قول بعض مشايخنا أن القرية كالدار ، وهو قول الشافعي « رح » أيضاً ، والأصح أنها كالمصر ، وهو اختيار الشيخ الإمام الأجل برهان الدين والصدر الشهيد وقد عرفت

ثم قال أبو حنيفة «رح» ولا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي
وقد يحنت ، لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي
شيء منه وقال أبو يوسف «رح» يعتبر نقل الأكثر ، لأن
نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد «رح» يعتبر نقل ما يقوم به
كدخائمه ،

أن جملة هذه المسائل على ثلاثة أوجه ، أما إن كانت المسألة في المصر أو القرية أو للدار ،
وقد عرفت حكم كل واحد منها .

(ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي فيه ، وقد
يحنت) في يمينه (لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى) أي المسكن (ما بقي شيء منه)
أي من المتاع . ونقل صاحب الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية علي بن الجعد وإن ترك
فيها إبرة أو مسلة حنت ، وبه قال أحمد . وفي المحيط قال مشايخنا إنما يشترط عند أبي
حنيفة نقل الكل بما يقصد به السكنى كالوقد والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينه .
واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان يجميع ما كان معه من الأهل والمتاع ، فإذا
خرج بعضه انتفى سكناه ، لأن الكل ينتفي بانتقال البعض . وأجيب بأن الكل ينتفي
بافتقاره جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك ، وينبغي أن ينقل إلى ترك
آخر حتى يبرأ .

(وقال أبو يوسف «رح» يعتبر نقل الأكثر) أي أكثر المتاع (لأن نقل الكل قد
يتعذر) ويبقى الأقل لا يعد ساكناً ، وعليه للفتوى ، كذا في الكافي وفي المحيط (وقال
محمد «رح» يعتبر نقل ما يقوم به كدخائمه) هذه نسبة إلى كدخدا أي بفتح الكاف
وسكون الدال وضم الحاء المعجمة وبالذال المعجمة ، وفي آخره ياء آخر الحروف بعده
الف ساكنة ، وكدخدائي باللغة الفارسية اسم له من البيت الذي له عيال وخم . وكذا

لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى . قالوا هذا أحسن وأرفق
بالناس ، وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، حتى يبر

يسمى - كرمى حاره - الذي له كلام في أهلها كداخذ (لأن ما وراء ذلك) أي لأن
ما وراء الكدخدائية (ليس من السكنى) بعد لا يعد من السكنى .

(قالوا) أي قال المشايخ في شرح الجامع الصغير (هذا أحسن وأرفق بالناس) وفي
شرح الجميع واستحسنه المشايخ ، وعليه الفتوى ، وكذا استحسنه صاحب المحيط . وعن
مالك بغير نقل عياله دون متاعه (وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر)
أراد به إذا نقل على منزل آخر بلا تأخير لا يحث . قال العتاي في شرح الجامع الصغير ،
فإن لم يكن انتقل من ساعته ، فإن كان ليلاً لم يحث ، لأنه قدم ما لا يمكنه الإمتناع عنه
شيء عن اليمين . وفي خلاصة الفتاوى لو تحقق العذر باللص وغيره ، وهو معذور . ونقل
في الأجناس عن الهاروني أنه إذا أخذ في الأهبة فنقله عن المنقلة بطلب الدابة أو من
يحمل متاعه لا يحث .

وقال في فتاوى الوالوجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحث ، لأن
الطلب من عمل النقل . ولو أخذ في النقلة شيئاً فإن كانت النقلات لم تعبر لم يحث ، لأنه في
النقل ، فإن كان يمكنه أن يتأخر من ينقل متاعه في يوم ، فليس ذلك ، ولا يلزمه النقل
بأسرع الوجوه ، بل يعذر ما سمي ناقلاً في العرف . وفي الشامل إن لم يمكنه النقل من
ساعته بعذر الليل أو يمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينقل إليه لم يحث ، لأن حالة
الضرورة مستثناة ، خلافاً لزفر . وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقل أو كان
شريفاً أو وضيعاً لا يقدر على النقل إلا منعمته بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحث حتى يجد
من ينقلها ، ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر .

ونوقض بما ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا
المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحث ، وكذا لو قال لامرأته وهي في
منزل والدما إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق منعها الوالد عن الحضور يحث . وأجيب
بأن في مسألة الكتب شرط الحث المسكني ، وأنه فعل وجودي لا يحصل بدون الإختبار ،

فان انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن
من خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول
في حق الصلاة ، كذا هذا

ولا يحصل الإختيار مع وجود الموانع المذكورة . وأما في صورة النقض فشرط الحنث
عدم الخروج ، والعدم لا يحتاج إلى الإختيار .

(فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر) وفي جامع قاضي خان اختلفوا
فيه . قال بعضهم لا يحنث ، لأنه لم يبق ساكناً فيها . وقال بعضهم يحنث ، لأن سكناه
لا ينقضي إلا بسكنى أخرى لا استدلالاً بمسألة الزيادات ، أشار اليه المصنف بقوله (دليله
في الزيادات) أي دليل ما قالوا في كتب الزيادات ، ولفظ دليل مرفوع بالابتداء ، وخبره قوله
في الزيادات ، وقوله (أن من خرج بعياله) بدل منه ، أي بأن خرج رجله (من مصره)
ومعه عياله (فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة) يعني لا يقصر .
قال تاج الشريعة صورته رجل بخاري متوطن بها ، خرج منها بعياله إلى سمرقند ، فلما
وصل إلى الكوفة مثلاً رجع وأراد الذهاب إلى خراسان ، فدخل بخارى فإنه يتم الصلاة ،
لأنه ما انتقض منها في حق الصلاة ، فكذا في غيرها ، انتهى .

قلت هذا الذي ذكره صورة ما ذكر المصنف . وأما الصورة المذكورة في الزيادات
في كوفي انتقل بأهله ومناعه إلى مكة ليس وطنها فلما وصلها بدا له أن يعود إلى خراسان
فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين ، لأن وطنه بها انقطع ، وإن بدا له قبل أن
يدخلها فإنه إذا مر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين صلى بها أربعاً ، لأنه لم يتخذ وطناً
بقي وطنه بالكوفة .

(كذا هذا) يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذا الدار انه إذا
انتقل إلى السكنة أو إلى المسجد لا يبر في يمينه ، لأنه لما لم يتخذ وطناً أخرى وطنه
الأول ^(١) فافهم ، فإنه موضع دقيق .

(١) هكذا الجملة في الأصل .

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث ،
لأن فعل المأمور مضاف إلى الأمر ، فصار كما إذا ركب دابة
فخرجت ، ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث ، لأن الفعل لم ينتقل
إليه لعدم الأمر

(باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الخروج ، وهو انفصال من الداخل إلى الخارج ،
وذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقاً للمقابلة ، وذكر الإتيان لأنها يتواردان بعد
الخروج ، ذكرها عند ذكره ، وأراد بقوله - وغير ذلك - نحو قوله لا تخرج امرأته إلا
بإذنه . وقوله لرجل إجلس فقمع عندي . وقوله لا تركب دابة فلان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن حلف لا يخرج من المسجد) قيد المسجد
اتفاقي ، لأن الحكم في البيت والدار كذلك ، أو نسب عدم الخروج إلى المسجد بناء على
غالب حال المسلم ، لأنه في الغالب يكون ملازماً له ولا يخرج منه ، كذلك قالوا . قلت
المسألة في الجامع الصغير ، كذا وقعت ، وأوردها كما هي من غير تعبير لفظها (فأمر إنساناً
فحمله فأخرجه حنث ، لأن فعل المأمور مضاف إلى الأمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت
به) لأن خروجه ينسب إليه والدابة آتته .

(ولو أخرجه مكرهاً) أي ولو أخرج هذا الحالف إنسان حال كونه مكرهاً
(لم يحنث) وبه قال الشافعي ، رح ، في الأصح وأحمد في رواية (لأن الفعل) أي الخروج
(لم ينتقل إليه) أي إلى الحالف (لعدم الأمر) حاصله أنه أخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط

ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح ، لأن الانتقال بالأمر
لا بمجرد الرضاه . قال ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة
فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج
مستثنى والمضي بعد ذلك

الحنث . وقال مالك إن استصعب على الحاصل لم يحنث ، وإن راضى عليه يحنث ، يعني
إذا كان قادراً على الإمتناع وسكن عنده ، ويحنث ، لأن سكونه في هذه الحالة بمثابة
الإذن ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وصورة المسألة في الإخراج فيما إذا حمله الإنسان
وأخرجه مكرهاً ، لأنه لم يوجد منه فعل حمل ، أما إذا حدده وجنح بنفسه خوفاً منه
حنث لوجود الفعل منه ، وبه قال مالك .

وقال الأترابي أما إذا حمل فرضي به بقلبه ولم يأمره ، فجوابه لم يذكر في الجامع
الصغير . قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يحنث كما إذا خرج
طائفاً ، لأنه لما كان ممكناً من الامتناع فلم يمتنع صار كأمر الإخراج . وقال بعضهم
لا يحنث ، لأنه لم يوجد منه فعل ينسب إليه ، ولهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر ، وهكذا
روي عن أبي يوسف في الأمالي ، ثم في صورة الحمل مكرهاً لا يحنث بالاتفاق ، ولكن هل
ينحل اليمين أم لا ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم تنحل ، وعليه السيد أبو شجاع ،
فقال سئل شيخنا شمس الأئمة الحلواني عن هذا ينحل اليمين . وقال بعضهم لا تنحل ، وهو
الصحيح ، كذا قال الترمذشي وغيره .

(ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح) أي القول الصحيح احترازاً عن قول
بعض المشايخ ، وقد مر ذكره (لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضاه) أي لأن انتقال
الفعل إليه يكون بأمره ، ولا يكون بمجرد رضاه ، ففيه دليل أن من أمر إنساناً بإتلاف
ماله فأتلفه لم يضمن ، وإن أتلفه بغير أمره وصاحب المال ساكت لا ينهأ ضمن ، لأن فعله
لم ينتقل إلى صاحب المال .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج
إليها ثم أتى إلى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضي بعد ذلك)

ليس بخروج . ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد بها ، ثم رجع
 حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط ، إذ الخروج هو
 الإنفصال من الداخل إلى الخارج . ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى
 يدخلها ، لانه عبارة عن الوصول . قال الله تعالى ﴿ فأتيا فرعون
 فقولا ﴾ ١٦ الشعراء ، ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان ،
 وقيل كالخروج . وهو الأصح ، لانه عبارة عن الزوال

أي بعد الخروج المستثنى (ليس بخروج) لأن الخروج انفصال من الباطن إلى الخارج
 ولم يوجد ، والوجود الإتيان إلى حاجة ليس بخروج ، لأنه عبارة عن الدخول ، والخروج
 عن الإنفصال ، ولا دوائمه للخروج بالإجماع .

(ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد بها) أي يريد مكة (ثم رجع حنث لوجود
 الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط إذ الخروج هو الإنفصال من الداخل إلى الخارج)
 والانفصال لا يمتد (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه) أي لأن الإتيان
 (عبارة عن الوصول ، قال الله تعالى ﴿ فأتيا فرعون فقولا ﴾ ١٦ الشعراء) لأن القول
 لا يكون إلا بعد الوصول إليه .

(ولو حلف لا يذهب إليها) أي إلى مكة (قيل هو كالإتيان) أي حكمه حكم ما لو
 قال لا يأتيها ، وهو قول نصر بن يحيى (وقيل هو كالخروج) أي حكمه حكم ما لو قال
 لا يخرج إلى مكة ، وهو قول محمد بن سلمة . حاصل هذا أنه ثلاث مسائل ، الخروج والإتيان
 والذهاب ، ففي مسألة الخروج يحنث ، وفي مسألة الإتيان لا يحنث ، وأما مسألة الذهاب
 فلم يذكر جوابها في الجامع الصغير ، واختلف فيه المشايخ كما ذكرناه (وهو الأصح) أي
 الأصح قول من قال إن الذهاب كالخروج ، وهو قول محمد بن سلمة .

(لأنه) أي لأن الذهاب (عبارة عن الزوال) وقد استعمل الذهاب في الأمرين جميعاً
 بمعنى الإتيان كما قال الله تعالى ﴿ إذهبا إلى فرعون ﴾ والمراد به الإتيان والإذهاب الإزالة ،

قال وإن حلف ليايتين البصرة ، فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء
من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك مرجو ، ولو حلف ليايته غداً
إن استطاع ، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ،

فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول . وفي بعض النسخ بعد قوله ومعنى الإزالة
كما في قوله تعالى ﴿ لِيَذْهَبَ عَنْكُمُ الرِّجْسُ أَهْلَ الْبَيْتِ ﴾ ٣٣ الأحزاب ، أي ليزيل عبارة
عن الزوال ، وليس هذا الموجود في كثير من النسخ .

(قال) أي القدوري في مختصره (وإن حلف ليايتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث
في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك) أي قبل الموت (مرجو) إلا أن
الحالف ما دام حياً مرجي وجود البر ، وهو الإتيان فلا يحنث ، فإن مات فقد تعذر
شرط البر ، وتحقق شرط الحنث ، وهو ترك الإتيان فيحنث في آخر جزء من أجزاء
حياته ، لأن هذا اليمين مطلقة عن الوقت . بخلاف اليمين الموقته ، مثل أن يقول إن لم
أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر ، فإن اليوم معلق بآخر الوقت ولم يدخل الدار يحنث ،
أما إذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد .

(ولو حلف ليايته غداً إن استطاع) أي لو حلف رجل ليايته زيدا في غد إن
استطاع على ذلك (فهذا على استطاعة الصحة) أي صحة الأسباب والآلات ، لأن
الاستطاعة تطلق على معنيين ، أحدهما هذا ، قال الله تعالى ﴿ وَرَبُّهُ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ
مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ ١٩٦ البقرة ، وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحة ، والثاني
القدرة الحقيقية ، وهو معنى قوله (دون القدرة) أي لا يحمل على القدرة الحقيقية التي
يترتب عليها الفعل عند إرادة جازمة يخلق الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا ، خلافاً
للمعتزلة ، فمنهم سابقة على الفعل ، وبه قال الكرامية ، وتسمى هذه الإستطاعة القضاة
على ما يجيء . وقال الأترابي وقول القدرة فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وقد
أراد بالأول استطاعة الحال ، وبالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر ، لأن المفهوم من قوله
- دون القدرة - دون استطاعة القدرة ، فكأنه قال دون قدرة القدرة لأن للاستطاعة

وفسره في الجامع الصغير . وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم
يجيء أمر لا يقدر على إتيانه ، فلم يأت حنث ، وإن عنى استطاعة
القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا لان حقيقة الإستطاعة
فيما يقارن الفعل ، ويطلق الإسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب
في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة ،

والقدرة من الألفاظ المترادفة ، وهي عبارة ركيكة . ولو قال دون الفعل فكان دون
القدرة كان أولى ، فلمله سهو من الكاتب صحف القدر بالنجاة وكتب القدرة مكانه .

(وفسره في الجامع الصغير) أي محمد فسر حكم هذه المسألة في الجامع الصغير (فقال
إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر معه على إتيانه ، فلم يأت حنث) وإذا
امتنع من الإتيان لعذر مرض أو منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث ، لأنه ليس بمستطيع ،
وإذا امتنع بلا عذر يحنث ، لأنه مستطيع (وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين
الله تعالى) أي استطاعة القضاء والقدر التي يقارن الفعل عند أهل السنة ، وسمي استطاعة
للقضاء لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى وقضائه وقدرته ، فاذا قضى بوجود الفعل أو وجد
قدرة العبد مع ذلك الفعل ولم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة ، لأنها خلقت لأجل ذلك
الفعل انقضى عليه بالوجود فتمت استطاعة القضاء ، فلا يحنث ديانة أبداً ، لأنه في أي
حال لم يفعل هو غير مستطيع حقيقة ، لأنها تسبق الفعل ، ذكره البزدوي في
مبسوطه وجامعه .

(وهذا) أشار به إلى قوله ما قبله (لأن حقيقة الإستطاعة فيما يقارن الفعل) يعني
لا تسبق الفعل وهي عرض يحلفه الله تعالى مع الفعل معاً ، وهي عليه للفعل عندنا وزعمت
المعتزلة أنها سابقة على الفعل وموضع هذا علم الكلام (ويطلق اسم الاستطاعة على سلامة
الآلات وصحة الأسباب في المتعارف) لأن الغالب في كلام الناس هذه الإستطاعة
لا استطاعة الفعل يحمل المطلق على المتعارف ، وهو معنى قوله (فعند الإطلاق ينصرف
اليه) أي إلى المتعارف (ويصح نية الأول) وهو استطاعة الفعل (ديانة) يعني من حيث

لأنه نوى حقيقة كلامه ، ثم قيل يصح قضاء أيضاً لما بينا ، وقيل لا يصح ، لأنه خلاف الظاهر . قال ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة ، فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، ولأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل في الخطر العام . ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر . ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

الديانة ، يعني فيما بينه وبين الله تعالى (لأنه نوى حقيقة كلامه) لأنها مما يطلق على اسم الاستطاعة بالنصوص حتى امتنع عن الإتيان بعذر أو بغير عذر لا يحنث ، أراد في يمينه ، لأن الاستطاعة لم توجد أنها لا تسبق الفعل ، ولكن هل يصدق قضاء فيه اختلاف الرواية أشار إليه بقوله :

(ثم قيل يصح) أي يصح نية الإستطاعة قضاء . قال الشيخ أبو نصر قال الطحاوي يصدق (قضاء أيضاً لما بينا) أراد قوله لأنه نوى حقيقة كلامه (وقيل لا يصح) وهو قول أبي بكر الرازي (لأنه خلاف الظاهر) فيه تحقق له .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه ، فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن) لأن تقديره والله لا تخرجني إلا خروجاً ملصقاً بإذني ، لأن الباء للالصاق يقتضي ملصقاً وملصقاً به (وما وراءه) أي وما وراءه المستثنى (داخل في الخطر العام) لأن اليمين باقية ، لأنه نهاها عن الخروج عاماً بوقوع النكرة في موضع النفي .

(ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر) لكونه مخالفاً لمقتضى الباء (ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث ، لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به ، كما إذا قال حتى آذن لك ، ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إن أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبيدي حر فتركه ثم ضربه ، وهذه تسمى يمين فور .

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث (لوقوع الكفاية بإذن واحد ، واعترض عليه بقوله تعالى ﴿ لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم ﴾ ٥٣ الأحزاب ، وكان مراد الإذن لازماً وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي ، وهو قوله تعالى ﴿ إن ذلكم كان يؤذي النبي ﴾ (لأن هذه) أي قوله إلا أن آذن لك (كلمة غاية) يعني تفيد معنى الغاية ، لأن لأن^(١) موضوع لها ، بل الاستثناء تعذر حمله عليه ، لأن صدر الكلام ليس من جنس الاذن ، حتى يستثني الاذن منه ، فجعل مجازاً عن حق المناسبة بينها ، وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده (فينتهي اليمين به) أي بإذنه (كما إذا قال حتى آذن لك) حيث ترتفع اليمين بالاذن ، لأنه يصير غاية ترتفع به اليمين .

(ولو أرادت المرأة الخروج) أي لو أرادت المرأة الخروج (فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده ، فقال له آخر إن ضربته فعبيدي حر ، فتركه ثم ضربه) لم يمتق ، وكذلك الرجل يقول لآخر إجلس فقم فيقول إن تغديت فعبيدي حر ، ثم أتى أهله في ذلك فتغدى عندهم لم يحنث ، إنما اليمين في ذلك على الفور (وهذه تسمى يمين الفور) أي بين الحال ، وهي كل يمين خرجت جواباً بالكلام أو بناء على أمر يتقيد بذلك ، بدلالة الحال ، ولا يحنث في يمينه استحساناً ، خلافاً لزفر . والقور مصدر فارت للقدر إذا غلبت فاستمير للسرعة ، ثم سميت الحالة

(١) هكذا الجملة في الأصل .

وتفرد أبو حنيفة «رح» بإظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفاً ، ومبنى الأيمان عليه . ولو قال رجل اجلس فتغذ عندي فقال إن تغذيت فعندي حر فخرج فرجع إلى منزله وتغذى لم يحنث ، لأن

التي ليس فيها به فصل ، جاء فلان فخرج من فوره ، أي من ساعته ، وفي الفوائد الظهيرية سميت بهذا الاسم باعتبار ثوران الغضب .

(وتفرد أبو حنيفة «رح» بإظهاره) أي لم يبينه أحد فيه ، وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت ، فاستنبط أبو حنيفة فيها قسماً ثالثاً وهي مطلقة لفظاً وموقفة معنى ، وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما وابن جبير دعياً إلى نصره إنسان فحلفاً أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك لم يحنث وأقر في ذلك العرف ومبنى الأيمان على العرف .

(ووجهه) أي ووجه هذا الكلام (أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة) في قوله إذا أراد رجل ضرب عبده (والخرجة) في قوله إذا خرجت فأنت طالق (عرفاً) يعني من حيث العرف (ومبنى الأيمان عليه) أي على العرف وحاصل الكلام أن قصد الزوج في مسألة الخروج منعها من الخروج الذي شبهت قوله فصار كأنه قال إن خرجت هذه الخرجة فقصدت اليمين بتلك الخرجة ، وكذلك قصده أن يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهبأ له ، فكأنه قال إن ضربت هذه الضربة التي تهبأت لها فتعينت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفاً .

(ولو قال له رجل اجلس فتغذ عندي ، فقال إن تغذيت فعندي حر فخرج فرجع إلى منزله) وفي بعض النسخ فخرج إلى منزله (وتغذى لم يحنث) أي في الاستحسان ، والقياس أن يحنث ، وهو قول زفر والشافعي «رح» لأنه عقد يمينه على مطلق الغد يتناول كل غد ، كما لو قال ابتداء والله لا أقصدى ، ووجه الاستحسان وهو قوله (لأن

كلامه خرج مخرج الجواب ، فينطبق على السؤال ، فينصرف إلى
 الغداء المدعو اليه ، بخلاف ما إذا قال إن تغديت ^(١) اليوم ، لأنه
 زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً ، ومن حلف لا يركب دابة
 فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند
 أبي حنيفة «رح»

كلامه خرج مخرج الجواب) بكلامه (فينطبق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المدعو
 اليه) فصار كأنه قال إن تغديت الغداء الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه إلى ذلك الغد
 بدلاله الحال .

(بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب) لأنه ينصرف
 كلامه إلى الغداء المدعو اليه فلا يتقيد يمينه بذلك ، فلا يجعل في كلامه بانياً على سؤال الرجل
 (فيجعل مبتدئاً) في الكلام محترزاً عن الغاء الزيادة التي تكلم فيها .

فان قيل ليس كذلك بأن الله تعالى قال ﴿ وما تلك بيمينك يا موسى ﴾ ، قال هي عصاي
 أتوكأ عليها وأهش بها على ﴿ ... الآية ١٨ طه ، فقد زاد على قدر الجواب ، ومع ذلك
 جعل مجيباً لا سيدياً . قلنا كلمة ما مستعمل للسؤال على الذات والسؤال عن الصفات ، ولما
 استعمل في حيز السؤال أثبتته على موسى ^{عليه السلام} أن السؤال وقع عن الذات والصفة فجمع
 بينها ليكون مجيباً على كل حال .

(ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم
 يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله) يعني إذا لم ينو ، ولا بد من تقدير هذا لأجل الاستثناء
 الذي يأتي الدابة ما يدب على الأرض لفة ، ولكن المراد من دابة فلان قرسه وحماره وبغله ،
 حق لو ركب بغيره أو بغلته لم يحنث ، والقياس أن يحنث ، لأن اسم الدابة يتناولها
 حقيقة . وفي الاستحسان لا يحنث لعلنا أنه لم يرد الضم في كل ما يدب على الأرض ،

(١) هكذا في الأصل ، يذكرها بإعجام الذال مرة وأخرى باهمالها . اه مصححه .

(٢) هكذا في الأصل .

إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنت ، وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده ، وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنت ما لم ينوه ، لأن الملك فية للمولى ، لكنه يضاف إلى العبد عرفاً ، وكذا شرعاً . قال عليه السلام من باع عبداً وله مال فهو للبائع .. الحديث

وقد عقد يمينه على فعل الركوب ، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب ، والضمم في البغال والحمر مؤيدة قوله تعالى ﴿ والحيل والبغال والحمير لتركبوها ﴾ ٨ النحل ، فمر بالركوب فيها وفي الأنعام بالأكل بقوله ﴿ والأنعام خلقها لكم ﴾ ... الآية ، والقيط والبقر ، وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله أن البقر والجاموس يركب أيضاً في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل لا تتركب دابة فلان البقرة إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع عليه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه ، ولو نوى الحيل وحدها لا يصدق لا قضاء ولا ديانة ، لأن في لفظه لفظ الركوب لا المركب وبنيته يصح في اللفظ لا فيما لفظه التخصيص .

(إلا أنه) أشار من يقدر غير ملفوظ ، وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنت ، يعني إذا لم ينو يعني لا يحنت بركوب دابة العبد المأذون ، سواء كان عليه دين أو لم يكن إذا لم ينو ، إلا أنه (إذا كان عليه دين مستغرق) بكسر الراء (لا يحنت وإن نوى) واصل بما قبله ، أي وإن نوى ركوب العبد (لأنه لا ملك للمولى فيه) أي في العبد الذي استغرق دين كسبه (عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنت ما لم ينوه) فإذا نواه حنت (لأن الملك فيه للمولى ، لكنه مضاف إلى العبد عرفاً) أي من حيث العرف ، حيث يقال دابة عبد فلان (وكذا) أي وكذا يضاف إلى العبد (شرعاً) أي من حيث الشرع ، واستدل عليه بقوله (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (من باع عبداً وله مال فهو للبائع الحديث) قال الأترابي كذا ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير . وقال الكافي

فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف «رح»
في الوجوه كلها يعنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد «رح»
يعنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك ، إذ الدين لا يمنع
وقوعه للسيد عندهما

وتامه فما له لمولاه . وفي بعض الروايات فهو لبائعه . قلت هذا الحديث أخرجه الأئمة
الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنها قال قال رسول الله ﷺ
من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا فثمره للبائع إلا أن
يشترط المبتاع (فتختل الإضافة إلى المولى) لانه يضاف إلى المولى (فلا بد من النية)
ويضاف إلى العبد أيضاً ولا يدخل تحت مطلق الأضافة إلا بالنية .

(وقال أبو يوسف في الوجوه كلها) أي فيما إذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين
مستغرق أو غير مستغرق (يعنث إذا نواه لاختلال الإضافة) أي إضافة الدابة قارة إلى
المولى وقارة إلى العبد كما ذكرنا .

(وقال محمد «رح» يعنث) أي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين أولاً، وسواء
كان الدين مستغرقاً أو لم يكن ، وسواء نوى أو لم ينو ، لأن دابة بموك له ، فوجب أن
يعنث ، لأن العبد وما في يده لمولاه (وإن لم ينو) وأصل بما قبله (لاعتبار حقيقة الملك)
يعني للمولى (إذ الدين لا يمنع وقوعه) أي وقوع الملك (للسيد عندهما) أي عند أبي
يوسف ومحمد ، ويقول قال مالك والشافعي «رح» وأحمد ، ولو ركب دابة مكاتبه
لا يعنث في قولهم جميعاً . ولو قال أعتقت عبدي وله عبد فهو على هذا الخلاف .

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ،

(باب اليمين في الاكل والشرب)

أي هذا باب في بيان حكم ما إذا حلف لا يأكل أو لا يشرب لما ذكر أول حاجة الإنسان ، وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج اليه في البقاء وهو الأكل والشرب ، والأصل أن الأكل إيصال شيء إلى جوفه مما يتأتى فيه المضغ والهشم مهشوماً ممضوغاً أو غير ممضوغ ، والشرب إيصال شيء إلى جوفه مما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ والذوق عبارة عن معرفة الشيء من غير إحالة عينه أن الحقيقة تترك بدلالة حالة المتكلم كما في يمين القور ، وبدلالة محل الكلام ، وبدلالة اللفظ في نفسه ، وبدلالة العادة . وذكر الزندوسي الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والخلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الخلق . والابتلاع عبارة عن عمل الخلق دون الشفاه . والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة ، فملى هذا لو حلف لا يأكل شيئاً فابتلع ما فيه لا يحنت لكن ذكر في فتاوى أبي الليث مسألة تدل على الحنت ، ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغ ويرمي تفله ويبلع ماء لم يحنت ، لأن هذا يسمى مصاً لا أكلاً ولا شرباً .

والحاصل أن الذي يصل إلى جوف الإنسان أربعة أوجه ما كور ومشروب ومضوغ وملعوق ، فذكرت الثلاثة الأول وبقي اللعوق ، وهو ما يتناوله باللسان بالأصبع والشفاه ، ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لم يحنت إذا ثرد فيه . ولو حلف لا يثرد فيه فأكله لا يحنت ، قالوا هذا إذا كانت اليمين بالعربية ، أما إذا كانت بالفارسية فأكل أو شرب يحنت ، وعليه الفتوى ، كذا في الوجيز وفتاوى قاضي خان .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) أي اليمين

لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه ، وهو
التمر ، لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه ، لكن الشرط أن لا يتغير
بصبغة جديدة حتى لا يحنث بالنييد والخل واللبس المطبوع وإن
حلف أن لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث ،

على ثمرها بالثناء المثلثة ، حتى لو كانت لا ثمرة لها يقع على ثمنها ، ذكر في الفوائد الحميدية في
فتاوى الولوجي إذا أكل عين النخلة لا يحنث وإن نوى (لأنه أضاف اليمين إلى ما لا
يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو التمر ، لأنه سبب له) الضمير في منه وفي لأنه يرجع
إلى ما في قوله إلى ما يؤكل وهو عبارة عن النخلة ، لأن النخلة لما كانت سبباً لا يخرج منها
(فيصلح مجازاً عنه) الضمير في عنه يرجع إليها فيما يخرج ، وكونه مجازاً بطريق إطلاق
اسم السبب على المسبب .

(لكن الشرط أن لا يتعين) أي ثمر النخلة ، بصبغة جديدة ، حتى لا يحنث بالنييد
أي بالنييد الذي يعمل من ثمرها (والخل) أي وكذا لا يحنث بالخل الذي يفعل منه
(واللبس المطبوع) أي وكذا لا يحنث باللبس المطبوع منه ، لأن ما صنع من ذلك الثمر
من الأشياء المذكورة ليس بتمر ، كما إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من الزبيب
أو عصيره لا يحنث ، وإنما قيد اللبس بالمطبوع احترازاً عما إذا أطلق اللبس على ما يصير
من الرطب وغيره ، ذكر في الذخيرة ، وفي الجمل اللبس عصارة الرطب .

(وإن حلف لا يأكل من هذا البسر) فهو على ما يخرج منه ، وهو حصرمه وعنبه
وزبيبه ودبسه ، أي عصيره . ولو أكل من خل من ذلك لم يذكر محمد في الجامع الكبير .
وقال البستاني في شرح الجامع الكبير ينبغي أن لا يحنث ، لأنه لا يخرج من النخل والكرم
كذلك ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث . وإن حلف لا يأكل من هذا البسر قال
الجوهري البسر أوله طلع ثم حلال ثم ملح بسر ثم رطب ثم تمر ، والواحدة بسرة (فصار
رطباً فأكله لم يحنث) لأن اليمين إذا تعلقت باسم تبقى ببقاء ذلك الاسم ، وتزول بزواله
عليها ما يبقى .

وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار الرطب تمراً
أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث ، لأن صفة البسورة والرطوبة داعية
إلى اليمين ، وكذا كونه لبناً فيتقيد به ، ولأن اللبن مأكول فلا
ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه ، بخلاف ما إذا حلف لا يتكلم هذا
الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ ،

(وكذا) أي وكذا لم يحنث (إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن
فصار الرطب تمراً واللبن شيرازاً لم يحنث) أي أو صار اللبن شيرازاً بكسر الشين المعجمة
وسكون الياء آخر الحروف وبالراء بعدها الألف في آخره راء ، وهو اللبن الرائب ، أي
الحائر إذا استخرج تائه ، قاله الأترابي . وقال الكافي مثله ، إلا أنه قال بعده حتى صار
الصغير أط كالفالودج الحائر ، ولم يذكره الجوهري ، ويفهم من كلام صاحب المغرب أنه
فارسي وليس بعربي ، وهذا التفسير الذي ذكر يقال له في لغة البلوين - قيرس - وهو
الجن ، يجعل في خرقة ويمقد رأسها ويعلق عليه وتد ويتقاطر منه الماء الذي فيه جميعه
ويصير كالفالودج .

(لأن صفة البسورة والرطوبة) وهي كونها بساً ، أو الرطوبة وهي كونها رطباً
(داعية إلى اليمين) فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه ، وللقاعدة في هذا أن اليمين إذا انعقدت
على بين كان موصوفاً ندعو ذلك الوصف إلى اليمين فتنعقد اليمين تبعاً لذلك الوصف فيتناول
منزلة الاسم ، فلذلك لا يحنث في الصورة المذكورة .

(وكذا كونه لبناً) داع إلى اليمين (فيتقيد به) أي باللبن حتى لا يحنث بأكل شيرازة
وقال الشافعي « رح » يحنث وتوقفه فيه بعض أصحابه (ولأن اللبن مأكول فلا تنصرف
اليمين إلى ما يتخذ منه) أي من اللبن مثل زبدة وشرازة ، لأن ما عقد عليه اليمين عنه
توكل فلم ينصرف إلى ما يتخذ منه ، أي من اللبن (بخلاف ما إذا حلف) جواب عما يقال
فعلى ما ذكرتم إذا حلف (لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب ، فكلمه بعدما شاخ)
ينبغي أن لا يحنث ، لأن الصبامظنة الشفقة والشباب شعبة من الجنون ، فكانا وصفين

لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه ، فلا يعتبر الداعي داعياً في الشرع . ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش . قال ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً

داعين إلى اليمين ، وقد زال عند الشيخوخة ، فكان الواجب أن لا يحنث . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا حلف أى الحالف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه أى فكلم الصبي أو الشاب بعدما صار شيخاً حنث .

(لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه) قال النبي ﷺ من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ، وترك الرحم للصغير وترك التوقير للكبير من أعظم الهجران (فلا يعتبر الداعي) يعني إلى هذا اليمين (داعياً في الشرع) لأن المهجور شرعاً كالمهجور عادة ، فامتددت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة ، فيحنث في يمينه . واعترض على دليل الكتب بأن سلمنا أن هجران المسلم حرام ، لكن الحرام يقع مخلوقاً عليه ، كما لو قال والله ليشرين الحمر خراً . وأجيب بأن الكلام في الحقيقة يجوز أن يترك هجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حلالاً من المسلم على الصلاح . وأما أن ينمقد اليمين على الحرام المحض فلا كلام فيه .

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) بفتح الحاء المهملة والميم ، وهو ولد الضأنية في السنة الأولى ، والجمع حلالن (فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه) أى عين الحمل (أكثر امتناعاً عن لحم الكبش) فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل .

(قال) أى القدورى (ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً أو بسراً فأكل مذنباً)

حنث عند أبي حنيفة « رح ». وقالوا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ، لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه ، فيكون أكله أكل البسر والرطب ، وكل واحد مقصود في الأكل

يكره النون ، وهو ما يبدأ الأرباط من قبل ذنبه ، وتفسيره البسر المذنب هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب من قبل ذنبه (حنث عند أبي حنيفة رضي الله عنه) ذكر المصنف أبا حنيفة وحده . وذكر في الإيضاح والمبسوط والأسرار وشروح الجامعين قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث . وفي النهاية والله أعلم بصحته . وفي الكافي هكذا ذكر في الهداية ، والنسخ المعتبرة تشهد بأنه مع أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد .

(وقالوا) أبو يوسف ومحمد ، وبه قال الأصطخري وأبو علي من أصحاب الشافعي « رح » (لا يحنث في الرطب ، يعني بالبسر المذنب ، ولا في البسر بالرطب المذنب) أي ولا يحنث في قوله لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً (لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء) يعني لو حلف لا يشتري رطباً فاشترى بسراً مذنباً لا يحنث .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه) وهو ما يكون في ذنبه قليل رطب (فيكون أكله) أي أكل كل واحد من الرطب المذنب والبسر المذنب (أكل البسر والرطب) فيحنث في صورتين ، وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوب ، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق ، وعلل المصنف بقوله (وكل واحد مقصود في الأكل) لأن الأكل فصل حسن ، وهو المضغ والابتلاع ، وكل جزء مقصود بالأكل ، لأنه إنما يأكل شيئاً فشيئاً فتحقق أكل

بخلاف الشراء ، لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير . ولو
حلف لا يشتري رطباً فاشترى كياسة بسر فيها رطب لا يحنت ، لان
الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع . ولو كانت اليمين على الاكل
يحنت ، لان الاكل يصادفه شيئاً فشيئاً ، فكان

البسر والرطب من الحالف فيحنت (بخلاف الشراء) لأن كل جزء غير مقصود بالشراء (لأنه)
أى لأن اليمين (يصادف الجملة) يعني يضاف إلى الجملة (فيتبع القليل فيه الكثير) لأن
المغلوب يكون تبعاً للغالب .

فإن قلت يشكل إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء غلب اللبن لا يحنت
ولا شرب الحلوف عليه وزيادة . قلت إن اللبن بانصباب الماء فيه يتسع في جميع أجزاء
الماء ، فيصير مشتبهاً ، ولهذا لا ترى مكانه بخلاف ما نحن فيه ، لأنه يرى مكانه وكان
قائماً زمان التناول .

فإن قلت بلى ، ولكن الحنت إلا بالضعف والابتلاع ، وعند ذلك يصير مستهلكاً ،
وصار هذا بمنزلة ما لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة إن أكل حبة
يحنت ، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنت ، لأنها إذ ذاك تصير مستهلكة
قلت يعني الإستهلاك فيما ذكرت من النظير أظهر وأبين لأنه إذ ذاك لا يحنت من طعم الحنطة
شيئاً في حلقه ، بخلاف ما إذا أكل مذنباً أو رطباً مذنباً ، لأنه يجد في حلقه شيئاً من
خوصة البسر وحلاوة الرطب .

قال أي محمد وليس في كثير من النسخ لفظه قال (ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى
كياسة بسر) بكسر الكاف وهو الفتو والفتا أيضاً . وقال لعمود القذف وهو عومة
الكباسة المرجون والاهان ، كذا ذكر أبو عبيد في غريب المصنف (فيها) أي في
الكباسة (رطب لا يحنت ، لأن الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع) للغالب ، وهذه
المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة ، وهو ظاهر .

(ولو كانت اليمين على الأكل يحنت) بأن حلف لا يأكل رطباً فأكله من كياسة بر
فيها رطب يحنت (لأن الأكل يصادفه) أي يصادف الرطب (شيئاً فشيئاً ، فكان

كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله
 فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء
 لما قلنا قال ولو حلف لا يأكل لحماً فاكل لحم السمك لا يحنث ،
 والقياس أن يحنث ، لأنه يسمى لحماً في القرآن وجه الاستحسان أن
 التسمية مجازية ، لان اللحم منشأه من الدم ،

كل واحد منها) أى من الرطب والبسر (مقصوداً ، فصار حكمه كما إذا حلف لا يشتري
 شعيراً أو لا يأكله) أى لو حلف لا يأكل شعيراً (فاشترى حنطة فيها حبات شعيراً فاكلها
 يحنث في الأكل دون الشراء) أى لا يحنث في الشراء (لما قلنا) وهو أن الشراء يصادف
 الجملة ، والأكل يصادفه شيئاً فشيئاً . ولو عقد اليمين على اللبر يحنث في الوجوه كلها ،
 لأن الحقيقة تركب في الأمر للعرف ، ولا عرف للبر ، فتمتعير الحقيقة ، بخلاف القطن
 والكتان ، بأنه لو حلف لا يمس قطناً أو كتاناً فمس ثوباً اتخذ من قطن أو كتان
 لا يحنث فيهما .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يأكل لحماً فاكل لحم السمك لا يحنث)
 وهو ظاهر مذهب الشافعي وأحمد (والقياس أن يحنث) وهو قول مالك وأحمد في
 رواية وبعض أصحاب الشافعي (لأنه يسمى لحماً في القرآن) قال الله تعالى ﴿ ومن كل
 ثأكلون لحماً طرياً ﴾ ١٢ فاطر ، والمراد منه لحم السمك بالفعل . وقال في شرح الطحاوى
 وروى عن أبي يوسف أنه قال يحنث .

(وجه الاستحسان أن التسمية) أى تسمية لحم السمك (مجازية) أى بطريق المجاز
 (لأن اللحم منشأه من الدم) ولحم السمك لا ينشأ من الدم ، إذ للدموي لا يسكن الماء
 ولا يباح عن مطلقة بدلالة الألفاظ ، ومبنى الأيمان على العرف لا على الفاظ القرآن ،
 ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافرراً لا يحنث بالإجماع ، وإن سماه في القرآن دابة ،
 والعرف معنا ، لأنه لا يسمى بأتمه لحماً ولا مستعمل استعمل اللحوم في المباحات ، إلا أن
 ينوي فعينهذ يعتبر ، لأنه لحم من وجه فيه تشديد عليه . ولو حلف لا يجلس على الوتد

ولادم فيه لسكونه في الماء ، وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان
يحنت ، لانه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد يعقد للمنع
من الحرام ،

فجلس على الجبل لا يحنت ، وإن كان قال الله تعالى ﴿ والجبال أوتادا ﴾ ٧ النبأ ، لأن
اللحم منشأه من الدم (ولا دم فيه لسكونه في الماء) لأن بين الدم والماء منافاة في طبيعتها .
فإن قلت الدم موجود في السمك . قلت دم ضعيف ، لأن الدم إذا شمس اسود (١) ، ودم
السمك ليس كذلك .

(وإن أكل لحم خنزير أو إنسان) أي أو لحم إنسان (يحنت) وبه قال مالك وأحمد
والشافعي « رح » في قول (لأنه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد يعقد للمنع من
الحرام) والحرام لا يمنع انعقاد اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شراباً فشرب الخمر
يحنت . واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناف وجوبها بما هو حرام محض
وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض ، فكيف يتعلق وجوبه . وأجيب بأن هذه
مغالطة ، لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمر
مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك ، هذا الذي ذكره الأكل رحمه الله .

وقال الأترابي فإن قلت قد ثبت قبل هذا أن مبنى الأيمان على العرف ولا سبق
أوهام الناس من لفظ اللحم أنه لحم الخنزير والإنسان ، فينبغي أن لا يحنت . قلت أن
الناظر لو ينظر إلى لحم الخنزير أو الإنسان سماه لحماً على الإطلاق ، بخلاف لحم السمك ،
فإنه لا يسمى لحماً على الإطلاق ، فظهر الفرق . وقال الكافي ولا يقال الكفارة فيها معنى
العبادة ، فكيف يجب بالحرام المحض ، لأننا نقول الحسل والحرمة يراعى في السبب لا في
الشرط ، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث ، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث
ليكون اليمين موصوفاً بالإباحة والخطر . وأصل اليمين مباح ، والحنث حرام ، كذا قيل .
وقال الشافعي في وجه لا يحنت ، وبه قال أشهب المالكي ، لأن اليمين يقع على العادة ،

(١) في الأصل - أسعد - وربما الصحيح ما ذكرناه ، اه مصححه .

وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً لأنه لحم حقيقي ، فإن نموه من الدم
ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنت ، لأنه
لا يعد لحماً

وهذا قال الزاهد العتايي من أصحابنا ، فلا يحنت ، وعليه الفتوى ، ذكره في الكافي .
وقال الأترابي قال الإمام السفناقي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي ، قيل
الحالف إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنت لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على
العرف ، ثم قال وهو الصحيح .

(وكذا) أي وكذا يحنت (إذا أكل كبداً أو كرشاً) فيما إذا حلف لا يأكل لحماً
(لأنه لحم حقيقة) أي لأن كل واحد من الكبد والكرش لحم حقيقة ، وفيه نظر لا يخفى
(فإن نموه) بضم النون والميم وتشديد الواو المفتوحة ، وهو مصدر نما ينمو نماه الله ، إنما
قال الجواهري نما المال وغيره يتما نما وربما قالوا ينمونوا . وقال الكسائي لم أسمعه بالواو ،
وحكى أبو عبيدة من ينمو وسمى (من الدم ويستعمل استعمال اللحم) وفيه نظر أيضاً .
(وقيل في عرفنا لا يحنت ، لأنه لا يعد لحماً) ينبغي أن يكون هذا صحيحاً . قال في
خلاصة الفتاوى ولو أكل شيئاً من البطون كاللبن والطحال يحنت ، هذا في عرف أهل
الكوفة ، وفي عرفنا لا يحنت ، وكذا قال صاحب المحيط في عرفنا لا يحنت ، لأنه لا يعد
لحماً ولا يستعمل استعمال اللحوم ، قلت هذا ظاهر ، فلا يقال لبياح الكبود لحماً ولا لبياح
الكروش لحماً ولا يستعملان في الطباخ موضع اللحم . وفي المحيط لو أكل اللحم التي قيل
يحنت ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقيل لا يحنت ، وبه قال مالك . ولو أكل الرأس
والأكراع يحنت ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في رواية ، وبأكل القلب
يحنت عندنا ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، ولهذا قال عليه السلام أنه في الجسد مضغة
والمضغة القطعة من اللحم . وقال الشافعي « رح » في الأصح لا يحنت وبأكل الشحم والإلية
لا يحنت إلا إذا نوى في اليمين باللحم ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد وبأكل
شحم الظهر يحنت ، وبه قال الشافعي في الأصح ومالك في وجه لا يحنت ، وبه قال أحمد

قال ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم
البطن عند أبي حنيفة « رح » . وقالوا يحنث في شحم الظهر أيضاً ،
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار ،
وله أنه لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ، ويستعمل استعماله
ويحصل به قوته . ولهذا يحنث بأكمله في اليمين على أكل اللحم
ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

لأنه يعرف باسم آخر ، قال الله تعالى ﴿ حرمتنا عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورهما ﴾
١٤٦ الأنعام .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث
إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة رضي الله عنه) حتى لو أكل كل شحم وهو الذي خالطه
لحم لم يحنث عنده ، وهو الصحيح . وقال الطحاوي رحمه الله قول محمد مثل قول أبي حنيفة
« رح » ، ويقول أبي حنيفة قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (يحنث في شحم الظهر أيضاً ، وهو اللحم السمين) وبه قال
الشافعي « رح » في وجه واحد في رواية (لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب
بالنار) ويصلح لما يصلح له شحم البطن ، وكان كشحم البطن ، ألا ترى أنه تعالى
استثنى شحم الظهر بقوله ﴿ إلا ما حملت ظهورهما ﴾ والأصل أن المستثنى أن يكون
من خبر المستثنى عنه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي شحم الظهر (لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من
الدم ويستعمل استعماله) استعمال اللحم في الحافية اتخاذاً تصلها العلايا (ويحصل به قوته)
أي ويحصل بشحم الظهر قوة اللحم ومرقه يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحماً مطلقاً ، فلا
يحنث آكله (ولهذا يحنث بأكله) أي بأكل شحم الظهر (في اليمين على أكل اللحم ولا
يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم) قال تاج الشريعة متى عقد يمينه على الشراء ذكر

وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم - يه - بالفارسية لا يقع على شحم
الظهر بحال لو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى
إليه وأكلها لم يحنث ، لأنه

شمس الأئمة السرخسي لأنه لا يحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق ، والخلاف فيما إذا لم ينو .
وفي الذخيرة والصحيح قول أبي حنيفة . وفي الكافي فصارت الشحوم أربعة ، شحم الظهر ،
وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظلة الأماء ، وشحم البطن . وفي شحم البطن يحنث
بالاتفاق ، والثلاثة على الاختلاف . ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق . وقيل
هو على الخلاف أيضاً .

وفي جامع قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف ، قيل محل الخلاف في اللحم
السمين على الظهر . وقيل في الشحم المتصل من داخل ، فإن كان الخلاف في اللحم السمين
فكلام أبي حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكل منهما أظهر .
وقال الإمام أبو حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر ، فكلاهما أظهر .
وقال الامام السرخسي لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعاً ، أما الاستثناء فمقطع
بدليل استثناء الحوايا بقوله ﴿ أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ﴾ ، ولو قيل المراد ما حملته
الحوايا . قلنا ذلك إخبار وهو خلاف الأصل ، والانتقاع في الاستثناء ، وإن كان خلاف
الأصل لكنه ثبت بالدليل ، وهو قوله ﴿ أو ما اختلط بعظم ﴾ لأن أحداً لم يقل بأن مخ
العظم شحم ، كذا في جامع السرخسي رحمه الله .

(قيل هذا بالعربية) أي هذا الاختلاف إذا قاله بالعربية . وقال في المحيط هذا
الاختلاف في عرفهم (فأما اسم - يه -) بكسر الباء الفارسية وسكون الياء آخر
الحروف والهاء (بالفارسية) أي باللغة الفارسية (لا يقع على شحم الظهر بحال) يعني
أصلاً لعدم العرف ، وإذا حلف لا يأكل أكلاً ينبغي أن يقع على شحم الظهر والبطن
والإلية جميعاً . وفي بعض النسخ جعل هذا من المنفى وليس بصحيح .

(ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى إليه وأكلها لم يحنث لأنه)

نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم . ومن حلف
لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها . ولو أكل من
خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالوا إن أكل من خبزها
حنث أيضاً ، لأنه مفهوم منه عرفاً . ولأبي حنيفة « رح » أن
له حقيقة مستعملة

أي لأن الالية دبر الضمير على تأويل المذكور (نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم
والشحوم) وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » . وقال بعض أصحابه وهو شحم
فيحنث يمين الشحم لا اللحم ، وبه قال أحمد ولو حلف لا يأكل لحم شاة ، فأكل لحم
غيره يحنث . وذكر أبو الليث أنه لا يحنث ، سواء كان الحالف مصرياً أو قروياً ، وعليه
الفتوى . حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم جاموس لم يحنث .

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) القضم الأكل بأطراف
الأسنان . وفي الكافي ولا نية له فأكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند أبي حنيفة ، وكذا
من دقيقها حتى يقضمها ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك (ولو أكل من خبزها)
أي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها (لم يحنث ، وهذا) أي عدم الحنث (عند
أبي حنيفة « رح ») .

(وقالوا) أي أبي يوسف ومحمد (إن أكل من خبزها حنث أيضاً) وبه قال أحمد
ومالك في رواية (لأنه مفهوم منه عرفاً) أي لأن أكل الخبز مفهوم منه في العرف وأياً كل
سويقها يحنث عند محمد ، ولا يحنث عند أبي حنيفة . ولو قضمها يحنث عند الكل إلا
عند أحمد ، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة ، لأنه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة
ينبغي أن يكون جوابه كجوابها ، ذكره شيخ الاسلام في إيمان الأصل . ثم هذا
الخلافاً فيما إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى قيمته على ما نوى بالاتفاق ، ذكره
في المبسوط والذخيرة .

(ولأبي حنيفة « رح » أن له) أي لقوله لا يأكل من هذه الحنطة (حقيقة مستعملة)

فإنها تغلي وتقل وتؤكل قضمًا ، وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح ،
لعموم المجاز ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان ، واليه الإشارة
بقوله في الخبز حنث أيضاً . قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق
فأكل من خبزه حنث ، لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذه منه ،

بين الناس ، وأوضحها بقوله (فانها) أي فان الحنطة (تغلي) بالعين المعجمة على صيغة
الجهول من الغليان ، يقال غليت القدرة يغلي وغليانا ، ولا يقال غليت وغلا في الأمر
يقول غلوا ، أي جاوز فيه الحد وعليه الشعر غلا (وتقل وتؤكل قضمًا) على صيغة
الجهول أيضاً بالعارف من القلي ، يقال قليت السويق واللحم فهو مغلي ، وقلوت فهو لفة ،
والرجل قلا بالتشديد والمد (وهي قاضية) أي الحقيقة المستعملة حاكمة (على المجاز
المتعارف) بين الناس (على ما هو الأصل عنده) أي عند أبي حنيفة . والأصل في المسألة
أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة المجاز متعارف ، فعند أبي حنيفة العمل بالحقيقة
المستعملة أولى ، وعندهما العمل بعدم المجاز .

(ولو قضمها يحنث عندهما ، وهو الصحيح) احترز به عن رواية أخرى عنهما ،
وهي أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث ، والأصح أنه يحنث عندهما . وفي رواية الجامع
ورجحها شمس الأئمة في مبسوطه وقاضي خان في جامعهم . ورجح في الذخيرة والفوائد
الظهيرية عدم الحنث . وفي الذخيرة حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل ماخرج
منها لا يحنث (لعموم المجاز) وقد مر أن العمل به أولى عندهما (كما إذا حلف لا يضع
قدمه في دار فلان) يحنث إذا دخلها حافياً أو راكباً (واليه الإشارة) أي وإلى عموم
المجاز الإشارة (بقوله في الخبز حنث أيضاً) لأنه مفهوم منه عرفاً .

(قال) أي القدوري (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث ، لأن
عينه) أي عين الدقيق (غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذه منه) وهو الخبز ، وكذا إذا
أكل عصيراً ، وبه قال مالك وأحمد في شرح الأقطع . قال الشافعي « رح » إن أكل من

ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مراداً . ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعير ، لأنه هو المعتاد في غالب البلدان . ولو أكل من خبز القطنف لا يحنث ، لأنه لا يسمى خبزاً مطلقاً ، إلا إذا نواه ، لأنه محتمل كلامه . وكذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث ، لأنه غير معتاد عندهم ، حتى لو كان

خبزه لم يحنث ، وإن استفه حنث (ولو استفه كما هو) من سفه الدواء سفه واستفا إسفافاً إذا قجمه . قال الأترابي وقال الكافي اسفاً المنسوب بفتح السين ، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون . وقيل السفوف دواء يوضع عليه الكف ويؤكل من غيره مضغ (لا يحنث) وبه قال أحمد (هو الصحيح) احترازاً عن قول بعض مشايخنا أنه يحنث ، وبه قال الشافعي . ولو نوى الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز بالاجماع ، لانه نوى حقيقة كلامه . والاصح أنه لا يحنث بعين الرقيق بغير نيته ، لان هذه حقيقة (لتعين المجاز مراداً) من حيث المراد .

(ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعير ، لانه هو المعتاد في غالب البلدان) وقال الشافعي يحنث بأي خبز كان ، ولم يفرق بين جنس وجنس ، وبه قال مالك لاعتبار الحقيقة . وفي شرح الوجيز هو المذهب . وقال الكافي وما ذكر في الوجيز ولم يحنث بخبز الارز إلا بطوشاق يخالف ذلك واجبه فله فيه إمام الحرمين رحمه الله .

(ولو أكل من خبز القطنف لا يحنث ، لانه لا يسمى خبزاً مطلقاً إلا إذا نواه ، لانه محتمل كلامه) فيحنث حينئذ قال بعد أن قال القטיפه دثار نخمل ، والجمع قطنف ، ومنه القطنف التي تؤكل (وكذا) أي وكذبيك الحكم (إذا أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث ، لانه غير معتاد عندهم) أي عند أهل العراق ، والعراق على صفتين رجله مثل بلاد مصر على صفتين النيل ودورهما نحو مسافة شهرين (حتى لو كان) أي الحالف

بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنت

(بطبرستان أو في بلدة) أي ببلدة من بلاد طبرستان (طعامهم ذلك) أي خبز الارز (يحنت) وقال الاترازي طبرستان اسم ايد ، وأعمالها معرب من طبرستان ، لأن أهلها يعاربون بالفاس ، ثم قال هكذا قال بعضهم . ولنا فيه نظر .

قال النسفي في كتب أدب الكتاب في باب ما يغير من أسماء البلاد ، وأن طبرستان بالفارسية معناه أخذه بالفاس ، كأنه لم يوصل اليه حتى قطع شجرة . وقال الكاكي وطبرستان أيد ، وبلادها سرسان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بها معنى الناس معرب . وقيل طبرستان والنسبة اليها طبري . وقال الأكل وهي أهل دهاء ، وأصلها طبرستان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بالتبر ، وهو الفاس ، فعرّبوه إلى طبرستان . قلت طبرستان لأن أصلها اسم إقليم من الأقاليم العراقية ، وهي شرقي كملان ، وسميت ذلك لأن طبر بالفارسية الفاس ، واستان الفاجة ، ومن كثرة اشباك أشجارها لا يذهب فيها الجيش إلا بعد أن يقطع الأشجار من بين أيديهم بالطبر ، فسميت بذلك طبرستان ، أي فاحبة الطبر ، وقد ذكرنا بلادنا في التاريخ الكبير ، وإنما يقال في النسبة اليها الطبري ، ليكون للفرق بينها وبين النسبة إلى طبرية الشام ، فإن النسبة اليها طبراني .

وفي الذخيرة حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له فأكل كلية أو جوزنيغا أو نواله بزيدة . قال محمد بن سلمة «رح» لا يحنت في الوجوه كلها ، لأنها لا يسمى خبزاً مطلقاً . وقال أبو الليث لو أكل كلية أو النواله المقطوعة يحنت ، لأنها الكلية حقيقة وعرفاً ، واختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان ، فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم . وأما النواله فخبز ، لأن لها لا يجعله شيئاً آخر ولا يحنت بأكل الجزر ، لأنه لا يسمى خبزاً ، بل يسمى قطائف ، فيسمى خبزاً مقيداً ، يقال خبز الجوزبيخ ، كما يقال بالفارسية ، لأنه لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقه ثم شربه لم يحنت . وبه قال الشافعي «رح» ، لأنه ليس بأكل ، بل هو شرب ، وهو الحيلة فيما لو قال إن أكلت هذه الخبزة فامرأته طالق ، فينبغي أن يدقها ويلقيها في عصيدة ثم يأكلها ويطيخ حتى يصير الخبز هالكا فيأكل للعصيدة ، ولا يحنت . وفي المحيط لو أكله مبلولاً حنت .

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر،
لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق ، إلا أن ينوي
ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة . وإن حلف لا يأكل
الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ، وهذا استحسان اعتباراً
للعرف ، وهذا لأن التعميم متعذر ، فيصرف إلى خاص
متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء ، إلا إذا نوى غير ذلك ،
لأن فيه تشديداً .

(ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) أي المشويات ،
وكذلك البيض المشوي (لأنه يراد به اللحم المشوي عند الإطلاق) يعني ذكر اللحم
مطلقاً (إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره) كاللفت والباذنجان ، هو القياس ، وبه
أخذ الشافعي « رح » ومالك ، فيحنت عندهما بكل مشوي بلانية ، ويقولنا قال أحمد
« رح » (لمكان الحقيقة) أي لمكان حقيقة كلامه ، وفيه تشديد على نفسه .

(وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) هذا لفظ القديري في
مختصره . وقال صاحب الهداية (فهذا استحسان اعتباراً للعرف) وفي المبسوط القياس
أن يحنت في اللحم وغيره مما يطبخ والأخذ بالقياس ما هنا تفجش ، فإن المسهل من الدواء
مطبوخ ، ونحن نعلم أنه لم يرد به ذلك ، فحملنا على أخص الخصوص ، وهو اللحم ، ولا
يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ أكل الطبيخ ، وإن كان طبخاً في الحقيقة ، فلما كان كذلك
حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن التعميم متعذر) لأنه لا يمكن إجراءه على العموم
(فيصرف إلى خاص متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء) احتراز به عن تقليد اليابسة ،
لأنها لا تسمى مطبوخة (إلا إذا نوى غير ذلك) فيصدق (لأن فيه تشديد) على نفسه ،
وقد نوى حقيقة كلامه .

وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ، ولأنه يسمى طيخاً . ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التناير ، ويباع في المصر ويقال يكنس ، وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة «رح» . قال أبو يوسف ومحمد «رح» وعلى الغنم خاصة ، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما ، وفي زمنهما في الغنم خاصة ،

(وإن أكل من مرقه) أي من مرق اللحم المطبوخ بالماء (يحنث لما فيه من أجزاء اللحم) وهي ما يذوب منه (ولأنه) أي ولأن مرق اللحم المطبوخ . ولو طبخ (يسمى طيخاً) عرفاً . وقال الكاكي ولو طبخ أرزاً وعدساً بودك فهو طيخ وشمين لا .
(ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التناير) أي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جب قميصه إذا أدخله ، كذا في المغرب ومادته كاف وباء موحدة وسين مهملة ، ويقال كس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كس الطير في مكناس إذا دخل فيه ، والأول هو الصحيح (ويباع في المصر ويقال يكنس) في الأسواق (وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة «رح») .

(وقالوا) أي وقال أبو يوسف «رح» ومحمد (يقع على الغنم خاصة) وقال فخر الإسلام والقياس أن يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه . وفي الاستحسان يقع على المتعارف (وهذا) أي هذا الاختلاف بين أبي حنيفة «رح» وصاحبيه (اختلاف عصر وزمان) لاختلاف حجة وبرهان (كان العرف في زمنه فيهما) أي في زمن أبي حنيفة «رح» في البقر والغنم ، فأفق بوقوع اليمين على رؤوسها (وفي زمنها) أي وفي زمن أبي يوسف ومحمد «رح» كان (في الغنم خاصة) فأفتيا بوقوع اليمين عليها لا غير . وقال صاحب

وفي زماننا يفتي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر .

المختلف أجمعوا على أنه لا يقع على رأس الجزور لعدم العرف إلا رواية عن أبي حنيفة . ولا على رؤوس الطير إلا أن ينويها .

وقال المصنف (وفي زماننا يفتي على حسب العادة) أي على اعتبار العرف والعادة (كما هو المذكور في المختصر) أي مختصر القدوري ، وعليه الفتوى ، إذ العرف الظاهر أصل من مسائل الإيمان . وعند الشافعي « رح » يمينه على ما يباع منفرداً ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم . فإن كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد منفرداً حنث بأكملها ، وإن كان في بلد لا يباع فيه فقد قيل لا يحنث . وقيل يحنث وعند مالك « رح » تقع يمينه على رأس كل حيوان من الغنم والصيد والطيور والحيتان ، وبه قال أحمد « رح » لعموم الاسم فيه حقيقة وعرفاً . وعند الشهب المالكي « رح » لا يحنث إلا برؤوس الأنعام الأربعة للعرف الغالب ، هذا إذا لم ينو نوعاً ، فإن نوى قيمته على ما نوى بالإجماع ، وعلى هذا الخلاف الشراء . وعن أبي هريرة « رح » من أصحاب الشافعي « رح » لا يحنث إلا برأس الغنم .

فإن قيل لحم الإشتار والخنزير لا يباع في الأسواق ، ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً . أجب لما حاصله في الفرق بأن الرأس غير ما كول بجميع أجزائه ، لأن منها المظم ، فكانت الحقيقة متمذرة ، فصار إلى المجاز المتعارف هي ما يكبس في التناير ويبيع في الأسواق . وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه ، فكانت الحقيقة مكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الخنزير والإنسان .

فإن قلت الحقيقة إن لم يكن متمذرة فهي مهجورة شرعاً ، والمهجورة شرعاً كالمهجور عادة . وفي المهجور شرعاً يصر إلى المجاز ، كما في المهجور عادة . قلت المهجور شرعاً هو الذي لا يكون بشيء من أفراده معمولاً بها كالحلف على ترك كلام الصبي ، وما هنا ليس كذلك .

فإن قيل سلنا ذلك ، ولكن لا يطرد في الشراء ، فإن الرأس يشتري بجميع أجزائه ،

قال وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قشاً
أو خياراً لم يحنت ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنت ،
وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » حنت في
العنب والرطب والرمان أيضاً . والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه
به قبل الطعام ، وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد ،

فلم تكن الحقيقة متعذرة . أجيب بأن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء اليه كراس
النمل والذباب والآدمي ، فكانت متعذرة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً
أو رطباً أو قشاً أو خياراً لم يحنت ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنت . وهذا)
أي الحنت وعدم الحنت في الأشياء المذكورة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقال الحنت
في اللب واللب والربط والرمان أيضاً) وبه قال الشافعي « رح » ، ومالك وأحمد . وإذا
أكل تيناً أو خوخاً أو سفرجلاً أو إجازاً أو كثرى أو تفاحاً أو جوزاً أو أرزاً أو فستقاً
أو عنباً يحنت بالإجماع ، سواء كان رطباً أو يابساً . ولو أكل خياراً أو قشاً أو جزراً لا
يحنت ، لأنها من البقول . ولهذا يؤدم معها والبطيخ من الفاكهة ، كذا ذكره القدوري
ويابس البطيخ لا يعد فاكهة ، كذا ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الأئمة الحلواني أن البطيخ ليس من الفواكه .
وللشافعي « رح » ، وأحمد « رح » ، فيه وجهان ، أصحها أنه من الفواكه . قلت الإيمان
مبنية على العرف ، ولا أحد يتفكه بالبطيخ ، وإنما يؤكل بالخبز غالباً ، فيكون
من الآدم ، نعم إن كان في بلاد لا يكون عندهم إلا نادراً ، ويرويه مثل الفاكهة
لندرته وقتله .

(والأصل) في هذا الباب (أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ، أي
يتنعم به زيادة على المعتاد) أي على الغذاء الأصلي ، ولهذا سمي النار فاكهة الشتاء ،

والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيباس البطيخ ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها ، وغير موجود في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً ، فلا يحنث بهما . وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان أن معنى التفكه موجود فيها ، فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها . وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء مما

والزواج فأكفه لزيادة التنعم فيها (والرطب واليابس فيه) أي في التفكه بهذه الأشياء (سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيباس البطيخ) فإنه لا يعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد (وهذا المعنى) أي التفكه (موجود في التفاح وأخواته) وهي التي ذكرناها عند قولنا ، وإذا أكل تيناً أو خوخاً .. إلى آخره (فيحنث بها) أي بالتفاح وأخواتها (وغير موجود) أي وهذا المعنى غير موجود (في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً) يعني من حيث الطبع ، فإنها يباعان مع البقول (وأكلاً) أي من حيث الأكل ، فإنها يوضعان على المائدة مع البقول ، هكذا شرحه الكاكي . وقال الأكل وأما الكل فإنها على الموائد ، حيث يوضع النمناع والبصل (فلا يحنث بها) أي بالقثاء والخيار بما إذا حلف لا يأكل فاكهة .

قلت هذا لا يخلو عن خدش ، لأن القثاء والخيار قط لا يوضعان مع موائد الطعام ، نعم يؤكلان مع الخبز والخبز في بعض الأوقات ، ولا البصل أيضاً ما يوضع مع موائد الطعام . نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوقة الباردة وحده ، وهو الذي يسمى لحى ، والأحسن في هذا ما قاله صاحب المحيط العبرة للعرف وما يؤكل عادة على سبيل التفكه بعد فاكهة في العرف ويدخل في اليمين ، وإلا فلا .

(وأما العنب والرطب والرمان فهما) أي فأبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فإنها أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها) فيحنث بأكلها (وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء) أي العنب والرطب والرمان (مما

يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصوراً في معنى التفكك للاستعمال في حاجة
البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل ومن الأقوات.

يتغذى بها ويتداوى بها (أما التغذي بالرطب والعنب فظاهر . وأما التداوي بالرطب
فانه نافع للمعدة الباردة ويريد في المني ولين الطبع . وأما التداوي بالعنب فانه يسمى
بسرعة تأثيره به دماً جيداً ، وينفع الصدر والرطب . وأما الرمان فانه دواء صالح
خصوصاً للكبد .

(فأوجب قصوراً في معنى التفكك للاستعمال في حاجة البقاء) يعني في بقاء الإنسان
وقوامه (ولهذا) أي ولأجل الاستعمال في بقاء الإنسان (كان اليابس منها) مثل الزبيب
والتمر وحب الرمان يعد (من التوابل ومن الأقوات) فكان ناقصاً في معنى التفكك
للاستعمال في بقاء الإنسان فلا ينظم الاسم باطلاقه كالمكاتب حيث لا يتناول اسم المملوك
في قوله كل مملوك لي حر للنقصان في مملوكيته ، والتوابل جمع تابل بالثناء المثناة من الفوقانية
وبالألف بعدها الباء الموحدة المفتوحة والمكسورة وباللام في آخره .

قال الأتراسي التابل الابزار . قلت هذا تعريف الشيء بما هو أخفى منه . وقال
الجهوري الإبراري والأبازير التوابل . ثم قال في باب الام التابل والتابل أخفى توابل القدر ،
يقال منه توبلت القدر ، حكاه أبو عبيد في مصنفه ، وهذا أيضاً غير مقنع ، ولكن يعلم من
قوله توبلت القدر أن المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم . قوله
- من التوابل - كما في الرمان أو من الأقوات كما في يابس العنب والرطب ، ويؤيد قول
أبي حنيفة « رح ، قوله تعالى ﴿ فأنبتنا فيها حباً ﴾ إلى قوله ﴿ وأباً ﴾ ٢٧ عبس . وقوله
تعالى ﴿ فيها فاكهة ونخل ورمان ﴾ ٢٨ الرحمن ، فان الله عطف الفاكهة على العنب والنخل
في الآية الأولى ، وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الآية الأخرى ، والمعطف
يقضي المغايرة .

وقال الأتراسي فان قلت لا نسلم أن المعطف يقتضي المغايرة ، ألا ترى إلى قوله تعالى
﴿ وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم ﴾ ٧ الأحزاب ، فلو كان المعطف
يقضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الأنبياء ، قال الله تعالى ﴿ من كان عدواً لله وملائكته

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به إدام ، والشواء ليس
بإدام والملح إدام ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف
«رح» . وقال محمد «رح» كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو
إدام ، وهو رواية

ورسله وجبريل وميكال ﴿ وإنما العطف في الآيتين لبيان فضيلة المطوف لا للمفارقة .
قلت تفضيل الأنبياء والملائكة بعضهم على بعض إنما يعرف بالخبز ، فاحتاج إلى التخصيص
بالذكر ، بخلاف ما نحن فيه ، فان قصد هذه الأشياء على سائر الفواكه عرف بالحس
والمشاهدة ، فلا حاجة إلى الخبز ، إذ ليس الخبز كالمعينة ، فتعين فائدة العطف
للمفارقة ، انتهى .

قلت أجاب تاج الشريعة عن هذا بأحسن منه ، فقال الشيء قد يعطف على جنسه
للتخصيص والتفضيل ، كما ذكر من النظر ، ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده ، لأنه موضع
تعدد النعم ، فلا يستقيم الشيء على جنسه ، لأن الحكيم في موضع التعدد لا يذكر نعمة
واحدة مرتين ، لأن فيه قصور النعم .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو حلف لا يأتدم) يعني لو حلف لا يأكل
إداماً (فكل شيء يصطبغ فيه) وفي بعض النسخ اصطبغ به ، قال الكاكي اصطبغ
بالطاء على بناء المفعول ، هكذا المنقول . والاصطباغ - فان خورش كوفين - وبمد
الطاء بالباء . وفي العرب الصبغ ما يصبغ به ، ومنه الصبغ منه الإدام ، لأن الخبز يغمس فيه ،
ويكون كالخل والزبيب ، ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل لا يقال اصطبغ الخمر بالخل
(فهو إدام) كالخل والزيت والمسل والزبد واللبن والملح والمرق (والشواء ليس بإدام)
لأنه يؤكل وحده (والملح إدام) انه يؤكل مع الخبز (وهذا) أي المذكور (عند أبي
حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح») في ظاهر الرواية .

(وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو إدام ، وهو رواية) أي قال محمد

عن أبي يوسف «رح» ، لأن الإدام من المؤادمة ، وهي الموافقة، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولها أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة ، ليكون قائماً به ، وفي أن لا يؤكل على الإنفراد حكماً ،

رواية (عن أبي يوسف) وبه قال الشافعي وأحمد (لأن الإدام من المؤادمة) أي مشتق منها (وهي) أي المؤادمة (الموافقة معنى) ، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه (مثل الخبز . وفي النهاية وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ، فالخل والزيت واللبن والعسل والزبد وأمثالها ما يستطيع به فهو إدام بالإجماع والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحدهما غالباً ليس بإدام بالاتفاق .

واختلفوا في الخبز والبيض واللحم ، فجعلها محمد إداماً باعتبار أن هذه الأشياء لا يؤكل وحدهما غالباً ، فكانت تبعاً للخبز ، وموافقاً له ~~بمعنى~~ بعد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم ، وكتب ملك الروم إلى معاوية أن ابعث إلى بشر إدام على يد بشر رجل ، فبعث إليه جنا على يد رجل يسكن في بيوت أصمارها (١) ، فلو لم يكن الجبن إداماً لما بعث إليه ، لأنه من أرباب الشأن . ويقول محمد أخذ أبو الليث بالعرف . وفي التمر للشافعي وأحمد «رح» وجهان في وجه إدام ، لما روي أنه ~~بمعنى~~ وضع التمر على الكسرة ، فقال هذا إدام . هذه رواية أبو داود . والثاني ليس بإدام ، لأنه فاكهة ، فأشبهه (٢) الزبيب .

(ولها) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة) أي من حيث الحقيقة ، بأن يصير مع الخبز كشيء واحد ، فيتبعه ويقدم به ، وهو معنى قوله (ليكون قائماً به بحقيقة في أن لا يؤكل على الإنفراد حكماً)

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) الكلمة في الأصل - فأشبه - والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وتقام الموافقة في الامتزاج أيضا ، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها ، بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ، ولأنه يذوب فيكون تبعا ، بخلاف اللحم وما يضاويه ، لأنه يؤكل وحده ، إلا أن ينويه لما فيه من التشديد . والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح .

أي من حيث الحكم حاصل هذا أن التسمية على نوعين حقيقة ، وذلك في الاختلاط ليكون قائما به . وحكمية وهي أن لا يؤكل عليه الإنفراد ، واللحم ما يخلط ، فيكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا ، فلا يكون تبعا حكما ، فلا يكون إداما .

(وتقام الموافقة في الامتزاج أيضا) جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة يعني سلناه ، ولكن الإدامة الشاملة الكاملة في الامتزاج ، يعني حقيقة الموافقة بأن يكون كشيء واحد بالامتزاج والاشراق إلا أن يكون مجاوزا له ، فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز . وأما الحديث فلا حجة له فيه ، لأن يقال الخليفة سيد العرب والمجم ، وإن لم يكن من المعجم قاله الكاكي وفيه تأمل . وقال تاج الشريعة وأما قوله ~~بشيء~~ وهو الحديث المذكور ، فانه من أسماء الشرع . والأيمان لا يتعلق بها .

(والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب) فلا يكون إداما (والملح لا يؤكل بانفراده عادة) فلا يكون إداما (ولأنه يذوب فيكون تبعا) فيكون إداما (بخلاف اللحم وما يضاويه) أي وما يشابهه مثل الخبز والبيض ، فانها ليست بادام (لأنه) أي لأن اللحم وما يضاويه (يؤكل وحده ، إلا أن ينويه) لأنه يحتمل كلامه (لما فيه من التشديد) على نفسه .

(والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح) احتزبه عما قيل أن العنب والبطيخ على الخلاف . وذكر الإمام السرخسي أنها ليسا بادام بالإجماع ، وهو الصحيح ، لانهما يؤكلان غالباً وحدهما . وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام ، وكذا العنب والبطيخ ، وكذلك سائر الفواكه ، حتى لو كان في موضع يؤكل تبعا للخبز يكون إداما

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ، ولهذا يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث

عنده ، أما البقل ليس بادام بالاتفاق ، لأن أكله لا يسمى مأدماً . وعند الشافعي والبقل والبصل والفجل والثمار إدام ، لأنه يؤتم به عادة ، ذكره في شرح الوجيز .

قال ، أي القدوري (وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر) القدوري يتأرجح في اللفظ ، لأن الغداء عبارة عن طعام يؤكل في الغداة لا اسم أكله ، وكذلك أيضاً بالفتح والمد اسم لطعام المشي ، ولكن معناه أكل الغداء وأكل العشاء على حذف المضاف قال الاترازي ويجوز أن يقال أراد بالغداء الغدي ، وبالعشاء العشي مجازاً باطلاق اسم السبب على المسبب . وإذا حلف أحد أنه لا يتغدى ، فإذا تغدى ما بين طلوع الفجر إلى وقت الظهر في أي ساعة كانت من ذلك يحنث ، وعليه الكفارة .

(والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء) بفتح العين وكسر الشين وتشديد الياء . قال في المغرب العشي ما بين زوال الشمس إلى غروبها ، والمشهور أنه آخر النهار . وعن الأزهري صلاة العشاء والظهر والعصر . وقال الاترازي لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين الزوا . ، لما كان عشاء كان الطعام الذي يؤكل في ذلك الوقت عشاء ، فإذا فتح العين في موضعين يلزم الفساد ، وهذا حاصل كلامه ، لكن هذا على كون لفظ النسخة عشاء . وأكثر لفظ النسخ عشاء كما ضبطناه .

(ولهذا) أي ولكون ما بعد الزوال عشيأ (يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث) قال الاترازي كذا ركعتين في السنين ، وسكت . وقال الكاكي ذكر ورد في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء يريد الظهر أو العصر . وقال الأكل ذكر في الإيضاح في باب الحلف على العشاء ، فقال ورد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين ، يريد به الراوي الظهر أو العصر . قلت هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتي العشاء إما الظهر وإما العصر ،

والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأنه مأخوذ من السحر
ويطلق على ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع
عادة ، ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ، ويشترط أن يكون
أكثر من نصف الشبع

فسلم في ركعتين .. الحديث ، فيما للمجب من هؤلاء في تقصيرهم فيما يتعلق بالاحاديث ،
وم في ديار الحديث . قال الاترازي بقول في السنن والحديث في الصحيحين والاكل
وشيخه الكاكي اكتفيا بما ذكر في الايضاح من غير بيان .

(والسحور) بفتح السين ما يسحربه في المأكل والمشروب ، وبضم السين مصدر
(من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأن السحور مأخوذ منه) أي مشتق من السحر
بفتحين ، وهذا الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر (ويطلق) أي يطلق السحور
(على ما يقرب منه) أي من السحر ، لأنه قرب من الثلث الأخير (ثم الغداء والعشاء)
بالفتح والمد فيها (ما يقصد به الشبع) بكسر الشين وفتح الباء الموحدة (عادة) في
عادات الناس ، لأن التغدي عبارة عن أكل مترادف أكثر من نصف شبعة ، لأنه لا يقال
أنه تغدى إذا أكل لقمة أو لقمتين ، وبه قال الشافعي (ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم)
يعني إن كانت خبزاً فخبز ، وإن كانت لحماً فلحم ، وإن كانت لبناً فلبن .

وفي المحيط حتى لو كان الحالف مصرياً يقع على الخبز ، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر
واللبن لم يحنت ، وإن كان بدوياً فيتغدى بالتمر ، أن العبارة مما يتغدى به على عادة أهل
ذلك الموضع ، حتى لغير الأرز بطبرستان ، واللبن لأهل البوادي ، والتمر ببغداد ،
واللبن يحنت . وحاصل الكلام العبارة من حلف لا يدخل بيتاً فهو على المدر للبلدي ، وعلى
بيت الشعر للبدوي ، وكذلك الحكم في التمشي .

(ويشترط أن يكون أكثر من نصف شبع) قال الإمام الاسيبجاني في شرح الطحاوي
ومن حلف لا يتغدى فإنه يقع على الغداء المعروف ، فإن كان الرجل كوفياً يقع على مد
الحنطة والشعير ، ولا يقع على اللبن والسويق ، وإن كان الرجل بدوياً يقع على اللبن

ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدني حر ، وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يدبّن في القضاء وغيره ، لأن النية إنما تصح في الملفوظ ، والثوب وما يضاهايه غير مذكور تنصيماً ، والمقتضى لا عموم له ، فلغت نية التخصيص فيه .

والسويق ، وإن كان حجازياً يقع على السويق ، وأما في بلادنا فيقع على خبز الخنطة ويشترط أن يكون ، أي الغداء أو العشاء أو السحور أكثر من نصف الشبع ، لأن للأكثر حكم الكل رواه المعلّى عن أبي يوسف ، وهو الصحيح ، لأن من أكل لقمة أو لقتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت .

(ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدني حر ، وقال عنيت) أي قصدت (شيئاً دون شيء) يعني قصدت ثوباً دون ثوب ، أو طعاماً دون طعام ، أو شراباً دون شراب (لم يدبّن في القضاء وغيره) يعني لا يصدق لا قضاء ولا ديانة . وقال الشافعي يصدق ديانة ، لأنه للمقتضى عموماً عنده ، وكذا في رواية عن أبي يوسف « رح » ، وبه أخذ الحنابلة ، والمذهب أنه لا يصح نيته (لأن النية إنما تصح في الملفوظ) حتى يعين ما يحتمل اللفظ (والثوب وما يضاهايه) أي وما يشابهه ، مثل الطعام والشراب (غير مذكور تنصيماً) أي غير ملفوظ صريحاً ، فإنما هو مقدر انتقضاء ، أي بطريق الاقتضاء .

(والمقتضى) بفتح الضاد (لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه) أي في قوله إن لبست ، أو إن أكلت أو شربت . قوله والمقتضى الحاجزة جواب عما يقال هب أنه غير ملفوظ تنصيماً ليس أنه ثابت تقضى ، والمقتضى كالملفوظ ، فأجاب بقوله - والمقتضى .. إلى آخره - .

فإن قيل المقتضى أمر شرعي واقضاء الأكمل إلى الطعام ليس كذلك ، لأنه يعرفه من له تعرف الشرع . قلت يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن

وإن قال لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء
خاصة ، لأنه نكرة في محل الشرط فتعم ،

التقضي هو الذي لا يدل عليه اللفظ ، ولا يكون سقوطاً به ، لكن يكون من ضرورة
اللفظ أعلم من أن يكون شرعياً أو عقلياً .

فإن قيل سلمنا ذلك ، لكن ما الفرق بين هذا وبينها إذا قال إن خرجت فعبدي حر ،
ونوى السفر ، فإنه يصدق ديانة ، مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً ، وبينه
وبينها إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى أن لا يساكنه في واحد ، فإن النية صحيحة ،
مع أن المسكن غير مذكور لفظاً ، حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث . أجيب بأن الأول
منوعة منعها القضاء الأربعة أبو هيثم وأبو حازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمهر رحمهم الله
وليس يعلم من قوله إن خرجت ولا يساكن بفلان يدلان على المصدر لغة ، وقد وقع الثاني في
صريح النفي ، والأول في معناه ، فيتناولان بعمومها عنده من الخروج والسفر ، فجاز
تخصيصها إلا أنه خلاف الظاهر ، فلا يريد في القضاء ، كذا لخصه الأكمل ، وبيانه كما
ينبغي إذا وإن سلمنا فالفرق أن الخروج إلى مديد وقصير ، وهما مختلفان اسماً وحكماً ،
فإن المؤيد يسمى سفرأ ، وأحكامه خلاف أحكام الخروج .

فاذا نوى أحد النوعين صحت نيته ، كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية أو رومية
يصدق . ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق ، لأن الأول نوع ، والثاني في مسألتنا ، حتى لو
نوى الخروج إلى مكان بعينه كبغداد لا يصدق ، وكذا في المسألة الثانية نوى نوعان من
المساكنة ، لأن المساكنة أنواع ما يكون في بلد واحد ، وما يكون في دار واحدة وهو
العرف ، وما يكون في بيت واحد وهو أتم ما يكون من المساكنة ، كذا ذكره
السرخسي وغيره .

(وإن قال إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة)
يعني لم يصدق في القضاء خاصة ، ويصدق ديانة (لأنه نكرة) أي لأن ثوباً من إن لبست
وطعاماً من إن أكلت وشراباً من إن شربت نكرة وقعت (في محل الشرط) وهو قوله
إن فعلت كذا (فتعم) لأن الشرط في معنى النفي ، والنكرة في موضع النفي تعم ،

فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر، فلا يدين في القضاء .
قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرّب منها بائناً لم يحنث حتى
يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا إذا شرب منها بائناً
يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم .

والعموم يحتمل الخصوص (فعملت نية التخصيص فيه ، إلا أنه خلاف الظاهر) إذ الظاهر
العموم (فلا يدين في القضاء) أي فلا يصدق في الحكم ، لأن في المتصدق فيه تخفيف له ،
فلا يصدق ، بخلاف ما إذا قيل له انك تريد أن تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنابة ،
فقال إن اغتسلت فمبدي حر ، فهو عن الجنابة ، لأنه جواب متقيد بالسؤال . ولو قال
إن اغتسلت الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذا الدار على كل اغتسال قضاء ، لأنه زاد
على حرف الجواب ، فيكون مبتدأ أو لكن^(١) من هذا يصدق ديانة ، لأنه يحتمل
أنه أراد به الجواب .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يشرب من دجلة) وهو نهر بغداد (فشرّب منها
بائناً لم يحنث حتى يكرع فيها^(٢) كرعاً) والكرع يتناول الماء بالفم من موضعه من غير
أن يأخذ بيده ، يقال كرع الرجل في الماء إذا مد عنقه نحوه يشرب منه ، ومنه كره
عكرمة الكرع من النهر ، لأنه فعل البهيمة تدخل فيها أكارعها، والكرع مستدق الساق
(وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عنه) .

(وقالوا) أي أبي يوسف ومحمد (إذا شرب منها بائناً يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم)
بين الناس من الشرب من دجلة وهو الشرب من ماء تجرى رجله ، وهو الهجاز ، فيعمل
لمعوم الهجاز . فيحنث كيفما شرب ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه
إذا دخلها راكباً أو ماشياً أو حافياً أو مستملاً ، لمعوم الهجاز ، وهو الدخول ، فكذا
هنا ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذه البئر فشرّب من ماؤها بائناً يحنث .

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) منها - هامش .

وله أن كلمة من التبويض وحقيقته في الكرع ، وهي مستعملة .
ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً ، فمنعت المصير إلى المجاز وإن
كان متعارفاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (إن كلمة من) في قوله من دجلة (للتبويض) أعلم
أن من يأتي لمعان كثيرة ، فإن كان المصنف « رح » يريد أنه وضع البعض وحده ، فهذا لم
يقبل به أحد من أئمة اللغة ، وإن كان يريد أنه قد يستعمل التبويض ، فمن أين يلزم أنه
هنا للتبويض ، قاله الاترازي مع تطويل الكلام فيه . قلت دلت القرينة اللفظية والحالة
هنا أن من هنا للتبويض ، وهذا ظاهر لا يخفى (وحقيقته) أي وحقيقة الشرب (في الكرع)
لان الحقيقة ابتداء أن يكون ابتداء الشرب متصلة بدجلة ، وذلك بالشرب منها كرعاً
(وهي) الحقيقة (مستعملة) مهجورة .

(ولهذا) أي ولأجل هذا أن الحقيقة مستعملة (يحنث بالكرع إجماعاً) دعوى الإجماع
فيه نظر ، لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما . قال الإمام العتايبي في شرح الجامع ،
قال بعضهم لا يحنث بالكرع عندهما لئلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز . وقال بعضهم
يحنث وهو الصحيح للمعوم المجاز ، وليس هو يجمع بين الحقيقة والمجاز فمنعوا ، أي الحقيقة
المستعملة (فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً) هذا إذا لم يكن له نية ، فإن نوى
الكرع فعندنا لا يحنث بالمجاز ديانة ، قضاء ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وإن نوى العرف
ففعنده صدق ديانة ، لانه يحتمل ولا يصدق قضاء ، لانه خلاف الحقيقة .

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف إلى الكرع عنده ليصير
الحقيقة إن لم يكن ملآن انصرف إلى المجاز ، لامتناع الحقيقة ، كذا نقل الشيخ أبو المعين
النسفي في شرح الجامع عن الشيخ أبي القاسم الصغار ، ولو عنى بقوله لا يشرب من ماء دجلة
هل يصح أم لا ، وحق لا يشرب من نهر يأخذ من دجلة هل يحنث أم لا قال الشيخ أبو المعين
من مشايخنا من قال يصح نيته ، لانه نوى إضمار الماء ، وإليه ذهب الشيخ أبو بكر
الاعمش . ومنهم من قال لا يصح نيته ، لان الماء نيته مقتضاء يقتضى ، فلا يظهر في حق
قبول النية .

وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بآناه حنث ، لأنه بعد الاعتراف بقي منسوباً إليه وهو الشرط، فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة. ومن قال إن لم أشرب الماء الذي من هذا الكوز اليوم فامرأته طالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث ، فإن كان فيه ماء فأريق^(١) قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله ، يعني إذا

(وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها بآناه حنث) هذا لفظ القـدوري (لانه) أي لان الماء (بعد الإغتراف بقي منسوباً إليه) أي إلى دجلة (وهو الشرط) أي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوباً ، والماء في الآناه منسوب إليها ، فكان الشرط قائماً (فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة) لان الشرط كون الماء من دجلة . وفي الكافي لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث إجماعاً ، أما عنده فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأن التية إلى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز . أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث ، لان يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار . ولو قال لا أشرب ماء فراتاً يحنث لكل ما أعذب في أي موضع كان ، وبه قال الشافعي ، لانه جملة وصفاً للماء ، قال الله تعالى ﴿ وأسقيناكم ماء فراتاً ﴾ ٢٧ المرسلات ، أي عذباً .

(ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث) سواء علم بأن منه ماء أو لم يعلم (وإن كان فيه ماء فأهريق) أي فأريق ، والهاء فيه زائدة (قبل الليل لم يحنث ، وهذا) أي عدم الحنث (عند أبي حنيفة ومحمد «رح») وبه قال الشافعي في وجهه ومالك «رح» .
(وقال أبو يوسف حنث في ذلك كله) أي فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن (يعني إذا

(١) أهريق - هامش .

مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى ، وأصله
أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافاً لأبي
يوسف « رح » ،

مضى اليوم) أشار به إلى أن اليمين إذا كانت موقته باليوم (وعلى هذا الخلاف)
المذكور بين الثلاثة (إذا كان اليمين بالله) بأن قال والله لأشربن الماء الذى فى هذا
الكوز اليوم وليس فى الكوز ماء ، أو كان فىه ماء فأهريق قبل لم يحنث عندهما ،
خلافاً لأبي حنيفة .

(وأصله) أى أصل هذا الخلاف (ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما)
أى عند أبي حنيفة ومحمد « رح » (خلافاً لأبي يوسف) وبه قال الشافعي « رح » فى
وجه ، وتحقيقى هذا أن تصور شرط لابقاء اليمين المطلقة عن الوقت ، وبقاء اليمين العدة
بالوقت عندهما ، وعند أبي يوسف لا يشترط الصور البر فى انقياد اليمين المطلقة ، ولا
لبقائه فى اليمين المقيدة ، ويتفرع على هذا الخلاف ما لو حلق لا يشربن ماء
الكوز اليوم فصب قبل مضى اليوم ، فعندهما لا يبقى يمينه ولا يحنث أبداً . وعند
أبي يوسف يحنث فى آخر جزء من أجزاء الوقت ، حتى تجب عليه الكفارة إذا
مضى اليوم ، وعلى هذا لو قال إن لم يشرب هذا الماء الذى فى هذا الكوز وعنده
تبقي ويحنث . مضى اليوم فامن أنه كذا ، فأهريق قبل الليل لم تبقي اليمين عندهما ،
وعنده تبقي ويحنث .

وعلى هذا لو قال لأقتلن فلاناً اليوم فبات فلان قبل مضى الليل لا يبقى اليمين عندهما .
وكذا لو قال لتقتلنه وهو جاهل بموته ، وإنما شرط جهله لموته ، لأنه لو علم بموته ينعقد
اليمين بالإجماع ويحنث فى الحال . وكذا لو حلف إن أكل هذا الرغيف فأكل قبل الليل
أو قال لأقضين دينه وفلان قد مات ولا أعلم به لم ينعقد يمينه عندهما ، وعنده ينعقد
ويحنث فى الحال ، وكذا لو قال لأقضين فلاناً دينه فأبرأه فلان ، وكذا لو قال لزيد إن
رأيت عمراً فلم أعلمك فأمرأتى طالتى ثم رآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئاً ، أو قال هو

لان اليمين إنما تعقد للبر ، فلا بد من تصور البر ليتمكن إيجابه وله
أنه أمكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف ،
وهو الكفارة . قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق
الخلف ، ولهذا لا ينعقد الغموس موجباً للكفارة ولو كانت
اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحث عندهما ، وعند أبي
يوسف « رح »

عمر ولا يطلق عندهما لفوات الإعلام ، فلم يبق اليمين وعنده يطلق لبقاء اليمين
وفوات المقود عليه .

(لأن اليمين إنما ينعقد للبر فلا بد من تصور البر ، فيمكن إيجابه) أي إيجاب اليمين
(وله) أي ولأبي يوسف (أنه أمكن القول بانعقاده) حال كونه (موجباً للبر على وجه
يظهر في حق الخلف وهو الكفارة) لأن عقد يمينه على فعل في المستقبل ، فينعقد . وإن
عجز عن تحقيق ما أخبر يظهر في الخلف ، لقوله والله لأمسن السماء (قلنا لا بد من تصور
الأصل) أي أصل اليمين (لينعقد في حق الخلف) فإذا لم يتصور الأصل لا ينعقد في حق
الخلف (ولهذا) أي ولأصل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف ، وهو الكفارة (لم
تنعقد الغموس) حال كونها (موجبة الكفارة) لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق
الخلف ، وهو الكفارة .

فإن قلت البر يتصور في صورة الإراقة ، لأن من الجائز أن يعبد الله عز وجل تلك
القطرات المهرقة في ذلك الكوز . قلت إن البر إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من
أجزاء اليوم يجب أن لا يسع فيه غيره ، فلا يمكن القول فيه بإعادة الماء في الكوز ،
وشربه في ذلك الزمان .

(ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر الوقت (ففي الوجه الأول) يعني إذا لم يكن
في الكوز ماء (لا يحث عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » (وعند أبي يوسف

يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني لا يحنث في قولهم جميعاً ،
 فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت . ووجه الفرق أن التاقيت
 للتوسعه ، فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت ، فلا يحنث قبله .
 وفي المطلق يجب البر كما فرغ ، وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا
 بينهما ، ووجه الفرق أن المطلق يجب البر كما فرغ ، فإذا فات البر
 بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف
 والماء باق ، أما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت ،
 وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور ، فلا يجب البر فيه وتبطل
 اليمين كما إذا عقده ابتداء

يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء أهريق (لا يحنث في قولهم جميعاً)
 أي قول الثلاثة (فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت) أي بين اليمين المطلق عن ذكر
 الموقت ، وبين اليمين الموقت بالوقت .

(ووجه الفرق) أي وجه فرق أبي يوسف (أن التاقيت للتوسعه) على نفسه ،
 حتى يختار الفعل في أي وقت شاء (فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت) المقدر فما لم يخص
 ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل ، لأن الفعل لا يتعين عليه في آخر أجزاء الوقت (فلا
 يحنث قبله) فإذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ (وفي المطلق) عن الوقت
 (يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال ، وهما) أي أبو حنيفة ومحمد (فرقا بينهما)
 أي بين المطلق والموقت (ووجه الفرق في المطلق يجب البر كما فرغ) لأنه لم يرد التوسعة
 على نفسه (فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف
 والماء باق) أشار بقوله كما إذا مات الحالف إلى بقاء المحل شرط للبر لبقاء الحالف (أما في
 الوقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك) أي وعند الجزء الأخير (لم يبق
 محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه) للمعجز (ويبطل اليمين ، كما إذا عقده ابتداء)

في هذه الحالة . قال ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها . وقال زفر « رح » لا تنعقد لانه مستحيل عادة ، فأشبه المستحيل حقيقة ، فلا ينعقد . ولنا أن البر متصور حقيقة . لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء ، وكذا تحول الحجر ذهباً بتحويل الله تعالى ، وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة ،

كما عقد اليمين حال كونه مبتدأ (في هذه الحالة) وأشار بهذا إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين ذلك شرط لبقائها .

(قال) أي القدروري (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقبلن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها) فتجب الكفارة وبه قال الشافعي في الأظهر ، وفي وجه هو مع زفر « رح » (وقال زفر « رح » لا ينعقد لأنه مستحيل) أي لأن صعود السماء أو قلب الحجر ذهباً محال (عادة فأشبه المستحيل حقيقة) كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء (فلا ينعقد) أي اليمين فلا يجب شيء .

(ولنا أن البر متصور حقيقة ، لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة) بطريق الكرامة (ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء) وكذلك الأنبياء عليهم السلام صعدوا (وكذا) أي وكذا يتصور (تحول الحجر ذهباً بتحويل الله عز وجل) بأن يقع ذلك كرامة لبعض الأولياء ، وكرامة الأولياء بخلاف العادة حق عندنا (وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين) حال كونها (موجبا لخلفه) وهو الكفارة ، وذكر الضمير في خلفه على تأويل الحلف بالخاء المهمة (ثم يحنث بحكم المعجز الثابت عادة) وإنما وجب الحنث في الحال لأن البر ليس له زمان ينتظر ، بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب كوز ما ليس فيه ماء لا يتصور

كما إذا مات الحالف فإنه يحدث مع احتمال إعادة الحياة ،
بمخلاف مسألة الكوز ، لأنه شرب الماء الذي في الكوز وقت
الحلف، ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

يظهر الفرق (كما إذا مات الحالف فإنه يحدث مع احتمال إعادة الحياة) وهو متصور ،
فينعقد اليمين .

(بمخلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ، ولا ماء فيه)
أي والحال أنه لا ماء فيه (لا يتصور) هو خبر إن في قوله ، لأن شرب الماء الذي في
الكوز ، فإذا كان غير متصور (فلا ينعقد اليمين) فان قلت يتصور أن يخلق الله فيه
الماء ، وقدرته أعظم من ذلك . قلت لو حلف بالله تعالى وفيه الماء ، لا يكون هذا الماء هو
الذي انعقد عليه اليمين ، والله أعلم .

★ ★ ★

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع ، إلا أنه نائم
حنث ، لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه ، لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما
إذا ناداه ، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله .

(باب اليمين في الكلام)

هذا باب في بيان أحكام اليمين في الكلام . قال قوم الكلام عذر وفعله كالم محذوف
الزوائد نحو سلم سلاماً ، وأعطى إعطاء . والدليل على ذلك أنه يعمل كسائر المصادر نحو
عجب من كلامك زيداً ، حيث نصب زيداً ، ولو كان إسماً لم يجرز إعماله . وقال الأكترون
انه اسم المصدر ، والمصدر الحقيقي المتكلم . وقال الله تعالى ﴿ وكلم الله موسى تكليماً ﴾
١٦٤ النساء . وقال الله تعالى ﴿ صلوا عليه وسلموا تسليماً ﴾ ٥٦ الأحزاب ، فالكلام
والسلام إسمان للمصدر والكلام في اللغة عبارة عن الكلم ، وهو الجرح ، ويجمع على كلام
بالكسر . وفي اصطلاح النحاة الكلام ما تضمن كلمتين بالإسناد . وفي اصطلاح الفقهاء
الكلام الذي يخفى كالم عبارة عن اسماعه كلامه لغيره . وعبارة أيضاً عن اسماع نعمته .
وفي المحيط الكلام حقيقة اسم لما ينافي السكوت والحرس . ولكن في العرف اسم
لحروف منطوقة مفهومات مقطعة مسموعة .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا
أنه) أي إلا أن فلاناً (نائم حنث) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية
(لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع
لكنه لم يفهم لتغافله) إذ التكلم عبارة عن إسماع الكلام كما في تكلم نفسه فإنه عبارة عن

وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه . وعليه مشايخنا «رح»
لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد . وهو بحيث لا
يسمع صوته

إسماع نفسه ، إلا أن سماع الغير أمر يبطن لا يوقف عليه ، فأقيم السبب المؤدى به مقامه ،
ويستطاعت اعتبار حقيقة السماع ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زادة «رح» .
(وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه) أي شرط إيقاظ فلان الذي حلف
أنه لا يكلمه ، فإنه قاله فناداه وأيقظه حنت شرط الإيقاظ ، وبه قال مالك «رح» في
رواية . وذكر في بعض الروايات فناداه وأيقظه فهذا يدل على أنه متى ناداه يحنت وإن
لم يوقظه ، كذا في المبسوطين . ثم ذكر السرخسي في مبسوطه ، والأظهر أنه لا يحنت
إذا لم يوقظه ، لأن النائم كالفائب (وعليه) أي على شرط الإيقاظ (مشايخنا «رح» ،
لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته) فيكون منادياً لامتكلماً
منادياً ، فلا يحنت في يمينه .

وفي التحفة ولو كان قائماً فناداه إن أيقظه حنت في يمينه ، لأنه أسمع كلامه ، وإن
لم يوقظه لم يحنت ، وهو الصحيح ، لأن الإنسان لا يعد متكلماً للنائم . وقيل المسألة على
الخلافاً ، فإن عند أبي حنيفة يحنت ، لأنه يجعل النائم كالميتة ، وعندهما لا يحنت . وفي
الذخيرة لا يحنت حتى تكلم بكلام مستأنف بعد اليمين يقطع عندهما ، وإن كان موصولاً
لم يحنت ، كما لو قال إن كلمتك فأنت طالق فإذا قال قومي أو أخرجي أو شتمه أو زجره
متصلاً ، لأن هذا من تمام الكلام الأول ، فلا يكون تماماً باليمين ، وهو وجه الأصحاب
الشافعي «رح» وأحد ، ولو سلم على قوم هو فيهم حنت ، إلا أن لا يبعد لا سلام «
فيصدق ديانة لا قضاء . وعند الشافعي ومالك يصدق قضاء أيضاً . وقال المدني يحنت .
ولو قال السلام عليكم إلا على واحد لا يحنت ، خلافاً للشافعي وأحد ، وهذا إذا سلم
خارج الصلاة .

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كالمه حنث ،
لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الإذن ،
وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسمع .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة ، فإن كان إماماً قبل إن كان المحلوف
على يمينه لا يحنث ، وإن كان على يساره يحنث . وروى ابن سماعه عن محمد أنه لا يحنث
في التسليمتين ، وهو الصحيح ، وإن كان مؤتماً فعلى هذا التفصيل على قولهما . وعن محمد
« رح » يحنث سواء كان على يمينه أو على يساره ، وبه قال مالك « رح » . ولو اقتدى
الحالف بالمحلوف عليه في الصلاة فسهى فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث ،
وخارج للصلاة يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك « رح » . ولو حلف لا يكلم
فلاناً ففرغ فلان الباب فقال من هذا ، ذكر القدوري أنه يحنث ، وذكر أبو الليث في
النوازل لو قال بالفارسية - كيست - ولو قال - كجاتو - يحنث ، وبه أخذ ، وهو
الحنث ، لأن قوله ليست بخطاب ، وقوله - كجاتو - خطاب . ولو ناداه المحلوف عليه ،
فقال لبيك أي لبي يحنث . ولو كتب إليه كتاباً لو أرسل رسولاً لا يحنث ، وبه
قال الشافعي في الجديد ، واختاره المزني . وقال في القديم يحنث ، وبه قال
مالك وأحمد « رح » .

(ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بإذنه حتى كالمه حنث) وبه قال مالك
وأحمد والشافعي « رح » في وجه . وفي شرح الأقطع هذا هو المشهور من قولهم ، أي من
قول أصحابنا ، وعند أبي يوسف « رح » أنه لا يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » (لأن
الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام) ومنه قوله تعالى ﴿ وأذان من الله ورسوله ﴾
٣ التوبة ، أي إعلام (أو من الوقوع في الإذن) أي أوان الإذن مشتق من الوقوع في
الإذن لتسميته (وكل ذلك) أي الإذن من الأذان ومن الوقوع في الإذن (لا يتحقق إلا
بالسمع) واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً إذا أذن له مولاه ، وهو لا يعلم
لكنه يكون مأذوناً ، فلم يكن الإذن محتاجاً إلى الوقوع في الإذن . وأجيب بأن الإذن
هذا فك الحجر في حق العبد ينصرف بأهلية نفسه ومالكه ، فيثبت بمجرد الإذن . وأما

وقال أبو يوسف «رح» لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن كالرضاء . قلنا الرضاء من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن على ما مر . قال وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف ، لأنه لم يذكر الشهر تتأبد اليمين ، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلاً

في اليمين وقد حرمه كلامه إلا بآذنه ، فصار الإذن مستثنى لإباحة الكلام ، فلا بد من الإعلام لذلك .

(وقال أبو يوسف «رح» لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن) على وزن الفاعل (كالرضاء) يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاء ، فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف يكلمه لا يحنث ، لما أن الرضى يتم بالراضى ، وكذلك الإذن يتم بالإذن (قلنا الرضاء من أعمال القلب) فيتم بالراضى (ولا كذلك الإذن على ما مر) انه إما من الأذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع فالآذن ، فذلك مقتضى السماع ولم يوجد . ونقل في تنمة الفتاوى والفتاوى الصغرى عن أيمان النوازل حلف لا تخرج امرأته إلا بآذنه فأذن لها من حيث لا يسمع لا يكون إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» وزفر «رح» هذا إذن . وقال نصير بن يحيى «رح» كتبت إلى البلخي رسالة بما يختار في هذه المسألة ، فكتب إلى ان لا الاختلاف في هذه المسألة وهو إذن إجماعاً ، إنما الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي إلا بأمرى ، لأن الآذن يكون إذناً بدون السماع ، وأما الأمر فلا يكون إذناً بدون السماع . قال نصير إلا أن أبا سليمان ذكر الاختلاف في الآذن وهكذا القدوري أعانه .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف) أي اعتبار الشهر من زمان الحلف (لأنه) أي لأن الحالف (لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين) لأن النكرة تعم في موضع النفي (فذكر الشهر لإخراج ما وراءه) أي ما وراء الشهر (فبقي الذي يلي يمينه داخلاً) أي ففي الشهر الذي يلي يمينه داخلاً في

عملاً بدلالة حاله ، بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا يتأبد اليمين ، فكان ذكره لتقدير الصوم به ، وإنه منكر ، فالتعيين إليه ، وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث . وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير ، وفي القياس يحنث فيهما ، وهو قول الشافعي «رح» لأنه كلام حقيقة .

الإيجاب (عملاً بدلالة حاله) أي حال الحالف ، لأنه الحامل على هذه اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال ، فكان مراده أن لا يكلمه في هذه الحالة .

(بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا تتأبد اليمين ، فكان ذكره) أي ذكر الشهر (لتقدير الصوم به) أي بالشهر ، وإنه (وإن الشهر منكر ، فالتعيين إليه) أي إلى الحالف فله أن يعين أي شهر شيئاً مطلقاً متتابعاً أو متبوعاً ، هذا في الصوم ، أما في الاعتكاف فانه يعين أي شهر شاء ، ويلزمه التتابع ، لأن التتابع فيه أصل ليلاً ونهاراً ، إلا أنه إذا قال الشهر دون الليالي ، فحينئذ له أن يفرق ، بخلاف الصوم ، فان التفريق فيه أصل ، لأنه لم يوجد إلا في الشهر خاصة ، إلا إذا قال متتابعاً ، فيلزمه التتابع ، ونظير المسألة الأولى أما إذا أجر داره شهراً كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد ، لأنه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد إلى الأكثر لكنه يكون فاسداً ، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه ، فبقي الشهر متصلًا بالإيجاب بحكم أصل الإيجاب .

(ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث ، وعلى هذا) أي وعلى هذا التفصيل (التسبيح والتهليل والتكبير) يعني إذا حلف لا يتكلم فقال سبحان الله ، أو قال لا إله إلا الله ، أو قال الله أكبر ، فإن كان في الصلاة لا يحنث ، وإن كان خارج الصلاة يحنث (وفي القياس يحنث فيها) أي في الصلاة وخارجها بالتسبيح وأحسنه (وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد «رح» ، لأنه كلام حقيقة (لأن الكلام اسم لحروف منطوية تحتها ، يقال فمفهومه يكون قارئ القرآن أو المسبح أو المهلل أو المكبر متكلماً لا محالة .

ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً ، قال عليه السلام
 ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس . وقيل في عرفنا
 لا يحث في غير الصلاة أيضا ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً
 ومسبحاً . ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار ،
 لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله
 تعالى ﴿ ومن يؤلم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ، والكلام لا يمتد ،

(ولنا أنه) أي أن كل واحد من هذه (في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً) أما
 عرفاً فلأن الانسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة ، فعمل أن الموجود في الصلاة
 لا يسمى كلاماً حرفياً ، ولأن الكلام حرام في الصلاة ، وهذا مباح . وأما شرعاً فقد
 أشار اليه بقوله (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من
 كلام الناس) هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة ، وأخرجه
 مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمي «رض» وهو حديث طويل ، وفيه أن هذه الصلاة
 لا يصلح فيها شيئاً من كلام الناس إنما هو التسييح والتكبير وقراءة القرآن .

(وقيل في عرفنا لا يحث في غير الصلاة ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً)
 قال شيخ الاسلام خارج الصلاة إذا سبح أو هلل أو كبر ، لانصراف يمينه إلى كلام الناس ،
 وعليه الفتوى ، وبه قال أحمد «رح» . وقال الفقيه أبو الليث «رح» في شرح الجامع
 الصغير هذا في عادة أهل العراق ، وأما في بلادنا إذا حلف الرجل أن لا يتكلم فقرأ
 القرآن لا ينبغي أن يحث ، سواء قرأ في الصلاة أو في غير الصلاة ، واليه ذهب الصدر
 الشهيد والعتابي «رح» .

(ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق ، فهو على الليل والنهار ، لأن اسم اليوم إذا
 قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يؤلم يومئذ دبره ﴾ ١٦
 الأنفال) أراد به مطلق الوقت (والكلام لا يمتد) لأنه عرض كما يوجد بقلبا شيء ، ولا

وإن عني النهار خاصة دين في القضاء ، لأنه مستعمل فيه أيضاً . وعن
أبي يوسف « رح » أنه لا يدين في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف .
ولو قال ليلة أكلم فلاناً فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل
كالنهار لليياض خاصة ، وما جاء استعماله في مطلق الوقت

يقبل الامتداد لذاته بل يتخذ الأمثال كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك ، لأن
الثاني مثل الأول صورة ومعنى ، فجعل كالغير الممتدة ، أما الكلام الثاني بعد معنى غير
ما يفيد الأول ، فلم يقم فيه القول يتجدد الأمثال ، فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت
ليلاً كان أو نهاراً ، فيحتمل في بيته إذا وجد الكلام مطلقاً (وإن عني النهار خاصة) أي
وإن قصدت باليوم النهار ، وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق إلى غروب الشمس
(دين في القضاء) يعني يصدق في الحكم ، لأنه مستعمل فيه أيضاً (لأن اليوم مستعمل في
النهار أيضاً) لأنه نوى حقيقة كلامه .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف) أي لأن
كون النهار مراداً من يوم قرن بفعل لا يمتد ، خلاف القرون في العرف (ولو قال ليلة
أكلم فلاناً) فأمراته طالق (فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار
لليياض خاصة ، وما جاء في استعماله) أي استعمال الليل (في مطلق الوقت) وفي المبسوط
الليل ضد النهار ، قال الله تعالى ﴿ هو الذي جعل الليل والنهار خلفة ﴾ ٦٢ للنحل ، كما
أن النهار يختص بزمان للضياء ، فكذا الليل يختص بزمان الظلمة والسواد .

فإن قلت الليل مستعمل لمطلق الوقت أيضاً ، قال الشاعر :

وكنا جثنا كل بيضاء شحمة ليالي لاقينا جذلم وحير

والمراد مطلق الوقت لا الملاقاة للمحاربة وهي تقع ليلاً ونهاراً ، والظاهر كونها
في النهار ، وبعده .

سقينهم كأس سقينا بمثلها ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان ، أو قال حتى يقدم فلان ،
أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه
قبل القدوم أو الإذن حنث . ولو كلمه بعد القدوم أو الإذن لم
يحنث ، لأنه غاية ، واليمين باقية قبل الغاية ومنتية بعدها ، فلا يحنث
بالكلام بعد انتهاء اليمين . وإن مات فلان سقطت اليمين ، خلافاً

لأبي يوسف «رح» ،

قلت الشاعر عرف ذكر الليل بلفظ الجمع واحد العددين إذا ذكر بلفظ الجمع يقتضي
دخول ما بازائه من العدد . قال الله عز وجل ﴿ ثلاث ليال ﴾ وقال ﴿ ثلاثة أيام إلا
رمزاً ﴾ ٤١ آل عمران ، والقصة واحدة ، وكلامنا في المفرد .

(ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن
يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم) أي قبل قدوم
فلان (أو الاذن) أي أو كلمه قبل الاذن حنث (ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث ،
لأنه غاية) أي لأن كل واحد من القدوم والاذن غاية ، وكلمة حتى للغاية ، قال الله تعالى
﴿ حتى مطلع الفجر ﴾ هـ القدر ، وأما كلمة إلا ها هنا بمعنى للغاية ، لأن حقيقة الاستثناء غير
مرادة لتعذر استثناء الاذن والقدوم في الكلام ، لأنها ليسا من جنسه ، فجعل مجزأ عن
الغاية لما بين الاستثناء والغاية من المشابهة من حيث أن الحكم بعد كل واحد منهما
يخالف الحكم قبله .

(واليمين باقية قبل الغاية ومنتية بعدها) أي بعد للغاية (فلا يحنث بالكلام بعد
انتهاء اليمين) بيانه أنه إذا كلمه بعد القدوم ، والاذن لم يحنث ، لأنه كلمه بعد
انتهاء اليمين ، وإذا كلمه قبل القدوم والاذن يحنث ، لأن شرط الحنث وجد حال
بقاء اليمين .

(إن مات فلان) يعني الذي أسند اليه للقدوم أو الاذن (سقطت اليمين) لانقضاء
قصور البر (خلافاً لأبي يوسف «رح») فإنه قال يبقى اليمين مؤيدة بعد سقوط الغاية

لان للممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود ، فسقطت اليمين ، وعند التصور ليس بشرط ،
فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين . ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم
يتو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان ، فباع فلان عبده
أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث ، لانه عقد
يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما إضافة ملك أو إضافة
نسبة ولم يوجد فلا يحنث

(لأن الممنوع عنه) أي عن الحالف (كلام ينتهي بالاذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود ، فسقطت اليمين) فان قلت إعادة الحياة ممكنة ، فكان الواجب أن
لا يبطل اليمين انمعدت على القدوم أو الاذن في حياة القائمة لا للعادة بعد موته ، ولهذا
قلنا إذا قال لأقتل فلاناً وفلان ميت ، ولم يعلم الحالف بموته لا يحنث . ولهذا قلنا إذا قال
لأقتل فلاناً وفلان ميت ينعد اليمين ، لأنها وقت القائمة .

فان قلت إعادة عين الروح ممكن . قلنا الحياة غير الروح ، لأن الله تعالى حي وليس
له روح ، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله تعالى .

(وعندة) أي عند أبي يوسف « رح » (التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية)
وهي الاذن والقدوم (يتأبد اليمين) وهذا الكلام في بيان هذا الأصل بينهم .

(ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم يتو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان)
أي أو حلف لا يكلم صديق فلان (فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه
فكلمهم) أي فكلم العبد في المسألة الأولى أو المرأة في المسألة الثانية أو صديق فلان في
المسألة الثالثة (لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما
إضافة ملك) كما في المسألة الأولى (أو إضافة النسبة) كما في المسألتين الأخريين (ولم يوجد)
واحد منها (فلا يحنث) الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في

محل منسوب إلى الغير مراعى للحنث ، ووجود النسبة وقت وجود المحلوف عليه ، ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه ، وإن كان متسويا إلى الغير لا بالملك تراعى وجود النسبة وقت اليمين ، ولا تعتبر كالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه .

مثال الأول وهو قوله لا يكلم عبد فلان ، وكذا لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابته أو لا يأكل طعامه أو لا يلبس ثوبه وإذا زال الملك ووجد الكلام أو الدخول أو الركوب أو أكل الطعام أو لبس الثوب لا يحنث . ومثال الثاني هو قوله لا يكلم امرأة فلان أو صديق فلان فأبأنها فلان ، أو عادي صديقه فكلمهم يحنث . ووجه القرآن في الفعل الأول الحامل على اليمين يعني في الملك ، لأن هذه الأشياء لا تعادي رعاة . وفي الفعل الثاني بمعنى في هؤلاء مكان هؤلاء هجر ، ويمادي عادة بمعنى فيهم ، لأن الأذى متصور منهم .

فان قيل يشكل هذا بعد فلان ، فان الأذى متصور منه ، كما في هؤلاء . قلنا ذكر ابن سماعة « رح » في نوادره أن في العبد يحنث عند أبي حنيفة « رح » . لهذا وجد ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقط الاعتبار عند الأحرار ملحق بالجمادات ، ولهذا تباع في الأسواق كالبهائم ، والظاهر أنه إذا كان الأذى منه لا يقصد هجرانه لليمين ، بل يقصد سيده ، كذا في المبسوط والذخيرة .

فان قلت لم يكن له زوجة ولا صديق ثم اتحد الصديق والزوجة ، ثم كلم ما يكون حكمه . قلت لم يذكر هذا في الجامع الصغير ، قالوا على قياس قول أبو حنيفة « رح » يحنث . وأما محمد « رح » فقد قال في الزيادات لا يحنث . وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير يحتمل أن يكون قال أبو يوسف « رح » مثل ما قال أبو حنيفة « رح » ، وإن وجدت الإشارة مع ذلك بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا وزوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصدقة ثم كلم حنث في قولهم ، لأن ذكر النسبة للتعريف كالأشارة ، فكانت الإشارة أولى .

قال « رض » هذا في إضافة الملك بالاتفاق ، وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمراة والصدیق . قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف ، لان المراة والصدیق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه ، كما في الإشارة . ووجه ما ذكرها هنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف اليه، ولهذا لم يعينه، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك.

(قال) أي المصنف « رح » (هذا) أي عدم الحنث (إضافة الملك بالاتفاق) بين الثلاثة (وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمراة والصدیق) بيانه أن عند محمد « رح » يعتبر وجود النسبة وقت الحلف ، فعلى هذا إذا طلق امرأته أو عادي صديقه يحنث عند محمد « رح » (قال في الزيادات) وأشار إلى بيان وجه هذا بقوله (لأن هذه الإضافة للتعريف ، لأن المراة والصدیق مقصودان بالهجران ، فلا يشترط دوامها) أي دوام إضافة المراة إلى الزوج ، وإضافة الصديق إلى فلان ، لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستيفاء عنه بعد التعريف (فيتعلق الحكم بعينه) أي يتعلق حكم الحنث بعني المقصود ، وهو المراة أو الصديق (كما في الإشارة) بأن قال لإ أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه .

(ووجه ما ذكرها هنا) وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة وهو قول أبي حنيفة « رح » (وهو ^(١) رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه) أي غرضه ، والحال هجران المضاف (لأجل المضاف اليه ، ولهذا) أي ولأجل أن غرض الخالف هو أن المضاف لأجل المضاف اليه (لم يعينه) أي لم يمين المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا ، أو امرأة فلان هذه (فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك) لاحتمال أن يكون هجرانه لأجل المضاف اليه .

(١) وهي - هامش .

وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو لمرأة
 فلا بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة
 والصديق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد
 «رح» يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر «رح» . وإن حلف
 لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الإختلاف .
 وجه قول محمد وزفر «رح» أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ
 منها ، لكونها قاطعة للشركة بخلاف الإضافة ؛

(وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا ، أو امرأة فلان بعينها)
 بأن قال امرأة فلان هذه (أو صديق فلان بعينه) أي أو قال صديق فلان بعينه (لم يحنث
 في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا) أي عدم الحنث (قول أبي حنيفة «رح» ،
 وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر «رح»)
 وبه قال الشافعي ومالك وأحمد «رح» (وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه
 فباعها فلان ^(١) ثم دخلها فهو على هذا الإختلاف) أي عند محمد «رح» يحنث
 في الدار المشار إليها إذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار إليه إذا بيع ثم كلمه ،
 وعندهما لا يحنث ، لأن العبد والدار لا يصلحان للمعادة ، أما الدار فظاهرة ، وأما
 العبد فلأنه يعادى لذاته وسقوط منزلته ، وإنما يجزى لمضى في صاحبها ، فإذا زال الملك
 ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف المرأة والصديق ، فإنها يصلحان للمعادة ، فكيف وقد
 أشار إليها فيحنث بعد زوال الزوجية والعدامة .

(وجه قول محمد وزفر «رح» أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها) أي من
 الإضافة التي للتعريف (لكونها) أي لكون الإشارة (قاطعة للشركة) لكونها بمنزلة
 وضع اليد عليه (بخلاف الإضافة) لجواز أن يكون لفلان عبيداً ، فإذا كان كذلك

(١) وإن حلف - نسخة .

فاعتبرت الإشارة ، ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه ، لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته ؛ بل لمعنى في ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك ، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة ، لأنه يعادى لذاته ، فكانت الإضافة لتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين ،

(فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة ، وصار كالمراة والصديق) أي وصار العبد المشار إليه كالصديق والمرأة ، أشار اليها عند محمد وزفر « رح » ، وكذا عند الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

(ولها) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه) يعني لا نسلم أن في الاضافة للتعريف ، بل لبيان الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه (لأن هذه الأعيان) أي الدابة ، أي حيوان كان ، والدار والثوب (لا تعادى ولا تهجر لذواتها ، وكذا العبد) لا يهجر لذاته ، بل (لسقوط منزلته) فإن قيل يحتمل أن يعادي لذاتها على قبل وجاء الخبران الشؤم في ثلاث في الدار والمرأة والفرس قلنا ذاك احتمال لم يعرف به العرف والعادة ، فإن في العادة لا يعادى لذاتها ، بل لسبب آخر وهو غير معلوم ، وفيما نحن فيه معادي بسبب أربابها عرفاً ، وهو معنى قوله (بل لمعنى في ملاكها) أي يعادي يهجر هذه الأشياء لأجل معنى في ملاكها بضم الميم وتشديد اللام ، فإذا كان كذلك (فتقيد اليمين بحال قيام الملك) بقيام المعنى الداعي إذ ذاك .

(بخلاف ما إذا كانت الاضافة إضافة نسبة ، كالصديق والمرأة لأنه) أي لأن كل واحد منها (يعادي لذاته) وهو ظاهر (فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين) يعني الداعي إلى المعنى الذي في المضاف إليه غير متعين للهجران ، لأنه مهجر لذاته لما ذكر أن الحر يهجر عادة بعينه ، وقد هجر بغيره ، فاذا جمع بين الاضافة والاشارة تعين الهجران بعينه ، ولأن في اعتبار الهجران لتفسير لفظة

بخلاف ما تقدم . قال وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
فباعه ثم كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتل إلا التعريف ، لأن
الإنسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان ، فصار كما إذا أشار إليه . ومن
حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً حنث ، لأن الحكم
تعلق بالمشار إليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو ،

الإشارة (بخلاف ما تقدم) وهي مسألة المبدأ لما ذكرنا من تعيين المجران
وجهة الإضافة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان) وهو تقريب طيلسان ، وجمعه طيالس ، والهاء في الجمع للمجعة ، لأنه فارسي
يعرب ، وهو من لباس المعجم مدوراً ، وفي جمع التعاريف الطيالس لمحتها وسداها صوف ،
وفي المغرب الطيلسان تقريب اللسان ، وهو لباس المعجم ، ومنه قولهم في ألسنم يا ابن
الطيلسان ، يراد لك عجمي . والطيالس لغة في قوله مراد بن معيد فرقت رأى للخيال ،
فما رأى غير المطي وظله كالطيلس (فباعه) أي فباع صاحب الطيلسان طيلسانه ، ثم
(كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتل إلا التعريف ، لأن الإنسان لا يعادى لمعنى في
الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه) أي إلى صاحب الطيلسان ، فتعلقت اليمين به ، وإن
كلم المشتري لا يعنث .

(ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً) أي والحال أنه قد صار
شيخاً وقد علم أن الجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيها من ذكر قد ، وقد يعذف
(حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار إليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو) وفي الغائب معتبرة ،
إلا إذا كانت الصفة داعية إلى اليمين ، فحينئذ يعتبر ، وتنعقد اليمين بتلك الصفة ، كما إذا
حلف لا يأكل بسرأ فأكل بعدما صار رطباً ، أو حلف لا يأكل رطباً فأكل بعدما صار
تمراً لا يعنث لتقيد اليمين بصفة البسورة أو الرطوبة ، لأن تلك الصفة داعية إلى اليمين
وهنا صفة الشأن لم تعتبر داعية ، لأن مجران الصغير مهجور شرعاً ، لقوله عليه السلام

وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل

فصل

قال ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان ، فهو على

سنة أشهر ،

من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا ، فلو اعتبرت الصفة داعية يلزم هجران المهجور
شرعاً ، فلا يجوز ذلك .

(وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على ما قبله
وقد اندرج بيانه فما ذكرناه الآن (على ما مر من قبل) أي في أول باب اليمين في الأكل
والشرب في مسألة ما لا يأكل لحم هذا الجمل .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور ، وإنما ذكر لفظ فصل ، ولم
يذكر لفظ باب ، لأن مسأله داخلة في الباب المذكور بالتبعية . قال الكاكي ومسائل هذا
الفصل في الكلام أيضاً ، إلا أنها تتعلق بالزمان وما قبلها متعلق بالأعيان ، فالأعيان
أصل والأزمان تابع له ، انتهى . وفي قوله تابع له نظر لا يخفى ، والترجيح بلا دليل
لا يجوز .

(قال) أي القدوري (ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً) أي أو قل لا يكلمه
زماناً أو الحين ، أي أو قال لا يكلمه (الحين) بالألف واللام (أو الزمان) أي أو قال
لا يكلمه الزمان معرفاً (فهو) أي علف واقع (على ستة أشهر) وبه قال أحمد . وقال
الشافعي أدنى مدة ، وهو ساعة ، لأنه ثابت بتعين . وفي شرح الأقطع قال الشافعي إذا
حلف على نفي قيمته على ساعة واحدة . وإن حلف على الإنبات ففعل ذلك في آخر عمره
جاز . وقال مالك يحمل على ستة . قال الله تعالى ﴿ تَوْتِي أَكَلْهَا كُلُّ حِينٍ ﴾ ٢٥ إبراهيم ،
والمراد بها ستة أشهر ، ولأنه الوسط من المدة . قلنا المراد من قوله كل حين ستة أشهر ،

لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ، وقد يراد به أرجون سنة ، قال
الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان وقد يراد
به ستة أشهر ، قال الله تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم ،
وهذا هو الوسط ، فينصرف إليه ، وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع
لوجود الإمتناع فيه عادة ، والمديد لا يقصد به غالباً ، لأنه بمنزلة
الأبد ، ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا ،

كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمرسة التمر ،
فكان هو الوسط ، فعند الإطلاق يحمل على الوسط ، فخير الأمور أوساطها .

(لأن الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى ﴿ فسبحان الله حين تمسون
وحين تصبحون ﴾ ١٧ الروم ، والمراد به وقت الصلاة (وقد يراد به) أربعون سنة
(قال الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان) قال أهل التفسير
المراد به أربعون سنة (وقد يراد به ستة أشهر ، قال تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ٢٥
ابراهيم) وقد ذكرنا الآن عن ابن عباس رضي الله عنه أنه ستة أشهر (وهذا هو الوسط)
أي الحين الذي بمعنى ستة أشهر هو الوسط ، وقد مر الآن ، فإذا كان كذلك (فينصرف
إلى يمينة) أي إلى قدر ستة أشهر إذا لم يكن له نية .

(وهذا) أي الحمل على ستة أشهر لما إذا (لأن اليسير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة إلى
اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة (لوجود الامتناع فيه عادة) أي قدر
الساعة من حيث العادة (والمديد) أي الزمان المديد (لا يقصد غالباً ، لأنه بمنزلة الأبد)
لأن من أراد ذلك يقول أيدأ في العرف ، فلو كان مراده بذلك لم يذكر الحين (ولو سكت
عنه) أي عن المديد (يتأبد) أي اليمين (فتعين ما ذكرنا) وهو للوسط .

حمل أن الحين هو الزمان قليلة وكثيره ، كذا في الجمل وغيره ، وقال للزجاج في تفسيره
جميع ما شاهدنا من أهل اللغة يذهب إلى أن الحين اسم زمان كلوقت يصلح لجميع الأزمان

وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ
 زمان بمعنى ، وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئاً فهو على ما
 نوى ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك الدهر عندهما . وقال أبو حنيفة
 « رح » الدهر لا أدري ما هو ،

كلها طالت أو قصرت ، ثم قال والدليل على أن الحين بمنزلة الوقت قول التابعية أنشد
 الأصمعي في صفة الحية والمذوع :

تناذرهما الدافون من سوسمها تطلقه حيناً وحين تراجع
 وماقبله فنبت كما ساورتني ضئيلة الراقشي في أنيابها السم ناقع

قوله - تناذرهما - أي أنذر بعضهم بعض قولهم تطلقه بتشديد اللام معناه أن السم
 سحق لا وقتاً ، ويعود وقتاً . ومعنى ساورتني وأثنى من شاور اليه الأسد أي وثب ،
 والضئيلة بفتح الضاد المعجمة وكسر الهززة وباللام هي الحية التي تنقبض وينضم بعضها إلى
 بعض والرقش بضم الراء وسكون القاف والسين المعجمة جمع رقصاء ، وهي الحية التي في
 ظهرها خطوط ونقط ، وناقع بالنون والقاف ، أي ثابت .

(وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى)
 واحد (وهذا) أي الحمل على ستة أشهر في قوله لا يكلمه حيناً أو زماناً أو قالها بالتحريف
 (إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى شيئاً) من معاني الحين أو الزمان (فهو على ما نواه ،
 لأنه حقيقة كلامه) فيعمل به ، وكذا الدهر يعني يحمل على ستة أشهر إذا قال لا أكلم
 دهرأ أو الدهر (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

(وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ما هو) أي لا أدري كيف هو في حكم التقدير ،
 قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من قولها أن الدهر بالالف واللام
 على الأبد قد ذكره محمد « رح » في الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه خلافاً . وكان أبو الحسن
 يقول إن قول أبي حنيفة « رح » في الدهر ودهرأ واحداً ، وإنه لم يجيب عنه بشيء ،
 والغالب في كلام الناس أن الدهر على الأبد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الأبد . وقال

الكافي قال أبو حنيفة « رح ، لا أدري ما الدهر ، لأن الناس يستعملونه بمعنى الحين والزمان ، وبمعنى الأبد ، ألا ترى أن معرفة على الأبد بخلاف الحين والزمان ، لأن معرفتها ومنكرهما سواء يقال فلان دهري بضم الدال إذا كان معمرأ ، ودهري بالفتح إذا قال بالدهر وأنكر الصانع ، قال تعالى حكاية عنهم ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، فكان مجملاً ، فلم يقف على مراد المتكلم ، والرجيح بلا دليل لا يجوز ، فكان قوله لا أدري من كمال علمه وورعه .

وروي أن ابن عمر رضي الله عنها سئل عن شيء ، فقال لا أدري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا أدري . ثم قيل إنما قال لا أدري ثم قال بعد ذلك حفظاً للسانه عن الكلام في معنى الدهر ، فقد جاء في الحديث أنه عنه قال لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر ، معناه أنه خالق الدهر . وقد جاء في حديث آخر أنه عنه قال حكاية عن الله عز وجل استقرضت من عبدي وأبى أن يقرضني وهو يسبني ولا يدري سبب الدهر ، ويقول وأو هواه (١) ، وإنما أنا الدهر . وكاروي أنه عنه سئل عن خير البقاع فقال لا أدري حتى أسأل ربي فصعد ثم نزل ، فقال سألت الله عز وجل خير البقاع مساجدها ، وخير أهلها من يكون أول الناس دخولاً ، وآخرهم خروجاً ، فمرفنا أن الوقت في مثل هذا من الكلام لا من النقصان ، كذا في المبسوط وجامع فخر الإسلام وقاضي خان .

وقيل وجه قول أبي حنيفة « رح » مع أن الدهر لا نص عليه عنه عن أحد من أهل اللغة ، ودلالة متعارضة فيجب التوقف فيه . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، وإلى قوله عنه لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر . ولهذا قال صاحب الحجر الدهر معروف . ثم قال وقال يوم الدهر مدت الدنيا من ابتدائها إلى انقضائها وقال آخرون بل دهر كل قوم هو زمانهم . وقال ثعلب في التتمة الدهر الزمان الليل

(١) هكذا السياق في النسخة الأصلية ، اه مصححه .

وهذا الإختلاف في المنكر هو الصحيح . أما المعرف بالالف واللام يراد به الأبد عرفاً

والنهار لا خير لك . ثم أنشد أهل الدهر إلا ليلة ونهارها إلى طلوع الشمس ثم غبارها ،
فلما لم يثبت المعرف فيه لم يصح إلحاق الدهر والحين قياساً ، لأن درك اللعان بالقياس
لا يستقيم . ولهذا إذا ذكر الدهر معرفاً يقع على الأبد اتفاقاً على ظاهر الرواية
بإختلاف الحين والزمان .

ولو قال لا أكل حيناً فهو على ثمانين سنة عندنا ، وعند أحمد «رح» . وعند مالك «رح»
على أربعين سنة . وعند الشافعي «رح» جميع العمر (وهذا الإختلاف في المنكر) الإختلاف
المذكور في قوله لا أكله دهرأ بدون الألف واللام .

(هو الصحيح) احتز به عن رواية بشر بن أبي يوسف «رح» عن أبي حنيفة «رح»
أنه قال لا أفرق على قول أبي حنيفة «رح» بين قوله دهرأ وبين قوله الدهر . وإذا كان
الإختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه ، فإما أن يكون ستة أشهر كما قالوا ، وإما
أن يكون يقع على الأبد بلا إختلاف بينهم ، وهو الذي أشار إليه المصنف «رح» بقوله
(أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً) .

فإن قيل ذكرت في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو شهوراً
أو سنيناً أو جمماً أو إياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات ، لأنها أوفى الجمع المتفق عليه .
فكيف قال أبو حنيفة «رح» لأدري الدهر ، وقد حكم في دهوراً أن أدناه ثلاثة دهور فكل دهر ستة
أشهر كما هو قولها ، ومن لا يدري معنى الفرد لا يدري معنى الجمع ، إذ الجمع عبارة عن ثلاثة
أفراد . قلنا هذا تفريع بمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر ، كما فرغ مسائل المزارعة
على قول من يرى جوازها ، ولذلك قال بالمعرفة إذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع
على بالألف واللام كما هو أصله في السنين والشهور ، واليه أشار بالمشرة التمره شي .

وقيل إن أبا حنيفة «رح» قال أوفى الجمع من هذه المذكور ثلاثة ، ولكن لا يلزم
من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر ، يعني لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور

لهما أن دهرأ يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ
حين ومنذ دهر بمعنى ، وأبو حنيفة توقف في تقديره ، لان اللغات
تدرك قياساً ، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في
الاستعمال . ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام ، لأنه اسم
جمع ذكر منكرأ ، فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث . ولو حلف
لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا
على أيام الأسبوع .

ثلاثة سنين ، وما يليق ذكره منا ما قاله بعضهم من قال لا أدري لما لم يدره ، فقد اقتدى
في النفقة بالنعمة في الدهر والحثى ، كذلك جوابه . ومحل أطفال ووقت ختان .

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد «رح» (أن دهرأ يستعمل استعمال الحين والزمان
يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد ، وأبو حنيفة توقف في تقديره ، لان
اللغات لا تدرك قياساً ، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال) إذ هو باق
بمعنى الزمان وبمعنى الابد . وقولهم دهر داهر ودهار برأى شديد . ويقال ماذا بدهرى ،
أي عاد يوم وما دهرى بكذا ، أي همي ، ويراد به العمر ، قال ~~عنه~~ لا صام الدهر
مستعملاً في معان مختلفة ، توقف أبو حنيفة في تقديره كما ذكرناه .

(ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام ، لأنه اسم جمع ذكر منكرأ فيتناول أقل
الجمع ، وهو الثلاث) هذا لفظ القدوري ، وهو رواية الجامع الكبير ، وذكره فيه أنه
بالإتفاق وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده ، أي عند أبي حنيفة «رح» ،
كما في العرف . وقال الإمام الاسبيجاني في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح ،
وذلك لأن ذكر الأيام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد ، فيقع على أقل الجمع ،
وهو الثلاثة .

(فإن حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة . وقالوا على أيام الأسبوع .

ولو حلف لا يكلمه الشهر فهو على عشرة أشهر عنده ، وعندهما
على اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود ، وهو ما ذكرنا ، لأنه يدور
عليها ، وله أنه جمع معرف ، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ
الجمع وذلك عشرة

ولو حلف لا يكلمه الشهر فهو على عشرة أشهر عنده) عند أبي حنيفة «رح» (وعندهما على
اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود) لأن في الأيام المعهودة في عرف الناس أيام الأسبوع ،
فكانت الجمعة هي المرادة ، وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة
(وهو ما ذكرنا) أن اللام للعهد (لأنه) أي لأن الشهر (يدور عليها) أي على اثني عشر .
قال الأترابي وكان القياس أن يقول لأنها تدور عليه ، لكن أقول المذكور في الأول ،
وفي الافراد في الثاني ، فافهم . ونقل الأكل هذا برمته بقوله وقيل ، أي لأن الشهر يدور
على اثني عشر وكان القياس إلى آخره ، ثم سكت عنه ، فالظاهر أنه لم يكن عنده معنى
غير هذا حتى سكت ولم يقل شيئاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي لفظ الشهور (جمع معرف بالالف واللام ينصرف
إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، وذلك عشرة) أي عشرة . والأصل هنا أن حرف
التعريف إذا دخلت في اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي
حنيفة ، وهو العشرة ، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ،
ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوماً ومائة يوم والالف يوم ، فإن كان العشرة أقصى ما ينتهي
إليه لفظ الجمع كانت هي المرادة ، لأن اللام للجنس ، بخلاف ما إذا حلف بقوله إن
تزوجت النساء ، حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صوته إلى الجمع ، وإن عني الجمع
قيل لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر . وقيل يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه . وقال أبو
حنيفة يقال أي اللام للعهد ، والعشرة معهودة في الجمع المعرف ، فانه أقصى ما يذكر
بلفظ الجمع ، فانه يقال ثلاثة أيام إلى العشرة ، ثم يقال أحد عشر يوماً ، فكان
تعريفاً لهذا المعهود .

وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين . وعندهما ينصرف إلى العمر ،
لأنه لا معهود دونه .

فان قلت هذا لا يستقيم في الشهور ، فانه لا يقال ثلاثة شهور بل يقال ثلاثة أشهر .
قلت بل يقال ثلاثة شهور أيضاً ، كما يقال ثلاثة فرد .

فان قلت هذا هكذا عند اقتران العدد ، لا عند تجرده عنه . وقد قيل في قوله تعالى
﴿ وتلك الأيام نداولها ﴾ ١٤٠ آل عمران ، أي أيام الدنيا . قلت اسم الجمع للعشرة وما
دونها حقيقة في حالتي الإبهام والتعيين ، ويقع على ما وراء العشرة في حالة الإبهام دون
اليقين ، فكان الصرف إلى ما صرف في الحالين أولى .

فان قلت يشكل هذا بقوله تعالى ﴿ وقطعناهم اثنتي عشرة أسباطاً ﴾ ١٦٠ الأعراف .
قلت لا يرد هذا السؤال ، لأن لفظ الأسباط ليس بتمييز ، وإنما التمييز محذوف ، تقديره
وقطعناهم اثنتي عشرة فرقة أسباطاً ، فحذف الموصوف وأقيمت الصفة مقامه .

(وكذا الجواب عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (في الجمع) جمع جمعة ، يعني
إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشرة جمعة (والسنين) يعني وكذا الجواب في السنين ،
يعني إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشرة سنين . وفي المحيط قال لا أكلمه الأيام والشهور
أو السنين أو الجمع أو الدهر أو الأزمنة فهو على العشرة عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما الأيام
على الأسبوع ، يعني سبعة أيام والشهور على السبعة وغيرها على العمر .

(وعندهما ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه) أي دون العمر ، لأن الأصل
عندهما أن ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه ، ولا ينصرف إلى جميع العمر . وفي الأيام
إلى المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة . وفي الشهور
المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين ،
فانصرف يمينه إلى جميع العمر . ولو قال جمعاً أو قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة
من ذلك بالاتفاق .

وفي الكافي وقيل تنصرف الأيام على سبعة اتفاقاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح »

ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالأيام الكثيرة عند
أبي حنيفة « رح » عشرة أيام ، لأنه أكثر ما يتناوله اسم الايام . وقالوا
سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار . وقيل لو كان اليمين بالفارسية
ينصرف إلى سبعة أيام ، لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع .

ينصرف إلى الثلاثة في المنكر ، لأنه أقل الجمع في المنكر في الأيام العرف ينصرف عند
مالك إلى الابد . وقال بعض أصحابه ينصرف إلى الاسبوع ، ويحمل الشهور على اثني
عشر ، وبه قال أحمد « رح » . وفي قوله عن مالك ينصرف إلى الابد والسنين ، والجمع
ينصرف إلى الابد لقولهم وبه قال أحمد « رح » .

(ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة
« رح » عشرة أيام ، لأنه أكثر ما يشار له اسم الايام) لان أكثر عدد يضاف إلى الايام
عشرة ، فبعد ذلك لا يسمى أياماً يقال ثلاثة أيام إلى عشرة أيام ، ثم يترك ذكر الايام
فيقال أحد عشر يوماً أو مائة يوم والـ الف يوم .

(وقالوا سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار) فتكون الايام الكثيرة سبعة . وقيل
هذا بالاتفاق كما ذكرنا عن قريب (وقيل لو كان اليمين بالفارسية) بأن قال لعبده أكثر
خدمتها رذها ، أي مثل نوازا أو يخدم سبعة أيام فيعتق ، وهو معنى قوله (ينصرف
إلى سبعة أيام ، لأنه يذكر فيها بلفظ المفرد دون الجمع) وقال الاترازي في هذا التعليل
نظر ، لان لفظ المفرد بالفارسي لا يتناول من أحد الامرين ، إما أن يفهم منه معنى الجمع
أم لا ، فان فهم فينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء ، وإن لم يفهم ينبغي أن لا يكون
الاسبوع مراد أيضاً ، انتهى . وقال الاكمل يمكن أن يحاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع .
قوله ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء . قلنا ممنوع لأنه لفظ الفارسي ، وإن
المراد معنى الجمع لكن ينتهي إلى العشرة ، وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود
أو لعدم القائل بالفصل .

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت ، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة ، لأن الموجود مولود ، فيكون ولداً حقيقة ، ويسمى به في العرف ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد .

(باب اليمين في العتق والطلاق)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في العتق والطلاق ، وقدم هذا الباب على غيره ، لأن الحلف بها أكثر وقوعاً ، فكانت معرفة كأنه من غيره .
(ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت ، وكذا إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة) فولدت ولداً ميتاً عتقت (لأن الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة) يعني يكون ولداً باعتبار الحقيقة وعرفاً وشرعاً . أما حقيقة فظاهر ، وأما عرفاً فكذلك ، أشار إليه بقوله (ويسمى به) أي بالولد (في العرف) وأما شرعاً فهو قوله (ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم الخارج بعده) أي بعد الولد (نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط ، وهو ولادة الولد) فتطلق الحرة وتعتق الأمة وهما ، ذكره الأترابي « رح » في التعليل أنه يجي في الآخرة ويرجى شفاعته بدليل ما روى أبو عبيدة رضي الله عنه في حديث النبي ﷺ في السقط تعطيل محيطياً على باب الجنة ، والمحيطي يروى لغيرهم ، فعلى الأولى معنى المنصب المستبطن للشئ ، وعلى الثاني معناه للعظيم البطن المنتفخ ، يعني مفضب وينفتح بطنه حتى يدخل أبواه الجنة .

ولو قال إذا ولدت ولدأ فهو حر فولدت ولدأ ميتاً ثم آخر حياً
 عتق الحمي وحده عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق واحد
 منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ينحل اليمين
 لا إلى جزاء ، لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء . ولأبي
 حنيفة « رح » أن مطلق اسم الولد مقيّد بوصف الحياة ،
 لأنه قصد إثبات الحرية جزاء ، وهي قوة حكمية
 تظهر في دفع تسلط الغير ، ولا تثبت في الميت فيتقيّد
 بوصف الحياة ،

(ولو قال إذا ولدت ولدأ فهو حر فولدت ولدأ ميتاً ثم آخر) أي ولدت ولدأ
 آخر (حياً عتق الحمي وحده عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق واحد منهما ، لأن
 الشرط قد تحقق بولادة الميت) لأن شرط الحرية ولادة الولد ، وقد تحققت ولادة الميت
 (على ما بينا) أشار به إلى قوله لأن الوجود مولود ، فإذا كان كذلك (فينحل اليمين لا
 إلى جزاء) كما إذا قال لعبد إذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار ينحل اليمين
 لا إلى جزاء ، حتى إذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق ، وكذا إذا قال لامرأته إن دخلت
 الدار فأنت طالق فأبانتها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى
 إذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق (لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء) لأن
 الحرية عبارة عن قدرة حكمية تثبت في المحل بحيث بدفع تسلط الغير عليه والميت ليس
 بأهل للقوة الحكمية المذكورة .

(ولأبي حنيفة « رح » أن مطلق اسم الولد مقيّد بوصف الحياة) تصحيح الكلام
 المعامل ، ولو لم يقيد بوصف الحياة صار لفواً (لأنه قصد إثبات الحرية جزاء) يعني من
 حيث الجزاء (وهي) أي الحرية (قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير عليه ، ولا تثبت)
 أي القوة الحكمية (في الميت) لأنه ليس بأهل لذلك (فيتقيّد) أي الوالد (بوصف الحياة

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام ،
 لانه لا يصلح مقيداً . وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً
 عتق ، لان الاول اسم لفرد سابق ، فإن اشترى عبيدين معاً ثم آخر
 لم يعتق واحدهم لانعدام التفرد في الاولين ، والسبق في الثالث
 فانعدمت الاولية . وإن قال أول عبد أشتريه وحده ، فهو حر عتق
 الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لان وحده للحال لغة ،
 والثالث سابق في هذا الوصف ،

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً (فولدت ولداً حياً ولم يوجد (بخلاف جزاء الطلاق)
 في قوله لامراته إن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً يقع الطلاق (وحرية الام)
 في قوله لامته إذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً يقع العتق (لانه) اي لان
 كل واحد من جزاء الطلاق وحرية الام (لا يصلح مقيداً) للحياة لاستغنائها عن حياة
 الولد ، ولهذا إذا وضعت الولد بالموت صريحاً ، وعلق الطلاق وحرية الام ، وبه قال إذا
 ولدت ولداً ميتاً فأنت طالق ، أو قال فأنت حرة كان صحيحاً .

(وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق ، لان الاول اسم لفرد سابق)
 لا يشاركه غيره فيه ، فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق (فان اشترى عبيدين معاً) يعني
 بصفة واحدة (ثم آخر) يعني ثم اشترى عبداً آخر (لم يعتق واحد منهم ، لانعدام
 التفرد في الاولين) أي في العبيدين الاولين (والسبق) أي لانعدام السبق (في الثالث)
 أي في العبد الثالث (فانعدمت الاولية) يعني لم توجد .

(وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث ، لانه يراد به التفرد في حالة
 الشراء ، لان وحده للحال لغة) أي حال كونه وحده ، وفي قوله - لغة - نظر ، لان
 وحده حال من جهة الإعراب لا من جهة اللغة (والثالث) أي العبد الثالث (سابق في
 هذا الوصف) لانه هو التوحد في الشراء ، بخلاف قوله أول عبد أشتريه واحداً فاشترى

وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشتري عبداً وملت لم يعتق ،
لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً . ولو
اشتري عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر ، لانه فرد لاحق ،
فاتصف بالآخريه ويعتق يوم اشتراه وعند أبي حنيفة «رح»
حتى يعتبر من جميع المال . وقالوا يعتق يوم مات حتى يعتبر
من الثلث ، لان الآخريه لا يثبت إلا بعدم شراء غيره بعده ،
وذلك يتحقق

عبدین ثم آخر لا يعتق واحد منهم لانعدام الاولية ، لان العبدین لیساً بفرد لیس سابقاً ،
والفرق بین قوله وحده ، و بین قوله واحداً ان الواحد يقتضي الإنفراد في الذات ، و وحده
يقتضي الإنفراد في الفعل المقرون به ، ألا ترى أنه لو قال في الدار رجل واحد كان
صادقاً إذا كان معه صبي أو امرأة بخلاف ما إذا قال في الدار رجل وحده كافياً إذا كان
معه صبي أو امرأة .

(وإذا قال (١) آخر عبد أشتريه فهو حر فاشتري عبداً ثم مات) أي المولى (لم يعتق ،
لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً) فلا يعتق لعدم الشرط ، ولانه
أول فلا يكون آخراً ، لانه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولاً وآخرأ ، وإنما
هو من صفات الباري عز وجل .

(ولو اشتري عبداً ثم عبداً) أي ثم اشتري عبداً آخر (ثم مات عتق الآخر ، لانه
فرد لاحق ، فاتصف بالآخريه ويعتق يوم اشتراه . وعند أبي حنيفة «رح» حتى يعتبر
من جميع المال) إذا كان الشراء في وقت الصعفة (وقالوا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ،
لان الآخريه لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك) أي عدم شراء غيره (يتحقق

(١) وإن قال - هامش .

بالموت ، فكان الشرط متحققاً عند الموت ، فيقتصر عليه .
ولابي حنيفة « رح » أن الموت معرف ، فأما اتصافه بالآخريّة من
وقت الشراء ، فيثبت مستنداً ، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات
الثلاث به ، وفائدته تظهر في جريان^(١) الإرث وعدمه . ومن قال كل
عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول ،
لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

بالموت) أي بموت الولي (فكان الشراء وعدم شراء^(٢) غيره متحققاً عند الموت ، فيقتصر
عليه) أي فيقتصر العتق على زمان الموت ، فيعتق قبيل الموت بلا فصل .
(ولابي حنيفة « رح » أن الموت) أي غير شرط له يعرف أن العبد الثاني هو آخر
عبد اشتراه (فأما اتصافه بالآخريّة من وقت الشراء) يعني هذه الصفة حصلت له من
وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة يعرض الزوال بأن يشتري غيره بعده ، فإذا مات ولم
يشر لم يوجد ما يبطلها (فيثبت) أي العتق (مستنداً) إلى وقت كان آخراً من وقت
الشراء (وعلى هذا الخلاف) المذكور (تعليق الطلقات الثلاثة به) أي بوصف الآخريّة
أو بلفظ الآخر بأن قال امرأة تزوجها فهي طالق ثلاثاً فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات
يطلق الثانية من حين تزوجها ولا ترث ، وعندما تطلق في آخر حياة الزوج ، ويصير
الزوج فاراً فترث المرأة ، وأشار إليه بقوله (وفائدته) أي فائدة الخلاف المذكور
(تظهر في حرمان الإرث) أي من الزوج (وعدمه) أي وعدم الحرمان ، وقد مر بيانه .
(ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة) أي ثلاثة عبيد حال
كونهم (متفرقين عتق الاول) أي العبد الاول (لان البشارة اسم لخبر يتغير به بشرة
الوجه) من السرور . فالحاصل أن البشارة اسم لخبر غائب عن الخبر علمه ، وقد يكون

(١) حرمان - هامش .

(٢) فكان الشرط متحققاً عند الموت - هامش .

ويشترط كونه ساراً بالعرف ، وهذا إنهما يتحقق من الاول . وإن
بشروه معاً عتقوا ، لانها تحققت من الكل . ولو قال إن اشترت
فلاناً فهو حر فاشتره ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه ، لأن الشرط قران
النية بعلة العتق وهي اليمين ، فأما الشراء فشرطه .

بالشر ، وقد يكون بالخير ، لانه في العرف مستعمل فيما بينه وبين الخيرية ، ويتحقق من
واحد وأكثر بأن أخبروه في هذه المسألة مجتمعين عتقوا ، لان البشارة حصلت منهم ، وإن
أخبروه متفرقين عتق الاول خاصة (ويشترط كونه ساراً) أى كون هذا الخبر ساراً
(في العرف) لما ذكرنا أنه يستعمل في الخير والشر (وهذا) أى كون هذا الخبر ساراً
يغير به بشرة الوجه (وإنما يتحقق من الاول) أى العبد الاول ، لان الثاني أخره لما كان
معلوماً عنده ، فلاتتغير به عندهما (ولو بشروه معاً) يعني مجتمعين (عتقوا) جميعاً (لانها)
أى لان البشارة على الوجه المذكور (حصلت ^(١) من الكل) فيعتق الكل وقد ذكرناه .
(ولو قال إن اشترت فلاناً فهو حر فاشتره ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه) أي عن
الكفارة (لأن الشرط) أي شرط الخروج عن عهدة التكفير (قران النية) أي نية
التكفير (بعلة العتق وهو اليمين) سمى جزاء اليمين ، وهو قوله أنت حر يميناً ، لأن
الجزء معظم اليمين ، إذ اليمين تختلف باختلاف الأجزئية ، يقال يمين الطلاق ويمين العتاق .
وإنما ذكر الضمير في قوله وهو اليمين باعتبار المذكور والأصل وهو اليمين ، وكذا هو في
بعض النسخ ، وهي اليمين ولم يوجد منه التكفير وقت يمينه ، لأن الكلام فيه (وأما
الشراء فشرطه) أي شرط العتق ، ولا أثر للشرط في العتق ، فيكون معتقاً بيمينه ولم
يقرن نية الكفارة بها ، حتى لو اقترنت جاز ، كذا في المبسوط . حاصله أن نية الكفارة
لم تقترن بعلة العتق ، بل اقترنت بشرط العتق ، وليس للشرط أثر في إيجاب العتق ، لأن
العتق ثبت بقول سابق ، وهو قوله فهو حر نصاً ، كأنه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة
يمينه لا يجوز ، فكذا هو .

(١) تحققت - هامش .

وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزاء عندنا ، خلافاً لـ زفر
« رح » . لها أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهي القرابة ، وهذا
لأن الشراء ثبات الملك والإعتاق إزالته ، وبينهما منافاة . ولنا
الشراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن
يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء إعتاقاً ، لأنه لا يشترط
غيره ، فصار نظير قوله سقاه فأرواه

(ومن اشترى أباه نوى عن كفارة يمينه أجزاء عندنا ، خلافاً لـ زفر والشافعي رحمهما الله)
وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً (ولهما) أي
زفر والشافعي رحمهما الله (أن الشراء شرط الإعتاق ، وأما العلة فهي القرابة) المتقدمة ،
فصار كعتقه بين متقدمة ، ، وإنما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة . والدليل
على أن استحقاق العتق بالقرابة أن أحد الشريكين إذا ادعى نسبه فضمن شريكه نصيبه
كما لو أعتقه (وهذا) أي كون الشراء شرطاً لا علة (لأن الشرط إثبات الملك) وهو
ظاهر (والإعتاق إزالته) لأنه ليس بإثبات للملك (وبينهما منافاة) فلا يكون
الشراء إعتاقاً .

(ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لن يجزي ولد
والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه) هذا الحديث أخرجه الجماعة غير البخاري
كلهم عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ
ولا يجزي ولد .. الحديث (جعل نفس الشراء إعتاقاً) أي الحديث أو الشارع بعين
الشراء إنما قالوا محال (لأنه لا يشترط) أي في الحديث (غيره) أي غير الشراء بالإجماع ،
فلا يحتاج إلى إعان آخر ومثله وارد في كلام العرب ، أشار إليه بقوله :

(وصار نظير قوله سقاه فأرواه) أي بالنفي نفسه ، وكذا يقال ضربه فأوجمه ، أي
نفس الضرب . وقال الأكل قول سقاه فأرواه ، جواب عما يقال عطف الإعتاق على
الشراء بألف ، وهو يقتضي الزنا بزمان ، وإن عطف فلا يكون نفسه . ووجهه أن الفعل

ولو اشترى أم ولده لم يجزئه ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة
قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم
اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ، ولا يجزئه عن الكفارة ، لأن
حريتها مستحقة بالاستيلاء ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه ،

إذا عطف على فعل آخر بألف كان الثاني ثابتاً بالأول في كلام العرب ، يقال ضربه فأوجمه
وأطعمه فأشبعه ، وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره ، وفيه مجسب وهو أن شراء
القريب بل يثبت الملك للمشتري القريب أولاً ، فإن أثبتته لا يزيله ، لأن الميثب بعينه لا
يكون مزيداً ، وإن لم يثبت لا يعتق عليه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء
القريب يثبت الملك ، لأن ثبوت الملك في القريب إعتاق بواسطة موجبة ، وهو ثبوت
الملك ، لأنه أسندا استعماله لأنه يلزم أن يكون مثلث الشيء ، ونفي ثبوته إزالة له .

والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب اعاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن
محلية الملك بقاء ، كما أنه أخرج الحر عن محلية ابتداء وبقاء ، وهذا لأن العتق لا يقع إلا
في الملك . فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ، ثم أن المصنف قال ومن اشترى
أباه ، وكذا الحكم إذا اشترى أخاه ، وكذلك على الخلاف المذكور إذا وهب له أبوه
أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، وهو نوى عن كفارته ، كذا ذكر شمس الأئمة
السرخسي « رح » في شرح الكافي . ولو ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه هذا الميراث
يدخل في ملك الوارث بدون صنعه واختياره . والتكفير يتأدى بالتجويز الذي هو صفة .
وفي الهبة والصدقة والوصية تحصيل صنعه ، وهو القبول .

(ولو اشترى أم ولده لم يجزئه) عن الكفارة (ومعنى هذه المسألة) وهي من مسائل
الجامع الصغير (أن يقول لأمة لغيره ^(١) وقد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة
عن كفارة يميني فاشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا يجزئه عن الكفارة ،
لأن حريتها مستحقة بالاستيلاء ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه) لأن الموجب باليمين

(١) ثم اشتراها - نسخة .

بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمين
حيث يجزىء عنها إذا اشتراها، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى،
فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية، ومن قال إن تسريت
جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت، لأن اليمين
انعقدت في حقها لمصادقتها الملك

ما يستحق حريتها من كل وجه، وهو معنى قوله فلا تضاف أي الحرية إلى اليمين من كل
وجه. ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالشراء أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاء،
فما بالها لم تمتنع إذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب. والجواب أن
الاستيلاء فعل اختياري من جهة المستولد، فكانت الحرية من جهتين، جهة الاستيلاء
والشراء، فلم يقع عن الكفارة من كل وجه، بخلاف القرابة، فإنها ليست كذلك، فلم
يكن من جهة القريب في حريته سواء للشراء. فاذا اشتراه ناوياً بالكفارة كانت الحرية
عن الكفارة من كل وجه.

(بخلاف ما إذا قال لأمة) وفي بعض النسخ لقنة (إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة
يمين^(١) حيث يجزئها عنها) أي عن كفارة يمين (إذا اشتراها ، لأن حريتها غير مستحقة
بجهة أخرى) وإنما هي بالشراء (فلم تختل الإضافة إلى اليمين) أي إضافة الحرية إلى
اليمين لم ينحل لعدم استحقاقه القنية الحرية (وقد قارنته النية) أي والحال أن نية
الكفارة قارنت الشراء .

(ومن قال إن تسريت جاريه فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، لأن
اليمين انعقدت في حقها لمصادقتها الملك) وكل من انعقد في حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه
يترتب على الجزاء . واعلم أن معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة إلى السر ،
وهو الجماع أو الخفاء إلى الدهر دهري بالضم ، وإلى الأرض السهلة سهيلي . وقال الكافي

(١) يمين - هامش .

وهذا لأن الجارية منكورة في هذا الشرط ، فيتناول كل جارية على
الانفراد . وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق بهذه اليمين ، خلافا
لزفر « رح » ، فإنه يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره
ذكر الملك ، فصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير
التزوج مذكوراً .

تسرى معنى لغوي وشرعي أما في اللغة فالتسري مأخوذ من السرية واحدة السرايا، وهي
الأمه التي يبوء لها بيت ، وكان الأخصش يقول أنها مشتقة من السرور ، لأنه لوئها ، يقال
تمر تسرت وتسريت^(١) أيضاً كما يقال بطست وبطن قلبت أحد النونين ياء . وقيل السرية
مأخوذة من السرى وهو السيد ، لأنه إذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجوارى .

وأما في الشرع فالتسري عبارة عن التخصيص من الوطء ، وبه قال الشافعي « رح »
في وجه . وقال في وجه الوطء مع الإنزال والتحصين . وقال في وجه يكفي الوطء ، وبه
قال أحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يشترط مع الوطء طلب الولد ، حتى لو وطئها
وعزل عنها لا تكون بسرية عنده ، وعندهما السري عبارة عن أن يبوءها بيتاً ويحصنها ،
وإن لم يطلب ولدها .

(وهذا) توضيح لانعقاد اليمين في حقها (لأن الجارية منكورة في هذا الشرط ، فيتناول
كل جارية على الإنفراد) لأن النكرة وقعت في موضع النفي فعمت .

(وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق ، خلافاً لزفر « رح ») فمنده يعتق في الحالين
(فانه) أي فان زفر « رح » (يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر
الملك لا يصح إلا به ، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ، يصير التزوج
مذكوراً) دلالة ، لأن الطلاق يصرف لا يصح بدون متابعة النكاح ، فكانه قال إن
نكحتك وطلقتك فعبدي حر .

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط
فيتقدر بقدره ، فلا يظهر في حق صحة الجزاء ، وهو الحرية . وفي
مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء ، حتى لو قال لها إن
طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً ،
فهذه وزان مسألتنا .

فان قيل هذا قول بالاعتضاء ، زفر « رح » لا يقول باقتضاء يحتاج فيه إلى التكفير ،
بخلاف الدالة ، فان الثابت بها يفهم ، ولهذا عند فلان سربة يفهم منه في أول الوهلة أن
عنده جارية موطوءة ، فلا يرد عليه السؤال .

(ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط) أي التسري
شرط (فيتقدر بقدره) أي يتقدر الملك بقدر الضرورة ، وكذا الضمير الراجع إلى
الضرورة بالذكر على تأويل الاضطرار (فلا يظهر في صحة الجزاء ، وهو الحرية) فلم يصح
اليمين في حق الأمة المشتراة (وفي مسألة الطلاق) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية ،
تقريره أن في مسألة الطلاق ، وهي إذا قال لأجنبية إن طلقتك فمبدي حر (إنما يظهر)
أي إنما يظهر ملك النكاح (في حق الشرط) يعني في حق الطلاق الذي هو شرط (دون
الجزاء) يعني لا يظهر في حق الجزاء (حتى لو قال لها) أي لأجنبية (إن طلقتك فأنت
طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها) يعني واحدة (لا تطلق ثلاثاً) لأن ملك النكاح ثبت
اقتضاء ضرورة صحة الشرط . فلم يظهر في حق صحة الجزاء .

(فهذه وزان مسألتنا) أي هذه المسألة وهي قوله إن طلقتك فأنت طالق فتزوجها
وطلقها لا تطلق ثلاثاً نظير مسألتنا ، وهي قوله إن سريت جارية فهي حرة ، لأن في كل
منها لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ، ونظير مسألة زفر « رح » وهي
قوله لأجنبية إن طلقتك فمبدي حر ، أي إذا قال لا تسريت جارية فمبدي حر فتسراها
فسراها يمتق المبد ، كما إذا تزوجها فطلقها يمتق المبد ، لأن الملك قائم في المبد في الحال
في صورتين جميعاً . فالحاصل أن الملك وقع شرطاً للشرط الذي هو الطلاق والسرى ،
فلا يكون بشرط الشرط شرطاً للجزاء .

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء ، إذ الملك ثابت فيهم رقبة وبدأ ، ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت بدأ ، ولهذا لا يملك اكتسابه ولا يحل له وطء المكاتبه ، بخلاف أم الولد والمدبرة ، فاختلفت الإضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين ، الآن أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين

(ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء) يعني أن كل واحد من هؤلاء بالإضافة إلى نفسه بقوله لي كامل (إذ الملك ثابت فيهم رقبة وبدأ) فإذا كان كذلك دخلوا بحيث كل فيعتقون (ولا يعتق مكاتبوه إلا إن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت بدأ ، ولهذا لا يملك اكتسابه) أي اكتساب المكاتب (ولا يحل له وطء المكاتبه) فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلفت الإضافة) أي إضافة الملك إلى المكاتب (فلا بد من النية) فإذا نوى عملت بنيته ، وكذا معتق البعض لا يعتق إلا بالنية . وفي المبسوط ولو نوى بقوله كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ، ولا عموم لا لفظ له ، فلا يعمل بنيته ، بخلاف الرجال ، لأن لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النساء ، ويقال للأنثى مملوك ، وليس عند الإختلاط مستعمل لهما المملوك عادة ، فلو نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه ، ولكنه خلاف الظاهر ، فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة . ولهذا لو نوى النساء وحدها لا يصدق ديانة ولا قضاء . ولو قال لم أنو المدبر لم يصدق قضاء وديانة . وفي رواية يصدق ديانة .

(ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين) أي في تعيين إحداها (لأن أو لإثبات أحد المذكورين) أي لأحد الأوليين (وقد أدخلها بين

الأولين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحلّه ، فصار كما إذا قال إحدا كما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير ، وله

الخيار في الأولين لما بينا

الأولين ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحلّه (أي يختص العطف بمحل الحكم ، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأولين ، فكانت الثالثة طالقاً ، لأن الواو تقتضي الإشتراك في الحكم ، والحكم هذا هو الطلاق) فصار كما إذا قال إحدا كما طالق وهذه ، وكذا إن قال لعبده هذا حر أو هذا عتق الآخر ، وله الخيار في الأولين أي في تعيين أحد العبدین الأولين . وأما الآخر فيعتق بلا شك .

فإن قلت لم لا يكون الشك في المرأة الثالثة أيضاً ، لأن الواو للجمع ، وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية ، فشك فينبغي أن يقع الشك في الثالثة ، ولهذا قال زفر « رح » والمرأة يقع في الحال شيء ، ويخبر بين أن يقع على الأول أو على الآخرين ، كما إذا قال هذه طالق أو هاتان ذكر قولها في جامع الساقى . قلت نعم أنها للجميع ، لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على أحد الأولين غير عين ، فاقتضت الجمع بين طلاق الثالثة وبين طلاق إحدى الأولين ، فصارت الثالثة مرادة بإيجاب الطلاق . وكذا العبد الثالث ، فكأنه قال إحدا كما طالق . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي إذا قال أنت طالق وفلانة فالأولى طالق ، والخيار في الآخرين .

فإن قلت العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم ، فيعطف على من يقع عليه الحكم ، كما في قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا ، فإنه إن كلم الأول حنت ، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنت حتى كلمها ، ويكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً ، وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان ، فحينئذ كان هو مخيراً في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأولى ، وإن شاء أوقع على الآخرين . قلت أجيب بأن

هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة « رح » عن محمد « رح » ، فأما الذي ذكره في الكتب فهو ظاهر الرواية والعرف بين ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق ، وبين قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم ، وهو مسألة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما ، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال أحدهما طالق وهذه ، ولو عطف على هذا كان الحكم ما قلنا .

أما في مسائل الجامع فالموضع موضع الشيء لا يعم ، كما في قوله تعالى ﴿ ولا تطع منهم أثماً أو كفوراً ﴾ ٢٤ الإنسان ، فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً ، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين . ولو قضى على هذا كان الحكم هكذا فكذا هذا

* * *

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه ، ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه ، فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الأمر ، وإنما الثابت له حكم العقد

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين إلى آخره . قوله - وغير ذلك - أي في الطلاق والعتاق والضرب ، كما إذا قال لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فأمر خبره بذلك ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى . ولما كانت التصرفات في الأيمان في هذه الأشياء أكثر وقوعاً بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم ، قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج .

(ومن حلف لا يبيع ولا يشتري أو لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) وبه قال الشافعي « رح » في الأظهر . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يحنث ، لأن الفعل يطلق على الموكل بالأمر بصير كأنه فعلة بنفسه ، كما لو حلف لا يخلق رأسه فأمر غيره بخلقه يحنث (لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه) أي على الوكيل والحقوق مثل تسليم المبيع ، فإذا كان بائعاً قبضه إذا كان مشترياً ، وقبض الثمن إذا كان بائعاً والرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق والخصومة في العيب .

(ولهذا) أي ولكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف (لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه) لوجود الشرط الذي هو العقد منه ، وقوله (فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الأمر) من تنمة تعليل قوله لم يحنث ، لأن شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه الأشياء لم يوجد منه ، وإنما وجد من المأمور (وإنما الثابت له حكم العقد)

إلا أن ينوي ذلك ، لأن فيه تشديداً ، أو يكون الحالف ذا سلطان
لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده ، ومن حلف لا يتزوج
أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث ،

هذا جواب عما قال الخصم أن هذا العقد ثابت له لا للأمر ، وتقريره أن الثابت للأمر
حكم العقد وهو الملك .

(إلا أن ينوي ذلك) قوله لم يحنث ، أي إلا أن نوى ، الحالف أن لا يأمر غيره أيضاً ،
فحينئذ يحنث (لأن فيه تشديداً) أو تغليظ عليه (أو يكون الحالف ذا سلطان) أي ذا
شوكة (لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده) أي لأن ذا سلطان كالقاضي
ونحوه ، إذا منع نفسه عن الفعل يمنعها بما هو عادة له في ذلك الفعل ، فإذا حلف لا يبيع
ولا يشتري فكانه قال لا أمر بالبيع ولا أمر بالشراء ، بدلالة الحال فيحنث في يمينه
بفعل المأمور .

واعلم أن الضابطة في هذه التصرفات لأصحابنا فيما يحنث بفعل المأمور ، وفيما لا يحنث
شيئان ، أحدهما أن كل فعل يرجع الحقوق فيه إلى المباشرة ، فالحالف لا يحنث لمباشرة
المأمور ، وهو الذي ذكره المصنف « رح » بقوله ومن حلف لا يبيع .. إلى آخره . وذكر
ثلاثة أشياء البيع والشراء والإجارة . وفي هذا الباب التزويج والاستجارة والصلح عن
مال القسمة والخصومة وضرب الولد . والثاني هو الذي لا يتعلق الحقوق بالمباشرة ،
بل بالأمر ، ولم يكن له حقوق ، فحينئذ يكون فعل المأمور كفعل الأمر ، وهو الذي
أشار إليه بقوله :

(ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق) وذكر ثلاثة أشياء في هذا القسم ، ومن
هذا الباب المكاتبه والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب
الولد والربيع والبناء والحياطة والإبداع والاستبداع والإعادة والاستمادة وقضاء الدين
والقبض والكسوة والحمل وأحد الثلاثة التي ذكرها التزويج ، فإنه إذا حلف لا يتزوج
(فوكل بذلك حنث) وقال في نوادر هشام « رح » ، إذا زوجه غيره امرأة بغير إذن

لان الوكيل في هذا سفير ومعبر، ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الأمر وحقوق العقد ترجع إلى الأمر لا إليه . ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة ، وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى .

الحالف . ثم ان الحالف أجازة قال محمد « رح » لا يحنث . وفي مسائل أهل البصرة فيما كتبوا إلى محمد بن الحسن « رح » إذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلا بالنكاح لا يحنث ، وهو خلاف الأصل ، كذا ذكر الناطقي « رح » في الأجناس ، فوكل بذلك ، أي بكل واحد من التزوج والطلاق والعتاق يحنث ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي « رح » وفي وجه ، ذكره في تتمهم . وقال في الوجيز والتنبيه أكثر كتبهم لا يحنث لعدم الفعل منه ، ولهذا يصدق ما نكح فلان ، وإنما قيل له الوكيل النكاح كما في البيع ونحوه ، وقلنا تحرم بالحنث .

(ولأن الوكيل في هذا سفير) قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ، ومنه الوكيل سفيراً (ومعبر) من التعبير ، وهو الذي يعبر ، أي بغير الوكيل ، كما يقع بينه وبين الموكل من الأمر الذي وكله فيه (ولهذا) أي ولكونه سفيراً معبراً (لا يضيفه) أي لا يضيف الموكل إلى ما وكل فيه (إلى نفسه ، بل إلى الأمر) أي بل يضيفه إلى الأمر وهو الموكل ، فصار كأن الموكل فعله بنفسه (وحقوق العقد) أي في الأشياء الثلاثة المذكورة (يرجع إلى الأمر) وهو الموكل (لا إليه) أي لا ترجع الحقوق إلى المأمور ، وهو الوكيل والحقوق ظاهر ، وهي وجوب المهر في التزوج ووقوع الطلاق ووقوع العتاق .

(ولو قال عنيت أن لا أكلمه به) أي بلفظ التزوج والتطليق والإعتاق (لم يدين) أي لم يصدق (في القضاء) لأنه خلاف الظاهر ، وقيد بقوله (خاصة) لأنه يصدق ديانة ، لأنه نوى شيئاً يحتمله لفظه ، فصحت النية والله يعلم الباطن (وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى) أراد به قوله في المتن ، ووجه الفرق كأن الطلاق ليس تكلم إلا بكلام يقضي إلى وقوع الطلاق عليها إلى آخر ما قال .

ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل
يحنث في يمينه ، لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته
فيملك توليته غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الأمر ، فيجعل هو مباشراً
إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور ، ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك
بنفسي دين في القضاء ، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره . ووجه
الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق
عليها ، والأمربذلك مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما ،

(ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه) وبه قال
مالك وأحمد وعند الشافعي لا يحنث (لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك
تولية غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الأمر فيجعل هو مباشراً ، إذ لا حقوق له يرجع إلى
المأمور) توضيحه أن الفعل ينبت إلى الأمر ليس فيه حقوق لا يتعلق بالمأمور ومنفعته
تعود إلى الأمر ، لأن العبد يكون مؤتمراً سفيراً بأمر الموالي ، فكان فعمل المأمور
كفعل الأمر .

(ولو قال) أي الحالف المذكور (عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي) أي قصدت أن
لا أتولى ضرب العبد أو ذبح الشاة بنفسي (دين في القضاء) قال الأترابي « رح ، صدق
قضاء وديانة (بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره) مثل النكاح والعتاق ، ثم أشار إلى
الفرق بين الصورتين بقوله (ووجه الفرق) وهذا هو الفرق الذي وطئ قبل هذا (١) ،
وبيان وجهه (أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها ، والأمر
بذلك) أي بالطلاق والعتاق والنكاح (مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما) أي ينتظم
التكلم بذلك والأمر بذلك ، لأن المأمور كالرسول ، ولسان الرسول كلسان المرسل
بالإجماع ، فيكون التطبيق بلسانه كالتطبيق بنفسه ، فيكون ما سماه خلاف الظاهر ، وهو

(١) هكذا الجملة في الأصل .

فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام، فيدين ديانة لا قضاء،
 أما الذبح والضرب فعل حسي يعرف بأثره، والنسبة إلى الأمر بالتسيب
 مجازاً، فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء.
 ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحث في يمينه، لأن
 منفعة ضرب الولد عائدة إليه وهو التأديب والتثقف

متهم فيه، فلا يصدق قضاء، وهو معنى قوله (فإذا نوى المتكلم به فقد نوى الخصوص في
 العام فيدين ديانة) أي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى (لا قضاء) أي لا يصدق في القضاء،
 لأنه خلاف الظاهر كما ذكره .

(وأما الضرب) أي ضرب العبد (والذبح) أي ذبح الشاة (ففعل ^(١) حسي يعرف
 بأثره) ولا يحتاج فيه إلى الأمر، حتى يكون ضرباً أو ذبحاً (والنسبة إلى الأمر) أي
 نسبة الفعل إلى الأمر (بالتسيب) أي سبيل التسيب (مجازاً)، فإذا نوى الفعل بنفسه
 فقد نوى الحقيقة، فصدق ^(٢) ديانة وقضاء) وإن كان في ذلك تخفيف له . وقيل ذكر
 القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق، لأنه في الموضعين إذا نوى المباشرة فقد نوى
 حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين . وقال الشافعي رحمه الله :

(وإن ^(٣) حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه ، لم يحث في يمينه ، لأن منفعة
 ضرب الولد عائدة إليه) أي إلى الولد (وهي) أي المنفعة المذكورة (التأديب والتثقف)
 يقال ثقفت الرمح فتثقف ، أي سويته فاستوى ، حاصله أن يتأديب ويسلك الطرائق
 الحميدة ، ويختار السير الصالحة ويتجنب الأفعال المستقبحة ويترك البرى ^(٤) والشهوة ،

(١) فعل - هامش .

(٢) فيصدق - هامش .

(٣) ومن - هامش .

(٤) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

فلم ينسب فعله إلى الأمر، بخلاف الأمر بضرب العبد، لأن منفعة
الائتمار بأمره، فيضاف الفعل إليه. ومن قال لغيره إن بعث
لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس المحلوف عليه ثوبه في ثياب
الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث، لأن حرف الام دخل على البيع
فيقتضي اختصاصه به، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه
النيابة ولم يوجد،

فذلك منفعة خالصة للولد، وإن كان فيه منفعة للوالد أيضاً ما هنا فلم يجعل ضرب المأمور
كضرب الأمر (فلم ينسب فعله إلى الأمر. بخلاف الأمر بضرب العبد، لأن منفعة الائتمار)
أي الإنقياد بأوامره والإطاعة للمولى عائده إلى الأمر (بأمره فينضاف الفعل إليه) أي
إلى الأمر، أي لأن ضرب المأمور كضرب المولى فيحنث بضرب المأمور.

(ومن قال لغيره إن بعث لك هذا الثوب فامرأته طالق، فلبس المحلوف عليه ثوبه)
أي أخفاه (في ثياب الحالف فباعه) أي الحالف والحالف أنه لم يدر (ولم يعلم به لم يحنث،
لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به) أي يقتضي اختصاص الفعل
بالمحلوف عليه (وذلك بأن يفعله بأمره) سواء كان العين مالكية أو لا (إذ البيع يجري
فيه النيابة ولم يوجد) أي الأمر، فلا يحنث، لأن تقدير الكلام إن بعث ثوباً يوماً بوكالتك
أو بأمرك ولم يوجد. والأصل في معرفة ذلك أن يعرف أن الكلام قد يكون للتعميل نحو
المال لزيد، وقد يكون للتعميل نحو فعلت هذا لمرضاتك، أي لأجل ابتغاء مرضاتك،
فلا يصرف لأحدهما إلا بوجود المرجح أو لتعذر صرفه إلى الآخر.

وهنا أصلاً آخران، أحدهما أن تصحيح الكلام مع مراعاة النظم أولى من تصحيحه
مع تغير نظامه. والآخر أن كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة
لغيره، وما يجوز فيه الوكالة لا يعمل لغيره فتعين اللام فيه للملك، ففي المسألة المذكورة
لم يحنث، لأن المعنى بعث لأجلك ولم يوجد البيع لأجل المحلوف عليه لعدم أمره.

بخلاف ما إذا قال إن بعث ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً
له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف
اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين به ،
وذلك بأن يكون مملوكاً له .

(بخلاف ما إذا قال إن بعث ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له ، سواء كان
بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين) أي تعلق به
(لأنه أقرب إليه ، فيقتضي اختصاص العين به) أي بالحلوف عليه ، يعني لما كانت اللام
مقرونة بالبيع ، والبيع من الأفعال التي تملك بالعقد اقتضت أن يكون البيع مختصاً
بالحلوف عليه بأن يقع فعل البيع للحلوف عليه ، ووقوعه لزمان يتبعه بأمر الحلوف عليه
ولم يوجد البيع بأمره ، فلا يحنث ، بخلاف ما إذا قال ثوباً لك حيث يحنث إذا باعه بأمره
أو بغير أمره ، ولا يشترط العلم بذلك ، لأن اللام لما قرنت بالعين وكانت أقرب إلى العين
من الفعل اقتضت اختصاص العين بالحلوف عليه ، والاختصاص بأن يكون العين ملك
للحلوف عليه .

(وذلك بأن يكون مملوكاً له) أي الإختصاص بالحلوف عليه ، بأن الثوب مملوكاً له ،
لأن اللام في هذه الصورة صارت العين ، فأوجب ملك العين لا ملك الفعل تقديره إن
بعث ثوباً هو مملوك ، فلو باع ثوباً مملوكاً يحنث ، سواء علم به أو لا . وفي الدخول ونحوه
يقع اليمين على تلك العين ، سواء قدم اللام بأن قال إن أكلت لك طعاماً أو شربت لك
شرباً ، أو آخر بأن قال طعاماً لك أو شرباً لك ، لأن هذا الفعل مما لا يملك بالعقد
فوجب صرف اللام إلى مالك الفصل بالمقد ، وهو العين ، بخلاف الفصل الأول ، فإن
كل واحد منها مما يملك بالعقد فرجحنا بالقرب ، فإن نوى غيره صدق قضاء فيما قيد تغليظاً
عليه ، لا فيما فيه تحقيق . فإن نوى من قوله بعث لك ثوباً لك ، وعلى المكس يصدق
ديانة فيها ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام وتقديمه ، إذ اللام يحتملها ولا يصدق
قضاء فيما فيه تخفيف عليه .

ونظيره الصياغة والحيطة وكل ما يجري فيه النيابة ، بخلاف الأكل
والشرب وضرب الغلام ، لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم
فيه في الوجهين .

(ونظيره) أي نظير البيع (الصياغة ^(١) والحيطة) ونحوهما ، ذكرناه عن قريب
(وكل ما يجري فيه النيابة) عطف على ما قبله وما يجري فيه النيابة نحو الكتابة والهبة
والصدقة ، وقد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج والطلاق والعناق .

(بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام) صرح قاضي خان في جامعته بأن المراد
بالغلام العبد ، لأن الضرب مما لا يملك بالمقد . وقال المرغيناني المراد بالغلام الولد ، وسمى
الولد غلاماً ، وقال الله تعالى ﴿ إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى ﴾ ٧ مريم ، لأن ضرب العبد
يحتمل الوكالة والنيابة ، وهذا هو الصواب ، لأن ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا ،
ولهذا لو حلف لأن يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث ، لأن المنفعة تعود إليه ، وقد
ذكره المصنف قبل هذا . وقال الأكل ومن الشارحين من وجه الأول . وقال تاج الشريعة
رحم الله قال اللام الأستاذ ناقلاً عن أستاذه أن المراد من الغلام العبد ، قال وذكر بعد
الشارحين صريحاً انتهى . وقال الأكل أجاب عن المسألة المذكورة ، أي أجاب الشارح
الذي قال المراد من الغلام العبد بأن محمداً لم يذكرها ، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطية
فإنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور ، ومع ذلك جعل مما يحتمل النيابة .

(لأنه) أي لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة (لا يحتمل النيابة ، فلا يفترق الحكم
فيه في الوجهين) أي لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجزىء فيه النيابة كالأكل والشرب
وضرب الغلام في الوجهين ، يعني إذا قدم للام أو آخر .

فإن قلت ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق أن من حلف لا يضرب عبده يحنث
بضرب مأموره . قلت المراد من جريان النيابة بأنه تعلق بها حقوق يرجع الوكيل بما لحقه

(١) هذا ما ورد في المتن ، وقد كتبت في الشرح المضاعفة ، اه مصححه .

ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط ، وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضاً ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء والملك قائم فيه ،

من المهدة على الموكل ، وهنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل يرجع بها على الموكل فافهم .

(ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع ، والملك فيه قائم) لأن خياره يمنع خروج البيع عن ملكه باتفاق (فينزل الجزاء) وهو الحرية ، وبه قال مالك والشافعي « رح » في وجه . وقال أحمد « رح » لا يعتق ، لأن خيار البائع يخرج البيع عن ملكه عنده . وقيد بقوله باعه بالخيار ، لأنه لو باعه بيماً بأن لا يعتق بالإجماع لخروج البيع عن ملكه ، فلم يبق محلاً للجزاء ، فلا يترك الجزاء في غير الملك ، ولهذا يعرف أن العلة مع المعلول فيفترقان في الوجود . أما الشرط والمشروط غير مفترقان .

فإن قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك ، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن يقول الجزاء ليس كذلك . أوجب بأن جواب البيع ليس مع المنافي ، وجواز النكاح مع المنافي ، لأنه رق وإلا تنافيه ، فإذا كان النكاح فاسداً اعتقد فساداً بما يخالف الدليل ، فيترجح جانب العدم ، فصار كأن لم يكن ، بخلاف البيع ، لأنه موافق للدليل ، فكان موجوداً ، فالإيجاب والقبول في الحل وإن لم يفد الحكم .

(وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر ، فاشتراه على أنه بالخيار عتق ^(١) أيضاً ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو الشراء والملك قائم فيه) أي في العبد فيترك الجزاء ،

(١) يعتق - هامش .

وهذا على أصلهما ظاهر، وكذا على أصله، لأن هذا العتق بتعليقه،
والمعلق كالمنجز. ولو أنجز العتق يثبت الملك سابقاً، فكذا هذا.
ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق
أو دبر طلقت

هذا في قولهم جميعاً (وهذا على أصلهما) أي على أصل أبي يوسف ومحمد « رح » (ظاهر)
لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت ملك المشتري عندهما ، فثبت الملك سابقاً على العتق ،
فيترك العتق في الملك ، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في وجه . وقال مالك والشافعي
« رح » في وجه لا يمتق ، لأن انتقال الملك سقوط الخيار ، فقبل سقوطه وجد الشرط
وينحل اليمين فلا يمتق لعدم الملك (وكذا على أصله) أي أصل أبي حنيفة « رح » يعني
يمتق . وإن كان حلف المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه (لأن هذا العتق بتعليقه) أي
بتعليق المشتري لا بالملك (والمعلق كالمنجز) يعني المعلق بالشرط كالمنجز ، فكأنه قال
بعد الشراء عقب هذا العقد .

(ولو نجز) أي المشتري (العتق) في هذه الصورة (يثبت الملك سابقاً عليه) أي
على التخيير (فكذا هذا) أي فكذا في تعلق العتق بالشراء إذا وجد الشراء لا يكون
كأنه يحزى العتق حالة الشراء ، بخلاف قوله إن ملكتك فأنت حر فاشترى على أنه
بالخيار لا يمتق ، لأن شرط الحنث وهو الملك لم يوجد ، لأن المشتري بالخيار لم يملكه عند
أبي حنيفة « رح » لم يترك الجزاء ، وبخلاف ما إذا اشترى ذا رحم محرم بالخيار ،
حيث لا يمتق على قول أبي حنيفة « رح » لعدم الملك ، لأن الخيار من المشتري
مانع لتملكه .

(ولو ^(١) قال إن لم أبع هذا العبد وهذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت

(١) ومن - هامش .

امرأته ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محلية البيع .
وإذا قلت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً
طلقت هذه التي حلفته في القضاء. وعن أبي يوسف «رح» إنها لا تطلق،
لأنه أخرجه جواباً فينطبق عليه. ولأن غرضه إرضائها، وهو
بطلاق غيرها ، فيتقيد به .

امرأته ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محل^(١) البيع) أي بالإعتاق
والتدبير ، فطلق كالومات الحالف أو العبد ، ولا خلاف .

فان قيل لم يقع البأس عن البيع بالتحريم والتدبير لجواز أن تردت الجارية فتسمى بعد
اللاحاق فملكها هذا الرجل ويبيها بالتدبير ، لجواز أن يقضي القاضي بجواز البيع ،
وأجيب بأن هذا موهوم ، فلا يعتبر . وقيل الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا على
الملك الذي سيوجد .

(وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه
الذي حلفته في القضاء . وعن أبي يوسف «رح» أنها) أي أن التي حلفته عليه (لا تطلق)
ومال أكثرهم إلى هذا القول (لأنه) أي لأن الزوج (أخرجه) أي أخرج الكلام (جواباً)
لكلام المرأة (فينطبق عليه) أي فينطبق الجواب على السؤال ، فكأنه قال كل امرأة لي
غيرك تزوجتها طالق ثلاثاً ، والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون إفصاحاً ، فيكون المحلقة
مستثناة من عموم اللفظ دلالة ، فينصرف الطلاق إلى غيرها .

(ولأن غرضه) أي غرض الزوج (إرضائها ، وهو بطلاق غيرها) لا بطلاق نفسها
(فيتقيد به) أي بالكلام السابق ، والكلام الثاني في تزوج غيرها . فإن قيل قد زاد
على قدر الجواب . قلنا الزيادة على قدر المحتاج إليه للجواب إنما يخرج الكلام على الجواب إذا لغت
الزيادة . ومتى جعل جواباً لا تلغو الزيادة هنا إن جعل جواباً ، لأنه قصد تطيب قلبها

(١) محلية - هامش .

ووجه الظاهر عموم الكلام ، وقد زاد على حرف الجواب ، فيجعل مبتدئاً ، وقد يكون غرضه إباحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ، ومع التردد لا يصلح مقيداً ، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه تخصيص العام

وتسكين نفسها ، وإذا تطيبت تغيرها على العموم ، لجواز أن يقع في قلبها ، أراد بما قال غير التي طلقت .

(ووجه الظاهر عموم الكلام) أي وجه ظاهر الرواية أن العمل بعموم الكلام واجب ما أمكن ، وقد أمكن هنا ، وهو قوله (وقد زاد على حرف الجواب) لأن جوابه أن يقول إن فعلت فهي طالق ثلاثاً (فيجعل مبتدئاً) أي يعتبر مبتدئاً لا يحنت (وقد يكون غرضه) جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، لأن غرضه إرضائها ، أي وقد يكون غرض الزوج (إباحاشها) أي إباحاش المرأة ، أي إنكاؤها (حين اعترضت عليه) أي على الزوج (فيما أحله الشرع ، ومع التردد) يعني بين أن يكون غرضه إرضائها ، وبين أن يكون إباحاشها (لا يصلح مقيداً) بكسر الياء مقيداً لإرضائها بطلاق غيرها ، وقيل أي بعموم اللفظ لأجل الإحتمال المذكور .

(ولو نوى غيرها) أي غير المحلقة (يصدق ديانة) لأنه يحتمل كلامه ، لأن العام يحتمل الخصوص (لا قضاء) أي لا يصدق قضاء (لأنه تخصيص العام) لأنه خلاف الظاهر .

* * *

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشي إلى بيت الله تعالى
أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشياً

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في الحج وأحكام اليمين في الصلاة ، وأحكام اليمين في الصوم . وقدّم هذا الباب على باب اللبس الفضيلة العبادة وأخرها عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين في الحج والصلاة والصوم .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها) أو عليه عمرة حال كونه ماشياً . قال الكاكي « رح » وفي لفظه ، وهو في الكعبة إشارة إلى أن وجوب الحج أو العمرة بقوله (على المشي إلى بيت الله) بطريق المجاز ، لا من حيث الحقيقة ، إذ المشي إلى بيت الله ، وهو في الكعبة ، محال ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين « رح » . وقال الأترازي « رح » ، وإنما قيد بقوله في الكعبة لأن إيجاب الحج أو العمرة لما ثبت بقوله على المشي إلى بيت الله (أو إلى الكعبة) مجاز بطريق إطلاق إسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة . وفي تنقيح أخرى سواء ذلك ، لأن المشي إلى بيت الله سبب للوصول إلى الحج أو العمرة في الجملة ، فيصير كأنه قال (فعليه حجة أو عمرة) فإذا قال ذلك لزمه ، فكذا إذا قال على المشي إلى بيت الله ، ثم إذا أراد الحج يحرم من الحرم ويخرج على عرفات (ماشياً) فإن ركب يلزمه شاة .

وإذا أراد العمرة يخرج إلى التنعم ونحوه ، ويحرم بالعمرة من ثمة ، لأن إحرام المكّي للعمرة خارج الحرم ، ولم يذكر محمد رحمه الله أنه يخرج إلى التنعم ماشياً أو راكباً . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعم به ، قال

وإن شاء ركب وأهراق دماً .

بعضهم جازله أن يركب ، لأن الروح اليه ليس يمشي إلى بيت الله ، وإنما المشي إليه وقت الرجوع . وقال بعضهم يمشي وقت الروح أيضاً ، لأن الروح اليه للإحرام ، فكان مشياً إلى بيت الله .

(وإن شاء ركب وأهراق دماً) عطف على ما قبله ، يعني المشي واجب عليه ، فإن ركب أهرق ، أي أراق دماً والهاء فيه زائدة . واعلم أن هنا ثمانية الفاظ في ثلاثة يلزمه بلا خلاف ، وهي أن يقول على المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة . وفي رواية النوادر أو إلى مكة ، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول . وفي الأصح لا يلزمه شيء يقوله علي المشي إلى بيت الله ، إلا أن يخويه ، لأن جميع المساجد بيت الله . وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق أصحابنا ، وهي إذا نذر الذهاب إلى مكة أو السفر أو الركوب إليها أو المسير أو المضي ، وبه قال مالك « رح » في قول قاله ابن القائم عنه . وقال الشافعي وأحمد « رح » ، وهو رواية أشهب عن مالك يلزمه الحج أو العمرة ، كما في قوله علي المشي إلى مكة . وفي لفظين خلاف بين أصحابنا . وهو ما إذا نذر المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام ، فعند أبي حنيفة « رح » لا شيء عليه ، وعندهما عليه حجة وعمرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

ولو نذر المشي إلى الصفا والمروة أو بقعة من الحرم يلزمه المشي إليها بحج أو عمرة عند الشافعي وأحمد « رح » واضح عن المالكية . وعندنا لا يلزمه شيء ، وبه قال مالك ، ولو نذر المشي إلى مسجد رسول الله ﷺ أو إلى المسجد الأقصى لا شيء عليه ، وبه قال الشافعي « رح » في قول في الأم . وفي قوله تنعقد نذر هو به . قال أحمد « رح » ، لما روي أنه عليه السلام قال لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدي هذا . وقد نص بالإتيان وشد الرحال إلى هذه المساجد .

ورجح العراقيون وأكثر أصحابه القول الأول ، لما روي عن جابر « رض » أن رجلاً قال يا رسول الله ﷺ إن نذرت إن فتح الله لك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين فقال عليه السلام صل هنا ، فأعاد عليه السلام صل هنا ، ومعلوم أن هذا القدر متمين بالإنسان ،

وفي القياس لا يلزمه شيء، لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة
في الأصل، ومذهبنا مأثور عن علي « رض »

وإن بيت المقدس لا يعقد بالشد، فأشبهه سائر المساجد، والمقصود من قوله بالتحليل لا تشد
الرحال إلى آخره تخصيص القربة وفضلها في هذه المساجد .

(وفي القياس لا يلزمه شيء) يعني في إيجاب الحجّة أو العمرة بلفظ المشي إلى البيت
أو إلى الكعبة ، لأن المشي أمر مباح فالقياس أن يبطل القدر به (لأنه التزم ما ليس
بقربة واجبة) أي لعبة (ولا مقصودة في الأصل) بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء .

فان قيل الإعتكاف وهو اللبث ليس بقربة مقصودة لما شرع لانتظار الصوم ، وقد
صح النظر به . قلنا الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم ، والثواب من جنس القرب المقصودة .

فان قيل الإعتكاف يصح في الليل ، وإن كان الصوم لا يصح فيه . قلنا صحة
الإعتكاف في الليل تبع لصحة الإعتكاف في اليوم ، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل
مفرداً عن اليوم لا يصح .

(ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه) قال الأترابي « رض » قال محمد « رض » في
الأصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من حلف على نفسه الحج ماشياً حج
وركب وذبح شاة لركوبه . قال مخرج الأحاديث هذا غريب ، ثم قال وروى البيهقي « رض »
في المعرفة عن طريق الشافعي « رض » عن ابن عيينة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن
الحسن بن علي « رض » في رجل يحلف على حجة المشي ، قال يمشي ، فان عجز ركب
وأهدى بدنة . وروى أبو عبد الرزاق « رض » في مصنفه أخبرنا عبد الله بن سعيد عن
الحكم عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه فيمن نذر أن يمشي إلى البيت ، قال يمشي ، فإذا
أعيا ركب ويهدي جزوراً .

وقال الأكل بمد أن نقل ما قاله محمد « رض » في الأصل إلى آخره ، كذا في بعض
الشروح ، وليس مطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك من جعل على نفسه الحج ماشياً
بغير هذا اللفظ ، وليس هذا في بعض الشروح وشرح البزازي ، فانه ذكر فيه هكذا ، ثم

ولأن الناس تعارفوا بإيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ ، فصار كما
إذا قال علي زيارة البيت ماشياً ، فيلزمه ماشياً ، وإن شاء ركب وأهراق
دماً ، وقد ذكرناه في المناسك .

ادعى أنه غير مطابق لما نحن فيه ، وعلل بقوله الكلام فيه . وقال آخرون روي عن علي
رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسألة بأن عليه حجة أو عمرة ، وهذا مطابق ، وقد
روى شيخني في شرحه أن أخت عتبة بن عامر « رض » نذرت أن تمشي إلى بيت الله فأمرها
النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة ، انتهى .

قلت أراد بقوله في بعض الشروح شرح البزازي ، فإنه ذكر فيه هكذا ثم ادعى أنه
غير مطابق لما نحن فيه . وعلل بقوله لجواز .. إلى آخره ، وفيه نظر ، بل كاد أن يرد ،
لأنه لم يذكر وجه قوله ، لجواز أن يكون إلى آخره ، لأن فيه إثبات الخير بالاحتمال ، وهذا
ليس بطريقة العلماء ، ولم يبين أيضاً وجه قول الآخريه ، بل ثبت ذلك عن علي رضي الله
عنه أولاً ، ثم قال وقد روى شيخني أراد به قوام الدين الكاكي « رح » ، فإنه ذكره في
شرحه ، وقصد هو وشيخه أيضاً ، حيث لم يبيناه إلى مخرجه من أئمة الحديث . قلت هذا
رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد بن عبد الوارث حدثنا قتادة عن
عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية ،
فسئل النبي ﷺ ، فقال إن الله عز وجل غني عن نذر أختك لتركب ولتهدي بدنة ،
انتهى . وهذا كما رأيت ما ذكر الحديث كما روي عن النبي ﷺ ولا نسبه إلى أحد من
الصحابة ، وما ذلك إلا تقصير جداً وتقليد محض .

(ولأن الناس تعارفوا بإيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ) أي بقوله علي المشي إلى بيت
الله أو إلى الكعبة (فصار) أي فصار حكم هذا في الوجوب (كما إذا قال علي زيارة
ماشياً البيت فيلزم ماشياً ، وإن شاء ركب وأراق دماً ، وقد ذكرناه في المناسك) أي في
كتاب النجاشي .

فإن قيل لما كان هذا اللفظ كناية عن الإحرام بالحج أو العمرة كان لفظ الشيء غير

ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه ، لأن الزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف . ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة . ولو قال إلى المسجد الحرام فهو علي هذا الإختلاف . لهما أن الحرم شامل على البيت بالاتصال ، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره ،

منظور اليه ينبغي أن لا يلزم عليه المشي ، كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطم الكعبة ، حيث لا يلزمه ضرب الثوب ، بل يلزمه إهداء الثوب إلى مكة . قلنا نعم كذلك ، إلا أن الحج ماشياً أفضل ، قال النبي ﷺ من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم ، قيل وما حسنات الحرم ، قال واحد بسبعمائة فأعير لفظه لإحراز تلك الفضيلة أو الظاهر إلزام القرية بصفة الكمال .

(ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله ، فلا شيء عليه لأن الزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف) ولم يرد النص ، فوجب العمل بالقياس لما مر أن في القياس لا يلزمه شيء ، وفيه خلاف الشافعي ومالك « رح » ، وقد ذكرناه عن قريب .

(ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال في قوله علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة حجة أو عمرة) وقد مر ذكر هذا أيضاً بما فيه من خلاف الأئمة (ولو قال إلى المسجد الحرام ، فهو على هذا الإختلاف) أي الإختلاف المذكور بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه رحمهما الله .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن الحرم شامل على البيت) بالاتصال ، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت (فصار ذكره كذكره) أي صار ذكر كل واحد من

بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه . وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ ؛ فامتنع أصلاً . ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حجبت وشهد شاهدان على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » ، يعتق ، لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته انتفاء الحج ، فيتحقق للشرط .

الحرم أو المسجد الحرام البيت (بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه) أي عن البيت ، يعني أنها ليسا شاملين على البيت ، بل هما منفصلان عنه ، فلم يكن ذكرهما كذكره .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف) فيعمل بالقياس وعدم الوجوب (ولا يمكن إيجابه) أي لا يمكن إلزام إيجاب الإحرام (باعتبار حقيقة اللفظ) أي لفظ المشي ، لأن اللفظ لم يوضع عليه ، والعرف أيضاً منتف ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفاً (فامتنع) الإيجاب (أصلاً) فلا يلزم شيء .

(ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حجبت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا) أي عدم العتق (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) ولم يذكر صاحب المختلف . قول أبي يوسف « رح » مع أبي حنيفة « رح » ، ولا الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير .

(وقال محمد « رح » ، يعتق لأنها) أي لأن شهادة هذين الشاهدين (شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته) أي ومن ضرورة هذا الأمر المعلوم (انتفاء الحج ، فيتحقق الشرط) وهو حجة هذا العام .

ولها أنها قامت على النفي ، لأن المقصود منها نفي الحجج لا إثبات
التضحية ، لأنه لا مطالب لها ، فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج . غاية
الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين
نفي ونفي تيسيراً .

(ولها) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أنها) أي أن هذه الشهادة (قامت
على النفي) فلا تقبل (لأن المقصود منها نفي الحجج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها)
من جهة العباد ، فلا تدخل تحت القضاء ، لأنها إن كانت طوعاً فظاهر ، وإن كانت
واجبة فالقاضي لا يجبر عليها ، فيثبت عدم المطالبة ، فلما انتفت الشهادة على المطالبة
بالتضحية ثبت أنها قامت على نفي الحجج لا تقبل (فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج في هذا
العام) أي فصار حكم هذه الشهادة ، كما إذا شهدوا أنه لم يحج في هذا العام ، فإن هذه
الشهادة لا تقبل ، فكذا تلك الشهادة غاية الأمر جواب عن سؤال ، وهو أن يقال إنما
لا تقبل الشهادة على النفي إذا لم يكن الشاهد عالماً بالنفي ، أما إذا كان عالماً والشيء مما يعلم
ويحاط تقبل الشهادة على النفي ، وفيما نحن كذلك فإنه ذكر في السير الكبير شاهدان شهدا
على رجل أبا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى ، فبانت منه امرأته ،
والرجل يقول إنما قصدت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى ، قلل
إن الشهادة مقبولة ، لأن ذلك مما يحاط به ويعلم .

وتقرير الجواب أن يقال (غاية الأمر أن هذا النفي) وهو قول الشهرة أنه لم يحج العام
(مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي) أي لا يفرق بين نفي ونفي بأن
يقال يقبل فيما إذا كان النفي مما يعلم ويحاط ، ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط ، بل لا تقبل في كل
النفي (تيسيراً) ودفعاً للحرج عن الناس ، وهذا إذا ادعى رجل على رجل أنه عضه
أو جرحه يوم كذا ، فشهد شاهدان أن هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا
لا يقبل شهادتهما ، لأن مقصوده أنه لم يجرح ولم يعض .

وقال تاج الشريعة بعد أن قال فإن قلت الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد

(رح) في السير الكبير ، وهو ما ذكرناه الآن .

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه
حنث لوجود الشرط ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد
التقريب . ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر
لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ، وذلك بإتمامه إلى اليوم
واليوم صريح في تقدير المدة به .

فان قلت أنه صدق الشهوة فيما شهدوا عليه من نبوة المسيح ، وهذا القدر منه كان
لثبوت النبوة ، ثم بعد ذلك بمنفى النبوة بقوله قد قلت . وقال النصارى فلا يصدق في
حقها ، كمن قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولا يقبل
تفسيره ، انتهى .

مسألة السير قامت الشهادة فيها على أمر ثابت معين ، وهو السكوت عقيب قوله المسيح
ابن الله ، فلا يرد علينا نقضاً .

(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط ،
إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات) وهو الأكل والشرب والجماع (على قصد التقرب^(١))
وبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم هو الإمساك كما قلنا ، وما زاد تكرار الشرط
ليس بشرط .

(ومن حلف لا يصوم صوماً أو يوماً) بأن قال لا يصوم صوماً (فصام ساعة ثم أفطر
لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ، وذلك بإتمامه إلى اليوم ، واليوم صريح
في تقدير المدة به) فلا بد من اليوم الكامل . فان قيل المقصود في قوله لا يصوم مذكور لفة .
قلنا بلا لفة لا شرعاً ، وعند ذكر الصدر صريحاً منصرف إلى الكامل ، وهو الصوم
لغة وشرعاً .

فان قيل يشكل هذا بما لو قال والله لأصوم من هذا اليوم ، وكان ذلك بعدما أكل

(١) التقريب - هامش .

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ، بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني . ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان

أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ، ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي ، فإن الصوم الشرعي بعد الأكل أو بعد الزوال غير متصور . والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي ، وهو كون اليمين بعد الزوال أو بعد الأكل ، فانصرف إلى الصوم اللغوي ، وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فإنه ليس فيه ما يمتعه عن الصوم الشرعي ، فيصرف إليه .

(ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم) فإن في الصوم يحنث بمجرد الشروع ، فكان ينبغي أن يكون هذا كذلك ، ألا ترى أن الناظر إليه يسميه مصلياً حين افتتاح الصلاة (وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة) من التكبير من القيام والقراءة والركوع والسجود (فيما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة) فلا يحنث (بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني) من حين ما مضى . وفي مبسوط تكرار ، ولا يشترط لأنها نصف القيام الموجود في أول الافتتاح ، والتكرار ليس بشرط .

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان) وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يحنث

للنهي عن البتراء

بركعة ، لأن الركعة الواحدة صلاة عندهما ، وعند الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يحنث بالشروع ، لأنه يسمى مصلياً ، وفي وجه يحنث بالتأم على وجه الصحة (للنهي عن البتراء) قد ذكر المصنف حديث البتراء في كتاب الصلاة في باب صلاة الوتر . وأخرجه ابن عبد البر في كتاب التمهيد عن عثمان بن محمد « رح » ابن أبي ربيعة عن عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز الداوردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن البتراء أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها ، ومضى الكلام فيه هنالك . وقال صاحب المغرب البتراء تصغير البتراء تأنيث ، الا وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم جمل عبارة عن الناقص .

* * *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي فاشترى قطناً
فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا
ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ،

(باب اليمين في الثياب واللبس والحلي وغير ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في لبس الثياب والحلي بضم الحاء وكسر اللام
وتشديد الياء جمع حلي يفتح الحاء وسكون اللام ، بمعنى الحلي وجمع الحلية حلي بالكسر والقصر ،
وقد جاء ضم الحاء في قليل الاستعمال ، كما جاء في حلى جمع حلية ، وجاء ضم أيضاً . والحلي
في اللغة ما ليس من ذهب أو فضة أو جوهر ، كذا في الجمهور . وقال ابن الأثير الحلي اسم
لكل ما يزيد من مصاغ الذهب والفضة ، وقوله وغير ذلك مثل الحلف على أن لا يجلس
على الأرض ، ولا يجلس على سريره .

(ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي) أي صدقة تصدق به على فقراء
مكة (فاشترى قطناً فغزلته ونسجته له فهو هدي عند أبي حنيفة «رح») الهدى اسم
لما يهدي إلى مكة ، أي يستعمل اليها للتصدق ، ثم إذا نذر أن يهدي ثوباً جازله أن
يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم . ولو نذر أن يهدي لحماً لا يجوز أن لا يذبح بمكة
ويتصدق . ولو تصدق به حياً لا يجوز ، ولا يكون هدياً حتى يذبح . ثم إذا سرق لاشيء
عليه ، كذا ذكره صاحب الأجناس ، وذلك لقوله تعالى ﴿ ثم محلها إلى البيت العتيق ﴾
٣٣ الحج ، وإذا نذر بما لا ينقل يكون نذراً بالقيمة لتعذر نقل العين .

(وقالوا ليس عليه أن يهدي حتى تغزله) أي امرأته (من قطن ملكه يوم حلف ،

ومعنى الهدى التصديق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها . لها أن
النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك ، ولم
يوجد ، لان ما لبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه . وله أن
غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج ، والمعتاد هو المراد ، وذلك
سبب لملكه ، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ،
لان القطن لم يصير مذكوراً . ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم
فضة لم يحنث ، لانه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيع استعماله للرجال

ومعنى الهدى التصديق به (أي بالثوب (بمكة ، لأنه اسم لما يهدى اليها) وقد بسطنا
الكلام آنفاً (لها) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً
إلى سبب الملك) لقوله ~~عنه~~ لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (ولم يوجد) أي واحد منها
(لأن اللبس وغزل الثوب من أسباب الملك) فلا يصح اليمين في حق القطن المشتري بهذا
يحلف ، وهذا هو القياس .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) إلا
نادراً ، ومبنى الأيمان على العرف والعادة ، فيكون اليمين مقيدة بالعادة (والمعتاد هو
المراد ، وذلك سبب الملك) أي لملك الزوج ، فكأنه قال إن لبست من غزلك من قطن
أملكه ، فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث ، فكذلك هذا (ولهذا يحنث) إيضاح
لقوله ، وذلك سبب لملكه (إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لأن القطن لم يصير
مذكوراً) حاصل المعنى أن يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر ، مع أن القطن
المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين ، لكنه أريد بذلك بدلالة العادة ، فكذا
في المشتري ، فكانت الإضافة إلى غزلها إلى ملكه عادة .

(ومن حلف لا يلبس حلياً) بفتح الحاء وسكون اللام (فلبس خاتم فضة لم يحنث ،
لأنه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيع استعماله للرجال) وعند الأئمة الثلاثة يحنث .

والتختم به لقصد الختم ، وإن كان من ذهب حنت ، لأنه حلي
ولهذا لا يحل استعماله للرجال . ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا
يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالوا يحنث لأنه علي حقيقة ، حتى
سمي به في القرآن . وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ، ومبنى الأيمان
على العرف . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ،

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، فإن كان الخاتم مما يلبسه النساء
يفني أن يحنث . وفي جامع قاضي خان قال مشايخنا « رح » ، هذا إذا كان خاتم الفضة
مصنوعاً على هيئة خاتم الرجال إذا لم يكن فيه فص ، فإن كان فيه فص حنت ، ويحنث
بلبس السوار والخلخال والقلادة والقرط والدملوج ، سواء كان من فضة أو ذهب بالإجماع
(والتختم به للتختم) أي أبيض التختم بخاتم الفضة لأجل الختم بفتح الحاء وسكون التاء ،
يعني لا لأجل الزينة . وقال الكاكي « رح » ، وإنما حل التختم لإقامة السنة لا للزين ، فلم
يكن حلياً كاملاً ، فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي .

(وإن كان) أي الخاتم (من ذهب حنت ، لأنه حلي ، ولهذا لا يحل استعماله) أي
استعمال الذهب (للرجال) سواء كان فيه فص أو لم يكن (ولو لبس عقد لؤلؤ) بكسر
العين وهو القلادة (غير مرصع) أي غير مركب بذهب وفضة من الترصيع وهو التركيب
(لم يحنث عند أبي حنيفة . وقالوا يحنث) وبه قالت الثلاثة (لأنه حلي حقيقة حتى سمي به)
أي بالحلي (في القرآن) وهو قوله تعالى ﴿ تستخرجون منه حلية تلبسونها ﴾ ١٤
النحل ، والمستخرج من الجوهر اللؤلؤ غير مرصع ، وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد
أو زمررد غير مرصع .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رض » ، (أنه) أي اللؤلؤ (لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ،
ومبنى الأيمان على العرف) وقال التمرناشي « رح » ، والرعياي ، ومن مشايخنا « رح » من
قال على قياس قول أبي حنيفة « رح » ، لا بأس بلبس المرأة والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان) لا حجة وبرهان ، لأنه لا يتحلى به وحده في زمانه . وفي زمانها

ويفتي بقولهما، لان التحلي به على الإنفراد معتاد . ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث ، لانه تبع للفراش فيعد ثاماً عليه ، وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث ، لان مثل الشيء لا يكون تبعاً له ، فتقطع النسبة عن الاول . ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لانه لا يسمى جالسا على الارض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الارض لباسه ،

كان يتحلى به وحده . قال الفقيه أبو الليث « رح » كل واحد منهم قال على عادة زمانه . وقال صاحب الهداية « رض » (ويفتي بقولهما) لأن قولهما أقرب إلى عرف ديارنا . قلت هكذا العرف في سائر الديار ، خصوصاً في الديار المصرية .

(ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معنى ، بدليل قوله وإن جعل فوقه فراش آخر (فنام عليه) لا يحنث ، فلو كان المراد منكراً حنث ، لأنه نام على فراش فنام عليه (وفوقه قوام ^(١)) بكسر القاف وتخفيف الواو وهو الرقيق ، كذا في الجمهرة (حنث لأنه) أي لأن القوم (تبع للفراش ، فيعد ثاماً عليه) الأصل في هذا أن الشيء ، إذا كان فوق شيء ، فان كان الأعلى يصلح أن يكون أصلاً بنفسه يضاف الجالس والنوم اليه لا إلى الذي تحته ، وإن كان الأعلى تبعاً يضاف إلى ما تحته ، فاعتبر ذلك في الذي مضى ، وفي الذي يأتي وهو قوله (وإن جعل فوقه فراشاً فنام عليه لا يحنث ، لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له ، فقطع النسبة عن الأول) أي عن الفراش الأول فلا يحنث ، لأن يمينه على الأول ، ولم يتم على الأول ، وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهي رواية الجامع الكبير . وقال صاحب المختلف قال أبو يوسف « رح » في الأمالي يحنث ، لأنه نام عليها جميعاً ويقال في العرف أيضاً نام على الفراشين .

(ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لأنه لا يسمى جالسا على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه) أي صار لباس الحالف

(١) قرام - هامش .

لأنه تبع له ، فلا يعتبر حائلاً . وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس
على سرير فوقه بساط أو حصير حنت ، لأنه يعد جالساً عليه ،
والجلوس على السرير في العادة كذلك ، بخلاف ما إذا جعل فوقه سرير
آخر ، لأنه مثل الأول ، فقطع النسبة عنه

حائلاً ، أي حاجزاً بين الحالف وبين الأرض (لأنه) أي لان لباس الحالف (تبع له) أي
للحالف (فلا يعتبر حائلاً) فيحنت .

(ولو حلف لا يجلس على سرير فيجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنت ، لأنه
يعد جالساً عليه) أي على السرير (والجلوس على السرير في العادة كذلك) ألا ترى أنهم
يقولون جلس الأمير على السرير ، وإن كان فوق السرير بساطاً فيعدونه تبعاً للسرير
(بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر ، لأنه مثل الأول ، فقطع النسبة عنه) وقال
الحاكم الشهيد في الكافي ، وإن حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنت ،
وإن حلف على بساط لم يحنت . وإن مشى على ظهر أحجار حنت ، لأنها من الأرض .

* * *

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال إن ضربتك فعبدني حر ، فهو على الحياة ، لان
الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت

(باب اليمين في القتل والضرب وغيره)

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الضرب وحكم اليمين في القتل قوله - وغيره - أي
غير المذكور من الضرب والقتل مثل القتل والحق القص .

(ومن قال إن ضربتك فعبدني حر) فمات فضربه (فهو على الحياة) أي حلف على
كونه المخاطب حياً (لأن الضرب اسم لفعل مؤلم) أي موجه (يتصل بالبدن والإيلام
لا يتحقق في الميت) ونوقض بقوله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث ﴾ ٤٤
ص ، رصف بن أيوب رضي الله عنه في يمينه الضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لما أن
الضغث عبارة عن الحرمة الصغيرة من ريجان أو حشيش ، فلم يكن لمجموعه إيلام ، فكيف
الجزء . وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق أيوب رضي الله عنه خاصة
إكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها ، لعدم جنائيتها على خلاف القياس ، ولا يلحق به
غيره . وقيل ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة ، حيث حلل الله يمينه بأهون شيء أداءه
عن امرأته وحسن خدمتها إياه ، وكلامها في العزيمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة ،
بخلاف القياس وغيره .

وفي شرح الطحاوي ومن حلف ليضرب فلاناً مائة سوط فاضرب بها مرة واحدة إن وصل إليه
كل سوط بجاله ، بر في يمينه ، والإيلام شرط فيه ، لأن المقصود من الضرب الإيلام ، وبه
قال المزني « رح » . وقال الشافعي « رح » يبر بمجرد الضرب بدون الإيلام . وقال مالك
وأحمد يحنث . وفي وصول الألم شرط عندهما .

ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة في قول العامة ، وكذلك الكسوة ، لأنه يراد به التملك عند الإطلاق ، ومنه الكسوة في الكفارة ، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر .

(ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة) هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال إن قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت لكل بعذاب الميت في القبر ، فأجاب بقوله ومن يوضع . . إلى آخره (في قول العامة) احتراز به عن قول الكرامية والصالحية ، وهم قوم ينسبون إلى أبي الحسين الصالح ، فانهم لا يشترطون الحياة شرطاً لتعذيب المسبب ، وعذاب القبر ثابت عند أهل السنة وإن اختلفوا في كفيته ، فقال بعضهم يؤمن بأهل العذاب ويسكت عن الكيفية ، لأن الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهور ، وهو التعذيب بعد الموت . وعند العامة يوضع فيه الحياة ، لأن الإيلام لا يكون بلا حياة ولا علم . ثم اختلفوا فقيل يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة . وقيل يوضع فيه الحياة من كل وجه . (وكذلك الكسوة) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حر ، فكساه بعد الموت لا يحنت (لأنه يراد به) أي بالكسوة على تأويل الإكساء (التملك) أي تملك الثوب (ومنه الكسوة في الكفارة) أي في كفارة اليمين ، قال الله عز وجل ﴿ أو كسوتهم ﴾ فلو أنه اكتسى عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزئه ، لعدم التملك يؤيده أن الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة . قال الأترابي « رح » وفيه نظر لا يخفى (وهو) أي التملك (من الميتة لا يتحقق) ولهذا لو تبرع عليه أحد بالكفر ثم أكله التبع يعود الكفر إلى المتبوع لا إلى وارث الميت ، ذكره التمرقاشي (إلا أن ينوي به) أي بالكسوة على تأويل الإكساء (الستر) فحينئذ يحنت ، لأن فيه تشديداً عليه ، والميت يستر كالحلي .

فان قيل الميت مما يكسا الكفن . قلنا لا ، ولكن يلبس الكفن ، والإلباس غير الإكساء ، فانه لا يبنى على التملك ، والاكساء يبنى على التملك ، يقال كسا الأمير فلانا ، أي ملكه كسوة ، والإلباس عبارة عن الستر والتغطية ، والميت محل لذلك ، ألا

وقيل بالفارسيّاً ينصرف إلى اللبس، وكذا الكلام والدخول، لأن
المقصود من الكلام الإفهام، والموت ينافيه

تروى أنه لو حلف لا يلبس فلاناً ثوباً فهو على الحياة والوفاء جميعاً كذا ذكره قاضي خان
والمحبوبي «رح» .

(وقيل بالفارسية) قائله أبو الليث «رح» أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية
(ينصرف إلى اللبس) يعني يراد به اللبس، ولا يراد به التملك (وكذا الكلام) وإن حلف
لا يكلم فلاناً فكله بعد موته لا يحنث (والدخول) بأن حلف لا يدخل على فلان فدخل
عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام) أي إفهامه فلاناً
(والموت ينافيه) أي ينافي الكلام، لأن المراد من الكلام الإسماع، والميت ليس بأهل
الإسماع. ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿إِنَّكَ لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى﴾ ٥٢ الروم، وإلى قوله تعالى
﴿وَمَا أَنْتَ بِمَسْمُوعٍ فِي الْقُبُورِ﴾ ٢٢ فاطر.

فان قيل قد روي أنه عليه السلام كلم أصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم بأسمائهم، فقال
هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً. قلت أجب الأكمل بأن
ذلك كان معجزة له عليه السلام. وقال الاترازي «رح» إنهم لما قالوا يا رسول الله إنهم
لا يسمعون، فقال إنهم يسمعون كما تسمعون، وإنما أراهم بهم أنهم يعلمون أن الذي
قلت لهم حقاً.

قال الكاكي فان قيل قد روي أن قتلى بدر لما القوا في القليب قام رسول الله ﷺ على
رأس القليب، وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقال عمرو رضي الله عنه أنكلم
الميت يا رسول الله ﷺ، فقال عليه السلام ما أنتم بأسمع من هؤلاء. قلنا هو غير ثابت، فانه
لما بلغ هذا الحديث عائشة، قالت كذبتم على رسول الله ﷺ، فانه تعالى قال ﴿إِنَّكَ
لَا تَسْمَعُ الْمَوْتَى﴾ ٥٢ الروم، ﴿وَمَا أَنْتَ بِمَسْمُوعٍ فِي الْقُبُورِ﴾ ٢٢ فاطر، على أنه
عليه السلام كان مخصوصاً به معجزة له. وقيل المقصود به وعظ الأحياء لا إفهام الموتى كما
روي عن علي رضي الله عنه أنه إذا أتى المقابر قال عليه السلام ميار قوم مؤمنين أمانسائم فقد
نكبت، وأما أموالكم فقد قمعت، وأما دوركم فقد سكنت، فهنا خبركم عندة، فسبأ

والمراد من الدخول عليه زيارته، وبعد الموت يزوار قبره لا هو.

خبرنا عنكم ، وكان يقول سبيل للأرض من شق أنهارك ، وغرس أشجارك ، وجنى ثمارك ، فان لم تجيبك جواباً بإجابتك اعتباراً كان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا للخطاب للموتى .

(والمراد من الدخول عليه) أي على فلان (زيارته ، وبعد الموت يزوار قبره لا هو) أي لا يزوار الميت ، لأن المراد من الدخول عليه إكرامه بتعظيم أو إهانته بتحقيقه أو زيارته فلا يتحقق الكل بعد الموت . ولأن الميت كالفان في حق الأخيار . ومن طاف بباب رجل لا يمد زائراً له . ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائراً أولى . وقال في شرح الطحاوي الأصل في هذا أن في كل بلد ويؤلم ونعم بموسر يقع على الحياة (١) دون المات كالضرب والجماع والشم والكسرة والدخول عليه . وفي الكافي الأصل في هذا أن ما يشارك الميت فيه الحي فاليمين ، وقال على الخالين ، وأما ما اختص به الحي فيتعبد بالحياة . فلو قال إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قال لامرأة إن وطئتك أو قبلتك فعبده حر يتعبد بالحياة ، حتى لو فعل هذه الأشياء بعد الموت لا يحث ، والغرض في الوطء والتقبيل لا يتحقق بعد الموت .

فان قيل إن النبي ﷺ قبل عثمان بن مظعون رضي الله عنه بعدما أدرج في الكفن ، وقيل أبو بكر بين عيني رسوله الله ﷺ بعدما أدرج في الكفن . قلنا إذا ضرب الشفقة أو التعظيم والموت لا ينافيه ، وتقبيل النساء لإقضاء الشهوة ، فيقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة أو التعظيم كما في الولد أو الوالد والعالم . قيل لا يقيد بالحياة . وقيل يتعبد أيضاً ، لأن الأوهام لا تنصرف إلى تقبيل الميت بخلاف . وإن غسلتك أو حملتك أو منكثرت أو المشك ، فلأنها لا تقيد بالحياة ، لأن الغسل يراد به التنظيف والتطهير ، وهذا يتحقق في الميت أشار إليه بقوله :

(١) هكذا الجملة في الأصل ، وفيها خطأ . اهـ مصححه .

ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت . ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث ، لأنه اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام . وقيل لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى بممازحة لا ضرباً ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق ، وفلان ميت وهو عالم به حنث ، لأنه

(ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت) ألا ترى أنه يجب غسل الميت بتطهير كيف ينافيه ، ولو صلى على ميت قبل الغسل لم يحجز ، وبعده يجوز .

(ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو عضها أو خنقها حنث ، لأنه) أي لأن الضرب (اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام) بهذا الفعل ، وكذلك إذا قرصها أو وجأها ، ذكره في الأصل ، وبه قال أحمد ومالك « رح » ، فهالك يعتبر وصول الألم إلى جسمها أو قلبها من سب أو شتم أو غيره ليتحقق الإيلام بها ، وهو المقصود ، وبعض أصحاب الشافعي « رح » مثل قوله ، وعند الشافعي القص والحنق والقرص وتنف الشعر فليس بضرب ، ولا يشترط فيه الإيلام .

(وقيل لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى بممازحة لا ضرباً) قال الكاكي « رح » وهذا يدل على أنه لو ضربه حال الممازحة لا يحنث . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا إذا كان في الغضب ، أما إذا كان يلعبها فضرها برأسه خطأ منه فأصاب أُنثى فادماه وآلمها لم يحنث ، لأن هذا لا يعد ضرباً . ونقل في الخلاصة عن المنتقى إذا حلف لا يضرب فلاناً فنعص ثوبه فأصاب وجهه ، أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث .

(ومن قال إن قتل فلاناً فامرأته طالق ، وفلان ميت ، وهو عالم به حنث ، لأنه

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور فينعتد ثم
يحنث للعجز العادي . وإن لم يعلم لا يحنث . لأنه عقد يمينه على حياة كانت
فيه . ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف . وليس
في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور (يعني يمكن بالنظر إلى قدرة الله
(فينعتد) يمينه عليه (ثم يحنث للعجز العادي) أي لعجزه عادة عن قتله (وإن لم يعلم
بأنه ميت لا يحنث ، لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور) البر ، فلما لم
يتصور البر لم يتصور الحنث (فيصير) أي حكم هذه المسألة (قياس مسألة الكوز) إذا
حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، فامرأته طالق (على الاختلاف)
المذكور فيها ، وهو أن عندهما لا يحنث ، وعند أبي يوسف « رح » يحنث ، كما قال في
مسألة الكوز ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده ، وقد مر تقريره في باب اليمين
في الأكل والشرب .

(وليس في تلك المسألة) أي في مسألة الكوز (تفصيل العلم) يعني أنه لا يقال فيها
أنه علم أو لم يعلم ، يعني سواء علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم بخلاف قتل فلان ، فانه إذا
علم بموته يحنث ، وإذا لم يعلم بموته لا يحنث (هو الصحيح) احتراز به عن قول المشايخ
في المراتق ، فانهم قالوا في مسألة الكوز ، هذا إذا لم يعلم ، يعني عدم الحنث عند أبي
حنيفة ومحمد « رح » ، إذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز ، فأما إذا علم فيحنث أي يصح
يمينه ، فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير .

* * *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد ، فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريباً ، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً ، ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقينك منذ شهر .

(باب اليمين في تقاضي الدراهم)

أي هذا باب في بيان اليمين بتقاضي الدين ، وإنما خص الدراهم بالذكر دون الدنانير ، لأنها أكثر استعمالاً حتى قدر أقل المهر ونصاب السرقة بها دون الدنانير ، ونقب الباب بتقاضي الدين ، يعني استيفاؤه وهو الطلب بقضائه ، وذكر مسائله بلفظ القضاء ، وهو الأداء . والقضاء يجيء بمعنى الأداء قال الله تعالى ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ ﴾ ١٠ الجمعة ، أي إذا أدبت . (قال) أي القدوري « رح » (ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو على ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريباً ، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً) وقال الشافعي « رح » لا حد لذلك كما قاله في شرح الأقطع ، وبيان مذهبه أن مدة القريب والبعيد لا تنفذ بشيء ، وبه قال أحمد « رح » لوقوعها على القليل والكثير فمضى قضاء بر ، وإنما يحنت إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن (ولهذا) أي ولأجل أن ما زاد على الشهر يعد بعيداً (يقال عند بعد العهد ما لقينك منذ شهر) وهذا فيما إذا لم ينو ، أما إذا نوى . فهو على ما نوى يدلل ما ذكره في الأجناس .

وقال لو حلف والله لا أكلمك قريباً ، فهو على أقل من شهر بيوم ، ثم قال أبو حنيفة « رح » ، إن نوى أكثر من شهر يدين في القضاء وفي فتاوى الولوالجي ، لو قال لأعطين

ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم ، فقضاه ثم وجد فلان بعضها
زيوفاً أو بنهرجة أو مستحقة لم يحنت الحالف ، لأن الزيادة عيب ،
والعيب لا يعدم الجنس . ولهذا لو تجوز به ، صار مستوفياً

حقك عاجلاً ، وهو ينوي وقتاً ، فهو على ما نوى ، وإن نوى سنة ، لأن الدين^(١) كلها
قريب عاجل ، فإن قيل ما من زمن إلا وهو قريب ، بالإضافة إلى ما هو فوقه ، وبعيد
بالإضافة إلى ما هو دونه ، فلم يدل دليل على إرادة البعض دون البعض ، وأجيب بأن لا نسلم
عدم الدلالة ، وكيف لا يدل والعرف دليل يمينه ، ومبنى الايمان على العرف .

(ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم فقضاه ، ثم وجد فلان بعضها) أي بعض دراهم
الدين (زيوفاً) جمع زيف ، وهو ما زيفه بيت المال ، لكن يروج فيما بين التجار ، وهو من
زافت عليه دراهم ، أي صارت مردودة عليه (أو بنهرجة) قال الأترابي البهرجة ما يهرجه
التجار لغش فيه وهو أردى من الزيف . وقال الكاكي قيل البهرجة لفظة أعجمية معربة ،
وأصلها بنهرجة ، وهو الحظ ، يعني حظ هذه الدراهم من الفضة أقل ومن الغير أكثر مما
يوجد في دار الضرب . وفي المبسوط البهرجة ما يهرجه التجار والتسامح منهم تجوز به .
والمستفيض منهم لا يجوز به الغش فيه (أو مستحقة) أي أو وجدها فلان مستحقة استحقها
شخص ينيب (لم يحنت الحالف) وقال الشافعي « رح ، بقولنا ، وقال مالك « رح ،
حنت . قال اللخمي من أصحابه هذا مراعاة اللفظ ، أما بالنظر إلى القامة لا يحنت (لأن
الزيادة عيب) وفي المغرب قياس مصدره الزيوف ، وأما الزيادة لغة الفقهاء « رح ،
(والعيب لا يعدم الجنس) يعني اسم الدراهم لا يزول بهذه الأوصاف لأنها غير العيب
لا يعدم الجنس .

(ولهذا) أي ولأجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف (لو تجوز به) أي لو
تسامح القابض بالدراهم الزيوف والبهرجة (صار مستوفياً) حقه ، وكذا لا تجوز بها في
رأس مال المسلم وبدل الصوم فيجوز ولو فات بذلك لإسم الدراهم لكان يفسد ألو هو حرام

(١) هكذا رسمت في الأصل . اهـ مصححه .

فوجد شرط البر، وقبض المستحقة صحيح. ولا يرتفع برده البر المتحقق،
وإن وجدها رصاصة أو ستوفة حنث، لأنهما ليسا من جنس الدراهم،
حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم، وإن باعه بها عبداً وقبضه
بر في يمينه، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت

فيهما (فوجد شرط البر) فلا يحنث (وقبض المستحقة صحيح) حتى لو أجازت المستحق
جاز وعند عدم الإجازة ينفسخ القبض . وكذا لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد
الإفتراق جاز فيوجد شرط البر فيه (ولا يرتفع برده) أي برد ما قضى من الزيوف
والبنهجة أو المستحقة (البر المتحقق) لأن شرطه البر ، لا يحتمل الانقاض لأن اليمين لما
انحلت بوجود الشرط لم يقل الفسخ ، والانقاض كالكتابة ، فإن مولى المكاتب إذا رأى
البدل لكونه زيوفاً أو بنهجة أو استرد بالاستحقاق لا ينقض العتق ، بخلاف قضاء الدين،
فانه ينقض برد القيود بعيب ، أو الاستحقاق لأن بناء القامة وقد زالت .

(وإن وجدها رصاصة أو ستوفة) بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات،
لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة ، وقيل الستوفة أردى من البنهجة . وعن الكرخي
الستوفة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالباً (حنث) . وبه قال الشافعي « رح »
ومالك « رح » (لأنها) أي لأن الرصاص الستوفة (ليسا من جنس الدراهم حتى
لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم) أي حتى لا يجوز التسامح بهما في ثمن الصرف ،
وكذا في السلم لأنها ليست من جنس الدراهم ، ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة
رصاصاً أو ستوفة ، لا يعتق المكاتب . كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » وذكر
التمراشي لو أدى المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد البدل ستوفة لم يعتق ، ولو
وجد زيوفاً أو بنهجة أو مستحقة لم يبطل العتق .

(وإن باعه بها عبداً) أي وإن باع الخالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين
عبداً (وقبضه) أي قبض المبتدين رب الدين (بر في يمينه) أي بر الخالف في يمينه ، لأنه
قضى دينه ، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة (لأن قضاء الدين طريقه المقاصة ، وقد تحققت

بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به، وإن وهبها له يعني الدين ،
لم يبر لعدم المقاصة ،

بمجرد البيع) فيحتمل القضاء في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين ، والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لأنه وصف ثابت في الذمة ، ولكن ما يقتضيه رب الدين من العين يصير مضموناً عليه ، لأنه قبض على جهة التملك ، فكان ديناً عليه للمديون ، ولرب الدين على المديون مثله ، فاكتفى الاتيان قصاصاً . وهذا معنى قول أصحابنا المديون ، فقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا تحقق انفساخه بمجرد البيع قبض الدين العبد أو لم يقبض ، ولكن قيد القبض وقع في رواية جامع الصغير ، أشار اليه المصنف « رح » بقوله :

(فكأنه) أي فكأن محمد « رح » (شرط القبض) في رواية الجامع (ليتقرر به) أي ليتأكد البيع بالقبض ، لأن المبيع إذا هلك قبل القبض ينفخ البيع ، لكن لا يرتفع البر لأنه لا يقبل الانتقاض ، هذا الذي ينافي البيع الصحيح . أما في البيع الفاسد إذا قبض العبد ، فإن كان في قيمته وفاء بالحق بر وإلا حنت لأنه مضمون بالقسمة (وإن وهبها) أي وإن وهب المداين دراهم الدين (له) للمديون ، وفسره بقوله (يعني الدين لم يبر) لأنه شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) قال الكاكي « رح » ، قوله لم يبر قولهم أنه يحنت ، بل معناه لم يبر ولم يحنت أيضاً عندهما خلافاً لأبي يوسف « رح » لفوات المحلوف عليه وهو الدين كما في مسألة الكوز ، لأن قوله لم يبر أعم من قوله يحنت ، ومن قوله تبطل اليمين فحمل على الثاني تصحيحاً لكلامه .

وقال الأترابي « رح » فيه نظر ، لأنه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين ، وهو فاسد ، لأن البر نقيض الحنت ، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ، ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر ، فلا يجوز أن يرتقعا جميعاً . وقال الأكمل « رح » ، ردأ عليه ، ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس ، فيجوز أن لا يتصف بواحد منها ، وقيل ذكر اليوم في وضع المسألة وقع سهواً من المكاتب . وذكر البزدوي والسرخسي المين هذه المسألة مطلقة غير مؤقتة باليوم . وفي المحيط ولو أبرأه

لأن القضاء فعله ، والهبة إسقاط من صاحب الدين . ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل ، لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه ، فينصرف إلى كله ، فلا يحنث إلا به ، فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث ، وليس ذلك بتفريق . لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة ، فيصير هذا القدر مستثنى عنه

أو وهبه لم يحنث ، وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي الدين ، فوهبه وأبرأه لم يحنث عندهما ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(لأن القضاء فعله) أي ولأن القضاء فعل المديون بالإبراء أو الهبة (والهبة إسقاط من صاحب الدين) يعني الهبة فعل الدين بالإبراء ، وهو إسقاط منه ، فلا يكون فعل أحدهما فعلاً للآخر ، فلا يبر المديون بفعل الدائن (ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل) أي لأن شرط الحنث قبض كل الدين متفرقاً ، وهو معنى قوله (لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف) حيث قال لا يقبض دينه (مضاف إليه) أي إلى الدين (فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به) أي بالشرط المذكور وهو قبض الكل متفرقاً ولو قبض في أول الشهر بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخلاف التفريق الضروري أشار إليه بقوله :

(فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وذلك ليس بتفريق ، لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه) هذا الذي ذكره القدوري « رح » استحسان والقياس أن يحنث . كذا ذكر أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير ، وبالقياس قول زفر « رح » لأن شرط الحنث

ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين
درهما لم يحنت، لأن المقصود منه عرفاً نقي ما زاد على المائة، ولأن
استثناؤها بجميع أجزائها. وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة لأن
كل ذلك أداة الاستثناء

قبض الكل متفرقاً، وقد حصل ذلك لما وزن خمسين فدفعها إليه، ثم وزن خمسين أخرى
فدفعها إليه لأنه حصل قبض الكل بصفة التفريق. وجه الاستحسان أن للناس يمدون هذا
قبض الجملة دفعة واحدة، فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة، والحال إذا كثرت
لا يمكن قبضه إلا بهذا الطريق، فصار هذا القدر من التفريق مما لا يمكن الإمتناع
منه فيجمل مستثنى عن اليمين لا بدلالة الحال، وهو نظير لا أسكن هذه الدار
وهو ساكنها.

(ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنت،
لأن المقصود منه عرفاً، نقي ما زاد على المائة) وشرط الحنت ما زاد على المائة، فلم يوجد
الشرط فيما دون المائة فلم يحنت (ولأن استثناؤها بجميع أجزائها) وكذا لأن مستثنى
المائة يكون مستثناء للخمسين ضرورة، لأن الاستثناء لا يكون إلا بجميع
أجزائها، والخمسون من أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة، لأن كل ذلك
أداة الاستثناء) لأن حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الأدنى الجامع الكبير، لو قال عبده
حر إن كنت لا أملك إلا خمسين درهما، فلم يملك إلا عشرة لم يحنت لأنها بعض للمستثنى،
ولو ملك زيادة على خمسين أو كان من جنس مال الزكاة، وحلف مالي مال، يحنت بمال
الزكاة، وعند الشافعي «رح» يحنت بكل مال وعند مالك «رح» المال هو
الذهب والفضة.

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً ، لأنه نفي الفعل مطلقاً فعم الإمتناع ، وضرورة عموم النفي وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتمزم فعل واحد غير عين إذ المقام مقام الإثبات ، فيبر بأي فعل فعله ، وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل

(مسائل متفرقة)

أي هذه مسائل متفرقة ، وارتقاء مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف إلى هذه مسائل ومتفرقة صفتها ومعناها من مواضع شتى ، وقد جرت عادة المصنفين « رح » بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه استداركاً له .

(وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفي الفعل مطلقاً فعم الإمتناع) أي الإمتناع في الفعل أبداً (ضرورة عموم النفي) لأن قوله لا يفعل بمقتضى مصدره انكروه ، بدلالته على المصدر ظاهراً ، لأنه لا ينفك عنه . وأما كونه نكرة ، فهو الأصل ، لأن المعرفة تعارض النكرة ، وإذا وقت في موضع النفي تعم ، فإذا فعل بوجه من الوجوه ووقت من الأوقات حنث .

(وإذا حلف ليفعلن كذا ففعله) أي فعل ذلك الفعل (مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتمزم) بفتح الزاي أي الذي التزمه الحالف (فعل واحد غير عين) أي غير معين ، نحو قوله ليصلين أو ليصومن أو ليحجن أو ليتصدقن ، فإنه إذا فعل ذلك الشيء من هذه الأشياء مرة واحدة بر في يمينه (إذ المقام مقام الإثبات) لأن النكرة في موضع الإثبات لا تعم فتجزى . بأدنى ما ينطلق عليه إسم المحلوف عليه ، سواء فعله مختاراً أو مكرهاً أو ناسياً بطريق الوكالة وهو معنى قوله (فيبر بأي فعل فعله وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه) أي عن ذلك الفعل (وذلك) أي اليأس منه (بموته) أي بموت الحالف (أو بفوات محل الفعل) وهو المحلوف عليه ، كما إذا حلف لا تكن هذا الرغيف ، أو لأبصرن البصرة ،

وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل البلد . فهذا
على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره .

فان مات هذا حنث . قال صاحب التحفة ويجب عليه الكفارة ويرضى بها إذا كان
المالك هو الخالف .

قال الكاكي « رح » هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقاً ، أما إذا عقده مؤقتاً ،
فلا يحنث قبل مضي ذلك الوقت ، وإن وقع اليأس بموته يفوت المحل ، لما أن الوقت مانع
من الإغلال ، إذ لو انحل قبل مضي الوقت ، لم يكن للوقت فائدة كذا في الإيضاح .

وقال الأترابي « رح » ، ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبداً فيما إذا كانت اليمين
مطلقة . أما إذا كانت مؤقتة بزمان ، كالיום والشهر ، فيتوقت يمينه بذكر الزمان ،
فبعد ذلك تنحل يمينه ، ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان . وأما التوقيت في الإثبات
كقوله والله لا كلن هذا الرغيف اليوم ، فانه لا يحنث ما دام الخالف والمحلوف عليه
قائمين ، واليوم باق . أما إذا قضى اليوم يحنث ، وإن كان قائمين بفوات البر لفوات
الوقت المعين . وأما إذا هلك الخالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق ، وإن هلك
المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم ، أجمعوا أنه لا يحنث في الحال ، فاذا مضى
اليوم اختلفوا . قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا يحنث في يمينه ، وقال أبو يوسف « رح »
يحنث ، ويجب الكفارة ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده خلافاً لها .

(وإذا استحلف الوالي) بتشديد اللام من التحليف (رجلاً ليعلمنه) من الإعلام
(بكل داعر دخل البلد) وفي بعض النسخ مكان كل داعر ، والداعر بالبدال والمعين
المهملتين ، على وزن فاعل وهو الخبيث المفسد من الناس ، وجمعه دعار من الدعر ، وهو
الفساد . يقال دعر العود تدعر دعراً من باب علم يعلم إذا فسد (فهو على حال ولايته
خاصة) أي يفيد اليمين على حال ولايته ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد
« رح » في رواية (لأن المقصود منه) أي لأن غرض المستحلف من هذا (دفع شره أو شر
غيره) أي دفع الداعر أو دفع غيره أي غير الداعر (بزجره) أي بزجر الداعر ، يعني

فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل
في ظاهر الرواية، ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم
يقبل فقد بر في يمينه خلافاً لزفر «رح»، فإنه يعتبره بالبيع، لأنه
تمليك مثله، ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالتبرع، ولهذا يقال وهب

لو زجر الداعر ينزجر غيره من الرعاة (فلا يفيد فائدته) أي فائدة الزجر (بعد زوال
سلطنته) أي سلطنة هذا الوالي ، أي شوكته وقدرته على ما بطلت منه (والزوال بالموت)
أي بموت هذا الوالي (وكذا بالعزل) أي بعزله .

(في ظاهر الرواية) عن أصحابنا وهي رواية الزيادة ، وعن أبي يوسف « رح » أنه
يجب الرفع إليه بعد العزل . وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية لأنه
يفيد في الجملة لاحتمال أن يولى ثانياً ، فيؤدي الداعر عينه ليبتل الدفع بقوله لا بموته ،
وكذلك السلطان إذا حلف رجلاً أن لا يخرج من الكوزة إلا بأذنه ، فهو على حال
ولايته ، كذا في الزيادات .

(ومن حلف أن يهب عبده لفلان ، فوهبه ولم يقبل) أي الموهوب له (بر في يمينه)
أي لم يحنث (خلافاً لزفر « رح ») فإنه يحنث عنده . وفي الكافي حلف ليهب عبده
بفداد فوهبه له ولم يقبل ، وإن كان الموهوب له غائباً لم يحنث إجماعاً ، وإن كان
حاضراً حنث استحساناً ، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول ، وقال زفر « رح » ،
لا يحنث . وبه قال الشافعي « رح » في قول بدون القبول . وفي قول لم يقبل ويقبض
وعلى هذا الخلاف الاعارة والصدقة والاقرار والوصية ، ذكره في جامع البكري وفي
الكفارة ، وكذا القرض وفي رواية عن أبي يوسف « رح » قبول المستقرض شرط ، لأن
القرض في حكم المعارضة (فانه) أي فان زفر « رح » (يعتبره) أي يعتبر عقد الهبة
(بالبيع لأنه تمليك مثله) فلا يتم إلا بالقبول .

(ولنا أنه) أي أن الهبة باعتبار الوهب (عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب

ولم يقبل ، ولأن المقصود إظهار الساحة ، وذلك يتم به . وأما البيع
فمعاوضة ، فاقضى الفعل من الجانبين ، ومن حلف لا يشم ريحاناً
قشم ورداً أو ياسميناً لا يحنت ، لأنه إسم لما لا ساق له ولهما ساق .

ولم يقبل) ولا يقال باع ولم يقبل ، يعني لا يسمى تبعاً ما لم يوجد القبول (ولأن المقصود)
من الهبة (إظهار الساحة) أى الكرم (وذلك) أى إظهار الساحة (يتم به) أى
بالحالف الواهب . (وأما البيع) جواب عن قول زفر ، يعني أن البيع فليس كذلك ،
لأنه مبادلة المال بالمال ، وهو معنى قوله (فمعاوضة فاقضى الفعل من الجانبين) أى من
جانب البائع وجانب المشتري .

(ومن حلف لا يشم ريحاناً قشم ورداً أو ياسميناً لا يحنت لأنه) أى لأن للريحان
(اسم لما لا ساق له ولها) أى وللورد والياسمين (ساق) الريحان في اللغة كل ما طلب
ريحه من النبات وهذا يتناول الورد والياسمين كما هو مذهب أحمد « رح » ، ولكن عند
الفقهاء الريحان ما يساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسن
كالياسمين . كذا ذكره صاحب المغرب .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ، روى هشام عن محمد « رح »
أنه قال ، كل ما حضر فهو ريحان مثل الآس والشاهفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك ليس
بريحان . وقال الأتزازي « رح » وعلل فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير بقوله
لأن الريحان إسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة ، وهو موضوع ذلك لغة ،
وقلده الصدر الشهيد وصاحب الهداية ، ثم قال والياسمين والورد لها ساق . ثم قال الأتزازي
« رح » ولنا فيه نظر ، لأنه لا يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً ، ولئن
صح ما قالوا كان ينبغي أن لا يحنت بالأمر ، لأنه له ساق وليس من البقول أيضاً ، وقد
نص الحاكم « رح » على أنه يحنت انتهى . قلت نظره وارد في هذا ، لأن في البلاد البصرية
ينبت ريحان وله ساق قدر نصف ذراع ، وأيضاً الايمان بنيته على العرف لا على اللغة ينبغي
أن يحنت إذا شم ورداً أو ياسميناً ، ونظرنا إلى اللغة لأن جماعة من أهل اللغة قالوا ، كل ما
طاب ريحه من النبات فهو ريحان ، فعمل هذا يطلق على الورد والياسمين والريحان .

ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له، فهو على دهنه اعتباراً للعرف،
ولهذا يسمى بانه بائع البنفسج، والشراء يبتني عليه، وقيل في عرفنا
يقع على الورق وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة
فيه، والعرف مقرر له، وفي البنفسج قاض عليه.

(ومن حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه اعتباراً للعرف) لأن الإيمان
محمولة على معاني كلام الناس وفي عرفهم إذا ذكر بنفسج يراد به دهنه لا ورقه (ولهذا)
أي ولأجل اعتبار العرف (يسمى بانه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه ، وقيل في عرفنا
يقع على الورق) وفيه نظر لا يخفى ويؤيده قوله ، وقيل في عرفنا يقع على الورق ، وقال
الفقيه أبو الليث هذا عند أهل العراق ، فأما في بلادنا ، فلا يقع على الدهن إلا أن ينوي .
وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » لا يحنث بشراء دهنه اعتباراً بحقيقة اللفظ ، ولو
اشترى ورق البنفسج لم يحنث ، خلافاً للشافعي « رح » وأحمد « رح » ، وذكر الكرخي
« رح » أنه يحنث أيضاً .

(وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه) أي لأن الورد حقيقة في
العرف (والعرف مقرر له) أي العرف أيضاً يقرر لوقوع الحقيقة ، أو لكون الحقيقة
مرادة له (وفي البنفسج قاض عنه) أي غالب عليه على وقوع الحقيقة ، فلا يقع على ورقه ،
لأن مبني الإيمان على العرف لا على الحقيقة ، وقال مشايخنا رحمهم الله ، والبنفسج والورد
يقعان على الورق في عرفنا ، قاله الكاكي « رح » وهو الصواب والأوجه والله أعلم .



كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعة هو العقوبة المقدره حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حداً لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير ، والمقصد الاصلي من شرعه

(كتاب الحدود)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام الحدود . وجه المناسبة بين البابين من حيث أن في الأيمان الكفارة التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة ، والحدود من العقوبات المحضة والحدود جمع حد .

(قال) أي المصنف (الحد لغة) أي مضمي الحد في اللغة (هو المنع) يقال حد عن كذا وكذا ، أي منع عنه وبه سمي السجنان حداً ولمنعه المحبوسين عن الخروج (ومنه الحداد للبواب) أي ومن هذا المعنى ، قيل للبواب حداً ولمنعة الناس عن الدخول في الدار التي هو باب فيها وسمى المعرف للشيء حد ، لأنه يمنع الخارج عن الحدود عن الدخول .

(وفي الشريعة هو) أي الحد (العقوبة المقدره حقاً لله تعالى) ينوي بها حق الله تعالى (حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد) بدلالة جواز العفو والاعتياض (ولا التعزير حد) أي ولا يسمى التعزير حداً أيضاً (لعدم التقدير فيه) أي ليس يقدر هذا على ما عليه عامة أصحابنا « رح » . وقال صدر الإسلام البزدوي « رح » في مبسوطه ، والقصاص سمي حداً أيضاً ، وحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده ، أعني عن القصد المنهي عنه (والمقصد الأصلي من شرعه) أي القصد الكلي من مشروعية الحد

الإنزجار عما يتضرر به العباد . والطهارة ليست أصلية فيه ، بدليل
شرعيته في حق الكافر . قال الزنا يثبت بالبينة والإقرار ، والمراد ثبوته
عند الإمام ، لأن البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار لأن الصدق فيه
مرجح ، لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة ،

(الإنزجار عما يتضرر به العباد) في النفس والعرض والمال ، ففي حد الزنا صيانة النفس ،
وفي حد القذف صيانة العرض ، وفي حد الربا صيانة المازن .

(والطهارة ليست بأصلية فيه) أي في الحد (بدليل شرعيته) أي مشروعيته
(في الكافر) وهذا يجب الحد على الذي زنا ، ويطهر عن الذنب بإجراء الحد عليه ،
فعلم أن المقصود من الحد الإنزجار لا الطهر .

(قال) أي القدوري « رح » (الزنا يثبت بالبينة والإقرار) هذا لفظ القدوري « رح »
في مختصره ، قال صاحب الهداية « رح » (والمراد ثبوته عند الإمام) أي الحاكم ، إنما
قال ذلك لأن ثبوت الزنا في نفس الأمر لا يقف على وجود البينة أو الإقرار ، لأنه أمر
حسي يوجد ، وإن لم يوجد أو قد يوجدان ولا يوجد الزنا لاحتمال الكذب فيهما ، فحصل
الإنفكاك بين الزنا وبينها وجوداً وعدمًا . فالقاضي مأمور بالحكم يثبت عنده من الظاهر ،
فلأجل هذا يشترط ثبوته عند الإمام بالبينة والإقرار (لأن البينة دليل ظاهر) لأن الله
تعالى قال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء ، (وكذا الإقرار) دليل ظاهر
(لأن الصدق فيه مرجح) على الكذب (لا سيما) أي خصوصاً (فيما يتعلق) أي في
الشيء الذي يتعلق (بثبوته مضرة) أي ضرر ظاهر متصل ببدن المقر من أجره الحد عليه
(ومعرة) أي حار تلحقه بانتسابه إلى الزنا والمار أشد من النار .

وفي ديوان الأدب المعرة المساءة والأذى مقعة من العر وهو الحرب ، وفي الصحاح
المعرة الاسم واعلم أن الزنا بمد وقصر ، فالقصر لأهل الحجاز ، والمد لأهل نجد . قال
الفردوب وهو من يجعو بشعره أبا حاضر شعر :

من يزن يعرف زناه ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكراً

والوصول إلى العلم القطعي متعذر ، فيكتفى بالظاهر . قال فالبينة أن
 يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى ﴿ فاستشهدوا
 عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء ، وقال الله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة
 شهداء ﴾ ٤ النور ، وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ، ايت بأربعة
 يشهدون على صدق مقاتلتك ،

بفتح الكاف من التكبير ، وهو الخمور ، والخراطوم اسم من أسماء الحجر ، والنسبة إلى
 المقصور زنوى وإلى المدود زناوى .

وربما يظهر أن معنى الزنا في اللغة البغي ، وفي الشرع الزنا قضاء المكلف شوته في
 قبل امرأة خالية عن الملكين ، وشبهتها وشبهة الإشباه ، ويمكن المرأة عن ذلك ، واختير
 لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإبلاج زنا ولهذا يجب فيه الفصل هدياً للمكلف ليخرج
 الصبي والمجنون . والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين ، وشبهة النكاح وهي ما إذا
 وطىء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه ، أو شبهة ملك اليمين
 ما إذا وطىء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون وشبهة الإشباه ، فإذا وطىء الابن
 جارية أبيه على ظن أنها تحل له .

(والوصول إلى العلم القطعي) بغير الوصول إلى ثبوته إلى العلم القطعي (متمذر)
 لأنه أمر مبناه على الاخفاء والستر (فيكتفى بالظاهر) البينة والاقرار . (قال) أي
 القدورى « رح » (فالبينة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا . لقوله تعالى
 ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء . وقال الله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾
 ٤ النور ، وقال عز وجل (أى قال النبي ﷺ) للذي قذف امرأته ايت بأربعة شهداء
 يشهدون على صدق مقاتلتك) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

وبمعناه ما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ابن كثير عن الفضل بن مالك
 قال الأول لعان كان في الاسلام أن شريك بن غمامة قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعه إلى
 النبي ﷺ فقال له يا رسول الله ﷺ أربعة شهداء يشهدون وإلأفعد في ظهرك ، قال يا رسول

ولأن في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه ، والإشاعة ضده

الله ﷺ إن الله تعالى يعلم إن شهدوا لصادق ولينزلن الله عليك ما يبرىء ظهري من الحد ،
فأنزل الله تعالى آية اللعان ولاعن النبي ﷺ ، وفرق بينها ، وأخرجه البخارى في اللعان
عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن هلال بن أمية كذب امرأته بشريك ، فقال النبي ﷺ
البينة وإلا فحد في ظهرك .

(ولأن في اشتراط الأربعة) هذا احتراز عن قوله البعض ، فإنهم يقولون إنما اشترط
الأربع للزنا لا يتم إلا بآيتهن ، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهادة شاهدين . قال
المصنف ليس كذلك بل هي في اشتراط الأربع (تحقيق^(١) معنى الستر وهو) أى الستر
(مندوب اليه) لما روى الترمذى « رح » من حديث أبي هريرة « رض » قال : قال رسول
الله ﷺ من ستر عليها ستره الله في الدنيا والآخرة ، والشرط في الأربع من الرجال أن
يكونوا أحراراً ، عدولاً ، بالغين ، فلا تقبل شهادة الرجال مع النساء ، ولا يقبل فيه
كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة (والإشاعة) أى إظهار الزنا (ضده) أى ضد
الستر . فلما كان الستر مندوباً ، كانت الإشاعة مؤقتة وكيف فانه تعالى قال ﴿ إن الذين
يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ﴾ ١٩ النور ، لا يذم المستعير ، ولهذا لو أخذ
شيء من شرائط الشهادة بأن أشهد الأصيل من أربعة أو شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس
مختلفة واحداً بعد واحد ، فانهم يحدون حد القذف عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

في المبسوط أشار عمر رضي الله عنه أن اشتراط الأربع لأجل الستر حتى شهد أبو بكر
رضي الله عنه وسئل ابن معير ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا ، فقال الزيادة
وهو الرابع ، ثم يتشهد قال رأيت أقداماً بادية ، وأنفاساً عالية وأمرأ منكرأ . وفي
رواية قال رأيتها تحت لحاف واحد ، يخفضان ويرفعان ويضطربان اضطراب الخبزبان ،
وفي رواية رأيت رجلاً أفعى وامرأة صرعى ورجلين محضونتين واسته تجيء وتذهب ،

(١) يتحقق - هامش .

وإذا شهدوا يسألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى

زنى وبمن زنى

ولم أر ما سوى ذلك . فقال عمر رضي الله عنه ، الله أكبر ، الحمد لله الذي لم يفضح واحداً من أصحاب رسول الله ﷺ .

(فإذا شهدوا) أى شهدوا بالزنا الشهود (يسألهم الامام عن الزنا ما هو) أي حقيقة الزنا وماهيته لأنه حاسباً فكله ما إلا عن الماهية ، لأن من الناس من يعتقد كل وطء حرام أنه زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، والأمة الجوسية ، والأمة المشتركة ، والأمة التي هي أخته من الرضاع ، فان كل ذلك حرام وليس بزنا ، ولأن الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازاً ، بقوله العينان تزنيان وزناها النظر ، واليدان تزنيان وزناها البطش ، والرجلان تزنيان وزناها المشي ، والفرج يصدق ذلك أو يكذب .

والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج ، ألا ترى أنه ﷺ استقر ماعزاً « رض » إلا أن ذكر الكاف والنون أراد به قوله فكن ، لأن ذلك صريح في الوطء ، والباقي كناية عنه ، وأيضاً يمكن أن يسمى الشهود مقدمات الزنا زناً ويجب الإحتراز عن مثل ذلك .

(وكيف هو) أي يسألهم أيضاً عن كيفية الزنا للاحتراز عن مثل ذلك عاص الفرجين من غير إيلاج . ألا ترى أنه ﷺ استقر ماعزاً « رض » عن كيفية الزنا ، فقال كالميل في المكحلة ، والرشاد في البئر ، وقيل للاحتراز عن صورة الإكراه ، لأن وطء المكروه لا يوجب الحد (وأين زنى) أي يسألهم عن المكان بقوله أين زنى فإنه احتراز عن الزنا في دار الحرب ، لأن المسلم إذا زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لأنه لم يكن الإمام على بدنه عند وجوب الحد (ومتى زنى) أي يسألهم عن الزمان فقوله متى زنى كأنه احتراز عن زناً متقادماً والشهود إذا شهدوا بذلك لا يقبل ، واحترازاً أيضاً عن وطء الصبي والمجنون لأن فعلهما لا يوصي بالحرمة (وبمن زنى) أي يسألهم بمن زنى ، يعني المزنية من هي ، فإنه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون الوطء فيه بشبهة لا يعرفها الواطء ، ولا الشهود كجارية الإبن ، ويجوز أن تكون الموطوءة امرأة الواطء ، أو جاريتيه ولا يعلمها المشهود .

لان النبي عليه السلام استفسر ماعزاً رض ، عن الكيفية ، وعن
 المزنية ، ولان الإحتياط في ذلك واجب ، لانه عساه غير الفعل في
 الفرج عناه ، أو زنى في دار الحرب ، أو في المتقادم من الزمان ، أو كانت
 له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود ، كوطء جارية الإبن . فيستقضي في
 ذلك احتيئالاً للدرء ، فاذا بينوا ذلك . وقالوا رأينا وطئها في فرجها

(لأن النبي ﷺ استفسر ماعزاً رض ، عن الكيفية وعن المزنية) هذا أخرجه
 أبو داود رض عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم رض بن هزال ، قال ، كان ماعز بن
 مالك رض ، يتيماً في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي فقال له إبت رسول الله ﷺ
 فأخبره بما صنعت ، لعله يستغفر لك ، قال فأناه فقسال يا رسول الله ﷺ ، إني زنيت ،
 فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه ، فماد حتى قالها أربع مرات ، فقال ﷺ ، إنك قد
 قلتها أربع مرات فيمن قال بفلاة ، قال هل ضاجعتها قال نعم ، قال هل باشرت بها قال
 نعم ، قال هل جامعتها قال نعم ، فأمر به أن يرحم الحديث .

(ولأن الإحتياط في ذلك واجب) أي في الاستفسار (لأنه) أي لأن المشهود عليه
 بالزنا (عساه غير الفعل في الفرج عناه) أي قصده ، ولا يكون ماهية الزنا ، ولا كيفية
 موجودة في دار الحرب .

(أو زنى في دار الحرب) أي أو يكون المشهود عليه زنى في دار الحرب (أو في
 المتقادم من الزمان) أي أو يكون زنى في الزمن المتقادم (أو كانت له شبهة لا يعرفها هو)
 أي المشهود عليه (ولا الشهود) أي ولا يعرفها الشهود (كوطء جارية الإبن فيمتقضي)
 أي الإمام وضبطه السابق « رح » ، على صيغة المجهول (في ذلك) أي فيما ذكر من الأشياء
 وقد ذكرناها جميعاً .

(احتيئالاً للدرء) أي لأجل الخيلة للدرء الحد ، لما روى الترمذي رض « رح » من حديث
 عائشة رضي الله عنها ، قالت قال رسول الله ﷺ ، ادروا الحدود ما استطعتم (فإذا
 بينوا ذلك) أي فإذا بين الشهود الزنا ، بما ذكر من الأمور (وقالوا رأينا وطئها في فرجها

كامليل في المكحلة . وسأل القاضي عنهم . فعدلوا في السر والعلانية .
حكم بشهادتهم ولم يكتب بظاهر العدالة في الحدود . احتيالا
للدراء قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم . بخلاف سائر
الحقوق عند أبي حنيفة « رح » وتعديل السر والعلانية نبيته في
الشهادات إن شاء الله تعالى ، قال في الأصل يجسه

كامليل في المكحلة) بضمين وما الكحل (وسأل القاضي عنهم) أي عن الشهود (فعدلوا)
عن صيغة المجهول (في السر والعلانية) صورة التعديل في السران ، يبعث القاضي
بأسما أول الشهود إلى العدل ، يكتب فيه أسماءهم وأنسابهم وعلامهم ومحلهم
وسوقهم ، حتى يعرف العدل ذلك ، فيكتب تحت إسم من كان عدلاً ، عدلي جاز الشاهدة ،
ومن لم يكن عدلاً فلا يكتب تحت اسمه شيئاً ، أو يكتب الله أعلم ، وصورة التعديل في
العلانية ، أن يجمع بين العدل والشاهد ، فيقول العدل هذا هو الذي عدلته ، وسيجيء في
كتاب الشهادات بعض منه إن شاء الله تعالى .

(حكم بشهادتهم) جواب قوله فإذا بينوا بالرجم إن كان الرجم موجب الزنا وبالجلد
إن كان موجب الجلد هنا ، أول يعرف القاضي عدالة الشهود ، أما إذا عرفها فحكم بلا
تعديل (ولم يكتب) على صيغة المعلوم أي لم يكتب القاضي ، وقال الكاكي « رح »
أبو حنيفة لم يكتب بسوق الكلام إليه (بظاهر العدالة في الحدود احتيالا بالدراء) أي
الدفع (قال ~~بدر~~ ادروا الحدود ما استطعتم) وقد ذكرنا الحديث عن قريب (بخلاف
سائر الحقوق عند أبي حنيفة) حيث يكتب فيها بظاهر العدالة ، لقوله ~~عليه السلام~~ المسلمون
عدول بعضهم على بعض ، إلا إذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضي عن الشهود
عنده أيضاً .

(وتعديل السر والعلانية نبيته في الشهادات إن شاء الله تعالى) أي بيان صورتها
بذكره في باب الشهادات وقد ذكرناه آنفاً .

(قال في الأصل) أي قال محمد في المبسوط (يجسه) أي يجبس القاضي الشهود عليه

حتى يسأل عن الشهود ، للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه
السلام رجلا ، بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يجبس فيها قبل ظهور
العدالة وسيأتيك الفرق إن شاء الله

بالزنا ، بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة (حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية) أي
لأجل كون الشهود عليه متهماً بالجناية فلذلك يجبسه خوفاً من خروج ، فلا يظهر بعد
ذلك ، ولا يأخذ الكفيل منه ، لأن في أخذه نوع احتياط ، فلا يكون مشروعاً ، بما
يدراً بالشبهات ، فإن قيل الإحتياط في المجلس أظهر . قلنا حبسه للتعزير لأنه صار متهماً
بارتكاب الفاحشة وأشار إليه المصنف « رض » بقوله للاتهام .

(وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة) هذا روي عن جماعة من الصحابة « رض »
عن معاوية بن جندب « رض » أخرج حديثه أبو داود « رح » ، والترمذي « رح » ، والنسائي
« رح » أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة ، وزاد الترمذي والنسائي ، ثم خلى
سبيله ، وقال الترمذي « رح » حديث حسن ، ورواه الحاكم « رح » في المستدرک ،
وصححه ، وعن أبي هريرة « رض » أخرج حديثه الحاكم في المستدرک والبخاري وأبو نعيم
« رح » في مسندهما ، أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة أياماً وليلة استظهاراً أو احتياطاً ،
وفي مسنده ابراهيم بن خيثم ، فقال الربيعي متروك .

وعن أنس « رض » أخرج حديثه ابن عدي والعقيلي « رح » في كتابيهما أن النبي ﷺ
حبس رجلاً في تهمة ذكر في مسند ابراهيم بن زكريا الواسطي « رح » ، قال العقيلي « رح » ،
بجهول وحديثه خطأ . وقال ابن عدي « رح » وهو باطل ، وعن أنس « رض » أخرج
حديثه الطبراني « رح » في الأوسط أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة .

(بخلاف الديون حيث لا يجبس فيها قبل ظهور العدالة) لأن أخذ الكفيل فيها مشروع ،
فلا يتلف الحق فلا حاجة إلى الحبس قبل عدالة الشهود (وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى)
أي الفرق بينه وبين المديون ، وقال الأترابي « رح » هذه حوالة غير راثجة ونحن بيناه ،
قلت أراد به ما ذكره الآن لأن أخذ الكفيل فيها مشروع إلى آخره .

قال والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع
مرات في أربع مجالس من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي .
فاشترط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو
غير موجب للحد ، واشترط الأربع مذهبنا ، وعند الشافعي «رح»
يكفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق وهذا لأنه مظهر
وتكرار الإقرار ، لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في
الشهادة ، ولنا حديث ماعز «رض»

(قال) أي القدوري «رح» (والإقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع
مرات في أربع مجالس مختلفة من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي) هذا كله كلام
القدوري «رح» نقله المصنف «رح» ثم شرحه (واشترط البلوغ والعقل لأن قول الصبي
والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد واشترط الأربع) يعني في الإقرار (مذهبنا)
وبه قال أبو حنيفة «رح» وأحمد «رح» (وعند الشافعي «رح» يكفي بالإقرار مرة
واحدة) وبه قال الامام مالك «رح» (اعتباراً بسائر الحقوق) يعني في سائر الحقوق
القرب يعتبر في الشهادة دون الإقرار فكذلك هنا (وهذا) أي الاعتبار بسائر الحقوق
(لأنه) أي لأن الإقرار (يظهر) حقيقة الأمر حجة بنفسه ، فلا يشترط التكرار ، كما
في سائر الحقوق .

(وتكرار الإقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة) لأن الشاهد
الثاني ، يفيد طمأنينة القلب زيادة على ما أفاده الأول .

(ولنا حديث ماعز «رض») حديث ماعز بن مالك مشهور رواه البخاري ومسلم
«رح» عن أبي هريرة «رض» قال أن رجلاً من المسلمين جاء رسول الله ﷺ وهو في
المسجد فناده فقال يا رسول الله ﷺ إني زنيت فأعرض عنه حتى نفى ذلك أربع مرات
فلما شهد على نفسه أربع مرات ، دعاه رسول الله ﷺ فقال إنك مجنون ، قال لا ، قال

فإنه عليه السلام أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في
أربع مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب .

فهل حصنت ، قال نعم ، فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه ، فرجمناه بالمصلى فلما
اذلقة الحجارة هرب ، فأدركناه بالبحر فرجمناه وروى حديث ماعز « رض » أيضاً مسلم
عن جابر بن عروة ورواه أيضاً عن ابن عباس « رض » وعن يزيد « رض » أيضاً في الكل
الإقرار بأربع مرات .

(فإن النبي ﷺ أخر الإقامة) أي إقامة الحد (إلى أن تم الإقرار منه) أي من ماعز
« رض » (أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها) أي فلو ظهر إقراره موجباً للحد
دون الأربع ، أي أربع مرات (لما أخرها) أي لما أخر إقامة الحد (لثبوت الوجوب)
حاصل المعنى لو كان الإقرار مرة واحدة كأن لم يؤخر ، لأن إقامة الحد عند الصورة
واجبة ، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ ، فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره
مرة واحدة ، فقد اعترف بالوطء لا يوجب الحد ، يوجب المهر وإذا وجب المهر ، لا يجب
الحد مما بعد ، لأن المهر والحد لا يجتمعان في وطء واحد .

أجيب بأن الإقرار أربع مرات ، ولما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق بوجوب المهر
بالإقرار مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب ، وإنما الحكم موقوف بأن تمت الحجة ،
وجب الحد وإن لم يتم ، وجب المهر . فإن قيل وإنما عرض النبي ﷺ لأنه اشتهر أي في
عقله ، فقد جاء أشعث أغبر مغير اللون ، إلا أنه لما أمر على إقرار دوام على نهج العقل
أقبله ، بعد ذلك ، ثم لزال الشبهة بالسؤال ، فقال إنك مجنون ، أما تفسير
الحال بدليل التوبة والخوف من الله عز وجل ، لا دليل الجنون ، وإنما قال رسول
الله ﷺ إنك مجنون ، تلقيناً لما يدرأ بالحد ، كما يقال ، لملك وطئتها لترجع عن
الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ، ما أخاله سرق ،
ولأن الشهادة فيه دليل معقول ، فظن جواب عن اعتبار الشافعي « رح » بسائر
الحقوق وتقريره :

ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد . فكذا الإقرار إعظماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا .
ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي . فالاختلاف بأن يردده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

(لأن الشهادة فيه) أي في الزنا (اختصت بزيادة العدد) لأجل التغليف ولم يختص سائر الحقوق بذلك (فكذا الإقرار) اشترط أربع مرات ، لأن إحدى المجتنبين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق ، فكذلك في الحجة الأخرى (إعظماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر) أي لأجل تعظيم أمر الزنا وتحقيق معنى الستر ، لأن الستر مندوب منه كما ذكرنا (ولا بد من اختلاف المجالس) أي في الإقرار خلافاً لأحمد وابن أبي ليلى رحمهما الله (لما روينا) أشار إلى قوله لأنه بزيادة ، أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس (ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات) كما في المسجد (فمئذ ذلك) أي عند اتحاد المجلس (يتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار) ألا ترى إلى ما قال في حديث ما عزى رضي الله عنه ، من إقراره خمس مرات فكان منها مرتباً في جهة واحدة . فلم يعتبر ذلك ، ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين « رح » (والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه) أي مجلس المقر في وجوب الحد (دون مجلس القاضي) وفي بعض النسخ فيصير اتحاد مجلسه أي يعتبر اتحاد المجلس المقر في عدم وجوب الحد ، لا مجلس القاضي (والاختلاف) أي اختلاف مجلس بأن يردده القاضي في كل مرة بأن يقول إنك مجنون ولعلك قبلتها أو لمستها فقال بعضهم ، يعتبر اختلاف مجلس القاضي ، والصحيح الأول ، كذا في شرح الطحاوي ، وفي المصنف « رح » الاختلاف بقوله :

(بأن يردده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

حنيفة رحمه الله لأنه عليه السلام طرد ما عزا « رض » في كل مرة حتى
 تواري ببحيطان المدينة . قال ، فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن
 الزنا ، ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه
 الحد ، لتبام الحجة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في
 الشهادة . ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة ، لأن
 تقادم العهد ، يمنع الشهادة دون الإقرار ، وقيل لو سأله جاز

حنيفة رحمه الله ، لأن النبي ﷺ طرد ما عزا في كل مرة حتى تواري (أي استتر) ببحيطان
 المدينة (هذا الحديث ، بهذا اللفظ غريب ومعناه ، ما رواه ابن حبان في صحيحه من
 حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء ما عز بن مالك رضي الله عنه إلى النبي ﷺ فقال ،
 ألا تعذرني فقال له تلك ، ما يدريك من الزنا ، فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانية
 فقال مثل ذلك فأمر به فطرد ثم أتاه الثالثة فقال له ذلك ، فأمر به فطرد وأخرج ثم
 أتاه الرابعة فقال له مثل ذلك أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرحم . . الحديث .
 (قال) أي القدوري في مختصره (فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو
 وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد) هذا كله لفظ القدوري وقال
 المصنف عقبه (لتبام الحجة) أي لتبام الدليل الموجب لاقامة الحد (ومعنى السؤال عن هذه
 الأشياء) أي عن ما عزا الزنا وكيفيته ومكانه عن المزنبة (بيناه في الشهادة) على الزنا ،
 وهو تحقيق ما يوجب بها الحد (ولم يذكر السؤال) أي القدوري (فيه) أي في الإقرار
 (عن الزمان) أي عن سؤال الزمان (وذكره) أي والحال أنه ذكره ، أي ذكر السؤال
 عن الزمان . (في الشهادة) على الزنا بأن يقول متى زنيت (لأن تقادم العهد) أي
 الزمان (تمنع قبول الشهادة) لتهمة لحقه ، والمرء لا يتهم على نفسه ، فيقبل إقراره وإن
 تقادم العهد ، وهو معنى قوله (دون الإقرار وقيل لو سأله جاز) أي لو سأله الزمان جاز ،
 قالوا في الفتاوى ويجوز أن يسأل الزمان في الإقرار أيضاً .

لجواز أنه زنى في صباه، فإن رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه، قبل رجوعه وخلق سبيله، وقال الشافعي «رح» وهو قول ابن أبي ليلى. يقيم عليه الحد. لأنه وجب الحد بإقراره. فلا يبطل برجوعه وإنكاره. كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف.

(لجواز أنه زنى في صباه) أى في حالة الصغر (فإن رجع المقر) أى المقر بالزنا إذا رجع (عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلق سبيله ، وقال الشافعي « رح » وهو قول ابن أبي ليلى يقيم الحد عليه) يعنى لا يقبل رجوعه بعد الاقرار ، ويلزمه الحد . واسم ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى « رح » قاضي الكوفة ، واسم أبي ليلى « رح » يسار خلاف اليمين وقال الكاكي « رح » كذا وقع في نسخ أصحابنا « رض » يعنى ذكر خلاف الشافعي « رح » هنا ، ولكن خرج في كتب أصحاب الشافعي « رح » أنه لو أقر على نفسه بالزنا ، ثم رجع ، يسقط عنه الحد ، وكذا لو رجع بعدما أقيم الحد ، يترك الباقي ، قبل قولنا .

وعن أحمد « رح » مثل قولنا ، وعن الامام مالك في قول الرجوع روايتان ، وقال الكاكي أيضاً ، ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والحسن بن صالح ، إذا شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف قال الشافعي « رح » وعثمان « رض » الذين لا يحدون حد القذف ، إذا كان الزنا واحد ، فلا يشترط اتحاد المجلس ، وحد اتحاد ، ما دام الحاكم جالساً لأن النص شرط الأربع مطلقاً ، فلا يفيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات ولنا قول عمر « رض » لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر كل فرادى لجلدتهم ، ولو كان الزوج أحدم يقبل عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » هو يقول فيه تهمة ونحن نقول أنه يعتبر بزنا امرأته فكان أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد .

(لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره ، كما إذا وجب) أى الحد (بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف) أى صار حكم هذا كحكم من يرجع في القصاص

ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالأقرار . وليس أحد يكذبه فيه ، فيتحقق الشبهة في الأقرار . بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص . وحد القذف لوجود من يكذبه . ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع . ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له : لعلك لمست أو قبلت لقوله عليه السلام لما عزم « رض » لعلك لمستها أو قبلتها

عن حد القذف إذا ثبت أن الأقرار حيث لا تقبل الرجوع (ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالأقرار وليس أحد يكذبه فيه) أى في الرجوع (فيتحقق الشبهة في الأقرار) فتعارض الرجوع مع الأقرار بسقط الحد ، لأن الحدود تندرىء بالشبهات .

(بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه) هو الختم (ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع) فإن أحد يكذبه فصح الرجوع فيه ، لكن إذا اغتر بالسرقه ثم رجع صح رجوعه ، في حق القطع ، ولا يصح في حق المال ، كذا في شرح الطحاوى . (ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع ويقول له لملك لمست أو قبلت لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لما عزم « رض » لملك قبلتها أو لمستها) هذا كلام القدورى في مختصره يروي هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرک عن حفص بن عمر العدني ، حدثنا الحاكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن ماعز رضي الله عنه أتى إلى رجل من المسلمين فقال إني أصبت فاحشة فما تأمرني فقال له اذهب إلى رسول الله ﷺ ليستغفر لك ، فأتى النبي ﷺ فأخبره ، فقال له لملك قبلتها ، قال لا ، قال لملك لمستها ، قال لا ، قال ففعلت بها كذا أو لم يكن ، قال نعم ، قال اذهبوا به فارجموه ، وسكت الحاكم عنه .

وتمتبه الذمى « رح » في مختصره ، فقال وحفص بن عمر العدني ضعفوه ، والحديث عند البخارى بلفظ لملك قبلت أو لمست أو نظرت ، قال لا ، قال أفنكتها ، قال نعم ، فعند ذلك أمر برجمه ، وعند أحمد « رح » في مسنده لملك قبلت أو لمست أو نظرت .

وقال في الأصل وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها

بشبهة ، وهذا قريب من الأول في المعنى .

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت ،

(وقال في الأصل) أى في المبسوط (وينبغي أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة) قال في المبسوط يرد الامام المعترف بالزنا في المرة الأولى والثانية والثالثة ، فإن عاد الرابعة فأقر عنده لما سأله عن الزنا ماهو وكيف هو ، فإذا صنعته وأثبتته قال له لملك تزوجتها أو وطئتها بشبهة (وهذا) أى المذكور في الأصل (قريب من الأول في المعنى) أى قريب بما قاله القدورى « رح » ، لأن في كل منها تلقين الرجوع للمقر ، حتى لو قال المقر نعم سقط الحد .

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

أى هذا فصل في بيان كيفية الحد . والكيفية ما يقال به للشيء كيف هذا ، وكيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال . قوله وإقامته ، أى وفي بيان كيفية إقامة الحد ، وذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد ، لما إذا إقامته وكيفية مرتبته على نفس الحد في الوجود .

(وإذا وجب الحد وكان الزاني) أى والحال أنه قد كان الزاني (محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت) أى الإمام أو القاضي والحصن من أحصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد ، وهذا أحد ما جاء على أفضل ، فهو مفعول ، وامرأة محصنة أى متزوجة ، وليس في كلامهم أفضل ، فهو مفعول إلا ثلاثة أحرف ، أحدهما هذا ، ويقال أسهب من لذع الحية ، أى ذهب عقله وهو سهب . قال المراجع فيات عطشان وعاش سهباً ، ويقال القح الرجل فهو يلقح إذا وقف حاله .

لأنه عليه السلام رجم ماعزاً وقد أحسن . وقال في الحديث المعروف
وزناً بعد إحسان ، وعلى هذا إجماع الصحابة « رض » .

(لأنه عليه السلام) أي لأن النبي ﷺ (رجم ماعزاً رضي الله عنه وقد أحسن) على
صيغة المجهول ، أي والحال أنه كان محصناً وقد مضى الحديث من رواية البخاري ومسلم
عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال له أحصنت قال نعم ، فقال عليه السلام
أذهبوا به فارجموه .

(قال وفي الحديث المعروف وزناً بعد إحسان) هذا مروى من حديث عثمان « رض »
وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه عن حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن أسعد بن
سهل عن أبي أمامة الأنصاري عن عثمان رضي الله عنه أنه أشرف عليهم يوم الدار ، فقال
أنشدكم الله ، أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث
زناً بعد إحسان ، وارتداد بعد إسلام ، وقتل نفس بغير حق ، قالوا اللهم نعم ، قال
فغلام فقتلوا في الحديث وقال الترمذي حديث حسن ، وروى من حديث عائشة
رضي الله عنها أخرجه أبو داود في سننه عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا يحل دم امرئ
مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل زنى بعد إحسان فإنه يرجم ، ورجل خرج محارباً
لله ولرسوله فإنه يقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، ورجل قتل نفساً فإنه يقتل
بها (وعلى هذا إجماع الصحابة) أي على وجوب رجم المحصن إجماع الصحابة رضي
الله تعالى عنهم أجمعين .

وروى الترمذي بإسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال
رجم رسول الله ﷺ ، ورجم أبو بكر ، ورجمت ، ولولا أن أزيد في كتاب الله لكتبتنه
في المصحف ، فاني خشيت أن يحيى أقوام فلا يحدون في كتاب الله ، فيكفرون فيه .
وحديث عمر رضي الله عنه مذكور في الموطأ أيضاً . قلت قد كان رجم أبو بكر وعمر
رضي الله عنهما بجزرة الصحابة ، ولم ينكرها أحد فحل محل الإجماع . وفي شرح الأقطع
ولا خلاف في ذلك بين الأمة ، إلا ما روي عن الخوارج أن الحد كله الجلد ، ولا رجم ،
وإنما قالوا ذلك لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد ، وقولهم لا يلتفت إليه ، لأنه خرق الإجماع ،
والأحاديث فيه كادت أن تكون متواترة .

قال ويخرجه إلى أرض فضاء ويتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس ،
كذا روي عن علي «رض» ولأن الشاهد قد يتجاسر على الإداء ثم يستعظم
المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء ، وقال الشافعي «رح»
لا يشترط بدايته اعتباراً بالجلد ، قلنا كل واحد لا يحسن الجلد ،
فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق ، ولا كذلك الرجم
لأنه إتلاف .

(قال) أي القدوري (ويخرجه إلى أرض فضاء ، ويتدىء الشهود برجمه ، ثم
الإمام ، ثم الناس ، كذا روي عن علي رضي الله عنه) قوله كذا روي عن علي في المصنف
روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الله بن ادريس عن زيد عن عبد الله بن أبي ليلى أن
علياً رضي الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرموا ثم رجم
الناس وإذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس .

(ولأن الشاهد قد يتجاسر على الإداء) أي يحترىء على أداء الشهادة كاذباً (ثم يستعظم
المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء له) أي فكان في ابتداء الشهود بالرجم حيلة
لدفع الحد ، لأننا أمرنا به .

(وقال الشافعي لا يشترط بدايته) أي بداية الشاهد ، وبه قال مالك وأحمد وأبو
يوسف رحمهم الله ، في رواية (اعتباراً بالجلد) حيث لا يشترط فيه بدايتهم ، وقالت
الشافعية «رح» ولكن يستعجب حضورهم وبدايتهم بالرمي ، وكذا لو ثبت الزنا باقرار ،
لا يشترط حضور الإمام ولا نائبه عندهم ، ولكن يستعجب حضورهم وبدايتهم بالرمي ،
وكذا لو ثبت الزنا بالإقرار لا يشترط حضور الإمام .

(قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق) أي في
الجلد (ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف) لأن فيه مستحق للنقل بخلاف الجلد لأنه
للتأديب والزجر .

قال فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنه دلالة الرجوع
وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، في ظاهر الرواية . لغوات الشرط ،

(قال) القدوري «رح» (فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنه) أي لأن امتناعهم
عن الإبتداء (دلالة الرجوع) وكذا إذا امتنع بعضهم (وكذلك) أي سقط الرجم
(إذا ماتوا) أي الشهود (أو غابوا) لأن الشرط بدا لهم وقد تقدم ذلك بالموت والغيبة ،
وكذا زعموا أو خرسوا أو جبنوا أو فسقوا أو ارتدوا وقذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك
قبل للقضاء ، أو بعد للقضاء ، قبل الامضاء ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ،
فاذا لم يحصل الإمضاء فكأنه لم يحصل القضاء وقيل بقوله (في ظاهر الرواية لغوات
الشرط) احترازاً عما روي عن أبي يوسف « رح » في شرح الطحاوي أنه قال لا يبطل
الرجم بموت الشهود ، ولا يفقهم هذا ، إذا كان الشهود عليه محصناً . أما إذا كان غير
محصن فقد قال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ، ويبطل
فيما سواها ، وكذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس .

وفي الذخيرة ، ولو كان الشهود أو بعضهم مقطوع اليدين ، أو مرضى لا يستطيعون
الرمي ، وحضروا رمي القاضي ، ولو قطعت بعد الشهادة ، امتنعت الإقامة ، ولو غاب
واحد منهم ، أو يرجع حتى يحضر كلهم .

وفي المبسوط إذا امتنع الشهود ، سقط الرجم . ولكن لا يقام الحد على الشهود ، لأنهم
ثابتون على الشهادة ، لأن الإنسان يمتنع عن القتل بحق ويستحب للإمام أن يأمر طائفة ،
أي جماعة من المسلمين أن يحضروا الإقامة الحد ، وقد اختلف في عدد الطائفة عن ابن
عباس « رض » وبه قال أحمد « رح » وقال عطاء وإسحاق رحمهم الله اثنتان ، وقال
الزهري « رح » ثلاثة ، وقال الحسن البصري « رح » عشرة ، وقال مالك والشافعي رحمهما
الله أربعة ، وفي الإيضاح لا بأس لكل من رمى أن يعيد قتله ، لأنه المقصود من الرجم ،
إلا إذا كان الرجم محرم من المرجوم فإنه لا يستحب أن يتمد قتله . وقد روى عن حنظلة
ابن عامر « رض » أنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه وكان كافراً فمنعه من ذلك ،
وقال رعه يكفيك عراؤه .

وإن كان مقراً ابتداء الإمام ثم الناس ، كذا روى عن علي « رض »
ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت
بالزنا ويفسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لما عزى رضي الله
عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم،

(وإن كان) أى وإن كان الزاني المحسن (مقراً) بالزنا (ابتداء الامام ثم الناس كذا
روى علي « رض ») وقد ذكرناه عن قريب (ورمى النبي ﷺ الغامدية بحصاة مثل
الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا) وهذا رواه أبو داود « رح » في سننه ، من حديث
أبي بكر عن أبيه أن النبي ﷺ رمى امرأة يحفر لها أى إلى للبعدة . قال أبو داود « رح »
حديث عن عبد الرحمن بن عبد الوارث حدثنا زكريا بن مسلم أبو عمران بأسانيد نحوه .
وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ، قال ارموا واتقوا الوجه فلما طقت آخرها ،
وصلى عليها انتهى .

وهذه المرأة هي العامرية . وقال المبرد ينسب إلى بني عامر قبيلة من العرب في كتب
المصاب العرب عابد بطن من خذاعية . وقال المبرد في الكامل بنو عايد بن نضير بن الأزد
ابن الغوث في هذه القبيل يقول القائل الأهل أيها علي نائماً مما فصحب قومها عايد فحشيم
بان فارس واحد (١) .

(ويفسل) أى المرجوم (ويكفن ويصلى عليه لقوله ﷺ) أى لقول النبي ﷺ
(لما عزى رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ،
حدثنا أبو معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة مرتد بن أبي بريدة عن أبيه قال لما رجم ماعزاً
قالوا يا رسول الله ﷺ ما نضع به ، قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من النسل والكفن
والحنوط والصلاة عليه . وروى اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم على أهل الحجاز لوسمهم
وقد رأيتهم ينغمسون في أنهار الجنة . وعن مالك لا يصلى على للرجوم . كذا ذكره ، ولكن
ذكر في الجواهر من كتب المالكية غسل وصلى عليه .

(١) هكذا سياق الكلام بالأصل ، بهذا اللفظ ، اه مصححه .

ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً ، وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت ، وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٢ النور إلا أنه انتسخ في حق المحصن ، فبقي في حق غيره معمولاً به

(ولأنه) أى ولأن المرحوم (قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً) فإنه يغسل ويصلى عليه (وصلى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت) وقد روى الجماعة إلا البخارى عن ابن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا ، فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي ... الحديث ، وفيه ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها ... الحديث ، وصح في السنن أيضاً أن النبي ﷺ صلى على الغامدية ودقنت ، وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، وصاحب المكس هو العشار منها ، والمكس ما يأخذه .

(وإن لم يكن) أى وإن لم يكن الزاني المقر (محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله عز وجل ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾) قوله الزانية مبتدأ ، والزاني عطف عليه ، والخبر محذوف تقديره فيها فرض عليكم الزانية والزاني ، أى حكمها ، وهو الجلد ، ويجوز أن يكون الخبر قوله فاجلدوا ، وهو مذهب المبرد ، والأول مذهب الخليل وسيبويه . ودخول الباء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، لأن الألف واللام فيه بمعنى الذى ، أى التي زنت والذى زنى فاجلدوها ، كقولك من زنى فاجلدوا ، كذا قرره الأثراني وفيه تأمل .

(إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به) في حق المحصن بآية أخرى غيره ، بيانه أن قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، والآية عامة في المحصن وغيره ، إلا أنه انتسخ في حق آية أخرى ، فنسخت تلاوتها وبقي حكمها ، والآية الأخرى هو قوله - الشيخ والشيخة فارجموها البتة نكالا من الله ، والله عزيز

يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لأن علياً «رض» ،
لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرة ، والمتوسط بين المبرج وغير المؤلم لا
قضاء الأول الهلاك واخلو الثاني عن المقصود ، وهو الانزجار ،

حكيم - رواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة «رض» من غير فكبير ،
وقال إن مما يتلى في كتاب الله الشيخ والشيخة إذا زنيا رجموهما البتة نكالا من الله ،
والله عزيز حكيم ، ولا يتم في روايته إلا أن الله تعالى صرفها من قلوب العباد لحكمة
لم يكتبها عمر في المصحف ، وقال لو كان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبها .

(يأمر الإمام بضربه) أي بضرب الزاني غير المحصن (بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط
عقد أطرافه ، ذكره في الصحاح . وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه ، لأنه إذا كان ذلك
يصير الضربة ضربتين ، وهذا أصح ، لما روي أن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له
طرفان ، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة ، فكانت الضربة ضربتين ، والأول هو المشهود
(ضرباً متوسطاً) أي بين القوي والضعيف ، والآن يفسره المصنف ، لما روي (لأن
علياً «رض» لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرة) هذا غريب وروى ابن أبي شيبة في مصنفه
حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة المدوي ، قال سمعت أنس بن مالك «رض» يقول كان
يؤمر بالسوط فيقطع ثمرة ، ثم يدق بين حجرين ، حتى يلين ثم يضرب به . قلنا لأنس في
زمان من كان ، قال في زمان عمر بن الخطاب «رض» وروى عبد الرزاق في مسنده حدثنا
معمر عن يحيى بن أبي كثير أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال يا رسول الله ﷺ ، اني أصبت
حداً فأقمه ، فدعى رسول الله ﷺ بسوط ، فأتى بسوط شديد ، له ثمرة فقال سوط
دون هذا ، قال بسوط بكفولين ، فقال سوط فرق هذا ، فأتى بسوط بين سوطين فقال
هذا ، فأمره فجلده .

(والمتوسط بين المبرج وغير المؤلم) والمبرج غير بكسر الراء من برح في هذا الأمر غلط على ،
واشتد ومن برحا الحمى ، وغيرها شدة الأذى ، والمؤلم بكسر اللام أي الموضع من الإيلام
(لا قضاء الأول الهلاك) أي المبرج (واخلو الثاني) وهو المؤلم (عن المقصود وهو الانزجار)

وينزع عنه ثيابه معناه ، دون الازار لأن علياً « رض » كان يأمر
بالتجريد في الحدود ، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه ، وهذا
الحد مبناه على الشدة في الضرب ، وفي نزع الازار كشف العورة
فليتوقاه ، ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد ،
قد يفضي إلى التلف ،

وفي فتاوى اللولابي إذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الجلد فخير عليه الهلاك
إذا ضرب ، يجلد جلداً خفيفاً مقدار ما يتحملة .

(وينزع عنه ثيابه) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف (معناه دون الازار) يعني
معنى كلام القدوري ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار (لأن علياً « رض » كان
يأمر بالتجريد في الحدود) وهذا غريب وقد روي عنه خلاف رواية عبد الرزاق في مصنفه ،
أخبرنا التتوي عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه أتى
برجل في حد وعليه فضربه كساه قسطلاني قاعداً .

(ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه) أي إلى المضروب وبخلافه روي عن ابن
مسمود رواه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا أبو حنيفة عن مطوق الشامي ، قال سألت
المنيرة بن شعبة « رض » عن الحدود ، أينزع عنه ثيابه ، قال لا إلا أن يكون فرداً أو محمراً ،
قال أخبرنا عن جبير عن الضحاك بن مزاحم عن ابن مسمود قال لا يجل في هذه الأمة
التجريد ولا بد ولعل .

(وهذا الحد) أي حد الزنا (مبناه على الشدة في الضرب) احتراز به عن حد القذف ،
فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه ولكن ينزع عنه الفرو ، والحشو ، وبه قال مالك « رح »
وقال الشافعي وأحمد « رح » لا ينزع بل يترك عليه قميص أو قميصان (وفي نزع الازار
كشف العورة فليتوقاه) يعني يحترز منه ولا ينزع (ويفرق الضرب على أعضائه) أعضاء
الحدود على الكتفين والذراعين والمضدين والساقين والقدمين .

(لأن الجمع) أي جمع الضرب (في عضو واحد قد يفضي إلى التلف) وذلك غير

والحد زجر لا متلف ، قال إلا رأسه ووجهه وفرجه ؛ لقوله
عليه السلام للذي أمره بضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير .

مستحق عليه (والحد زاجر لا متلف) يعني الحد شرع للزجر لا للاتلاف (قال) أي
القدوري (إلا رأسه ووجهه وفرجه) هذا استثنى من قوله ويعرف الضرب على أعضائه ،
وقال الحاكم الشهيد في الكافي ويعطي كل عضو حظه من الضرب ، ما خلا الوجه والرأس
والفرج . وفي قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله ، يضرب الرأس أيضاً ،
وكان قوله والأقوال مثل قول أبي حنيفة « رح » في شرح الطحاوي وروي عن أبي يوسف
أنه قال يضرب على الرأس ضربة واحدة .

وعند الشافعي « رح » يضرب كله على الظهر ، وكذا ذكر عن الشافعي « رح » في
الكافي ، والمنظومة ، وهذا خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة ، ولهذا قال في شرح الجمع
بتركب ذكر الخلاف ، وعن مالك يخص الضرب على الظهر وما يليه ، وروى ابن سماعة
عن محمد « رح » أنه يضرب في الظهر التعزير ، وفي الحدود يضرب الأعضاء ، وقال الحسن بن
صالح يضرب في التعزير أيضاً الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير .

ولا خلاف في اتقاء الوجه والفرج (لقوله ﷺ للذي أمره بضرب الحد ، اتق الوجه
والمذاكير) هذا الحديث غريب مرفوعاً ، وروى موقوفاً عن علي « رض »
رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا حفص بن عمر عن ابن أبي ليلى « رض » عن عدي بن
ثابت عن المهاجر بن عميرة عن علي « رض » أنه يسكر ان اوفى حد فقال اضرب ،
واعط كل عضو حده ، واتق الوجه والمذاكير ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه ،
والمذاكير جمع الذكر ، على خلاف القياس ، كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين المذكور الذي
هو الفعل ، وبين الذكور الذي هو العضو .

والنهي عن ضرب الوجه في الصحيحين عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ
إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأخرج مسلم عن جابر « رض » قال نهى النبي ﷺ عن
الضرب في الوجهين وعن الوشم في الوجه .

ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً ، فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى ، فلا يشرع حداً ، وقال أبو يوسف «رح» يضرب الرأس أيضاً رجوع إليه ، وإنما يضرب سوطاً لقول أبي بكر «رض» اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً ، قلنا تأويله ، انه قال ذلك فيمن أبيع نقله ، ويقال أنه رد في

(ولأن الفرج مقتل) أي موضع قتل يؤدي إلى الهلاك (والرأس مجمع الحواس) فيخاف منها على غاية عقله وعامة حواسه (وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً) هو جمع حسن على خلاف القياس (فلا يؤمن فوات شيء منها) أي من الحواس والمحاسن (بالضرب وذلك إهلاك معنى) لأنه يضرب مثله وهي منهية فإذا كان كذلك (فلا يشرع حداً) أي فلا يشرع شيء من ذلك من حيث الحد .

(وقال أبو يوسف «رح» يضرب الرأس أيضاً رجوع إليه) أي إلى ضرب الرأس ، كأن يقول أولاً لا يضرب الرأس ثم رجوع وقال (وإنما يضرب سوطاً) وبه قال الشافعي «رح» في أظهر الوجهين وفي الإيضاح ويضرب الرأس عبد ، لأن ضربه سوطاً وسوطين يخشى لا يبيح منه الفساد ، روى صاحب الأجناس من كتاب الحدود ، املاء رواية أبي سليمان ، قال أبو يوسف يتقى الوجه والفرج والبطن والصدر ، ويضرب للرأس ، وقال في الكامل ومن نص مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لأنه يقتل كالرأس .

(لقول أبي بكر «رض» اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر «رض» أتى برجل أتقى من أبيه قال أبو بكر «رض» الرأس فإن الشيطان في الرأس . والمسعودي ضعيف .

(قلنا تأويله) أي تأويل قول أبي بكر «رض» (أنه قال ذلك) أي اضربوا الرأس (فيمن أبيع قتله) قال الأتزازي وأمر أبو بكر ليس حجة لأبي يوسف (ذلك ورد في

حربي ، كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في
الحدود كلها قائماً . غير ممدود لقول علي « رض » يضرب الرجال في
الحدود قياماً والنساء قعوداً ، وكان مبنى إقامة الحد على التشهير ،
والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود ، فقد قيل المد

مشارك من أهل الحرب) مخلوق الرأس وضرب رأسه وجب ، والهلاك مستحق ، كذا
أجاب عنه فخر الإسلام وغيره ، في شرح الجامع الصغير انتهى .

قلت فيه نظر من وجوه . الأول : أن أمر أبا بكر رضي الله عنه ورد في رجل ابتغى
من أبيه ولم يذكر فيه ، من مشرك من أهل الحرب ، الثاني : أن المشرك من أهل الحرب
إذا دخل دار الإسلام بأمان لا يقتل . والظاهر أن أحداً منهم لا يدخل للرجال إلا بأمان .
والثالث : لو سلمنا أن هذا المشرك إذا استحق القتل يقتل بلا ضرب على رأسه ، لأن
الشارع أمر بإحسان القتل ، وهذا كله على تقدير أن يكون أمر أبي بكر «رض» صحيحاً ،
وهو ضعيف ، كذا ذكرنا فلا يحتاج إلى تطويل الكلام فيه ، ونقل أنه أي أن أمر أبي
بكر «رض» ورد في حربي (كان من دعاة الكفر عنه) أي يدعو الناس اليهم ، وقد
مر الكلام فيه (والإهلاك فيه) أي هذا الحربي الذي هو من دعاة الكفرة (مستحق)
والتعذيب بضرب الرأس قبل القتل غير مستحق لما ذكرنا (قال) أي محمد «رح» في
الجامع الصغير (ويضرب في الحدود كلها قائماً) أي حال كونه قائماً (غير ممدود لقول
علي رضي الله عنه قال يضرب الرجال في الحدود قياماً والنساء قعوداً) هذا أخرجه عبد
الرزاق في مصنفه ، أخبرني الحسن بن أبي عمارة عن الحكم عن يحيى ابن الجزار عن علي
«رض» قال يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة في الحد . قوله قياماً أي قائمين
وقعوداً أي قاعدات ، كذا قيل ، قلت القعود جمع قاهدين ، وجمع النساء قواعد
جمع قاعدة .

(ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه) أي في الرجل (ثم قوله)
أي قول محمد (غير ممدود) أي حال كونه غير ممدود ، واختلفوا فيه (فقد قيل المد

أن يلقى على الأرض ويمد ، كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد
السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمهده بعد الضرب ،
وذلك كله لا يفعل ، لأنه زيادة على المستحق . وإن كان عبداً ، جلده
خمسین جلدة ، لقوله تعالى ﴿ فعملین نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾
٢٥ النساء ، نزلت في الاماء ، ولأن الرق منقص للنعمة ،

أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا) بعد أن يتمدد رجل على رأسه والآخر
على رجله .

(وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمهده بعد الضرب) قال
تاج الشريعة « رح » يعني بعدما أوقع السوط على البدن لا يمهده لأنه زيادة مبالغة لم يرد به
الأثر ، ولا روي فيه الخبر ، وقال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي
الظلمة ، لأنه بدعة ، والعقابة عودان ينصبان بقودين في الأرض ، يمد بينهما المضروب
أو المصلوب . (وذلك كله لا يفعل) ذلك إشارة إلى ما ذكر من الإقرار (لأنه زيادة على
المستحق) لأنه يكون ظلماً ، والمستحق قدر الحد ، قالوا في الحدود كلها لا يمك ولا
يربط ، ولا يبطح ، بل يترك قائماً إلا أن يعجزم ، فلا بأس أن يشدوه على أسطوانة
ونحوها ، وعند مالك يضرب جالساً ولكن غير ممدود .

(وإن كان) أي الزاني (عبداً جلده) أي جلده القاضي (خمسین سوطاً لقوله تعالى
﴿ فعملین نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء نزلت في الاماء) وقبلها ﴿ فإذا
أحصن ، فإن أتین بفاحشة فعلمین ﴾ أي الإمام إذا أحصن ، أي تزوجن ، فإن أتین بفاحشة
أي زنين ﴿ فعملین نصف ما على المحصنات ﴾ أي الحرائر من العذاب ، أي الحد ، أي
عليهن نصف الحد ، والحد مائة جلدة ، على الحر أو الحرة ، إذا لم يكونا محصنين ، نصف
ذلك خمسین ، فيكون ذلك حد الأمة ، فإذا كان ذلك حد الأمة ، يكون حد العبد أيضاً ،
لأن المؤثر للنقصان فيها واحد (ولأن الرق منقص للنعمة) ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا

فيكون منقصاً للعقوبة، لأن الجناية عند توافر النعم أفحش، فيكون
أدعى إلى التغليظ، والرجل والمرأة في ذلك سواء، لأن النصوص تشملهما
غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو، لأن في تجريدتها
كشف العورة والفرو والحشو يمتنعان وصول الألم إلى المضروب،
والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا، ولأنه
أستر لها، قال وإن حفر لها في الرجم جاز، لأنه عليه السلام حفر
للغامدية إلى ثديها،

اثنين، والأمة من القسم نصف ما بالحرمة. أن الرق منقص للنعمة (فيكون منقصاً للعقوبة
لأن الجناية والقتل عند توافر النعم) أي عند تكاثر النعم بكسر النون جمع نعمة (أفحش)
بؤيده قوله تعالى ﴿ يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب
ضعفين ﴾ ٣٠ الأحزاب، ثم قال ﴿ يا نساء النبي لستن كأحد من النساء ﴾ ٣٢ الأحزاب،
ثم أيد بالعذاب في الأمة الجلد لا الرجم، بدلالة السياق، لأن الرجم قتل، والقتل ينتصف
قائماً، وإنما عليهن نصف الشيء الذي له نصف، وهو الجلد.

(فيكون أدعى إلى التغليظ) أي فيكون الجناية عند توافر النعم أدعى إلى التغليظ
فيما يستحق عليه (والرجل والمرأة في ذلك) أي في الحد (سواء لأن النصوص تشملها غير
أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو، لأن في تجريدتها كشف العورة والفرو والحشو)
هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه (يمتنعان وصول الألم إلى المضروب) لكنها فيها (والستر)
أي ستر المضروب (حاصل بدونها) أي بدون الفرو والحشو (فينزعان) ليصل الألم إلى
بدنها (وتضرب) أي المرأة (جالسة لما روينا) من حديث علي «رض» وهو قوله يضرب
الرجال في الحدود قياماً، والنساء قعوداً.

(ولأنه) أي ولأن الضرب وهي جالسة (أستر لها) لأنها تنضم وتجمع (قال)
أي القدوري (وإن حفر لها في الرجم جاز، لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ
(حفر للغامدية إلى ثديها) هذا الحديث رواه أبو داود «رح» في سننه حدثنا عثمان بن

وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية . وإن ترك لا يضره ، لأنه
عليه السلام لم يأمر بذلك ،

أبي شيبة ، حدثنا وكيع بن الجوارح زكريا بن مسلم بن عمران ، قال سمعت شيخنا يحدث
عن أبي بكره أن النبي ﷺ ، رجم امرأة فحفر لها إلى ثدييها ، فيه مجهول ، وحديثها في
مسلم من رواية بريدة وفيه ثم أمر بها ، فحفر لها إلى صدرها ، ثم أمر الناس فرجموها ، ويوجد
في بعض نسخ الهداية حفر لها إلى ثدييها ، والثدي يذكر ويؤنث .

قال الجوهري ، الثدي للرجل والمرأة ، وقال ابن فارس الثدي للمرأة ، ويقال للرجل
ثدوه . وهذا مشعر بتخصيص الثدي للرجل ، قيل ولم يرتك أحد استعمال الثدي للمرأة
قلت ، هذا ابن عمر « رض » رواية إلى داود استعمالها للمرأة ، ودعوى تخصيص الرجل
بالثدي ، وما وقع في الصحيح ، أن رجلا في وضع ذباب سيفه بين ثدييه ، وذكر في
المغرب ، أن الثدي بفتح الدال والواو ، وبالضم والمهزة ، فوضع الواو والدال في الحالين
مضمومة ثدي الرجل ، أو لحم الثديين . وقال في الجمل ثدوة الرجل كثدي المرأة وهو
مشهور ، إذا ضم أوله فإذا فتح له همز .

ويقال هو ضرب الثدي ، فعلى هذا يكون ، المراد من الحديث طرف الثدي ، وهو
قوله (وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية) هذا أخرجه أحمد « رح » في مسنده عن
يحيى بن سعد عن مجالد عن الشبه ، قال كان لشراحة زوج غائب بالشام ، وأنها حملت ،
فجاء مولاهما إلى علي « رض » فقال أن هذه زنت ، فاعترفت فجعلها يوم الخميس ورجمها
يوم الجمعة ، وحفر لها إلى السرة ، وإن هذا الحديث قوله الهمدانية ، نسبة إلى همدان بفتح
الهاء وسكون الميم حي من العرب ، كذا نقل الأتزازي « رح » عن ديوان الأدب ، قلت
أمم همدان أوسلة بن مالك بن ربيعة « رح » شعب عظيم ينسب إليه خلق كثير من الشعراء
والعلماء ، والفرسان ، وأما همدان بفتح الهاء وفتح الميم وبالذال المعجمة مدينة من أشهر
مدن الحيات ، وإن ترك لا يضره .

(وإن ترك الحفر لا يضره ، لأن النبي ﷺ لم يأمره بذلك) هذا ذهول من المضرة .
وتناقض ، فإنه يقدم في كلامه أنه عليه الصلاة والسلام ، حفر للغامدية وهو في مسلم

وهي مستورة بشياها ، والحفر أحسن ، لأنه أستر ، ويحفر إلى الصدر لما روينا ، ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام ، ما حفر لما عز «رض» ولأن مبنى الإقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع. ولا يقيم المولى الحد على عبده ، إلا بإذن الامام ، وقال الشافعي «رح» له أن يقيمه

(وهي مستورة بشياها والحفر أحسن ، لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لما روينا) أى من حديث الغامدية ، حيث حفر لها إلى الشدوة .

(ولا يحفر للرجل لأنه عليه السلام) أى لأن النبي ﷺ (ما حفر لما عز «رض») رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدرى «رض» ، قال إنما أمر النبي ﷺ بجرم ما عز بن مالك «رض» فرجنا به البقيع ، فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام بالحديث ودفع في حديث مسلم أيضاً .

لأنه حفر له من رواية بريدة وقتيبة ، فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ، وأمر به ، فرجم ، وفي مسند أحمد «رح» أيضاً من حديث أبي ذرعة «رض» أنه عليه الصلاة والسلام حفر له ، والتوفيق بين الروايتين ، أن الأخذ برواية المثبت ، أولى من رواية الثاني ، لا (١) قال أنه ما يذكره ولا يلزم منه عدم الوقوع .

(ولأن مبنى الإقامة) أى إقامة الحد (على التشهير في الرجال) وترك الحفر أبلغ في ذلك ، قال الأتراسى «رح» وهذا هو ظاهر الرواية ، وقال الطحاوى «رح» إن شأوا حفروا له وإن شأوا لم يحفروا له (والربط والامساك غير مشروع) يعنى في الرجم وذلك لأن ما عزأ «رح» لم يربط ولم يمك ، وقد ذكرنا أنه إذا تصعب يربط .

(ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام ، وقال الشافعي له أن يقيمه) أى للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وعن مالك

(١) هنا كلام مكشوط من الأصل . اه مصححه .

لان له ولاية مطلقة عليه ، كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الامام ، فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاية ، وذكر منها الحدود ،

لا يجوز أن يتولى المولى إقامة الحد في الأمة المتزوجه ، وفي العبد يتولى بكل حال ، ولأصحاب الشافعي « رح » في الأول وجهان ، أحدهما السيد أولى لفرض استصلاح ملكه ، وأظهرهما أن الإمام أولى لولايته العامة ، وليخرج عن الخلاف وهذا فيما إذا عين سيده من العبد ، أو أقر العبد عنده ، أما لو ثبت بالبينة فله فيه قولان ، وفي حد القذف والقصاص له وجهان .

(لأن له) أى للمولى (ولاية مطلقة عليه) أى على عبده (كالامام بل أولى ، لأن يملك من التصرف فيه ، ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير) حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده ، بدون إذن الامام .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أى قول النبي ﷺ (أربع إلى الولاية وذكر فيها الحدود) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبه في مصنفه ، حدثنا عبدة بن عاصم « رح » عن الحسن « رح » قال أربعة إلى السلطان الصلاة والزكاة والحدود ، والقصاص . حدثنا ابن مهدي « رح » عن حماد بن مسلمة « رح » عن جبلة بن عطية « رح » عن عبد الله بن جرير « رح » قال الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان .

حدثنا عمر بن أيوب « رح » عن مغيرة بن زيادة « رح » عن عطاء الخراساني « رح » قال إلى السلطان الزكاة والجمعة والحدود ، وقال الأثرأزي « رح » ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم موقوفاً ومرفوعاً أربع إلى الولاية ، الحدود والصدقات والجماعات والفيء ، وكذا قال الكاكي « رح » نحوه ، غير أنه قال ومرفوعاً إلى النبي ﷺ ، قال أربع إلى الولاية إلى آخره وكذا قال الأكل « رح » فانظر إلى هذا التقصير من هؤلاء ، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذي ذكره المصنف من غير أصل ، والنقص الذي يحتاج لمذهبه بالأحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذي ليس للترمذي « رح » أصل .

لان الحد ، حق الله تعالى . لان المقصود منه ، إخلاء العالم عن
الفساد ، لهذا لا يسقط بإسقاط العبد ،

وما احتج به الخصم فيما ذهب اليه ما رواه الترمذى « رح » بإسناده إلى أبي عبد
الرحمن السلمي « رح » قال خطب علي رضي الله عنه فقال ، يا أيها الناس أقيموا الحدود
على أرقابكم من أحسن منهم ومن لم يحسن ، وان أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن
أجلدها فأتيتها ، فاذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها ،
أو قال تموت ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال ، أحسنت ، هذا
حديث صحيح .

وروى الترمذى « رح » أيضاً عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ إذا
زنت أمة أحدكم ، فليجلدها ثلاثاً بكتاب الله تعالى ، فان عادت فليبعها ، ولو يجمل من
شر ، وفي رواية أبي داود « رح » من حديث علي رضي الله عنه المذكور ، وأقيموا
الحدود على ما ملكت أيمانكم .

وأجاب الأترازي عن هذا بأن ذلك محمول على السبب بأن يكون المولى سبب في حد
عبده ، بالرافعة إلى الامام وإنما قلنا ذلك ، لأن ظاهره متروك بالاجماع ، لأنه يقتضي
الوجوب ، ولا يجب على المولى إقامة الحد على عبده بالاجماع . أما على مذهبنا فظاهر ،
وكذا على مذهب أي مذهب الشافعي « رح » ، لأنه يجوز أن يقيم الحد على عبده ، ولا يجب
عليه ، فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا ، وقال الكاكي « رح » وفائدة
تخصيص المالك أنه لا يحملهم المشقة على ملكهم ، على الامتناع على إقامة الحد عليهم .

(ولأن الحد حق الله تعالى) فلا يجوز للمولى أن يستوفيه ، لأنه أجنبي في حقه ،
فلا يجوز للأجنبي أن يتصرف في حق غيره (ولأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد)
يتحقق الحكومة إلى يوم التناد (ولهذا لا يسقط بإسقاط العبد) فتكون الولاية مستحقة
بالنباية والسلطان نائبه ، أما المولى فولايته بالملك فلا يصلح نائباً عنه وقد استدل هذا الكلام
بقوله الحق ، ولما قلتم أن الحد حق لله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا ، لكن لا نسلم
أنه حق الله تعالى ينافي كونه حقاً للعبد ، ولما لا يجوز أن يكون حقاً للمولى أيضاً .

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الامام أو نائبه ، بخلاف
التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي ، وحق الشرع موضوع
عنه . قال واحسان الرجم

ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهب الناظر فيه ، فنحن نقول ما قاله تاج الشريعة
رحمه الله ملخصاً ، وهو أن الحق مستعملاً غير مضاف ، ومعناه وجود الثبوت ويذكر
في مقابلة الباطل يقال هذا حق وهذا باطل ويستعمل مضافاً ، وهو ما استحق به الغير
أو يطلب منه رعاية جانب الغير على وجه يليق به . فان حق الله تعالى ما طلبه منه رعاية
جانبه وعلى وجه يليق به وهو تعظيمه . وأمثال أمره ، وحق الانسان ما طلب منه
رعايه جانب منه على وجه يليق به ، وهو كونه نافعاً في حقه ، دافعاً للضرر عنه ، وإنما
قلنا حق الله لأن الجناية وردت على حقه ، لأن حرمة الزنا وشرب الخمر لحق الله تعالى ،
ولهذا لا يعمل فيه رضى الغير ولا يسقط بإسقاطه .

والواجب بالجناية على حق الغير ، يكون منها حقاً لذلك الغير ، وكذا يستحب للإمام
الاختيار فيه للدرء ، ولا يستحب له ذلك في حق العبد ، ولا يتمكن من استيفاء كل حق
إلا لصاحبه أو نائبه ، كما في غيره من الحقوق وقياسه على التقرير لا ينصح ، لأن حق
العبد إذ المقصود منه التأديب ، وهذا العذر من لا يخاطب لحقوق الله تعالى ، كالصبي ،
ولهذا أي ولأجل كون الحد حق الله تعالى قوله تعالى يسقط بإسقاط العبد .

(فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام) أي الخليفة (أو نائبه) كالقاضي
ونحوه (بخلاف التعزير) جواب عن قول الشافعي ، فصار كالتعزير ، بيانه أن التعزير
مفارق الحد (لأنه حق العبد ولهذا) إيضاح لقوله حق العبد (يعزر الصبي ، وحق
الشرع) أي والحال أن حق الشرع (موضوع عنه) لأنه غير مخاطب (واحسان الرجم)
قيد فيه احترازاً عن احسان القذف ، فانه غير هذا على ما يجيء ، والاحسان والتحسين
في اللغة ، المنع ، قال الله تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ٨٠ الأنبياء وقال (في قرى محصنة ،
وقبل الأصل الدخول في الحصن ، وورد الشرع بمعنى الاحسان ، وبمعنى العقبل وبمعنى

أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً ، قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ،
ودخل بها وهما على صفة الاحسان . فالعقل والبلوغ شرط لأهلية
العقوبة . إذ لا خطاب دونهما . وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية
بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكررها ،
وهذه الأشياء

الحرية وبمعنى الترويح ، وبمعنى الاصابة في النكاح ، ويقال أحصنت المرأة أي عفت ،
وأحصنها زوجها . وأحصن الرجل بزوج .

(أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها ، وهما
على صفة الاحسان) هذا على صفة الاحسان ، هذا لفظ القدوري في مختصره ، وشرح
المصنف « رح » لبيان هذا والشروط بقوله (فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبة إذ
لا خطاب دونها) أي دون العقل والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام ، رفع القلم عن ثلاثة
عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل ، ولأن الرجم
عقوبة ، وهما ليسا أهل العقوبة .

(وما وراءهما) أي ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط (يشترط لتكامل الجناية
بواسطة تكامل النعمة) وذلك لأن الرجم ، نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية
أيضاً ، لأن السبب أبداً ، يثبت بمجرد ثبوت السير حساً وشرعاً ، وتناهي الجناية إنما يكون
إذا وجدت هذه الشرائط في الزاني ، إذ عند وجودها يتوافر النعم والجناية ، عند توافر
النعم أغلظ ، وأفحش ، وأشار إليه بقوله :

(إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكررها) أي عند تكرار النعمة ، والنعمة ما أنعم الله
على عباده من مال ورزق ، كذا في الجمهرة ، وفي الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من
جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق ، على ذلك الغير .

(وهذه الأشياء) أي الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول بها في نكاح صحيح

من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجاعها ، فينابط به بخلاف الشرف والعلم ، لأن الشرع ما ورد باعتبارها ، ونصب الشرع بالرأي متعذر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ، يمكن من الوطء الحلال ، والإصابة شبع بالحلال . والإسلام يمكنه من نكاح المسامة

وهما على صفة الاحسان (من جلائل النعم) أي من عظامها (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجاعها) أي عند استجاع هذه الأشياء (فينابط به) أي تعلق الرجم باستجاع هذه الأشياء ، فإذا وجد الزنا عند استجاعها يجب الرجم وإلا فلا .

(بخلاف للشرف والعلم) جواب عما يقول لما كانت الأشياء المذكورة من جلائل النعم ، كانت شرائط الاحسان ، والشرف والعلم أيضاً من أجل النعم ، فينبغي أن يكونا من شرائط الاحسان ، فأجاب عليه بقوله بخلاف الشرف والعلم .

(لأن الشرع ما ورد باعتبارها) ما هنا لأنها لا يضبطان لأنه ليس لها حد معلوم ، والشرف علو الحسب ، وحسب الرجل ما أثر آبائه .

(ونصب الشرع بالرأي متعذر) إذ لا دخل للرأي في نصب الشرع لأنه صفة وصفه الشارع .

(ولأن الحرية) دليل على الإقتصار على تلك الشرائط فيتضمن بأنه لها حد خلافي الاستغناء عن الزنا . دون غيرها من العلم والشرف ، يعني لأن الحرية (ممكنة) من التمكين (من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ممكن) من التمكين أيضاً (من الوطء الحلال ، والإصابة) أي الدخول بالنكاح الحلال (شبع بالحلال) أي شبع للزوج من الزنا ، بكسر الشين ، وفتح الباء يعني يحصل بالنكاح الصحيح ، تمكنه في الوطء الحلال ، والدخول يحصل الشبع .

(والإسلام يمكنه) من التمكين أيضاً (من نكاح المسامة) يعني الإسلام يحصل به

ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا ، والجنابة بعد
توافر الزواجر أغلظ . والشافعي « رح » يخالفنا في اشتراط الإسلام ،
وكذا أبو يوسف « رح » في رواية لها ، ما روي أن النبي عليه السلام
رجم يهوديين قد زنيا ،

الممكنة من نكاح المسلمة (ويؤكد) أي الإسلام (اعتقاد الحرمة) كل واحد منها نعمة
يشترط في احصان الرجم ، ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة ، بمد كامل
النعمة ، (فيكون الكل مزجرة عن الزنا) قال الأترابي أي سبب الزجر قلت
الاصح بمعنى زجر .

(والجنابة بعد توافر الزواجر) عن أنها تكون الجنابة (أغلظ) يعني أشد وهو الرجم ،
والزواجر جمع زاجرة ، وأراد بها قوله ، ولأن الحرية إلى هنا ، فافهم ، ولقائل أن يقول
في العلم بأحوال الآخرة ، وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً ، والمقوية آجلاً من
الزواجر لا محالة ، والجمال في المنكوحة مقنع يعني للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف
يردع عن طوف لحوق معرة الزنا ، فكان الواجب أن يكون من شرائطه ، والجواب أن
المسلم الناسي قلما يخلوا عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان
به ، فلا يكون معتبراً .

(والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام) حيث يقول الإسلام ليس يشترط في الاحصان ،
وبه قال أحمد وأبو يوسف رحمهم الله في رواية ، ومذهب مالك « رح » لقولنا أنه
شرط (وكذا أبو يوسف « رح ») أي وكذا يخالف أبو يوسف « رح » أيضاً في اشتراط
الإسلام (في رواية) وهي غير ظاهر الرواية وثمرة الخلاف ، أن الذي في البيت الحر إذا
زنى عندنا يجلد ولا يرحم ، وعند الشافعي « رح » ومن قال يقول يرحم . (لهما) أي
للشافعي وأبي يوسف « رح » (ما روي أن النبي ﷺ رجم يهوديين قد زنيا) هذا الحديث
أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضي الله عنها مختصراً ، ومطولاً ، وفيه قام بها رسول
الله ﷺ فرجما .

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيده قوله عليه السلام ، من
أشرك بالله فليس بمحصن ، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على
وجه يوجب الغسل ، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول .

(قلنا كان ذلك) أي برجم النبي ﷺ يهوديين (بحكم التوراة) يعني في ابتداء الإسلام
ولهذا سألهم رسول الله ﷺ عن حد الزنا في التوراة ، لما تقرر الإسلام ففسخ ذلك (ثم
نسخ يؤيده) أي يؤيد النسخ (قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (من أشرك
بالله فليس بمحصن) هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه . أخبرنا عبد العزيز بن محمد
« رح » حدثنا عبد الله « رح » عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنهما ، عن
النبي ﷺ قال من شرك بينه فليس بمحصن ، وقال إسحاق « رح » رفعه مرة فقال عن
رسول الله ﷺ ودفعه مرة ورواه الدارقطني من طريق إسحاق ، وقال الأتازي « رح »
ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر « رض » ثم ذكر الحديث ، وكأنه لم يطلع
على شيء غير ذلك ، فكذلك قال ، ولنا ما روى أصحابنا ولم يذكر شيئاً غير ذلك .

(والمعتبر في الدخول) يعني في قوله نكاحاً صحيحاً ودخل بها (الإيلاج) أي الدخول
وأصله الأولاج قلبت الواو ياء بسكونها ، وانكسار ما قبلها ، لأنه من ولج ولوجاً ، أي
دخل وأولج إيلاجاً أي أدخل (في القبل) أي الزوج (على وجه يوجب الغسل) يعني
بالتقاء الحثانين ، قال إلا كله فيه نظر ، لأنه ينافي ما تقدم من قوله ، الاصلة تنبع بالحلال ،
فإن الشبع إنما يكون الإنزال ، دون الإيلاج ، وعرف ذلك من حديث رفاعة « رض »
حيث قال عليه الصلاة والسلام ، لاحق تذوق عسيلته انتهى .

قلت ولا وجه لنظره لأنه ذهل عما قاله الأصحاب ، إن الشرط الدخول ، في التحليل ،
والشرط ، والإيلاج ، دون الإنزال ، لأنه كمال ، والشرط أن يكون موجباً للغسل وهو
التقاء الحثانين ، والعسيلة كان عن لذة الجماع دون الإنزال ، وشذ الحسن البصري « رح »
في قوله العسيلة الإنزال .

(وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول) أي في الزوج والزوجة يعني شرطت في

حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً ، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً بإحدى هذه الصفات ، وهي حرة مسامة عاقلة بالغة ، لأن النعمة بذلك تتكامل ، إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونه ، ولما يرغب في الصبية لقلّة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذراً عن رِق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين . وأبو يوسف يخالفنا في الكافرة ،

قول القدوري ، ودخل بها وهما على صفة الاحصان ، وفائدته ما أشار إليه بقوله (لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً) وقال الحاكم الشهيد في الكافي قال أبو يوسف « رح » يكون محصناً يجامع الكافرة ، هذا هو ظاهر الرواية ، عن أبي يوسف « رح » وروى الطحاوي والكرخي في ظاهر الرواية عن أبي يوسف « رح » أن النصارى يحصن بعضهم بعضاً ، وإن المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن المسلم .

(وكذا إذا كان الزوج) هو أيضاً من فائدة شرط الاحصان فيها ، عند الدخول ، أي وكذا لا يكون الزوج محصناً إذا كان (موصوفاً بإحدى هذه الصفات) وهي الكفر والصبية والمجنون والصبى (وهي) أي والحال أن المرأة (حرة عاقلة بالغة مسلمة لأن النعمة بذلك) أي بما ذكر من الحرية والعقل والبلوغ والإسلام (متكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة ولما يرغب في الصبية لقلّة رغبتها) أي رغبة الزوجين فيه أي في الصبي .

(وفي المنكوحة المملوكة حذراً عن رِق الولد ، ولا ائتلاف مع اختلاف الدين) فلا تتكامل النعمة ما لم تنتف هذه العوارض . فإن قلت كيف يتصور أن يكون للزوج كافراً ، والمرأة مسلمة يتصور فيما إذا كانا كافرين فأسلت المرأة ثم دخل بها الزوج ، فإنها بعدا زوجان ما لم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام . (وأبو يوسف « رح » يخالفنا في الكافرة) حيث يقول المرأة الكافرة لا تمنع احصان الرجل ، وقد مر الكلام فيه

والحجة عليه ما ذكرناه . وقوله عليه السلام لا تحسن المسلم اليهودية
ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحررة العبد . قال ولا يجمع في
المحسن بين الرجم والجلد لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ،

أنفاً (والحجة عليه) أي على أبي يوسف رحمه الله (ما ذكرناه وهو قوله عليه الصلاة
والسلام ، لا يحسن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحررة العبد) وقال
الأترابي هذا الحديث مذكور مرسلًا هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الأئمة
السرخسي «رح» ، ولكن محمداً قال في الأصل لا يحسن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة ، إذا
دخل بها ثم قال ، بلغنا ذلك عن عامر و ابراهيم النخعي ، وقال الأكل ذكر هذا شمس
الأئمة السرخسي «رح» مرسلًا في مبسوطه .

قلت هذا الحديث غريب ليس له أصل وروى ابن أبي شبة في مصنفه من طريقة
الطبراني في معجمه والدارقطني في مسنده وابن عدي في الكامل من حديث أبي بكر بن
أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك ، أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له
النبي ﷺ لا تتزوجها فانها لا تحصنك .

قال الدارقطني وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وعن علي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً ،
وقال ابن عدي أبو بكر بن أبي مريم الغساني ممن لا يحتج بحديثه ، ويكتب حديثه فانها
صالحة ، وقال ابن القطان هذا حديث ضعيف ومنقطع .

(قال) أي القدوري (ولا يجمع في المحسن بين الجلد والرجم) هذا لفظ القدوري ،
وقال اصنف (لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ (لم يجمع) أي بينهما ،
لأن في حديث ما عز الرجم فقط ، وليس فيه الجلد ، حتى أن الأصوليين استدلوا على
تخصيص الكتب بالنسبة (١) ، فانه عليه الصلاة والسلام رجم ما عزأ ولم يجلده ، لأن آية
الجلد شاملة للتحصين وغيره ، وهو قول مالك والشافعي والزهري والأوزاعي والنخعي

(١) هكذا في الأصل - تخصيص الكتب بالنسبة - وهذا خطأ ، اه مصححه .

والثوري وأبي ثور وأحمد « رح » في رواية . وعن أحمد في رواية وداود ويحمد مائة ويرجم ، واختار ابن المنذر من أصحاب الشافعي ما روى مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم .

وروى أحمد ثم البيهقي من رواية الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدها بكتاب الله عز وجل ورجمها بسنة رسول الله ﷺ .

أجيب عن حديث عبادة بأنه منسوخ . لأن أول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ ﴾ إلى قوله ﴿ أَوْ يَجْعَلُ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ ١٥ النساء ، ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا .. الحديث ، ولم يكن بين الحديث وبين الآية حكم آخر .

ثم حديث ماعز « رض » يكون متأخراً عن حديث عبادة لاحتالة الحكم المتأخر ينسخ المتقدم لا محالة إذا كان بين الحكمين مخالفة .

فان قلت كيف يصح دعوى النسخ وحديث علي يرد هذا . قلت قد ثبت إجماع الصحابة قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر رضي الله عنه ، فاجماعهم أولى من تفردده بحكم بعد الاجماع المصون ، وذلك عن عمر رضي الله عنه في خلافته رجم ولم يجلد بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم يخالفه أحد ، فحل محل الاجماع .

وجواب آخر يحتمل أن يكون علي رضي الله عنه جلدها ، لأنه لم يثبت عنده احصاناً ، ثم لما ثبت احصانها رجمها وقال جلدها بكتاب الله تعالى ، وهو قوله ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ... ﴾ الآية ٢ النور ، ورجمها بالسنة حتى ثبت الاحصان . وقال الخارجي في كتابه وروى حديث ماعز رضي الله عنه جماعة كسهل بن سعيد وابن عباس ، ويعرف آخر إسلامهم . وحديث عبادة كان في أول الأمر ، وبين الزمانين مدة .

ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره ، يحصل
 بالرجم ، إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه .
 قال ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ، والشافعي
 « رح » يجمع بينهما حداً لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد
 مائة وتغريب عام ،

(ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم) يعني إذا حصل الرجم يحصل المقصود ،
 وهو العقوبة المتناهية ، وهو الرجم ، فلا حاجة إلى ما دونه وهو الجلد (لأن زجر غيره)
 أي غير الزاني (يحصل الرجم ، إذ هو) أي المرجم (في العقوبة أقصاها) لأنه لا عقوبة
 فوقها (وزجره) أي وزجر الزاني (لا يحصل بعد الهلاك) يعني إذا كان الزجر للزاني
 يزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولا يجمع بينهما .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) وقال المصنف
 (والشافعي يجمع بينهما) أي بين الجلد والنفي (حد) أي من حيث الحد يشربه ، أي
 النفي أبر به عندنا يجوز بطريق التمزير والباسة (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول
 النبي ﷺ (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) هو حديث رواه مسلم عن عبادة بن
 الصامت رضي الله عنه وقد ذكر عن قريب . وروى البخاري عن زيد بن خالد عن
 النبي ﷺ أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب (١) عام .

والبكر بكسر الباء خلاف الثيب ، ويقعان على الرجل والمرأة ، ومعنى البكر بالبكر أو زنى
 البكر بالبكر حده ، كذا يقول الشافعي . قال أحمد وهو قول الثوري والأوزاعي والحسن
 ابن صالح وعبد الله بن المبارك وإسحاق رحمهم الله قالوا يجلد وينفى سنة إن كان البكر
 حراً ، وفي المبد ثلاثة أقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة أشهر ، وفي قول سنة ، وفي
 قول لا يغرب أصلاً بل يجلد خمسين ، وقال مالك يجمع بينها الرجل دون المرأة والمبد .

(١) لقد وردت في الأصل - تغريب - والصحيح ما أثبتناه ، اهـ مصححه .

ولأن فيه حسم باب الزنا ، لقلة المعارف ، ولنا قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور . ولأن التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ،

وعن الشافعي في قول تغريب المرأة محرم ، وأجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول ، والتبيان أشنع الحرم ، قيل يجبره السلطان على الخروج معها . وقيل لا . وإذا كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بغير محرم يحرم وجهان ، ولا ينتقض في مسافة الغربة عن رحلتين ، وله الخيار في حبت (١) السفر ، فان رجع الغريب إلى بلده لم يتغير عزله ، وإذا عاد الغريب يخرج ثانياً ، ولا يجب المدة الماضية . ومن نفى بجمي في الموضوع الذي ينفي اليه . (ولأن فيه) أي في النفي (حسم باب الزنا) أي قطعه (لقلة المعارف) لأن الزنا إنما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الأحباب والجناب عند الفراغ الغرب القلب ، والغربة تقويت هذه الأشياء وتمنع عنها .

(ولنا قوله تعالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء) بيانه أن الله تعالى جعل جزاء كل واحدة من الزانية والزاني الجلد لا غير ، وهذا لأن الفاء للخبر ، والجزاء عبارة عن الكافي المنافي ، فينبغي وجوب غيره ، كما إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، فاذا وجد الشرط يقع طلقة واحدة لا غير ، لأنها هي الجزء ، فلا يجب النفي إذا (أو إلى كونه كل المذكور) أي أو رجوعاً إلى كون الجلد كل المذكور في الآية ، لأن المذكور فيها هو الجلد لا غير ، فاذا كان كل المذكور يكون كل الواجب ، لأنه لو كان يجب شيء آخر لبينه ، لأن الموضوع موضع يحتاج اليه في البيان ، وترك البيان في مثل هذا الموضوع لا يجوز للزوم الاخلال .

(ولأنه في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة) هذا جواب عن قول

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

ثم قطع مواد البقاء ، فربما تتخذ زناها مكتسبة وهو من أقبح وجوه
الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علي « رض »

الخصم ، ولأن فيه باب الزنا .. إلى آخره بيانه أن الإنسان يمنع من الزنا في بلدته استحياؤه
من أقاربه وعشائره بها وبعض معارفه ، ففي القرية يرتفع الحياء ، فتقع الفاحشة ويفتح له
باب الزنا لعدم من يستحي منه ، وإن كان النفي إلى المرأة يحتاج إلى النفقة لا محالة ، وهي
هاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسباً^(١) ، فتقعد فخير قبحة ، وذلك من أقبح
وجوه الزنا وأفحشها .

وأشار إلى قولنا وإن كان النفي للمرأة .. إلى آخره بقوله (ثم فيه) أي في النفي
(قطع مواد البقاء) وهو الكسب لما يحتاج إليه من الأكل والشرب (فربما تتخذ) أي
المرأة تتخذ (الزنا مكسباً) لأنها لما تباعدت عن الأقارب والأوطان ونزلت في الرباط
أو الجنان أخرجها انقطاع مواد المعاش على اتخاذ الزنا مكسباً لانقطاع الوانفي والمواقع^(٢)
من المعاش (وهو من أقبح وجوه الزنا) يعني هذا أقوى مما قاله الخصم .

(وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه) يجوز بكسر الجيم وفتحها . قال
الكاكي معنى رجحها قوله عليه الصلاة والسلام للتمليل . وقال الأكل مرجحة نقل بفتح
الجيم وضمها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي
الله عنه ، واللام للتمليل . وقال الأكل مرجحة نقل بفتح الجيم وكسرهما ، فوجد الفتح
أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا .
ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه . وقال المصنف هذه
الجملة من جهات العلل ، يريد صحة قول علي ، فكانت اللام للصلة داخلية على المفعول ، كما في
قوله تعالى ﴿ والذين هم للزكاة فاعلون ﴾ ؛ المؤمنون ، وفي الوجه الأول كانت للتمليل ،
ثم قال ملخصاً من كلام السفناقي كان قال في الأصل أن ما يصلح مرجحاً ، وهذه الجهة
علة ، فكيف صحت علة .

(١) هذه الكلمة في الأصل رسمت هكذا - يكسر - والصحيح ما أثبتناه ، اهـ مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل بهذا اللفظ .

كفى بالنفي فتنة ، والحديث منسوخ كشطه وهو قوله عليه السلام
الثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة ، وقد عرف طريقه
في موضعه .

أجيب بأن هذه الجهة ليست يمينه للحد ، بل هي باقية ، مع أن النفي ليس بحكم .
وأجيب في الحد فيصلح للتزويج ، ففي مثل هذا الموضوع يذكر التعليل موضحاً بمضاهمياً ،
وما أرى أخبار المصنف « رح » لفظ الجهة على لفظ العلة لهذا .

(وكفى بالنفي فتنة) هذا رواه عبد الرزاق وعبد بن الحسن « رح » في كتابه الآثار
قال أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال قال عبد الله
ابن مسعود في البكر يزني بالبكر ، قال يجلدان مائة وينفيان سنة قال ، وقال علي رضي
الله عنه حبسها من فعل الفتنة أن ينفيان ، وروى محمد بن الحسن الشيباني أخبرنا أبو حنيفة
« رح » عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة .

(والحديث منسوخ كشطه) أراد بالحديث قوله البكر بالبكر جلد مائة وتقريب
عام ، وهو منسوخ بشطه ، أي شطر الحديث (وهو قوله ~~الثيب بالثيب~~ جلد مائة
ورجم بالحجارة) والمعجب من الخصم أنه يحكم في الحديث الواحد بأن نصفه منسوخ ونصفه بحكم
(وقد عرف طريقه) أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام بالبكر بالبكر جلد مائة
وتقريب عام (في موضعه) يعني في طريق الخلاف ، قاله الأتزازي .

وقال الكاكي « رح » في موضعه من التفاسير وكتاب الناسخ والمنسوخ فإن قيل هذا
إثبات النسخ بالقياس . أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخاً بناسخ ، ولم يبين أن
الناسخ ما هو ، والناسخ حديث ما عزم ، أو قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٤
النور ، لا قوله عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً ، نزلت من
ولو كانت هذه الآية نزلت من نزلت من قبل استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين اثنين ،
والجلد يعني إذا رأى الإمام مصلحة يقال خذوا عني القرآن ، فدل على أن الآية متأخرة
ناسخة لحديث التقريب .

إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك
تعزير وسياسة ، لأنه قد يفسد في بعض الأحوال ، فيكون
الرأي فيه إلى الامام ، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
رضي الله عنهم .

(إلا أن يرى الإمام مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين اثنين والجلد ،
يعني إذا رأى الإمام مصلحة للنفي (فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة)
لا على أنه حد (لأنه قد يفسد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه للإمام) وهذا لا يختص
بالزنا ، بل يجوز بذلك في كل جنابة ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى هبة الخنث من
المدينة ، ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أم من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتي ماجد الأعراق تقييل تضيء صورته في الحالك الداج

وذلك لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ، فقال ما ذنبي يا أمير المؤمنين ،
فقال لا ذنب لك ، وإنما الذنب حيث لا أظهر دار الهجرة عنك . قلت قائلة هذا الشر
في الفريضة بنت ممام أم الحجاج بن يوسف ، كانت تحت المغيرة ، ونضر بن حجاج كان من بني
سليم ، وكان جميلاً راعياً ، ولما سمع عمر ذلك سير نضر إلى البصرة ، وكان عمر رضي الله
عنه سمع قائلاً أيضاً بالمدينة يقول :

أعوذ برب الناس من شر معقل إذا معقل راح البقيع مرجلا

يعني معقل بن سنان الأشجعي ، وكان جميلاً ، قدم المدينة فقال عمر رضي الله عنه
إلحق بباديتك ، فقال رجل شعره . جمدة بالجيم إذا رجه بالجيم إذا جملاً .

(وعليه) أي على ما ذكر من التعزير والسياسة (يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة)
رضي الله عنهم ، وروى الترمذي حدثنا أبو كريث ويحيى بن أكرم قال أنبأنا . وروى
القدوري حديث أبي كريث يحيى بن أكرم قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن عبد الله عن

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم ، لأن الاتلاف مستحق ،
فلا يمتنع بسبب المرض ، وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى
يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة
الحر والبرد ،

نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ضرب وغرب ، دار أبي بكر « رض »
ضرب وغرب ، دار عمر « رض » ضرب وغرب ، وقال حديث غريب . وروى ابن أبي
شيبه في مصنفه حدثنا جرير بن المغيرة عن ابن يسار مولى النعمان ، قال جلد عثمان حمان
« رض » امرأة في زنا ، ثم أرسل بها مولى ، أي قال له المهدي إلى خيبر نفاما (١) .
(وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم) أي والحال أن حده الذي استحق الرجم
في الحال (لأن الإلتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض) وهذا اتفاق الأئمة الأربعة .
وعن بعض أصحابنا الشافعي « رح » في وجه إن ثبت زناه بالإقرار يؤخر إلى أن يبرأ ،
لأنه يسأل الرجوع ، وربما رجع ، ولكن المشهور عنهم أن الرجم لا يؤخر .
(وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهلاك) وهذا في مرض
يرجى زواله . وعن ابن القطان من أصحاب الشافعي « رح » أنه لا يؤخر ، ويضرب في
المرض بحيث ما يحتمله ، وبه قال أحمد . وعن أحمد « رح » أنه يؤخر كقول المامة ،
وإن كان مرض لا يرجى زواله كالسل ونخروج الحلقة ، أي ضعيف الحلقة لا يحتمل
السياط ، فعندنا والشافعي وأحمد يضرب بعشكال فيه مائة شمراخ ، فيضرب دفعة واحدة
أو يضرب مائة سوط مجتمعة ضربة واحدة ، وذكره في المحيط ، وفيه (ولهذا لا يقام
القطع في الحر الشديد والبرد الشديد) وبه قال الشافعي « رح » ، بل يؤخر إلى زمان
اعتدال الهواء . وقال مالك يضرب المريض مائة سوط مستغرقاً ، بحيث ما يحتمله وإن لم
يكن آخر ، ولهذا ، أي ولأجل الإفضاء إلى الهلاك لا يقطع أي يد السارق عند شدة الحر
والبرد ، لحوف التلف .

(١) هكذا لفظ الحديث في الأصل . اهـ مصححه .

وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ، كيلا يؤدي إلى هلاك
الولد ، وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من
نقاسها . أي ترتفع . يريد به تخرج منه . لان النفاس نوع مرض .
فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم . لان التأخير لأجل الولد .
وقد انفصل ، وعن أبي حنيفة «رح» أنه يؤخر إلى أن يستغني
ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته . لان في التأخير صيانة
الولد عن الضياع . وقد روي أنه عليه السلام

(وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) وإن كان حدها جلدأ أو رجماً (كيلا
يؤدي إلى إهلاك الولد ، وهو نفس محترمة) والحد شرع زاجراً لا متلفاً (وإن كان حدها
الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نقاسها) أي فلا تحد حتى تخرج من نقاسها ، وقوله حتى تتعالى
لفظ القدوري «رح» ، فكذلك فسره بقوله (أي يرتفع يريد به الخروج ^(١) منه) أي
يريد العذر ، أي بقوله الخروج به ، أي من النفاس (لأن النفاس نوع مرض ،
فيؤخر إلى زمان البرء ، بخلاف الرجم ، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل) وهذا
ظاهر الرواية .

(وعن أبي حنيفة ^(٢) يؤخر) أي الرجم (إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن
أحد يقوم بتربيته) أي بتربية الولد ، وبه قالت الثلاثة . ولو ادعت أنها حبلى لا يقبل قولها ،
لكن القاضي برها النساء ، فإن قلن حبلى خلا حبسها إلى حولين ، فإن لم تلد رجمها
للتيقن يلزمهن ولو وجدت امرأة لا زوج لها حبلى ، فلا يجب عليها الحد (لأن في التأخير)
أي في تأخير الرجم (صيانة الولد من الضياع ، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام) أي

(١) يخرج - هامش .

(٢) أنه - هامش .

قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك . ثم الحبلى
تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب . بخلاف
الإقرار . لان الرجوع عنه عامد . فلا يفيد الحبس . والله أعلم

أن النبي ﷺ (قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يشفع^(١)) وكذلك هذا بهذا
اللفظ غريب ، وهو في مسلم عن سرير بن المهاجر عن عبد الله بن يزيد عن أبيه ، قال
جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إني زينت فطهرني وانه ردما ، فلما كان الغد قالت
يا رسول الله لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً ، فوالله إني لحبلى ، فقال لها لا فاذهي
حتى تلدي ، فلما ولدت أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت هذا يا رسول الله قد
فطمته فقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها ،
وأمر الناس فرجوها .

(ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار ،
لأن الرجوع عنه عامد فلا يفيد الحبس) وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، فإن ادعت أنها
حبلى أداها القاضي النساء ، فإن قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين ثم يرجها ، وإذا شهدوا
عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر إليها النساء قلن هي كذلك درى عنها الحد ،
ولا حد على المشهود أيضاً ، وكذلك المجنون ، ولا حد على قاذفه . ويقبل في الرتقاء
والعذراء والأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة ، وفي فتاوى
الولوالجبي والمعنى أحوط .

(١) حتى يستغني ولدك - هامش .

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا ، وإنه في عرف الشرع واللسان
وطء الرجل المرأة في القبل

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

أي هذا باب في بيان حكم الوطء الذي يوجب الحد ، وبيان حكم الوطء الذي لا يوجب الحد .

(قال) أي المصنف قال الأترازي « رح » اعلم أولاً أن وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقُدوري ، ففي كل موضع يذكر لفظ ، قال يريد به محمداً والقُدوري وهذا ذكر لفظ قال ولم يرد به أحداً منها ، فكان على وضعه ، وكان ينبغي أن يقول قال المبد . الضعيف بإسناد الفعل إلى نفسه ، أو يقول اعلم أن (الوطء الموجب للحد هو الزنا) حتى يرتفع الإلتباس ، انتهى . قلت هذا كلام عجيب منه صادر من غير تأمل ، لأن المعترف لما يذكر لفظ قال قط بقول محمد ، وقال القُدوري بل يقول قال علي اسكت ، لأنه يعلم فاعل .

قال محمد أو القُدوري من المسألة المتوجة به بأن كانت المسألة من مسائل القُدوري يعلم أن فاعل قال هو القُدوري فإن كانت من مسائل الجامع الصغير يعلم أن فاعله هو محمد « رح » ، وإن لم يكن فيها يعلم أن فاعله هو المصنف ، فلا يحصل له الإلتباس ، لأن التمييز يحصل من مسائل ، والذي ليس له أهلية في ذلك لا يعرف السمو من البر ، ولا ينبغي له أن يتعلق بالهداية ، لأنه لا تهتدي بالهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ؛ النور .

(وانه) أي وإن الزنا (في عرف الشرع) أي في اصطلاح الشرع (واللسان) أي وفي عرف اللسان وهو اللغة (وطء الرجل المرأة في القبل) قيد بهذا ، لأن العرب

في غير الملك ، وشبهة الملك ، لأنه فعل محذور ، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك ، وشبهته ، يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرووا الحدود بالشبهات ،

لا يسمون ما يجري بين الذكرين من الوطء وطئاً بل يسمونه لواطاً ، لأن كل فعل له اسم خاص ، فمن أتى بالقبيل يقال أنه زنى ومن أتى بالدبر قيل أنه لاط (في غير الملك وشبهة الملك) حتى يكون حراماً على الإطلاق ، وينبغي أن يكون كل واحد منهما مشتمى ، لأن وطء الميتة والبهيمة لا يسمى زنا لعدم كونها مشتهاة ، وكذلك وطء العصبي والمجنون ، وينبغي أن يكون عازباً عن الحل ، لأن وطء الأمة المشتركة ، وإن كانت حراماً لوقوع التصرف في ملك الغير ، بدون الإذن ، ولكن لا يكون زنا ، لأنه يعرى عن شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الراطيء .

فإن قلت شأن الحد أن ينظر وينعكس ، وهذا غير منعكس ، لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل والتعريف ليس بصادق عليه . قلت هذا التعريف إنما هو بالنسبة إلى الأصل ، والمرأة تدخل فيه بتغاير التمكين طوعاً .

(لأنه فعل محذور) أي لأن الزنا فعل حرام . فإن قلت هذا تعليل واقع في غير محله ، لأنه في التصورات . قلت التعليل لثبات التعريف ، وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء لشبهة الشهوة في تحقق الزنا . وتقرير كلام المصنف إنما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك ، لأنه فعل محذور موجب الحد ، ويعتبر فيه الكمال ، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه ، فلا يوجب عقوبة .

(والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهة (١) الملك يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (ادرووا الحدود بالشبهات) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وذكر أنه في الخلافات أن البيهقي عن علي « رض » . وفي مسند أبي

(١) شبهته - هامش .

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل ،
وتسمى شبهة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن
معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ، ولا بد من الظن لتتحقق الإشتباه ،
والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ،

حنيفة عن ابن عباس رضي الله عنه . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا هشيم عن
منصور عن الحارث عن ابراهيم قال قال عمر رضي الله عنه لأن أعطل الحدود بالشبهات
أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات ، حدثنا عبد السلام عن إسحاق عن ابن أبي فروة عن
عمرو بن شعيب عن أبذه أن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر ، قالوا إذا شبهت عليك
الحد ، فأدراه . وأخرج عن الزهري قالوا ارفعوا الحدود بكل شبهة ، والمعجب من الكاكي
حيث قال هذا الحديث يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الأمة بالقبول .

(ثم الشبهة نوعان ، شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه) وهي أن تسميه عليه
الحال بأن يظن أنها تحل له (وشبهة في المحل) من وهي أن تكون الشبهة التي في المحل
شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع (وتسمى) أي هذه الشبهة (شبهة حكمية) باعتبار
أن المحل أعطي له حكم الملك في إسقاط الحد ، وإن لم يكن الملك ثابتاً حقيقة وذكر
التمرثاشي والمرغيناني والشبهة الحكمية تسمى أيضاً شبهة الملك ، وهي عبارة عن قيام
العلة بلا عمل لمانع اتصل بها ، وهي مانعة الحد على التقادير كلها . وفي المحيط الشبهة ثلاثة ،
شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، وشبهة في المقدم .

(فالأولى) أي الشبهة الأولى (تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن
به غير الدليل دليلاً) كما يظن أن جارية امرأته تحل له ، بناء على أن الوطء نوع استخدام ،
والاستخدام محل ، فكذا الوطء (ولا بد من الظن لتتحقق الإشتباه) فيكون تحققاً
بالنسبة إلى الظان .

(والثانية) أي الشبهة الثانية (تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) مثل

ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث ، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه ، لأن الفعل تمحض زناً في الأولى ، وإنما يسقط الحد لأمر راجع إليه ، وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية ،

قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك (ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات (والنسب يثبت في الثاني (١)) أي في المذكور الثاني ، وهو شبهة المحل (إذا ادعى الولد) لأن الفعل لما لم يكن زناً بشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالمدعوة ، لأن النسب مما يحتاط في إثباته (ولا يثبت في الأول وإن ادعاه) أي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وإن ادعى الولد ، لأنه لاحق له في المحل ، فوقع الفعل زناً ، إلا أنه سقط الحد بدعوى الإشتباه ، وإن لم يدع الظن وجب الحد .

وفي الولوالجي ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر فلا حد عليهما ، لأن الشبهة في أحد الجانبين يتعدى إلى الآخر ، وقال الكاكي قيل هذا ليس يحوي على العموم ، قال في المطلقة الثلاث يثبت النسب لأن هذا الوطء في شبهة العقد ، فيكفي ذلك لإثبات النسب ، ذكره التمرثاشي . وفي المراج المطلقة بمعوض والمختلعة ينبغي أن يكون كالمطلقة ثلاثاً .

(لأن الفعل تمحض) أي خلص ، من المحض ، وهو اللبن الخالص الذي لا يخالطه شيء (زناً في الأولى ، وإن سقط الحد بأمر راجع إليه) أي إلى الواطء (وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية) وهي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء ، وإن لم يثبت الحل فكذلك حكمه في الظن وعدمه في سقوط الحد ، لما أن الملك إذا يثبت بوجه لم يبق معه اسم الزنا من كل وجه . وما قيل في المحيط وفي السكافي وشبهة في الفعل راجع إلى شبهة الدليل ، وهي شبهة في المحل ، ولهذا قيل سمي شبهة الملك .

(١) الثانية - هامش .

فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه وأمه وزوجته ، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة ، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة ، وأم الولد أعتقها مولاه ، وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ،

(فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه) أي وكذا جارية جدته وإن هـي (وأمه) أي وجارية أمه ، وكذا جارية جدته وإن زوجته ، أي جاريتها (وزوجته والمطلقة ثلاثاً) أي وجارية مطلقة ثلاثاً (وهي في العدة) أي والحال أنها في العدة . فان قيل ما وجه الإشتباه في المطلقة ثلاثاً ، حتى لا يجد إذا قال ظننت أنها تحل لي . أجب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام ببعض المطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب ، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين . فان قيل بين الناس اختلاف فيمن طلق امرأته ثلاثاً ، هل يقع أو لا ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في إسقاط الحد . أجب أنه خلاف غير معتدة ، حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه . قلت من مذهب الزيدة من الروافض أن إرسال الثلاث جملة لا يوجب الحرمة القليظة ، والفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف مستعمل في قول بني علي دليل ، والخلاف فيما لا دليل عليه .

(وبائناً) أي والمطلقة طلاقاً بائناً (بالطلاق على مال ، وهي في العدة) أي والحال أنها في العدة . وإنما قيل بالطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه . وإن قال علمت أنها علي حرام على ما يجيء (وأم الولد^(١)) إذا أعتقها مولاه (وهي في العدة) لأن أثر الفراش ، وهو العدة باق لمراها ، فكان الوطء في موضع الأشباه ، كما في المطلقة ثلاثاً (وجارية المولى في حق العبد) وشبهة العبد في جارية مولاه انبساط العبد في مال مولاه (والجارية المرهونة) فجاز أن يظن حل الإنبساط فيها بالوطء ، والجارية الموطوءة (في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود) والبيع ، يعني إذا قال

(١) وأم الولد أعتقها - هامش .

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ، ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد . والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه ، والمطلقة طلاقاً باتناً بالكنايات ، والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم ، والممهوره في حق الزوج قبل القبض ، والمشاركة بينه وبين غيره ، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ، ففي هذه المواضع لا يجب الحد .

المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وهو الأصح ، لأن عقد الرهن يثبت ملك اليد حقاً للمرتهن ، وبه يثبت شبهة الإشباه كما في العدة في خلع ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول لا يسقط الحد ، وبه قال أحمد « رض » ، والمبرة للرهن في هذا بمنزلة المرتهن (ففي هذه المواضع) وهي ثمانية مواضع المذكورة (لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي) لوجود الشبهة في الفعل .

(ولو قال علمت أنها علي حرام يجب أن يحد) لانتفاء الشبهة (والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه) لقيام مقتضى الملك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك ، وفي الولوالجي وكذا لو وطئها الجد وإن علان قبل الأب ، لأن اسم الأب يطلق عليه (والمطلقة طلاقاً باتناً بالكنايات) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية أو بائة (والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم) لأن التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد ، فصارت شبهة في المحل (والممهوره في حق الزوج قبل القبض) لقيام تلك اليد (والمشاركة) أي الجارية المشتركة (بينه وبين غيره) لقيام الملك في النصف (والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي ، لا يحد في رواية كتاب الرهن ، سواء ادعى ظن المحل أو لا ، كما في الجارية المشتركة ، وهكذا ذكر أيضاً في شرح الجامع والذخيرة ، وذكر في الإيضاح في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن من لا يحد . وذكر في الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه (ففي هذه المواضع) وهي ستة مواضع (لا يجب الحد) .

وإن قال علمت أنها علي حرام . ثم الشبهة عند أبي حنيفة «رح»
تثبت بالعقد . وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقرين
لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك
إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في
العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل

وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية

(وإن قال علمت أنها علي حرام) كلمة إن واصله بما قبله ، والحاصل أن شبهة المحل
هو أن يكون المحل قائماً في الحقيقة ، إلا أن المحل يحلف عنه ، وشبهة الفعل هي أن
لا يكون دليل المحل قائماً ، ولكنه يظنه ضلالاً ثمار كنهه الحلال في شيء لا دلالة
على المحل .

(ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد) هذه شبهة أخرى غير الشبهتين المذكورتين
وهي شبهة العقد ، فإنها تثبت بالعقد مطلقاً ، وهي معنى قوله (وإن كان متفقاً على تحريمه)
يعني سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه ، سواء كان الواطئ عالماً
بالحرمة أو جاهلاً بها ، وهو معنى قوله (وهو عالم به) أي والحال أنه عالم بالتحريم
(وعند الباقرين) أي وعند العلماء الباقرين (لا يثبت) أي لا تثبت الشبهة بالعقد (إذا
علم بتحريمه) أي بتحريم العقد (ويظهر ذلك في النكاح^(١) المحارم على ما يأتيك إن شاء
الله تعالى) وذلك عند قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجد عند
أبي حنيفة «رض» .

(إذا عرفنا هذا) أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بهما من
المسائل ، فنقول (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام
حد لزوال ملك المحل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية) لأن الملك أصلاً وشبهة

(١) في نكاح المحارم - هامش .

وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل ، وعلى ذلك الإجماع . ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه خلاف الإختلاف . ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحسد ، لأن الظن في موضعه ، لأن أثر الملك قائم في حق النسب

الانتفاء أيضاً منتفية ، لأن الواطئ يقول علمت بأنها علي حرام . وأما إذا قال ظننت أنها تحل لي لا حد عليه ، ولا على قاذفه نص عليه الحاكم في الكافي . وإنما قال لزوال الحل من كل وجه يدل عليه القرآن ، وهو معنى قوله (وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) وهو قوله ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَقِّ تَكْوِينِ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ٢٣٠ البقرة (وعلى ذلك الإجماع) أي وعلى انتفاء الحل انعقد الإجماع ، فلا يعتبر قول المخالف فيه ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال اختلف الناس في وقوع الثلاث جملة ، فعند الزيدية من الروافض يقع واحدة ، وعند الإمامية منهم لا يقع شيء ، ويدعون أنه قول علي رضي الله عنه ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل ، فقال في جوابه :

(ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه غير معتبر ، لأنه خلاف الإختلاف) وقد ذكرنا الكلام فيه عن قريب . وقال الإمام حميد الدين الضير رحمه الله في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف أن يكون للطريق مختلفاً ، والمقصود واحد . والخلاف أن يكون كلامها مختلفاً . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الاختلاف من آثار الرحمة . والاختلاف من آثار البدعة ، وأراد به الفرق المذكور . قال الأتراسي وكذا إرادة صاحب الهداية ولي فيه نظر ، لأنه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا .

ويقال اختلف القوم اختلافاً وخالفوا بخلافه وخلافاً إذا لم يوافق بعضهم بعضاً ، انتهى . قلت نظر موجهة من جهة عدم دلالة اللغة عليها على ما قالوا ، ولكنه لم يوصف الكلام حقه . فأقول الخلاف من باب المفاعلة وأصله للمشاركة بين آيتين أو أكثر ، والاختلاف من باب الافتعال ، وأصله للاتحاد ، والكسريحيه بمعنى التفاعل نحو اختصموا . (ولو قال ظننت أنها تحل لي ، لا يحسد ، لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب) أي ثابت في حق ثبوت النسب ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق

والحبس والنفقة ، فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها ، والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع ، وقيام بعض الآثار في العدة . ولو قال لها أنت خلية أو برية ، أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام لم يجد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه ، فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية .

لا النسب في هذا الوطء ، فإنه لا يثبت (والحبس) أي المنع من الخروج (والنفقة) أي وجوب النفقة ، وهذا وكله دليل لكون الظن في موضعه (واعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد) بالرفع على الابتداء (إذا أعتقها مولاها) يعني يجره عتقها (والمختلعة) بالرفع أيضاً عطف على أم الولد .

(والمطلقة على مال) عطف أيضاً على ما قبله ، وقوله (بمنزلة المطلقة الثلاث) خبر المبتدأ ، وما عطف عليه توضيح معناه أنه إذا وطئ كل واحدة منهن في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد (لثبوت الحرمة بالإجماع) لزوال الحل من كل وجه (وقيام بعض الآثار في العدة) أي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة ومنعها من الخروج ، وإن قال ظننت أنها تحل لي في هذه الصورة لا يجد للشبهة ، لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة .

(ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك ، فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يجد لاختلاف الصحابة فيه) أي في حكم هذا الفصل والصحابة الذين روي عنهم في هذا الباب على الاختلاف عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وزيد ابن ثابت وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعثمان رضي الله عنهم .

أما المروي عن عمر رضي الله عنه فأشار إليه بقوله (فمن مذهب عمر أنها مطلقة رجعية) وأخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه فهو واحدة ، وإن اختارت زوجها

وكذا الجواب في سائر الكنايات،

فلا شيء^(١) ورواه أيضاً عن النسفي من العني قال قال عمرو بن مسعود إن اختارت زوجها فلا بأس ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة ، وله عليها الرجعة .

وأما المروي عن زيد بن ثابت فأخرجه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت أنه قال في رجل جعل امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثاً ، قال هي واحدة .

وأما المروي عن جابر « رض » فرواه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله بن عمر « رض » فرواه الشافعي في مسنده أخبرنا مالك عن ابن عوانة قال في الحلية والبرية والبتة إن كل واحد منها ثلاث تطليقات ، ورواه مالك في الموطأ .

وأما المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فرواه الدارقطني في سننه عن عطاء ابن السائب عن الحسن بن علي قال في الحلية والبرية والبتة والحرام الثلاث لا يحل له حق تنكح زوجاً غيره .

وأما المروي عن ابن عباس فرواه عبد الرزاق أخبرنا الشافعي عن أبيه عن الحسن بن مسلم عن عمر بن الخطاب « رض » يقول في الرجل يقول لامرأته أنت بريئة إنها واحدة .
وأما المروي عن عثمان بن عفان « رض » فرواه ابن أبي شيبة عنه وعن ابن عباس وابن عمر إذا ملك الرجل امرأته أمرها بيدها فالقضاء ما قضت ، إلا أن يتكرر الرجل ، فيقول لم أرد إلا واحدة ، ويحلف على ذلك فيكون الملك بها ما كانت في عدتها ، وأخرجه عبد الرزاق أيضاً نحوه .

(وكذا الجواب في سائر الكنايات) قال الحاكم الشهيد في الكافي وإن أبانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت أنها علي حرام فلا حد عليه . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فإن طلقها طليقة بانئة ثم وطئها في العدة لا حد عليه ،

(١) فلا بأس - هامش .

وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الإختلاف مع ذلك ، ولا حد على من
وطيء جارية ولده وولد ولده . وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن
الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل

سواء ادعى الشبهة أو لم يدع فيها الشبهة شبهان ، شبهة حكم ، وشبهة اشتباه ، فها هنا
شبهة حكم ، لأن الصحابة اختلفوا فيه ، قال بعضهم الكنايات كلها بواثن . وقال بعضهم
رجعية وجعلها بعضهم ثلاثاً فأورث اختلف الصحابة شبهة في المحل ، لأن في الواحدة
للرجعية يبقى الحل ، فينبغي على هذا أن يثبت النسب بالدعوى على ما أشار إليه الصدر
الشهيد بقوله ولا يثبت إذا لم يدع ، وذلك لأن الفعل لم يقع وفاء لبقاء الحل باعتبار
الشبهة في المحل .

ولكن قال فخر الإسلام الإشهاد البزدوي في شرحه للجامع الصغير ، ولا يثبت نسب
الولد في ذلك كله ، لأنه زنا ، وإنما يسقط الحد بالشبهة لأنه عقوبة ، ولا يثبت النسب
بالزنا بحال . وقال الأترابي كأنه جعل هذه الشبهة شبهة الإشتباه ، وليس ذلك بصحيح
عندي ، لأن الرواية منصوطة في الجامع الصغير . وفي الكافي للحاكم أنه لا يجب عليه
الحد . وإن قال علمت أنها علي حرام . فلو كان الأمر كما قال فخر الإسلام « رح » لوجب
الحد ، لزوال الإشتباه بقوله علمت أنها علي حرام ، فلما لم يجب علم أنه من قبيل شبهة
المحل . وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا ، فيثبت بالدعوة .

(وكذا إذا نوى ثلاثاً) أي وكذا الحكم إذا نوى ثلاثاً من الفاظ الكنايات ثم وطئها
في العدة ، يعني لا يحد ، وإن قال علمت أنها علي حرام (لقيام الإختلاف) أي إختلاف
الصحابة (مع ذلك) أي مع نية الثلاث ، لأن إختلاف الثلاثة لا يرتفع بنية الثلاث ،
فكانت الشبهة قائمة ، فلا يجب الحد .

(ولا حد على من وطيء جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن
الشبهة حكمية ، لأنها نشأت عن دليل) وسواء ادعى الأب الشبهة أو لم يدع . وأما الجد
إذا وطيء جارية ولد ولده لا يجب الحد ولا يثبت النسب أيضاً إذا كان الأب حياً ، لأنه

وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك ، والأبوة قائمة في حق الجد ،
ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية ، وقد ذكرناه . وإذا وطئ
جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ،
ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا
وطئ جارية مولاه ،

محجوب بالأب وسقوط الحد لغو منه الولاد ، وذكر البزدوي إذا وطئ جارية حافدة
والأب في الحياة لا يجب الحد (وهو قوله عليه الصلاة والسلام) أي الدليل هو قول
النبي ﷺ (أنت ومالك لأبيك) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة وعن عمر بن
الخطاب أخرج حديثه البزار في مسنده عن سعيد بن المسيب عنه . وعن جابر أخرج
حديثه الطبراني في الصغير والبيهقي في دلائل النبوة مطولاً عن محمد بن المنذر عنه ، وفيه
أنت ومالك لأبيك .

وعن سمرة بن جندب أخرج حديثه البزار في مسنده والطبراني في معجمه عن الحسن
عنه نحوه . وعن ابن مسعود أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن علقمة بن قيس عنه
نحوه . وعن ابن عمر (رض) أخرج حديثه أبو يعلى في مسنده عن أبي إسحاق عنه نحوه ،
وعن عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها ابن حبان في صحيحه عن عطاء عنها نحوه .

(والأبوة قائمة في حق الجد) يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب في عدم وجوب
الحد ، وإن كان الأب حياً ، ولكن لا يثبت النسب وقد ذكرناه الآن (ويثبت النسب منه)
أي من الأب (وعليه قيمة الجارية) لأنه يملكها عند ثبوت النسب ، ولا عقد عليه ، لأنه
لما ملكها يجمع سقط العمر ، لأنه ضمان الجزاء (وقد ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق .
(وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ،
ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد () أي وكذا حكم

(١) إذا وطئ جارية مولاه - هامش .

لان بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع ، فظنه في الاستمتاع محتمل ،
فكانت شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا حقيقة ، فلا يجد قاذفه ، وكذا
إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي ، والفحل لم يدع في الظاهر ،
لان الفعل واحد

العبد بالتفصيل المذكور (لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع) لأن الإبن يتناول مال أبيه
وينتفع به الأكل والصرف ، وكذا الزوج في مال الزوجة ، وكذا العبد في مال مولاه ،
فلما جرى الإنبساط بينهم اشتبه الوطاء ، فإذا ادعى الإشتباه سقط الحد للشبهة ، لكن
لا يثبت النسب ، لأن الفعل زنى في الواقع . وإذا قال علمت أنها علي حرام حد لزوال
الإشتباه ، ولا يجد قاذف الإبن والزوج والعبد بعد الحرية . لأن الفعل وقع زنا إلا أن
الحد أسقط الشبهة . وقاذف الزاني لا يجد . وقال في الأجناس قال في أمالي الحسن قال
أبو حنيفة « رح » إذا زنى بجارية امرأته وقال ظننت أنها لي حلال عليه العقر ، ولا حد
عليه . ولا يثبت نسب الولد إن جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه . ولو قال علمت
أنها علي حرام لا عقر عليه ، وعليه الحد ، ولا يثبت النسب .

(وظنه في الاستمتاع محتمل) أي وظن الواطئ الإنبساط في الانتفاع كلا واستعمالاً
في حل الاستمتاع بالجارية فيه (فكان) أي ظنه هذا (شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا في
حقيقته ، ولا يجد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي) معطوف على قوله
وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه أي والحال (والفحل لم يدع في الظاهر)
متصل بقوله وكذا ، أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية (لأن الفعل واحد) أي لأن
فعلها واحد ، فإذا سقط عنها سقط عنه الحد . وروي عن أبي حنيفة « رح » أن
الجارية إن ادعت الحبل ولم يدع الفحل حد ، لأن المرأة تابعة في فعل الزنا ، فالشبهة
التمكنة في جانب البائع لا تعتبر في جانب الأصل ، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظن ،
لأنه أصل في الفعل ، فيتورث شبهة في التابع . وقلنا لما كان الفعل واحداً ووردت
الشبهة في أحد الجانبين يكتفي لإسقاط الحد على الآخر .

وإن وطىء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحمل لي حد ، لأنه لا انبساط في الحال فيما بينهما ، وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا . ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء أنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ، ولأنه اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الإشتباه إذ

فإن قيل يشكل بما إذا زنى بشكل البالغ بصبيته ، حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية ، مع أن الفعل واحد . قلنا سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية لمقوبته ، لا باعتبار الشبهة في الفعل ، وفيما نحن فيه باعتبار الفعل ، فيؤثر في الجانب الآخر لا محالة .

(وإن وطىء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحمل لي حد ، لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما) فلا يعتبر دعوى الظن (وكذا سائر المحارم) أي وكذا الحكم ، وهو الحد (سوى الولاد) أي سوى قرابة فيما به الولاد ، كالحال والحالة وغيرها هذا المعنى (لما بينا) أي قوله لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ، بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لا يقطع ، لأن الحرز لم يتحقق في حق لدخوله في بيت هؤلاء فلا استئذان ، وحيث هو القطع دائر مع هتك الحرز .

(ومن زفت إليه غير امرأة ، وقال النساء أنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه) هذا غريب جداً . قوله زفت على صبية من المجهول أي بعث من باب نصر ينصر . قوله وقال النساء بتذكير الفعل ، لأن تأنيث الجمع ليس بحقيقي ، قال الله تعالى ﴿ إذا جاءك المؤمنات ﴾ ١٢ المتحنة ، وفي بعض النسخ وقلن النساء . قال الأتزازي لا يجوز إلا على ضعيف . قلت حكى سيبويه « رح » ذلك فمن غير قيد نصف ، كقولهم أكلوني للبراغيث (وبالعدة) أي وقضى وجوب العدة .

(ولأنه) أي ولأن المزفوف (اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الإشتباه ، إذ

الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة ، فصار كالمغرور ، ولا يجد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف «رح» ، لأن الملك منعدم حقيقة . ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة ، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل .

الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة (بفتح الواو وسكون الهاء يقال لقبته أول وهلة ، أي أول كل شيء يعني لا يميز في أول الوهلة إلا بالإخبار ، وخبر الواحد مقبول في أمور الدين والمعاملات ، ولهذا إذا جاءت الجارية وقالت بعثني اليك مولاي هدية يحمل وطئها اعتماداً عليها ، ذكره الأتراسي . وأما وجوب المهر فلأن البضع لا يتخلو عليها من أحد الوجهين إبانة لخطر المحل . أما الحد وأما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر . وقال الأتراسي وهو مؤيد بقضاء علي رضي الله عنه روى أصحابنا في كتبهم أنه قضى كذلك ، ويثبت نسب الولد إن جاءت به وليست كالتى فجرمحوها^(١) وقال حبستها أمر أفي حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد ، وبه صرح الحاكم في الكافي (فصار كالمغرور) أي صار الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها كالمغرور ، وهو الذي زف أي امرأة معتمداً على مالك يمين أو نكاح ثم استحق فلا يجب عليه الحد للاشتباه ، فكذا الذي زفت اليه غير امرأته لهذا المعنى .

(ولا يجد قاذفه) أي لا يجد قاذف الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها في ظاهر الرواية (إلا في رواية عن أبي يوسف) حيث قال إنه يجد (لأن الملك منعدم حقيقة) هذا دليل ظاهر الرواية ، أراد به أن لا ملك له فيه ، إلا في الأخسية يسقط إحسانه لوقوع الفعل زنا فلا يجد قاذفه .

(ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مسنداً إلى دليل (وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد «رح» لا حد عليه ،

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل ، اه مصححه .

وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها ، وكذا إذا كان أعمى ، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها ، لأن الإخبار دليل . ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح » ، لكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك . وقال أبو يوسف « رح » ، ومحمد « رح » ، والشافعي « رح » عليه الحد إذا كان عالماً بذلك ،

أي ظن أنها امرأته قياساً على ليلة الزفاف وعلى من شرب شراباً على ظن أنه ليس بخمر فإنه لا يحد (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه اشتباه (لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) فلا يكون مجرد النوم دليل على أن النائمة هي زوجته .

(وكذا إذا كان أعمى) أي إذا وجد الأعمى في بيته أو فراش زوجته امرأة فوطئها على ظن أنها امرأته يجب عليه الحد (لأنه يمكنه التمييز بالسؤال) أي يمكنه تمييز امرأته بالسؤال عنها (وغيره) أي وغير السؤال من العلامات (إلا إذا دعا فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها) أي فيما معها لا يجب الحد (لأن الإخبار دليل) فاستند إليه . (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) مثل نكاح المعارم ، والمطلقة الثلاث ، ومنكوحة الغير ، ومعتدة الغير ، ونكاح الحاملة ، وأخت المرأة في عدتها ، والمجوسية ، والأمة على الحرية ، ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى ، والنكاح بغير شهود (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح ») في جميع ذلك . وإن قال علمت أنها علي حرام (ولكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك) يعني يضرب طريق التقرير ضرباً مؤلماً عقوبة عليه لا بطريق الحد .

(وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد إذا كان عالماً بذلك) وإلا فلا ، ولكن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قال فيما ليس بحرام على التأييد لا يجب الحد بالنكاح

لأنه عقد لم يصادف محله ، فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور ،
وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلاً لحكمه ، وحكمه الحل ،
وهي من المحرمات ولأبي حنيفة « رح » أن العقد صادف محله ،
لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده . والأثنى من بنات بني آدم
قابلة للتوالد ، وهو المقصود ، فكان ينبغي أن ينعقد في

بغير شهود (لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو ، كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل
التصرف ما يكون محلاً لحكمه) وهذا المحل ليس محلاً لحكمه (وحكمه الحل ، وهي
من المحرمات) على التأبيد ، فلا يكون محلاً للحل ، فلا ينمقد أصلاً كالبيع الوارد على
الميتة والدم ، وفي المغني لابن قدامة الحنبلي ، فأما الأنكحة المجمع على ما يطلق بها النكاح
الخامسة والعقدة والزوجة للغير ومطلقة ثلاثاً وذوات محارم من نسب أو رضاع لا يمنع
وجوب الحد ، كما روي عن عمر أنه قال حين رفع إليه امرأة تزوجت في عدة قضاء له بغيره
علمنا فقال لا ، فقال عمر رضي الله عنه لو علمت لرجمتكما .

وفي وطء محارمه بالعقد وبغيره روايتان في رواية يجب الحد لعموم الآية . والثانية
يقبل بكل حال لما روي عن البراء قال لقيت عمي وفي يده الراية ، فقلت إلى أين تريد ،
قال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وأخذ
ماله . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى ابن ماجة بإسناده أنه عليه الصلاة والسلام
قال من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، انتهى كلامه . قال العلامة هذا حديث شاذ مخالف
لظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة ، فيؤول ذلك في حق من يستعمله أو أمر بذلك
بسياسة وتعزير الحد .

(ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله) لأن الوطاء حصل عقيب النكاح المصادف إلى
محل قابل لمقاصد النكاح ، والنكاح بصيغة زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من
الألفاظ ، فصادف محله (لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده) أي مقصود المتصرف ،
وهو المطلوب من النكاح ، وهو قضاء الشهوة والولد والسكنى (والأثنى من بني آدم
قابلة للتوالد ، وهو المقصود) ولا شك أن المحل هذه الصفة (فكان ينبغي أن ينعقد في

حق جميع الأحكام ، إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل ، فيورث
الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب
جريمة وليس فيه حد مقدور فيعزر . ومن وطىء أجنبية فيما دون
الفرج يعزر ، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر

حق جميع الأحكام) وأن يثبت المقدر حقيقة الحل ، لكن لم يشتمها إلا قضاء المنصوص ،
بخلاف ذلك ، وهو معنى قوله :

(إلا أنه) أي إلا أن هذا المقدر (تقاعد عن إفادة حقيقة الحل ، فيورث الشبهة) أي
شبهة الحل (لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت) فإن قلنا من أين يرث شبهة الحل ، وقد
ثبت الحرية بالنص من كل وجه ، فانتفى الحل من كل وجه . قلت سلمنا أن الحل ينتفي
من كل وجه ، فنحن لا ندعي المحل من وجه حتى يرد السؤال ، بل ندعي شبهة الحل
لصورة المقدر ، وهي حاصلة . وقد علل المصنف ذلك بقوله لأن الشبهة إلى آخره .

فإن قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجب العدة ، وثبت النسب . قلت منع بعض أصحابنا
عدم وجوب العدة وعدم ثبوت النسب . وعلى تقدير التسليم نقول مبنى وجوب العدة
وثبوت النسب على وجود الحل من وجه أو من كل وجه ، وهنا لم يوجد الحل أصلاً ،
ويعني بالحل أن يكون الفاعل على حالة الإيلاء عليها . وما هنا إيلاء الواطء ويعذر
عقوبة عليه .

(إلا أنه ارتكب جريمة) استثناء من قوله فيورث الشبهة أي يورث المقدر الشبهة ،
فلا يجب الحد إلا إن ارتكب جريمة ، أي ذنباً (وليس فيه) أي في هذه الجريمة (حد
مقدور) فإذا لم يكن حد مقدر (فيعزر) عقوبة عليه .

(ومن وطىء أجنبية) أي امرأة أجنبية (فيما دون الفرج) كالتبطين والتفخيذ
ونحوهما ، وليس المراد منه الإتيان في الدبر ، لأن بيانه بجيء عقيب هذا (يعزر) قالوا
أشد للتعزير (لأنه) أي لأن الوطء فيما دون الفرج (منكر) لأنه شيء قبيح (ليس فيه
شيء مقدر) في الشرع وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي رواية يقتل .

من أتى امرأة في الوضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد
عليه عند أبي حنيفة «رح»، ويعزر. وقال في الجامع الصغير
ويودع في السجن.

(ومن أتى امرأة في الوضع المكروه) أي في الدبر (أو عمل عمل قوم لوط) أي
أو أتى في دبر الذكر (فلا حد عليه عند أبي حنيفة «رح» ويعزر) هذا لفظ القدوري
(وقال) أي محمد «رض»، (في الجامع الصغير ويودع في الحبس^(١)) وصورته في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الدبر يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ حد الزنا،
لكنه يجبس ويعزر. وذكر علاء الدين في طريقة الخلاف يعزر ويجبس إلى أن يتوب
أو يموت. وفي روضة الزندوسي الخلاف في الفلام، أما لو أتى امرأة في الوضع المكروه
يحد بلا خلاف. ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف، وكذا في
الفتاوى الظهيرية. وفي الكافي في الأصح أن العبد يحد، وفي الأمة والمنكوحه عدم
للحد الكلي على الخلاف، نص عليه في الزيادات. وقد انعقد الاجماع على تحريم إتيان
المرأة في الدبر، وإن كان فيه خلاف قديم فقد انقطع. وكل من روي عنه إباحته فقد
روي عنه إنكاره.

فأما القائلون بتحريمه من الصحابة رضي الله عنهم فعلي بن أبي طالب وابن عباس وأبو
هريرة وأبو الدرداء وابن مسعود. ولم يختلف منه أحد من الصحابة إلا ابن عمر، ومن
التابعين إلا نافع. فأما ابن عمر رضي الله عنهما فروى النسائي في سننه والطبري من
طريق مالك قال أشهد على ربيعة يحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عن ذلك
فقال لا بأس به، وقد صح عنه أنه أنكر ذلك فيما روى النسائي من رواية الحارث بن
يعقوب عن سعيد بن يسار قال، قلت لابن عمر إنا نشترى الجوارى فيمحصهن، قال
وما التمحيض، قال إتيانهن في أدبارهن، فقال ابن عمر أو يفعل هذا مسلم.

وروى النسائي أيضاً من رواية كعب بن علقمة عن ابن السرانة أخبره قال لنا في مولى

(١) في السجن - هامش.

وقالاهو كالزنا فيحسد ، وهو أحد قولي الشافعي «رح» . وقال في
قول يقتلان بكل حال ، لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ،
ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولها أنه في معنى الزنا ، لأنه قضاء

ابن عمر قد أكثروا عليك القول ، إنك تقول عن ابن عمر أنه أفق عن يؤتي النساء في
أدبارهن ، فقال نافع لقد كذبوا علي . وقال ابن حزم في المحلى وما روينا بإباحة ذلك عن
أحد إلا عن ابن عمر «رض» باختلاف عنه . وعن نافع باختلاف عنه ، وعن مالك
باختلاف عنه ، وروى الثعلبي في تفسيره عن رواية عطاء بن موسى «رض» عن عبدالله
ابن الحسن عن أبيه أنه حكى عن مالك بإباحة ذلك ، وأنكره أصحابه .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد «رض» (هو) أي اللواطة (كالزنا فيحسد)
فإن كان محصناً يرجم ، وإلا فيجسد (وهو أحد قولي الشافعي «رح» ، وقال في قول
يقتلان بكل حال) يعني سواء كان محصناً أو غير محصن ، وله فيه وجوه ، يقتلان بالسيف
وفي وجه يرجمان بكرأ كان أو ثيباً ، وبه قال مالك وأحمد «رح» تغليظاً . وفي وجه
يهدم عليه جدار . وفي وجه يرمى من شاهق حتى يموت . وفي شرح الوجيز وأصح القولين
يجلد إن كان من بكر ، ويعزر إن كان محصناً يرجم^(١) (لقوله عليه الصلاة والسلام)
أي لقول النبي ﷺ (اقتلوا الفاعل والمفعول) هذا رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه
من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ وجدتموه
يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول (ويروى فارجموا الأعلى والأسفل) روى
هذا ابن ماجه من حديث أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ الذي يعمل عمل قوم لوط
فارجموا الأعلى والأسفل .

(ولها) أي ولأبي يوسف ومحمد (أنه) أن فعل اللواطة ، وفي بعض النسخ ولها أنها
أي الإتيان في الموضع المكروه من المرأة وعمل قوم لوط (في معنى الزنا ، لأنه قضاء

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل . اه مصححه .

الشهوة في محل مشتته على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد
سفع الماء . وله أنه ليس زنا لاختلاف الصحابة « رض » في موجه
من الإحراق بالنار ،

الشهوة في محل مشتته على سبيل الكمال (وقال الكاكي قوله في معنى الزنا ، أي في المعنى
الذي تعلق به الحد من كل وجه ، حتى أن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما . قوله - لأنه -
أي لأن إتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتته ، إذ المهل إنما يصير مشتته باللين والحرارة ،
وذلك لا يتخلو من القبل والدبر ، بل الإشتهاء والرغبة في الدبر أبلغ ، لأنه لا يتوهم حدوث
الولد ، بخلاف القبل . وقال الأترابي وقيد الكمال احترازاً عن الشبهة ، لأن فرجها
ينفر عنه الطباع السليمة ، فلم تكن تشتته على سبيل الكمال (على وجه) يتعلق بقوله لأنه
قضى الشهوة .. إلى آخره (تمحض حراماً) عن قوله (على وجه القصد سفع الماء (١))
قال الأكل هو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة ، لا بالقياس ، لأن القياس
لا يدخل فيما يدور بالشبهات . وقال تاج الشريعة رحمه الله معنى سفع الماء هنا أبلغ ، لأن
المهل لا يصلح للنسل والحراث ، فيكون أشد تضييعاً للماء ، لأنه بذر وبذر الحب في محل
لا ينبت يكون أشد تضييعاً .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أنه) أي الإتيان في الدبر (ليس بزنا لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم في موجه) أي موجب الإتيان في الدبر (من الإحراق بالنار)
روى الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم فقال حدثني يحيى بن عبد الله بن أبي
فروة عن عبد الله بن أبي بكر بن حزام قاله كتب خالد بن الوليد إلى أبي بكر الصديق
أخبرني أنني أتيت برجل قامت عندي البينة أنه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة ، فدعى أبو
بكر « رض » أصحاب النبي ﷺ واستشارهم فيه ، فقال له عمر رضي الله عنه أحرقه
بالنار ، فإن العرب يأنف أنفاً لا يأنفه أحد غيرهم . وقال غيرهما اجلدوه ، فكتب أبو
بكر إلى خالد بن الوليد أن احرقه بالنار ، فحرقه خالد .

(١) تمحض حراماً لقصد - هامش .

وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا ، لانه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الانساب ، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين

(وهدم الجدار عليهما) وقال الأترابي اختلف الصحابة في حده فقال بعضهم يهدم عليها الجدر . قلت ولم أجد من أخرج هذا عن أحد من الصحابة « رض » (والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار) يعني ينكسان من أعلى المواضع ، ثم يتبعان بالحجارة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر ^(١) عن سعيد بن زيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطى ، قال ينظر أعلى بناء في القرية ويرمى منه منكساً ، ثم يتبع بالحجارة (وغير ذلك) أي وغير ما ذكر من الأشياء المذكورة ، وهو قوله بعضهم يجبان في أثن المواضع حتى يموتا .

(ولا هو) أي الإتيان في الدبر (في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد) بيانه أن الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهراً غالباً ، ثم إذا حصل الولد لا يقوم بحضاته وتربيته لا الزاني ولا الزوج ، لعدم الوثوق بكون الولد منه والأم عاجزة عن الإنفاق عليه ، فيضيع الولد ، وليس هذا في الإتيان في الدبر (واشتباه الأنساب) أي وليس فيه أيضاً اشتباه الأنساب ، لأن اشتباه الأنساب مبني على الدعوى ، وهذا المعنى مقصود في اللوطة .

(وكذا هو أندر وقوعاً) أي كذا فعل اللوطة ، وقد روي وقوعاً (لانعدام الداعي من أحد الجانبين) وهو جانب المفعول (والداعي إلى الزنا من الجانبين) وجانب الفاعل وجانب المفعول ، فلم يكن اللوطة في معنى الزنا ، فلا يثبت حكمه فيها قياساً .

(١) هكذا الاسم في الأصل .

وما رواه محمول على السياسة أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده
لما بيناه . ومن وطء بهيمة فلا حد عليه ، لأنه ليس في معنى
الزنا في كونه جنائية ، وفي وجود الداعي ، لأن الطبع السليم ينفر
عنه . والحامل عليه نهاية السفه وإفراط الشبق ، ولهذا
لا يجب ستره ،

(وما رواه) أي الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول
(محمول على السياسة ، أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده) أي عند أبي حنيفة يعزر
اللواطي ، وإن كان لا يحد ، وهذا استثناء من قوله ليس بزنا ، ولا هو في معنى الزنا
(لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر (ومن وطء بهيمة فلا حد
عليه) وبه قال زفر ومالك وعثمان رضي الله عنهم عن النبي ﷺ ، وروي عن ابن عمر
رضي الله عنهما مثله ، وبه قال الشافعي في قول واحد « رح » في رواية ، وفي قول الشافعي
« رح » يحد كالزنا ، وبه قال في رواية . وفي قول يقتل رجماً ، بكرأ كان أو ثيباً ، كما
روي عن عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه
واقتلوا البهيمة .

(لأنه) أي لأن وطء البهيمة (ليس في معنى الزنا في كونه جنائية) لأنه ناقص (وفي
وجود الداعي) أي ولا في وجود الداعي (لأن الطبع السليم ينفر عنه) أي عن وطء
البهيمة (والحامل عليه) أي على وطء البهيمة (نهاية السفه) لأن العاقل لا يفعل هذا
المبنى وساعه (أو فرط السبق ^(١)) بفتح السين المهملة ، والباء الموحدة وهو شدة الغلة
(ولهذا) أي ولأجل نفرة الطبع السليم (لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمة ، وإنما
أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره ذكر البهيمة ملازمة ، كذا قاله الأكمل . قلت
دعوى الاستلزام غير موجه ، نعم يفهم ذلك عن ذكر البهيمة ، ولو كان الطبع
داعياً عليه لوجب ستر ذلك الموضع ، كما في القبل والدبر ، والإبلاج فيه كالإبلاج
في الكوز ، ولهذا لا يجب الفسل ، ولا ينقض الطهارة بنفس الإبلاج بدون

(١) الشبق - هامش .

إلا أنه يعزر لما بيناه . والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق ،
فذلك لقطع التحدث به ، وليس بواجب

الإنزال ، فلا يكون في معنى الزنا (إلا أنه يعزر لما بينا) يعني قوله ارتكب جريمة ،
وليس فيها حد .

(والذي يروى) أي والحديث الذي يروى (أنه تذبح البهيمة وتحرق) بهذا
اللفظ غريب ، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول
الله ﷺ من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا (فذلك لقطع التحدث به) أراد به أن الأم
تقبله ، وقتل البهيمة لأجل قطع حذب الناس بعداً ، لأن الناس إذا ردوا البهيمة ربما
يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها ، فلا يتقرب به فلان ويتضرر ويقعون أيضاً في
الغيبة ، فلأجل ذلك تقتل البهيمة ، فكيف لتحدث الناس على أنا نقول أن الحديث شاذ
ضعيف ، ضعفه البخاري ويحيى بن معين وأبو داود مع أن بارد بن ^(١) روى عن ابن عباس
أنه قال لا حد من أتى بهيمة .

وكذلك روى الثقات عن ابن عباس وإن ثبت قوله في حق المستحل لتأويل قوله
عليه السلام من أتى امرأته الحائض أو امرأته في غير ما أتاها ، فقد كفر بما أنزل على
محمد . وقيل إنما قال ذلك في فاعل اعتاد بذلك قتل سياسة عندنا ، ألا ترى أنه أمر
بالقتل المطلق ، ولم يفرق بين المحض وغيره ، ولو كان بمنزلة النساء يفرق بينه وبين
المحض وغيره .

(وليس بواجب) أي الآخر وليس بواجب . وقال شمس الأئمة السرخسي الإحراق
جائز وليس بواجب ، فإن كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح ، ويؤكل لا يحرق بالنار على
قول أبي يوسف . وقال أبو يوسف يحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة إن كانت لعنائه ،
ولأنها قتلت لأجله كيلا يعتبر . وقال الطحاوي وإن أتى بهيمة وجب التعزير ، ولا يحد
الحد . وإن كانت البهيمة ذبحت ولا تؤكل ، قال الإمام الأسيباني في شرح الطحاوي

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص واضح ، اه مصححه .

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا فلا يقام عليه الحد ، وعند الشافعي «رح» يحد ، لانه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب ، ولأن المقصود هو الإنزجار

ليس هذا من أصحابنا في كتبهم ، فأما محمد «رح» روى عن عمر أنه لم يحد واطيء البهيمة ، وأمر بالبهيمة حتى أحرقت بالنار . وقال بعض أصحاب الشافعي تقتل ولا تحرق ، ويضمن الفاعل إن كانت بغيره . وقال بعض أصحابه لا تقتل ، وفرق بعض أصحابنا فقال إن كانت مما يؤكل لا يذبح ، وإن كانت مما لا يؤكل يذبح . وفي أكلها وجهان ، أحدهما لا يحد ويضمن بغيره .

(ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ، ثم خرج الينا ، فلا يقام عليه الحد) يعني إذا خرج وأقر عند القاضي (وعند الشافعي «رح» يحد) وبه قال مالك «رح» وأحمد «رح» (لأنه التزم بإسلامه أحكامه) أى أحكام الإسلام (أينما كان مقامه) بضم اليمين ، أي ثبت موضع إقامته الضمير يرجع إلى من في ومن زنى .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا يقام الحدود في دار الحرب) هذا الحديث غريب ، وأخرج البيهقي عن الشافعي «رح» قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالمدو ، والمراسيل عندها حجة كالمسند . وقال الكاكي في شرح الصاعدي روى محمد «رح» في السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حداً ثم هرب وخرج الينا فإنه لا يقام عليه الحد ، ثم قال وجه التمسك بحديث الكتاب أنه عليه السلام حقق عدم الإقامة لانقطاع ولاية الإمام عنها ، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد . فإن قيل الحديث يعارض بقوله تعالى ﴿ فاجلدوا ﴾ قلنا خص منه مواضع الشبهة بالإجماع ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد .

(ولأن المقصود) أي من إقامة الحد (هو الإنزجار) وذا لا يحصل بنفس الوجوب ،

وولاية الإمام منقطعة فيهما، فيعني الوجوب عن الفائدة، ولا يقام بعدما خرج ، لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ، ولو عزی من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت يده ، بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم يفوض اليهما الإقامة . وإذا دخل الحربي في دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحرية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة «رح» ، ولا يحد الحربي والحربية ، وهو قول محمد «رح» في الذمي يعني إذا زنى

بل الاستيفاء . ولا يمكن استيفاؤه ثم لعدم ولاية الامام ، فامتنع الوجوب لعدم فائدته ، وهو الاستيفاء ، أشار اليه المصنف بقوله (وولاية الامام منقطعة فيهما) أي في دار الحرب ودار النبي كذلك (فيعمرى الوجوب عن الفائدة) وهو الاستيفاء (ولا يقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة) أي لأن هذه الفعلة أو الزنية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد (فلا تنقلب موجبة) بعد الخروج اليها ، فلا يحد .

(ولو عزی من له ولاية الإقامة) أي إقامة الحدود (بنفسه) أي باختصاصه بذلك (كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت يده) أي لأن من زنى في معسكر من له الولاية يختاره (بخلاف أمير العسكر) لأنه لم يفرض له ولاية إقامة الحدود (والسرية) أي بخلاف أمير السرية وهم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار ، ومنه خبر سرايا أربعمائة (لأنه لم يفوض اليهما الإقامة) أي لم يفرض إلى أمير العسكر وأمير السرية إقامة الحدود .

(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو ذمي بحرية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يحد الحربي والحربية) ويقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد رحمة الله عليهما في حد الزنا والذمية . وقال مالك رحمه الله لا يحدان ولا يحد الحربي والحربية . وقال الشافعي رحمه الله (وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني إذا زنى

بحرية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة «رح» قول أبي يوسف أولاً^(١) . وقال أبو يوسف «رح» يحدون كلهم ، وهو قوله الآخر لأبي يوسف «رح» أن المستأمن التزم أحكامنا مدة عمره في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً ، بخلاف حد الشرب ، لأنه يعتقد إباحتها . ولها أنه ما دخل دارنا

بحرية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله ، وهو قول أبي يوسف أولاً . وقال أبو يوسف (آخرأ) يحدون كلهم (وبه قال الشافعي وزفر) وهو قوله الآخر لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة إقامته^(٢) في دارنا في المعاملات ، كما أن للذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا) أي ولأجل التزامه أحكامنا مدة إقامته (يحد حد القذف) إذا قذف مسلماً (ويقتل قصاصاً) إذا قتل ويمنع من الزبوا^(٣) وشر العهد للسلم والمصحف ، ويحجر على بيئها بعد الشراء كما يحجر الذمي بخلاف حد الشرب جواب عما يقال لو كان كذلك لا يقيم عليه حد الشرب ، لأنه من أحكامنا ، أجاب بقوله :

(بخلاف حد الشرب) يعني حد الشرب ليس كذلك (لأنه يعتقد إباحتها) فإن قلت فهو يعتقد إباحتها قتل المسلم وقذفه ، فينبغي أن لا يقتص منه ، ولا يحد لقذفه . قلت المعنى باعتقاد الإباحتة وهو أن يكون قتل النفس والقذف حرام عندهم في دينهم ، فأما حقم ذلك ليس بدين ، وإنما هو هوى وتعصب^(٤) .

(ولها) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أنه) أي المستأمن (ما دخل دارنا

(١) هكذا في الأصل ، وهو غير الموجود في الشرح . اهـ مصححه .

(٢) مقامه - هامش .

(٣) هكذا الكلمة في الأصل .

(٤) هكذا سياق الجملة في الأصل .

للقرار بل لحاجته كالتجارة ونحوها ، فلم يصر من أهل دارنا ،
ولهذا تمكن من الرجوع إلى دار الحرب ، ولا يقتل المسلم ولا
الذمي به ، فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ،
وهو حقوق العباد ، لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنصاف
والقصاص ، وحد القذف من حقوقهم . أما حد الزنا حق الشرع ،

ولمحمد « رح »

للقرار ، بل لحاجته كالتجارة ونحوها (مثل زيارة أقرباه أو لأجل الطيب لأجل هومنه ،
فإذا كان كذلك (فلم يصر من أهل ديارنا ، ولهذا) أي ولأجل عدم كونه من أهل دارنا
(تمكن) أي الحربي المستأمن (من الرجوع إلى دار الحرب) إذا عزم على الخروج من
دار الاسلام على الدخول في دار الحرب (ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) أي بسببه إذا
قتل مسلم أو ذمي ، والذمي إذا قتله مسلم يقتص به عندنا ، فعلم أن الحربي لم يكن كالذمي
(فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لأنه) أي لأن
الحربي المستأمن (لما طمع في الانصاف) المسلمين ، أي طمع في العدل لأجله على غيره
(يلتزم الانصاف) أي قبل العدل لغيره عليه ، يقال انتصف الرجل إنصافاً إذا
أعطى (١) الحق ، وتناصف القوم إذا تماطوا بالحق بينهم (والقصاص وحد القذف من
حقوقهم) أي من حقوق العباد .

(وأما حد الزنا محض حق الشرع) فلم يلتزمه فلا يلزمه ، ولما فرغ عن الجواب عن
قول أبي يوسف من جهة أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » شرع في بيان إثبات ما لكل
منها فيما ذهب إليه فقال (ولمحمد) يعني في الفرق من المسلم أو الذمي إذا زنى بجارية
مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل ، وبين المسئلة أو الذمية إذا زنت بجربي حيث
لا يجب عنده عليها .

(١) في الأصل - أعطيف - وربما الصحيح ما ذكرناه ، اه مصححه .

وهو الفرق أن الاصل في باب الزنا فعل الرجل ، ، والمرأة تابعة له على ما ذكره إن شاء الله تعالى ، فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع ، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل ، نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون . ولأبي حنيفة «رح» فيه إن فعل الحربي المستأنم زنا ، لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا ، والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها ،

بيانه ما قال بقوله (وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل ، والمرأة تابعة له) لكونها محلا (على ما ذكره إن شاء الله تعالى) أي في مسألة زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة (فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع) لأن الحد إنما يجب عليهما بالتمكين من فعل موجب للحد فيما مكنت من فعل موجب للحد ، فلا تحد .

(أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل) وإلا ما كان مستتباً فكان أصلاً ، والغرض أنه تبع ، وذلك خلاف باطل (نظيره) أي نظير هذا (إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فإنه يحد البالغ دونها ، لأن الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكين البالغة) أي ونظيره أيضاً تمكين البالغة نفسها (من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليها ، لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع .

(ولأبي حنيفة «رح» فيه أن فعل الحربي المستأنم زنا لأنه مخاطب بالحرمان) كحرمان الكفر والزنا وإن لم يكن مخاطباً ، فإذا ما يحتمل السقوط من العبادات (على ما هو الصحيح) احتراز به عن قول بعض مشايخنا المراقبين ، فإنهم قالوا بوجوب الأداء (وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول مشايخ ديارنا ، أي ديار المصنف (والتمكين) أي تمكين المرأة نفسها منه (من فعل هو زنا موجب للحد عليها)

بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان ، ونظير هذا الإختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده ، وعند محمد «رح» ، لا تحد . قال وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته ، فلا حد عليه ولا عليها . وقال زفر «رح» ، والشافعي «رح» ، يجب الحد عليها ، وهو رواية عن أبي يوسف «رح» . وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع .

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، فيجب الحد عليها لوجوب المقضى وانتفاء المانع .

(بخلاف الصبي والمجنون ، لأنها لا يخاطبان) هذا جواب عن شبهة محمد «رح» على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبعية . ووجه ذلك أن هذا ليس ينظر ما نحن فيه ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان ، فلا يكون فعلها ، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا ، فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعل الزنا ، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد .

(ونظير هذا) أي نظير هذا (الإختلاف) الواقع بين أبي حنيفة ومحمد «رح» (إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد (وعند محمد «رح» لا تحد) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته) أي طاوعت الصبي أو المجنون (فلا حد عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها) أي على المرأة المطاوعة (وهو) أي قول زفر والشافعي «رح» (رواية عن أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد «رح» لأنها زانية حقيقة .

(وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع) إنما قيد بقوله يجامع مثلها ، لأنها إذا لم يكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد ،

ولها أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبها ،
فكذا العذر من جانبها وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل
الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ، ولهذا يسمى هو واطناً
وزانياً ، والمرأة موطوءة ومر بيانها

لأنه كإتيان البهيمة ، لأن الطباع السليمة لا ترغب في مثلها ، ألا ترى إلى ما قاله صاحب
الأجناس في كتاب الصوم . ولو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا يحتمل
الوطء للسرها لا كفارة عليه ، ولا يفطر إذا لم يترك ، وهو كإبلاج البهيمة ، ونقل أيضاً
صاحب الأجناس عن نوادر ابن رستم . قال أبو حنيفة إذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة
لا يجمع مثلها فأفضاها وأفسد بها لا يحرم عليه ابنها ، لأن هذه ممن لا تجماع . وقال
أبو يوسف أكره له البنت والأم . وقال محمد النثرية أحب إلي ، ولكن لا أفرق
بينه وبين أمها .

(لها) أي لزفر والشافعي (أن العذر من جانبها) كما في صورة الإجماع بأن كانت
مجنونة أو صبية أو نائمة أو مكروهة (لا توجب سقوط الحد من جانبها) أي من جانب
الرجل بالاتفاق (فكذا العذر من جانبها) بأن كان صبياً أو مجنوناً ، والجامع كون كل
واحد منهما مؤاخذ لفعله ، وهو معنى قوله (وهذا لأن كل ^(١) واحد منهما) أي من الرجل
والمرأة أو من الذكر والأنثى (مؤاخذ بفعله) أي لا يفعل صاحبه .

(ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه) أي من الرجل لوجوده منه حقيقة
(وإنما هي) أي المرأة (محل الفعل) أي فعل الزنا (ولهذا) توضيح لكون
الفعل حقيقة من الرجل ، أي ولأجل ذلك (يسمى هو واطناً وزانياً) على صورة
اسم الفاعل (والمرأة) شر ، ويسمى المرأة . وأوجب على الزانية الحد .
وتقرير الجواب أن الله تعالى جعلها المرأة سماها (موطوءة ومر بيانها ،

(١) وهذا لأن كل منهما - هامش .

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين ، فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا ، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ، ومؤثم على مباشرته . وفعل الصبي ليس بهذه الصفة ، فلا يناط به الحد .

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية (في قوله تعالى ﴿ في عيشة راضية ﴾ ٢١ الحاقة ، باسم المرضية ، وهذا أحد التأويلين والتأويل الآخر بمعنى ذات رضى ، وكما في قوله تعالى (١) بمعنى فرق .

(أو لكونها) عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل ، أي ولكون المرأة (مسببة) أي صاحبة سبب (بالتمكين) أي بسبب التمكين (فيتعلق الحد) مبتدأ (في حقها) في حق المرأة (بالتمكين) أي سبب التمكين (من قبيح الزنا) خبر المبتدأ ، والإضافة فيه مثل الإضافة في حرف تصنيفه (وهو) أي الزنا (فعل من هو مخاطب بالكف عنه) أي عن الزنا (ومؤثم) بكسر الثاء المثناة من التأثيم أي الزنا (على مباشرته) أي بفعله (وفعل الصبي ليس بهذه الصفة) لأن الصبي ليس مخاطب بالكف عن الزنا ، وليس يؤثم أيضاً إذا باشر وطء الأجنبية ، لأن القلم مرفوع عنه ، وكذا فعل الخمر ، فإذا كان كذلك (فلا يناط به) فلا يتعلق به (الحد) .

إن قيل لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون بالزنا بمطاوعته ينبغي أن يجب عليهما العقر ، لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد الأمرين ، إما العقر ، وإما الحد ، والعقر هو مهر المثل . ولهذا لو زنى الصبي بصبية أو مكروهة يجب عليه المهر ، وها هنا لم يجب ذكره في الذخيرة ، فما الفرق . قلنا لا فائدة في إيجاب المهر عليه ، لأن لواجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك ، لأنها لما طاعت صارت امرأة لها بالزنا معها ، وقد لحقه بذلك عزم ، وصح الأمر من المرأة ، لأن لها ولاية على نفسها ، فلا يفيد

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة «رح» يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر «رح» ، لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية ، ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجء قائم ظاهراً ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ، لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً ، كما في النائم فأورث شبهة . وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا لا يحد ،

الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية ، فإن المكرهة ليست بامرأة ، والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها ، فكانت بمنزلة المكرهة .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة «رح» يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر) وبه قال للشافعي «رح» في قول وأحمد (لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية) أي علانيتها ، وعلانية الإختيار أيضاً فافترق بالإكراه ما ينافيه ، فانتفى الإكراه ، يقال طاع يطوع طوعاً وطواعية مثل أطاع بطيع إطاعة ، إلا أنهم يقولون طاع له ، ولا يقولون طاعته كما يقولون إطاعة ، وفلان طوع يدك أي منقاد لك (ثم رجع عنه ، وقال لا حد عليه ، لأن سببه الملجء قائم ظاهراً ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد) أي انتشار الآلة (لأن الانتشار قد يكون طبعاً) أي من حيث طبع الرجل (لا طوعاً) أي من حيث الطوع (كما في النائم) فإن النائم قد تنتشر آلته لفرط فحولته وإن لم يكن قصده واختار (فأورث شبهة) فاندراً الحد ، وبه قال زفر والشافعي «رح» في قول ، ولكنه يعزر وهو قولهما .

(وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) وبه قال زفر والشافعي «رح» في قول وأحمد (وقالوا) أي وقال أبو يوسف ومحمد «رح» (لا يحد) وغير السلطان مثل

لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر
خوف الهلاك ، وأنه يتحقق من غيره . وله أن الإكراه من غيره
لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين
وتمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له ، فلا يسقط به الحد ،
بخلاف السلطان ، لأنه يمكنه الإستعانة

السلطان عندهما ، يعني لا يجد سواء أكرمه السلطان أو غيره . (لأن الإكراه عندهما قد
تحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر) أي في الحكم (خوف الهلاك ، فيتحقق من غيره)
أي من غير السلطان ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(وله أنه إكراه من غيره) أي ولأبي حنيفة « رح » أن الإكراه من غير السلطان
(لا يدوم إلا نادراً لتمكنه) أي لتمكن المكره (من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة
المسلمين وتمكنه دفعه) وتمكنه بالجر عطفاً على قوله لتمكنه بقوله ، وقوله دفعه بالنصب
مفعول المصدر ، أي دفع غير السلطان . وحاصله أن المكره يتمكن من دفع الإكراه إذا
وقع من غير السلطان بالسلطان أو بجماعة المسلمين أو بنفسه باستعمال السلاح . قلت فيه
نظر فإنه لا يتمكن بشيء من ذلك في هذا الزمان . أما السلطان فإنه لا يصل إليه كل
واحد ، لا سيما إذا كان المكره بالمكره بكسر من غلبة السلطان . وأما جماعة المسلمين
فإنهم ليس لهم غيرة الإسلام في هذا الزمان كما ينبغي . وأما دفع المكره الإكراه
(بنفسه بالسلاح) أو بغيره ، فيعد حداً ، ولا سيما إذا كان الإكراه من ولاية الشرطة
أو من العمال الكمال الظلمة الخونة .

ولأجل هذا ذكر في الكافي أن هذا الإختلاف عصر وزمان لا إختلاف حجة وبرهان ،
فالسلطان كان في زمنه قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر أحداً على إكراه غيره ، وفي زماننا
ظهرت القوة لكل متغلب ، فيتحقق الإكراه من غير السلطان فما فقه كل منهما بما
عان ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب لا يفقه بقولها .

(والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه لا يمكنه الاستعانة

بغيره ، ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا . ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة . وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك ، لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة ، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع .

بغيره) أي بغير السلطان (ولا الخروج) أي ولا يمكنه الخروج (بالسلاح عليه فافترقا) .

قال محمد في الجامع الصغير (ومن أقر أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة ، وقالت هي تزوجني أو أقرت) أي المرأة (بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه) ولا عليها ، كذا في الكافي . وفي بعض النسخ عليهما كذا ضبطه الأتزازي ، وفي نسخة شيخنا علاء الدين السراي رحمة الله تعالى عليه وكتب في الحاشية ولا عليها ، وإنما قيد بقوله أربع مرات في مجالس مختلفة ، لأنه إذا أقر أربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة (وعليه المهر في ذلك) لأنه لما سقط الحد وجب المهر بأنه لخطر المحل ، لكن هذا فيما إذا كان دعوى النكاح قبل أن يحد المقر ، فإذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها ، لأن الحد لا ينقض بعد الإقامة .

فان قلت كيف يجب المهر إذا أقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي ماقرارطالبتة نافية المهر^(١) قلت نعم إن الأمر كذلك ، لكن الحد سقط عنها بشبهة ثابتة شبهة من دعوى النكاح ، فبعد سقوط الحد لم يلتفت إلى إقراره بالزنا فوجب المقر ، وهو مهر المثل إبانة لخطر المحل .

(لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين) أي النكاح يقوم بطرفي الرجل والمرأة (فأورث شبهة) أي قولها تزوجني أو قوله تزوجتها أورث شبهة في سقوط الحد عن المدعي (فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع) وهو المحل ، لأن المهر

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل . اه مصححه .

ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه فقتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنائتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف «رح» لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة ؛ فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها ، وهو على هذا الإختلاف

يجب حقاً لله تعالى في النكاح ، ولهذا يجب في المفوضة ، وهنا لما سقط الحد عنها ثبتت في حقها بشبهة النكاح فلا ينفي المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح .

(ومن زنى بجارية فقتلها ، فإنه يحد ويجب عليه القيمة) وإنما وضع المسألة في الجارية ، وإن كان الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت لأن المرة والاية (١) فإنه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد والدية ، لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد إنما يرد في حق الأمة ، لأن في حق الحرة لا تصير ملكاً للزاني عند أداء الدية ، والأمة تصير ملكاً كيلا يجتمع البذل والمبدل في ملك رجل والحد (معناه) أي معنى قول محمد «رح» (فقتلها بفعل الزنا) وإنما هو قول محمد «رح» ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير ، قال الأترابي «رح» ولم يذكر فيه الخلاف ، ولكن ذكر أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة . وفي قول أبي يوسف له حد عليه ، ولو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق ، وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا قول فيه لمحمد (لأنه جنى جنائتين) وهما الزنا والقتل (فيوفر على كل واحدة منها) أي من الجانبين (حكمها) أي حكم الجارية ، يعني تؤاخذ بموجب كل واحدة منها فيحد للزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ، ولا منافاة بينها فيجتمعان ، فلا يكون ضمان القيمة مانعاً عن وجوب الحد ، لأنه ضمان الدم .

(وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة) فلا يملكها قبيل إقامة الحد سقط الحد (فصار) أي حكم هذا (كما إذا اشتراها) أي الأمة (بعدما زنى بها) قبيل إقامة الحد (وهو على هذا الخلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا قبل

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

واعترض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك
المسروق قبل القطع . ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك ، لأنه
ضمان دم . ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق
لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت ، والملك يثبت مستنداً ،
فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة ، وهذا

إقامة الحد على هذا الخلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ، وكأنه رد
المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية ،
بخلاف ما نحن فيه .

(واعترض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه) أي سقوط الحد (كما إذا
ملك المسروق قبل القطع) أي كما إذا ملك المسروق منه قبل قطع يد السارق سقط القطع .
(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه ضمان قتل) أي أن هذا الضمان ضمان قتل ،
ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين (فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم) والدم مما لا يمكنه
ويمكن أي يقرر هكذا ، لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والملك والميت ليس
بمحل للملك (ولو كان يوجبه) أي ولو كان ضمان للقتل يوجب الملك (فإنما يوجبه في العين
كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت) تقريره لو كان هذا الضمان يوجب
الملك لا يوجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي أعراض استوفيت ،
فانعدمت وثلاثة .

(والملك يثبت مستنداً) إلا أن الملك الثابت في بيان العدوان يثبت بطريق الاستناد ،
والاستناد يظهر في القائم لا في الغائب ، وهو معنى قوله (فلا يظهر في المستوفى) بفتح
الفاء (لكونها) قال الأتراسي والضمير راجع إلى المستوفى على تأويل منفعة البضع ، أي
لا يظهر الملك في منافع المستوفاة ، لأنها انعدمت ، والأوجه أن يكون أربع (معدومة)
فاذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة ، فلم يسقط الحد (وهذا) أي هذا

بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد ،
 لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء ، وهي عين ، فأورثت شبهة .
 قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا
 القصاص ، فإنه يؤخذ به وبالأموال ، لان الحدود حق الله تعالى ،
 وإقامته اليه لا إلى غيره ، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لانه لا يفيد ،
 بخلاف حقوق العباد ، لانه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه

الذي قلنا (بخلاف ما إذا زنى بها) أي بالجارية (فأذهب عينها) حيث (يجب عليه
 قيمتها) أي قيمة العين ، وهو نصف قيمة الجارية (ويسقط الحد ، لأن الملك هناك يثبت
 في الجثة العمياء وهي عين) لا عوض ، فجاز أن يثبت الملك فيها بطريق الاسناد (فأورثت
 شبهة) في سقوط الحد ، وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية أصلاً ، لأن
 ذلك الضمان ضمان دم ، ولم يثبت في المنافع أيضاً ، لأنها معدومة يسقط الحد
 لفقدان الشبهة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وكل شيء صنعه الامام) فان كذب
 إنساناً أو زنى أو شرب الخمر ، والمراد من الامام الخليفة ، قاله أبو الليث ، وفسره بقوله
 (الذي ليس فوقه إمام) ولا شك أن الخليفة ليس فوقه إمام (فلا حد عليه إلا القصاص ،
 فانه يؤخذ به) أي ويؤخذ أيضاً (وبالأموال ، لأن الحدود حق الله ، وإقامته) أي
 إقامة الحدود (اليه) أي إلى الامام (ولا إلى غيره) أي ليس غير الامام إقامة الحدود .
 (ولا يمكنه) أي ولا يمكن الامام (أن يقيم) أن يقيم حق الله تعالى (على نفسه ، لأنه لا يفيد)
 الوجوب الموجوب فائدته ، لأنه لا يقع مؤثماً ، فلا يقع زاجراً ، والمقصود من الزاجر
 الحد ، فلا بد أن يكون الزاجر غير المزجور ، ولا يقدر القاضي أن يقضي عليه ، لأنه
 هو الذي ولاه القضاء يسقط حق الله تعالى في الدنيا .

(بخلاف حقوق العباد ، لأنه يستوفيه) أي يستوفي الحق (ولي الحق) أي صاحب
 الحق ، واختار لفظ الولي ليتناول الوصي والوكيل (أما بتمكينه) أي بتمكين الامام

أوبالاستعانة بمنعه المسلمين والقصاص والاموال منها . وأما حد
القذف قالوا المقلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي
هي حق الله تعالى .

إياه في أخذ حقه (أو بالاستعانة بمنعه المسلمين) أي يقوتهم ، يقال فلان في عز ومنعة
يمنعه ، أي تمنع على من قصده من الأعداء (والقصاص والأموال منها) أي من حقوق
العباد ، فالامام وغيره فيها سواء ، لأنه يمكن استيفاء القصاص والمال بمنعه المسلمين ، كذا
قالوا وفيه تأمل .

(وأما حد القذف قالوا) أي قال علماءنا (المقلب فيه حق الشرع) على ما يجيء في
بابه إن شاء الله تعالى (فحكمه) أي فحكم حد القذف (كحكم سائر الحدود التي هي حق
الله تعالى) يعني لا يؤاخذ به الامام وتقابل أن يقول لو كان المقلب فيه حق الشرع لوجب
أن لا يحد المستأمن إذا قذف ، كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد ، لأنه حق العبد . والجواب
أن قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة ، فيستعمل بكل منهما بحسب ما يليق به ،
وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لامكان الانتفاء وما يليق بالامام أن يكون حق
الله تعالى ، لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه والله أعلم .

* * *

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال وإذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة . وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، وضمن السرقة . والأصل أن الحدود الخالصة حقاً

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

أي هذا باب في بيان أحكام الشهادة على الزنا ، وسيأتي حكم الرجوع عن الشهادة قد مر أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الإقرار والشهادة ، وآخر الشهادة ما هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندر ، حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة إذ رؤيته أربع رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحل ، كما في الكلاب في غير غاية القدرة .

(قال) أي القدوري (وإذا شهد الشهود بحد متقدم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة) هذا لفظ القدوري في مختصره ، ثم ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير بقوله (وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، ويضمن السرقة) لاشتماله على زيادة إيضاح على تعديده ما يوجب الحد صريحاً من السرقة وشرب الخمر والزنا ، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ وقدر ستة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة .

(والأصل) يحمل في هذا الباب (أن الحدود الخالصة حقاً) أي خلوصاً حقاً كائناً

الله تعالى تبطل بالتقادم ، خلافاً للشافعي «رح» وهو يعتبرها بحق
العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين . ولنا أن الشاهد مخير بين
الحسبتين من أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر
فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته ،

(الله تعالى) السرقة و حد الزنا و حد شرب الخمر (تبطل بالتقادم ، خلافاً للشافعي) حيث
يقول لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم ، وبه قال مالك وأحمد «رح» . وعن أحمد مثل
قولنا . وقال ابن أبي ليلى الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم . وعن أبي حنيفة وأبي
يوسف الاقرار لا يبطل بالتقادم إلا الاقرار بشرب الخمر ، فإنه يبطل بالتقادم . وقال زفر
التقادم يمنع الاقرار بالحدود اعتباراً لحجة الاقرار بحجة البينة .

(وهو) أي الشافعي (يعتبرها) أي يعتبر الشهادة (بحق العباد) حيث لا يمنع
التقادم في حقوق العباد (وبالاقرار) أي ويعتبرها بالاقرار (الذي هو أحد الحجتين)
وهما البينة والاقرار .

(ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين) تثنية حسبة ، بكسر الحاء وسكون السين
المهملتين . قال في الجمل الحسبة احتسابك الأجر عند الله تعالى . وقال الكاكي بين حسبتين ،
أي أجرين مطلوبين ، يقال أحسب بكذا أجراً ، والاسم الحسبة ، والجمع الحسب ، إذ
الشهادة والستر . قال الأترابي كلاهما بالجر على أنها بدلان من حسبتين . قلت الرفع فيها
أحسن على أن كل واحد منها خبر لمبتدأ محذوف تقديره أحدهما (من أداء الشهادة)
والآخر (والستر) أما الشهادة فلقوله تعالى ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ ٢ الطلاق ، وأما
الستر فلما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا
والآخرة ، ثم أن الشاهد إذا لم يشهد في أول الأمر يحمل أمره على الصلاح ، بأن يقول إنه
اختار الستر المندوب ولا الحد ، ثم بعد ذلك :

(فالتأخير) أي تأخير الشهادة (إن كان لاختيار الستر فالإقدام) أي إقدامه (على
الأداء بعد ذلك لضغينة) بالمعجمتين ، وهو الحقد (هيجته) أي بعينه من هيجت

أو لعداوة حركته ، فيتهم فيها ، وإن كان التأخير فيهما لا للستر بصير فاسقاً آثماً ، فيتيقن بالمانع ، بخلاف الإقرار ، لأن الإنسان لا يعادي نفسه ، فحد الزنا وشرب الخمر والسرقه خالص حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه شرط ، فيحتمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة ،

ما هيبت الناقه فانبعث (أو لعداوة حركته فيتهم فيها) أي في الشهادة ، فلم يقبل (وإن كان التأخير فيها) أي في الشهادة (لا للستر) أي لأجل الستر عليه (بصير فاسقاً آثماً) لأن تأخير الحد ، فإذا كان كذلك (فيتيقن بالمانع) من القبوله ، فلا تقبل ، ألا ترى لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فأخر الشاهد بلا عذر ثم ادعى لا يقبل لترك الأداء مع الإمكان .

(بخلاف الإقرار) حيث لا يبطل بالتقادم (لأن الانسان لا يعادي نفسه) فتنعدم التهمة (فحد الزنا وشرب الخمر والسرقه خالصه حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا) أي ولأجل كونه حد القذف فيه حق العبد (لا يصح الرجوع بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه) أي في حق العبد (شرط فيحتمل تأخيرهم) أي تأخير الشهود والشهادة (على انعدام الدعوى ، فلا يوجب) أي بأجرتها وتم نفسهم ، أي تأخير شراؤهم (تفسيقهم) لعدم الموجب .

(بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ، ومع ذلك تمنع التقادم ، فيعلم أن القبول بعد التقادم في حقوق العباد لم يكن إلا بشرط

لأن الدعوى ليست بشرط للحد ، لأنه حق خالص حق الله تعالى على ما مر ، وإنما شرطت للمال ، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقاً لله ، فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ، ولأن السرقة تقام على الاستسراء على غرة عن المالك ، فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتان يصير فاسقاً
آثماً ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع

الدعوى ، فأجاب أولاً بالمنع بقوله (لأن الدعوى فيه) أى في حد السرقة (ليست بشرط للحد) أى لاقامة الحد (لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر) من قوله فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى .

(وإنما شرطت) أى الدعوى وتذكير الفعل على تأويل الادعاء (للمال) أى لأجل المال ، فلما لم تكن الدعوى شرطاً للحد كان تأخير الشهادة مانعاً يقومها ، لأنه وقع بلا عذر (ولأن الحكم) جواب آخر (يدار على كون الحد حقاً لله تعالى) تقديره أن معنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى ثمة هو الصفة والعداوة ، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه ، فيدار مدار الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى ، سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا ، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفرادها (فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد) من أفراد الحد . حاصله صورة التقادم قائمة مقام التهمة ، سواء وجدت التهمة أو لا ، كما في السفر ، وقد ذكرناه .

(ولأن السرقة) جواب آخر ، وتقديره أن السرقة (تقام على الاستسراء) لأنها توجد في ظلم الليالي غالباً (وعلى غرة) أي غفلة (عن المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد إعلامه) بشهادته (وبالكتان يصير فاسقاً آثماً) فرد شهادته ، بخلاف حد القذف ، فإن القذف يكون في النهار الشهادة غالباً ، فيعرف المقذوف الشاهد ويراه ، فإذا لم يعلمه لا يصير فاسقاً .

(ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء) أى في ابتداء الأمر بلا خلاف (يمنع

الإقامة بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر «رح» حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ، واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوي «رح» . وأبو حنيفة «رح» لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر . وعن محمد «رح» أنه قدره بشهر ، لأن ما دونه

الإقامة) أى إقامة الحد (بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر) فقيده لا يمنع وأوضح ذلك بقوله (حتى لو هرب) أى الزاني (بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء في باب الحدود) كان الامضاء تنمة للقضاء ، ولهذا كان تفويضاً إلى الامام ، وهذا لأن القضاء إما أن يكون الاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء ، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى البيانية بحقيقة الاستيفاء ، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء .

(واختلفوا) أى العلماء (في حد التقادم ، وأشار) أى محمد (في الجامع الصغير إلى ستة أشهر . فإنه قال بعد حين) والحين ستة أشهر . وقال فخر الاسلام لم يرد به الأمر اللازم (وهكذا أشار الطحاوي) أى إلى ستة أشهر ، لأن اسم الحين عند الاطلاق ينصرف إلى ستة أشهر ، كما في مسألة لا أكلمه حيناً .

(وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) أى في حد التقادم لم يقدر شيئاً . لأن نصب التقادير بالرأى متعذر ، لأن العقل لا امتداه له في ذلك (وفوضه) أى فوض أبو حنيفة «رح» حد التقادم (إلى رأى القاضي في كل عصر) لما أن التقادم يختلف بالأحوال والأعصار ، فيفوض إلى رأى القاضي كل عصر .
(وعن محمد «رح» أنه قدره) أى التقادم (بشهر ، لأن ما دونه) أى ما دون

عاجل ، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» وهو الأصح ، وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم إلا أن المانع بعدهم عن الإمام فلا يتحقق التهمة والتقدم في حد الشرب كذلك عند محمد «رح» ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحسد ،

الشهر (عاجل) قال الأتراسي «رح» أنه أدنى المجال شرعاً ، بدليل أن من حلف ليقتضي حق فلان عاجلاً يقع عليه ذلك ما دون الشهر . وقال الكاكي وما وجدت هذه الرواية في كتب أصحابنا المشهورة (وهو) أن تقدير التقدم بشهر (رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الأصح) أي تقدير التقدم بشهر هو الأصح . ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبي حنيفة «رح» أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى ، وقد ذكر في المجرى . وقال أبو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها ، فقالوا ستة أقل من ستة أشهر أقيم الحد ، وإن قالوا شهراً أو أكثر . وروي عنه الحد ، قال أبو العباس الناطفي وقد قدره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد «رح» .

(وهذا) أي هذا الذي قلنا من تقدير التقدم بشهر (إذا لم يكن بينهم) أي بين الشهود (وبين القاضي مسيرة شهر ، أما إذا كان) أي بينهم وبين القاضي مسافة شهر (تقبل شهادتهم ، لأن المانع بعدهم عن الإمام ، فلا يتحقق التهمة) لأنهم معذورون (والتقدم في حد الشرب كذلك) أي حد التقدم في حد الشرب كذلك بشهر (عند محمد «رح» ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى) أي في باب حد الشرب .

(وإن ^(١) شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة ، فإنه يحسد) وبه قالت

(١) وإذا - هامش .

وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع ، والفرق أن بالغيبة
ينعدم بالدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم
دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

الأئمة الثلاثة على قول أبي حنيفة «رح» أولاً لا يحد ، وهو القياس ، كذا ذكره أبو
الليث في شرحه للجامع الصغير ، لأنه إذا حضرت ربما جاءت الشبهة دارئة للحد ،
والحدود تندري ، بالشبهات ، وعلى قول الآخر ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد «رح» يحد
الرجل ، والآن يأتي الكلام .

(وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق) أى من المسألتين (أن
بالغيبة) أى بغيبة المرأة التي قالوا إن فلاناً زنى بفلانة (تنعدم الدعوى وهي) أى الدعوى
(شرط في السرقة دون الزنا) يعني لاشتراط الدعوى في الزنا ، ألا ترى أنه عليه الصلاة
والسلام رجم ماعزاً بالاقرار بالزنا لغائبة (وبالحضور) أى وبحضور المرأة الغائبة
(يتوهم دعوى الشبهة) بأن قالت تزوجني ، أو كانت أمته ، ولا يعتبر الموهوم جواب
سؤال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يحد الرجل ، لأنها لو حضرت ربما يدعي النكاح ،
فيصير شبهة ، فأجاب بقوله :

(ولا يعتبر بالموهوم) لأنه محتمل أن يدعي ، ويحتمل أن لا يدعي ، فعلى تقدير
الدعوى تصير شبهة ، وإذا كانت غائبة كان المكاتب الثابت عند غيبتها وجود شبهة
الشبهة ، وهو المعنى الموهوم ، والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة ، لتلاسد
باب إقامة الحد .

فإن قيل إذا كان بين الشريكين وأحدهما غائب لا يستوفي القصاص لإجمال العفو عن
الغائب : الجواب أنه إذا حضر ، ففي سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو ، فإذا
كان غائباً يكون احتمال العفو شبهة ، فاعتبرت الشبهة فيما نحن فيه إذا حضرت المرأة
وادعت النكاح كان شبهة ، فإذا غابت واحتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة ، فلا
يعتبر ، لأنه وهم .

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لاحتمال أنها امرأته
أو أمته، بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد، لأنه لا يخفى عليه أمته
أو امرأته، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران
أنها طاوعته درىء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة «رح»، وهو
قول زفر «رح». وقالوا يجد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب
وتفرد أحدهما

(وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لاحتمال أنها امرأته أو أمته ، بل هو
الظاهر) أي بل كون المرأة امرأته أو أمته هو الظاهر ، لأن ظاهر حال المسلم أن لا يزني
والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة ، فلم يعرفوها ، فلم يمكن
إقامة الحد بشهادتهم ، فلو قال الشهود عليه أن الذي رؤوها معنى ليست بامرأتي ولا أمتي
لم يجد أيضاً ، لأن الشهادة قد بطلت ، ثم هذه اللفظة ليست باقرار منه بالزنا ، فلا يجد ،
ولو كان الإقرار إقراراً فحد الزنا لا يقام بالإقرار مرة .

(وإن أقر بذلك حد) أي وان أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد (لأنه لا يخفى عليه
امرأته أو أمته) أي لا يخفى عليه امرأته أو أمته عن غيرها ، وليس بمتهم في إقراره على
نفسه ، فيحد (وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها) بأمرها ، أي زنى بها وهي
مكرهة (وآخران) أي شهد آخران (أنها) أي أن المرأة (طاوعته) أي طاوعت
الرجل على الزنا (درىء الحد عنهما) أي عن الرجل والمرأة (جميعاً) ومعنى درىء دفع ،
وهو على صيغة المجهول من الدرء ، وهو الدفع . قال الله تعالى ﴿ فادرؤوا عن أنفسكم الموت ﴾
١٦٨ آل عمران أي ادفعوا (عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر) وبه قالت الثلاثة .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد «رح» (الحد على الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب)
يكسر الجيم ، أي لاتفاق الفريقين ، أعني شاهدي الطواعة وشاهد الإكراه على موجب
الحد في حقه ، أي في حق الرجل ، وموجب الحد هو الزنا عن طوع (وتفرد أحدهما)
يجر الدال عطفاً على قوله لاتفاقها ، أي لتعداد تفرد أحد الفريقين ، أراد بأحد الفريقين

زيادة جنائية، وهو الإكراه بخلاف جانبها، لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها، ولم يثبت لاختلافهما، وله أنه اختلف المشهود عليه، لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما، ولأن شاهدي الطوعية صارا قاذفين لها، وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها، فصارا خصمين في ذلك .

شاهدي الإكراه (زيادة جنائية، وهو الإكراه) والضمير راجع إلى الزيادة والتذكير بالنظر إلى الخبر (بخلاف جانبها) أي جانب المرأة (لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت) أي شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها (لاختلافهما) أي لاختلاف الفريقين، وفي بعض النسخ لاختلافهم .

(وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه اختلف المشهود عليه) قال الكاكي، أي المشهود به . وقد صرح به في الكافي . وفي الفوائد الجنائية أراد بالمشهود عليه المشهود به، وعلى معنى الباء، كما في قوله تعالى ﴿حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق﴾ ١٠٥ الأعراف، أي جدير بأن أقول على الله، ذكره في التفسير . وقال الكاكي يمكن أن يجري على حقيقته، لأن المشهود عليه في القتل القدير اثنان . وإن كان واحد إذا الطائفة غير المكرهة، ولكن تعليل قوله (لأن الزنا فعل واحد) حقيقة بأن عنه ظاهراً، لأن الزنا فعل واحد (يقوم بهما) أي بالرجل والمرأة، وهو فعل حقيقة . وإن كان اثنان حكماً، وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة .

(ولأن شاهدي الطوعية) دليل آخر، وتقريره لأن شاهدي الطوعية (صارا قاذفين لها) لعدم نصاب الشهادة، والقاذف خصم، ولا شهادة للخصم . وكان ينبغي إقامة الحد على شاهدي الطوعية (وإنما يسقط الحد عنها بشهادة شاهدي الإكراه، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها) لوجود حقيقة الزنا، لكن لا يأنم بسبب الإكراه (فصارا خصمين في ذلك) أي صار شاهدي الطوعية بسبب قذفها خصمين في شهادتها .

وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة
 درىء الحد عنهما ، لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف باختلاف
 المكان ، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود
 خلافاً لزفر « رح » لشبهة الإتحاد نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة .
 وإن اختلفوا في بيت واحد حدد الرجل والمرأة ، معناه أن يشهد
 كل اثنين على الزنا في زاوية ، وهذا استحسان . والقياس أن لا يحد
 لاختلاف المكان حقيقة .

(وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران) أي وشهد اثنان آخران (أنه
 زنى بها بالبصرة درىء الحد عنهما) جميعاً (لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف
 باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ، ولا يحد الشهود خلافاً لزفر)
 فإن عنده يحد الشهود حد القذف ، وبه قال الشافعي في قول الشهيد الاتحاد هذا دليل لنا
 لا لزفر ، يريد شبهة اتحاد المشهود به ، تقديره أن الشهادة دائمة به في الحدود بالحديث ،
 وقد وجدت ، لأنهم شهدوا ، ولهم أهلية كاملة ، ولهم عذر كامل على زنا واحد صورة في
 زعمهم نظراً إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر
 المكان فنبت (بشبهة الإتحاد) في المشهود به ، فيندرىء الحد (نظراً إلى اتحاد الصورة
 والمرأة) أي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المرأة . قال في المختلف وعلى هذا الخلاف إذا
 شهد القاذف الفاسق بذلك .

(وإن اختلفوا) أي الشهود (في بيت واحد حدد الرجل والمرأة) هذا إذا كانت
 الميتة صغيراً ، فاختلفوا وقال اثنان إنه زنى في هذه الزاوية من البيت ، وقال آخرون
 أنه زنى في الزاوية الأخرى فيه ، وهو معنى قوله (معناه أن يشهد كل اثنين على الزنى
 في زاوية ، وهذا استحسان) أي حدد الرجل والمرأة فيما إذا اختلف الشهود في البيت
 الصغير (والقياس أن لا يحد) أي أحدهما ، وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله
 (لاختلاف المكان حقيقة) فاختلف المشهود به ، وهو الزنا كما في الدارين .

وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل
في زاوية، والانتهاؤ في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في
وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم، ومن في المؤخر في
المؤخر، فيشهد بحسب ما عنده

(وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاؤ)
أي انتهاء الفعل (في زاوية أخرى بالاضطراب) ينتقلان إلى الزاوية الأخرى ، بخلاف
ما إذا كان البيت كبيراً لا يحتمل التوفيق ، حيث لا يقبل شهادتهم ، إذ لم يقبل شهادة
الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة ، خلافاً لـ (رح) ، (أو لأن الواقع في وسط البيت
فيحسبه) أي يظن الواقع (من في المقدم) أي من كان في مقدم البيت يظنه (في المقدم ،
ومن ^(١) كان في مؤخر البيت) يظنه (في المؤخر ، فيشهد كل بحسب ما عنده) أي
بحسب ما ثبت عنده .

فان قيل في التوفيق احتمال للإقامة ، وقد أمرنا بالاختبار للدرء ، قلنا هذا احتمال
يقول الشهادة والتوفيق في الحدود مشروع ، والشهادة حجة مجرى تصحيحاً بحسب صحتها
مهما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد .

فان قيل الاختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه ، والاختلاف في المكان في الزاوية
منصوص عليه ، فكيف يقاس ذلك عليه . قلنا التوفيق مشروع فيما إذا كان الاختلاف
منصوص عليه بأن شهد اثنان بأنه زنى بامرأة بيضاء ، وآخر بامرأة سوداء ، أو شهد
اثنان بأن عليها ثوباً أحمر ، أو آخران بأن عليها ثوباً أصفر . وكذلك لو اختلفوا في الطول
والقصر ، أو في السمن والهزل ، ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه
والطواعية ، لما أن التوفيق يمكن بأن يكون لابتداء الفعل بالإكراه وانتهائه بالطوع ،
كذا في قاضي خان وغيره . أوجب بأن الإكراه أسقط ، سواء كان أول الفعل أو آخره ،
لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب ، وبالنظر إلى الإنتهاء يجب ، فلا يجب بالشك .

(١) ومن في المؤخر - هامش .

وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير يندريء الحد عنهم جميعاً ، أما عنهما فلأننا تيقنا بكذب أحد الفريقين من غير عين ، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق ، وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وهي بكر درىء الحد عنهما ، وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ،

(وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة) بضم النون وفتح الحاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة . ومن قال بفتح الباء الموحدة وكسر الجيم فقد صحف ، لأنه نخيلة على وزن فعيلة مكان اسم ، حتى من اليمن سموا بنخيلة امرأة من ولد عمرو بن العوث أخي الأزدي العوث (عند طلوع الشمس وأربعة) أي وشهد أربعة أخرى (أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير يندريء الحد عنهم) أي عن الرجل والمرأة (جميعاً أما عنهما) أي عن الرجل والمرأة (فلأننا تيقنا بكذب أحد الفريقين) أو من هذا الفريق من غير تعيين أحد الفريقين بعين (من غير عين) أي أحد الفريقين ، لأنه محتمل أن يكون الكذب من هذا الفريق من غير تعيين أحدهما ، وأحدهما لا محالة كاذب ، لأنه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لما ذكرنا ، فلهذا درىء الحد عنها .

(وأما عن الشهود) أي وأما درء الحد عن الشهود (فلاحتمال صدق كل فريق) أي لاحتمال كل واحد من الفريقين أن يكونوا هم الصادقون . وقال زفر « رح » لا يسقط حد القذف عن الشهود .

(وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) أي والحال أنها بكر (درىء الحد عنها وعنهم) أي دفع الحد عن الرجل والمرأة ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » . وعند مالك يجب الحد عليها ، لأنه لا يعتبر قول النساء في الحدود عنها ، أي درأ الشهود أيضاً ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » (لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة)

ومعنى المسألة أن النساء ينظرن إليها فقلن أنها بكر ، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه ، فلماذا سقط الحد عنهما ، ولا يجب عليهن . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيمان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف ، فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم المال ، فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل الشهادة ، والعبد ليس بأهل للتحمل والاداء ، فلم يثبت شبهة الزنا ، لان الزنا يثبت بالاداء ،

(ومعنى المسألة أن النساء ينظرن إليها فقلن أنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليس بحجة في إيجابه) أي في إيجاب الحد (فلماذا) أي فلأجل هذا المعنى وهو أن شهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه (سقط الحد عنهما) أي عن الرجل والمرأة (ولا يجب) أي حد القذف (عليهم) أي على الشهود وفي الكافي للحاكم الشهود ، وكذا إذا خرجت المرأة رتقاء ، وتقبل في الرتقاء والمذر أو الأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة . وفي الفوائد الظهيرية وعلى هذا لو شهد بزنا رجل ، وهو محبوب لا يحد هؤلاء الشهود أيضاً ، لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العار والشأن عن المقذوف ، وإنه منفي ينتفي عنه لمكان الحب .

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيمان) أي والحال أنهم عيمان (أو محدودون) أي والحال أنهم محدودون (في قذف أو أحدهم) أي أحد الشهود (عبد أو محدود في قذف فإنهم) أي فإن للشهود (يحدون ، ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم) أي بشهادة هؤلاء (المال ، فكيف يثبت الحد) أي فكيف يثبت الحد الذي يندرى بالشبهة (وهم ليسوا) أي والحال أنهم ليسوا (من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل) أي تحمل الشهادة (والأداء) أي ولا من أهل أداء الشهادة (فلم يثبت شبهة الزنا ، لأن الزنا يثبت بالأداء) أي يثبت عند القاضي بأداء الشهادة عند عدم الإقرار .

وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحد . ولأن
 الفاسق من أهل الاداء والتحمل ، وإن كان في أدائه نوع قصور
 لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا
 فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق
 يثبت شبهة عدم الزنا ، فلهذا امتنع الحدان ، وسيأتي فيه خلاف
 الشافعي «رح» بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة ،
 فهو كالعبد

(وإن شهدوا بذلك وهم فساق) بضم الفاء وتشديد السين جمع فاسق (أو ظهر أنهم
 فساق) يعني شهدوا ، فبعد الشهادة ظهر أنهم فساق (لم يحدوا ، لأن الفاسق من أهل
 التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا) أي ويكون من أهل
 التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي
 بشهادته ينفذ عندنا ، والدليل على أنه من أهل الأداء قوله تعالى ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ
 فتبينوا ﴾ وفائدة الثبوت أي تثبتوا ، فلو لم يكن للفاسق شهادة ، يقال فلا تقبلوا ولم يقل
 ذلك ، بل قال فتبينوا ، وفائدة التثبيت القبول عند ظهور الصدق لرجحانه عند القاضي
 بالتأمل في الدان ، مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة أم لا .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق
 جاز ^(١)) يعني (عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق
 يثبت بشبهة عدم الزنا) الفسق جاز ، يعني عندنا الزنا (فلهذا) أي فلأجل ذلك (يمنع
 الحدان) أي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على المشهود .
 (وسيأتي فيه) أي في حكم هذه المسألة . (خلاف الشافعي رحمه الله ، بناء على أصله

(١) ينفذ - هامش .

عنده ، وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لانهم
قذفة ، إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن
القذف باعتبارها .

أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده) أي الفاسق في شهادته كالعبد عند
الشافعي ، ويحد الشهود حد القذف عندنا ، وبه قال أحمد « رح » في رواية ومالك .

(وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) هذا لفظ القُدوري في مختصره ، وهو
أحد قولي الشافعي « رح » ، وفي قول الآخر لا حد عليهم . وقال الكاكي حدوا ، أي
عند طلب المشهود عليه الحد ذكره البزدوي لاختلاف الأئمة فيه ، لقوله تعالى ﴿ فإن لم
يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ (لأنهم قذفة) أي لأن الذين نقصوا عن الأربعة قذفة جمعه
قاذف ، كسرقة جمع سارق (إذ لا حسبة) لإقامة الحد (عند نقصان العدد وخروج
الشهادة عن القذف باعتبارها) أي باعتبار الحسبة ، لأن الشاهد غير بين حسبتين على ما مر
في أول الباب . وهنا لم يوجد حسبة السر ، فذاك ظاهر ، ولم يوجد حسبة ، إذ الشهادة
أيضاً فتعين القذف ، فإلزام الحد ، ولأن الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا أربعة ،
فاذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف ، لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ؛ النور .

واعلم أن في قول المصنف « رح » لا يتهم قذفه أثراً أخرجه الحاكم في المستدرک في
فضائل المغيرة بن شعبة عن عتاب سهل بن حماد عن عبد العزيز بن أبي بكرة ، قال لنا
جالوساً عند باب الصغير الذي في المسجد أبو بكرة وأخوه نافع وسهيل بن معبد والمغيرة بن
شعبة تسمى في ظلال المسجد ، والمسجد يومئذ من قصب ، والمغيرة يومئذ أمير البصرة
أمره عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فانتهى إلى أبي بكرة يسلم عليه ، فقال له أبو
بكرة أيها الأمير ليس كذلك ، لكن ذلك اجلس في بيتك وابعث إلي من شئت فيحد ،
فتحدث معه ، قال أبو بكرة ولا بأس ثم دخل المغيرة من باب الأصغر حتى تعدى إلى باب
أم جميل امرأة من سير ، فدخل عليها فقال أبو بكر والله لأصبر على هذا ، ثم بعث غلاماً

له فقال أبو بكر « رض » له أرني القذفة والنظر من الكوة قد هر (١) فنظر فلم يلبث أن رجع ، فقال وجدتها في لحاف واحد ، فقال أبو بكر للقوم قوموا معي ، فقاموا ، فبدأ أبو بكر فنظر ثم استرجع ، ثم قال وجد في لحاف ، فقال أبو بكر للقوم قوموا معي فقاموا ، فبدأ أبو بكر فنظروا ثم استرجع ثم قال لأخيه انظر ، فقال ما رأيت ، قال الزنا محصناً ، ثم قال لبيتك انظر فنظر ، فنظر فقال مثل ذلك ، فقال أشهد الله عليكم ، قالوا نعم .

ثم كتب أبو بكر إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بما رأى ، فبعث عمر أبا موسى الأشعري (٢) رضي الله عنها أميراً على البصرة وأمره أن يرسل إليه المغيرة وهل لك إن كان معه ، أي بكر وشهداء ، فلما قدم أبو موسى أرسل بالمغيرة وأبو بكر وشهوده وقال للمغيرة وهل لك إن كان مصدراً عليك وطوبى لك إن كان مكذوباً عليك ، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه ، قال لأبي بكر هات ما عندك ، قال أشهد أني رأيت الزنا محصناً ، ثم تقدم آخر وهو نافع ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم سهل بن سعد البجلي ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم زياد فقال له ما رأيت ، قال رأيتها في لحاف وسمعت نفساً عالياً ، ولا أدري ما وراء ذلك ، فكبر عمر رضي الله عنه وفرح إذ أنجى المغيرة وضرب القوم الحد إلا زياد ، انتهى وسكت عنه .

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان اليمني بن عثمان المهري قال شهد أبو بكر ونافع ، يعني ابن علقمة وسهل بن معبد طي المغيرة أنهم نظروا إليه كما ينظرون المروء في المكحلة ، فجاء زياد فقال عمر رضي الله عنه جاء رجل لا يشهد إلا بالحق ، فقال رأيت مجلساً فسحاً وأنتهاراً ، فجلدهم عمر الحد . قال أبو نعم هؤلاء الذين شهدوا أخوة لأم اسمها سمية وزياد بن كير كان سمية كان سمى زياد بن أهيلة ، انتهى الانتهار من النهو وهو النفس التالي .

(١) هكذا الكلام في الأصل .

(٢) في الأصل العسري ، والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة ، إذ الشهود ثلاثة ، وليس عليهم ولا على بيت المال إرش الضرب وإن رجم فديته على بيت المال ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» ، وقال إرش الضرب أيضاً على بيت المال . قال العبد الضعيف عصمة الله ، معناه إن كان جرحه ،

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم) يعني جلد وكان غير محصن ، فحرجته البساط (ثم وجد أحدهم) أي أحد الشهود (عبداً أو محدوداً في قذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة) لأن الشهود في الزنا إذا كانوا أقل من أربعة يجب عليهم حد القذف لقصور عدم الشهادة ، ويجب الحد على العبد والمحدود ، وكذلك إذا وجد أحد الشهود أعمى (وليس عليهم) أي على الشهود (ولا على بيت المال إرش الضرب) ومعرفة الإرش أن يقوم المحدود عبداً سليماً من هذا الأمر ويقوم وبه هذا الأمر ، فينظر أما ينقص بما ينقص به القيمة ، فينقص من الدية مثله .

(وإن رجم) بأن كان محصناً ثم ظهر أحد الشهود عبداً أو محدوداً في قذف (فديته على بيت المال) هذا بالاتفاق ، لأن القاضي أخطأ في قضائه للعامة من حيث الضمان في ما لهم (وهذا) أي المذكور من الفصلين (عند أبي حنيفة وقال إرش الضرب أيضاً على بيت المال) والحربي إذا قذف مسلماً يجب عليه بالاتفاق وحد الحجر لا يجب عليه بالاتفاق ، وحد الزنا والسرقة يجب عند أبي يوسف «رح» ، ولا يجب عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ، والذمي يجب عليه جميع الحدود إلا حد الحجر ، وقد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد .

(قال) أي المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى كلام محمد في الجامع الصغير إرش الضرب أيضاً على بيت المال (إذا كان جرحه) أي الضرب لأنه إذا لم يخرج لا يجب شيء .

وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب ، وعلى هذا إذا رجع
الشهود لا يضمنون عنده ، وعندهما يضمنون . لهما أن الواجب
بشهادتهم مطلق الضرب إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع
فينتظم الجراح وغيره ، فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع ،
وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى
القاضي ، وهو عامل للمسلمين ، فتجب الغرامة في ما لهم ، فصار
كالرجم والقصاص .

على أحد ، كذا ذكر السفناقي (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا مات)
أي المجلود (من الضرب) يجب دية النفس في بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود
عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى . وعند أبي حنيفة « رح » لا يجب شيء .
(وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف المذكور (إذا رجع الشهود) بعد الجرح بالجلد
أو الموت والجلد (لا يضمنون عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » أصلاً لا ضمان للنفس ولا
ضمان الإرش (وعندهما يضمنون) إرش الجراحة إن لم يمت المجلود والدية إن مات .
(لهما) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب) يعني
بغير قيد السلامة (إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع) أي عن وسع الضارب
(فينتظم الجراح وغيره) أي يشمل الضرب الجراح وغير الجراح (فيضاف) أي الجرح
أو الهلاك (إلى شهادتهم ، لأنهم) أثبتوا الجلد (فيضمنون بالرجوع) لأنه ظهر كذبتهم في
شهادتهم (وعند عدم الرجوع يجب) أي الضمان (على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد
إلى القاضي) لأنه أخطأ في قضائه ، ولا يرجع إلى الشهود لأنهم ما رجعوا ، والقاضي
إذا أخطأ في قضائه يجب الضمان على من وقعت منفعة القضاء لأجله ، وقد وقعت المنفعة
العامة ، لأن منفعة الحد وهي خلاف العالم عن الفساد يقع للعامة (وهو) أي القاضي
(عامل للمسلمين فتجب الغرامة في ما لهم) وما لهم بيت مال المسلمين (فصار كالرجم
والقصاص) أي قصاص الجرح أو الهلاك بالحد على تقدير عدم رجوع الشهود بأن نظر

ولأبي حنيفة «روح» أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ، ولا مهلك فلا يقع جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته فاقصر عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة ، وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يجد لما فيها من زيادة الشبهة ،

بعضهم عبداً أو محدوداً كالرجم والقصاص ، يعني في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال ، فكذا في الجرح أو الموت بالجلد .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الواجب هو الجلد ، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) ألا ترى أن الجلد لا يقيم في الحر الشديد أو البرد الشديد ولا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متعلقاً ولا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحاً (ولا يقع) أي الضرب حال كونه (جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته) في عمله ، أي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله وحرص احتياطه (فاقصر عليه) أي فاقصر الجرح أو الهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود أو القاضي ، إلا أنه استثنى من قوله فاقصر عليه ، وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب الضمان عليه ، وهو القياس .

فأجاب عنه بقوله (إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) وهو الاستحسان (كيلا يمتنع الناس عن الإقامة) أي عن إقامة الحدود (مخافة الغرامة) أي لأجل الخوف عن الغرامة ، وقيد الصحيح احترازاً عما روي في مبسوط فخر الإسلام . ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه ، لأنه ليس بأمور بهذا الوجه ، لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قابل ، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متمدياً فيجب عليه الضمان ، والله أعلم .

(وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يجد) أي الرجل (لما فيه) أي في شهادة الفروع (من زيادة الشبهة) يعني لما فيها من شبهة زاده على الأصل لم يكن

ولا ضرورة إلى تحملها، فإن جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل ولا يحد الشهود، لأن عددهم متكامل، وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه.

فيه، فإن الكلام إذا تداولته الآلة يمكن فيها زيادة ونقصان (ولا ضرورة إلى تحملها) أي على تحمل زيادة الشبهة، لأن الحدود لدرئها لا لإثباتها، وبه قال الشافعي « رح » في قول محمد ومالك وأحمد. وقال الشافعي « رح » في الأصح يقبل إذا كانت بشرائط كشهادة الأصول.

(فإن جاء الأولون) أي الأصول بعدما شهد الفروع (فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان) يريد به ذلك الزنا بعينه (لم يحد أيضاً معناه) أي معنى قول محمد « رح » في ذلك المكان (شهدوا على ذلك الزنا بعينه، لأن شهادتهم) أي شهادة الأصول (قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة، إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل) أي الفروع قائمون مقام الأصول، وهذا التعليل تعليل لرد شهادة الأصول ليست لرد شهادة الفروع، فإن هذا في الحقوق المالية، فإن ثمة تقبل شهادة الأصول بعد رد شهادة الفروع. والجواب أن المال يثبت بالشبهة، بخلاف المحدود (ولا يحد الشهود) أي الأصول والفروع لا يحدون (لأن عددهم متكامل) والأهلية أيضاً موجودة (امتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة) وهي شبهة البدلية الركر^(١) والمكالم، لاحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الأصول (وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه) أي شبهة كافية لإسقاط الحد، لا لإيجاب الحد، يعني أن الشبهة ليست لموجبة الحد، ولكنها مسقطه له.

(١) هكذا الكلام في الأصل.

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم، فكما رجع واحد حد
 الراجع وحده وغرم ربع الدية، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته
 ثلاثة أرباع الحق، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق. وقال
 الشافعي «رح» يجب القتل دون المال، بناء على أصله في شهود
 القصاص، وسنينه في الديات إن شاء الله تعالى. وأما الحد فمذهب
 علمائنا الثلاثة «رح». وقال زفر «رح» لا يحد لأنه إن كان الراجع
 قاذف حي فقد بطل بالموت، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم
 القاضي، فيورث ذلك شبهة. ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع،
 لأن به تفسخ شهادته، فجعل للحال قذفا للميت، وقد انفسخت الحجة، فينفسخ

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) أي الرجل (فكما رجع واحد منهم حد
 الراجع وحده وغرم ربع الدية ، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع
 الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق ، وقال الشافعي « رح » يجب القتل)
 أي قتل الراجع (دون المال بناء على أصله) أي أصل الشافعي « رح » (في شهود القصاص)
 يعني إذا رجعوا بعد القصاص ، فيقتلون عنده ، فكذا هنا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ،
 ويقول الشافعي « رح » قال ابن أبي ليلى وهو قول الحسن البصري أيضاً (وسنينه في الديات
 إن شاء الله تعالى) قال الأترابي هذه حوالة ليس لها رواج إن شاء ذكر ذلك العام .

(وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر « رح » لا يحد ، لأنه إن كان الراجع
 قاذف حي ، فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي ، فيورث
 ذلك شبهة) إشارة إلى كون الميت مرجوماً بحكم القاضي .

(ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع ، لأن به) أي بالرجوع (تفسخ شهادته
 فجعل للحال) أي في الحال (قذفا للميت ، وقد انفسخت الحجة) وهي الشهادة (فينفسخ

ما بيتنى عليه ، وهو القضاء في حقه ، فلا يورث الشبهة ، بخلاف ما إذا قذفه غيره ، لأنه غير محصن في حتى غيره ، لقيام القضاء في حقه ، فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه . وقال محمد « رح » حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا ينفسخ إلا في حق الراجع ، كما إذا رجع بعد الامضاء

ما بيتنى عليه ، وهو القضاء في حقه) والضمير في عليه يرجع إلى الحجبة على تأويل الكلام قاله الأتراسي « رح » . وقال أيضاً وقوله وهو راجع إلى ما هو عبارة عن القضاء ، والضمير في حقه راجع إلى المراجع ، يعني أن القضاء تفسخ في حق الراجع ، لأن القضاء مبني على الشهادة ، وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع (فلا يورث الشبهة) أي كونه وجوباً بانقضاء القاضي لا يورث الشبهة ، وفي سقوط حق القذف عن الراجع ، لأن القضاء انفسخ في حقه .

(بخلاف ما إذا قذف الميت غير الراجع ، لأنه) أي لأنه الرجوع (غير محصن في حق غيره) أي غير الراجع (لقيام القضاء في حقه) أي في حق الراجع ، فصار لقيام القضاء بشبهة في حقه ، فلم يحد ، فظهر الفرق (فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً) يعني حد الشهود كلهم .

واعلم أن رجوع الشهود لا يخلو ، إما أن يكون بعد القضاء والإمضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء أو قبل القضاء والإمضاء ، فهذه فصول ثلاثة ، وقد ذكر الفصل الأول وشرع هنا في الفصل الثاني ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء والإمضاء ، وهو قوله فإن لم يحد المشهود عليه ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء يحدون كلهم (وسقط الحد عن المشهود عليه) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في القول الآخر .

(وقال محمد « رح » حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع) لا في حق غيره (كما إذا رجع بعد الإمضاء) وبه قال أبو يوسف « رح »

ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل
القضاء ، ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد
منهم قبل القضاء حدوا جميعاً . وقال زفر « رح ، يحد الراجع
خاصة ، لأنه لا يصدق على غيره . ولنا أن كلامهم قذف في الأصل ،
وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به ، فإذا لم يتصل به بقي قذفاً ،
فيحدون ، فإن كانوا خمسة فرجع أحدهم

أولاً ، وهو قول زفر أيضاً . وقال الشافعي « رح » في أحد قولي لا يحد الراجع .
(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أن الإمضاء من القضاء) أي أن
إمضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل أن الإمضاء لا يجوز إلا بحضور من القاضي ، ولهذا تجمل
لإثبات الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والتعمل والموت والغيبة ، وهذا
بعد القضاء قبل الإمضاء ، كالحادثة قبل القضاء . فإذا كان الإمضاء في القضاء كالرجوع
قبل القضاء فيحدون جميعاً ، وهو معنى قوله (فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ،
ولهذا) أي ولأجل أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود (يسقط الحد عن المشهود عليه)
إذا رجع واحد قبل القضاء وقبل الإمضاء ، كما يسقط إذا رجع قبل القضاء .
(ولو رجع واحد منهم) هذا هو الفصل الثالث ، وهو ما إذا رجع (قبل القضاء
والإمضاء) أي لو رجع شاهد واحد من الشهود الأربعة قبل للقضاء والإمضاء (حدوا
جميعاً) أي يحدون كلهم .

(وقال زفر « رح » حد الراجع خاصة ، لأنه) أي لأن الراجع (لا يصدق على غيره)
يعني أن رجوعه حجة على نفسه لا غيره باتصال .

(ولنا أن كلامهم قذف في الأصل) يعني لكونه صريحاً فيه (وإنما يصير شهادة
باتصال القضاء به) أي بكلامه (فإذا لم يتصل به) أي فإذا لم يتصل القضاء بكلامهم
(بقي قذفاً فيحدون) لقصور عددهم (وإن كانوا خمسة) هذا عطف على أصل المسألة ،
وهو قوله وإذا شهد أربعة بالزنا (فرجع أحدهم) يعني بعد الرجم ، لأنه وضع المسألة في

فلا شيء عليهم ، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربع ، فإن رجع آخر حد وغرما ربع الدية . أما الحد فلما ذكرنا ، وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فإذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة « رح » ، معناه

ذلك (فلا شيء عليهم) أي لا الحد ولا الدية ، لا على الشهود ولا على الراجع ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك وأحمد رحمهما الله . وعن مالك لا يجب الدية بالرجوع أصلاً . وقال الشافعي « رح » في وجه يجب خمس الدية (لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربعة ، فإن رجع آخر) أي من الأربعة (حد) أي الراجع الأول وهو الخامس والراجع الثاني من الأربعة (وغرما ربع الدية) قال الشافعي « رح » إن قالا تعمدتا الكذب وجب عليهما القود . وإن قالا أخطأنا وجب عليهما فسقطهما في الدية وغرما ربع الدية .

(أما الحد فلما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن الشهادة إنما تقلب قذفاً بالرجوع . وقال الأتزازي فإن قلت حين رجع الواحد من الخمسة لا شيء عليه أصلاً ، فعند ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الآخر . قلت إنما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب ، والمانع بقاء الحجة الكاملة . فلما رجع آخر زال المانع ، فعمل السبب عمله .

(وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي ، لا رجوع من رجع على ما عرف) أي في كتاب الشهادات .

(وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) على صيغة المجهول من التزكية من زكى نفسه إذا مدحه وتزكيت الشهود الوصف بكونهم أزكيا (فرجم) أي الرجل (فإذا الشهود عبيد أو مجوس ، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) وقال المصنف رحمه الله (معناه

إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد «رح» هو على بيت المال. وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بجهلهم.

إذا رجعوا (أي المزكون) عن التزكية (وقال الأترابي «رح» قال صاحب الهداية «رح» معناه إذا رجعوا عن التزكية ، أي معنى قوله فالدية على المزكين ، قال ويدل على صحة تأويله ما نص عليه الحاكم في الكافي إذا شهد الشهود على رجل بالزنا والإحصان ، فزكاهم يعني زعموا أنهم أحرار ورجم ثم وجدوا عبيداً قال لا أحد على الشهود ، فإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا . قلت فإن لم يقولوا أنهم أحرار ، وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً قال لا ضمان على المدعين ، وهذا قول أبي حنيفة «رح» .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، فإن لم يقولوا أنهم أحرار وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً ، قال لا ضمان على المزكين ، وإلى ما هنا لفظ الحاكم رحمه الله . وقال الكاكي «رح» قوا: معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا قلنا هم أحرار مسلمون ، مع علمنا بجهلهم أنهم عبيد ، وكذا في نسخ الشروح ، فعلى هذا ينبغي أن لا يذكر في الكتب قوله . وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا من غير أن يقال ، وقيل لأن قوله وقيل يقضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده في قول آخر سوى التعمد وليس كذلك ، فإن المزكي إذا قال أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع ، وإنما الخلاف فيما إذا تعمدت ذلك مع علمي بجهلهم ، ذكره في جامع قاضي خان ، واليه أشار في المبسوط . وقال تاج الشريعة معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس ، حتى لو قالوا أخطأنا لا يضمنون .

(وقالوا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو على بيت المال) أي الضمان على بيت المال (وقيل هذا) عند أبي حنيفة ، أي وجوب الضمان (إذا قالوا) أي المزكون (تعمدنا بالتزكية مع علمنا بجهلهم) أما إذا قالوا أخطأنا فلا يجب عليهم الضمان . قال الإمام السفناقي «رح» في شرحه للجامع الصغير إذا قالوا علمنا أنهم مجوس ، ومع هذا زكينا ، أما إذا قالوا أخطأنا ، فلا يجب عليهم الضمان ، لأنهم يأتون على القاضي والقاضي

لهما أنهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على إحصانه ، وإن الشهادة إنما تصير حجة عاملة بالتزكية ، فكانت التزكية في معنى علة العلة ، فيضاف الحكم اليها ، بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط ، ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا ، وهذا

لا خطأ لا ضمان عليه ، فكذا ما هنا ، وإنما وجب الضمان عليهم إذا تعددوا لأنهم أظهروا ملة علة التلف .

(لها) أي لأبي يوسف «رح» (أنهم) أي أن المزكين (أثنوا على الشهود) قيل حيث أثبتوا بذلك شرط الحجة ، وهي العدالة (فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على إحصانه) فلا يضمنون شيئاً ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا لم يضمنوا شيئاً وجب الضمان على بيت المال .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أن الشهادة إنما تصير حجة وعاملة بالتزكية) إذ الشهادة في الحدود لا توجب شيئاً بلا تزكية (فكانت التزكية في معنى علة العلة) لأن التزكية يعملها للعلة ، والعمل للعلة علة العلة ، والحكم يضاف إلى علة العلة ، كما يضاف إلى العلة ، ألا ترى أن حفر البئر لما كان هو الذي لعلة يجعل فقد علة المار للوقوع في البئر ، فيضاف الحكم إليه عند تعذر إضافته إلى الفعل (فيضاف الحكم اليها) أي إلى علة العلة ، فصار المزكون كالشهود إذا رجعوا (بخلاف شهود الإحصان ، لأنه محض الشرط) حاصله أن الشهادة على الإحصان شرط محض ، وعلامة معرفة الحكم الزنا الصادر بعده وجود الإحصان ، ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان ، لأن الزنا ثبت بشهود الزنا قبل الإحصان ، ولكن لا يثبت الزنا بشهود الإحصان ما لم يزكوا ، فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الإحصان .

(ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة) أي المزكون بلفظ (الشهادة أو أخبروا) بأن قالوا نشهد بأنهم أحرار أو قالوا هم أحرار (وهذا) أي وجوب الضمان على المزين على

إذا أخبروا بالحرية والإسلام ، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً ولا ضمان على الشهود ، لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحدون حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً وقد مات ، فلا يورث عنه . وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي بوجهه فضرب رجل عنقه ثم وجد

قول أبي حنيفة « رح » (إذا أخبروا بالحرية والإسلام) أي فيما إذا أخبروا بجمرية الشهود وإسلامهم ، ثم ظهر الشهود مجوساً أو عبيداً .

(أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً) أيضاً بتركه محظور دينه . واعلم أن زكاة المذكي شرط عند أبي حنيفة ، خلافاً لها ، ذكره في المختلف ، ولا يشترط العدد في المذكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، خلافاً لحمد « رح » ، ويشترط الإتيان في سائر الحقوق والأربعة في الزنا ، ويجوز شهادة رجل وامرأتين على الإحصان ، كذا قال الحاكم (ولا ضمان على الشهود) لأنه يقع كلامهم بشهادة فيه ، نظراً لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء ، وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله (لأنه لم يقع كلامهم شهادة) والجواب إذ القضاء لما أظهر خطأه بيقين ، صار كأن لم يكن ، فلا يتصل القضاء بكلامهم ، فلا يصير شهادة .

(ولا يحدون) أي الشهود (حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً ، وقد مات فلا يورث عنه) أي لا يورث حد القذف من الميت ، لا يقال لم يجعل قذفاً للميت للرجال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة ، لأننا نقول عليه الانقلاب للرجوع عن الشهادة . فالجواب فلم يوجد .

فإن قيل لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع ان انقلاب سيرورة الشهادة قذفاً وكلامهم لم يقع شهادة .

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي بوجهه فضرب رجل عنقه ثم وجد

الشهود عبيداً ، فعلى القاتل الدية . وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء ، لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً ، وعليه علامتهم . ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد ، والعواقل لا تعقل العمد ، ويجب ذلك في ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وإن رجم ثم وجدوا

الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية) في ماله (وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة) كسكاح الفاسد بكون شبهة أسواط الحد .

(بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء) حيث يجب القضاء لعدم الشبهة لأن القضاء هو المورث للشبهة لم يوجد ، أشار اليه بقوله (لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه) عطف على قوله أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، أي ظن الذي قتله (مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم) أي كما إذا ظن المسلم والغازي أو الشخص حربياً ، وعليه علامتهم ، أي علامة أهل الحرب ، فقتله عمداً ، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم (ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد والعواقل) الجمع جمع عاقلة (لا تعقل العمد ، ويجب ذلك على ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل) لا بالإقرار ، وكل شيء يجب بنفس القتل تكون الدية في ثلاث سنين .

(وإن رجم) على بناء الفاعل معطوف على قوله ففرض عنقه ، أي وإن رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بمد قضاء القاضي بالرجم وفي لفظ المبسوط الرجم بالحجارة . ولفظ صاحب الوجيز وإن كان هذا الرجل قتله رجماً (ثم وجدوا) أي الشهود

عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه ، ولو بأشبهه بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا ، وكذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنه لم يأت أمره . وإذا شهدوا على رجل بالزنا ، وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم ، لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبهه الطيب والقابلة .

(عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه) أي نقل فعل هذا الذي رجمه إلى الإمام (ولو بأشبهه) الإمام الرجم (بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا) عند قوله فيما مضى قبل ، وزفه بقوله لأنه انتقل فعل الجلاد القاضي وهو عامل للمسلمين ، فيجب الغرامة في ما لهم (كذا هذا) أي كذا حكم هذا ، وأشار به إلى فصل الرجم (بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنه لم يأت أمره) أي أمر الإمام ، لأنه أمر بالرجم دون القتل ، فلم ينتقل فعله اليه .

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أي إلى فرج الزاني والزانية (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد رحمهما الله ، ولو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا يقبل إجماعاً . وفي جامع السرخسي قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي « رح » لإقرارهم بالنظر على أنفسهم ، إذ النظر إلى عورة الغير فسق (لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة) لأنهم كلفوا على إقامة الشهادة على أنهم رأوه كالميل في المكحلة ، والرشاء في البئر ، والقلم في الهبرة

(فأشبهه الطيب والقابلة) أي أشبهه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك ، كما ينظر الطيب والقابلة إلى للفرج ، وهذا لأن الطيب يجوز أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة مداواة . وقال في خلاصة الفتاوى لا يجوز النظر إلى العورة إلا عند الضرورة ، وهي الإحتقان والحيان والمداواة والولادة والبكارة في البالغة والرد بالمعيب ، والمرأة في حق المرأة أولى ، وإن لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة .

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم ، معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط ، لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله . فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر « رح » والشافعي « رح » فالشافعي « رح » مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال . وزفر « رح » يقول أنه شرط في معنى العلة ، لأن الجنابة تتغلظ عنده ،

فيضاف الحكم

(وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم . معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الإحصان (لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه) أي على الرجل (ولهذا) أي ولأجل الحكم بالدخول عليه (لو طلقها يعقب الرجعة) أي الطلاق تعقبه الرجعة له أن يراجعها بعد الطلاق ، والطلاق قبل الدخول لا يعقب الرجعة (والإحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهراً ، وفيه شبهة .

(فإن لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد رحمهم الله (فالشافعي « رح » مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر يقول إنه) أي الإحصان (شرط في معنى العلة) فلا تقبل شهادة النساء فيه ، لأن شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود (لأن الجنابة تتغلظ عنده) بيانه أن علة حد الزنا هو الزنا ، لكنه يتغلظ عند وجود الإحصان ، ولهذا يجب الرجل الذمي هو أقطع العقوبات فكان الإحصان شرطاً في معنى العلة ، فلا تقبل شهادتهن على علة الحكم ، فلا تقبل أيضاً على شرطه وهو الإحصان ، لأنه في معناها لتغلظ الجنابة عنده ، وهو معنى قوله لأن الجنابة تتغلظ عنده ، أي عند زفر أيضاً (فيضاف الحكم

اليه ، فأشبه حقيقة العلة ، فلا تقبل شهادة النساء فيه ، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا ، فلا تقبل لما ذكرنا . ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة ، وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا ، فلا يكون في معنى العلة ، و صار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة ، بخلاف ما ذكر ، لأن العتق يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ، لأنه ينكره المسلم

(اليه) أي إلى الإحصان (فأشبه حقيقة العلة) قال الأكل ترتب على ذلك أمران ، أحدهما ما ذكره في الكتاب ، وهو قوله (فلا تقبل شهادة النساء فيه) حفيلاً للدره ، أي لدفع الحد ، والثاني أن شهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده ، لأن شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق .

(فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا يقبل) يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي ، وهو مسلم فشهد شاهدان ذميان أنه ، أي أن مولاه الذي أعتقه قبل الزنا لم يرجم (لما ذكرنا) أي لأن الإحصان شرط في معنى بعله . (ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس في موضع كالحرية والعقل ، وبعضها فرض عليه كالإسلام ، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحه (وانها) أي وأن الخصال الحميدة (مانعة من الزنا ، فلا تكون في معنى العلة ، وهذا كما إذا شهدوا به) أي بالإحصان (في غير هذه الحالة) أراد بهذه الحالة ما بعد الزنا . قال الأكل « رح » يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بها قبلت شهادتهم ، فكذلك ما هنا .

(بخلاف ما ذكر) أي بخلاف ما ذكر زفر « رح » بشهادة الذمية على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق يثبت بشهادتهما) أي بشهادة الذميين (وإنما لا يثبت بسبق التاريخ) يعني يثبت العتق ، لكن لا يثبت سابقاً على الزنا (لأنه ينكره المسلم) أي لأن

أو يتضرر به المسلم ، فإن رجح شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ،
خلافاً لزفر « رح » ، وهو فرع ما تقدم

سبق التاريخ ينكر المسلم لا يثبت شهادة الكافر بل الذميمة ، ولأن المسلم يتصور سبق
التاريخ من حيث تغليظ^(١) العقوبة عليه ، فلا يجوز أن يتضرر المسلم بشهادة الكفار ،
كذا في المبسوط ، وهو معنى قوله (أو يتضرر المسلم) أما شهادة النساء في غير الحدود
مقبولة وإن تضرر به المسلم .

(فإن رجح شهود الاحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر « رح ») والشافعي « رح »
في ضمان شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

أحدهما : لا ضمان عليهم ، وهو قولنا .

والثاني : يحنث ، وهو قول زفر « رح » .

والثالث : إذا رجعوا مع الشهود على الزنا إن شهدوا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم
يضمنوا ، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا .

وفي قدر ما يضمنون من الدية وجهان . وجه : يضمنون بضمان الدية ، الثاني : ثلث
الدية ، كذا في الحلية .

(وهو فرع ما تقدم) أي عدم الضمان عليه شهود الاحصان عندنا إذا رجعوا ووجوب
الضمان عند زفر « رح » ، بيان على ما قلنا أنه في معنى العلة عنده ، وشرط محصن عندنا
لا يتعلق به الوجود ، بل هو علامة معرفة حكم الزنا الصادر بعد .

فروع : وفي الاحصان يكفي الشهود أن يقولوا أدخل بها زوجها . وقال محمد « رح »
لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها ، كذا في التأمل . وكذا لو أنكر الاحصان بعد ثبوت
الزنا فشهد أنه تزوج بامرأة ودخل بها ثبت إحصانه حتى يرجم ، كما لو قال وطئها أو جامعها
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وبه قالت الثلاثة . وقال محمد لا يثبت إحصانه
فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقر بها أو آتاها . ولو شهد أربعة أنني زني بامرأة وأربعة

(١) في الأصل تغليط ، والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه .

أخرى مرة أخرى فرجم ورجع الفريقان ضمنوا ديبته بالاجماع وحدوا للذف عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد . وقال محمد رحمه الله لا يحدون ، وبه قال الشافعي « رح » .

ولو شهدوا على الزنا وأقر مرة به حد عند محمد « رح » ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لأن البيعة وقعت معتبرة ، فلا تبطل بالاقرار ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يحد ، وهو الأصح . وإذا أقر أربع مرات لا يحد عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك وأحمد رحمهما الله ، فإن عندهم يحد القاضي إذا أمر بالرجم أو بالجلد هل يسمى مع من لم يماين الشهادة أو سبب وجوب الرجم أو الجلد ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يسمى ، وعند محمد لا يسمى لمن لم يشأها ، وأقنى فقهاؤنا وراهم الفى^(١) بقول محمد « رح » لعله الفساد على القضاء ، فلا يؤمنون على الخصوص في الحدود التي تندرىء بالشبهات ، وقد فصل بمض المشايخ في ذلك ، فقال القضاة أربعة :

عالم عادل ، وهذا واجب الطاعة ، فيجب الاتجار .

وعادل : وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما ثبت عنده ، فإذا أخبر بما يوافق الشرع قبل قوله وعمل به .

وظالم عالم جاهل . وهذان لا يقبل قولهما ، ولا يلتفت اليهما .

وقيل يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده ، فإن وافق مقتضى عمله عمل به ، وإن ظهر فيه أنه ظلمه ترك .

(١) الجملة بهذا السياق في الأصل . اهـ مصححه .

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد
الشهود عليه بذلك ، فعليه الحد ، وكذلك إذا أقر وريحها موجودة ،
لأن جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد . والأصل فيه قوله عليه السلام

(باب حد الشرب)

أي هذا باب في بيان حكم حد الشرب . قدم حد الزنا على الشرب لما أن دعاء الطبع
إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق ، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب . وفي الزنا قتل
النفس . وفي شرب الخمر فوات العقل ، وكأن العقل كالتابع للنفس ، وأخرج القذف
عن حد الشرب لأن الجريمة في الشارب دون القاذف ، لأنه يحتمل أنه صدق في القذف
بأن كان المقذوف زانياً ، ولهذا كان حد القذف أحق من الجبيع ، وتأخير حد السرقة لما
أنه شرع لصيانة الأموال ، والمال تبع .

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أي والحال أن ريح الخمر موجودة في فيه
(أو جاءوا به سكران) أي جاءوا به إلى مجلس القاضي حال كونه سكران (فشهد
الشهود عليه بذلك) أي بشرب الخمر (فعليه الحد ، وكذا إذا أقر) أن يشرب الخمر
(وريحها موجودة) أي والحال أن ريحها موجودة في فيه ، ذكره حين الريح بالتأنيث ،
لأن الريح من الأسماء المذكورة السماعية (لأن جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد) أي
والحال أن العهد لم يتقدم في الحدود إلا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق
على ما يأتي الآن .

(والأصل فيه) أي في هذا الباب (قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ

ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه فإن أقر بعد
ذهاب رائحتها لم يجد عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف
«رح» . وقال محمد

(ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه) هذا الحديث رواه الجماعة من الصحابة
رضي الله عنهم عن أبي هريرة ، أخرج حديثه أصحاب السنن إلا الترمذي عن أبي سلمة
عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد
الرابعة فاقتلوه ، ورواه ابن حبان «رح» في صحيحه ، وقال معناه إذا استحل ولم يقبل
التحريم ، ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وعن معاوية «رض» أخرج حديثه الجماعة إلا النسائي عن أبي صالح عنه قال : قال
رسول الله ﷺ من شرب الخمر فاجلدوه .. الحديث . وعن ابن عمر رضي الله عنها أخرج
حديثه أبو داود قال ، قال رسول الله ﷺ نحوه وقال في الخامسة إن شربها فاقتلوه ،
وعن قبيصة بن دويت (١) أخرج حديثه أبو داود عنه أن النبي ﷺ قال من شرب الخمر
فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ،
فأتى برجل قد شرب فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ثم أتى به فجلده ، ثم
أتى به فجلده ، ورفع القتل ، وكانت رخصة ، وفي قصة قبيصة خلاف .

وعن جابر أخرج حديثه ابن ماجه مرفوعاً من شرب الخمر فاجلدوه .. إلى آخره .
وعن عبد الله بن عمر وأخرج حديثه الحاكم في المستدرک مرفوعاً نحوه . وعن جرير
أخرج حديثه الحاكم أيضاً مرفوعاً نحوه . وعن ابن مسعود «رض» أخرج حديثه
الطبراني في معجمه .

(فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد

(١) هكذا رسم الاسم في الأصل وليس كذلك وربما هو ما ورد في تقريب التهذيب

قبيصة بن ذؤيب من رواية الجماعة ، اه مصححه .

«رح» يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» يحد ، فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير انه مقدر بزمان عنده اعتباراً بحد الزنا ، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر :

يقولون لي إنك شربت مدامة فقلت لهم لابل أكلت السفرجلا

رحه الله يحد) وبه قالت الثلاثة (وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمه الله يحد ، فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد «رح» (اعتباراً بحد الزنا) فقدر بشهر ، لأن ما دونه قريب (وهذا) بمعنى تقدير الزمان (لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان) ولا بد من تقدير زمان ، أما أن ذلك بستة أشهر أو شهر واحد ، فلم في موضع آخر .

(والرائحة قد تكون من غيره) أي من غير شرب الخمر (كما قيل شعر :

يقولون لي إنك شربت مدامة فقلت لهم لابل أكلت السفرجلا)

بروي الثبت بكلمة قد شربت ، وهي رواية المطرزي في المغرب ، وبدونها وهي رواية الفقهاء ، فعلى الأول تسقط همزة الوصل من إنك في اللفظة ، وعن الثاني تحرك بالكسر بضرورة الشعر ، ولا تسقط . ويجوز تحريك همزة الوصل في الجود والانصب . قوله إنك بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء ، هو أمر من نكه ينكه بأمره بأن ينكه ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب ، وأصله من النكحة ، وهي ربح الفم ، ونكحته إذا شممت يحد . قال الجوهري واستنكه الرجل نكحة في وجهين نكه ينكه نكهاً إذا أمره أن ينكه ليعلم أنه شارب أو غير شارب ، وكلامه يدل على أنه يأتي من باب منع يمنع ، ومن باب ضرب ، وهو يتعدى ولا يتعدى ، والمدامة إسم من أسماء الخمر . وقال الأترزي والمدامة بمعنى المدام ، وهو الخمر ، قلت لا يحتاج أن يقال بمعنى الخمر ، لأن كليهما من أسماء الخمر .

وعندهما يقدر بزوال الرائحة ، لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه
فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ، ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة
على الشرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ،
والتمييز بين الروائح

(وعندهما) أي وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (يقدر) أي التقادم (بزوال
الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه ، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه) هذا
عن عبد الله بن مسعود « رض » غريب بهذا اللفظ . وروى عبد الرزاق في مصنفه ففعلوا
ثم عاد به من الغد ودعى بسوط ثم أمر بشمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم
قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه تترزه أمر من الترترة بتأمين عن عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى بسكران قال تترزه واستنكهوه ومزمزوه ، ففعلوا
ثم عاد به من العدو ودعا بسوط ثم أمر بخرقه فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم
قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه .

قوله تترزه أمر من الترترة بتأمين مثلثتين من فوق ، وهي التحريك ، وكذلك مزمزوه
أمر من المزمزة بزأمين معجمتين ، قال صاحب المغرب الترترة التثلثة ، والمزمزة التحريك
الشديد . قوله استنكهوه ، أمر من الاستنكاه ، وهو طلب النكحة ، وهي رائحة الفم ،
وقدم الكلام فيه آنفاً . وقال أبو عبيد « رح » أنكروا بعض أهل العلم هذا الحديث ،
لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرأ بها الرد والإعراض ، وعدم الأسماء احتمال
للدرة كما فعل رسول الله ﷺ حتى أقر ما عزر ، فكيف يأمر ابن مسعود « رض » بالثلثة
والترترة والاستنكاه ، حتى يظهر سكره ، فلو صح فتأويله أنه جاء رجل مولع بالشرب
مدمن ، فاستجازه كذلك انتهى . قلت ليس في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه
أتى به ، وهو مقر حتى يضعف هذا بذاك ، وإنما أتى به وهو سكران ، فقال تترزه إلى
آخره ليعلم أنه سكران أم لا .

(ولأن قيام الأثر) أي أثر الخمر (من أقوى دلالة على الشرب) أي على قرب المهد
(وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره) أي اعتبار الأثر (والتمييز بين الروائح

ممكن للمستدل ، وإنما يشتبه على الجهال ، وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد «رح» ، كما في حد الزنا على ما مر تقريره ، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود «رض» ، وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

ممكن للمستدل) هذا جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره (وإنما يشتبه) أي الأثر (على الجهال) بضم الجيم وتشديد الهاء جمع جاهل ، وأراد بالجهال الذين لا يميزون الروائح (وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره) أن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه .

(وعندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود «رض») وقد شرط (أي ابن مسعود) قيام الرائحة على ما روينا (بمعنى قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه . وقال الأكل رحمة الله فيه نظر ، لأن الاجماع عقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود . ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود «رض» وهو قيام للرائحة أجمع عليه الباكون ، وأيضاً كلام ابن مسعود «رض» شرطية ، والشرطية الوجود تقيد الوجود عند الوجود لا غير . جواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط ، بل انتفاء الجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولاً . وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، انتهى كلامه .

قلت قوله ولا كذلك لا دليل على مجرد النفي ، وهو لا ينافي الضمان الدليل قوله يقيد الوجود عند الوجود لا غير ، يعني لا يوجب العدم عند عدمه ، فلهذا يجب الحد عند وجود الرائحة ، ولا ينعدم عند عدمها . قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة ، باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم ، بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك

فان أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو هو سكران، فذهبوا به من
مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم
جميعاً، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا، والشاهد لا يتهم به
في مثله. ومن سكر من النبيذ حد

التقدير، لأن إجماعهم لا يصح بدون رأي ابن مسعود رضي الله عنه، وهو لم ير الحد
عند انقطاع الرائحة.

فان قلت إن لم يوجد الاجماع فقد وجد النص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام من
شرب الخمر فاجلدوه، وليس فيه اشتراط الرائحة. قلت قد خص منه الشرب
اضطراً أو إكراهاً، فتمكنت الشبهة، فلا يصح إيجاب الحرية. قوله وهما متنافيين.
قلت الحديث من قبل الاحاد، ومثله لا يثبت الحد، والاجماع حجة قطعية، فيثبت به.
(فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه، أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر
فيه الإمام، فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به) بهذا السكران، أي انقطع ريح الخمر قبل
أن يشهد بهذا السكران إلى الإمام (حد في قولهم) أي قول أئمتنا الثلاثة (جميعاً) يعني
بلا خلاف بينهم، لأن زوال الرائحة بالمدر لا يضر، وفي المحيط كما لو زالت الرائحة
بالمعالجة، والأصل فيه قوماً شهدوا عند عثمان رضي الله عنه على عقبة «رح»
بشرب الخمر، وهو كان بالكوفة، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحد (لأن هذا
عذر كبعد المسافة في حد الزنا، والشاهد لا يتهم به في مثله) يعني في صورة زوال
الرائحة بالمدر.

(ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ على وزن فعيل بمعنى مفعول، وهو الذي يعمل
من الأشربة من التمر والنبيذ والعسل والحنطة والشعير والذرة والأرز، ونحو ذلك من
نبذت التمر إذا القيت على غلبته الماء لتخرج على حلاوته البتة. وسواء كان مسكراً أو غير
مسكر، فإنه يقال له نبيذ، ويقال للمعتصر من العنب نبيذ الماء، يقال للنبيذ خمر وما
يتخذ من الزبيب شيثان نقيع ونبيذ، فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً لتخرج

لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيد ، وسنين

حلاوته إلى الماء ، ثم يطبخ أدنى طبخة ، فما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد
وقذف بالزبد يحرم .

وأما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل به ما دام حلواً وإذا
غلا واشتد وقذف الزبد عليه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر يحل شربه
ما دون السكر . وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر
والنضيق والنبيذ ، فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام
حلواً وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، عن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي
والتقوي إلا المعدي السكر .

وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل . وإنما قال ومن سكر من النبيذ
قيد بالسكر فيه ، لأنه شرط بخلاف الخمر ، فإنه يجب بشرب قطرة منها بدون
السكر بالإجماع ، والحد في غير الخمر لا يجب إلا بالسكر ، وبه قال النخعي
وأبو وائل . وقال مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي والحسن وقتادة
وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم يحل في قليله وكثيره كالخمر والسكر ليس بشرب
إذا كان هو المسكر .

(لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ) هذا أخرجه
الدارقطني في سننه عن سعيد بن ذي لغوة أن أعرابياً شرب في خلافة عمر رضي الله عنه
نبيذاً فسكر فضربه الحد ، قال الدارقطني هذا لا يثبت ، ورواه العقيلي في كتابه وزاد
فيه فقال الأعرابي إنما شربته من أدائك ، فقال عمر إنما جلدتك على السكر ، وأعله سعيد
هذا مجهول ، قال واستند تضعيفه عن البخاري ، وقال في التنقيح قال ابن المدي سعيد
هذا مجهول .

فإن قلت قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية . قلت وعديبانه بقوله (وسنين

الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى . ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ، لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار

الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى) ويأتي بيانه في هذا الباب عن قريب .

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) أي تقيأ الخمر (لأن الرائحة) قال الأترابي يرد على تعليقه هذا إشكال ، لأنه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدلة قطع الإجماع إن الإحتمال هنا سكر . ثم قال وتكلف بعضهم في توجيه ذلك ، فقال الإحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والاحتمال ، كمن لم يعاينه والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصار . وقال أيضاً أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاكال لمن لم يعاينه ، وفيه نظر ، لأن من عاين الشرب بنى الأمر على عيان وتمين لا على استدلال ويحي .

وتحمين صاحب الهداية ثبت التمييز في صورة الاستدلال لا صورة العيان ، فقد وقع . إذ كلام هذا الشارح عن كلامه فرقاً ، انتهى . قلت أراد بقوله وتكلف بعضهم فإنه كذا ذكره في شرحه والأكمل أيضاً أخذ كلامه هذا ، وذكره في شرحه وذكر الحوانين واستحسن الجواب الثاني . وقال في وجه حسنه لاشتماله على تغير تفسير المستدل ، فانه يدل على أن المستدل هو من معه دليل ، وهو معاينة الشرب ، والجاهل هو من ليس معه ذلك ، ثم قال ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة (محتملة) على مذهب محمد رحمه الله .

(وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار) على قولها ، فلا يلزم بشيء ، وحديث عمر رضي الله عنه حجة أيضاً ، فانه لم يحده بوجود الرائحة ، ولا يثبت بمثله الحد كالبنج ولبن الرماك ، وبه قالت الثلاثة . وفي النهاية وهو مخالف لما ذكر الإمام المحبوبي في جامعهم . وعن أبي حنيفة « رح » أن من زال عقله بالبنج إن علم أنه بنج ، فحينئذ لا يقع طلاقه وعقاقه ، وإن لم يعلم يقع ، ثم قال والسكر من هذه الأشربة ، وأشار إلى الأشربة المتخذة

فلا يحسد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن
السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ، وكذا
شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحسد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً
لمقصود الإنزجار ،

من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والشهد والمسل والفرصاد وغيرهما حرام بالإجماع ،
لأن السكر من البنج حرام لأنه مأكول غير مشروب ، فمن المشروب أول بعض المشايخ ،
قالوا في زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لتشوحه (١) لغو هذا
الفصل فيما بين الناس .

(ولا يحسد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من
المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله ، لأن
السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب ، وقد ذكرناه الآن بما فيه الكفاية .
وقال الأكمل هذا ليس بصحيح ، لأن رواية المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج
حرام لا على أن البنج حرام . وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ، ولا يأتي بينهما
انتهى . قلت فيما قاله تقوية لمن يولع بالبنج ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . وقال في أشربته
الخاصة وشرب البنج للتداوي ، ولا بأس . فان ذهبت بعقله لم يحسد ، وإن سكر منه
لم يحسد عندهما ، خلافاً لمحمد « رح » . قلت ينبغي اليوم أن يفني بقول محمد « رح » ،
قطعاً لمادة الفساد .

(وكذا شرب المكره لا يوجب الحد) لعدم اختياره (ولا يحسد حتى يزول عنه السكر
تحصيلاً لمقصود الإنزجار) لأنه إذا حد في حال السكر لا يجيء بألم الحد ، حتى يؤيده
ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه جلس سكران إلى حين يصح ، فلما صح حده وبه
قالت الأئمة الثلاثة .

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة «رض» ،
يفرق على بدنه ، كما في حد الزنا على ما مر ، ثم يجرّد في المشهود
من الرواية . وعن محمد «رح» أنه لا يجرّد إظهاراً للتخفيف ،
لأنه لم يرد به نص

(وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً) أي حد الخمر كيف ما شربها قليلاً كان
أو كثيراً بعد أن كان عن طوع سكر أو لم ينكر بسكر ، ولو شرب قطرة وحد السكر
بضم السين ، وفي غير الخمر ثمانون سوطاً ، والحد في الخمر غير موقوف على السكر بالإجماع ،
وفي غيرها من السكران موقوف على السكر عندنا ، خلافاً للأئمة الثلاثة على ما يجيء في
الأشربة إن شاء الله تعالى (لإجماع الصحابة «رض») أي على الثمانين ، وروى البخاري
في صحيحه عن حديث السائب بن يزيد «رض» وقال كذا فعلوا بالشارب على عهد
الله ﷺ وأمره أبو بكر رضي الله عنه وصدراً من خلافة عمر رضي الله عنه ، فنقوم إليه
بأبنا ونعالنا وأرديتنا (١) ، حتى كان آخر أمره عمر رضي الله عنه فجلد أربعين ، حتى إذا
عتوا فسقوا جلد ثمانين ، ولا ينكر أن عمر رضي الله عنه جلد ثمانين بمحضرة أصحاب رسول الله ﷺ
فلم ينكر عليه أحد منهم فحمل الإجماع .

ويقول قال مالك وأحمد رحمهما الله وفي رواية واختاره ابن المنذر «رح» . وقال
الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية أربعون ، فلو ضرب قريباً من ذلك بأطراف الثياب
والنعال ، كفى على أصح الوجهين عنه ، ولو رأى الامام أن يجلده ثمانين جاز على الظهر .
(يفرق على بدنه) أي يفرق الثمانون على بدنه (كما في حد الزنا على ما مر) في فصل
كيفية الحد (ثم يجرّد في المشهود من الرواية) أي ثم يجرّد المهدود عن ثيابه في جميع
الحدود والتعزير إلا الأزار احترازاً عن كشف العورة إلا حد القذف ، فإنه يضرب ،
وعليه ثيابه إلا الحشوات والفرو ، فإن ذلك يتزعزع وسيجيء بيانه في باب إن شاء الله تعالى .
(وعن محمد «رح» أنه لا يجرّد إظهاراً للتخفيف ، لأنه لم يرد به نص) أي لعدم

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة ، فلا يعتبر ثانياً وإن كان
عبدأ فحده أربعون ، لأن الرق منصف على ما عرف

ورود النص بذلك . وقال الأتراسي « رح » . وقال بعضهم في شرحه ، أي نص قاطع
فيه نظر ، لأنه لا حاجة إلى التقييد بالقطع ، لأنه لم يرد بالتحريم نص أصلاً في كتب
الحديث . قلت أراد بقوله قال بعضهم الكاكي فإنه قال لم يثبت بالنص ، لأنه لم يرد به
النص القاطع ، كذا قيل ، وهو إيصاله به إلى غيره ، وأما الأكمل فإنه قال يرد به نص ،
أي بالحد نص قاطع أو بالتجريد نص ، ويقول محمد « رح » قالت الثلاثة .

(وجه الظاهر) أي من الرواية (أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد ،
حيث لم يجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانياً) من حيث الصفة بترك التجريد . وقال
الأكمل فيه بحث من وجهين ، الأول أنه ليس لأحد المجتهدين التصرف في القدرات الشرعية ،
والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف ، لأنه روي أنهم ضربوا في زمان النبي ﷺ بالأحكام
وبالأيدي وغير ذلك ، ثم جلد أربعين ، فالتقدير بعد ذلك تغليظ لا تخفيف . والجواب
أن قوله إنا أظهرنا التخفيف ، هذا كلام عن السلف المجتمعين ، والتخفيف إنما هو باعتبار
أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا ، إذ هو الفاعل المختار ، وحيث
لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه ، ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم مجرد من
أظهر التخفيف ، فلم يقدرُوا انتهى . وأما من أظهر التخفيف الذي كان ثانياً بترك التنصيص ،
واليه أشار بقوله دره لطائفه (١) .

(وإن كان) أي المحدود (عبدأ فحده أربعون ، لأن الرق) أظهرنا التخفيف
درهأ لطائفه ، وإن كان « أي المحدود التخفيف » عبدأ فحده أربعون ، لأن الرق
(منصف على ما عرف) في فصل كيفية الحد وإقامته . وقال الأتراسي على ما عرف ،
أي في أصول الفقه .

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل ، وهو غير مطرد ، وربما فيه خطأ من الناسخ ،

ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يجد ، لأنه خالص حق
الله تعالى ، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ، ويثبت بالإقرار مرة
واحدة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يشترط الإقرار مرتين ، وهو
نظير الاختلاف في السرقة ، وسنينها

(ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحين هو بنقع التمر إذا غلا ولم يطبخ ، كذا
فسره الناطقي في الأجناس . وقال في الخمر السكر كل شراب أسكر . وقال في ديوان
الأدب السكر خمر النبيذ . وقال في الجمل السكر شراب . وقال في المغرب السكر عصير
الرطب ، والمراد هنا ما ذكر الناطقي ، وإنما خصه بالذكر مع أن الحكم سائر الأشربة
كذلك ، حيث يصح رجوعه ، لأن السكر كان الغالب في بلادهم .

قال الأترابي ولا يروى السكر بضم السين ، لأن شرب الخمر محال ، اللهم إلا إذا
قبل أنه معطوف على الشرب لا على الخمر ، على أن معنى أقر بشرب الخمر أو أقر بالسكر
فذلك صحيح من حيث العربية ، لكن إلا السماع لم يقع إلا على الأول ولكن الإقرار
بالسكر لا يخلو إما أن يكون بعد زوال السكر ، أو حال السكر ، فالأول لا يجوز
للتقدم . والثاني أيضاً لا يجوز ، لأن السكر لا يحل يجد بإقرار وهي مسألة آخر الكتاب .
ورأيت في نسخة شيخي العلامة للبرهاني رحمه الله بفتحين . وكتب نسخة بخط شيخي
وكتب على الحاشية ، والرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين . ويروى بضم
السين ، ثم قال هكذا فادني شيخي رحمه الله .

(ثم رجع لا يجد ، لأنه خالص حق الله تعالى) لأنه لا يكذب له في الرجوع ، وهو
خالص حق الله تعالى ، فصار كالرجوع في الإقرار بالزنا (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ،
ويثبت بالإقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعامة أهل العلم .

(وعن أبي يوسف « رح ») وهو قول زفر « رح » (أنه يشترط الإقرار مرتين) في
يجلسين اعتباراً لعدم الإقرار بعد المشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنينها

هناك إن شاء الله تعالى . ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ،
لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان . والسكران الذي
يحدوهو الذي لا يعقل منطقاً

هناك إن شاء الله تعالى) أي سنيين هذه المسألة في السرقة إن شاء الله تعالى (ولا يقبل فيه)
أي في حد الشرب (شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم فيه خلاف (لأن فيها) أي في
شهادة النساء مع الرجال (شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) ذكر هذه الأشياء الثلاثة
إشارة إلى ما في قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة إلى قوله
﴿ فتذكر إحداها الأخرى ﴾ ، من رجالكم ، أي من أهل ملتكم . أما شبهة البدلية ،
فلأن الله تعالى أثبت شهادتين مع الرجال عند عدم محض الرجال وما يكون عند عدم
شيء آخر يكون كالبدل عنه ، كما في الوضوء والماء .

قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية ، لأن شهادة النساء في المواضع التي حازت
شهادتين يجوز من غير ضرورة المعجز عن إظهار الرجال ، بخلاف سائر الأبدال . وأما تهمة
الضلال فلأن الله تعالى قال ﴿ أن تضل إحداها ﴾ ٢٨٢ البقرة ، أي أن لاتصدق إحداها
فتذكر إحداها الأخرى أن لا تهتدي إحداها للشهادة ، من ضل الطريق إذا لم يهتد إليه ،
فتذكر الأخرى . وأما النسيان فيؤخذ من تذكير إحداها الأخرى . وفي التفسير الضلال
النسيان ، فالمعنى على هذا من أضل ، أي تضل إحداها الشهادة ، أي تنسى فتذكرها
الأخرى ، فعلى هذا يكون قوله والنسيان بالمعطف على الضلال عطف تفسير ، كذا
قاله شيخنا العلامة .

فاذا كان كذلك صارت البدلية والنسيان شبهة ، فلم يسمع شهادتين في باب الحدود ،
لأنها تندريء بالشبهات كالشهادة لا تسمع في باب الحدود ، يؤيده ما روي عن الظهري أنه
قال مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في
باب الحدود والقصاص .

(والسكران الذي يحدوهو الذي لا يعقل منطقاً) قال الجوهري المنطق الكلام ، رقد

لا قليلاً ولا كثيراً ، ولا يعقل الرجل من المرأة . وقال
العبد الضعيف هذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالوا هو الذي يهذي
ويختلط كلامه ، لأنه هو السكران في العرف ، واليه مال أكثر

المشايع « رح »

نطقاً منطقاً وأنطقه غيره (لا قليلاً ولا كثيراً) أي لا منطقاً قليلاً ولا منطقاً كثيراً (ولا
يعقل الرجل من المرأة) وفي الفوائد الظهيرية ولا يعرف الأرض من السماء .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (وهذا) أي المذكور في حد السكران
(عند أبي حنيفة رضي الله عنه) إنما بين الخلاف بقوله لأن المذكور أولاً من مسائل الجامع
الصغير ، ولم يذكر فيه الخلاف .

(وقالوا) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (هو) أي السكران (الذي يهذي)
بفتح الياء وسكون الهاء وكسر الذال المعجمة . قال الجوهري هذا في منطقته يهذي ويهذو
هذواً وهذياً . قلت الهذيان كلام محيط مختلط من غير أن يفيد شيئاً (ويختلط كلامه)
يصلح أن يكون تفسيراً مبرزاً لقوله يهذي (لأنه) أي لأن الهذي يهذي ويختلط كلامه
(هو السكران في العرف) أي في عرف الناس وعاداتهم ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك
وأبو ثور رحمهم الله . وإن كان نصف كلامه هذياناً ، ونصفه مستقيماً فليس بسكران
(واليه) أي إلى قولها (مال أكثر المشايخ « رح ») كذا في المبسوط ، واختاره للفتوى .

وعن بشر بن الوليد « رض » سألت أبا يوسف من السكران الذي عليه الحد ، قال
يستقرأ أن يقرأ ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ولا يقدر عليه . فقلت له غير هذه السورة ،
وربما أخطأ فيه الصاحي ، قال لأن الله تعالى بين الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران ،
لأن واحد من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران ، وقرأ هذه السورة ،
بخلاف ما أنزلت ، فنزل قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقرّبوا الصلاة وأنتم سكارى ﴾
٤٣ النساء ، فثبت أنه إذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف أنه سكران ، كذا ذكره
الفقيه أبو الليث رحمه الله ، يدل عليه ما حدثه الترمذي « رح » في جامعهم بإسناده إلى

وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درهماً للحد، ونهاية السكران
أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وما دون ذلك
لا يعرى عن شبهة الصحو ،

عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال صنع لنا عبد الرحمن بن
عوف رضي الله عنه طعاماً ، فدعانا وسقانا من الخمر ، فأخذت الخمر منا ، وحضرت
الصلاة فقدموني فقرأت ﴿ قل يا أيها الكافرون ، لا أعبد ما تمبدون ﴾ ونحن لمبدنا تمبدون ،
قال فأقول لما أنزل الله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى
تعلموا ما تقولون ﴾ ٤٣ النساء .

وقال الكاكي السكاكي وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ، ثم أن بعض
الشرطة أتى بسكران إلى أمير بلخ ، فأمر الأمير أن يقرأ هذه السورة ، فقال السكران
له اقرأ أنت سورة الفاتحة ، فلما قال الأمير الحمد لله ، قال له السكران قف أخطأت من
وجهين ، أحدهما أنك تركت التعمود عند افتتاح القراءة ، والثاني تركت التسمية وهي آية
من أول الفاتحة عن بعض الأئمة والقراء ، فنجعل الأمير وجعل يضرب الشرطي ويقول له
أمرتك أن تأتيني بسكران فأتيتني بمقريء بلخ .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درهماً للحد) أي
دفعاً له ، ألا ترى أن في الزنا يعتبر المخالطة كالليل في المكحلة ، وفي السرقة يعتبر الأخذ
من الحرز التام ، فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر ، وهو أن يبلغ مبلغاً لا يعرف
الأرض من السماء والرجل من المرأة . وإذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الأشربة
الحرمة لا يحد ، لأن السكر تناقص في النقصان شبهة لعدم ، بخلاف الخمر حيث لم يشترط
فيها السكر أصلاً ، لأن حرمتها غليظة قطعية ، لأنها اجتهادية .

(ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل ، فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون
ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعني إذا كان يميز بين الأشياء ، عرفنا أنه مستعمل لعقله
مع غاية في السرور ، فلا يكون ذلك نهاية في السرور وفي النقصان شبهة لعدم ، والحدود
تدريء بالشبهات بالزمان .

والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً
بالاحتياط . والشافعي « رح » يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته
وأطرافه وهذا مما يتفاوت ، فلا معنى لاعتباره ، ولا يحسد السكران
بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره ، فيحتال لدرته ،
لأنه خالص حق الله تعالى ،

(والمعتبر في القدح المسكر) يعني في الأشربة المحرمة غير الخمر المعتبر في القدح الذي
يحصل به السكر (في حق الحرمة ما قالاه) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو
الذي يهذي ويخط كلامه .

حاصل الكلام المبلغ في السكر هو الذي قالاه ، وأشار بقوله (بالاجماع أخذاً) أي
أن أبا حنيفة درأ الحد (بالاحتياط) فاعتبر في إيجاب الحد النهاية ، إذ الاحتياط في الدرء
واعتبر في حق الشرب ما قالاه ، لأن الاحتياط فيه (والشافعي « رح » يعتبر) يعني السكر
(ظهور أثره) أي أثر السكر (في مشيته) بكسر الميم (وحركاته وأطرافه) أي في
يديه ورجليه . وقال الأترابي وصاحب الهداية في هذا الكلام فخر الإسلام السردري
قال في شرح الجامع الصغير إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو السكران .
ولنا فيه نظر ، لأن الشافعي « رح » يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر به جنسه . وإن
قل وهو المذكور في كتبهم ، ولا يعتبر السكر أصلاً .

(وهذا) أي الذي قاله الشافعي « رح » (مما يتفاوت) لأن كم من صاح يتأيل ويلزق
في مشيته ، وكم من سكران ثابت في مشيته ولا يتأيل (فلا معنى لاعتباره) أي لاعتبار
ما قاله ، لأنه لا يكون دليلاً (ولا يحسد السكران بإقراره على نفسه) يعني بالحدود الخالصة
حقاً لله تعالى ، نحو حد الزنا والشرب والسرقة (لزيادة احتمال الكذب في إقراره) لأن
الإقرار خبر محتمل الكذب ، فإذا صدر من سكران فهذا زيادة احتمال كذبه ، فإذا كان
كذلك (فيحتال لدرته) لأن الحدود يحتمل لدرتها لا لإثباتها (لأنه خالص حق الله تعالى)
إلا أنه يضمن المروق ، لأنه حق العبد .

بخلاف حد القذف، لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته، لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح». وفي ظاهر الرواية تكون ردة.

(بخلاف حد القذف، لأنه فيه حق العبد) إلا أنه يحد حد القذف إذا صح (والسكران فيه) أي في حق العبد (كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته) كالقصاص أقر على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح إقراره .

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته) في الاستحسان . وفي القياس تبين كذا في المبسوط (لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق) الاعتقاد (مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي ظاهر الرواية تكون ردة) لأن كلامه هذا هذان لا إقرار له، والله أعلم بالصواب .

* * *

باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب
المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً ،

(باب حد القذف)

أي هذا باب في بيان حكم حد القذف ، وهو في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحسن إلى الزنا صريحاً أو دلالة ، فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى المقذوف والقذف من الكبائر بإجماع الأئمة ، لقوله ﷺ اجتنبوا الموبقات قبل ما هن يا رسول الله ﷺ ، قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرمها الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ، متفق عليه .

(وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة) أي أوقذف امرأة (محصنة بصريح الزنا) بأن قال المحصن يا زاني ، والمحصنة يا زانية ، أو قال يا ولد الزنا ، أو يا ابن الزنا ، أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة (وطالب المقذوف بالحد) أي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم (يحده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً) هذا مشتمل على قيود :

الأول : وجود الحد بالقذف ، سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة .

الثاني : أن يكون القاذف من أهل العقوبة ، وإلا فلا حد عليه كالصبي والمجنون .

الثالث : التقييد بصريح الزنا ، لأن حد القذف لا يجب بالكتابة ، حتى لو قال رجل لرجل يا زاني ، فقال رجل آخر صدقت لم يحمد المصدق ، لأنه ما صرح بنسبته إلى الزنا بتصديقه إياه .

الرابع : أن يطالب المقذوف والأقذف ترك حقه ، فلا يستوي الحد حينئذ .

لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ الآية؛ النور، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع، وفي النص إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء، إذ هو مختص بالزنا،

الخامس : قيد بالحر ، لأن القاذف إذا كان عبداً فحده أربعون على ما يأتي .

السادس : قيد الرجل ثمانين في الحر ، لأن ذلك منصوص في الآية .

السابع : الشرط كون المقذوف محصناً على ما يأتي .

(لقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ إلى أن قال ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ .. الآية ؛ النور ، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع) أي بإجماع العلماء . قال الأكل « رح ، ملخصاً من كلام صاحب النهاية . واعترض أن التقييد بصريح الزنا غير مقيد لتحقيق بدونه بأن قال لست لأبيك ، وكان القياس أن لا يجب المطالبة ، لأن حق الله فيه غالب ، والمغلوب في مقابله كالمستهلك وحيث فليست مطالبة المقذوف بلازمة ، فإن ابنه إذا طالبه حد .

والجواب أنه إذا قذفه بصريح ووجد الشروط وجب الحد لا محالة ، فتلك قضية صادقة . وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس ^(١) لأن التقييد لإخراج ما كان فيه بطريق الكتابة ، مثل أن يقول إنازاني ، فقال الآخر صدقت لا آخر لما ذكرت وحق العبد ، وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالياً للدرء ، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف، ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه .

(وفي النص إشارة إليه) أي إلى الرمي بالزنا (وهذا شرط ^(٢) أربعة من الشهداء) حيث قال فإن لم يأتوا بالشهداء (إذ هو مختص بالزنا) الضمير في إذ هو يرجع إلى اشتراط

(١) مكذبا في الأصل .

(٢) وهو اشتراط أربعة - هامش .

ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا . قال ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا ، ولا مجرد من ثيابه ، لأن سببه غير مقطوع به ، فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا ، غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لأن ذلك يمنع إيصال الألم به ، وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق

الأربعة ، معناه أن الزنا هو المختص بأربعة شهداء (ويشترط مطالبة المقذوف ، لأن فيه حقه من حيث دفع العار) صورة المطالبة أن يقول هذا قذفتي وأن لي عليه حد القذف فأتا أطلبه بذلك . وسأل تاج الشريعة « رح » بأن الغلبة فيه لحق أبيه ، فلا يشترط الطلب . قلت الجواب قد مر آنفاً من كلام صاحب النهاية والهداية (وإحصان المقذوف) أي يشترط إحصان المقذوف (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ٤ النور .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (ويفرق على أعضائه) أي يفرق الضرب على أعضاء القاذف (لما مر في حد الزنا) أن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف ، وإنما يفرق على الأعضاء ما خلا الوجه والرأس والفرج (ولا مجرد من ثيابه) هذا أيضاً لفظ القدوري (لأن سببه) أي سبب الحد وهو القذف (غير مقطوع به) لاحتقال كون القاذف صادقاً في القذف في الواقع ، وإن كان عاجزاً عن إقامة البينة على ما قذف ، لاشتراط أمور في الشهادة على المقذوف ، فلما يتسبب للشهود تحقيق ذلك عند القاضي فلما جرى في القذف احتمال الصدق لم مجرد من ثيابه طلباً للخفة في إقامة الحد ، وهو معنى (فلا يقام على الشدة ، بخلاف حد الزنا) سببه مقطوع به لثبوته بالبينة أو بالإقرار ، فيجوز الذي يقام عليه الحد ، إلا الإزار توكياً عن كشف العورة ، فيقام على الشدة ، إلا شارب الخمر فإنه لا مجرد وقد مر .

(غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لأن ذلك) أي الفرو والحشو (يمنع إيصال الألم) أي بالمحدود (وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق) وقد مر أي الرق

والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن
فعل الزنا أما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال
الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾
٢٥ النساء أي الحرائر .

منصف (والإحصان) شرع في بيان شروط الإحصان ، وهي خمسة فبينها بقوله (أن
يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا) هذا باتفاق العلماء ، إلا ما
روي عن داود الظاهري « رح » أنه أوجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن
أبي ليلي « رح » يجب أن يحد بقذف الذميمة التي لها ولد مسلم . وعن أحمد في رواية لا يشترط
البلوغ ، بل يشترط بحيث أن يكون يجامع . وفي الأصح يشترط كالعلامة . قوله والإحصان
إلى قوله عن فعل الزنا لفظ القدوري في مختصره .

وشرع المصنف في تبين كل ذلك بدلائله فقال (وأما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان ،
قال الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ، أي الحرائر)
يعني إن شاء الله تعالى ، أراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، الحرائر ،
لا الإماء ، فدل على أن الرقيق ليس بمحصن .

وقال تاج الشريعة ، فإن قلت قال الله عز وجل ﴿ فإذا أحسن ﴾ والمراد منه الإماء .
قلت الإحصان يذكر ويراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتياطاً للدرء .

وقال الكاكي فإن قيل المحصنات جاءت في القرآن بأربع معان ، أحدها بمعنى
المعافاة . والثاني بمعنى الحرائر . والثالث بمعنى زوجات ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما
ملكتم أيانكم ﴾ والرابع بمعنى الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ فإذا أحسن ﴾ قال ابن مسعود
رضي الله عنها إحصانها إسلامها ، فيمكن أن يكون العبد محصناً يجهة ، وغير محصن
يجهة ، فكيف يلزم أن يكون الحرية شرط الإحصان في القذف . قلنا لما لم يكن العبد
محصناً من وجه لم يدخل تحت الآية لقصوره فيه ، وعليه أجمع للفقهاء .

والعقل والبلوغ ، لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما . والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن . والعفة ، لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه . ومن نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه

(والعقل والبلوغ ، لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منها) أي من الصبي والمجنون ، وبقوله قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله ، إلا أن مالكا قال في المحصنة التي يجامع مثلها تحد فاذنها وإن لم تكن محصنة .
فان قيل لو لم يتحقق قبل الزنا منها ، فينبغي أن يجب الحد على قاذف المجنون زنى حالة جنونه ، ولا يحد ، وإن قذفه بعد قاذفه . أجب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منها الذي يأثم صاحبه ولم يتحقق الزنا الموجب للإثم لعدم الخطأ . وأما الوطء الذي هو غير مملوك قد يتحقق منها ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقا قذفه ، فلا يجب الحد على القاذف ، ولا على المقذوف كمن قذف رجلا وطء الشبهة أو وطء جاريتها المشتركة بينه وبين غيره .

(والاسلام) وأما شرط الاسلام (لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (من أشرك بالله فليس بمحصن) هذا الحديث قد تقدم في حد الزنا ، رواه إسحاق بن راهويه باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ وسر الكلام فيه هناك .
(والعفة) أي وأما اشتراط العفة عن فعل الزنا (لأن غير العفيف يلحقه العار) بالنسبة إلى الزنا (وكذا القاذف الصادق فيه) فلا يحد .

(ومن نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فإنه يحد) لأن معناه أمك زانية أو زنت فولدتك من الزنا ، فلما كان في الحقيقة قذفاً للأم يشترط أن الأم محصنة حتى يحد القاذف ، وإلا فلا ، وهذا معنى قوله (وهذا) أي وجود الحد (إذا كانت أمه حرة مسلمة ، لأنه

في الحقيقة قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفي عن الزاني لا عن غيره
ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لآبيه الذي يدعي له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سباً له ،

في الحقيقة (أي في نفس الأمر هذا) قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفي عن الزاني لا عن
غيره) تقريره أن فرض المسألة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ، ونسبه من الأم ثابت
بسفين (١) ، وخفاء عن الأب المعروف ، فكان دليلاً بأنه زنى بأمه ، وفي ذلك قذف
لأمه لا محالة . وقال الكاكي « رح » ، وفي قوله هذا قذف لأمه بالزنا فكانه قال أملك
زانية ، لأنه متى لم يكن من غير آبيه ضرورة ، ولا نكاح لغير آبيه ، فكان في نفسه من
أمه إلى الزنا ضرورة .

فإن قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من آبيه ، ولا يكون ثابت أمه زانية بأن
كانت موطوءة بشبهة . قلنا إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان ، وإنما
لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه ،
وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم ، إلا أن مالكاً لا يشترط كون أمه وآبيه مسلمين
حرين ، بل يشترط نفي الإحصان ، وبه قال أحمد « رح » ، في روايته ، وفي المبسوط وجوب
الحد ما هنا بطريق الاستحسان لا القياس ، وفي القياس لا يجب إنا تركنا كالقيام بأثر
ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا يحد في قذف محصنة أو نفي رجل عن آبيه .

فإن قلت هذا كله إذا قال لست لأبيك ، فإذا قال لست لأملك ما حكمه . قلت لا يحد ، وبه
صرح في التحفة ، لأنه صدق لأن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات . وقال الأتزازي يشترط
في قوله لست أن يكون على سبيل الغضب ، وإن كان في غير غضب فلا حد بدليل
المسألة التي تلي هذه .

(ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لآبيه الذي يدعي له) وفي بعض النسخ
يدعي إليه (يحد ، ولو قال في غير غضب لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سباً له)

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل وربما هي - ييقين .

وفي غيره يراد به المعاقبة بنفي مشابهته إياه في أسباب المروءة . ولو
قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد ، لأنه صادق في كلامه ، ولو
نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب إليه مجازاً . ولو قال له
يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بجده حد القاذف ، لأنه
قذف محصنة بعد موتها ،

أي شتماً له فيحد ، لأنه يصير قاذفاً لأمه (وفي غيره) أى في غير غضب (يراد به المعاقبة
بنفي مشابهته إياه) وفي بعض النسخ أباه بالباء الموحدة (في أسباب المروءة) منها
الأخلاق الجميلة ، وعن المعاشرة مع الأصحاب وإظهار الكرم .

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرها لست بابن فلان ولا
ابن فلانة ، وهي أمه التي يدعى لها حيث لا يكون قذفاً ، مع أن القذف يراد بهذا اللفظ .
أجيب بأن قوله ولا ابن فلانة ، يعني أن أمه وإنما ينتفي منها بانتفاء الولادة ، وكان نقيماً
للولادة ونفي الولادة نفي للوطء ، ونفي الوطء نفي الزنا ، بخلاف ما إذا لم يصل لك
بمعنى ، ولا ابن فلانة نفي من الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه ، فصار كأنه قال أنت ولد
الزنا ، كذا في الذخيرة .

(ولو قال لست بابن فلان يعني جده) يعني أراد به جده لا أباه (لم يحد ، لأنه
صادق في كلامه) لأنه في الحقيقة ابن أبيه لا جده (ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه
قد ينسب إليه مجازاً) قال الله تعالى ﴿ يا بني آدم ﴾ ولما لك « رح » في الحدود روايتان ،
إلا أن يتهم جده بأمه أو أراد المسألة ويجب الحد رواية واحدة .

(ولو قال له يا ابن الزانية وأمه) أي والحال أن أمه (ميتة محصنة ، فطالب الابن
بجده حد القاذف ، لأنه قذف محصنة بعد موتها) والموت لا يزيد الإحصان بل يؤكد ،
وإنما قيد بكون الأم محصنة ، لأن الحد لا يجب على قاذف غير محصن ، لأن الله تعالى
شرط الإحصان بالأبد ، ثم الإحصان يثبت بإقرار القاذف أو بالبيننة على المقذوف ، والبيننة
رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافاً لزفر ، فانه يشترط رجلين ، فان أنكر القاذف

ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القرح في نسبه بقذفه ،
وهو الوالد والولد ، لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية ، فيكون
القذف متناولاً له معنى . وعن الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة
لكل وارث ؛ لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين ، وعندنا
ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث ، بل لما ذكرناه ، ولهذا

عن البيهقي لا يستحق القاذف ، فالقول قوله ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ، فلا
يثبت إحصانها بالظاهر ، وإنما كانت المطالبة بالحد إلى الابن ، لأن القذف بعد الموت أُلحق
الشم بالابن ، فكان حق المطالبة له لدفع العار عن نفسه .

(ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القرح) أي الطعن (في نسبه بقذفه ،
وهو الوالد والولد) وقال الفقيه أبو الليث « رح » يعني الوالد والجد وإن علا ، وولد
الولد وإن سفل ، لأن الجد يسمى أباً وولد الولد يسمى ابناً ، وليس للأخ والأخت والعم
بأن يأخذوا بالحد (لأن العار يلتحق به) أي بكل واحد من الوالد والولد (لمكان
الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى) أي من حيث المعنى ورد بأن التعليل بالحرية
غير صحيح لتخلف الحكم عنها ، وإذا كان المقذوف حياً غائباً ، فإنه ليس لأحد أن يأخذ
بحده إذ ذلك . وأجيب بأن الأصل في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه وبين حرته
يقوم مقامه ، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل ، وإنما يقع اليأس
بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته .

(وعند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة لكل وارث ، لأن حد القذف يورث عنده)
أي عند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة (على ما نبين) أي عند قوله ومن قذف غيره
ومات المقذوف بطل الحد . وقال الشافعي « رح » لا يبطل ، وبه قال مالك وأحمد
والشافعي رحمهم الله ، فمن يرثه ثلاثة أوجه ، أحدها أنه يريد جمع الورثة ، والثاني غير
من تورث بالزوجية ، والثالث يرثه المصوبات دون غيرهم .

(وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث ، بل لما ذكرناه) وهو بحق العلة (ولهذا)

ثبتت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت
لولد الإبن خلافاً لمحمد «رح» ، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد ،
خلافاً لزفر «رح» . وإذا كان المقذوف محصناً جاز لإبنه الكافر
والعبد أن يطالب بالحد

أي ولأجل ولاية المطالبة للخوف من العار (ثبتت) أي المطالبة (عندنا للمحروم عن
الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله) فإنه روي
عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد الميت ، لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه ، فلا يلحقه
الشين بزنا أمه ، ألا ترى أنه لا يدخل ابن الميت البنت في الوقف على أولاده وأولاد أولاده .
وفي الواقعات والفتوى على قول محمد . وفي ظاهر الرواية الميت النسب يثبت منه ، ويصير
الولد به كريم الطرفين ، فكان المقذوف نميناً دلالة ، أما الوقف فهو ممنوع على رواية
الحصان «رح» (١) وليس مسلم ، فالوقف في معنى الوصية التي هي أخت الميراث والولد
فيه يثبت إلى الأب دون الأم ، ألا ترى أنه لا يجب عن النصف والزوجة عن الربع
ويجبها ولد الابن ، فكذلك الحكم في الوقف .

(ويثبت) أي المطالبة (لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله) فإنه يقول
ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق
ولد الولد ، واعتبر هذا بطلب الكفارة ، فإنه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب ،
ونحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة إليه ، وذلك موجود في حق ولد
الولد كوجوده في ابنه فإن خاصم يقام الحد لخصومته ، بخلاف القذف ، فإن حق الخصومة
باعتبار تناول القاذف من عرضة مقصوداً ، وذلك لا يوجد في حق ولده ، بخلاف الكفارة
فإن طلبها إنما يثبت للاقرار لقوله ﷺ الانكاح إلى المصبات وفي الحكم المركب على
المصوبة يتقدم الأقرب على الأبعد .
(وإذا كان المقذوف محصناً جاز لإبنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) هذا لفظ

(١) هكذا الاسم في الأصل .

خلافاً لزفر « رح » ، هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه
وليس طريقه الإرث عندنا، فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى .
ولنا أنه غيره بقذف محصن، فيأخذه بالحد ، وهذا لأن

القدوري في مختصره ، وهذا إذا كان المقدوف ميتاً ، لأنه إذا كان حياً ليس لابن أن
يطالب بالحد وإن كان المقدوف غائباً ، وإنما لم يعده القدوري « رح » بالميت ، لأنه ساق
كلامه في قذف الميت قبل ذكر هذا ، حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت ، إلا من
يقع القذف في نسبه .

(خلافاً لزفر « رح ») فإنه يقول ليس له أن يطالب بالحد (وهو) أي زفر « رح »
(يقول القذف يتناوله) أي الابن (معنى) أي من حيث المعنى لا من حيث الصورة
(لرجوع العار اليه ، وليس طريقه الإرث عندنا) لأن حد القذف لا يورث (فصار كما
إذا كان متناولاً له) أي لابن أو العبد (صورة ومعنى) في رجوع العار اليه بأن قذفه
إنسان بالزنا ابتداء لا يجب الحد ، لعدم الإحصان لكفره أو ورقه ، فكذا هذا ، حاصله
لو كان متناولاً له صورة ومعنى فإن قذفه إنسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد
لعدم الإحصان المقدوف ، فكذا هذا إذا تناوله معنى قبل قوله وليس طريقه الإرث
غير مقيد له في هذا المقام ، لأنه لو كان طريقه الإرث أيضاً لم يكن له أن يخاصم ،
لأن المانع عن الإرث موجود ، وهو الكفر أو الرق ، وقيل تحريم كلامه أن
الحد إما أن يجب في هذه الصورة على الغائب لقذفه أمه أو المقدوف نفس هذا الابن لا
الكفر لا يجوز أن يكون لأجل أمه ، لأن الحد لا يورث ، ولا أن يكون لأجل نفسه ،
لأنه ليس بمحصن .

(ولنا أنه) أي أن القاذف (غيره) بالعين المهمة ، أي رماء بالعار ، يعني القاذف
غير الابن الكافر أو العبد (بقذف محصن) وهذا ظاهر ، لأن فرض المسألة فيه (فيأخذه
بالحد) لأن كل من غير بقذف محصن جاز أن يؤخذ بمجده (وهذا) إيضاح لما قبله (لأن

الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعبير الكامل إلى ولده ، والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق ، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه ، لأنه لم يوجد التعبير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا ، وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة ، لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده ، وكذا الأب بسبب ابنه ،

الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعبير الكامل إلى ولده) فجاز له أن يأخذ بالحد .

(والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) قال فاج الشريعة « رح » ، ولهذا تستحق الحقوق الراجعة إلى المعاملات كالنكاح ونحوها . وقال الأكل « رح » ، فان قيل جاز أن يكون المانع موجوداً ، فلا يثبت الحكم على المقتضى ، فأجاب بقوله والكفر لا ينافي أهل الاستحقاق استحقاق أهلية الخصومة ، لأن استحقاقها باعتبار حقوق الشين ، وذلك موجود في الولد الكافر والملوك ، لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر .

(بخلاف ما إذا تناول القذف ، لأنه لم يوجد التعبير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا) لأن شرط وجوب الحد الإحصان ولم يوجد (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) هذا لفظ القدوري « رح » صفة صورة قذف عبده وللعبد أم نسبة محصنة (ولا نلابن) أي وليس للابن أيضاً (أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) وفي الإيضاح ولا حد وإن علا ، ولا ابنه ولا أم أمه وإن لم يحلف ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية . وقال مالك في المشهور للإبن أن يطالب أباه بقذف أمه به ، قاله أبو ثور « رح » وابن المنذر (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) أي سائر الحقوق ، ولهذا إذا قتله لا يقتل به ، فكذا لا يحمد بعبده .

(وكذا الأب) أي وكذا لا يعاقب الأب (بسبب ابنه) لأن الولد مأمور بتعظيم

ولهذا لا يقاد الولد بولده ولا السيد بعبده، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب بالحد لتحقق السبب وانعدام المانع. ومن قذف غيره فمات المقدوف بطل الحد. وقال الشافعي «رح» لا يبطل، ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا،

الأبوين ومنوع عن اضرابها، ولهذا نهى عن التأقيت والضرر في الحد أكثر من ضرر التأقيت، فممتنع عنه كما يمنع من التأقيت (وبهذا (١)) أي وبعدم جواز معاقبة الوالد لأجل ولده (لا يقاد الولد بولده) أي إذا قتله لا يقتص لأجله، وهذا لفظ الحديث قد روي عن النبي ﷺ لا يقاد والد بولده.

(ولا السيد بعبده) رواه الترمذي وابن ماجه «رح» عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ، ولفظه لا يقاد الوالد بالولد، انتهى وأخرج الحاكم في المستدرک عنه في حديث طويل، ولفظه لو لم يسمع رسول الله ﷺ يقول لا يقاد مملوك عن مالك، ولا ولد عن والده لا حد فيها اذقها.. الحديث في قصة جارية مع سيدها ولا سيد، أي ولا يقاد سيد بعبده إذا قتله ليس في الحديث، ولا سيد بعبده، وقد بيناه.

(ولو كان لها ابن من غيره) أي من غير القاذف، صورة ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وأمه ميتة، ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد (له أن يطالب بالحد لتحقق السبب) أي سبب وجوب الحد وهو القذف (وانعدام المانع) أي ولأجل انعدام المانع، لأن المانع عن إقامة الحد في حق الابن ولم يوجد في حق أخيه، وهو الأبوة يجب الحد إذا طالبه.

(ومن قذف غيره فمات المقدوف بطل الحد. وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل) الحد بموت المقدوف (ولو مات) أي المقدوف (بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا

(١) ولهذا - هامش.

خلافاً له بناء على أنه يورث عنده، وعندنا لا يورث، ولا
خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد، فإنه شرع لدفع العار عن
المقذوف، وهو الذي ينتفع به على الخصوص، فمن هذا الوجه حق
العبد، ثم أنه شرع زاجراً، ومنه سمي حداً؛ والمقصود من شرع
الزاجر إخلاء العالم عن الفساد،

خلافاً له (أي للشافعي « رح ») (بناء على أنه يورث عنده) أي بني هذا الخلاف بناء على
أن حد القذف يورث عند الشافعي (وعندنا لا يورث) ولا خلاف أن فيه (أي في حد القذف
(حق الشرع وحق العبد) وهذا لا خلاف فيه ، أما كونه حق الشرع فمن حيث أن
نفعه يقع عاماً بإخلاء العالم عن الفساد ، لأنه ليس ثمة آدمي يختص به ، وأما كونه حق
العبد فلأن فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الارث
ولا يجري فيه التداخل ولا يسقط باسقاط العبد .

وحد العبد يجري فيه الارث ، ولا يجري فيه التداخل ، وأسقط باسقاطه ، وقد
أشار المصنف إلى هذا بقوله (فانه) أي فان حد القذف (شرع لدفع العار عن المقذوف ،
وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه) قال تاج الشريعة « رح » ، أي من
دذين الوجهين وهو قوله فانه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وقوله الذي ينتفع به على
الخصوص مقدم الوجهين وجهاً ، وذكر في الجامع الصغير الوجهين في (حق العبد) لان
هذا يرجع اليه لا إلى الشرع .

(ثم أنه) أي أن حد القذف (شرع) حال كونه (زاجراً) لانه تجر المقذوف
(ومنه) أي ومن كونه شرع زاجراً (سمي حداً) وقد مضى الكلام في معنى الحد في
أول كتاب الحدود . وقال تاج الشريعة حداً يدل على أنه حق الله ، لان ما يجب لله
تعالى يسمى حداً كما في حد السرقة ، وحد الزنا وحد الشرب وما يجب للعبد لا يسمى
حداً ، بل سمي قصاصاً وتمزيراً .

(والمقصود) أي القصد (من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد) إذ لولا الزواجر

وهذه الآية حق الشرع، وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا تعارضت
الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار
حاجته وغناء الشرع، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع، لأن ما
للعبد من الحق يتولاه مولاه،

لفسدت أحوال الناس (وهذه الآية حق الشرع) أي وهذا المذكور علامة حق الشرع
(وبكل ذلك) أي وبكل ما ذكر من حق الشرع وحق العبد (تشهد الأحكام) أما
الأحكام التي تشهد على أن حد القذف حق العبد، فاشتراط الدعوى في عدم بطلانه
بالتقادم، وأنه يجب على المستأن ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وقيمتها القاضي يعلم
نفسه، ولا يخلف القاذف، وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى أن الإقامة
للإمام والتنصيف بالرق وأنه لا ينقلب ما لا عنده سقوط .

(وإذا تعارضت الجهتان) أي جهة حق الشرع، وجهة حق العبد (فالشافعي مال
إلى تغليب حق العبد) قال ابن دريد يقال غالب الرجل على فلان إذا حكم له بالغلب
(تقديماً لحق العبد) أي لاجل تقديم حق العبد (باعتبار حاجته) حد (وغناء الشرع)
مرعياً به حق العبد أولى بدفع حاجته وبه قال مالك وأحمد (ونحن صرنا إلى تغليب حق
الشرع لله تعالى، لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه) يعني لو صرنا إلى تغليب حق الشرع
يكون بمضهم حق الله تعالى مع كون حق العبد مرعياً، لأن مولى العبد له أن يستوفي
ما للعبد على الناس دون العكس، وإنما يرجح حق العبد في مواضع يلزم من اعتبار حق
الله تعالى إهدار حق العبد لانتهاه وفاء لحق الله تعالى، لأن الله غني والعبد محتاج، وهامنا
إن ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط
بموت المقذوف، فإذا ثبت هذا الأصل، فنقول أنه لا يورث، لأن الارث لا يجري
فيما هو من حقوق الله تعالى، لانه من خلافة الوارث المورث بعد موته، والله تعالى
يتعالى عن ذلك .

فإن قلت حق الله تعالى أيضاً لا يسقط بموت المقذوف . قلت نحن لا نقول بالسقوط،

فيصير حق العبد مرعياً به ، ولا كذلك عكسه ، لأن لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة ، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها ، منها الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ، ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ، ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري . وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثل قول الشافعي « رح »

ولكن تعذر استيفائه لانعدام شرطه ، فالشرط خصومة المقذوف ، ولا يتحقق فيه الخصومة بعد الموت .

(فيصير حق العبد مرعياً به) أي بحق الشرع كما قررناه الآن (ولا كذلك عكسه) وهو أن يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده (لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة) ولا نيابة ، وما هنا (وهذا) أي كون حق العبد غالباً عند الشافعي « رح » حق الله تعالى عندنا (هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها) أي من الفروع المختلف فيها (الارث) أي في حق القذف فعند الشافعي يجري فيه الارث ، وعندنا لا يورث (إذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ، ويصح عنده) .

(ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه) أي أخذ المعوض عن حد القذف ، وبه قال مالك (ويجري فيه التداخل عندنا ^(١) وعنده) أي وعند الشافعي « رح » (لا يجري) للتداخل يقذف الجماعة بكلمة واحدة أو يقذف واحد مراراً .

(وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثل قول الشافعي « رح ») أي روي عن أبي

(١) التداخل عنده - هامش .

ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد وخرج الأحكام والأول
أظهر. ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لأن للمقذوف
فيه حقاً فيكذبه في الرجوع ،

يوسف « رح » عن عفو المقذوف مثل قول الشافعي « رح » في أنه يصح ، وبه قال
مالك وأحمد « رح » .

(ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد) أراد من أصحابنا صدر الإسلام البزدوي
فإنه ذكر في مبسوطه أن الغالب حق العبد كما قال الشافعي « رح » (وخرج الأحكام)
عطفاً على قول من قال ، أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى جواب
يوافق المذهب ، يقال في تفويض الإمام أن كل واحد لا يهتدي إلى إقامة الحد ، وقال في
عدم الإرث أي عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط ، لأن
الإرث لا يميز في الأعيان . وأجاب كون القصاص يورث بأنه في معنى مالك الغير ،
لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس ، فإن الإنسان لا يملك شراء
الطعام إلا الإتلاف ، وهو الأصل ، فصار كمن عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص ،
وهو باق ، فيملك الوارث في حق استيفاء القصاص (والأول أظهر) أي كون حق الله
مغلباً أظهر من كون حق العبد مغلباً ، وعلى الأول عامة المشايخ .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أطلق محمد في بعض المواضع ، أي
حد القذف من حقوق الناس ، وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى ، والمبارتان
صحيحتان ، أما قوله إنه من حقوق الناس قائماً أراد أن المطالبة من حقه لما خالفه عقد
من الشيثين بقذفه ، وتناوله في عرضه ، ولو لم يطالب لم يحد . وقوله أنه من حقوق الله
تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة لأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد ، والمطالبة
لواحد كالوكيل بالبيع يطالب ، وملك الثمن للأمر ، وكذلك المشتري إذا كان وكيلاً
فإن قبض العبد إليه والملك للأمر .

(ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه ، لأن المقذوف فيه حقاً ، فيكذبه في
الرجوع) لأنه من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد ، ولا يصح الرجوع فيه بعد

بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه . ومن
قال للعربي يا نبطي لم يحمد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق وعدم
الفصاحة ، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا .

الاقرار لوجود المكذوب ، وهو المبد (بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى) منه حد
الزنا والشرب والسرقة (لأنه لا يكذب له فيه) فيقبل رجوعه ، إلا أن في السرقة يسقط
القطع ، ويجب المال .

(ومن قال للعربي يا نبطي لم يحمد) النبطي نسبة إلى نبط بفتححتين ، وهم قوم ينزلون
سواد العراق ، قال الفرزدق في هجو طيء :

من أهل حرمران تصيفهم ومن أهل التمر كانت سطورها

وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب ، وذكر عبد الله بن أحمد المالقي
في تفسير المألقة الثالثة من كتاب ويسقور يدروس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي
للرى والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض الثمريين (لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق)
من حيث الخساسة والبخل (أو عدم الفصاحة) أى أو يراد به عدم الفصاحة ، فكأنه
قال في عدم الفصاحة مثل النبطي ، وكذا أى وكذا لا يحمد إذا قال العربي ليس بعربي
(لما قلنا) أشار به إلى قوله يراد به النسبة إلى آخره .

(وكذا إذا قال لست بعربي) من قبيلة فلان التي هو فيها لا يحمد لما روي . وقال
مالك وابن أبي ليلى حد في رواية والشافعي في قول إذا نوى الشتم يحمد لما روي أنه عليه
الصلاة والسلام كان يقول لا ولي برجل بقوله إلى كتابه ليست من قريش إلا جلدته ، ولأنه
لما نهاء ، وعن قبيلته صار كفقته عن الحد الأعلى . وقلنا والشافعي « رح » في قول وأحمد
في أصح الرواية عنه لا يجب ، لأنه قد يراد به التشبيه في الأخلاق والتشبيه في الجهل
والكهنه ، يعني عدم الفصاحة لا ولد بين التي عن الأب عادة كمن قال المصري باقرارى .
وفي المبسوط ألا ترى أنه لو قال أنت شامي أو كوفي ولا يزيد بشيء من ذلك القذف ،
ولا يحمد وقدمنا أنه مروى عن ابن عباس رضي الله عنه فإنه سئل عن رجل وقال القرشي

ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف ، لأنه يراد به التشبيه في الجود والساحة والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

يا نبطي ، فقال لا حد عليه ، وأما الحديث فشاذ ويمكن أن يكون قال ذلك بطريق التعزير ، لأنه قال إلا جلده ، وما قال لا حد ، وعن مالك إذا قال لمربي يا رومي ، أو يقال لفارسي يا رومي أو لرومي يا فارسي ، أو يقول يا ابن الخياط لم يكن في بابه من هذه الصفة ففي جميع ذلك يجد لدفع العار .

(ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وعلل المصنف « رح » بقوله (لأنه يراد به التشبيه في الجود والساحة) لأن ماء السماء لا ينحل ، بل يصب في ماء السهل والجبل ، وسمي النعمان بن المنذر به وكانت أم المنذر يقال لها ماء السماء لحسنها ، وأشهر المنذر بأمه ، فقيل له المنذر بن ماء السماء ، ثم سمي به النعمان لجوده وسخائه (والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه) أي لقب بهذا اللفظ لأجل صفائه وسخائه ، ولم يذكر من هو الملقب به ، وقد ذكرنا أن النعمان بن المنذر لقب به ، ولقب به أيضاً المزيتسا ، وهو لقب عمرو بن عامر قاله الأكمل . قلت عمرو بن عامر بن حارثة المطريف بن أسرى القيس بن ثعلبة بن مازن بن الأزد وماء السماء لقب ، والعامر بن المذكور والمذكورة ، ومن نفي لقب عمرو لقب به ^(١) ، لأنه كان يلبس كل يوم حلقتين ثم يمر فيهما ، لأنه كان يكره أن يعود فيهما ، ويكره أن يلبسها غيره .

ومريقيا بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف القاف بمدّها ياء أخرى مخففة بمدودة ، وإنما سمي أبو عامر بماء السماء لأنه في القحط أقام ماله مقام الفطر ، وكان عائناً لقومه مثل ماء السماء للأرض ، وكانت أم المنذر بن امرئ القيس أيضاً فسمي بماء السماء لجمالها وحسنها وأبوها عرف بن خيم بن مريقيا هو الذي ذكره حسان في قوله أولاد حض حول قراءة اسم أبيهم قير بن مارية الكرمي الفضل يسقون من ورد المريض ^(٢) النير

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل .

(٢) سترد بمد أسطر البريضي ، اه مصححه .

وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف ،
لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أما ، الأول فلقوله تعالى ﴿ نعبد
إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ ١٣٣ البقرة، وإسماعيل
كان عمّاً له ، والثاني لقوله عليه السلام الخال أب . والثالث للتربية .
ومن قال لغيره زناً في الجبل ، وقال عنيت

عليهم ، يرد ما بصفتك بالرحيق السلاخنة^(١) هو تقليد العنقاء ، وسمي العنقاء لطول
عنقه ، ومارية ابنة ظالم بن وهب بن الحارث بن معاوية ثور بن أبيه ، وهي التي يهل المثل ،
ويقال خذها ولو بقرطي مارية ، وكان يقوم ظاهما بأربعين الف دينار .
وقيل كان في موطن مارية درمان كبيض الحمام لم ير مثلها ، ويقال أول عريضة
تفوطت ، والبريض بفتح الباء الموحدة موضع بدمشق ، ويروى بالفتحات نهر بدمشق .
قوله بضيق ، أي يمزج ، والسلسل القذف السهل الدخول في الخلق .

(وإن نسبه إلى عمه) أي وإن نسب رجل رجلاً إلى عمه ، يعني قال أنت ابن فلان
وإن أراد عمه (أو خاله) أو نسبه إلى خاله (أو إلى زوج أمه) أي أو نسبه إلى زوج
أمه (فليس بقاذف) أي لا يجب عليه بشيء (لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أما
الأول) وهو ما إذا نسبه إلى عمه (لقوله تعالى ﴿ نعبد إلهك وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل
وإسحاق ﴾ ١٣٣ البقرة ، وإسماعيل كان عمّاً له ، والثاني) وهو ما إذا نسبه إلى خاله
(لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخال أب) هذا حديث
غريب وفي الفردوس لأبي شعاع الديلمي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه مرفوعاً
الخال والد من لا والد له (والثالث) وهو نسبه إلى زوج أمه (للتربية) أي لأجل تربية
أباه سواه أباً ، لأن زوج الأم بقوله عليه على قيام الآباء فيجوز أن يسمى أباً مجازاً ، فلما
صح إطلاق اسم الأب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة إليهم . وقال ابن القاسم
المالكي في النسبة إلى هؤلاء الحد ، وعند أشهر المالكي لا حد عليه لا في حال المشاعة .
(ومن قال لغيره زناً في الجبل) يعني بالهزرة موضع الباء (وقال عنيت) أي

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط من النسخ ، اه مصححه .

صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف «رح» .
وقال محمد «رح» لا يجد ، لان المهموز منه للصعود حقيقة ،
قالت امرأة من العرب :

وارق إلى الخيرات زناً في الجبل وذكر الجبل يقرره مراداً

قصدت بهذا اللفظ (صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحهما الله) وبه
قال أحمد والشافعي في قول إذا لم ينو (وقال محمد «رح» لا يجد) وبه قال الشافعي في
قول (لأن المهموز منه) أي من هذا اللفظ وهو الذقوم مستعمل (لصعود حقيقة) وقد
أراد حقيقة كلامه فيصدق ، ولا يجد . وقال وفي الجمهرة وغيره بزناً في الجبل بالهمزة بزناً
زناً أي صعد ، وجاء زناً نواز بمعنى صعد أيضاً .

واستشهد المصنف «رح» لذلك بقوله (قالت امرأة من العرب) وقال ابن السكيت
قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها وتقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي ، ولا تكونن
كهلوف ، وكل يصبح في مضجعه قد انجدل (وارق إلى الخيرات زناً في الجبل) وقال في
كتاب الزبولج شرح الإصلاح الأبيات ما هي لإمرأة ، وإنما هي لرجل رأى ابناً له ترقصه
أمه ، فأخذ من يدها وقال أشبه أبا أمك يخاطب ابنه وكان أبو امه شريفاً سيداً ، يقول
أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي أي كن مثل أبي أمك أو مثلي ، ولا تجاوزنا في النسبة إلى
غيرنا وحذف بالإضافة عن عمل الضرورة ، وهذا الرجل هو قيس بن عاصم المنقري وأم
ذلك للصبي منفوسة بنت زيد الفوارس بن صرار الصبي فأخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه
وتقول أشبه أخي أو أشبهن أباك ، أما أبي فلن تتال ذاك عن مثاله بذاك قوله أو أشبه عما
قد ذكرنا أن أصله عملي بالإضافة .

وقال الكاكي أو أشبه أحما ، ثم قال الحمل إسم رجل من العرب وهو حمل بن سعد
بالحاء المهملة وفتح الميم . وقال ابن ماكول^(١) أحما بن سعد أنه ابن حارثة بن معقل بن كعب
ابن حكيم بن جناب وقد على رسول الله صلى الله عليه وسلم . قوله كهلوف بكسر الهاء

(١) ربما أراد به ابن ماكولا .

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً ، لأن من العرب من يهزم المثلين كما يلين المهموز، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً،

وتشديد اللام الشيخ الهرم ، ويقال الثقيل الجافي الذي لا خير فيه . قوله وكل بفتحتين هو الذي ينكل على غيره فيما يحتاج إليه . وقال الكاكي والكل العيال وليس كذلك ، لأنه ظن أن الواو في وكل واو العطف ، وفسر الكل بالعيال ، بل الواو أصلية ، وهو الكل بفتحتين وقد فسراه . قوله قد انجدل أي قدامته ، يراد أنه لا يستيقظ حتى يصح . (وذكر الجبل يقرره مراداً) أي تقرر الصعود مراداً منه . قوله زنأت في الجبل يعني تأكيد أن يكون المهموز للصعود حقيقة .

(ولهما أنه) أي أن لفظ زنأت (يستعمل في الفاحشة) حال كونه (مهموزاً أيضاً) يشير بهذا إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود (لأن من العرب من يهزم المثلين كما يلين المهموز) فمنهم المعجاج ، فإنه كان يهزم العالم والكايم ، وقال فحنديق هامة هذا العالم بهزمة اللين أيضاً من جد في الهر للعرب من التقاء الساكنين ، فيقال دابة وشابة ، وفي غير التقاء الساكنين كما همزة المعجاج ، وكا همزة الشاعر في قوله

يا دارمي كاليد البراق أميراً فقد هيبت شوق المشتاق

والدكالك^(١) جمع ، وكذلك وهو الرجل المترام ، والبرق بضم الباء الموحدة جمع برقة ، وهي أرض غليظة فيها حجارة ورمل ، والاستشهاد في لفظ المشتاق بالهمزة المختوحة ، فإنه في الأصل المشتاق بالألف الساكنة ، وهذا باب في التصريف يقال له باب الإبدال ، وهو جعل حرف مكان غيره ، ويعرف ذلك بأمره كما ذكر في موضعه ، وحروف الإبدال أربعة عشر حرفاً ، منها الهمزة تبدل من حرف اللين للمضطر أو غير المضطر ، لازم وجائز ، فالبيان اللذان فيها الإبدال من غير المضطر ، فإن أرادت تفصيل هذا حقيقة فطليق بشرح الجاريدري ينشأ وحواشيه للعبد الضعيف .

(وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً) يعني لما كان لفظ زنأت بالهمزة بمعنى زنيت على لغة بعض العرب باعتبار التلين فيه ، علم من ذلك أن القائل به أراد الزناء

(١) هكذا الفقرة كلها في الأصل ، وهو غلط بين .

بمنزلة ما إذا قال يا زانيء ، أو قال زنأت وذكر الجبل إنما يعين
الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على ، إذ هو المستعمل فيه .
ولو قال زنأت على الجبل ، قيل لا يجد لما قلنا .

حقيقة ، لأن يقبل هذا إلا في حالة الغضب والمشاغمة ، وصار هذا (بمنزلة ما إذا قال
يا زانيء) بالهمزة في آخره (أو قال زنأت) الخطاب وبالهمزة فقط ، ففي هذين اللفظين
يجب الحد ، فكذلك في قوله زنأت في الجبل ، وقوله وحالة الغضب كلام إضافي مرفوع
بالابتداء وخبره . وقوله تعين الفاحشة من التعيين ، أي الزنا ، ومراد نصب على الحال ،
وإنما ذكره باعتبار أن المراد من الفاحشة الزنا .

(وذكر الجبل) جواب لما قاله محمد «رح» بقوله وتقرره مراداً ، بيانه أن ذكر الجبل
(إنما يعين الصعود مراداً إذا كان) أي لفظ زنأت (مقروناً بكلمة على) لا بكلمة في (إذ
هو المستعمل فيه) يعني أن المستعمل في معنى الصعود أن يقال زناً عليه لا زناً فيه .

فإن قيل إن في تجميء بمعنى على ، قال الله تعالى ﴿ لأصلبنكم في جذوع النخل ﴾ ٧١
طه ، أي عليها . قلنا ذكر الزمخشري أنها على حقيقتها ، قاله الكاكي ، ولكن عبارة
الزمخشري شبه ، لكن هكذا المصلوب في الجذوع يتمكن الشيء المرعي في دعائه ، فكذلك
قال في جذوع النخل ، انتهى . قلت هذا لا يساعد الكاكي في جوابه على ما لا يخفى .
فإن قيل قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل
الصعود لا يقال زناً فيه ، يقال زناً عليه ، كما قال الشاعر :

لام ان الحارث بن جميلة زناً على أبيه ثم قتله

وأجاب عنه الاترازي بقوله لا نسلم أنه لا يقال زناً فيه ، بل ما قال فخر الإسلام
«رح» عكس اللغة ، فلا يسمع ، لأن الزناً بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة إلا بلفظ في
لا بلفظ على ، كما في قوله زناً في الجبل ، أما قوله زناً على أبيه فليس مما نحن فيه المهموز
من الثلاثي في وما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب التفعيل ، فمعنى زناً على
أبيه ، أي ضيق عليه .

(ولو قال زنأت على الجبل) اختلف المشايخ فيه (قيل لا يجد لما قلنا) إشاره إلى

وقيل يحذف للمعنى الذي ذكرناه . ومن قال لآخر يا زاني ، فقال لا بل أنت فإنهما يحذفان ، لأن معناه لا بل أنت زان ، إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط ، فيصير الخبر المذكور في الأول مذكور في الثاني . ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدث المرأة ولا لعان لأنها

قوله إذا كان مقروناً بكلمة على (وقيل يحذف للمعنى الذي ذكرناه) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً .

(ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت) أي بل أنت زاني (فإنها يحذفان) يعني كلامها يحذفان (لأن معناه بل أنت زان إذ هي) أي إذ هما كلمة بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الأول ، والاتبان للثاني (فيصير الخبر المذكور في الأول) وهو قوله يا زاني (مذكوراً في الثاني) أي في قول بل أنت كما إذا قلت جاءني زيد بل عمرو ، معناه بل جاءني عمرو ، فكذا هذا فيكون كل واحد منها قاذفاً ، فيجب عليه الحد . وقال الأترابي في قوله فيصير الخبر المذكور في الأول فيه ينظر ، لأن المذكور فيه في مقام النداء لا يسمى خبراً . ولو قال فيصير المذكور في الأول خبراً فيه كان أولى . وأجيب عنه بأن المراد بالخبر الجزاء ، وحينئذ يستقيم الكلام ، لأن أخبر جزاء خص ، فيجوز ان يتعار الأعم .

فإن قيل التصريح بالزنا شرط في إيجاب الحد ولم يوجد من الثاني ، فكيف يجب عليه الحد . قلت أجيب بمنع نفي وجود الصريح إذ يفهم الزنا في أول ما قال ، بل أنت في جواب قوله يا زان ، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ، فيصير مثل التصريح ، سواء كان قيل إذا كان كل واحد منها قاذفاً لصاحبه ، فينبغي أن يكون قصاصاً ، فلا يجب الحد . أجيب بأن القذف فيه حق الله ، وهو الأغلب في الفصاحة يلزم إسقاط حق الله تعالى ، فلا يجوز ذلك ، ولهذا لم يميز عفو المقذوف .

(ومن قال لامرأته يا زانية ، فقالت لا بل أنت حدث المرأة ، ولا لعان ، لأنها

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد ، وفي البداية بالحد
إبطال اللعان ، لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ، ولا إبطال
في عكسه أصلاً ، فيحتال للدرء ، إذ اللعان في معنى الحد .
ولو قالت زينت بك فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال
لها يازانية لوقوع الشك في كل واحد منهما ، لأنه يحتمل أنها
أرادت الزنا قبل

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان ، وقذفها الحد) أي يوجب الحد (وفي البداية بالحد) أي
يحذف المرأة (إبطال اللعان) لأن اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المرأة بمجرد ما ، وهو معنى
قوله (لأن المحدود في القذف ليس بأهل له) أي اللعان (ولا إبطال في عكسه أصلاً)
يعني إذا قذف اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة (فيحتال للدرء) أي للدرء اللعان
تحذف المرأة بتقديمه (إذ اللعان في معنى الحد) يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجل
ومقام حد الزنا في حق المرأة .

(ولو قالت زينت بك) أي لو قالت المرأة زينت بك في جواب قول الرجل يازانية
(فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يازانية) أي معنى قولها زينت بك
أنها قالت ذلك بعدما قال الزوج لها يازانية كما قررناه ، وفيه قياس واستحسان لم يذكرهما
المصنف ، وإنما لم يجب الحد ولا اللعان ، وبه قال أحمد إستحساناً ، وبه قال أحمد والقياس
أن بلاعنها ، لأن هذا ليس بتصديق منها له ، لأن المرأة لا تزني بزوجها ، وبه قال مالك
« رح » . وقال أشهب إلا أن يقول قلت ذلك بخارية ولم أرد قذفاً ولا إقراراً فلا حد
عليها . وعند الشافعي « رح » حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه بالزنا ويكتفي
بين واحدة في وجه ، وعليه الحدود وبها لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا .

وجه الاستحسان هو قوله (لوقوع الشك في كل واحد منها) أي لوقوع الشك في كل
واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك (لأنه يحتمل) أي المرأة (أنها أرادت الزنا قبل

النكاح ، فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه ، وانعدامه منه
ويحتمل أنها أرادت زناي ما كان إلا معك بعد النكاح ، لأنني ما مكنت
أحدًا غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة على هذا الاعتبار
يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها ،
فجاء ما قلنا .

النكاح ، فيجب الحد على المرأة ^(١) دون اللعان) أي لا يجب اللعان (لتصديقها إياه)
أي لتصديق المرأة زوجها (وانعدامه منه) أي لانعدام التصريف من الزوج (ويحتمل
أنها أرادت زناي ما كان إلا معك) الخطاب للزوج ، أي زناي هو الذي وجد معك ،
يعني إذا كان الزنا موجود مني ، فذاك الفعل الذي وجد مني معك (بعد النكاح) وإلا
فلا ، وهو معنى قوله بعد النكاح (لأنني ما مكنت أحدًا غيرك ، وهو المراد في مثل هذه
الحالة) أي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا .

وفي الفوائد الظهيرية ولا معنى لما قال في الكتاب لا يحتمل بعد النكاح ، لأن الوطء
بعد النكاح لا يكون زنا ، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة . وأجيب عليه
بأن الزوج بقوله لها يا زانية أعصبها وهي ترد بقولها زנית بك أعصب واذنه ممسكة
بقوله عز وجل ﴿ الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ ٣ النور ، وسميت الوطء بعد
النكاح زنا مجازاً بطريق المشاكلة ، كما في قوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمنل ما اعتدى عليكم ﴾
١٩٤ البقرة ﴿ وجزاء سيئة سيئة ﴾ ٤٠ الشورى .

(وعلى هذا الاعتبار) أي على الاعتبار الاحتمالين المذكورين (يجب اللعان دون الحد
على المرأة لوجود القذف) أي من الزوج (وعدمه منها) أي وعدم القذف من المرأة
تقدير هذا على هذا الاعتبار لا يكون المرأة مصدقة لزوجها ، فيجب اللعان على الزوج ،
ولا يجب الحد على المرأة ، ففي حال لا يوجب الحد عليها ، ويجب اللعان على الزوج ،
وفي حال يجب الحد عليها ، ولا يجب اللعان فوقع الشك فيما قلنا إنه لا حد ولا لعان
(فجاء ما قلنا) .

(١) فيجب الحد دون اللعان - هامش .

ومن أقر بولد ثم نفاه ، فإنه يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره ،
وبالنفى بعده صار قاذفاً فيلاعن ، وإن نفاه ثم أقر به حد ، لأنه لما
أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة
التكاذب والأصل فيه حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى
الأصل والولد ولده في الوجهين لإقراره به سابقاً أو لاحقاً ،
واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد .

(ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه) عن صورة رجل له امرأة جاءت بولده فقال ليس هو
مني (يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره) يعني صار الولد ولده (وبالنفى بعده) أي
بقوله بعد الإقرار ليس هو مني (صار قاذفاً فيلاعن) لأن معناه أن أمه زنت فولدته عن
الزنا ، وكل قذف يوجب الحد إلا حد يوجب اللعان في قذف الزوج .

(وإن نفاه ثم أقر به حد) أي وإن نفى ولده بأن قال ليس هو مني ثم أقر به بأن
قال هو ابني بطل اللعان ، فوجب عليه حد القذف ، لأن الأصل في قذف المحصنات هو الحد
(لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب) أي
تكاذب الزوجين ، لأن كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه ، لأن زعم الزوج أنها كاذبة
في التكاذب الزنا ، وإن زعمت الزوجة أنه كاذب في القذف بالزنا ، ولهذا لو أقرت المرأة
بالزنا لا يجب اللعان لعدم التكاذب ، وكذا إذا كذب الزوج نفسه بعدم التكاذب .

(والأصل فيه) أي في القذف بالزنا (حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى
الأصل) وهو الحد ، وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان ، هذا ليس بموجود في أكثر
النسخ ، أي وفي نفى الحمل خلاف ذكره في باب اللعان ، وهو أن الزوج إذ قال لامرأته
ليس حملك مني لا لعان عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما (والد ولده في الوجهين) أي
فيما إذا أقر أولاً ثم نفاه أو نفاه أولاً ثم أقر (لإقراره به) أي لإقرار الزوج بالولد
(سابقاً) على النفى فيما إذا أقر بالولد ثم نفاه (أو لاحقاً) بالنفى فيما إذا نفاه ثم أقر به
(واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) هذا جواب عما يقال إن سبب

وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ، ولا لعان لأنه أنكر
الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً . ومن قذف امرأة ومعه أولاد
لا يعرف لهم أب أو قذف الملائنة بولد والولد حي أو قذفها بعد
الموت الولد ، فلا حد عليه لقيام أمانة الزنا منها ، وهي
ولادة ولد لا أب له ، ففادت العفة نظراً إليها ، وهي شرط الإحصان .

اللعان كان نفى الولد ، فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يحري بينها اللعان ، فأجاب بقوله
واللعان يصح ... إلى آخره .

تقريره أنه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب إليه ، لأنه ينفك عنه وجوداً وعدمًا ،
فاللعان شرع بلا ولد ، ألا ترى أنه إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلعن بينها
ولا ينقطع النسب ولو نفى نسب ولد امرأته الأمة ينتقى النسب ، ولا يحري اللعان إليه
إشارة البزدوى .

(وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان ، لأنه أنكر الولادة ، وبه لا
يصير قاذفاً) أي بانكار الولادة لا يصير قاذفاً أمه ، لأن أنكر الولادة أصل ، وذلك
بعدم الزنا ، لأنه إذا لم يكن فيها كيف يتصور أن يتولد بزناها ، فإذا انتفى القذف فلا
يجب الحد ولا اللعان بعد القذف .

(ومن قذف امرأة ومعه أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملائنة بولد) بفتح العين ،
أي التي لو عنت بولد ، هكذا قال في النهاية ، ويجوز كسر العين ، معناه التي لاعنت بولدها
وقد صرح بهذا في الكافي (والولد حي) يتصل بالملائنة (أو قذفها بعد موت الولد ، فلا
حد عليه لقيام أمانة الزنا منها) أي لقيام علامة الزنا منها ، أي من المرأة وهي ، أي
قيام أمانة الزنا منها (وهي ولادة ولد لا أب له ففادت العفة نظراً إليها) أي إلى الأمانة
(وهي) أي العفة (شرط الإحصان) أي شرط وجوب حد القذف ، وهي ثابتة فلا
يجب الحد .

ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمانة الزنا
قال ومن وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة
وهي شرط الإحصان ، ولأن القاذف صادق ، والأصل فيه أن من
وطئ وطئاً حراماً بعينه

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ذكره التمرثاشي وكذا الملاعة بولد ثم أكذب
الزوج نفسه ولزم الولد ثم قذفها قاذف (فعليه الحد لانعدام أمانة الزنا) وأمانة الزنا قيام
ولد لأب له ولا ولداً هنا ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وجهور العلماء رحمهم
الله ، ولا نعلم فيه خلاف .

فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ، فيكون أمانة الزنا ظاهرة ، فينبغي
أن لا يحد قاذفها ، أجيب بأن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا
بالنسبة إلى غيره ، فكانت محصنة في حق الغير ، ألا ترى أن اللعان قائم مقام حد القذف
في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلى غيرها حتى قبلت شهادته . وقال الأتراسي قال بعضهم
في شرحه في جواب السؤال المذكور اللعان قائم مقام حد القذف في حقه ، فبالنظر إلى
هذا الوجه تكون المرأة محصنة ، فتعارض الوجهان فتساقط ، فبقي القذف سالماً عن
المعارض ، فوجب الحد على القاذف انتهى . قلت أراد به صاحب النهاية ، ثم رد عليه بما
لا يجري ، ثم قال وقال بعضهم أيضاً وهو صاحب النهاية أيضاً بخط شيخني ، يعني الحافظ
الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة أن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا ، لكن
بالنسبة إلى الزوج لا إلى غيره إلى آخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور ، ثم رد عليه
بما لا يجري .

(قال) أي القدوري (ومن وطئ وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه) لعدم
شرط الموجب للحد ، وهو إحصان المقذوف ، أشار إليه بقوله (لفوات العفة وهي شرط
الإحصان) والإحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا (ولأن القاذف صادق) في قذفه ،
لأن المقذوف وطئ ما لا يحل له فلا يحل القذف على الصدق ، وإنما يحد على الكذب .
(والأصل فيه) أي في حد القذف وعدم الحد (أن من وطئ وطئاً حراماً بعينه)
كالوطء في غير الملك من كل وجه ، وهو ظاهر ، ومن وجه كالوطء في الجارية المشتركة

لا يجب الحد بقذفه ، لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه . وإن كان محرماً لغيره يحد ، لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه ، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره . وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور

بينه وبين غيره ، وهذا الوطء حرام بعينه لوقوعه زناً ، لأن الوطء حصل في غير ملكه ، إلا أنه لا يجب حد الزنا على وطء الجارية المشتركة للشبهة (لا يجب الحد بقذفه) أي بقذف هذا الوطء المحرام لعينه من كل وجه أو من كل وجه كما بينا (لأن الزنا هو الوطء المحرم بعينه) سواء كان من كل وجه أو من وجه (وإن كان) أي إن كان الوطء (محرماً لغيره) أي لغيره كوطء امرأته الحائض أو النفساء أو جاريتها المجوسية أو أمته المزوجة أو المكاتبية أو الحرة التي ظاهر منها ، أو وطئ امرأته الصائفة ففي هذه الصورة (يحد) قاذفه (لأنه ليس بزنا) لعدم صدق حد الزنا عليه (فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه) وقد بينا الوجهين الآن .

(وكذا) أي وكذا حرام بعينه (الوطء في الملك والحرمة مؤبدة) أي والحال أن الحرمة على التأبید ، كما إذا وطئ جاريتها التي وطئها أبوه بعد ملك اليمين أو الشراء ، وهذا وطء محرم على التأبید ، فصار كالزنا فلم يحد القاذف ، فإنه كالحرمة المؤقتة مثل وطء الحائض أو أمثالها التي ذكرناها الآن (فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره) لا بعينه .

(وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كموطوءه أبيه بالنكاح أو بملك اليمين ، ثم اشتراها الابن فوطئها فلا يحد قاذفه لسقوط إحصان اللواطىء بالوطء على التأبید بالإجماع ، وكذلك إذا تزوج اختين أو تزوج امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعها في العقد فوطئها فلا حد على قاذفه لما قلنا (أو بالحديث المشهور) أو تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه السلام

لتكون ثابتة من غير تردد ، بيانه أن من قذف رجلاً وطىء جارية
مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه ،
وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعاً
لانعدام الملك ، ولهذا وجب عليها الحد ، ولو قذف رجلاً أتى أمته
وهي مجوسية أو امرأته

لا نكاح إلا بشهود ، وكل الشراح ذكروا أن الحديث المشهور الذي ذكره المصنف «رح»
هو قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح إلا بشهود ، وقد ذكرنا في أول النكاح أن هذا
الحديث غريب بهذا اللفظ ، واستيفاء الكلام فيه هناك (لتكون ثابتة من غير تردد) أي
ليكون ثابتاً من غير تردد ويكون الحد ثابت من غير تردد .

(بيانه) أي بيان الأصل المذكور في المسائل يذكرها بعد (ان من قذف رجلاً
وطىء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) أي على قاذفه (لانعدام الملك من
وجه) لأنه في نصيب الشريك زان ، فيصير القاذف صادقاً في كلامه من وجه . والقذف
سقط بالشبهة والإحصان كما يزول بالزنا من وجه ، وعند مالك «رح» يحد .

(وكذلك إذا قذف امرأة) أي وكذلك لا حد على القاذف إذا قذف امرأة (زنت
في نصرانيتها) ثم أسلمت وقذفها إنسان (لتحقق الزنا منها) لأن الزنا حرام في الأديان
كلها ، والكفار مخاطبون بالعقوبات (شرعاً) أي من حيث الشرع (لانعدام الملك) وهو
ظاهر . وفي المبسوط وقذف مسلماً زنى في حال كفره في دار الحرب أو في دارنا لم يحد
قاذفه ، لأن الزنا يتحقق من الكافر وإن لم يقيم عليه الحد فيكون القاذف صادقاً ، فكان
التقيد بالنصرانية إتفاقياً ، وعند مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه يحد ، لأنه
قذفه في حال كونه مسلماً محصناً لعموم الآية . قلنا قاذفه صادق لما قلنا ، وإنما ترتفع
بالإسلام الاسم دون حقيقة الزنا (ولهذا) أي ولأجل تحقق الزنا من الكفار (وجب عليها
الحد) أي حد الزنا .

(ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية) أي والحال أن هذه مجوسية (أو امرأته)

وهي حائض أو مكاتبه له فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ،
وهي مؤقتة ، فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنى ، وعن أبي يوسف
« رح » أن وطء المكاتبه يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح »
لأن الملك زائل في حق الوطاء ، ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن
نقول ملك الذات باق ، والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة . ولو قذف
رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضاة لا يحد ، لأن الحرمة
مؤبدة ، وهذا هو الصحيح .

أي امرأته وجامعها (وهي حائض) أي والحال أنها حائض (أو مكاتبه له) أي أو
وطئ مكاتبه له أي للواطئ (فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة)
أي والحرمة مؤقتة والمار على شرف الزوال (فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا) لأن
الزنا وطء لم يلاق مالك .

(وعن أبي يوسف « رح » أن وطء المكاتبه يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح »
لأن الملك زائل في حق الوطاء ، ولهذا) أي ولأجل زوال الملك في حق الوطاء (يلزمه
العقر) أي مهر المثل (بالوطء ، ونحن نقول ملك الذات) أي ذات المكاتبه (باق ،
والحرمة لغيره) لا بعينه (إذ هي مؤقتة) غير مؤبدة ، فإن الحرمة تزول بعبزها عن
المكاتبه وردوها إلى الرقة .

(ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته) أي والحال أنها أخته (من الرضاة لا
يحد) أي القاذف (لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح) قيد به لأنه ظاهر الرواية ،
واحتز به عن رواية الكرخي أنه لا يسقط الحد عن القاذف ، لأنه وطء في ملك مقارنة
التحريم فيه لا يسقط الإحصان كوطء المرأة الحائض والحرمة والأمة الجوسية والمزوجة
والتي ظاهر منها . ولنا أن الحرمة مؤبدة في المقيس ، ومؤقتة في المقيس عليه ، ولا شك
أن المقيس عليه أدنى حالاً من المقيس فلا يصح القيام لعدم المائلة ، فجاز أن يسقط
الإحصان في الحرمة الأعلى دون الأدنى .

ولو قذف مكاتباً أو مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة «رض»، ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة «رح». وقال لا حد عليه، وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحبة فيما بينهم عنده، خلافاً لهما، وقد مر في النكاح. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد، لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد،

(ولو قذف مكاتباً ومات وترك وفاء لا حد عليه) صورته في الجامع الصغير محمد «رح» عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في الكافر يموت ويترك فيؤدي وفاء كتابته ويقم ما بقي بين ورثته الأحرار ثم يقذفه إنسان قال لا حد على قاذفه أبداً (تمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم) فانهم اختلفوا في حر أو عبد فقال بعضهم مات حراً وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنها، وقال بعضهم مات عبداً، وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنها، فاختلفهم أورث شبهة في حد القاذف فقط.

(ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة «رح»). وقال لا حد عليه (أي على قاذفه) وهذا الخلاف (بناء) أي مبني (على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحبة فيما بينهم عنده) أي عند أبي حنيفة «رح»، (خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح»، (وقد مر في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك، ويقولها قالت الثلاثة.

(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد) بإجماع الأئمة الأربعة (لأن فيه) أي في حد القذف (حق العبد، وقد التزم) أي الحربي المستأمن (إيفاء حقوق العباد) وكان أبو حنيفة «رح» أولاً يقول لا يحد المثلب فيه حق الله تعالى، فكان بمنزلة حد الزنا ثم

ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذي . وموجب
أذاه . وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب ، وقال
الشافعي «رح» ، تقبل إذا تاب ، وهي تعرف في الشهادات . وإذا حد
الكافر في قذف لم يجز شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على
جنسه ، فترد تنمة لحدّه ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى
المسلمين ، لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام ، فلم تدخل
تحت الرد ،

رجع (ولأنه) أى ولأن الحربي (طمع في ان لا يؤذى) بفتح الذال على صيغة المجهول
(فيكون ملتزماً أن لا يؤذى) بكسر الذال على صيغة المعلوم (وموجب) بفتح الجيم
(أذاه) إذا أراه الحد وهو حد القذف .

(وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب . وقال الشافعي «رح» ، تقبل
إذا تاب) وبه قال مالك والليث وعثمان رحمهم الله ، والحدود في الزنا والشرب أو السرقة
تقبل شهادته بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي رحمهما الله ، فإن كان عندهما لا
تقبل شهادته من حد في الإسلام في قذف أو غيره أبداً ، كذا ذكره أبو بكر الرازي في
شرح الطحاوي (وهي تعرف في الشهادات) أى هذه المسألة الخلافة تعرف في
كتاب الشهادات .

(وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل ^(١) شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على
جنسه فترد تنمة لحدّه ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم) أى على أهل الذمة (وعلى
المسلمين ، لأن هذه شهادة استفادها بعد الإسلام ، فلم تدخل تحت الرد) يعني هذه الشهادة
غير تلك الشهادة الموجودة ، إذ بالإسلام حصل له عدالة الإسلام ، فلما كانت هذه غيرها
ولم يلحقها قبلت على أهل الإسلام ، ثم على أهل الذمة تبعاً لهم .

(١) لم يجز - هامش .

بمخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته ،
لأنه لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق
من تمام حده ، فإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب
ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له ،
والمقام بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له

(بمخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرِب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته ،
ككيف قبلت شهادة الكفر إذا أسلم فأجاب بقوله بمخلاف العبد (إذا حد حد القذف ثم
أعتق لم تقبل شهادته ^(١) ، لأنه) أى لأن العبد (لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان
رد شهادته بعد العتق من تمام حده) بيانه أن العبد لا شهادة له أصلاً في حال رقه ، فلا
بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما يحصل شهادة العبد بعد العتق فيرد ، لأنه تتممة
الحد . أما الكفر فله شهادة على جنسه فرد بالحد ثم بعد الإسلام حدثت شهادة أخرى لم
يلحقها رد فقبلت .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن ضرب سوطاً) أى وإن ضرب
القاذف الكافر سوطاً (في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة
متمم للحد ، فيكون صفة له) أى للحد (والمقام) بضم الميم ، أى الذى يقام (بعد
الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له) أى للحد واعترض بأن المقام بعد
الإسلام إن كان بمض الحد ، فالمقام قبل الإسلام كذلك ، فكان لا يكون رد الشهادة صفة
لما أقيم بعد الإسلام ، فكذلك لا يصح أن يكون صفة لما أقيم بعد الإسلام ، بل جعل
صفة لما أقيم بعد الإسلام أولى ، لما ان العلة إذا كانت ذات وصفين ، فاعتبار وصف الأخير
على ما عرف في موضعه .

والجواب أما لم يجعل الرد صفة لا للقيام قبل الإسلام ولا للمقام للقيام بعده . وإنما قلنا
إن الرد صفة للحد ، والحد ثمانون ، فلم يوجد ، فلم يترتب القيمة . وقيل في الجواب

(١) حيث لا تقبل - هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر ،
والأول أصح . قال ومن قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد ،
فهو لذلك كله ،

النص ورد بالأمر بالحد والنهي عن قبول الشهادة ، وكل واحد منها غير مرتب على الآخر
نصاً فيتعلق كل واحد منها لما يمكن ، والممكن زمان التي رد شهادة قائمة للحال
فيتقيد به .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر) الأقل هو المبسوط
الموجود قبل الإسلام ، والأكثر هو الموجود في الإسلام أعني تسعة وسبعين سوطاً ، فصار
كان الثمانين وجد بعد الإسلام ، وهذه روايه عن أبي حنيفة « رح » وقال الفقيه أبو الليث
« رح » في شرح الجامع الصغير روي عن أبي حنيفة « رح » في هذا ثلاث روايات روي عنه
إذا ضرب سوطاً في الإسلام لا تقبل شهادته ، وعنه إذا ضرب الأكثر في الإسلام بطلت
شهادته ، وعنه ما لم يضرب كل في الإسلام لا تبطل شهادته ، وهو المعروف وهو قول أبي
يوسف « رح » ومحمد « رح » ، وكذا إذا ضرب المسلم بعض الحد ثم يضرب فيه ثلاث
روايات في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادته . وفي رواية
يبطل بضر سوط . وفي رواية لا يبطل ما لم يضرب الأكثر (والأول أصح) أي
جواز الشهادة .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شرب أو زنى أو قذف غير مرة)
أي شرب غير مرة أو زنى غير مرة أو قذف غير مرة قوله غير مرة ليس بقيد لقوله أو
قذف وحده بل للكل (فحد فهو لذلك كله) أي فهذا الحد يقع للجميع كله ، وبه
قال مالك والثوري وابن أبي ليلى ، السعير ، والزهرري والنخعي وقتادة وحماد وطاووس
وأحمد رحمهم الله في رواية الشافعي « رح » في قول . وفي المبسوط ولو قذف الجماعة
بكلمة واحدة بأن قال إنها الزنات أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ، يا عمرو
أنت زان ، يا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحد عندنا . وعند الشافعي
« رح » إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب . ولو قذفهم بكلمات أو لو حد مرات

أما الآخران فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً لله تعالى الإنزجار
واحتمال حصوله بالأول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ،
وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود
من كل جنس

يجب لكل قذف حد عنده ، وبه قال أحمد «رح» في رواية .

أما الأولان قال الكاكي «رح» أما الأولان أي حد الشرب وحد الزنا قال
الأترابي الآخران ، وهذه نهي النسخة الصحيحة تحقيقاً وسماعاً . وفي بعض النسخ قال
أما الأول فذاك ليس بشيء ، أما التفصيل لأنه ذكر أولاً ثلاثة أشياء القذف ، والزنا
والشرب على الترتيب ، ثم قال الآخران ، وأراد بها الزنا والشرب ، انتهى .
قلت ما حمله على هذا الكلام إلا أن نسخة كانت هكذا ومن قذف أو زنى أو شرب
فكذلك مع أن يقال أما الأولان هل الصحيح أما الأولان النسخة الصحيحة ومن شرب
أو زنى أو قذف مسلماً ذكرنا ، وكذا كانت نسخة شيخنا علاء الدين الذي كان آية تحقيق
الهداية ، وكذلك كلام الكاكي «رح» يشير إلى هذا .

ومع هذا قال الأترابي لو قال المصنف «رح» (أما الآخران) بلفظ بالبدل التذكير
سور الحاء لكان أولى^(١) لأن الزنا والشرب مذكور ، فيصح اللفظ ، بل تأويل يعني
ما قال يحتاج إلى التأويل بأن يقال العلتان الآخران أو الخصلتان ، انتهى . قلت لو
كانت نسخة مثلما ذكرنا لما احتاج إلى هذه لتكلفات (فلأن المقصد من إقامة الحد حقاً
لله تعالى الإنزجار) أي فلأن المقصد الكلي من إقامة الحد حال كونه حق لله تعالى أو
لأجل حق الله تعالى يحصل الإنزجار للمقذوف حتى لا يباشره في المستقيد ويرتدع أيضاً .
(واحتمال حصوله) أي حصول المقصد ، وهو الإنزجار (بالأول) أي بالحد الأول
(قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) أي في الحد الثاني ، حاصله أن الثاني يتمطل
عما هو المقصود ، وهو الإنزجار والحدود يندرىء بالشبهات ، بخلاف ما إذا زنى فحد ،
ثم زنى يجب حد آخر للنفس المتيقن بعد الإنزجار .

(وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود من كل جنس) من

غير المقصود من الآخر ، فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيه
عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما . وقال الشافعي « رح » إن
اختلف المذوف أو المذوف به وهو الزنا لا يتداخل ، لأن المغلب
فيه حق العبد عنده .

هذه الأشياء (غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الإنسان ، وحد القذف لصيانة
الأهراء وحده السرقة لصيانة الأموال وحده الشرب لصيانة العقول . وإذا كان الأمر
كذلك (فلا يتداخل) بل يقام لكل واحد منهما ما يقتضي حده .

(وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى عندنا ، فيكون ملحقا بها) أي بحد الزنا
والشرب ، قاله الأترابي . وقال الكاكي « رح » ملحقا بها ، أي بحد الزنا والسرقة .
قلت المذكور بغير لفظ قذف ثلاثة ، فكيف يرجع ضمير التثنية إلى الثلاثة ، والظاهر أن
قوله بها يرجع إلى السرقة والشرب ، لأنها أقرب المذكور .

(وقال الشافعي « رح » إن اختلف المذوف) كزيد وعمرو (والمذوف به) أي
واختلف المذوف كقذف زيد بزناه من مختلفين . قال تاج الشريعة « رح » يعني زنيته
بفلانة ثم قال زنيته بفلانة الأخرى (وهو الزنا) أي المذوف به هو الزنا (لا يتداخل
لأن المغلب فيه) أي في الزنا (حق العبد عنده) أي عند الشافعي « رح » وقد مر
الكلام فيه .

فروع : لو قال فجرت بفلانة أو قال جامعها حراماً لا حد عليه لم يقذفها بالزنا ، لأن
الجماع يكون نكاح فاسد . قال لامرأة زنيته بجمار أو بغير أو ثور لا يحد ، لأن معناه أولج
فيك حمار . ولو صرح لا يحد . لو قال زنيته بناقاة أو بدراهم أو شرب يحد ، لأن معناه
زنيته وأخذ هذا . ولو قال هذا الرجل لا يحد كل هذه من المسائل .

✱ ✱ ✱

فصل في التعزير

(فصل في التعزير)

أي هذا فصل في بيان حكم التعزير ، والتعزير تأديب ، وهو الحد من أعزرو وهو الردع ، ويحيى التعزير بمعنى التعظيم ، والضمير كما في قوله تعالى « واضربوهن » ٣٤ النساء ، أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهديباً ، وبالنية قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن أهلك ، وروي أنه عليه السلام عزز رجلاً قال لغيره يا نخث ، وعنه عليه السلام قال رحمه الله علق سوطه حيث يراه أهله وبإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وبالمعنى وهو أن الزجر عن الجنايات وهو الأفعال واجب تعليلها ، والتعزير صالح الزجر فيكون شروعاً . وذكر التمرثاشي عن اللوصي وليس فيه شيء مقدر ، بل يفوض إلى رأي القاضي ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب . ومنهم من يحتاج إلى الحبس ، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» . وقال الشافعي «رح» للتعزير على مرات التعزير أشرف الأشراف ، وما العلماء والعلوم وبالاعلام ، وهو أن يقول له القاضي ، بلغني أنك تفعل كذا ، فلا يفعل فيسير جوابه ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء ، والدنيا بالإعلام والجذب إلى باب القاضي والخصومة في ذلك . وتعزير الأوساد وهم السوقة ما الاعلام والحر والحبس وتعزير الأحياء بهذا كله ، وبالضرب عن أبي يوسف «رح» يجوز التعزير السلطان بأخذ المال عندنا والشافعي «رح» ، ومالك وأحمد رحمهما الله لا يجوز بأخذ المال . وعن التمرثاشي يجوز إقامة التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى ، فكل أحد فطيه النيابة .

وسئل الهمداني «رح» عن وجد رجلاً مع امرأة أيجل له قتله ، قال إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح . وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طاوعته المرأة يجل قتلها أيضاً . وقال التمرثاشي وهذا تنصيص على أن التعزير تعزيراً يملكه الإنسان ، وإن لم يكن مما صرح في المتنق بذلك فهذا يجوز للمولى أن يعزر عبده أو أمته .

ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر ، لأنه جنابة
قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان ، فوجب التعزير ،
وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث
أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به ، ولا مدخل للقياس في
الحدود ، فوجب التعزير ،

(ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر) هذه مسألة القدوري . وقال
المصنف « رح » (لأنه جنابة قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لعدم ^(١) الإحصان ،
فوجب التعزير) بإجماع الأئمة الأربعة « رح » وأكثر العلماء . وعن داود يجب الحد على
قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى يحد قاذف ذميمة لها ولد مسلم .

(وكذا) أي وكذا يجب التعزير (إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو
يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به) وكذا لو قال يا نصراني أو
يا ابن النصراني أو يا لوط ، أو يا من يعمل عمل قوم لوط ، أو يا من يلعب بالصبيان ،
يا أكل الربا ، يا شارب الخمر ، يا ديوث ، يا فاجر ، يا منافق ، يا مخنث ، يا خائن ، يا ابن
القعبة ، يا زنديق ، يا فوطان ، يا مأوى الزواني أو اللصوص عزر في ذلك كله . وفي
يا لوط سئل عن نيته ، إن أراد به أنه من قوم لوط فلا شيء عليه ، وإن أراد أنه
يعمل عمل قوم لوط إما فاعلاً أو مفعولاً به فعليه الحد عند أبي يوسف « رح » ومحمد
وأحمد ومالك والشافعي والحسن النخعي والزهري وأبي ثور رحمهم الله ، لأنه قذف بما
يوجب الحد ، كما لو قذفه بالزنا . وعند أبي حنيفة « رح » لا حد عليه ويعزر ، وبه قال
قتادة وعطاء . والصحيح أنه إذا كان عفيفاً يعذر . وفي فتاوى الولوالجي ولو قال
يا فاجر أو يا ابن الفاجرة الفاسقة عليه التعزير فقط .

(ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير) أراد أنه لم يأت نص بالحد في

(١) لفقد - هامش .

إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى ، لأنه من جنس ما يجب به الحد . وفي الوجه الثاني الرأي إلى الإمام . ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ألحق الشين به للتيقن بنفيه . وقيل في عرفنا يعزر ، لأنه يعد سباً .

الأشياء المذكورة . وفي القيس ليس له دخل في الحدود ، لأنها من المقدمات الشرعية ، فإذا كان كذلك وجب التعزير لأجل الردع كما ذكرناه عن قريب .

(إلا أنه) أي عين أن الشأن (يبلغ) من التبليغ فيتبعه الجهول (بالتعزير غايته في الجناية الأولى) أي فيما إذا قذف غير المحصن بالزنا (لأنه) أي لأن القذف بالزنا (من جنس ما يجب به الحد) أي في المحصن .

(وفي الوجه الثاني) أي فيما إذا قذف المحصن ، يعني الزنا كالفسق والكفر (الرأي إلى الإمام) يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف وحال القذف .

(ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه) فإنه يعلم أنه آدمي ، وليس بحمار ، وإن القاذف كاذب ، وكذا لو قال يا معز ، أو يا بقر ، أو يا خنزير ، أو يادب ، أو يا حجام ، أو يا مؤاجر ، أو يا عيار ، أو يا ماكر ، أو يا سكوين ، أو يا سخرة ، أو يا ضحكة ، أو يا بجمال ، أو يا ولد الحرام ، أو يا أبله ، لم يعزر ، وقيل يعزر به . قالت الثلاثة وقال في الأجناس لو قال يا ابن القرطبان عليه التعزير ، لانه هو الذي يعم رجلا بامرأته رجاء أن يصيب منه مالا . قال قوله بقرطبان الذي يرجو أن يدخل الرجال على نسائه . وقال القرطبان والكحان لم أرهما في كلام العرب ، ومعناها عند العامة مثل الديوث أو قريباً منه ، وديوث الذي يدخل الرجل على امرأته ، ولهذا قال أحمد في الكحان يعزر ، وبه قال أصحابنا . ولو قال يا بليد يا قذر يعزر . ولو قال يا سفينة يعزر ، ولو قال يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك ، أو قال أنت حجام أو أنت مفسد ، أو قال قول الهند « أو ان لانه بعديا » .

(وقيل في عرفنا يعزر ، لانه يعد سباً) أي لان قوله يا حمار أو يا خنزير يعد سباً ،

وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهذا حسن . والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات . وقال أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً ،

أي شتماً (وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنهم يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان) أي المسبوب (من العامة لا يعزر ، وهذا) أي وهذا القول (حسن) وهو هول المصنف « رح » .

(والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات) وبه قال الشافعي « رح » في آخره . وقال في العبد تسعة عشر سوطاً . وقال مالك « رح » لا حد لأكثره فيجوز للامام أن يزيد التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك ، لما روى أن معمر بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه من بعد فضربه مائة أخرى وتفاء . وروى أحمد بإسناده أن علياً رضي الله عنه أتى بالنجاشي قد شرب خمرأ في رمضان فجلده ثمانين للشرب ، وعشرين سوطاً لفطره في رمضان . ولنا قوله عليه السلام من بلغ حداً في حد غيره حد ، فهو من المعتدين ، ويبيح الآن . وحديث معمر يحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فادب على حبسها أو تكرور منه ، أو كان ذنبه مهملأ على باب أحدهما تزوير . والثاني أخذ المال من بيت المال بغير حقه . والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره ، وغير هذا . وأما حديث النجاشي فإن علياً رضي الله عنه ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين .

(وقال) أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً) وهذا ظاهر الرواية عن أبي يوسف « رح » ألا ترى مانقل صاحب الأجناس عن الحدود الأصل لا في التعزير ويضرب المضروب قائماً ، وأقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطاً في قول أبي حنيفة « رح » ، وعمر « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يبلغ عنه خمسة وسبعين سوطاً ،

والأصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين.

ثم قال في نوادر هشام عن أبي يوسف رحمها الله تسعة وسبعين سوطاً ، لكن هذا في تعزير الحر . وأما في تعزير العبد قول أبي يوسف « رح » ينقص خمسة عن اربعين ، كذا ذكره صاحب التحفة . وقول محمد « رح » في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة « رح » وفي رواية قوله مع أبي يوسف « رح » كذا ذكره في المختلف وقول زفر « رح » مثل قول أبي يوسف « رح » في النوادر . وذكر في شرح الاقطع زفر « رح » مثل قول محمد « رح » .

(والأصل فيه) أي في هذا الباب (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) هذا الحديث أخرجه البيهقي « رح » عن خالد بن الوليد رضي الله عنه عن النعمان بن بشير . وقال في المحصول (١) مرسل ، ورواه محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار مرسلًا . وقال في التنقيح رواه ابن ماجة في فوائده حدثنا محمد بن حصين الأصبغي ثنا عمرو بن علي المقدمي حدثنا معمر عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله ﷺ من بلغ ... الحديث .

قوله من بلغ ، قال صاحب النهاية بالتخفيف هو السماع ، وهكذا ذكر في الفوائد الظهيرية ، فإنه قال بلغ بالتخفيف ، أي كما في بلغ المكان ، أي إياه ، فصار تقدير الحديث من أتى حداً في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين . وهكذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردي « رح » ، وهكذا ذكر في الكافي . وفي المغرب التثقيل إن صح على حذف المفعول الأول كما في قوله عليه السلام فليبلغ الشاهد الغائب . وقوله تعالى ﴿ بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة ، على حذف المفعول الثاني . والتعزير من بلغ ما حداً ، وإنما حسن الحذف لدلالة قوله عليه السلام في غير حد . ولهذا قالوا لا يجوز تبليغ غير الحد الحد . وقيل التخفيف أولى لعدم الحاجة إلى الإضمار . وفي الفوائد المختارية بالتشديد معناه أن لا يبلغ الحد غير الحد ، وهذا غير مستقيم ، وفيه تأمل ، لأن هذا على تقدير حذف المفعول الثاني . فأما على تقدير المفعول الأول كما ذكر في المغرب مستقيم .

(١) هكذا الكلمة في الأصل وربما أراد - المحفوظ أنه - .

وإذا تعذر تبليغه حداً ، فأبو حنيفة ومحمد «رح» ، نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه وذلك أربعون ، فنقصا منه سوماً . وأبو يوسف «رح» ، اعتبر أقل الحد في الأحرار ، إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوماً في رواية عنه ، وهو قول زفر «رح» ، وهو القياس . وفي هذه الرواية نقص خمسة ، وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه فقلده ، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر . وذكر مشايخنا «رح» ، أن أدناه على

(وإذا تعذر تبليغه حداً) أي تبليغ التعزير ، حداً هو منصوب على أنه مفعول المصدر المضاف إلى فاعله (فأبو حنيفة ومحمد «رح» ، نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه) أي صرف أبو حنيفة ومحمد «رح» ، التعزير إلى حد العبد (وذلك) أي حد العبد في القذف (أربعون ، فنقصا منه) أي من الأربعين (سوماً) .
(وأبو يوسف «رح» ، اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوماً في رواية عنه) أي عن أبي يوسف «رح» (وهو قول زفر «رح») أي نقص السوط الذي هو رواية عن أبي يوسف «رح» ، قول زفر «رح» (وهو القياس) لأن الحاجة ماسة إلى إظهار التعارف بين الحد والتعزير ، وبنقص الواحد يقع التعارف .
(وفي هذه الرواية) أي رواية القدوري «رح» ، وهي رواية الجامع الصغير أيضاً (نقص خمسة ، وهو ما ثور) أي مروى (عن علي «رض») أي ابن أبي طالب رضي الله عنه ، وهذا غريب . وذكره البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى «رح» ، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى بيان أصل هذا عن علي رضي الله عنه (فقلده) أي فقلد أبو يوسف «رح» ، علياً رضي الله عنه (ثم قدر الأدنى في الكتاب) أي قدر القدوري «رح» ، أدنى التعزير في مختصره (بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر) .
(وذكر بعض مشايخنا) في شروح الجامع الصغير (أن أدناه) أي أدنى التعزير (على

ما يراه الإمام بقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لانه يختلف باختلاف الناس . وعن أبي يوسف « رح » أنه على قدر عظم الجرم وصغره ، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه ، فيقرب اللبس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف .

ما يراه الإمام بقدر (يحتهد في ذلك ، وتقديره) بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لأنه) أي لأن التعزير (يختلف باختلاف الناس) لأن الناس يتعاونون ، فواحد ينزجر بأدنى ضربات ويعتبر به ، ولا ينزجر بأحيان ذلك الآخر . وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة « رح » ، ولهذا قال في الأجناس قال أبو حنيفة « رح » في التعزير إن رأى القاضي أن يجسه ولا يضره فعل ذلك ، وهو إلى الوالي يعمل فيه برأيه ، وطى الوالي أن يحتهد في ذلك .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه) أي روي عن أبي يوسف « رح » أن التعزير (طى قدر عظم الجرم وصغره) هذه رواية أبي سليمان بإملائه ، ذكره الناطقي في كتاب الأجناس . قال أبو يوسف « رح » التعزير على قدر عظم الجرم وصغره ، وطى قدر ما يرى الحاكم في ذلك ، وطى قدر احتمال المضروب ، لضعف بدنه يتحرى في ذلك . وقال في نوادر ابن رستم عن محمد « رح » في الرجل شتم الناس إن كان له مروءة وعظ ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان ساماً ضرب وحبس . قال والمروءة عندي في الدين والصلاح . قال في خلاصة الفتاوى سمعته من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي أو الوالي جاز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

(وعنه) أي وعن أبي يوسف « رح » (أنه يقرب كل نوع من بابه) أي يقرب كل نوع من باب الجرم في باب التعزير ، ويوضح ذلك بقوله (فيقرب لللبس والقبلة من حد الزنا) يعني يعزر في اللبس الحرام والقبلة الحرام أكثر جلدات التعزير (والقذف بغير الزنا) أي يقرب القذف بغير الزنا ، لقوله يا كافر يا خبيث (من حد القذف) فيقرب أقل جلدات التعزير . وفي شرح الأقطع لو شهدوا عند الإمام على أحد أنه قبل أجنبية أو لها رومي ، أي

قال وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع به في الجملة ، حتى جاز أن يكتفى به ، فجاز أن يضم إليه ، ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته ، كما شرع في الحد ، لأنه من التعزير . قال وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف

فيه من حيث

شجاع عن أبي يوسف « رح » أنه على قدر ما يراه الإمام في كل نوع فانقذف بغير الزنا يقرب من حد القذف أو شرب الخمر من شرب الخمر والوطء فيما دون الفرج يقرب من حد الزنا يعتبر كل شيء بموجده .

(وإذا رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه) أي لأن الحبس (صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع به في الجملة) أي الحبس . وروى الترمذي « رح » حدثنا علي بن سعيد الكندي وقال حدثنا ابن المبارك عن معمر عن شهر بن حليم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه (حتى جاز أن يكتفى به) أي الحبس (فجاز أن يضم إليه) أي يضم الحبس إلى الضرب .

(ولهذا) الإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير (لم يشرع) أي الحبس (في التعزير بالتهمة) أي بسبب التهمة (قبل ثبوته) بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً ، فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحسب التهم قبل تعزير الشهود (كما شرع) أي الحبس (في الحد) بسبب التهمة ، لأن في باب الحد شيئاً آخر فوق الحبس ، وهو إقامة الحد عند وجود موجب ، فيجوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى . وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس ، فلو حبست بالتهمة فيها لكان إقامة التوبة الأعلى مقابلة الذنب الأدنى ، وهو مما ياباه الشرع (لأنه) أي لأن الحبس (من التعزير) والتعزير لم يشرع بالتهمة لما ذكرنا . (قال) أي القدوري (وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف فيه من حيث

العدد، فلا يخفف من حيث الوصف، كيلا يؤدي إلى فوات المقصود، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء. قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب، وحد الشرب ثبت بقول الصحابة «رض»، ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم، ثم

العدد، فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود) هو الزجر. واختلف المشايخ في شدته، قال في شرح الطحاوي وقال بعضهم هو الجمع في عضو لجمع الاسواط في عضو واحد، ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سير الحد. وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع. وقال أحد «رح» أشد الضرب ضرب الزاني، ثم حد القذف ثم التعزير. وقال مالك «رح» كلها سواء. وقال الحاكم «رح» في الكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب، وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف، وضرب القاذف أحق من جميع ذلك، ويجوز في سائرهم، إلا أن في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه.

(ولهذا) أي ولكون التخفيف في التعزير من حيث العدد دون الوصف (لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء، قال) لأنه جرى النقصان من حيث العدد، فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لفات المقصود، وهو الزجر. وذكر في المبسوط ولهذا يجرد ويعزر في إزار واحد. وعند الأئمة الثلاثة حكم ضرب التعزير حكم ضرب الزنا، ذكر في المحيط أن محمداً «رح» ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء، ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في الزنا. وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد. (ثم حد الزنا) أي أشد من ضرب الشارب (لانه ثابت بالكتاب) والسنة، وسببه وهو الزنا من أعظم الذنوب، ولهذا شرع فيه أعظم العقوبات، وهو الرجم.

(وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم) فلذلك كان ضرب دون ضرب الزنا فوق ضرب القذف (لانه) أي ولأن الزنا (أعظم جناية) حتى شرع فيه الرجم ثم

حد الشرب ، لأن سببه متيقن به ، ثم حد القذف لأن سببه محتمل
 لاحتمال كونه صادقاً ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة
 فلا يغلظ من حيث الوصف . ومن حده الإمام أو عزّره فمات
 قدمه هدر ، لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد
 بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته ،
 لأنه مطلق فيه

حد الشرب ، لأن سببه) وهو شرب الخمر (متيقن به) لأنه ثابت يقيناً بالبينة (ثم حد
 القذف ، لأن سببه محتمل لاحتمال كونه) أي كون القاذف (صادقاً) في قذفه ، ولا
 يقدر على اثبات زنا المقذوف ، لأنه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في
 المكحلة (لأنه جرى فيه) أي في حد القذف (التغليظ من حيث رد الشهادة ، فلا يغلظ
 من حيث الوصف) فلا يغلظ بشدة الضرب وحد القذف أحق في الجمع ، لأن شارب
 الخمر قل ما يخلو عن القذف ، فيصير كل شارب جامعاً بين الشرب والقذف ، فيتحقق منه جنائتان
 ومن القاذف جنابة واحدة ، فلماذا كانت ضربه أحق ضرب الشارب وإن كان منصوحاً عليه .
 (ومن حده الإمام أو عزّره فمات قدمه هدر) يعني لا يجب شيء على الإمام على بيت
 المال ، وبه قال أحمد ومالك رحمهما الله ، إلا أن مالكا قال إذا ضربه تعزيراً مثله لا
 يضمن . وقال الشافعي « رح » يضمن ، وفي محل الضمان قولان ، أحدهما في بيت المال ،
 والثاني على عاقلة الإمام ، هكذا ذكره الكاكي « رح » خلافه . وقال الأتزازي « رح »
 أما هدر الدم في الحد فبالإجماع . وأما في التعزير فقد قال الشافعي « رح » يضمن في ماله ،
 وفي قوله في بيت المال (لأنه) أي لأن الإمام (فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور
 لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد) الذي يفصد (والبزاغ) بفتح الباء الموحدة وتشديد
 الزاء ، وفي آخره غين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع ، أي أسال دمها من
 قوائها واسم الحديدية التي يفعل بها ذلك المبزغ بكسر الميم ، وهو كشرط الحجامة ، وهذا
 إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد فمات ، أو المبزوغ المقصود لا يئزم الضمان ، كذا هنا .
 (بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته) فماتت يجب عليه ضمان الدية (لأنه مطلق فيه)

والإطلاقات تنقيد بشرط السلامة كالمروور في الطريق . وقال الشافعي
 «رح» تجب الدية في بيت المال ، لان الإلتلاف خطأ فيه إذ التعزير
 للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لان نفع عمله يرجع إلى
 عامة المساميين ، فيكون العزم في ما لهم . قلنا لما استوفى حق الله بأمره
 صار كأن الله أماته^(١) من غير واسطة ، فلا يجب الضمان .

أي مباح فعله (والإطلاقات تنقيد بشرط السلامة) فإذا فاتت السلامة يلزم الضمان
 (كالمروور في الطريق) والاصطياد إذا أتلّف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان بكونه
 مقيداً بشرط السلامة ، بخلاف ما لو جامع امرأته فهاتت أو أفضاها حيث لا يضمن عند
 أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» ذكره في المحيط مع أنه مباح ، فينبغي أن يتقيد
 بشرط السلامة ، لأنه ضمن المهر للجماع ، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل واحد
 ذكر الحاكم «رح» لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ، ويضرب ابنه على تركها .
 والمعلم إذا أدب الصبي فهات منه يضمن عندنا ، وقال مالك وأحمد رحمهما الله لا يضمن
 الزوج ولا المعلم في التعزير ولا المؤدب في التأديب والحد والوطء إذا ضربه ضرباً معتاداً .
 ولو ضربه ضرباً شديداً لا ضرب مثله في التأديب يضمن بإجماع الفقهاء «رح» .
 (وقال الشافعي «رح» يجب الدية في بيت المال) يعني في مسألة الإمام إذا حد وعزّره
 فهات ، وقد مر الكلام فيه (لأن الإلتلاف خطأ فيه ، إذا التعزير للتأديب ، غير أنه تجب
 الدية في بيت المال ، لأن نفع عمله) أي عمل الإمام (يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون
 العزم) أي غرامة الضمان (في ما لهم) أي في مال المسلمين .
 (قلنا لما استوفى) أي الإمام (حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير
 واسطة) جلد الجلاد ، وإذا كان الأمر كذلك (فلا يجب الضمان) .
 فروع : يصح في التعزير الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال والعقود
 والتكفل النقل ، لأنه من حقوق العباد .

(١) في الأصل - أمانة - وهو خطأ والتصحيح من شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ،
ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨
الحجر ، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه
إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء ،
أو ابتداء لا غير ،

(كتاب السرقة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام السرقة . ولما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة التعزير ،
شرع في ذكر الزاجر المتعلقة بصيانة الأموال وصيانة النفس أقدم من صيانة المال ، فلذلك
آخر كتاب السرقة .

(والسرقة في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار)
والسرقة على وزن فعلة ، بفتح الفاء وكسر العين من سرق من باب ضرب يضرب ، ولها
معنى لغوي ، ومعنى شرعي ، ومعناها اللغوي هو ما قاله المصنف «رح» بقوله السرقة
في اللغة إلى آخره (ومنه) أي ومن المعنى اللغوي (استراق لسمع) وهو السماع حقيقة
(قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر) معناه يستمع مستحقاً . ويقال
معناه رام اختلاسه سراً ، واسترقت لشياطين من الملائكة كلام (وقد زيدت عليه) أي
على المعنى اللغوي (أوصاف في الشريعة) أي قيود في المعنى الشرعي (على ما يأتيك
بيانه إن شاء الله تعالى) أي بيان تلك الأوصاف التي هي القيود .

(والمعنى اللغوي مراعى فيها) أي أخذ الشيء من للغير على الحقيقة مراعى في السرقة
(ابتداء وانتهاء) وهي أن يوجد الحقيقة ابتداء وانتهاء (أو ابتداء لا غير) أي على وجه

كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار . وفي الكبرى على قطع الطريق مسارقة عين الإمام ، لانه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه . وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه . قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة ،

الحقيقة (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار) يعني ليلا ثم استيفظ صاحب المال (وأخذ المال من المالك مكابرة) يعني مقابلة بالسلاح ومدافعة (على الجهار) يعني أخذ المال في الإنتهاء (وفي الكبرى) أي في السرقة الكبرى (وهو قطع الطريق) هذا جواب عما يقال يرد على ما قلت قطع الطريق ، لأنه يراع فيه الحقيقة . وقد قلت المعنى اللغوي في السرقة مراعى . فأجاب بقوله وفي الكبرى أعني قطع الطريق (مسارقة عين الإمام) لأن قاطع الطريق يأخذ المال عن المارة حقيقة عن عين الإمام الذي يحفظ الطريق (لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه) وهو جمع عون ، وهو الظهر والمرأ بأعوانه رجاله الذين في خدمته وصددهم لحفظ الطريق .

(وفي الصغرى) أي وفي السرقة الصغرى (مسارقة عين المالك) الذي هو الحافظ (أو من يقوم مقامه) أي أو مسارقة عين من يقوم مقام المالك ، سواء كان صاحب أمانة أو ضمان المستعير المستأجر والمودع والمرتهن والمضارب والفاجر .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع) إلى هنا لفظ القدوري .

(والأصل فيه) أي في وجوب القطع (قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة) أي الذي يسرق والتي تسرق فاقطعوا أيديهما باتفاق

ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لان الجناية لا تتحقق دونها ،
والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير ، لأن الرغبات
تغتر في الحقير ، وكذا إذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة
الزجر ، لأنها فيما يغلب . والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا .

العلماء ، وهو جعل لتناول المال غير المحروز الشيء التافه الذي لا قيمة له . والحديث وهو
قوله عليه السلام لا يقطع السارق إلا في المحرز ، على ما يحییء بيان الحديث (ولا بد من
اعتبار العقل والبلوغ ، لأن الجناية لا تتحقق دونها) أي دون العقل والبلوغ ، وإنما خص
المجنون والصبي عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن
الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل (والقطع جزاء الجناية) فلا تثبت الجناية إلى
المجنون والصبي والقطع عقوبة . وهما ليسا من أهل العقوبة .

(ولا بد من التقدير بالمال الخطير) أي الذي له قيمة ، وضد الخطر (لأن الرغبات
تغتر في الحقير) الرغبات جمع رغبة ، وهو مصدر رغب من الشيء رغباً ورغبة ، وإذا
أراده ورغب عنه لم يرده ، والفتور الضعف والإنكسار المعنى أن الراغب في الشيء لا
يرغب في الشيء الحقير ، (وكذا إذا أخذه لا يخفى) أي وكذا أخذ الشيء الحقير لا
يخفى ، والذي يأخذه لا يخفيه عن الناس لحقائه ، وإذا كان كذلك (فلا يتحقق ركنه) أي
ركن السرقة ، وهو الأخذ عن الحقيقة وتذكير الضمير على تأويل السرقة ، لأنها بمعنى
(ولا حكمة الزجر) أي ولا تحقيق أيضاً حكمة الزجر في أخذ الشيء لا الحقير (لأنها)
أي لأن حكمة الزجر (فيما يغلب) أي وقوعها ، وكذلك في المال الخطير .

(والتقدير) أي تقدير الشيء الذي يقطع به يد السارق (بعشرة دراهم مذهبنا) وفيه
مذاهب الناس . وقال الحسن وداود والحوارج وابن بنت الشافعي « رح » يقطع القليل
والكثير لمعوم الآية ، لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله السارق يسرق الخيل فتقطع يده
ويسرق البيضة فتقطع يده ، متفق عليه . وقال ابن أبي ليل « رح » لا تقطع في أقل من
خمس دراهم . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يقطع في ربع دينار ، وتلك دراهم . وروي

وعند الشافعي «رح» التقدير بربيع دينار . وعند مالك «رح» بثلاثة دراهم . لها أن اقطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان إلا في ثمن المجن . وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل وهو المتيقن به أولى غير أن الشافعي «رح» يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهماً والثلاثة ربعاً . ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتياطاً لدوء الحد ،

عن مالك خمسة دراهم ، وهو المروي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما ، كذا في جامع الترمذي . وروي عنها أنه لا يقطع في أقل من أربعين درهماً . وهو غير صحيح .

(وعند الشافعي «رح» التقدير بربيع دينار ، وعند مالك «رح» بثلاثة دراهم . لها) أي للشافعي ومالك «رح» (أن اقطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن) بكسر الميم وهو الترمذي سمن به اشتراه صاحبه من جنة الليل واجنة ، أي شرة (١) . واختلفوا في ثمن الذي قطع به رسول الله ﷺ ف قيل كان عشرة دراهم ، وقيل ثلاثة دراهم ، وقيل خمسة دراهم فقال الشافعي ومالك «رح» (وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل ، وهو المتيقن به أولى . غير أن الشافعي «رح» يقول كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثني عشر درهماً والثلاثة ربعاً) واحتج بما روى الترمذي عن حمزة عن عائشة رضي الله عنها موقوفاً ومرفوعاً أن النبي ﷺ كان يقطع في ربيع ، احتج مالك «رح» بما روي عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم .

(ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتياطاً لدوء الحد) لأن الحدود تندريء

(١) هكذا الجملة في الاصل .

وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجنابة ، وهي دائرة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم

بالشبهات (وهذا) أي الأخذ بالأكثر (لأن في الأقل) أي من عشرة دراهم (شبهة عدم الجنابة ، وهي) أي الشبهة (دائرة للحد) الشبهة ، بيان ذلك أن في العشرة يجب القطع بالإجماع ، وفيها دونها خلافاً ، والأخذ بالجمع عليه أولى من الأخذ ، بما فيه خلاف ، لأن أدنى درجات الخلاف إیراث الشبهة ، والحدود تندريء بالشبهات .

(وقد تأيد ذلك) أي ما ذكرنا (بقوله عليه الصلاة والسلام) أي بقول النبي ﷺ (لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم) هذا الحديث رواه الطحاوي ، قال حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني حدثنا فارتبك عن منصور عن عطاء عن ابن أم عزم عن أم أيمن قالت قال رسول الله ﷺ لا يقطع السارق إلا في بجن ، وقومت يومئذ على عهد رسول الله ﷺ ديناراً أو عشرة دراهم . وأخرجه البيهقي في الخلافيات . وقال الطحاوي أيضاً حدثنا ابن أبي داود وعبد الرحمن بن عمرو الدمشقي «رح» قال حدثنا ابن خالد الذمهي قال حدثنا محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم يد رجل في بجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم ، رواه أبو داود وأخرجه الحاكم في مستدرکه وقال صحيح على شرط مسلم وشاهد حديث أيمن .

فإن قلت أيمن هذا عنده جماعة من الصحابة وقالوا إنه قتل يوم حنين ولم يدرك عطاء «رح» فحينئذ فالحديث منقطع . قلت إن كان أيمن من الصحابة «رض» وعطاء لم يدركه لكن يؤيده حديث ابن عباس وإن كان تأخرت عن وفاته إلى ما بعد النبي ﷺ كما زعم الطحاوي «رح» يكون الحديث منفصلاً ، وإن كان من التابعين على ما زعمه للشافعي «رح» يكون وغيره أيضاً متصلاً بحالة ، وعد جماعة أيمن من الصحابة منهم ابن اسحاق وابن سميد وأبو القاسم البغوي وأبو نعيم وابن المنذر وابن قافع وابن عبد البر .

ومما يؤيد مذهبنا ما رواه النسائي من حديث عبد الله بن ادريس عن محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً ، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

دراهم ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الأعلى « رح » عن محمد بن إسحاق قال ،
قال رسول الله ﷺ لا تقطع يد السارق في دون ثمن الجن . قال عبد الله كان ثمن الجن
عشرة دراهم .

وأخرج أحمد « رح » في مسنده عن الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب به مرفوعاً
لا تقطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم ، ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده .
وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه حدثنا المتش بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن
سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي ﷺ قال عمر ما بلغ ثمن الجن قطعت يد
صاحبه ، وكان ثمن الجن عشرة دراهم .

وروى الطبراني في الأوسط حدثنا محمد بن فوح بن حرب حدثنا خالد بن مهرا نحدثنا
أبو قطيح البلخي عن أبي حنيفة « رح » عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن
مسعود . وعن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في عشرة دراهم . وروى عبد الرزاق « رح »
في مصنفه أخبرنا الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن قال ، قال ابن
مسعود رضي الله عنه لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم .

(واسم الدراهم تطلق " على المضروبة عرفاً) أي ينطلق على المكسورة في عرف
الناس ، غير المكسورة لا يسمى دراهم في العرف ، وتكلم اللغاة في الدراهم ، بل
يشترط عشرة دراهم مضروبة أم لا . ونقل المصنف لفظ القدوري « رح » بلفظ المضروبة
كما ذكر عن قريب .

(وهذا) أشار به إلى قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً (تبين لك
اشتراط المضروب ، كما قال في الكتاب) كما قال القدوري في مختصره (وهو) أي الذي
ذكره في الكتاب (ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

عشرة تبرأ قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر
وزن سبعة مثاقيل ، لأنه المتعارف في عامة البلاد .

عشرة تبرأ قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع) أي ظاهر الرواية هو الأصح ،
احتز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ، أن المضروب وغير المضروب سواء ،
ذكره في المحيط .

وقال الأتزازي في نقل المصنف عن القدوري نظر ، لأن الشيخ أبانصر ذكر ذلك
في الشرح الكبير ، وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ، ولم يقيد المضروبة ، بل أثبت
الرواية بقوله مضروبة أو غير مضروبة ، ثم قال أما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم
مضروبة أو غير مضروبة فهو قول أبي حنيفة « رح » ، ثم قال وروى بشر عن أبي
يوسف « رح » وابن سماعه عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرأ لا يقطع . وقال في التحفة
ذكر أبو الحسن الكرخي « رح » أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة ، وكذا روي عن أبي
يوسف « رح » ومحمد « رح » ، أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرأ لم تكن مضروبة . وروى
الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » ، إذا سرق عشرة مما مروج بين الناس قطع ، فهذا يدل
على أن التبر إذا كان رائجاً يقطع فيه ، إلى هنا لفظ التحفة ، يعني اشتراط المضروبة في
العشرة لأجل رعاية الكمال في الجناية .

وقال الكاكي رحمه الله هذا دليل الأصح يعني في شروط العقوبات يراعى وجودها على
صفة الكمال ، وبالتبر أنقص من المضروب قيمته ، ولهذا شرطنا الجودة ، حتى لو سرق
زيفاً أو بنهرجة أو ستوقه لا يجب القطع ، ذكره في شرح الطحاوي ، لأن نقصان الوصف
يوجب نقصان المالية كنقصان القدر ، فأدرك شبهة ، حتى لو سرق عشرة تبرأ قيمتها
أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، هذا نتيجة ما قبله ، وهو ظاهر . والتبر هو
القطع المأخوذ من المعدن .

(والمعتبر) يعني في عشرة دراهم سبعة مثاقيل من الذهب (وزن سبعة مثاقيل ، لانه
المتعارف في عامة البلاد) وزن الدرهم أربعة قراريط ، ووزن الدينار عشرون قيراطاً
مائتا درهم وزن مائة وأربعين مثقالاً ، وزن كل مثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ، وقد مر

وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم
يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، ولا بد من حرز لا شبهة فيه ،
لأن الشبهة دارثة ، وسنينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال والعبد
والحر في القطع سواء ، لأن النص لم يفصل ، ولأن التنصيف متعذر ،
فيتكامل صيانة لأموال الناس ،

في كتاب الزكاة من هذا ، لانه هو المتعارف في عامة البلاد ، وعلى هذا استقر الامر في
ديوان عمر رضي الله عنه ، فتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة وتقادير الديات .
وقال في شرح للطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة وعند القطع عند الكرخي (رح) .
(وقوله) أي وقول القدوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم) إشارة إلى أن غير
الدراهم يعتبر قيمته بها (أي بالدراهم) (وإن كان ذهباً) واصلاً بما قبله ، وإن كان ما يبلغ
قيمته عشرة دراهم ذهباً . وفي المحيط لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم يقطع ،
وما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم أو
بالدينار ، قاله أو بالدينار القوم بقيمة الشرع عشرة دراهم إلا الدينار القوم بقيمة
الوقت ، لان القيمة باعتبار العرف مختلف ، قد يكون عشرة ، وقد يكون عشرين ، وقد
يصير ثمانية دراهم . قلت قيمة الدينار في زماننا هذا ثلاثمائة وثلاثون درهماً ، وقد كان في
الاول بعشرين درهماً ، فلم يزل تبرأ إلى أن بلغ هذا المبلغ .

(ولا بد من حرز لا شبهة فيه ، لان الشبهة دارثة ، وسنينه) أي رافعة للحد ،
والحرز المكان الحربية ، وهو الذي يجوز^(١) فيه أي الشيء ، أي يحفظه ، والمراد بالحرز ما لا يعد
صاحبه مضيقاً (من بعد إن شاء الله تعالى) سنين الحرز في فصل الحرز إن شاء الله تعالى .
قال والعبد والحر في القطع سواء ، لان النص لم يفصل) قال الله تعالى ﴿ والسارق
والسارقة ﴾ ... الآية ، فعمومه يتناول الحر والعبد (لان التنصيف متعذر) أي ينصف
القطع الذي هو الحد مشهور (فيتكامل صيانة لاموال الناس) أي فيتكامل الحد الذي

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد به - بحر - اه مصححه .

ويجب القطع بإقراره مرة واحدة ، وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا يقطع إلا بالإقرار
مرتين ، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين ، لأنه إحدى
الجهتين ، فتعتبر بالأخرى ، وهي البيعة كذلك اعتبرا في الزنا .

هو القطع ، لاجل حفظ أموال الناس ، لان في تركه لاجل تعذر التنصيف فساداً لا يخفى
كما في القصاص (ويحب القطع) أي قطع يد السارق (بإقراره مرة واحدة) هذا لفظ
القدوري (وهذا) أي لإقراره مرة واحدة (عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح»)
وبه قال أكثر العلماء .

(وقال أبو يوسف «رح» لا يقطع إلا بإقراره مرتين) وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد
وزفر وابن شبرمة رحمهم الله ، وكذا الخلاف في شرب الخمر (ويروى عنه) أي عن أبي
يوسف «رح» (أنهما) أي الإقرارين ينبغي أن يكونا (في مجلسين مختلفين) كذا ذكر
الفقيه أبو الليث «رح» في شرح الجامع الصغير . وذكر بشر «رح» رجوع أبي يوسف
«رح» الى قولها (لانه) أي لان الإقرار (إحدى الجهتين) وهما البيعة والإقرار
(فيعتبر) أي الإقرار (بالأخرى) أي بالحجة الأخرى (وهي البيعة) فإن البيعتان
تثبتان (كذلك اعتبرا في الزنا) كما اعتبرا الإقرار ما هنا بالبيعة ، كذا بمنه في الزنا
حيث شرطنا الإقرار فيه أربع مرات كما أن البيعة فيه أربع ، ولانه روى أبو داود عن
أبي أمته ^(١) الخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف فقال له ما أخالك
سرت ، قال بلى ، فأعاده عليه مرتين أو ثلاثاً فقطع فعمل بهذا أن الإقرار مرة واحدة
لا يوجب القطع ، ويؤيده ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى علي بن أبي طالب
رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين ، فقال قد شهدت على نفسك شاهدين ،
فأمر به فقطع وعلقها في عنقه .

(١) هكذا الاسم في الاصل .

ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به ، كما في القصاص وحد القذف ، ولا اعتبار بالشهادة ، لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ، ولا تفيد في الإقرار شيئاً ، لانه لا تهمة ، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه ، واشتراط الزيادة في الزنا ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورد الشرع .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به) أي بالإقرار مرة واحدة (كما في القصاص وحد القذف) وغيرهما ، فإن الإقرار فيها يكفي بمرة واحدة (ولا اعتبار بالشهادة) هذا جواب عن قياس أحد الحجتين بالأخرى ، وبيان العارف بيانه هو قوله (لأن الزيادة تفيد فيها) أي في الشهادة (تقليل تهمة الكذب ، ولا يفيد في الإقرار شيئاً ، لانه لا تهمة) أي في الإقرار ، لأن الإقرار إن وقع صادقاً ، فلا يرد أو صدقاً بالثاني ، وإن وقع كذباً فلا يتغلب صدقاً بالتكرار وبالرجوع جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره واحتمال أن يثبت عليه فيؤكّد على قبوله بالتكرار ، فأجاب بقوله (وباب الرجوع) أي عن الإقرار (في حق الحد لا ينسد بالتكرار) لانه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد ، لانه يكذب له .

(والرجوع في حق المال في السرقة لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه) فلا يصح ، فظهر الفرق بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار في حق القطع ، ولانه في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله كذلك اعتبرنا في الزنا معنى اشتراط الزيادة في الزنا (بخلاف القياس) وفي المحيط والمبسوط والقياس في الزنا أن يكتفي بالإقرار مرة واحدة فيه ، فاشتراط التكرار فيه على خلاف القياس بالنص (فيقتصر على مورد الشرع) أي على مورد النص ، والنص الوارد في الزنا لا يكون وارد في باب السرقة ، لان في السرقة ورد نص آخر ، وهو أنه عليه الصلاة

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق،
وينبغي أن يسألها الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها

والسلام قطع سارقاً بالإقرار مرة واحدة .

وأما حديث الخزومي فلا يدل على اشتراط مرتين ، بل دل أنه عليه الصلاة والسلام احتاط في درثه وعلى حثه على الرجوع ، وهو مستحب ، أو على جواز تلقين الرجوع . وكذا حديث علي رضي الله عنه بدليل قوله شهدت على نفسك مرتين ، وكذا قاله الكاكي «رح» . وقال الاترازي «رح» والذي روي عن علي رضي الله عنه من التكرار أمراً اتفاقياً لا قصدي ، وفيه تأمل .

(قال) أي القدوري (ويجب) أي القطع (بشهادة شاهدين لتحقق الظهور) أي ظهور السرقة بالشهادة (كما في سائر الحقوق) ولا خلاف فيه لأهل العلم كما في القصاص (وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة) بأن يقال كيف سرق ، فالإحتمال أنه نخب البيت فأدخل يده أو أخذ المتاع فذهب حيث لا ينقطع على ظاهر الرواية ، خلافاً لما روي عن أبي يوسف «رح» في الأمالي ، وكذا إذا قال صاحباً له على الباب لا يقطع واحد منها ، لأنه في الأول مختلف لا هاتك الحرز ، لأن هتك الحرز في البيعة لا يكون إلا بالدخول ، بخلاف صندوق الصيرفي ، وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التام من كل واحد منها ، بخلاف ما إذا رمى الثوب من البيت إلى الطريق ، ثم أخذ فخرج فأخذ حيث يقطع ، لأن الفعل الموجب للقطع ، ثم به وجده .

(وماهيتها) أي يسأل عن ماهية السرقة بأن يعود ما هي لاحتمال أن المسروق شيء نافذ ، أو ما يتسارع إليه الفساد ، أو مال ذي رحم محرم منه ، أو مال فيه شركة للشارق ، أو مال أحد الزوجين ، أو دراهم المديون أخذها السرقة بقدر حقه ، أو أقل من قدر النصاب . ويحتمل أن الشاهدين نسياء إلى السرقة لإستراق الكلام ، كما قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ، أو لأنه لا يعتمد في الركوع والسجود . وقد ورد في الحديث أن أسوأ الناس سرق من صلته فلا بد إذن من السؤال عنها .

(وزمانها) أي ويسأل عن زمان السرقة بأن يقال متى سرق لاحتمال التقادم ، لأن

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود . ويجبسه إلى أن يسأل
عن الشهود للتهمة . قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل
واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصابه أقل لا يقطع ،

التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة ، بخلاف الإقرار لعدم التهمة .
وقال الكاكي « رح » ، هذا إذا ثبتت السرقة بالبينة ، أما إذا ظهرت السرقة بالإقرار
لا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان ، لأن تقادم المهد لا يمنع صحة الإقرار ذكره في
المبسوط والمحيط .

فإن قيل ينبغي أن يكون التقادم غير مانع ما هنا ، لما أن الشاهد في التأخير غير
متهم ، إذ لا يقبل شهادة بدون دعوى المالك ، كما في حد القذف لشرطية الدعوى . قلنا
قد تقدم جوابه في باب الزنا ، ذكره في الإيضاح .

(ومكانها) أي ويسأل عن مكان السرقة لاحتمال أنه سرق في دار الحرب ، أو
سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحصاناً ، لأن حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة . أو
سرق من غير الحرز ، أو من بيت أذن له بالدخول فيه ومن حمار أو نهار أو بالليل يقطع ،
لأنه لا يؤذن بالدخول في الليل ، ذكره في شرح الطحاوي .

(لزيادة الاحتياط) في السؤال عن مكان السرقة (كما مر في الحدود ، ويجبسه) أي
كما مر ، مثل هذه الإشارة في كتاب الحدود ، وتجب بالنصب عطفاً على قوله أن يسألها
أو يجبس ليحي الإمام السارق (إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة) أي لأجل تهمة السارق ،
لأنه صار حياً منها بالسرقة فيجب عليه تعزيراً عليه ، وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً
بالتهمة ، وقد مر ذلك في كتاب الحدود ، وإنما يجبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ،
لأن التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبتاه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز ، لعدم
التلافي إذا وقع الغلط ، فتمين الحبس لثلايفوت الحق بالهرب .

(قال) أي القدوري « رح » ، (وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم وإن أصابه أقل) أي أقل من نصاب السرقة (لا يقطع) وبه قال الشافعي

لان الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنائته ،
فيعتبر كمال النصاب في حقه .

« رح » والثوري وابن الماجشون والمالك . ونقل عن ابن الماجشون « رح » يقطعون
بكل حال . وقال مالك وأحمد وأبو ثور رحمهم الله يقطع الكل ، لأن سرقة النصاب فعل
يوجب القطع فيه الواحد والجماعة كالقصاص . قلنا كل واحد يقطع بجنائته والجنابة الموجبة
للقطع سرقة النصاب ولم يوجد ، بخلاف القصاص . فإن فعل كل واحد جنابة موجبة
القصاص ، لأن خروج كل واحد صالح لخروج الزوج .

(لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنائته ، فيعتبر كمال النصاب
في حقه) أي في حق كل واحد منهم ، وهذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن بين الجماعة صبي
أو مجنون أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال . وإذا كان واحد منهم في الجماعة
لا قطع . وعند أبي يوسف « رح » أن ولي الصبي أو المجنون إخراج المطاع ، فلا يقطع ،
وإذا ولي غيرهما قطع لقول الوالي والله أعلم .

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسك والطير ، والصيد والزرنينخ والمغرة والنورة .
والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه ، أي الحقير ،

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

أي هذا باب في بيان ما يقطع فيه السارق ، وفي بيان ما لا يقطع فيه . ولما ذكر تفسير السرقة وشروطها ، شرع في تعداد الشروع الذي يوجب القطع ، والذي لا يوجب . (ولا يقطع فيما يوجد) بانها بالتاء المثناة من فوق وبالفاء - أي خصيراً سيروا - (تافهاً مباحاً) وهو ما يجيز فيه العاقل من التحصيل والترك في دار الإسلام ، قيد به لأن الأموال كلها على الإباحة (في دار الاسلام كالخشب والقصب والحشيش والسك والطير والصيد والزرنينخ والمغرة والنورة) بالفتحات وهو الطين الأحمر ، ويجوز تسكين عينها ، والعامّة يقولون بضم الميم وسكون العين والنون والواو ^(١) لا بالهمزة ، وهي معروفة . (والأصل فيه) أي في عدم القطع في الناقة وما يوجد مباحاً في دار الاسلام (حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه . وزاد في مسنده ولم يقطع في أي من ثمن مجن أو تومن ، انتهى . ورواه مرسلأ أيضاً . (أي الحقير) تفسير من المصنف «رح» وليس من الحديث .

(١) هكذا الكلام في الأصل وفيه خطأ واضح ربما هو من الناسخ ، اه مصححه .

وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورة غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه ولهذا

(وما يوجد جنسه) أي الذي يوجد جنسه ، وهو في محل الرفع على الابتداء ، وخبره قوله حقيراً ، أي ما يوجد جنسه حال كونه (مباحاً في الأصل بصورة) احتراز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية ، فإن فيها القطع لتغيرها بتباعد الصورة الأصلية بالصفة المتفق عنه (غير مرغوب فيه) غير منصوب على أنه صفة لقوله مباحاً ، واحتراز به عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيها ، فانتفت الحقايرة عنها ، وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر . (حقير) قد ذكرنا أنه خبر المبتدأ (تقل الرغبات فيه) جملة استثنائية ولا تطنبوا به ، أي لا تبخلوا به ، والطنابة بالشيء البخل به ، ويجوز فتح الطاء وكسرها فيه فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك وكتابه ، فلما وطالما موصولة نقله الطرزي عن ابن الحر ، ولكن ابن درستويه لم يجوز أن يوصل شيء من الأفعال بما سوى نعم وبئس ، هذا إذا كانت كافة ، وإذا كانت مصدرية فليس إلا الفصل .

قوله على كرهه بالفتح والضم لفتان ، يعني كالمخطف والمضعف . وحاصل المعنى أي قليل الخاف المستقن بالمالك إذا أخذ ما يؤخذ أخذ جنسه مباحاً في الأصل لصورته غير مرغوب فيه ، لأن النصبة بالأشياء الحقيرة من غاية دناء الهمة وخسة النفس ، كما إذا كان كذلك فلا حاجة إلى الشرع أخبر فأخذها حقيقة لوجود الرضى من المالك غالباً .

فإن قيل ما فائدة هذه التأكيدات ويكتفي بقوله غير مرغوب فيها . أجيب بأن مثل هذه التأكيدات جاءت في كتاب الله تعالى ، مع أنه متعال عن الشهرة والغلط ، كما في قوله تعالى ﴿ فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن ﴾ ٢٢٢ البقرة ، فأولى أن يجيء في كلام الزاهدي هو مظنة السهو ، وإلزاحة ما يوم السامع من وقوع السهو ، كذا في النهاية وقال الكاكي ويمكن أن يقال في هذه التأكيدات إشارة إلى نفي أوصاف يوجب عدم القطع في الذهب والفضة ، فإن كل وصف من هذه الأوصاف يوجب عدم القطع ، فصارت كلها منفية في الذهب والفضة .

(ولهذا) أي ولأجل عدم الحاجة إلى الزاجر في سرقة ما يوجب جنسه مباحاً في

لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ، ولأن الحرز فيها ناقص .
الآتري أن الخشب تلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة
لا للإحراز . والطير يطير ، والصيد يفر .

الأصل (لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب) لاشتراكها في المعنى الموجب لتفني
القطع (ولأن الحرز فيها) أي في الأشياء المذكورة وهي الخشب والقصب إلى آخر ما
ذكره (ناقص) وأوضح نقصان الحرز فيها بقوله (ألا ترى) بقوله (أن الخشب تلقى على
الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز) أما السياج والأبنوس فإنه يقطع فيها ،
لأن المادة جارية بإحرازها ، وكذلك يقطع في الخشب المعمول ، لأنه وجدت فيه صفة
هي تزلز قيمة على قيمة الأصل .

وعن أبي يوسف في نوادر هشام أنه قال أنا أقطع من كل شيء سرق إلا في الشراب
والسرقين . قال في شرح الأقطع ، وهو قول الشافعي . وزعم أصحابه في الماء والتراب
وجهين . وروى عن أبي يوسف في الحاروني قال أقطع من كل شيء إلا في الخشب . في
الاملاء قال أبو يوسف أقطع في كل شيء إلا في الماء والتراب والطين والجص والمارف
والنيذ ، ومن جملة الأشياء التي ذكرها المصنف التي لا قطع فيها الزرنينج . قال الأتري
ينبغي أن يجب القطع في الزرنينج ، لأنه يحرز ويصان في دكاكين المطارين كسائر الأموال .
قلت على ما ذكره ينبغي أن يقطع في المدة ، لأنها تحرز عند المطارين وتباع
بالأرطال . وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته
نصاباً إلا التراب والسرقين . وروى هشام عن محمد إذا سرق الذهب أو الفضة أو اللؤلؤ
والجواهر على الصورة التي يوجد مباحة ، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع في ظاهر
الذهب ، لا يقطع لأنه ليس سرقة حقاً . وكل من يتمكن من أخذه لا يتركه ويتم
إحرازه عادة .

(والطير يطير والصيد يفر) وهو معطوف على قوله الخشب تلقى على الأبواب .
وأراد به الطير المذكور في أول الباب وكذلك الصيد ، فإذا كان الأمر فيها كما ذكره نقل
الرغبة فيها ، فلا يشرع الزاجر في مثلها .

وكذا الشركة العامة التي كانت فيه ، وهو على تلك الصفة تورث
الشبهة ، والحد يندرى بها . ويدخل في السمك المالح والطري .
وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا . وإطلاق قوله عليه
السلام لا قطع في الطير .

(وكذلك الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد ، يعني مباح للعامة ، لقوله
عليه السلام الصيد لمن أخذ ، فكان كمال بيت المال والمغانة والحشو والحثب فلا قطع فيها ،
كذا أقره الكاكي وقال (إلا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه
مباحاً (وهو على تلك الصفة) أي والحال أنه على تلك الصفة التي كان عليها ، وهي
مشتركة يجترز فيها على الأبواب والأواني المتخذة والخشب كما ذكره (تورث الشبهة) خبر
قوله وهو على تلك الصفة ، أي تورث شبهة الإباحة (والحدود تندرى بها) أي بالشبهة .
(ويدخل في السمك المالح والطري) أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ : سمك
طرية ويابسة وهو المالح والمقدد ، نص على ذلك الكرخي . وقال ابن زاهد يقال سمك
ملح وملح ، ولا تلتفتن إلى قوله - الزاجر يطعم المالح والطري - فإنه مولد لا يؤخذ بقوله .
(وفي الدجاج) أي ويدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير والدجاج (والبط
والحمام لما ذكرنا) أشار به إلى قوله والطيور يطير ، والصيد يفر ، يعني الطيران والفرار
دليل على نقصان الحرز ، فلم يقطع لهذا . قال في الجامع الصغير رجل سرق طير أيساوي
عشرة دراهم لا يقطع ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ
فيه ، قال بعضهم أراد به الطائر الذي يكون طيراً سوى الدجاج والبط ، فيجب فيها
القطع ، لأنه بمعنى الأهلي . وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور ، وهذا القول
أصح . وذكر في كتاب (١) ولو سرق شيئاً من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب القطع .
(وإطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير) هذا غريب مرفوعاً ، ورواه ابن أبي
شبة في مصنفه وعبد الرزاق موقوفاً على ضمان ، فإنه قال لا قطع في الطير . وأخرج

(١) لم يذكر في الأصل اسم الكتاب ، اه مصححه .

وعن أبي يوسف «رح» أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجة عليه ما ذكرنا . قال ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة ، لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ،

البيهقي عن أبي ذر انه المرسله ، قال ليس على سارق الحمام قطع . قال البريعي أراد الحمام في غير حرز ، وقال الشيخ علاء الدين التركماني ظنه الحمام بالتخفيف وإنما هو الحمام بالتشديد ، ويعرب عليه ابن أبي شيبة في مصنفه باب الرجل يدخل الحمام فيسرق ، حدثنا يزيد بن الحباب أخبرني معاوية بن صالح حدثني أبو زياد عن علي عن جرير عن أبي الدرداء أنه سئل عن سارق الحمام ، فقال لا قطع عليه .

(وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجة عليها ما ذكرناه) أي على أبي يوسف والشافعي ما ذكرناه عن حديث عائشة رضي الله عنها .

(قال) أي القدوري (ولا قطع فيما يسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف أن عليه للقطع ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، والفواكه الرطبة كالبطيخ والفواكه على الشجر ، والزرع الذي لم يحصد . واحتجوا بما روي في شرح الآثار ان رسول الله ﷺ حدث عن التمر المعلق ، فقال لا قطع فيه إلا ما أواه الجرين وبلغ ثمن الجمن ففيها القطع ، وما يبلغ ثمن الجمن نفسه غرامة مثله وجلدات تكال .

وحجة أبي حنيفة ومحمد ما ذكره بقوله (لقوله ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر) هذا أخرجه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجه عن ابن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان أن غلاماً سرق وولى من حائط فرفس إلى مروان قاض بقطعه فقال رافع بن جريح قال النبي ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر ، ورواه ابن حبان في صحيحه .

قوله ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثناة ، قال أبو عبيد الكثر جار النحل في كلام الأنصار وهو الجذب أيضاً . وقال ابن داير أهل العراق يسمون الجمار الجذب .

والكثر الجمار ، وقيل الودي . وقال عليه السلام لا قطع في الطعام
 والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهياً للأكل منه وما في
 معناه كاللحم والتمر ، لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً . وقال
 الشافعي « رح » يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا
 كثر ، فإذا أواه الجرين أو الجران قطع .

وأشار المصنف إلى تفسير أبي عبيد بقوله (والكثر الجمار) بضم الجيم وتشديد الميم ،
 وفي آخره راء . وقال الجوهرى الجمار شحم النحل (وقيل الودي) بفتح الواو وكسر
 الدال المهملة وتشديد الباء وهو السيل ، وهو صغار النحل . وقال الأتراسي تفسير الجمار
 بالودي لم يثبت في قوانين اللغة (وقال عنه لا قطع في الطعام) هذا غريب بهذا اللفظ
 وأخرج أبو داود في المراسل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري رضي الله عنه أن
 النبي ﷺ قال لا قطع إلا في الطعام . وروى ابن أبي شيبه في مصنفه حدثنا حفص عن
 أشعث بن عبد الملك وعمر وعن الحسن أن النبي ﷺ أتى برجل سرق طعاماً فلم يقطعه ،
 ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن رجل عن الحسن ، فذكره وزاد
 قال سفيان هو الطعام الذي يفسد بعد من نهاره كالتريد واللحم .

(والمراد به والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهياً للأكل منه) أي المراد من الطعام
 المذكور في الحديث المذكور المهياً ، أي الجهز للأكل كالحبزو واللحم ذكره في الإيضاح (وما
 في معناه) أي عبر ما بمعنى ما يهياً للأكل (كاللحم والتمر) لف ونشر ، لأن قوله كاللحم
 نظير قوله كالمهياً للأكل ، وقوله والتمر نظير ما في معناه (لأنه) أي لأن السارق
 (يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً) لأنها لا يسارع إليها الفساد ، هذا إذا لم يكن العام
 عام مجاعة ومحطاما إذا كان فلا قطع ، سواء كان مما يسارع إليه الفساد أو لا ، وعن عمر
 رضي الله عنه لا قطع في عام سنة . وروى عن النبي ﷺ أنه قال لا قطع في مجاعة مضطر .
 (وقال الشافعي يقطع فيها) أي فيما ذكر من اللبن واللحم والفواكة الرطبة والطعام
 بقوله (عنه لا قطع في ثمر ولا كثر ما إذا أواه الجرين أو الجران قطع) هذا الحديث

قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو
اليابس من الثمر وفيه القطع . قال لا قطع في الفاكة على الشجر
والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز ، ولا يقطع في الأشربة المطربة

غريب ، بهذا اللفظ . وروى مالك في الموطأ قال أبو مصعب أخبرنا مالك عن عبد الله بن
عبد الرحمن بن أبي حسين المكبي أن رسول الله ﷺ قال لا قطع في ثمر معلق ولا في
مريسة جبل ، فإذا أواه المراح أو الجرين فاقطع فيما بلغ ثمن الجبن قوله مريسة جبل ،
قال ابن الأثير ليس فيما بالجبل إذا سرق قطع ، لأنه يحرز ، والحريسة (١) فعيلة به بمعنى
مفعولة ، أي أن لها من يحرسها ويحفظها .

والمراح بضم الميم الذي فيه براح النعم . والجرين بفتح الجيم هو الذي تسميه أهل
العراق وأهل الشام الأندر وأهل البصرة الخرجان . وقد يقال له أيضاً بالحجاز المريد .
وقال في المغرب الجرين المريد ، وهو الموضع الذي يلقي فيه الرطب ليحجف ، وجمعه جرن
وجران البعير يقدم عنقه من مذبحة إلى منحرة ، والجمع جرن ، فجاز ان يسمى به
الجران متخذاً منه .

(قلنا أخرجه) أي أخرجه النبي ﷺ (على وفاق العادة) لأنهم كانوا لا يصنعون في
البعرين إلا اليابس ، فيصرف اللفظ إلى اليابس ، وهو معنى قوله (والذي يؤويه الجرين في
عادتهم هو اليابس من الثمر ، وفيه القطع) أي وفي اليابس من الثمر في الرواية المشهورة .
(قال) أي القدوري (ولا قطع في الفاكة على الشجر والزرع الذي لم يحصد ، لعدم
الإحراز) لأن شرط القطع هتك الحرز ، ولم يوجد الحرز (ولا يقطع في الأشربة المطربة)
أي المسكرة بلا خلاف ، أما عند الأئمة الثلاثة ، فلأنه كالخمر عندهم ، وعندنا إن كان
الشرب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد ، وإن كان مرأفاً فإن كان خمرأ فلا قيمة لها .
وإن كان غيرها فللعلماء في تقومها خلافاً فلم يكن فيما ورد به النص ، لأن ذا مال متقوم
بالإجماع ، لأن ولكل أحد تأويل أخذه للإراقة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

(١) وردت قبلاً مريسة ، وهنا حريسة ، اه مصححه .

لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، ولأن بعضها ليس بمال ،
وفي مالية بعضها اختلاف ، فيتحقق شبهة عدم المالية . قال ولا في
الطنبور ، لأنه من المعازف ، ولا في سرقة المصحف وإن كان
عليه حلية . وقال الشافعي « رح » يقطع ، لأنه مال متقوم ،
حتى يجوز بيعه .

وصرح الطرب في الإيضاح والتمرثاشي المرأة بالمطربة المسكرة . وفي الصحاح الطرب خفة
تصيب الإنسان لشدة حرارته . وقال في الأصول السكر بغلبة سرور فالتصافي معنى
السرور ، فاستعير ما للطراب للاسكار ، وقيد الأشربة بالمسكرة لأنه يقطع في الهل ،
لأنه لا تسارع إليه الفساد ، وذكره في الإيضاح .

(لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، لأن بعضها ليس بمال) كالخمر (وفي مالية بعضها
اختلاف) كالمنصف والبازق ، وأما الذرة والشعير فإن كل مسكر حرام عند الشافعي
كالخمر ، ولا مالية له (فيتحقق شبهة عدم المالية) لأن الاختلاف في إباحته يورث شبهة في
عدم المالية . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب الأشربة ما يتخذ
عن الحنطة والشعير والعدس والذرة حلال في قول أبي حنيفة ، حتى أن الحد لا يجب فيه
وإن سكر في قوله . وروي عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالمسكر . وقال في سرقة
الأصل لا يقطع في الخل ، لأن الخل قد صار خمرأ قوة . وفي نوادر أبي يوسف برواية
علي بن الجعد لا قطع في الأشربة والجلاب .

(ولا في الطنبور) أي ولا قطع في الطنبور وما أشبهه من الملاهي بلا خلاف للأئمة
(لأنه من المعازف) أي لأن الطنبور من المعازف ، وهو جمع معزف ، وهو آلة اللهب . وفي
الجمهورية المعازف الملاهي . وقال قوم من أهل اللغة هو إسم يجمع العود والطنبور وأشباهها .
وقال آخرون بل المعازف التي استخرجها أهل اليمن (ولا في سرقة المصحف) أي ولا
قطع أيضاً في سرقة المصحف (وإن كان عليه حلية) كلمة إن واصلة بما قبله .
(وقال الشافعي يقطع لأنه) أي لأن المصحف (مال متقوم لأنه يباع ويشترى) وهو

وعن أبي يوسف «رح» مثله . وعنه أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها . ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه . ولأنه لا مالية له على اعتبار المکتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحلية ؛ وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر ،
 وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو معنى قوله حتى يجوز بيعه (وعن أبي يوسف مثله) أي وروي عن أبي يوسف مثل قول الشافعي (وعنه أيضاً) أي وروي عن أبي يوسف أيضاً (أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً) أي عشرة دراهم (لأنها) أي لأن الحلية (ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها) أي وحدهما بدون المصحف .

(وجه الظاهر) الرواية وهو عدم القطع (أن الآخذ) أي أخذ المصحف (يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه) وبه قال أحمد في رواية أن أخذه بتأويل القراءة والنظر فيه لإزاحة اشكال وقع القطع ولا يجب الشبهة .

(ولأنه) أي ولأن المصحف (لا مالية له على اعتبار المکتوب) لأن معنى المالية فيه تبع لا مقصود (وإحرازه) أي إحراز المصحف (لأجله) أي ولأجل المکتوب (لا للجلد والأوراق) إذ ليس إحرازه لأجل الجلد والأوراق (والحلية) أي ولا الحلية (وإنما هي) أي الجلد والأوراق والحلية (توابع) للمکتوب (ولا معتبر بالتوابع كمن سرق آنية فيها خمر ، وقيمة الآنية تربو ، أي تزيد على النصاب) أي على عشرة دراهم ، لأن المقصود ما فيها الآنية ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وهو رواية المختلف على المختلف ، وكذا لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوي نصاب السرقة ، فوجد فيه عشرة دراهم ، ولم يعلم السارق بها لا قطع عليه ، لأن ما هو المقصود ليس بنصاب وإن علم قطع . وعن أبي يوسف يقطع في الحالين .

فإن قلت يجب القطع في الأوراق قبل الكتابة ، فبمدها أولى ، لأنها زادت بها .

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الإحراز ، فصار كباب
الدار بل أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ، ولا يحرز بباب
المسجد ما فيه ، حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه . قال ولا الصليب
من الذهب ولا الشطرنج

قلت الفرق بين الحالين ظاهر ، لان الأوراق هو المقصود قبل الكتابة وبعدها صارت
تابعة لما فيها ، وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب فيها القطع ، فإذا سرق كلباً عليه القلادة
لا يقطع ، لأنها صارت تبعاً للكلب .

(ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار) أى فصار حكم
سارق باب المسجد في عدم القطع كحكم سارق باب الدار بل أولى أى (بل هو أولى) من
سارق باب المسجد (لأنه يحرز بباب الدار ما فيها) أى ما في الدار (ولا يحرز بباب
المسجد ما فيه) أى ما في المسجد (حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه) أى متاع المسجد .
وقال الكاكي قوله فصار كباب الدار والمختلف على المختلف بل الأوجه تعليل الثاني ،
وهو أنه لا ملك له في باب المسجد . والتعليل العام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة
عادة ، لأنه يحرز به ، فلا يكون هو محرزاً عادة .

وقال الشافعي وابن القاسم والمالكى وأبو ثور وابن المنذر يقطع سارق باب المسجد ،
لأنه سرق نصاباً محرزاً محرزاً مثله ، وكذا سارق باب الدار ، وبه قال أحمد في رواية ،
وفي رواية كقولنا لعدم الإحراز . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير فإن أعاد
هذا الفعل ، أى سرقة أبواب المسجد حد ، فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى
يتوب ، ولا يقطع في أستار الكعبة ، وبه قال أحمد . وعند الشافعي وأحمد هو الأصح ،
لأنه لا يقطع ، لأنه ليس له ملك معين ، فأشبهه مال بيت المال ، كذا في شرح الوجيز .

(قال) أى القدوري (ولا الصليب) أى ولا يقطع في سرقة (الصليب من الذهب)
وكذا من الفضة والصليب عود مثلث معبدة النصرى ، ويعمل من فضة وذهب وسائر
المعدنيات (ولا الشطرنج) أى ولا يقطع أيضاً في سرقة الشطرنج بكسر الشين على

ولا النرد ، لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيًا عن المنكر ، بخلاف
الدرهم الذي عليه التمثال ، لأنه ما أعد للعبادة فلا يثبت شبهة
إباحته بالكسر . وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى
لا يقطع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية
والحرز ، ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي ،
لأن الحر ليس بمال ، وما عليه من الحلي تبع له

وزن لوطننت (ولا النرد) أى ولا يقطع أيضاً في سرقة النرد بفتح النون والراء وبالبدال
المهمة ، وهو إسم أعجمي معرف بين الفامرين ولا قطع فيه عندنا . ولو كان من ذهب ،
وبه قال أحمد والشافعي يقطع ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد .

(لأنه) أى لان السارق (يتأول من أخذها) أى من أخذه هذه الاشياء(الكسر)
يعني يقول أخذتها لا كسر (نهيًا عن المنكر) أى لاجل النهي عن المنكر (بخلاف الدرهم
الذى عليه التمثال) أى الصورة (لأنه) أى لان مثل هذا (ما أعد للعادة) ولا للهو
فيجب القطع (فلا يثبت شبهة إباحة الكسر) يعني التأويل فيه بأنه أخذه للكسر
لا يقيد ، ولا يردد القطع .

(وعن أبي يوسف أنه) أى إن كان السارق (إن كان الصليب في المصلى) أى في
مصلاهم ، أى في موضع صلاة النصارى ، وبه صرح في المحيط (لا يقطع لعدم الحرز)
لأنه يثبت مأذون في دخوله (وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز) قال
الانرازي وإن كان في يد رجل منهم محرزاً عنده قطع له .

(ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي) أى ثياب نفيسة (لان الحر
ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له) وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثوري وابن المنذر
وقال الحسن ومالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير ، لأنه غير مميز ، فأشبهه العبد ،
وهو قول أبي يوسف إذا كان عليه حلي قدر نصاب ، على ما يأتي .

ولأنه يتأول في أخذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته . وقال أبو يوسف يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب ، لأنه يجب القطع بسرقة وحده ، فكذا مع غيره . وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذاً أو ثريد ، والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غضب أو خداع ، ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها مجدها ،

(ولأنه) ولأن السارق (يتناول في أخذه الصبي إسكاته) بأن رآه وهو سكنى (لو حمله إلى مرضعته) ليلا يضيع .

(وقال أبو يوسف فيقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب ، لأنه يجب القطع بسرقة وحده) أي بسرقة الحلي الذي هو نصاب ، والحلي بفتح الحاء وكسر اللام على وزن ظي ، وهل كل ماليس من ذهب أو فضة أو جوهر رجمه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء . ويجوز كسر الحاء أيضاً وجمع الحلية عليه بكسر الحاء وبالقصر ، وروى ضم الحاء أيضاً وليس بقياس (فكذا مع غيره) أي فكذا يقطع إذا كان الحلي مع غيره وهو الصبي . (وعلى هذا) أي وعلى هذا الخلاف (إذا سرق إناء من فضة أو ذهب فيه نبيذ) أي خمر (أو ثريد) بالثاء المثناة ، فعند أبي يوسف يقطع إذا بلغ نصاباً ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . وعند أبي حنيفة ومحمد لا يقطع ، لأن الإناء تسع المظروف وهو المقصود بالأخذ ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل أحل الأقل ، فكيف يجب فيما هو التبغ .

(والخلاف) المذكور في صبي لا يمشي ولا يتكلم (كيلا يكون) أي الصبي (في يد نفسه) حق لو كان يتكلم ويمشي ويعبر لا يقطع سارقه إجماعاً ، لأنه في يد نفسه ، ويكون يداً على نفسه وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعاً ، كذا في المحيط .

(ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غضب أو خداع) أي بطريق المحادعة بأن قال له اعمل معك كذا وكذا فانخدع كذلك (ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها) أي لتحقق السرقة (مجدها) أي بمجد السرقة . وقال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم إذا

إلا إذا كان يعبر عن نفسه ، لأنه هو البالغ سواء في اعتبار يده .
وقال أبو يوسف « رح ، لا يقطع وإن كان صغيراً لا يعقل ولا
يتكلم استحساناً ، لأنه آدمي من وجهه ومال من وجهه .
ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعوض أن يصير منتفعاً به ،
إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية ، ولا قطع في الدفاتر كلها ،
لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال

لم يعبر عن نفسه ولا يميز لا قطع فيها بالإجماع إلا أن يكون ثامناً أو مجنوناً أو أعجمياً
لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة ، فحينئذ قطع . وللشافعي في أم الولد النائمة
وجهان ، وعنده لا قطع في الآدمي الذي يفعل ، سواء كان ثامناً أو مجنوناً أو أعجمياً
وإن كان يقظان ولا يأخذه إلا متعاليماً أو مخادعاً ، وذا ليس بسرقة (إلا إذا كان) أي
الصغير (يعبر عن نفسه ، لأنه هو والبالغ فيه سواء في اعتبار يده) على دافعه .
(وقال أبو يوسف لا يقطع إذا كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحساناً لأنه آدمي من
وجهه ومال من وجهه) فكونه آدمياً ظاهراً ، وكونه مال من وجهه من حيث أنه يباع
ويشترى ويوهب فأورث شبهة دائرة للحد .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه) أي أن العبد الصغير (مال مطلق) من حيث
أنه لا يقظان فيه (لكونه منتفعاً به) في الحال (أو بعوض يصير منتفعاً به) في المستقبل
إن كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال ، والعرض بمعنى المعارض ، يقال عرض له عرض أي
أصابه عارض من مرض أو نحو ذلك (إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية) أي غير ذلك
أنه ، أي أن العبد الصغير مال (لكن انضم إليه) إلى كونه مالاً معنى الآدمية ، فلم
يوجب ذلك نقصاً في المالية ، فلم يورث شبهة (ولا يقطع في الدفاتر كلها) أراد بالدفاتر
الصحائف ، وهو جمع دفتر، قاله الأترابي . وقال الأكلب يعني سواء كان فيها علم الشريعة
أو الأدب أو الشعر .

(لأن المقصود ما فيها ، وذلك ما ليس بمال) أما كتب الفقه والحديث والتفسير

إلا في دفاتر الحساب ، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ ، فكان المقصود هو الكواغد . قال ولا في سرقة كلب ولا فهد ، لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة

فكالمصحف وقد بينا وجهه . وأما كتب الشر والأدب فاختلف المشايخ فيها فقبل يلحقه بدفاتر الحساب . وقيل يلحقه بالفقه والتفسير والحديث ، لأن معرفتها قد يتوقف على اللغة والحاجة .

وإن قلت كيف لا يرد الشبهة الإباحة ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ، وعند الشافعي ومالك وأحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كان فيها علوم الشريعة أو غيرها .

(إلا في دفاتر الحساب) وهي دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها إذا بلغ نصاباً (لأن ما فيها) أي في دفاتر الحساب (لا تقصد بالأخذ) إذ لا يتعلق به إلا مصلحة شخص معين (فكان المقصود هو الكواغد) وهي الأوراق ، فيجب القطع لأنها مال .

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا في سرقة كلب ولا فهد) أي ولا قطع في سرقتها ولا خلاف فيه إلا لاشبه المالك ، فإنه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه ، فأما المأذون في اتخاذه فكلب الصيد والماشية فيقطع سارقه (لان من جنسها) كان ينبغي أن يقال من جنسها بضمير التثنية وهو الأصح (ما يوجد مباح الاصل) أراد أن حبس ذلك يؤخذ مباحاً ما فيها دار الإسلام ولا قطع في الناقة (غير مرغوب فيه) منصب على الحال . والدليل على أنه غير مرغوب فيه أن من يحمده يتركه وإن كان قادراً على أخذه . قلت هذا يمشي في الكلب غير المعلم ، أما في الكلب المعلم والفهد فلا يمشي فلينظر فيه .

(ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب) فعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية داود لا مالية في الكلب ، ولهذا حرموا ثمنه ، لان معه باطل ، وعند عطاء وإبراهيم النخعي وأبي حنيفة وصاحبيه يجوز بيع الكلاب التي ينتفع بها ويباح أثمانها ، فهذا يدل على أن فيها المالية ، فإذا كان كذلك (فأورث) اختلاف العلماء (شبهة) وهي دارثة .

ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار ، لان عندهما لا قيمة
لها . وعند أبي حنيفة « رح » أخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في
الساج والقنا والأبنوس والصندل لانها أموال محرزة لكونها عزيزة
عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام

(ولا قطع في دف) بفتح الدال ، وفتحها (١) كذا قال ابن دريد وهو نوعان ، مربع
ومدور (ولا طبل) في طبل الغزاة اختلف المشايخ ، والأصح أنه لا يقطع (ولا بربط)
ببائن مفتوحتين وبينهما راء شبه العود فارسي معرب ، وأصله - برت - لان التضارب
به يضعه على صدره إسم الصدر - بر - قاله ابن الاثير (ولا مزمار) بكسر الميم وهو
الآلة التي يزمر بفعما أي يغني . قال ابن الاثير والقصة التي يزمر بها زمارة وهي الزمار
والمزمر سواء ، وهذا بالاختلاف بين أصحابنا (لأن عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد
(لا قيمة لها) أي لهذه الأشياء المذكورة ، فلا يكون فيها القطع .

(وعند أبي حنيفة أخذها يتأول الكسر فيها) فلا يقطع ، ولكن يجب الضمان عنده
لغير اللهو (ويقطع في الساج) بسين مهملة وجيم في آخره ، وهو نوع من الشجر معروف
يمظم جداً ، وأصله سوج بفتحعين ، يقال ساج سوجة ، أي مخروطة متجوفة الجوانب
الاربعة تحمل من بلاد الهند إلى سائر البلاد ، لانه لا يثبت إلا بها (والقنا) جمع قناة
وهي خشبة الرمح لانها متعلقة من الراو (٢) (والأبنوس) بفتح الباء معرب ، وهو
معروف . وعن محمد إذا عمل بالأبنوس شيئاً قطع به ، ولا قطع في الساج إلا إذا عمل به
شيئاً (والصندل) وهو خشب آجر أصفر طيب الرائحة .

(لانها) أي لان هذه الاشياء الاربعة (أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ، ولا
يوجد بصورتها مباحة في دار الإسلام) ولا يؤخذ مباحة إلا في دار الحرب ، فلا يكون
ذلك شبهة في سقوط القطع .

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد وضما ، اه مصححه .

(٢) هكذا الكلام في الاصل ، وهو غير مضطرد ، اه مصححه .

قال ويقطع في الفصوص الخضراء والياقوت والزبرجد، لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة. وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها، لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة، ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير، لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية، قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصبغة على الأصل، وإنما يجب القطع في غير المركب،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ويقطع في الفصوص الخضراء) وهي تعمل من الفيروزج والزمر (والياقوت) وهو من أعز الأحجار ، وهو أحمر وأصفر وأخضر وأغرها الأحمر (والزبرجد) قال الجوهري الزبرجد جوهري معروف ، وليس فيه معرفة . قلت هو حجر أخضر تفاق الياقوت الأخضر ، وليس لوقته ولا فعله ، وليس منه منقعة الأحسن منظر (لأن هذه الأشياء من أحسن الأموال وأنفسها ، ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها ، فصار كالذهب والفضة) .

(وإذا اتخذ من الخشب) أي من الخشب الذي لا قطع فيه (أواني) جمع آنية (وأبواب) بالرفع أي فاتخذ أبواب (قطع فيها ، لأنها بالصنعة التحق بالأموال النفيسة) لأن الصنعة الغالبة خرجته من حكم أصله ، فصار المال لمعينين .

(ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير) والتواري (لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس) أي على أصله (حتى يبسط في غير الحرز) فلا يخرج من كونها قافياً .

(وفي الحصر البغدادية قالوا) أي المشايخ (يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل) وكذلك الحصر المصرية ، والحصر المباد المبد كذلك . وعند الثلاثة يقطع في المعمولة وغير المعمولة (وإنما يجب القطع في غير المركب) يعني في الأبواب ، لأنها تحرز . وأما المركب

وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله ، لأن الثقل منه لا يرغب في سرقة ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس ، لأنه يجاهر بفعله ، كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

على الجدار لا قطع فيه عندنا . وفي المبسوط سرق باب دار أو مسجد لا يقطع ، لأنه ظاهر غير محرز . وعند الثلاثة يقطع في باب الدار (وإنما يجب) أي القطع في باب الغير المركب (وإذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله ، لأن الثقل منه لا يرغب في سرقة) وقال الأتزازي في هذا نظر ، لأن عدم الرغبة في سرقة بواسطة الثقل لا يورث نقصاناً في المالية ولا في الحرز ، فإذا حصلت سرقة مال يتم من حرز كامل فيجب القطع ، ولهذا يفرق الحاكم بين الثقل والخفيف ، بل أطلق الرواية ، ولذلك أطلقوا الرواية في شرح الجامع الصغير وشروحه ، وكذا القدوري أطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي وكذا أطلق في الشامل في قسم المبسوط .

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) قال الإمام بدر الدين الكردي « رح » الخائن من يخون فيما في يده من الأمانة كالودع والخائنة للمؤنث (لقصور في الحرز) فكان شبهة في سقوط القطع (ولا منتهب) أي ولا قطع أيضاً على منتهب ، وهو إسم فاعل من الانتهاب ، وهو أن يأخذ على وجه العلانية ، فهذا من بلدة أي قرية (ولا مختلس) أي ولا قطع أيضاً على مختلس ، وهو إسم فاعل من الإختلاس ، وهو الإختلاف وهو أن يأخذ وهو قريب الشيء بسرعة الأكم الجلسة . وقال الأكمل الإختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة وجهراً وهو قريب من قول المنصف (لأنه يجاهر بفعله) ولا قطع في هذه الأشياء بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار لعدم صدق السرقة عليها .

(كيف يجب وقد قال النبي ﷺ لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن جريح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ،

ولا قطع على النباش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد «رح»، وقال
أبو يوسف والشافعي «رح» عليه القطع، لقوله عليه السلام من
نبس قطعناه، ولأنه مال متقوم

ورواه الطبراني في الأوسط من حديث الزهري عن ابن أبي مالك نحوه مرفوعاً .
(ولا قطع على النباش) هو الذي ينش القبور ويأخذ كفن الميت (وهذا) أى عدم
القطع على النباش (عند أبي حنيفة ومحمد) وبه قال الثوري والاوزاعي والزهري
ومكحول ، وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

(وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، وهو
مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحامد وعمر بن عبد العزيز . وفي المبسوط وهو
مذهب عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم . وقال مالك في الموطأ وإذا بلغ ما
أخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع . وقال أحمد إذا خرج من القبر كفناً قيمته ثلاثة
دراهم قطع . وقال الكاكي ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعاً ، فإذا كان أكثر من
كفن السنة أو ترك في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيب مجموع أو ذهب أو فضة أو
جوهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ليس بكفن مشروع فالترك فيه تضييع وسفه ، فلا
يكون محرزاً فلا يقطع سارقه .

وفي الوجيز لا قطع على نباش في تربة ضابغة ويقطع إذا سرق من قبر محرز محروس ،
وفي مقابل البلاد وجهان . وفي الزيادة على العدد الشرعي الكفن للوارث فهو الخضير ^(١)
في السرقة . وإن كفته أجنبي فالطلب للأجنبي ، وبه قال أحمد في وجه . وقال في وجه
لا يفتقر إلى الطلب .

(لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (من نبش قطعناه) هذا رواه البيهقي في كتاب
المعرفة بإسناد فيه من يجهل حاله عن البراء بن عازب مرفوعاً . وقال في الكاكي أول
الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، ومن نبش قطعناه (ولأنه مال متقوم)

(١) هكذا الكلام في الاصل .

محرز بحرز مثله فيقطع فيه . ولهما قوله عليه السلام لا قطع على
 المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ، ولأن الشبهة تمكنت في
 الملك ، لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت
 وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار ، لأن الجناية في
 نفسها نادرة الوجود ، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

لان الكفن ثوب متقوم وباللباس الميت لا تحصل صنعة المالمية فيه (محرز) مثله ، كما أن
 الاصطبل للدواب ، لانه يعتبر حرز كل شيء (محرز مثله) وهو يحفظ فيه عادة ، فيكون
 القبر حرز الكفن (فيقطع فيه) لانه حرزه . ألا ترى أن الصندوق حرز للدرة ،
 حتى لو سرق درة من اصطبل لا يقطع . وحرز الدابة الاصطبل ، وحرز الشاة الحظيرة ،
 حتى لو سرق من الحظيرة الثياب النفيسة لا يقطع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد قال (في قوله لا يقطع) أي قول النبي لا قطع
 على المختفي (هذا حديث غريب لا أصل له . وعن ابن عباس ليس على النباش قطع ،
 رواه ابن أبي شيبة (وهو النباش بلغة أهل المدينة) قال في ديوان الادب اختباه ، أي
 أخرجه . وقال في الجمل والنباش مخفف ، لانه مستخرج للاكفان .

(ولأن الشبهة تمكنت في الملك) يعني في كون الكفن ملكاً (لأنه لا ملك للميت
 حقيقة) وهو ظاهر (ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلط في المقصود وهو
 الانزجار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود) لأن الطباع السليمة تنفر عنه ، والكفن
 شيء يهيز لا تميل إليه الطباع المستقيمة .

(وما رواه) أي الشافعي (روح) (مرفوع) إلى النبي لا قطع ، وقد ذكرنا أن الحديث
 الذي استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب ليس له أصل . وما استدل به أبو يوسف والشافعي
 أقرب (أو هو محمول على السياسة) هذا جواب بطريق التسليم ، والإمام ذلك إذا أعاد
 به عليه أو أن الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، والمراد منه السياسة ، لأنه
 أضاف إلى نفسه . ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه ، بل أضافه إلى الولي .

وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على هذا الخلاف في الصحيح لما قلنا . وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه . ولا يقطع السارق^(١) من بيت المال ، لأنه مال العامة .

(وإن كان القبر في بيت مقفل) قال الكاكي بسكون القاف ، يقال أقفل الباب ، وقفل الأبواب مثل أغلق وغلق ، ذكره في الصحاح . حاصله أنه يقال أقفل الباب من الإقفال إذا ذكر مفرداً وقفل الأبواب بتشديد القاف^(٢) من التفضيل إذا ذكر الأبواب كما يقال أغلقت الباب ، وغلقت الأبواب (فهو على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور ، يعني لا يقطع عندهما خلافاً لأبي يوسف (في الصحيح) احتراز به عما يقال بعض المشايخ أنه يقطع ، وقال السرخسي في مبسوطه والأصح عندي أنه لا يقطع .

(وكذا) أي من الخلاف المذكور (إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت) لا يقطع عندهما بلا خلاف لأبي يوسف (لما بينا) أي لما بينا من الحديث ، وهو قوله عليه السلام لا قطع في المختفي ، ومن الدليل المعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث . (ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشمي والحكم ، وقال مالك وحماد وابن المنذر عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس ، فأتي به إلى النبي ﷺ فلم يقطعه . وقال فماذا سرق ، وقيل يقطع لظاهر الكتاب ، ولأنه سرق مالاً محرزاً ، ولا حق له فيها قبل الحاجة . ولنا ما رواه عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن عبداً من رقيق الخمس ، فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال مال الله سرق بعضه بعضاً . وعن عمر رضي الله عنه مثله . وعن ابن مسعود رضي الله عنه فيمن سرق من بيت المال قال أرسله من أحد الأدلة في هذا المال حتى وعن علي رضي الله عنه مثله .

وتعليل المصنف يؤخذ منه حيث قال (لأنه) أي لأن مال بيت المال (مال العامة)

(١) من قوله فهو على هذا الخلاف إلى قوله لا يقطع السارق ساقط من الأصل ، اهـ مصححه .

(٢) ربما أراد الغاء ، لأن القاف لا تشدد هنا ، اهـ مصححه .

وهو منهم . ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا . ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخر المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه ، لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه .

أي عامة الناس (وهو منهم) أي الذي سرق من العامة ، فيكون له فيه حق فيسقط القطع للشبهة (ولا من مال) ولا يقطع من سرق من مال (للسارق فيه شركة) لأن الملك من أقوى الشبه ، ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الأمة المشتركة (لما قلنا) أن للسارق فيه حق . قال الكاكي صورته لو سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركاً بينها لا يقطع عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال في قول إذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب ، يعني زيادة على حقه ففيه القطع ، وبه قال مالك .

(ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها) أي مثل دراهمه (لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه) وبهذا ليس لصاحب المال أن يرد أمر ذلك (والحال المؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء استحساناً) لوجود المسح للاخذ ، ويقطع قياساً لانعدام الإطلاق في الأخذ (لتأخير المطالبة) في الحال . وعند الشافعي إن لم يكن الغريم مما طلاً لا قطع ، وإن كان مما طلاً لا يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وقال الشافعي في وجه إذا بلغت الزيادة على حقه نصاباً يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في اختلاف جنسه وجهان ، في وجه يقطع ، وبه قال مالك وأحمد . والأظهر أنه لا يقطع . ولم يذكر القدوري هذه المسألة في مختصره ، وذكرها في شرحه . وذكر القياس والإستحسان . والمصنف لم يذكر وجه القياس . وذكر وجه الإستحسان بقوله لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، أي لان التأجيل في الدين لتأخير المطالبة إلى حلول الاجل وهو لا نصر ملك الدين .

(وكذا إذا سرق زيادة على حقه) أي وكذا لا يقطع عندنا إذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه (لانه لمقدار حقه يصير شريكاً) فتمكن الشبهة .

وإن سرق منه عروضاً قطع ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه
إلا بيعاً بالتراضي . وعن أبي يوسف «رح ، أنه لا يقطع ، لأن له
أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً . قلنا هذا قول
لا يستند إلى دليل ظاهر

(وإن سرق منه عروضاً قطع) يعني إذا أخذ عروضاً مكان الدراهم يقطع (لأنه
ليس له ولاية الاستيفاء منه) أي من الديون الإستيفاء منه (إلا بيعاً بالتراضي) أي إلا
من حيث البيع بالتراضي والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . والفرق بين أخذ
جنس حقه وبين أخذ جنسه ظاهر ، وهو جنس التفاوت ، ولهذا إذا سلم إليه المديون له
أن يمتنع من ذلك ، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجزىء .

(وعن أبي يوسف أنه لا يقطع ، لأن له أن يأخذه) أي لأن السارق له أن يأخذ
غير جنس حقه (عند بعض العلماء) وهو ابن أبي ليلى ، فإن عنده له أن يأخذ خلاف
جنس حقه بعض لوجود المجانسة من جنس المالية ، وبه قال الشافعي أيضاً . وإن لم يدع
الأخذ لحقه ، فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط (قضاء من حقه) أي من حيث القضاء
من حقه (أو رهناً بحقه) أي أو يأخذه من حيث أنه الرهن بحقه . وقال في كتاب السرقة
فإن قال لما أردت أن آخذ العروض رهناً بحقي أو قبضاً بحقي درىء عنه القطع للمحاشمة
وإن كان حقه دراهم فوق دنانير تقطع ، كذا ذكر القدوري في شرحه وقيل تبع للمجانسة
بينها من حيث التسمية على ما يجيء الآن .

وكذا القطع إذا سرق حلياً من فضة وحقه دراهم ، لأنه لا يصير قصاص حقه ، بل
يصير بيعاً مبتدأ . ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع ، إلا أن يكون المولى
وكيلهما بالقبض ، فحينئذ لا يجب القطع . ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير
أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع ، لأن حق الأخذ لغيره . وهو سرق من
غريم أبيه الصغير لا يقطع ، والمسائل المذكورة في فتاوى الولوالجي وغيره .

(قلنا هذا) أراد به قول ابن أبي ليلى (يستند إلى دليل ظاهر) إذ القياس أن لا

فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به ، حتى لو أدى ذلك درىء عنه الحد ، لأنه ظن في موضع الخلاف . ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنائير قيل يقطع ، لأنه ليس له حق الأخذ . وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد . ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بجالها لم يقطع ، والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل

ياخذ جنس حقه في الدين الحال ، لان حقه في الوصف ، وهذا عين ، لكن تركناه لعله التفاوت بينها ولا كذلك خلاف الجنس بفتحيتين التفاوت ، فلا يترك القياس (فلا يعتبر) أي قوله (بدون اتصال الدعوى به) أي بقوله (حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنأ به (درىء الحد عنه لانه ظن) أي لان فعله ظن (في الخلاف) فلا ينفك ينقل شبهة ، وإذا كان هو مخطئاً في ذلك التأويل .

وعندنا (ولو كان حقه دراهم فوق دنائير قيل يقطع) كذا ذكر القدوري ، لانها لا تصير قصاصاً بحقه ، فليس له أن يأخذها ، وهو معنى قوله (لانه ليس له حق الاخذ . وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد) من حيث المشمة .

(ومن سرقه عيناً تقطع فيها فردها) أي فرد العين المسروقة إلى مالكها لم يتغير (في موضع ثم عاد فسرقها وهي) أي والحال أن العين المسروقة بجالها (لم يقطع) أي فانياً (والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وهو قول الشافعي) وقول أحمد (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (فإن عاد فاقطعوا) هذا رواه الدارقطني في سننه عن الواقدي عن ابن أبي ذئب عن خالد بن سلمة أراد عن أبي سلمة عن النبي ﷺ إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله (من غير فصل) يعني قاله مطلقاً من غير فصل بين تبدل العين وعدمه . (ولأن الثانية) أي السرقة الثانية (متكاملة كالاولى) أي كالسرقة الاولى (بل

أقبح لتقدم الزاجر . وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة . ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى . وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد المالك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه ، بخلاف ما ذكر ، لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، ولأن تكرار الجناية منه

أقبح (من الأولى وأفحش (لتقدم الزاجر) فان الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحاً ، فكان أحق بإيجاب القطع .

(وصار) أي هذا (كما إذا باعه المالك) أي كما إذا باع المسروق (من السارق ثم اشتراه منه ، ثم كانت السرقة) أي ثم وجدت السرقة وكانت تامة .

(ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) في حق السارق (على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى) أشار به إلى قوله لا يرد لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبل باب ما يحدث السارق في السرقة قريباً من صفحة ، وبالرد إلى المالك ، هذا جواب عما يقال العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك ، فأجاب بقوله (وبالرد) أي وبرد المعنى المسروقة المؤدية (إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط) أي سقوط العصمة (نظراً إلى اتحاد المالك) احترازاً عما إذا لو تبدل الملك في ذلك ، وهو جواب عن قوله كما إذا باعه السارق من المالك إلى آخره (والمحل) احترازاً عما إذا تبدل المحل كما في صورة الفرد كما يجيء عن قريب (وقيام الموجب) أي موجب سقوط العصمة (وهو القطع فيه) وهو احتراز عما كان قبل القطع .

(بخلاف ما ذكر) يعني بخلاف ما ذكر أبو يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه) وذلك لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان . وأصله حديث بريرة حيث قال لها النبي ﷺ لك صدقة ولنا هدية (ولأن تكرار الجناية) عطف على قوله ولنا أن القطع ، وهو دليل آخر تقرير تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما

نادر لتحمله مشقة الزاجر ، فيعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل
الجناية وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول .
قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده
ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين تبدلت ، ولهذا يملكه الغاصب
به ، وهذا هو علامة التبدل في كل محل . وإذا تبدل انتفت الشبهة
الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه ، فوجب القطع ثانياً .

قطع فيه (نادر) جداً (لتحمله مشقة معه الزاجر ، فتمرى الإقامة عن المقصود ، وهو
تعليل الجناية) فلا يحتاج إليها .

(وصار) أي هذا صار (كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول) بالزنا
الأول ، فإنه لا يحد نظراً إلى عراية عن مقصود الإقامة . وذكر الإمام الزعزي هذا إذا
قذفه يعني ذكر الزنا ، أما لو نسب إلى غير ذلك الزنا يحد ثانياً .

(قال) أي القدوري (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع
فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين قد تبدلت ، فتبدلها عن حالها) صارت في
حكم عين أخرى ، فلو سرق أخرى يقطع ثانياً فقطع فيها ثم سرق عيناً أخرى فقطع ثانياً
فكذا هنا (ولهذا يملكه للغاصب به) أي بالنسج ويقطعه حق المفصوب منه عن المفصوب
(وهذا هو علامة التبدل) أي ثبوت ملك الغاصب بالنسج دليل تبدل العين ، وإلما
انقطع حق المالك (في كل محل) في الثوب وغيره .

(وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه) بالجر عطفاً على قوله
من اتحاد المحل ، يعني لما تبدل المحل بأن كان ثوباً بعد أن كان غزلاً انتفت شبهة سقوط
المصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل ، فصار في حكم غير أخرى ،
فإذا كان كذلك (فوجب القطع ثانياً) .

فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع . فالأول
وهو الولاد للبسوة في المال وفي الدخول في الحرز .

(فصل في الحرز والأخذ منه)

أي هذا فصل في بيان الحرز . والحرز في اللغة الموضع الحرز ، وهو الموضع الذي
يحرز فيه الشيء أي يحفظ . وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة
والشخص بنفسه ، والمراد من الحرز ما لا يمد صاحبه مضيعاً . قوله (والأخذ منه) أي
من الحرز . ولما احتاجت السرقة إلى وجود المالية وإلى الحرز عند العامة شرع من الحرز
شرط القطع عند عامة أهل العلم . وحكي عن عائشة رضي الله عنها والحسن والنخعي
فمن جمع المال ولم يخرج به من الحرز عليه القطع . وعن الحسن مثل قول الجماعة . وحكي
داود أنه يعتبر الحرز لإطلاق الآية ، وهذه أقوال شاذة غير ثابتة . وقال ابن المنذر
وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع والأخبار التي وردت
في القطع تخصيص الآية .

(قال) أي القدوري (ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع)
أما السرقة من أبويه فلا قطع فيها بالإجماع وقال الأتزازي وكيف يقول بالإجماع وقد قال
الكاكي وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر والحرزي من أصحاب أحمد « رح » يقطع السارق
من أبويه لظاهر النص ، وكذلك السرقة من الجد وإن علا ، وكذا إذا سرق الأب من
ولده . وأما السرقة من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والعم والحال فذلك عندنا لا
يقطع . وقالت الثلاثة يقطع .

(فالأول وهو الولاد) أي قرابة الولاد (للبسوة في المال) أي للبط وهو السعة
في اللغة النشر (وفي الدخول في الحرز) والحاصل أن المانع من القطع في سرقة الولد من
والديه والعكس أيضاً أمران ، أحدهما الإنبساط بينهم في المال ، والآخر الأول بالدخول

والثاني للمعنى الثاني ، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة
الظاهرة منها ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة . وفي الثاني
خلاف الشافعي «رح» لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة ، وقد
بيناه في العتاق .

في الحرز ، وهو معنى قوله . وفي الدخول (١) والحرز ، ولهذا يمنع الولاد قبول شهادة
أحدهما للآخر ويستحق النفقة في مال أبيه إذا كان فقيراً . ولو سرق الأب أو الجد وإن
علا ، والأم والجددة وإن علت من مال الولد ، وإن سفل لا يقطع خلافاً لأبي ثور وابن المنذر .
والثاني للمعنى (والثاني) أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المحرم (للمعنى
الثاني) وهو كونه يدخل في الحرز بدون الاذن (ولهذا) أي ولاجل المعنى الثاني (أباح
الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها) أي من المحارم وبعض للنسخ فيها وموضع
الزينة اليد ، لأنها موضع السوار والشعر ، لأنه موضع العروبل والعضد موضع اليد ملوح ،
والصدر موضع القلادة والساق موضع الخنخال .

(بخلاف الصديقين) متصل بقوله لم يقطع ، وهو جواب عن سؤال بأن يقال الاذن
بالدخول كما وجد في سائر المحارم ، وجد في الصديقين أيضاً ، ومع هذا إذا سرق أحدهما
من الآخر فقطع فأجاب بقوله بخلاف الصديقين (لانه) أي لان الذي سرق من صديقه
(عاداه بالسرقة) لانه لما سرق ظهر أنه عدو وهى هذا تنتقي الصداقة فيقطع .

(وفي الثاني) يعني في السرقة من ذي رحم محرم (خلافاً للشافعي «رح» لانه ألحقها)
أي لان الشافعي «رح» ألحق قرابة ذي رحم محرم كالاخ والمم والخال (بالقرابة البعيدة)
كأبن المم ، ولا معنى لإلحاقها بها مع وجود السارق ، لان القرابة البعيدة يجوز فيها
المناكحة ، وبخلاف قرابة ذي رحم محرم (وقد بيناه في العتاق) أي بينا الخلاف في
مسألة ملك ذي رحم محرم منه عتق .

(١) في - هامش .

وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمة ، بخلاف النسب . وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيده لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة . وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافاً للشافعي «رح»

بل يقطع وإن كانت المحرمة موجودة ، وكذلك إذا ثبتت المحرمة بالتقيل عن شهوة . (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الأخت من الرضاعة) يعني أن الأم من الرضاعة أشبه إلى الأخت من الرضاعة في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاعة موجبة للقطع بالإجماع ، فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك . وجه الأقربية أي إلحاق الرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا (وهذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة) أي بلا انبساط كما ذكرنا (تحرزاً) أي احترازاً (عن موافق التهمة بخلاف النسب) أي الأم ونحوها . وقال الأترابي وكان هذا وقع جواباً عن قول أبي يوسف أنه يدخل عليه الأم من الرضاعة بلا استئذان وحشمة ، يعني بينها انبساط في دخول المنزل فلا يقطع ، فقال الرضاع قليلاً شهادة عادة فلا انبساط بينها حينئذ لعدم اشتها الرضاع احترازاً عن الوقوع في موقف التهمة ، بخلاف الأم من النسب ، ولأن النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق .

(وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد) أي لو سرق العبد (من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيده) أي أو سرق العبد من زوج سيده (لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة) لأن العبد يدخل في بيوت هؤلاء ولا يمنع فلا يقطع . (وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه) أي الزوجان لا يسكنان في ذلك الحرز (فكذلك الجواب) أي لا يقطع (عندنا خلافاً للشافعي «رح»)

ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع .
ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز وعدمه ، وإن
سرق من أمه من الرضاعة قطع ، وعن أبي يوسف «رح» أنه
لا يقطع ، لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف
الأخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه
لا قرابة ، والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة ،

(وسن سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ، ولو سرق ماله
من بيت غيره يقطع) أي مال ذي رحم محرم ثم علقها بقوله (اعتباراً للحرز) أي في
المسألة الثانية (وعدمه) أي وعدم الحرز في المسألة الأولى .

(ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع) ذكرها أيضاً تعريفاً بمسألة القدوري قال في شرح
الطحاوي ولو سرق من أمه من الرضاعة أو من أبيه من الرضاع وجب القطع ، وهذا هو
ظاهر الرواية عن أصحابنا

(وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يقطع لانه يدخل عليها) أي على أمه من الرضاع
(من غير استئذان وحشمة) أي ومن غير حشمة ، وفي المغرب الانقباض من أخيك في
المطبخ وطلب الحاجة والحشمة إسم من الإحتشام ، يقال أحشمه واحتشم منه اذا يقض
منه واستحى ، وقيل هي عامية ، لان الحشمة عند العرب الغضب لا غير . وقال ابن الامير
الحشمة الإستحياء ، يقال احتشم أي انقبض .

(بخلاف الأخت من الرضاع) حيث يقطع إذا سرق منها (لانعدام هذا المعنى)
وهو الدخول بلا استئذان وحشمة (فيها) أي في أخته من الرضاع (عادة) أي من حيث
العادة ، لانه لا يدخل عليها إلا بالإذن .

(وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أنه لا قرابة والمحرمية بدونها) أي بدون القرابة
(لا تحترم) أي لا يحصل حرمتها حرمة عادة (كما إذا ثبت) يعني المحرمية (بالزنا
والتقبيل عن شهوة) فانه إذا سرق من بيت المرأة التي زنا بها لا تعد شبهة في قطع اليد ،

لبسوة بينهما في الأموال عادة ودلالة ، وهو نظير الخلاف في الشهادة . ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع ، لأن له في اكتسابه حقاً ، وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيباً ،

فإن له فيه ثلاثة أقوال في قول يقطع ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . والثاني لا يقطع كقولنا وقول أحمد في رواية . والثالث يقطع الزوج بسرقة مال زوجته ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله ولا حق له في مالها (لبسوة بينها) أي بين الزوجين (في الأموال عادة ودلالة) وهي أنها بما بدلت نفسها وهي نفس من الأموال ، فلأن تبدل المال أولى بطريق الدلالة ، ولأن بينها سبب يوجب الميراث من غير حجب كالوالدين والولدين والولد (وهو نظير الخلاف في الشهادة) أي الخلاف في القلع نظير الاختلاف بيننا وبين الشافعي « رضى » في قبول الشهادة ، حيث لا يقبل شهادة أحدهما في حق الآخر لاتصال المنافع بينهما عادة ، وعنده يقبل في أحد قوليه .

(ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) وفي بعض النسخ لم يقطع (لأن له) أي للمولى (في اكتسابه) أي اكتساب المكاتب (حقاً) لأن رقبته مملوكة للمولى ، فلا تتحقق السرقة ، وكذلك لا قطع على المكاتب أو المدبر إذا سرق من المولى ، لأن المكاتب عبد ولو بقي عليه درهم . وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى . ولا قطع على العبد في مال سيده لما بينا . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال سيده ، أو من زوجة سيده ، أو من زوج سيدها . وقال داود يقطع بمال السيد أيضاً .

(وكذا السارق من المغنم) يعني لا يقطع (لأن له فيه نصيباً) أي لأن للسارق في المغنم نصيباً ، والمغنم الغنيمة ، وأطلق الرواية في القدوري وكذا في شرح الطحاوي قال الأترزي وينبغي أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب في الغنيمة في الأربعة إلا في الخمس كالغنائم أو اليتامى أو المساكين وابن السبيل ، أما غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة ، فينبغي أن يقطع ، لأنه سرق مالا سيما لا حق له فيه من حرز لاشبهة فيه ، فيقطع

وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درءاً وتعليلاً . قال والحرز علي
نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور ،

بخلاف السارق من بيت المال ، فإنه قيد بمصالح المسلمين وهو منهم ، فصار كمال فيه شركة
للسارق فلا يقطع . وقول الشافعي واحد «رح» كقولنا في السارق من الغنيمة . وقال
مالك وابن المنذر يقطع .

(وهو) أي عدم القطع في السارق من الغنم (مأثور عن علي) ابن أبي طالب رضي
الله عنه ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مسلمة عال^(١) بن حرب عن أبي
عبيد بن الأبرص ، وهو يزيد بن دينار ، قال أتني علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه
نصيب وهو خائن فلم يقطعه ، وكان قد سرق مقصراً ، ورواه الدارقطني في كتاب المؤتلف
والمختلف في ترجمة عبيد بن الأبرص عن الثوري «رض» مسنداً .

ومساو في الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه بسنده عن سادية بن العان عن حجاج
ابن تميم بن ميمون عن ابن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهم أن عبداً من رقيق الخمس
سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال مال الله يسرق بعضه بعضاً ، قال
ابن القطان في كتابه اسناده ضعيف ، وقد رواه مرسل .

(درءاً وتعليلاً) أي دفعاً للقطع وتعليلاً له ، فالدرء عن قول علي رضي الله عنه في
الأثر المذكور فلم يقطعه ، والتعليل من قوله له فيه نصيب ، وانتصاها عليه أنها حالين
ومن عليه صلى على تقدير حال كونه دارئاً ومعللاً ، وكلاهما مصدران بمعنى إسم الفاعل
كما في قولك رجل عدل أي عادل . ولم يوضح أحد من الشراح هذا كما ينبغي .

(قال) أي القدوري (والحرز على ضربين) وفي نسخة شيخي الأترازي أيضاً على
نوعين ، أحدهما (حرز لمعنى فيه) وهو إنما يكون بالمكان المد لحفظ الأمتعة والأموال ،
ويختلف في ذلك باختلاف الأول (كالدور والبيوت) والصندوق والحانوت والحظيرة

(١) هذا غير ما ورد في شرح فتح القدير حيث ذكر هناك : أخبرنا الثوري عن
سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص ... الخ ، اه مصححه .

وحرز بالحافظ . قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ، ثم هو قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالنور والبيوت والصندوق والحانوت ، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو يحوز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ،

للغنم والبقر والحيمة والجرو والحركات (وحرز بالحافظ) هذا النوع الثاني كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه ، فإنه يحوز به .

(قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لأنه شرط وجوب القطع والإجماع انعقد على شرطه ، وعلل المصنف بقوله (لأن الاستسرار لا يتحقق دونه) أي دون الحرز ، لأن معنى السرقة وهو الأخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد إذا لم يوجد الحرز ، ولما قال القدوري الحرز على نوعين شرع المصنف ، توضيحه بقوله (ثم هو) أي الحرز (قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة) وحفظها (كالنور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون) أي الحرز (بالحافظ) أي لحفظ جانب المتاع متاعه .

(كمن جلس في الطريق أو في المسجد) أي أو جلس في المسجد (وعنده متاعه فهو) أي متاعه (يحوز به) أي بالجالس المذكور ، وقد استدل على ذلك بقوله (وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) بيان هذا ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث الزهري عن عبد الله بن صفوان عن أبيه أنه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فأناه لص فأرسله من تحت رأسه وأخذته فأتى النبي ﷺ فقال إن هذا سرق ردائي ، فقال النبي ﷺ أسرقت رداء هذا ، قال نعم ، قال اذهب به فاقطع يده ، فقال صفوان ما كنت أريد أن يقطع يده في ردائي ، قال فلولاً كان أن تأتيني به . وزاد النسائي فقطعه انتهى ، فلم أن رسول الله ﷺ اعتبر الحرز بالحافظ .

وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ وهو الصحيح ، لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده قيل بخلاف المحرز بالحفاظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتم السرقة ، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح ، لأنه يُعَدُّ النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ،

وعلى هذا لا يضمن المودع

(وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحفاظ) لأن الأول أقوى ، لأن المكان يمنع وصول اليد إلى المال ، ويكون المال مخفياً به ، والإختفاء لا يوجد في الحافظ ، فكان ذلك أصلاً (وهو الصحيح) احترز به عما ذكر في العميون على قول أبي حنيفة « رح » يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ . وقال أبو إسف ومحمد « رح » لا يقطع ، وبه أخذ الليث والصدر الشهيد في الكافي وعليه الفتوى ، وهو ظاهر المذهب . (لأنه يحرز بدونه) أي لأن المحرز بالمكان محرز بدون الحافظ (وهو) أي المحرز بالمكان (البيت وإن لم يكن له باب) وأصل بما قبله (أو كان) أي أو كان له (باب وهو مفتوح) أي والحال أنه مفتوح (حتى يقطع السارق منه ، لأن البناء للإحراز ، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه) أي بإخراج المتاع من البيت (لقيام يده قبله) أي لقيام يد المالك قبل الإخراج ، لأن هتك المحرز لا يكون إلا بالإخراج .

(بخلاف المحرز بالحافظ ، حيث يجب القطع فيه كما أخذ) أي السارق (لزوال يد المالك بمجرد الأخذ ، فتم السرقة) فيقطع (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده) أي أو تحته قريباً منه (هو الصحيح) احترز عن قول بعض أصحابنا حيث شرط أن يكون المتاع (لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ، وعلى هذا) أي على التعليل الذي ذكره (لا يضمن المودع) بفتح الدال ، يعني

والمستعير بمثله ، لأنه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى .
وقال ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع . لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين . ولا قطع
على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله فيه
لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول ، فاختل الحرز ،
ويدخل في ذلك

إذا نام وعنده الوديعة . وفي الفتاوى الظهيرية إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع
الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعداً ، أما إذا نام مضطجماً فعليه الضمان . وقال وهذا إذا
كان في الحضر ، أما إذا كان في السفر لا ضمان عليه نام قاعداً أو مضطجماً .

(والمستعير مثله) أي مثل المودع (لأنه ليس بتضييع ، بخلاف ما اختاره في الفتاوى)
أي وهذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع أو المستعير كيفما نام عند المتاع خلاف ما
اختاره في الفتاوى ، أي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع ، لان فيها أوجب
الضمان إذا نام مضطجماً وقد ذكرناه الآن .

(قال) أي القدوري (ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع) هذا تقرير وبيان لما قال أولاً بقوله الحرز على نوعين : حرز لمعنى فيه ،
وحرز بالعافظ ، يعني أن من سرق شيئاً من حرز بمعنى فيه كالدور قطع ، وكذلك إذا
سرق من غير حرز ، لكن صاحبه عنده يحفظه قطع (لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد
الحرزين) في الأول بالمكان . وفي الثاني بالعافظ .

(قال) أي القدوري (ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في
دخوله) وقال الشافعي «رح» إذا سرق من الحمام وكان الثياب حافط فعليه القطع ،
كذا قال الشيخ أبو نصر البغدادي ولا يقطع عندنا (فيه لوجود الإذن عادة) يعني في الحمام
(أو حقيقة) أي أو لوجود الإذن حقيقة في بيت أذن في دخوله ، وقوله (في الدخول)
يرجع إلى اثنين ، فإذا كان كذلك (فاختل الحرز) فلا يقطع (ويدخل في ذلك) أي في

حوانيت التجار والحانات إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار . ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع ، لأنه محرز بالحفاظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع ، لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزاً ، فلا يعتبر الإحراز بالحفاظ

حكم بيت أذن للناس في دخوله (حوانيت التجار والحانات) وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس بالدخول عليه يشترط منه ، فإذا سرق رجل منهم ثوباً لم يقطع ، وبه صرح الحاكم في الكافي .

(إلا إذا سرق منها) أي من الحمام والحوانيت والحانات ، وهذا استثناء من قوله ولا يقطع إلى آخره ، وقوله (ليلاً) قيد للكل (لأنها) أي لأن الأماكن المذكورة (بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار) دون الليل . وفي مختصر الفتاوى جماعة تزولوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ، ولو كان مسجد جماعة قطع . ولو سرق من بيت واحد قبل الخروج لم يقطع .

(ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع ، لأنه محرز بالحفاظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان) وإنما هو محرز بالحفاظ . وإذا كان الحافظ عنده يقظان أو نائماً عنده متاعه فقد حصل متك الحرز ، فيقطع . وإن لم يكن عنده فلا يقطع لعدم الحرز .

(بخلاف الحمام والبيت الذي أذن للناس في دخوله ، حيث لا يقطع لأنه بني للإحراز ، فكان المكان حرزاً ، فلا يعتبر الإحراز بالحفاظ) وعدم القطع سبب الإذن في الدخول . وقال الشافعي الموضوع في الشارع والمسجد محرزاً بالحفاظ بشرط أن لا ينام أو لا يولي ظهره ، فيقول إذا نام عند متاعه لا يعد مضيعاً عادة ، فلا يحتاج الحرز فيجب القطع .

ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة لا سرقة . ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد ، فلا بد من الإخراج منها ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة

(ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه ، لكونه مأذوناً في دخوله) وبه قال أحمد والشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية أن من سرق من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع لم يحرز عنه لا يقطع ، وإن كان موضع يحرز عنه قطع .

(ولأنه) أي ولأن الضيف (بمنزلة أهل الدار) يعني صار كأنه واحد من أهل البيت حيث أكرمه وأضافوه (فيكون فعله) أي فعل الضيف (خيانة لا سرقة) ولا قطع على الخائن ، لما روى جابر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ ليس على الخائن قطع ، وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار الذي أذن له في دخولها ، وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، كذا ذكره القدوري في شرحه وما روي أن السبود بات عند أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً فقطعه أبو بكر رضي الله عنه ، فتأويله عند أصحابنا أنه سرق من دار النساء لا من دار الرجال ، وفي الدارين المختلفين لا يكون الإذن في أحدهما إذناً في الأخرى .

(ومن سرق سرقة) أراد بالسرقة المسروق مجازاً ، كما قال محمد أيضاً إذا كانت السرقة مصحفاً ، كذا قال الأتراسي . وقال الكاكي سرق سرقة مجازاً (فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها) فما لم يوجد الإخراج لا يوجد الهتك ، فلا يجب القطع .

(ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى) أي من حيث المعنى (فيتمكن شبهة

عدم الأخذ ، فإن كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة
إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على
حدة ، وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها
قطع لما بينا .

عدم الأخذ) والشبهة دارنة (وإن كانت دار) وإن كانت الدار المذكورة داراً (فيها
مقاصير) أي الحجرات البيوت ، وهو جمع مقصورة ، والمقصورة الحجرية بلسان أهل
الكوفة (فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها
حرز على حدة) لأن الإخراج إلى صحن الدار كالإخراج إلى السكة ، فلو خرج من السكة
يقطع ، فكذا هذا .

ثم في الفصل الأول قال بمض أصحابنا لا ضمان عليه إذا تلف في يد المسروق ، كما
لا قطع عليه قبل الإخراج من الدار ، والصحيح أنه يضمن بوجود التلف على وجه التعدي ،
بخلاف القطع ، فإن شرطه هناك الحرز ولم يوجد .

(وإن أغار إنسان) قال صاحب المغرب - أغار - لفظ شمس الأئمة الحلواني ،
والضمير في أغار إلى العدو ، وأما لفظ محمد وإن أعان يعني بالعين المهمة والنون ، وهو
الأوجه ، لأن الإغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة والحقيقة . وقال الكاكي وإن
أغار ، أي أخذ سرعة على غيره يقال أغار الفرس والثعلب إذا أسرع ، كذا في المغرب .

قوله فسرق فيها تفسير قوله أغار . وقال الأترابي لفظ أغار له وجه بأن يدخل
اللس مكابرة بالليل جهراً ويخرج المال فإنه يقطع لوجود الخفية عن عين سائر الناس ،
انتهى . قلت فيه ما فيه ، لأن السرقة أخذ مال في خفية وحيلة ، فكذلك سمي السارق
به ، لأنه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ في المهارة مكابرة ومبادرة . وإذا
حملنا معنى أغار على ما نقله الكاكي من المغرب لا يتوجه شيء ، ويحصل المقصود (من
أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا) أشار به إلى قوله لان كل
مقصورة .. إلى آخره .

وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما، لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه . والثاني لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم يتم السرقة من كل واحد . وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج ، فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى . وإن ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع . وقال زفر لا يقطع لأن الالتقاء غير موجب للقطع ، كما لو خرج ولم يأخذ ،

(قال) أي القدوري (وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المتاع ^(١) وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) إلى هنا لفظ القدوري ، أي على الداخل والخارج . وقال مالك إن كانا متعاونين قطعا ، وإن أقر كل واحد بفعل لم يقطعا . وقال الشافعي إن أقر الخارج بالاخذ يقطع وبه قال أحمد . وقال المصنف (لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه ، والثاني لم يوجد منه هتك الحرز ، فلم تتم السرقة من كل واحد) .

(وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده فناولها الخارج فالقطع على الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع ، وهي بناء) أي مسألة نقب البيت وإدخال اليد فيه بينته (على مسألة تأتي بعد هذا) هي مسألة إلقائه في الطريق ، كذلك قال شيخنا الملا قوله (وإن ألقاه) متصل بما قبله ، أي وإن ألقى المتاع (في الطريق ثم خرج فأخذه قطع) .

(وقال زفر لا يقطع ، لأن الالتقاء غير موجب للقطع ، كما لو خرج ولم يأخذ ،

(١) المال - هامش .

وكذا الأخذ من السكة ، كما لو أخذه غيره . ولنا أن الرمي حيلة
يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع ، أو ليفرغ لقتال صاحب
الدار أو الفرار ، ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر اكمل فعلاً
واحداً ، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق . قال وكذلك
إن حملة على حمار فساقه وأخرجه ، لأن سيرها مضاف إليه لسوقه ،

وكذا الأخذ من السكة) أي وكذا أخذه من السكة أي أخذ سارق المال من السكة حيث
لا يقطع عند زفر «رح» (كما لو أخذه غيره) أي من السكة عليه القطع .

(ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليفرغ لقتال صاحب
الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة) لأنه خرج وبده ثابتة عليه ، وهذا جواب
عن قول زفر «رح» كما لو أخذه غيره ، فإن هناك اعتراض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط
يد الحاكمة للسارق . وحاصله أن هذا السارق ثبت عليه بالأخذ كما مثله أن يد السارق
بغيره ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق ، ولم تدل يده حكماً لعدم اعتراض الأخرى
على يده (فاعتبر الكل) أي القارة في الطريق ثم أخذه (فعلاً واحداً) كما إذا أخذ
المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد ، كذلك هنا .

(وإذا خرج) أي السارق من الدار (ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق) فلا قطع عليه
(وكذا إذا حمه على حمار فساقه وأخرجه) أي يقطع ، به قالت الأئمة الثلاثة (لأن
سيرها) أي سير الحمار (مضاف إليه لسوقه) وقال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق
إلى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء به إلى منزله . وقال أيضاً رجل دخل الدار وجمع
المتاع في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج وأخذه وإن كان للماء قعرة أخرجه بنفسه
لا يقطع ، وعند الثلاثة يقطع . وفي مبسوط شيخ الإسلام وهو وإن لم يكن للماء قعرة
اخراج المتاع ، لكنه أخرجه بتحريك يقطع . وفي مبسوط أبي البر ولو علقه على عتق
كلب فزجره يقطع . ولو خرج من غير زجر لا يقطع ، وبه قال الشافعي وأحمد
« رح » في وجه .

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً . قال العبد
الضعيف « رح ، هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ،
وهو قول زفر « رح » لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به .
ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ،
وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون
للدفع ، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد .

(وإذا دخل الحرز جماعة فتولى الأخذ بعضهم فقطعوا جميعاً) هذا لفظ القدوري
(قال) أي المصنف رحمه الله (هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو
قول زفر « رح ») وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن الإخراج وجد منه) أي من الحامل (فتمت
السرقة به) أي الحامل .

(ولنا أن الإخراج من الكل معنى) أي من حيث المعنى لكونهم رد الحامل (للمعاونة)
أي لأجل معاونتهم للحامل ، لأن عادتهم بأن يحمل بعضهم ويتصد الباقون كي يدفعوا
صاحب المال إذا انتبه فيكون الإخراج من الجميع لما ذكرنا (كما في السرقة الكبرى)
وهي قطع الطريق إذا باثر بعضهم القطع وأخذ المال والباقون وقوف يجب حد قطع
الطريق على جميعهم لكونهم دالة ، فكذا هنا .

(وهذا) إشارة إلى أن الإخراج من الكل معنى (لأن المعتاد فيما بينهم) أي فيما بين
السراق (أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع) أي دفع من يترض لهم صاحب
البيت أو غيره (فإذا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد) أي فإذا امتنع القطع في هذه
الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود قالوا هذا إن كان الحامل من أهل القطع
عند الإنفراد ، أما إذا كان صيباً أو مجنوناً لا قطع عليهم بالإجماع وإن كان الحامل بالغا ،
ولكن فيهم صبي أو مجنون لم يجب القطع عليهم أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد « رح » لتمكن
الشبهة في فعل واحد منهم ، فلا يجب على الباقيين ، وعند أبي يوسف « رح » يجب القطع على
الحامل وغير الصبي والمجنون ، كذا في الذخيرة .

ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح » في الإملاء أنه يقطع ، لأنه إخراج المال من الحرز ، وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي . ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول ، وقد أمكن اعتباره ، والدخول هو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول ، وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع ،

(ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع) الصبي والمجنون ، وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا (وعن أبي يوسف « رح » في الإملاء أنه يقطع ، لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود) أي المقصود إخراج المال من الحرز (فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي) وفي بعض النسخ وأخرج الغطريفي وهو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد رحمه الله وهو الدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى ، ويقول أبي يوسف قال الشافعي « رح » .

(ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) لوجود القطع (تحرزاً عن شبهة العدم) أي عدم هتك الحرز (والكمال في الدخول) أي الكمال في هتك الحرز الدخول ، أي في البيت (وقد أمكن اعتباره) أي اعتبار الدخول في البيت (والدخول) أي في البيت (وهو المعتاد) في هتك الحرز (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي (لأن الممكن فيه) أي في الصندوق (إدخال اليد دون الدخول) فإنه غير ممكن فيتم هتك الحرز بإدخال اليد والإخراج منه .

(وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع) أي بعض القوم دون البعض ، وهذا أيضاً

لأن ذلك هو المعتاد وإن طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطع ،
وإن أدخل يده في الكم يقطع ، لأن في الوجه الأول الرباط من
خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر ، فلا يوجد هتك الحرز ،
وفي الثاني الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو
الكم ، ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الأخذ في الوجهين
ينعكس الجواب لانعكاس العلة .

جواب عما يقال لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة القطع لما وجب
القطع فيما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض ، لأن فيه شبهة العدم ، فأجاب بقوله
(لان ذلك هو المعتاد) بين السراق إذا كانوا جماعة (وإن طر صرة) الطر ومنه الطرار
والصرة الهيمان والجراد من الصرة هنا الكم المشدودة في الدراهم . وقال أكمل الطرار
هو الذى يطر الهيمان أى يشفيها ويقطعها ، والصرة وعاء الدراهم ، يقال طررت الصرة ،
أى شدتها (خارجة من الكم لم يقطع) .

(وان أدخل يده في الكم قطع ، لان في الوجه الاول الرباط من خارج ، فبالطر
يتحقق الاخذ من الظاهر ، فلم يوجد هتك الحرز) فلا قطع .

(وفي الثاني) أى في الوجه الثاني (الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الاخذ من
الحرز ، وهو الكم) فيقطع ، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور
في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرد على عمومه ، بل هو محمول على الصورة
الثانية ، وهي إذا دخل يده في الكم فنظرها .

(ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الاخذ في الوجهين) أى من الخارج والداخل
(ينعكس الجواب) يعني فيما إذا كان الرباط خارج الكم يقطع ، لانه يأخذ الدراهم من داخل
الكم لوقوعها في الكم . ولو كان الرباط داخل الكم لا يقطع ، لانه لما حل الرباط من
داخل الكم فكان أخذها من خارج الكم فلا يقطع ، لانه لم يهتك الحرز ، ولم يأخذ منه
شيئاً ، وهذا معنى قوله (لانعكاس العلة) .

وعن أبي يوسف «رح» أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرزاً إما بالكم أو بصاحبه . قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمد ، وإنما قصده قطع المسافة والاستراحة فأشبه الجوالق ، وإن سرق من القطار بعيداً أو جلاً لم يقطع ، لأنه ليس محرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم ،

(وعن أبي يوسف «رح» أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرز) أي لأن المال محرز (إما بالكم أو بصاحبه) أي في الكم ، ففي صورة طرهما خارج الكم ، وأما بصاحبه ففي صورة طرهما داخل الكم .

(قلنا الحرز هو الكم لأنه) أي لأن صاحب المال (يعتمده) أي يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال (وإنما قصده) أي قصد صاحب المال (قطع المسافة) في المشي (والاستراحة) في القعود (فأشبه الجوالق) أي فأشبه الكم الجوالق بضم الجيم وهو إسم للواحد ، وجمعه الجوالق بفتح الجيم السراوق ، كذا أخبرنا الشيخ رحمه الله .

وقال الكاكي في قوله فأشبه الجوالق ، لأنه لا يخلو إما أن يكون صاحب المال في حالة المشي أو في غير حالة المشي ، فإذا كان الأول فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال ، وإن كان الثاني فمقصوده الإستراحة لا حفظ المال والمقصود وهو المعتبر في هذا الباب ، ألا ترى أن من سرق الجوالق الذ على إبل يسير فأخذ المال منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق ، فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع ، وكذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يقطع لإذن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ ، وإنما يقصد به الرعي والحفظ ، بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بنيت لها وعليها باب مغلق ، فأخرجها منه يقطع ، لأنها بنيت لأجل حفظ الغنم ، كذا في المحيط . وعند الأئمة الثلاثة إذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع ، وما كان غائباً من نظره ، فإن كان قائماً أو مشغولاً فليست بمحرزة ، وعندهم لو أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقررة .

(وإن سرق من القطار بعيداً أو جلاً لم يقطع ، لأنه ليس بمحرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم) أي عدم الحرز ، وعند الأئمة الثلاثة لو سرق واحداً من الجمال أو واحداً من

وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ، ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع . وإن شق الحمل وأخذ منه قطع ، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع . وإن سرق جوالقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه ، أو نائم عليه قطع ، معناه إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه ، حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده ، والنوم عليه يعد حفظاً عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل .

الأجمال أو شق وأخذ شيئاً يقطع في الكل ، لأن لكل محرز بالحافظ ، وهو القائد أو السائق أو الراكب إذا لم يكن نائماً عليه له يقطع ، فإن كان نائماً عليه لم يقطع . (وهذا) أي عدم القطع (لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ ، قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع ، لأن الجوالق في مثل هذا حرز ، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع) .

(وإن سرق جوالق في متاع وصاحبه عنده يحفظه أو نائم قطع معناه) أي معنى قول محمد ، لأنه مسألة من مسائل الجامع الصغير (إذا كانت الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه) كالمغادر (حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه ، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة ، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل) أي من قبل ورقة وهو قوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً .

وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه ، أو حيث يكون حافظاً له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار .

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم ، فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ،

(وذكر في بعض النسخ) أي ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وأراد به فخر الإسلام (وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له) يعني لم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه ، بل قال أو حيث يكون حافظاً له (وهذا) أي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله حيث يكون حافظاً له (يؤكد ما قدمناه من القول المختار) بعد ما تقدم من كون المتاع عنده أو تحته ، وهو قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً إلى قوله والصحيح .

(فصل في كيفية القطع وإثباته)

أي هذا فصل في بيان كيفية قطع يد السارق ، وفي بيان إثبات القطع . (قال) أي القدوري رحمه الله (وتقطع يمين السارق من الزند) وقالت الخوارج من المنكب لظاهر النص ، إذ اليد من المنكب رؤوس الأصابع . وقال بعض الناس بقطع الأصابع فقط ، لأنها آلة البطش ومحل الجناية . قلنا هذا يخالف بالنص والمنصوص قطع اليد لا الأصابع والزند موصل طرف الذراع من الكف . وقال تاج الشريعة الزند عظم الساعد . وفي الصحاح الزند موصل طرف الذراع ، وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر (ويحسم) على صيغة المجهول من الحسم ، وهو الكي لينقطع الدم يقال حسم العرق إذا كواه بجديدة محماة . وفي الطبلة والمغرب والمعني لابن قدامة الحنبلي وهو أن يغمس في الدهن الذي أغلى . (فالقطع مما تلوناه من قبل) يعني قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة (واليمين) أي قطع يراة اليمين (بقراءة ابن مسعود) فقطعوا أيانها ، وهي قراءة

ومن الزند ، لأن الإسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل أعني
 الرسغ متيقن به ، كيف وقد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع
 يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ،
 ولأنه لو لم يحسم بفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف ،

مشهورة جاءت الزيادة بها على الكتاب (ومن الزند) أي يقطع من الزند (لان الإسم
 يتناول اليد إلى الإبط) حاصله أن اليد قد يكون من المنكب ، وقد تكون من المرقق ،
 وقد تكون من الرسغ ، فإذا أطلق إلى الإبط باستعمال العرب واللغة والشرع ، ولكن زال
 هذا ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة وإجماعهم على أن هذا القدر ، وهو متيقن
 به ، أشار إليه المصنف بقوله (وهذا المفصل) الرسغ (متيقن به) أي في كونه موضع
 القطع لإرادة الرسغ على تقدير إرادة أي المفصل كان من مفاصل اليد .

(كيف) أي كيف لا يكون هذا المفصل متيقناً به (وقد صح أن النبي ﷺ أمر
 بقطع يد السارق من الزند) وروى ابن عدي في الكامل بإسناده عن مجاهد عن عبد الله بن
 عمر وقال قطع النبي ﷺ سارقاً من المفصل . وروى الدارقطني من حديث عمرو بن
 شعيب عن أبيه عن جده قال كان صفوان بن أمية بن خلف قائماً في المسجد وثيابه
 تحت رأسه ، فجاء سارق فأخذها فأتى به رسول الله ﷺ ... الحديث ، وفي آخره
 ثم أمر بقطعه .

(والحسم) عطف على قوله فالقطع (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (فاقطعوه
 واحسموه) هذا أخرجه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ
 أتى بسارق سرق شملة ، فقال ﷺ ما أخاله سرق ، قال السارق بلى يا رسول الله ، قال
 فاذهبوا به واقطعوه ثم احسموه ... الحديث . وقال الكاكي صحيح على شرط مسلم .
 (ولأنه) أي لان السارق (لو لم يحسم) بعد القطع (يفضي إلى التلف والحد زاجر
 لا متلف) ألا ترى أنه لا يقطع في الحر الشديد والبرد الشديد ، وعند شدة المرض توقياً
 عن الهلاك وتمس الوهن على السارق عندنا ، وبه قال مالك والشافعي في وجهه ، وقال في
 وجه بيت المال .

فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم يقطع ،
 ويخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ويعزر أيضاً ذكره
 المشايخ « رح » . وقال الشافعي « رح » في الثالث يقطع يده
 اليسرى ، وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق
 فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه

(ولو سرق ثانياً) يعني بعد قطع يده اليمنى (قطعت رجله اليسرى) من الكعب
 عند أكثر أهل العلم وفعل عمر رضي الله عنه كذلك . وقال أبو ثور والرافضة يقطع من
 نصف القدم من معقد الشراك (فإن سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب) قال
 صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر سباً رجل صالح (وهذا) أي عدم القطع في المرة
 الثالثة (استحسان ويعزر أيضاً ، ذكره المشايخ) أي ذكروا التعزير ، وقد روى ابن رستم
 عن محمد أن التعزير مع الحبس ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه ضرب وجس
 في المرة الثالثة .

(وقال الشافعي في الثالثة) أي في السرقة الثالثة (يقطع يده اليسرى ، وفي الرابعة
 رجله اليمنى لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (من سرق فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه)
 هذا الحديث رواه أبو داود عن مصعب بن ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر قيل جيء
 بسارق إلى النبي ﷺ فقال اقتلوه ، قالوا يا رسول الله إنما سرق ، فقال اقطعوه ، فقطع ،
 ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه ، فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه قطع ، ثم جيء
 به الرابعة فقال اقتلوه ، قالوا يا رسول الله إنما سرق مالا . قال اقطعوه فقطع ، ثم جيء
 به في الخامسة قال اقتلوه ، قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجترأه فألقيناه في بئر
 ورمينا عليه الحجارة (١) ، وقال النسائي حديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس
 بالقوي في الحديث .

(١) الحديث في الأصل ناقص ، وإنما صححناه من شرح فتح القدير ، اه مصححه .

ويروى مفسراً كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها
جناية ، بل فوقها ، فتكون أدعى إلى شرع الحد . ولنا قول علي
رضي الله عنه فيه إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل
بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها ،

(ويروى مفسراً كما هو مذهبه) أي يروى هذا الحديث مفسراً كما هو مذهب
الشافعي ، قال الأكل في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال في المرة الأولى تقطع يده
اليمنى ، وفي الثانية الرجل اليسرى ، وفي الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل
اليمنى ، انتهى . قلت حديث أبي هريرة هذا رواه الدارقطني بغير هذا اللفظ ، فإنه
أخرجه عن الواقدي عن أبي ذئب عن خالد بن سلمة رواه عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن
النبي ﷺ قال إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا
يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، وللواقدي فيه مقال .

ويقول الشافعي قال مالك وفي المرة الخامسة عندهما يجبس ويمزر . وحكي عن عطاء
وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان رضي الله عنهم أنه يقطع في المرة الثالثة يده
اليسرى . وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة في حديث جابر النبي صلى الله عليه وسلم
عن قريب .

(ولأن الثالثة) أي ولأن الثالثة (مثل الأولى) أي مثل السرقة الأولى (في كونها
جناية بل فوقها) أي بل فوق الأولى ، لأنها لعدم تقدم الزواجر (فتكون أدعى إلى
شرع الزاجر) أي فتكون الثالثة أدعى إلى مشروعية الزاجر ، لأنها بعد تكرار الزاجر .
(ولنا قول علي فيه) أي قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قطع الثالثة (إني
لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عايتها) هذا رواه
محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وأخبرنا أبو حنيفة الإمام عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن
سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن
عاد قطعت يده [رجله] اليسرى ، فإن عاد ضمن السجن حتى يحدث خيراً ، إني لأستحي

وبهذا حاج بقية الصحابة «رض» فحجهم فانقعد إجماعاً ، ولأنه
إهلاك معنى لما فيه من تقويت جنس المنفعة ، والحد زاجر ،

ن الله أن لا أدع له بدأ يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلا يمشي عليها ومن طريق محمد بن
الحسن رواه الدارقطني في سننه .

(وبهذا) أي بقوله هذا (حاج بقية الصحابة) أي حاجج معهم في هذا ، رواه
سعيد بن منصور حدثنا أبو معشر عده سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت
علي بن أبي طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد ، والرجل قد سرق ، فقال لاصحابه ما
ترون في هذا ، قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال قتلته إذا وما عليه القتل ، بأي شيء
يأكل الطعام ، بأي شيء يتوضأ للصلاة ، بأي شيء يقتل من الجنابة ، بأي شيء يقوم
على حاجته فرده إلى السجن أياماً ثم أخرجه ، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول ،
فقال لهم مثل ما قال في الاول فجعله جلدأ شديداً ثم أرسله (فحجهم) أي تعليم لهذا
فلم يرد عليه أحد منهم بعد هذا .

(فانقعد إجماعاً) لانه يحتج عليهم بالنص في الباب ، قال انه لا يغن فيه ، إذ لو ثبت
التعليم لانه يبنى على الشهود ولو بلغهم لاحتجوا به .

فإن قيل ليس اليد اليسرى محل بظاهر الكتاب والإجماع على خوف الكتاب . قلنا
لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليسرى عن كونها من الحد ، كمن قال
لآخر أعتق عبداً من عبدي ثم قال عنت سالماً فيخرج غيره ، ولأن الأمر بالفعل
لا يقتضي التكرار .

(ولانه) أي ولان قطع غير اليد اليمنى والرجل اليسرى (إهلاك معنى) أي من
حيث المعنى (لما فيه من تقويت جنس المنفعة) وفي المبسوط يقطع ببقاء منافعه ، ولهذا
تعلق مطلق لليد في العبد قيمة النفس ، ولا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفار ، فعرفنا
أنه استهلاك حكماً ، وفيه شبهة الإتلاف ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات (والحد
زاجر) أي لا متلف .

ولأنه نادر الوجود ، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص ، لأنه
حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً لحقه ، والحديث طعن فيه
الطحاوي « رح » أو نحملة على السياسة . وإذا كان السارق أشل اليد
اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع ، لأنه فيه
تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً ، وكذا إذا كانت رجله
اليمنى شلاء لما قلنا ،

(ولأنه نادر) أي ولأن وجود الزجر متكرر نادر (الوجود) لأنه فقد الزاجران
(والزجر فيما يغلب) وجوده (بخلاف القصاص) جواب سؤال مقدر تقديره لو قطع
رجل أربعة أطراف قصر منه بالإجماع ، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود ،
لأنه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ، ورجل يمشي عليها ، وفيه تفويت جنس المنفعة
ونادر الوجود أجاب ، بخلاف القصاص ، يعني حكم القصاص بخلاف حكم هذا (لأنه) أي
لأن القصاص (حق العبد فيستوفي) حقه (ما أمكن) لأن في حق العبد تراعى المائدة
بالنص (جبراً لحقه) أي لاجل جبر حقه بالإستيفاء مثل حقه .

(والحديث) أي الحديث الذي احتج به الشافعي (طعن فيه الإمام الحافظ أبو جعفر
الطحاوي) فقال تتبعنا هذا فلم نجد لشيء منها أصلاً ، وطعن فيه النسائي أيضاً وغيره
من الثقات (أو نحملة) أي نحملة الحديث المشهور المذكور (على السياسة) وهذا جواب
بطريق التسليم .

(وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع) أي أو كان أقطع (أي مقطوع
الرجل اليمنى لم يقطع) وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية
تقطع يمينه ، ولا يمنع ذلك نقصان من قطع يمينه (لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً)
يعني من حيث البطش ، وهو الأخذ القوي باليد إن كانت يده اليسرى مقطوعة (أو
مشياً) يعني من حيث المشي إن كانت رجله اليمنى كذلك .

(وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن فيه تفويت جنس

وكذا إن كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها
سوى الإبهام ، لأن قوام البطش بالإبهام ، فإن كانت اصبع
واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت
الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ، بخلاف فوات الأصبعين
لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش . قال وإذا قال
الحاكم للحداد اقطع بين هذا في سرقة سرقتها فقطع يساره عمداً أو
خطأ ، فلا شيء عليه .

المنفعة (وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) أي أو كانت شلاء يقطع (أو
الاصبعان منها سوى الإبهام) أو كانت الاصبعان من اليد اليسرى سوى الإبهام مقطوعين لم
يقطع أيضاً ، لأن الاصبعين ينزلان منزلة الإبهام ، وقوله (لأن قوام البطش بالإبهام) أي
لبطش بالإبهام لتعليل لقوله ، وكذلك إذا كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء .

(فإن كانت أصبع واحدة) يعني من اليد اليسرى (سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء
قطع ، لأن فوت الواحدة) أي الاصبع الواحدة (لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ،
بخلاف فوات الاصبعين ، لأنها ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش) وقال تاج الشريعة
فإن كانت اصبع واحدة إلى العشرة فرق بين هذا وبين الكفارة ، فإن العبد إذا كان
مقطوع أحد اليدين أو الرجلين أو الإبهام أو الاصبعين فأعتقه عن الكفارة يحزئه ، لأن
قطع الإبهام إهلاك من وجه ، فأقيم الإهلاك في حقه مقام الإهلاك من كل وجه احتيالياً
لدرء القطع ، أما الكفارة فلا يحتمل فيها فلا يقام الإهلاك من وجه مقام الإهلاك
من كل وجه .

(وإذا قال الحاكم للحداد) أي الذي يقم الحد كالجلاد الذي يقم الجلد ، كذا في
المغرب (اقطع بين هذا في سرقة سرقتها) قيد بقوله بين هذا ، لأنه لو قال اقطع يد هذا
فقطم الحداد يساره لا ضمان عليه بالانفاق (فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه)

عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد . وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً ، وهو القياس . والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد ، أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً ، وقيل يجعل عذراً أيضاً . له أنه قطع بدأ معصومة ، والخطأ في حق العباد غير

أي على الحداد (عند أبي حنيفة رضي الله عنه) سواء قطعه عمداً أو خطأ ، ولكن بثوب الحداد ، وبه قال أحمد .

(وقالوا) أي وقال أبو يوسف ومحمد (لا شيء عليه) أي على الحداد إذا كان (في الخطأ ويضمن في العمد) إرش اليسار (وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً) يعني يضمن الإرش ، وعند الشافعي في للعمد يجب القصاص عليه ، وبه قال مالك لأنه قطع بغير حق فوجب عليه القود . ولو قال أخطأت وظننت أنه اليسار فعليه الدية ، لأن الخطأ غير مرفوع في حق العباد ، ولو بادر رجل فقطع اليمين بغير إذن الإمام فلا شيء عليه بالإجماع ، ولكن يؤديه الإمام على ذلك ، لأنه أساء الأدب حيث قطع بغير إذن الإمام ، كذا في المبسوط (وهو القياس) أي قول زفر وهو القياس (والمراد بالخطأ) أي المراد من الخطأ الذي لا شيء عليه هو الخطأ (في الاجتهاد) يعني في قوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين .

(وأما الخطأ في معرفة اليمين أو اليسار فلا يجعل عذراً) لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر ، وهذا موضع الاشتهار ، لأن كل واحد يميز بين اليمين واليسار ، وإليه ذهب فخر الاسلام (وقيل يجعل عذراً أيضاً) فلا يضمن ، لأنه بنى أمره على دليل شرعي ، كذا في الكافي . وقيل اجتهد في جواز قطع اليسرى نظراً إلى إطلاق النص هكذا رأيت بخط شيخني العلاء رحمه الله .

(له) أي لزفر (أنه) أي أن الحداد (قطع بدأ معصومة) ولهذا لو قطع غير الحداد يضمن كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً يضمن (والخطأ في حق العباد غير

موضوع فيضمنها . قلنا إنه أخطأ في اجتهاده ، إذ ليس في النص
 تعيين لليمين ، والخطأ في الاجتهاد موضوع . ولها أنه قطع طرفاً
 معصوماً بغير حق ولا تأويل ، لأنه تعدد الظلم فلا يعفى ، وإن
 كان في المجتهدات ، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا إنه امتنع
 للشبهة . ولأبي حنيفة «رح» أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو
 خير منه ، فلا يعد إتلافاً ، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل
 قيمته ثم رجع

(موضوع فيضمنها) أي الدية (قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين)
 لأن النص مطلق (والخطأ في الاجتهاد موضوع) أي شرعاً .

(ولها) أي لأبي يوسف وعمد (أنه) أي أن الحداد (قطع طرفاً معصوماً بغير
 حق) لأن الحق في اليمين وهو أيضاً لم يقطع يسار أحد ليكون حق قطع اليسار قصاصاً
 (ولا تأويل له) أي للحداد فيما فعله (لأنه تعدد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات)
 واصل بما قبله ، إذ المجتهد لا يقدر في الظلم عمداً كالباغي إذا أتلف مال العادل (وكان
 ينبغي أن يجب القصاص) لأنه قطع ما ليس بمحل (إلا أنه يمتنع) أي إلا أن القصاص
 امتنع (للشبهة) أي لأجل الشبهة الثابتة من إطلاق النص ، وإن كانت اليمين ثبتت بقراءة
 ابن مسعود رضي الله عنه ، ولكن تبقى شبهة اليسار الداخل تحت اسم اليد ، فالشبهة
 تكفي لدرء القصاص ، بخلاف ضمان الأموال .

(ولأبي حنيفة أنه أتلف) حيث قطع اليسار (وأخلف من جنسه) أي من جنس
 المقطوع (ما هو خير منه) وهو اليمين لأن منفعة اليمين صارت على شرف الزوال فيكون
 كالفائب من حيث الاعتبار (فلا يعد إتلافاً كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم
 رجع) حيث لا يضمن ، ويقولنا قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال مالك والشافعي
 في قول يقطع ، لأنه وجب قطعها فلا يسقط بالجناية على غيرها .

وعلى هذا لو قطعه غير الحداد فلا يضمن أيضاً هو الصحيح ، ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه ، أى السارق ضمان المال ، لأنه لم يقطع حداً ،

فإن قيل اليمين لم يحصل له سبب القطع ، بل كان حاصلًا له قبل ذلك والإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بسبب حصل به الإتلاف ، كما في مسألة الشهادة ونقصان الولادة ، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن ، قلنا اليمين من حيث الاعتبار ، ولا يلزم ما إذا جدد أنه لأنه ما أخلف عما أتلّف أو عيناه لم تقطع .

فإن قيل لو قطع رجله اليمين يضمن ، وقد أتلّف وأخلف عوضاً وهو اليمين لا يقطع حينئذ . قلنا لا رواية فيه فيمنع ، ولأن سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي .

(وعلى هذا) أي وعلى تعليل أبي حنيفة وهو أنه أتلّف والخلف من جنسه خير منه (لو قطعه) أي لو قطع يد السارق (غير الحداد فلا يضمن أيضاً) لأنه أتلّف وأخلف خيراً منه ، لأن يمينه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره أو غيره بعد القضاء ذكره فخر الإسلام في جامعه (هو الصحيح) احتراز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يد اليسرى ، فإن في العمد القصاص ، وفي الخطأ الدية . وسقط القطع عنه في اليمين ، لأنه لو قطع إلى الاستهلاك ويرد السرقة إن كان قائماً وعليه ضمانه في الهالك .

(وإن أخرج السارق يساره وقال هذه يميني قطعها لا يضمن بالاتفاق ، لأنه) أي لأن الحداد (قطعه بأمره) أي قطع يساره بأمر السارق فلا يضمن ، كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون يده مستحقاً للقطع بالسرقة فهذا أولى (ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة (عليه) أي على السارق (ضمان المال) أي مال المسروق منه (لأنه) أي لأن قطع يساره (لم يقطع حداً) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر ، وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً لمن عسى أن يتوهم أن قطع السارق وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيقاناً بأن القطع لم يقع حداً إذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان ، وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خبراً لا

وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة، لأن الخصومة شرط لظهورها. ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي «رح» في الإقرار

باعتبار أن القطع وقع حداً، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لأنها يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حداً لا تحمل له فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين للضمان والقطع حداً.

(وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقطع ، لأنه إذا لم يقع حداً لا يوجد ما بيننا في الضمان والمقتضي ، وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) أي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد ^(١) اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) أي السارق لا يضمن المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع لا يجتمعان .

(ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومة شرطاً لظهورها) أي لظهور السرقة ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر وابن أبي ليلى وأبو بكر الحنبلي لا يشترط المطالبة لظهورها لعموم الآية ، كما في حد الزنا . قلنا السرقة جنائية على مالك بغير إذنه ولم تثبت الجنائية إلا بمطالبة ذلك ، إذ بالمطالبة يظهر عدم الإباحة إذ لو لم يحضر عليه تمكن فيه شبهة الإباحة ، أما بإباحة الملك أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه شبهة ، أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه شبهة ، وعلى هذا الخلاف إذا غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمد خلافاً لهم ، لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود .

(ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار) وهذا وجه في

(١) هنا كلام مكشوط ، اه مصححه .

لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته ، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود والمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ، ولرب الوديعة أن يقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي « رح » لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع . وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع

قوله والأصح عنده أن الاقرار كالبينة (لأن الجناية في مال الغير لا يظهر إلا بخصومة صاحب المال) قيل إن معنى قوله أن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها ، فيكون فيه توهم التكرار . ورد بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحداً فافهم . (وكذا إذا غاب عند القطع) أي المسروق منه عند القطع (لا يقطع عندنا ، لان الاستيفاء) أي استيفاء القطع (من القضاء في باب الحدود) فإذا قطع قبل حضوره يكون باستيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز (والمستودع) بفتح الدال ، أي الذي عنده الوديعة (والغاصب وصاحب الربا) صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته ، وكذا المستودع والغاصب ، وهو معنى قوله (أن يقطعوا السارق منهم) أي من هؤلاء الثلاثة فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة . وقال الأكل ولم يذكر العاقد الآخر من عاقد الربا ، فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولاية ، فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمنسوب منه ، لأن الملك لهما باق .

(وكذا الوديعة بقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه) لأن الملك لهما باق (وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع) لأن شبهة الإذن بالأخذ والتملك قائمة من المالك ، فالقطع لا يجب بالشبهة (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين زفر والشافعي (المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع) بفتح الضاد مستعمل ، وإن

والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى
المالك، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء ، إلا أن الراهن
إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين

كان الصواب كسر الضاد (والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى
المالك) كمتولي الوقف والأب والصبي فيقطع السارق منهم لأن هذا سرقة ظهرت بحجة
كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حق هؤلاء في الانتفاع واليد كالمالك .

(ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المذكورين) يعني لو سرق سارق من
أحد من هؤلاء وخاصم المالك يقطع لقيام ملكه (إلا أن الراهن) استثناء منقطع ، وقد
اختلف نسخ الهداية فيه ، ففي بعضها إلا أن الرهن (إنما يقطع بخصومته حال قيام
الرهن) أي المرهون في يد السارق (قبل قضاء الدين أو بعده) وفي بعض النسخ حال
قيام الرهن بعد قضاء الدين . قال الكاكي والصحيح من النسخ بعد قضاء الدين بدونه ،
قيل لما إنه ذكره في المحيط .

وفي الإيضاح لو سرق من المرتهن له أن يقطعه لا للراهن ، لأنه لا سبيل للراهن على
أخذ الرهن . ثم قال وإن قضى الدين فله أن يقطعه ، لأن له أن يأخذ الرهن حينئذ ،
وقد نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء . وقال تاج
الشريعة قوله قبل قضاء الدين أو بعده ، قيل فيه نظر ، لأنه ذكر في الإيضاح
وليس للراهن أن يقطع السارق ، لأن حق القطع القبض من المرتهن . ولو قال الراهن
للمرتهن إت بالرهن لأقضي الدين ، فحينئذ له دلالة القطع بحق منه قبل القضاء ، هكذا
رأيت في بعض المواضع ، فلو كان الحكم هكذا يخرج من النظر .

وقال الأكمل رحمه الله بعد أن ذكر في بعض النسخ بعد القضاء الشارحون نقلاً
وعقلاً ، أما نقلاً فإنه موافق رواية الإيضاح وذكرناه وأما عقلاً فلأن السارق إنما يقطع
بخصومة من له ولاية الاسترداد ، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ، انتهى . قلت فانه
ما قاله تاج الشريعة .

لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ، والشافعي «رح» بناء على أصله إذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده . وزفر «رح» يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ، فلا تظهر في حق القطع ، لأن فيه تفويت الصيانة . ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

(لأنه لا حق له في المطالبة بالعين دونه) أي لأن الرهن ليس له طلب العين المرهونة بدون قضاء الدين ، هذا ذكره شيخي . وقال الأكل الضمير في بدونه راجع إلى قضاء الدين ، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن ، فكان شرط جواز القطع بخصومة الرهن أمرين ، أحدهما قيام المرهون ، حق لو هلك ولا سبيل للرهن عليه لبطلان دينه عنه ، والآخر قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ .

(والشافعي بناء على أصله) أشار بهذا إلى أن الشافعي وزفر بعد أن اتفقا في الحكم المذكور كما مر اختلافا في ترجيح المناطق ، فالشافعي بناء على أصله (إلا أنه خص منه لهؤلاء) أي المذكورين المستودع والمستعير إلى آخر ما ذكر (في الاسترداد عنده) إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك ، وإذا لم يكن الاسترداد لا يلتفت إلى خصومتهم . ولكن قال في الوجيز يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وهذا قال في شرح الجمع وتركت الخلاف المذكور في المنظومة في أنه لا يقطع بالسرقة من يد المودع . وقال مالك قطع من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير .

(وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ) يعني ولايتهم لأجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ (فلا يظهر في حق القطع ، لأن فيه) أي لأن في ظهور حق القطع (تفويت الصيانة) لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوى القطع سقط الضمان ، فيكون فيه تضييع لصيانة ، وهو مأذون بالحفظ والصيانة .

(ولنا أن السرقة موجبة للقطع من نفسها وقد ظهرت) أي السرقة (عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة) لأن خصومتهم (معتبرة) لحاجتهم إلى الاسترداد ،

مطلقاً، إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع، والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء، فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن، فإنه يقطع بخصومته في ظاهر

لأن اعتبار خصومة المالك إلى إظهار السارق لإعادته إلى المحل لتحصيل أغراض متعلقة باليد، وهو المعنى الموجود في حق هؤلاء، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجها إلى الانتفاع بالمحل والمرتهن والمودع لأجل الحفظ الملتزم والتمسك من رده إلى المالك يخرجها عن عهد الضمان (مطلقاً) قاله لنفي قول زفر، فان خصومة هؤلاء عنده في حق الاسترداد دون القطع (إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد) لإعادة اليد، لأن اليد مقصودة في ذلك وهم في ذلك كالمالك، فاذا كان كذلك (فيستوفي القطع) لأن الخصومة مطلقة لا لضرورة فقط كما قال زفر.

(والمقصود من الخصومة) أي مقصود صاحب اليد من الخصومة (إحياء حقه) أي حق المالك (وسقوط العصمة) جواب عن قول زفر، لأن فيه تفويت الصيانة، تقريره أن سقوط العصمة (ضرورة استيفاء القطع) يعني أن الإمام استوفى القطع حقاً لله تعالى، فسقط الضمان ضرورة، فلا يصير المودع مسقطاً للضمان، فاذا كان سقوط الضمان من ضرورة القطع كان ضمناً (فلم يعتبر) لأن الضمينات لا تعتبر.

(ولا يعتبر بشبهة موهومة الاعتراض) هذا جواب عن سؤال مقدر، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر قبل هذا الاحتمال أنه لو حضر وأقر السارق بالمسروق فأجاب بقوله (ولا معتبر) أي الاعتبار شبهة موهومة الاعتراض، أي لتوهم اعتراض الأقرار من المالك إذا حضر أن المؤثر شبهة يوم وجودها في الحال ما لا يتوهم اعتراضها في المال.

(كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن) وهو المودع بفتح الدال، فان فيه شبهة موهومة أيضاً، وهو أن يحضر المؤتمن (فانه يقطع بخصومته) أي بخصومة المالك (في ظاهر

الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة . وإن قطع سارق بسرقة فسرقته منه فلم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني، لأن المال غير متقوم في حق السارق الأول، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ، فلم تنعقد موجبة في نفسها ، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته ، إذ الرد واجب عليه .

الرواية (احترز به عن رواية ابن سماعة ومحمد أن المالك ليس له أن يقطع حال غيبة المودع ، لأن السارق لم يسرق من المالك ، وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يميز أن يطالب بذلك غيره . (وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة) كلمة ان واصله بما قبله ، أي يقطع وان كانت شبهة الإذن من المؤمن في دخول الحرز ثابتة .

فان قيل القطع عقوبة يسقط بالشبهة ، فلا يثبت بخصومة المودع كالتقصص . قلنا القطع عقوبة يجب حقا لله تعالى إجماعاً ، وانما شرطت الخصومة ، بخلاف البيان إذ كما ليس للسارق ، لكن يعزه ، والمودع يملك هذه الخصومة بخلاف التقصص ، فانه حق العبد . (وإن قطع سارق بسرقة فسرقته منه) أي من السارق (لم يكن له) أي للسارق ولا لرب السرقة (أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقال الشافعي ومالك في قول يقطع بدعوى المالك ، لانه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه ، سواء قطع السارق الاول أو لا . وذكر أصحاب الشافعي الخصم في هذا السارق المالك لا السارق والغاصب . قال صاحب الحلبة وعندني أن كل واحد من المالك والسارق والغاصب خصم (لان المال غير متقوم في حق السارق الاول ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها) أي فلم تنعقد السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وأيضاً أن يده لم تبق من الأيدي التي ذكرناها من ملك ودبعة وخصومة ، ومن هذه في صفة لا يعتبر في القطع .

(وللأول) أي وللسارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته ، إذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى ، لأن يده ليست بصحيحة لتكون اليد

ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعدما درىء الحد بشبهة يقطع بنصومة الأول ، لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصاو كالغاصب . ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح » أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة . وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة ،

الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد . (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول) أي السارق الأول (أو بعد ما درىء الحد بشبهة) أي أو سرق الثاني بعدما درىء القطع بشبهة (يقطع بنصومة الأول) أي بسارق الأول (لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصار كالغاصب) والدرء هنا بالشبهة كعدم القطع ، ولا فرق عند أحمد بين القطع وعدمه ، لأن يد السارق على المال لا يد أمانة ولا يد ملك ، فأشبه ما لو وجد ضائعاً .

(ولو سرق) أي مسروقة في نسخة (ومن سرق فردها على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم لم يقطع) في ظاهر الرواية . (وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة) يجامع أن القطع حق لله تعالى فلا يحتاج فيه إلى الخصومة شرط الظهور ، فكذا ما بعد الإرتفاع وقبله سواء .

(وجه للظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البينة) وفي النهاية في بعض النسخ بلو او ، أي ولأن البينة . وقال الكاكي ولكن نسخة شيخني بلا واو ، وقال هو الأصح . قلت وكذا نسخة شيخني بلا واو . وقال هو الأصح . ثم كتب بخطه على حاشية الكتاب لأن البينة (إنما جعلت حجة) مع قيام احتمال الكذب (ضرورة قطع الخصومة) فخصومة المالك شرط لإقامة البينة (وقد انقطعت الخصومة)

بخلاف ما بعد المرافقة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى
تقديراً ، وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له
لم يقطع ، معناه

لزوال الملك قبل الإرتفاع إلى الحاكم ، فلا تبقى البينة حجة بعد ذلك لانعدام الشرط ،
وهذا الذي كتب إيضاحاً لما قاله المصنف ، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة لقطع
المنازعة وقد انقطعت الخصومة فلا تبقى حجة .

(بخلاف ما بعد المرافقة) يعني لوردها بعد سماع البينة والقضاء يقطع ، وبعد السماع
قبل القضاء يقطع استحساناً لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة
(لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها) قال الأترابي لحصول مقصودها الضمير راجع إلى
الخصومة ، أي لحصول المقصود من الخصومة ، لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى
المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح ينفرد بالموت ، لا أنه يبطل ، لكن
الخصومة يبطل . فأما تقدير الإستيفاء القطع ، وهو معنى قوله (فيبقى تقديراً) باعتبار
قيام يده على المال ولورده على ولده أو ذي رحم لم يكن في عيال المالك يقطع لعدم
الوصول إليه حقيقة وحكماً ، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه . وإن
كان في عياله لا يقطع ، لأن يد من في عياله كيده حكماً . ولهذا لا يضمن المودع
المستعير بالدفع إليه .

وكذا لو رده على امرأته أو عبده أو أجيده مشاهرة أو مسانحة . ولو دفع إلى والده أو
جده أو والدته وليسوا في عياله لا يقطع ، لأن هؤلاء شبهة المالك في ماله بالنص ، فيثبت
شبهة الرد . ولو دفع إلى عياله لا يقطع لأنه شبهة ، وهي معتبرة . ولو دفع إلى مكاتبه
لا يقطع ، لأن عبده ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده لا يقطع . ولو سرق من العيال
ورده إلى من بعولتهم لا يقطع ، لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله .

(فإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) هذه المسألة ذكرت في
الجامع الصغير بهذه العبارة ، وفسرها المصنف بقوله (معناه) أي معنى ما ذكره محمد

إذا سلمت إليه . وكذلك إذا باعها المالك إياه . وقال زفر والشافعي
« رح » يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن السرقة
قد تمت انعقاداً وظهوراً ، وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك
وقت السرقة فلا شبهة . ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب
لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء ، إذ القضاء للإظهار ،

فيها فوهبت له (إذا سلمت) يعني إذا سلمت السرقة إلى العين المسروقة ، لان الهبة إذا لم
تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك .

(وكذا لا يقطع إذا باعها المالك إياه) أي إذا باع العين المسروقة مالك إياه ، أي
السارق (وقال زفر والشافعي يقطع) وبه قال مالك وأحمد (وهو رواية) أي ما قاله
زفر والشافعي رواية (عن أبي يوسف ، لأن السرقة قد تمت انعقاداً) باحتمال الغير على
وجه الحقيقة من حرز لا شبهه فيه ، إذ وضع المسألة في ذلك (وظهوراً) أي من حيث
الظهور ، لأن الغرض أنه قضي عليه بالقطع ، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها .

(وبهذا العارض) وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء لا قيام الملك وقت السرقة ، لأن
الهبة والشراء يوجب ملكاً حادثاً فلا يمنع به الاستيفاء ، وبهذا احترز به عما أقر به المالك
أن المسروق للسارق ، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له (لم يتبين قيام الملك وقت
السرقة) (١) ... الملك للسارق وقت وجود السرقة ، فإذا كان الأمر كذلك (فلا
شبهة فيقطع) .

(ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تنمة قول القاضي حكمت أو
قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالجلد (في هذا الباب) أي في باب الحدود (لوقوع
الإستغناء عنه) أي عن القضاء بالاستيفاء ، يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني عنه إلا
بالإستيفاء (إذ القضاء) أي لأن القضاء (للإظهار) ولا إظهارها هنا ، لأن القطع حق

(١) هنا كلام مكشوط في الأصل . اه مصححه .

والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده . وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ، وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . قال وكذلك إذا انقضت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء . وعن محمد « رح » أنه يقطع ، وهو قول زفر والشافعي « رح » اعتباراً بالنقصان في العين .

الله تعالى ، وهو معنى قوله (القطع حق الله ، وهو ظاهر عنده) أي عند الله تعالى لا يقرب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء فلا حاجة إلى الإظهار .
(وإذا كان كذلك) أي إذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتهى ذلك بالبيع والهبة ، لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الاستيفاء ، لأن المعارض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب ، بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود ، فإن الحدود لا تستوفى إذا كان الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع ، وذكره في الأسرار .
(وصار) أي الملك الحادث (كما إذا ملكها منه قبل القضاء) لأنه بما لم يمض فكأنه لم يقض . ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة رد المسروق بعد الواقعة قبل الاستيفاء لم يكن الاستيفاء من القضاء حتى أوجبتم القطع وهنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجود الحد ، وما ذلك إلا تناقض والجواب الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقاً ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ ، وما هنا حديث بينها تصرف موضوع لإفادة الملك ، فكان شبهة (قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) أي نقضت من حيث السعر ، فإنه ذكر في المحيط لو كان نقصان القيمة لنقصان في المنى وإن كان لنقصان السفر لا يقطع في ظاهر الرواية .
(وعن محمد أنه يقطع ، وهو قول الشافعي وزفر) وقول مالك وأحمد اعتباراً بالنقصان في العين (يعني بأن هلك دراهم من العشرة ، أو استهلكه ، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن تكون السرقة الموجبة للقطع عشرة دراهم ، فإن نقص عن ذلك قبل

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عند الإمضاء
لما ذكرنا ، بخلاف النقصان في العين ، لأنه مضمون عليه فكمل
النصاب عيناً ودينياً ، كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر غير
مضمون فافترقا . وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط
القطع عنه وإن لم يقيم بينة ، معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة .
وقال الشافعي « رح » لا يسقط مجرد الدعوى ،

القطع في العين لم يمنع من الإستيفاء منه بالإتفاق فيها . وإن كان النقصان لتراجع السعر
فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالأول يجمع وجود سرقة نصاب فيها إن
كان النصاب لما كان شرطاً في الابتداء . (ولنا) وهو وجه ظاهر الرواية (أن كمال النصاب
لما كان شرطاً) في الإبتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أراد به قوله أن
الامضاء من القضاء .

(بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام
المضمون (فكمل النصاب عيناً) أي من حيث العين وقت الأخذ فيها إذا كان المسروق من
ذوات الأمثال (ودينياً) أي من حيث الدين وقت الإستيفاء فيها إذا كان المسروق من ذوات
القيم (كما إذا استهلكه كله) أي كما إذا استهلك السارق كل العين (أما نقصان السعر غير
مضمون) فكان النصاب مناقضاً عند القطع فصار شبهة (فافترقا) أي افترق نصاب السعر
ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الأول .

(وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط عنه) أي عن السارق (وإن لم
يقيم بينة) واصله بما قبله ، وهو رد لقول الشافعي على ما تذكره ، وهو لفظ القدوري ،
وفسره المصنف بقوله (معناه) أي معنى كلام القدوري (بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة) إنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة ، فإنه يسقط
القطع بالإتفاق .

(وقول الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى) وفي المعنى لابن قدامة في كتب أصحاب

لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد . ولنا أن الشبهة دارنة ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال ، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار . وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة ،

الشافعي رحمه الله يحلف المسروق منه ، فإن نكل لا قطع عليه بالإجماع . وإن حلف لا يقطع أيضاً وهو نص الشافعي . وقال بعض أصحابه فيه وجهان ، قيل لا يقطع وبه قال أحمد في رواية ، لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب القطع ، إذ كل سارق لا يعجز عن هذا . وعن أحمد في رواية أخرى أنه إن كان السارق معروفاً بالسرقة قطع ، لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال ، لأن الحد يندرى بالشبهات ، وهي احتمال صدقه (لأنه لا يعجز عنه) أي عن قول أنها ملكه (فيؤدي إلى سد باب الحد) وسمى الشافعي هذا السارق طريقاً ، لأن أكثر السراق لا يعلمون هذا . (ولنا أن الشبهة دارنة) للحد (ويتحقق) أي الشبهة (بمجرد الدعوى للاحتمال) أي لاحتمال دعواه الصدق (ولا معتبر بما قال) أي الشافعي أنه لا يعجز عنه سارق (بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار) أي بالسرقة مع أنه لا يعجز عنه سارق وما من مقر إلا وتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبراً في إبراث الشبهة ، فكذا هذا وفيه نظر ، لأن إقراره حجة قاصرة ، والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موروثاً للماني الكاملة . والجواب أن الكمال المقصود بالنسبة إلى التمدي إلى الغير وعدمه ، وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فيها سواء .

(وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء . وعند الأئمة الثلاثة لم يعتبر دعواه بعد القضاء (لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة)

فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع
 الآخر في قول أبي حنيفة «رح»، والآخر وهو قولهما، وكان
 يقول أولاً لا يقطع، لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة. وجه قوله
 الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب، فيبقى معدوماً،
 والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر،
 وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطع
 وترد السرقة إلى المسروق منه، هذا عند أبي حنيفة «رح». .
 وقال أبو يوسف «رح» يقطع والعشرة للمولى. وقال محمد «رح»
 لا يقطع، والعشرة للمولى

فيكون فعلاً واحداً (فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر
 في قول أبي حنيفة «رح» الآخر وهو قولهما وكان) أي أبو حنيفة (يقول أولاً لا يقطع
 لأنه) أي لأن الغائب (لو حضر) ربما يدعي الشبهة وهي دائرة للعد عن نفسه ، وعن
 الآخر حد ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة ، وهو لا يجوز .

(وجه قوله الآخر) أي وجه قول أبي حنيفة الآخر (أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة
 على الغائب) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (فيبقى معدوماً) أي يبقى فعل السرقة معدوماً
 (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود ، وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة
 لا الموهومة (ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة) لأنه لو اعتبر يلزم اعتبار شبهة الشبهة ، وهي
 محطّة عن حيز الاعتبار (على ما مر) إشارة إلى قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض .
 (وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) يعني كائنة بعينها (فإنه
 يقطع وترد السرقة المسروقة منه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يقطع والعشرة
 للمولى) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد .

(وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى) وحكي عن الطحاوي رحمه الله أنه قال سمعت

وهو قول زفر «رح»، ومعنى هذا إذا كذبه المولى . ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده . ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهين . وقال زفر «رح» لا يقطع في الوجوه كلها ، لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح ، لأنه يرد على نفسه وطره وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول ، إلا أن المأذون له يؤخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطاً عليه من جهته

استاذي ابن ابي عمران يقول الاقويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع ، وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه معنا (إذا كذبه المولى) أي معنى قول محمد والعشرة للمولى إذا كذبه المولى بأن قال المال مالي فالعشرة له ولا يقطع العبد .

(ولو أقر) أي العبد المحجور (بسرقة مال مستهلك قطعت يده) اتفاقاً بين علمائنا الثلاثة ، قال تاج الشريعة لان الإقرار بسرقة مال مستهلك إقرار بحد مفرد ، والإقرار بحد مفرد صحيح من العبد المحجور عند علمائنا الثلاثة ، كما لو أقر بالزنا أو بشرب الخمر (ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهين) أي فيما إذا كان المال قائماً أو مستهلكاً .

(وقال زفر يقطع في الوجوه كلها) أي فيما إذا كان العبد محجوراً أو مأذوناً والحال قائم أو هالك (لان الأصل عنده) أي عند زفر (أن إقرار العبد على نفسه) مأذوناً كان أو محجوراً (بالحدود والقصاص لا يصح ، لانه) أي لان الإقرار (يرد على نفسه) يعني في القصاص (وطره) يعني في الحدود (وكل ذلك) أي طرته ونفسه (مال للمولى والإقرار على الغير غير مقبول) ألا ترى أنه لو أقر برقبة الغير كان إقراره باطلاً (إلا ان المأذون له يؤخذ بالضمان) ان كان مستهلكاً (والمال) أي يؤخذ بالمال ان كان قائماً بصحة إقراره به (لكونه) أي لكون المأذون له مسلطاً عليه من جهته (أي لكونه

والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضاً ونحن نقول يصح
 إقراره من حيث أنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث
 أنه مال ، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار
 ومثله مقبول على الغير . لمحمد « رح » في المحجور عليه أن إقراره
 بالمال باطل ، ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب ، فيبقى مال
 المولى . ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى

مسلطاً على اقراره من جهة المولى (والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضاً) أي كما
 لا يصح في النفس أيضاً .

(ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي) مخاطب لامن حيث أنه مال (ثم
 يتعدى إلى المالية من حيث أنه مال) يعني لما صح إقراره من حيث أنه آدمي صح من حيث
 أنه مال أيضاً لسراية إليها ، لأن آدميته لا تنفك عن ماليته ، فالسراية من حيث أنه مال
 تبعاً وقد يثبت الشيء تبعاً ولا يثبت قصداً .

(ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار) أي على العبد ، لأن ما
 يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحقه المولى (ومثله) أي ومثل ما كان
 ضرر الإقرار فيه أدى إلى السفر وإلى الغير (مقبول على الغير) أي بطريق التبعية لانعدام
 تهمة الكذب في ذلك الإقرار إذا شهد الواحد عند الامام بروية هلال رمضان وفي السماء
 علة يقبل الامام شهادته ، وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة ، حيث لا يلزم الصوم
 كما يلزم غيره ، وكذلك الحر المديون إذا أقر بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالاجماع وإن
 كان فيه إبطال ديون الغرماء .

(لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهذا) أي ولأجل بطلان إقرار
 المحجور عليه بالمال (لا يصح منه الاقرار بالغصب) فكذا لا يصح إقراره بالسرقة ، فإذا
 لم يصح إقراره بالمالية في حق المالية (فيبقى مال المولى) على ملكه (ولا قطع على عبد
 في سرقة مال المولى) أي في سرقة مال حكم به لسيده ، لأن كون المال مملوكاً لغير

يؤيده أن المال أصل فيها، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع، ويثبت المال دونه . وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت . وإذ بطل فيما هو الأصل بطل في التبعية ، بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً . ولأبي يوسف «رح» أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه

السارق وغير موله شرط وجوب القطع (يؤيده) أي يؤيد ما ذكره محمد ، وهذا إشارة إلى أن الكل واحد من أصحابنا الثلاثة أصلاً ، فأبو حنيفة يقول القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقدم، وبدليل أنه لو قال يبقى المال ولا يبقى القطع لم يسقط القطع . وأبو يوسف يقول كل منها أصل ما أصالة القطع فيما قالوا في الحر إذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح إقراره في حق القطع دون المالية . وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل يوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى ، وهو مستوفى بلا طالب . ومحمد يقول المال أصل والقطع تبع ، وهو معنى قول المصنف (أن المال أصل فيها) أي في السرقة (والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه) أي في المال بدون القطع مثل أن يقول اطلب المال منه دون القطع (ويثبت المال دونه) أي دون القطع ، كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع يضمن المال ولا يقطع (وفي عكسه) بأن قال اطلب القطع دون المال (لا تسمع) أي الخصومة (ولا يثبت) أي المال (وإذا بطل) أي الإقرار (فيما هو الأصل) أي المال (يبطل في التبعية) وهو القطع (بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً) لصحة الإقرار به . (ولأبي يوسف أنه) أي العبد (أقر بشيئين بالقطع وهو) أي القطع (على نفسه) صحيح (فيصح على ما ذكرناه) أي إقراره في حق القطع (وبالمال) أي إقراره بالمال (وهو) أي الإقرار بالمال (على المولى فلا يصح في حقه فيه) أي فلا يصح إقرار العبد في

والقطع يستحق بدونه ، كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو لي تقطع يد المقر ، وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد . ولأبي حنيفة « رح » أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه ، لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء ، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ، ويستوفي القطع بعد استهلاكه ،

حق المولى في المال (والقطع مستحق بدونه) أي بدون المال (كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبي يقطع به المقر) لضحة إقراره (وإن كان) وأصل بما قبله ، أي وإن كان العبد (لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد) وفي المبسوط وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأنه لم يقبل إقراره في تعيين هذا المال بقى المسروق مستهلكاً .

(ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه) أي من العبد (لما بينا) إشارة الى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي (فيصح) أي إقراره (بالمال بناء عليه) أي على صحة الإقرار بالقطع لما شهدنا من أصله فيما مضى (لأل الإقرار ينافي حالة البقاء) أي بقاء السرقة ، لأن الإقرار بالشئ إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به قبل الإقرار ، ألا ترى أن إقرار أحد الزوجين بالنكاح صحيح من غير شهادة (والمال في حالة البقاء تابع للقطع ، حتى تسقط) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء (عصمة المال باعتباره) أي باعتبار القضاة (ويستوفي القطع بعد استهلاكه) أي استهلاك المال ، فلما بطلنا إقراره في حق القطع باعتبار المال لجعلنا المال في البقاء أصلاً ، وهذا باطل ، كذا في جامع البرهاني . وفي بعض الشروح وقوله باعتباره ، أي باعتبار القطع لما يبيح من أصلنا أن القطع لا يجتمع من الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع به

بمخلاف مسألة الحر ، لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع ، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافتقرا . ولو صدقة المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع . قال وإذا قطع اسارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك

لأنه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره ، لأنه مقصود منه انما يكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال ، فيدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل .

(بمخلاف مسألة الحر) جواب عما أشهد به أبو يوسف بقوله كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد الى آخره ، بيانه أن هذه المسألة له ليست نظير تلك المسألة ، لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقا عن شخص كونه مالكا ، لجواز أن يكون مودعا فيقطع (لان القطع إنما يجب بالسرقة من المودع) بخصوصه وان لم يرد اليه المال ، وأما ما هنا . فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لا يجب القطع ، لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ، وهو معنى قوله (أما لا يجب) أي القطع (بسرقة مال المولى فافتقرا) أي الحكيمان المذكوران .

(ولو صدقه المولى) أي ولو صدق المولى عبده (يقطع في الفصول كلها) وهي أن يكون العبد مأذونا أو محجورا عليه ، والمال قائم بنفسه أو مستهلك ، والمولى يكذبه أو يصدقه ، فإذا صدقه المولى يقطع في هذه الفصول كلها (لزوال المانع) أي من القطع ووجود المقتضى له .

(واذا قطع السارق والعين قائمة) أي والحال أن العين موجودة (ردت على صاحبها لبقائها) أي لبقاء العين (على ملكه) أي على ملك المسروق منه .

(وان كانت) أي العين (مستهلكة لم يضمن ، وهذا الاطلاق) أراد به اطلاق القدوري في مختصره بقوله ان كانت هالكة ، يعني قوله ان كانت هالكة (يشمل الهلاك

والاستهلاك ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة «رح» ، وهو المشهور . وروى الحسن عنه أنه يضمن بالإستهلاك . وقال الشافعي «رح» يضمن فيها لأنهما قد اختلفت سببهما فلا يمتنعان ، فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتفاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال . فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، أو شرب

والاستهلاك) لانه لما لم يجد الضمان في الاستهلاك ، ففي الهلاك اولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة) يعني شمول اطلاق الهلاك والاستهلاك ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة .

(وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه) أي أن الضمان يجب بالاستهلاك دون الهلاك (وقال الشافعي يضمن فيها) أي في الهلاك والاستهلاك (لانها) أي القطع والضمان حقان (قد اختلفت سببهما فلا يمتنعان) أي لا يمتنع أحدهما بالآخر ، وبين اختلاف السببين بقوله (فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتفاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد ، وسببه أخذ المال) لا اختلاف أهل العلم أن المال اذا كان قائماً يرد على مالكة ، وكذا لو باعه للشارق أو وهبه يأخذه من المشتري والموهوب له ، ويبطل البيع والهبة .

واختلفوا في الثالثة ، فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور يجب على السارق رد قيمتها ، أو مثلياً ان كان مثلياً ، وهو قول ابراهيم النخعي وحماد والحسن البصري واسحاق والليث ابن سعد . وقال علياً وثابت والثوري لا يجتمع الضمان مع القطع ، فلو ضمنه المالك قبل القطع سقط القطع ، وان قطعه سقط الضمان ، وهو قول عطاء ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وعامر الشعبي ومكحول . وقال مالك ان كان السارق معسراً فلا ضمان عليه ، وان كان موسراً يضمن لنظر الجانيين .

(فصار) أي حكم هذا على الوجه المذكور (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه يجب قيمته للمالك ، وقيمة أخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى (أو شرب

خراً مملوكاً لذمي . ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق
بعدهما قطعت يمينه .

خراً مملوكاً لذمي (يعني على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عند الشافعي
وإن كان لذمي ، وعندنا يجب قيمته ويحد .

(ولنا قوله عنه) أي قول النبي ﷺ (لا غرم على السارق بعدهما قطعت يمينه)
هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ومعناه ما أخرجه النسائي في سننه عن حسان بن عبدالله
عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعيد بن ابراهيم عن المسعود بن ابراهيم عن
عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ،
انتهى . قال النسائي هذا مرسل ليس بثابت .

وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وقال المسور بن
ابراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، فإن صح اسناده فهو مرسل ، وسعيد بن
ابراهيم مجهول .

ورواه البزار في مسنده بلفظ لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد . قال : المسور
ابن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ، ورواه الطبراني في الأوسط .
وقال لا يروى عن الرحمن بن عوف إلا بهذا الاسناد ، وهو غير متصل ، لأن المسور لم
يسمع من جده عبد الرحمن بن عوف . وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبي عن
هذا الحديث ، فقال هذا حديث منكر ، والمسور لم يلحق عبد الرحمن ، وقد طول
الأكمل هنا كلاماً ولم يتعرض لبيان حال الحديث . وقال الكاكي وذكر ابن قدامة في
المغنى قال ابن المنذر سعيد بن ابراهيم مجهول ، وقال ابن عبد البر الحديث ليس بقوي .
قلنا ليس كذلك ، فإن الزهري يروي عن سعيد بن ابراهيم هذا الحديث ، نقله عبد الباقي .
وقال عبد الباقي هذا صحيح ، وقول ابن قدامة ليس أجود القاطع عليه .

قلنا اطلاق الغرم على اجرة القاطع خلاف الظاهر ، مع أنه نكرة في موضع النفي ،
انتهى . قلت رواه ابن جرير الطبري هذا الحديث في تهذيب الآثار موصولاً ، فقال حدثنا
أحمد بن الحسن الترمذي قال حدثنا سعيد بن كثير بن عفيرة عن الفضل بن فضالة عن يونس بن

ولأن وجود الضمان ينافي القطع، لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الاخذ، فتبين أنه ورد على ملكه فيتبقى القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي، ولأن المحل لا يبقى معصوماً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة

يزيد وسعد بن ابراهيم حدثني أخو المسور بن ابراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه .

وأخرجه أبو عمر عبد الله عن طريق ابن جرير وهذا المسور وأبوه على شرط البخاري، وأبوه ذكره ابن حبان في ثقة التابعين ، ثم قال ابن جرير ما ملخصه فيه البيان من صحة قول من لم يضمن السارق بعد الحد وفساد قول من ضمنه ، ثم حكى عدم التضمنين عن ابن سيرين والنخعي والشعبي وعطاء والحسن وقتادة ، وقال وعلتهم مع الأثر القياس على إجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يفرموا ما استهلكوه ، وكذا قطع الطريق . ولو كان السارق في التضمنين كالفاصب للتعدية لوجب الضمان على هؤلاء لتعديهم وظلمهم ، قال وهذا هو الصواب لقوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ﴾ ٣٨ المائدة ، فلم يأمر بالتغريم ، ولو كان لازماً لعرفهم كما عرفهم بالقطع .

(ولأن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأنه يتملكه) أي لأن السارق يتملك المسروق (بأداء الضمان) حال كونه (مسنداً إلى وقت الأخذ) أي أخذ السرقة (فتبين أنه) أي أن الأخذ (ورد على ملكه فيبقى القطع للشبهة وما يؤدي) أي والشئ الذي يؤدي (إلى انتفائه) أي انتفاء القطع المشروع (فهو المنتفي) لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم .

(ولأن المحل) أي المال (لا يبقى معصوماً) قبل القطع حال كونه (حقاً للعبد ، لأنه لو بقي) معصوماً حقاً للعبد (لكان مباحاً في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء ما هو حرام حقاً للعبد فهو مباح في نفسه ، فكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه (فينتفي القطع للشبهة) أي لشبهة كونه مباحاً في نفسه ، حاصله أن الشبهة هو أن

فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ، ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان ، لأنه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المائثة .

تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، فحينئذ يندرى الحد ، فإذا لم يبق معصوماً حقاً للعبد (فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) أي في المحرم حقاً للشرع ، لأن العصمة جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى ، فصار المال المسروق كالميتة والحرم واجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه كما مر عن قريب .

وتقدير الجواب أن يقال (إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك ، لأنه) أي لأن الاستهلاك (فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه) أي في حق فعل آخر (وكذا الشبهة) وهي كونه مباحاً في نفسه (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك .

(ووجه المشهور) وهو عدم وجوب للضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك إتمام المقصود) بالسرقة ، لأنه إنما سرق ليصير إلى بعض حوائجه ، فكانت تنمة السبب ، لأنه فعل آخر (فيعتبر الشبهة فيه) لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك (لأنه) أي لأن سقوط العصمة (من ضرورات سقوطها في فصل الهلاك لانتفاء المائثة) بين المال المسروق وبين الضمان ، لأن الضمان مال معصوم حقاً للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاً في حالة الاستهلاك فقط ، فإذا انتفت المائثة انتفى الضمان ، لأن ضمان المقذور شرط بالمائثة بالنص ، ولهذا لا يجب الضمان عندما بمقابلة استهلاك المنافع بالنصب لانتفاء المائثة .

قال ومن سرق سرقات فقطع في إحداها فهو بجميعها ولا
 يضمن شيئاً عند أبي حنيفة « رح » ، وقالوا يضمن كلها
 إلا التي قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم فإن حضروا
 جميعاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات
 كلها . لهما أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر
 السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لها فبقيت أموالهم
 معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لان مبنى
 الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي .

(ومن سرق سرقات فقطع في إحداها) أي في إحدى السرقات يعني لاجل واحد
 منها (فهو) أي القطع واقع (بجميعها) بالإتفاق ، لان القطع يتداخل بالإجماع ، وبه
 قالت الثلاثة (ولا يضمن شيئاً) أي لأرباب السرقات (عند أبي حنيفة) .
 (وقالوا يضمن كلها) أي كل السرقات (إلا التي) أي إلا السرقة التي (قطع لها ،
 ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم) أي أحد أرباب السرقات وادعى السرقة (فإن حضروا
 جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات كلها . لهما) أي لأبي
 يوسف ومحمد (أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب) حتى يجعل خصومته لخصومتهم
 (ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ، فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لها)
 أي للسرقات كلها ، وإذا لم يقع القطع لها (فبقيت أموالهم معصومة) والمال المعصوم
 مضمون لا محالة .

(وله) أي لأبي حنيفة (أن الواجب بالكل) أي بكل السرقات (قطع واحد
 حقاً لله تعالى) وكل ما كان كذلك يتداخل (لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة
 شرط الظهور عند القاضي) وقد وجد ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجمع . قال تاج الشريعة
 والشروط تراعى وجودها قصداً ، ولهذا يصح الإعتكاف بصوم رمضان ، والصلاة
 بالوضوء لدخول المسجد .

أما الوجوب بالجناية فإذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ،
ألا ترى أنه يرجع نفعه إلى الكل ، وعلى هذا الخلاف إذا كانت
النصب كلها لواحد فخاصم في البعض .

(أما الوجوب) أي وجوب القطع (بالجناية) جزاء لها (فإذا استوفى) يعني ذلك
القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ، ألا ترى أنه يرجع نفعه) وهو الإتزجار (إلى
الكل) فيقطع عن الكل .

فإن قيل الحكم الثابت هاهنا لا يرد على الثابت والقطع يتضمن البراءة عن ضمان
المسروق ، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لم يبرأ ، فكيف يبرأ إذا ثبت ضمناً .
أجيب بأنه كم من شيء ثبت ضمناً ولم يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف النقول ، ثم
هاهنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو ثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان .
فإن قيل الخصومة شرط ليصير باذلاً للمال ، إذ لا يصح البدل من واحد عن الكل .
قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ،
ألا ترى أنه مستوفى بخصومة من يملك البذل من لا يملك ، كالأب والوصي .

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (إذا كانت
النصب) بضم النون والصاد جمع نصاب (كلها لواحد فخاصم في البعض) أي في بعض
النصب ، يعني لو سرق السارق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع
لأجل ذلك ، فعند أبي حنيفة لا يضمن النصب الباقي . وعند أبي يوسف ومحمد
يضمن فافهم .

* * *

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع . وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يقطع ، لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش ، فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ، وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع .

(باب ما يحدث السارق في السرقة)

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه السارق في العين التي يسرقها ، ويحدث بضم الياء من الإحداث .

(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع) قيد بقوله في الدار ، لأنه لو شقه خارج الدار يقطع بالإجماع ، سواء بلغت قيمته نصاباً أو لا . ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة . وكذا لو بلغت قيمته نصاباً بعد الشق في البيت . وقيد بقوله وهو يساوي ، أي الثوب يساوي عشرة بعد الشق ، لأنه لو لم يساوي عشرة بعد الشق لا يجب القطع بالاتفاق .

(وعند أبي يوسف لا يقطع ، لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش) وهذا الخرق طولاً فإنه خرق فاحش (فإنه) أي فإن الخرق الفاحش (يوجب القيمة وتملك المضمون) ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك ، لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكسر من السارق (فصار) أي حكم هذا (كالمشتري) بكسر الراء (إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع) ثم فسح البائع فإنه لا يقطع هناك فكذلك هنا . والجامع بينها أن السرقة فيه تمت على عين غير مملوكة للسارق ، ولكن ورد عليه سبب الملك .

ولهما أن الاخذ وضع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث الشبهة. كنفس الاخذ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه، بخلاف ما ذكر، لان البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب،

(ولها) أي لأبي حنيفة ومحمد (أن الأخذ) أي هذا الأخذ (وضع سبباً للضمان لا للملك) يعني لا نسلم أن له فيه سبب الملك، لأن الأخذ المعروف ليس بموضع له، وإنما هو موضوع سبباً للضمان، فكان له سبب الضمان، لأن سبب الملك (وإنما الملك سبب له ضرورة، ^(١) أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد) وهما البديل والمبدل (ومثله) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب للضمان (لا يورث الشبهة) لأنه ليس بموضوع للملك (كنفس الأخذ) فإنه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان، ومع هذا فلم يعتبر شبهة.

(وكما إذا سرق البائع معيباً باعه) ولم يعلم المشتري بالمعيب، فإنه يقطع وأن المقدم سبب الرد وهو المعيب، فكذلك هنا يقطع وان - المقدم - القطع سبب انضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أبو يوسف، وهو قوله والمشتري إذا سرق بيعاً فيه الخيار للبائع، لأن سبب الملك فيه موجود (لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف) أي الذي بين أبي يوسف وصاحبيه (فيما كان اختار) أي الملك (يضمن النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الأصل عندكم أن القطع والنقصان لا يجتمعان، فإذا اختار يضمن النقصان كيف يمكن من القطع، لأن القول ضمان النقصان وحيث يجناية آخر قبل الإحتياج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فاحرق أحدهما في البيت وأخرج الأخرى قيمة أحدهما نصاب.

(١) هكذا في الأصل، وهو غير ما ورد في المتن، اه مصححه.

فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الاخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة ، وهذا كله إذا كان النقصان فاحشاً ، فإن كان يسيراً يقطع بالإتفاق لانعدام سبب الملك ، إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة ، وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع ، لأن السرقة تمت على اللحم ، ولا قطع فيه . ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع

وأورده على هذا الجواب الإستهلاك على ظاهر الرواية ، فان فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطع لا يضمن النقصان . والجواب أن القطع الباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك ، فان القطع كان لأجله لا لشيء آخر .

(فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لأنه ملكاً مستنداً إلى وقت الأخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة) فانه إذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (فأورث شبهة) وهي دائرة الحد (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (إذا كان النقصان فاحشاً) والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيح . وقال التمرقاشي روي في حد الإتلاف فانه لا يكون النقصان أكثر من نصف القيمة ، وقبل النقصان الفاحش أن ينقص بالحرق ربع القيمة فصاعداً وما دونه يسير . وقيل ما لا يصح الباقي للثوب فهو فاحش والصلح يسير .

(وإن كان) أي النقصان (يسيراً يقطع بالإتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة) بل له تضمين قيمة النقصان .

(وإن سرق شاة فذبحها) في الحرز (ثم أخرجها لم يقطع) وإن كانت قيمة المذبوحة عشرة دراهم (لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) أي في اللحم . (ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع) وهو صفة للذهب والنقضة لأنها جملة فعلية

فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه ، ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال لا سبيل للمسروق منه عليهما ، وأصله في الغصب ، فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له ، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لا يملكه ، وقيل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه ، فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتباراً

وقعت صفة للكرة . وجواب المسألة هو قوله قطع فيه ، أي ما بلغ قيمة عشرة دراهم (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة) أي القطع عنده ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وقالوا) أي أبو يوسف ومحمد (لا سبيل إلى المسروق منه عليهما) أي على الدراهم والدنانير ، وفي نسخة شيخي عليها وهو الأحسن (وأصله) أي أصل الخلاف (في الغصب) أي هذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده خلافاً لهما ، فكذا في السرقة (فهذه صفة متقومة عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (خلافاً له) أي لأبي حنيفة (ثم وجوب الحد لا يشكل عليه على قوله ، لأنه) أي لأن السارق (لم يملكه) أي المسروق (وقيل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، ولأنه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه) أي عين المسروق . وفي بعض النسخ عينهما ، أي عين الذهب والفضة ، وإنما ملك شيئاً غيرهما ، فإن العين تتبدل بالصفات وأصله حديث .

(وإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن) أي قيمة الثوب (وهذا) أي عدم أخذ الثوب وعدم الضمان (عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى) أي السارق (ما زاد الصبغ فيه) أي في الثوب (اعتباراً

بالغضب، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى، ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق، بخلاف الغصب، لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا،
 وإن صبغه أسود أخذ

بالغصب (أي قياساً عليه (والجامع بينهما (المقيس والمقيس عليه (: كون، الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً) وبه قالت الثلاثة .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر ، وأما معنى فمن حيث القيمة (حتى لو أراد) أي المالك (أخذه) أي أخذ الثوب حال كونه (مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه ، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ، لانه غير مضمون على السارق بالهلاك والإستهلاك ، فرجحنا جانب السارق) لان مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى ، فرجحنا قول السارق أولاً بالوجود كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر القطع حق الواهب .

(بخلاف الغصب ، لان حق كله واحد) من المالك والغاصب (قائم صورة ومعنى فاستويا) أي فاستويا المالك والغاصب (من هذا الوجه) أي من حيث أن حق كل منهما قائم صورة ومعنى فلم يكن الترجيح بالوجوب فرجحنا بالبقاء ، وهو أن الثوب أصل قائم ، والصبغ تابع ، وهو معنى قوله فلم يكن الترجيح بالوجود (فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا) إشارة إلى قوله والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً ، وكون الصبغ تابعاً .

(ولو صبغه أسود) أي ولو صبغ السارق الثوب صبغاً أسود فقطع (أخذ) أي

منه في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ومحمد «رح» . وعند
أبي يوسف «رح» هذا والاول سواء ، لأن السواد زيادة
عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق
المالك ، وعند أبي حنيفة «رح» السواد نقصان فلا يوجب انقطاع
حق المالك

الثوب (منه) أي من السارق (في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي
يوسف هذا والاول سواء) أي أن الحكم في الصبغ الاسود والاحمر سواء عنده (لان
السواد زيادة عنده كالحمرة) فلا يؤخذ هذا الثوب من السارق (وعند محمد زيادة أيضاً
كالحمرة ، ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر) أن الصبغ تابع (وعند أبي حنيفة السواد
نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) فلم يكن حق السارق فيه قائماً معنى فاستويا ،
فرجح جانب المالك كما قلنا . قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان ، فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنها .

* * *

باب قطع الطريق

(باب قطع الطريق)

أي هذا باب في بيان حكم قطع الطريق ودم السرقة الصغرى على الكبرى ، لأن السرقة تكون من الأصغر إلى الأكبر ، ولأن الصغرى أكثر نوعاً من الأكبر يكون قطع سرقة ، فلأن قطع الطريق بأخذ المال خفية من عين الإمام الذي على حفظ الطريق والمارة بشر كنه ومنعه ، وأما كونه الكبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين من حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الأمن ، ولأن موجبه اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ، ومن حيث القتل والصلب .

واعلم أن لقطع الطريق شرائط :

الأول أن يكون لهم شوكة وقوة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم وقطعوا الطريق ، سواء كانت بالسلاح أو بالعصا الكبيرة أو الحجر وغيرها .

الثاني : أن يكون خارج المصر بعيداً عنه ، وفي شرح الطحاوي أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر . وعن أبي يوسف لو كان أقل من سفر فتحكمه حكم مسيرة سفر ، أما في المصر أو في قرية أو بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافاً لأبي يوسف والشافعي ومالك . وأحمد توقف في ذلك . وفي الحلة عن مالك في المصر روايتان .

والثالث : أن يكون في دار الإسلام .

والرابع : أن يكون المأخوذ قدر النصاب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر لا يعتبر النصاب لمعوم الآية . ولنا قوله عنه لا قطع في أقل من عشرة دراهم أو ربع دينار ولم يفصل .

الخامس : أن يكون القطاع كلهم أجنب في حق أصحاب الأموال حق إذا كان فيهم ذارحم محرم أو صيباً أو مجنواً لا يجب عليهم القطع خلافاً لأبي يوسف . والثالثة إذا

قال وإذا خرج جماعة ممتنعين أو خرج واحد يقدر على الامتناع
فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً
حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة. وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي
والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
فصاعداً أو ما تبلغ قيمة ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف،

كانت فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية يقطع ، وبه قالت الثلاثة . والأصح أنها لا قطع
والسادس : من إذا أخذوا قبل التوبة ، حتى إذا أخذوا بعد التوبة ورد المال سقط
عنهم الحد لا خلاف فيه ، ولكن يسقط القصاص وضمان المال القائم والمالك .

(وإذا خرج جماعة) هذا لفظ القدوري إلى قوله قتلهم حداً، وأطلق اسم الجماعة
لتناول المسلم والذمي والحمر وللعبد ، وقوله (ممتنعين) نصب على الحال من الجماعة ،
والمعنى خرجوا عن طاعة الإمام حال كونهم ممتنعين ، والمراد من الامتناع أن يكون لا
بحيث يمكن لهم أن يدفعوا عن أنفسهم بقوتهم وشجاعتهم تعرض العين (أو خرج واحد
يقدر على الامتناع) بنفسه وقوله (فقصدوا قطع الطريق) على المارة والمسافرين (وأخذوا)
على صيغة المجهول ، يعني أخذهم الإمام (قبل أن يأخذوا) أي قطاع الطريق (مالاً
ويقتلوا نفساً) أي وقتل أي يقتلوا نفساً من المارة (حبسهم الإمام) جواب قوله
وإذا خرج ، وهذه حالتهم الأولى ، فإن فيها حبسهم الإمام (حتى يحدثوا توبة)
وهو المراد بالنفي المذكور في قوله ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ ٣٣ المائدة ، وهو قوله ﴿ إنما
جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... الآية ، على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى .
(وإن أخذوا مال مسلم) هذه حالتهم الثانية (أو ذمي) أي أو مال ذمي (والمأخوذ
إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً) أي أكثر من عشرة ،
وانتصابه على الحال فيهم من لم يدل على الاعراب (أو ما تبلغ قيمته ذلك) أي أو أخذوا
شيئاً من المتاع يبلغ قيمته عشرة دراهم . وقال الحسن بن زياد عشرون ، لأنه يقطع من
قاطع الطريق طرفان فيشرط النصاب (بأن قطع الإمام) جواب قوله وإن أخذوا مال
مسلم (أيديهم وأرجلهم من خلاف) يقطع اليمين من الأيدي واليسار من الأرجل .

وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً ، والأصل فيه قوله
 تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... ٣٣ المائدة، والمراد
 منه والله أعلم التوزيع على الأحوال

(فإن قتلوا) هذه حالاتهم الثلاثة (ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حداً) أي قتلهم الإمام من
 حيث الحد لا قصاصاً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم وذلك لأن الحد
 حق الله تعالى . ولو آثر العفو العبد في حقه تعالى وليس للإمام أيضاً أن يعفو بما روي عن
 النبي ﷺ تعافوا الحدود فيما بينكم ، فإذا رفعت إلى الامام فلا عفى الله عنه إن عفى .
 ذكر الأترابي هذا الحديث ولم ينسبه إلى أحد من الصحابة ولا إلى مخرج معتبر .

(والأصل فيه) أي في حد قطاع الطريق (قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله
 ورسوله ﴾ ... الآية ٣٣ المائدة) أي إلى آخر الآية (والمراد منه والله أعلم التوزيع)
 أي من قول الله تعالى لهذا التوزيع (على الأحوال) أي التقسيم على الأحوال المحاربين ،
 وأشار هذا إلى أن كلمة أو في الأئمة للتفصيل أو للتقسيم على اختلاف الجناية لا للتخفيف كما
 قال مالك ، فإنه قال الامام إذا رأى القاطع جلد إذا رأى قطعه ، وإن كان جلد إذا
 رأى له قطعه ، والأكثر على أن أو للتوزيع (١) ، وبه قال الشافعي والليث واسحاق
 وحامد وقتادة وأبو مجلد لاحق بن حميد وأصحاب أحمد ، ومثل هذا إذا روي عن ابن
 عباس . وقال سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن البصري والضحاك وإبراهيم
 النخعي وأبو ثور وداود الامام يخير فيه لظاهر النص .

وعن ابن عباس رضي الله عنه ما كان في القرآن أو فصاحته بالخيار ، وقوله يحاربون
 الله ، والمراد من محاربة الله محاربة أوليائهم وهم المؤمنون على حذف مضاف وإقامة المضاف
 إليه مقامه ، أو لما كانوا مخالفين أمر الله تعالى ساعين في الأرض بالفساد وكأنهم محاربين
 الله تعالى فأطلق اسم المحاربة لله تعالى اتباعاً ، وقد ذكرنا أن هذه الآية نزلت في قطاع
 الطريق . وقيل نزلت في العرنيين ولم يصح ، لأن النبي ﷺ سمل أعينهم وليس في هؤلاء

(١) هذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة ، والرابعة نذكرها إن شاء الله تعالى . ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، أما الحبس في الأولى فلأنه هو المراد

ذلك . وقيل في المرتدين فلم يصح أيضاً ، لأن الآية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسمي في الأرض بالفساد ، وليس شرط ذلك في المرتد ، ولأن القتل سقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم ، ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقاً .

(وهي) أى الأحوال (أربعة هذه الثلاثة المذكورة) وعلمت من قبل (ورابعة) أى حالة رابعة (نذكرها) أى عن أبي يوسف ، وهو قوله والرابعة إذا قتلوا... إلى آخره . والأحوال أربعة والأجرية كذلك ، وكذا هذا في الكافي . وذكر التمرقاشي والأحوال خمس تخويف لا غير ، وهنا عن ... أدنى التقرير وحبسوا حتى يتوبوا .

والثانية : أخذ المال فهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمن المال قائماً هالكاً . ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال قائم ولم يضمن الهالك عندنا ، خلافاً للثلاثة .

والثالث : خرجوا لا غير ، وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص ، والامر شيء فيما لا يجرى . والاستيفاء إلى صاحب الحق .

والرابعة : أخذوا المال وخرجوا يقطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

والخامسة : أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحد منهم رجلاً بسلاح أو غيره ، والامام مخير على ما ذكره في المتن .

(ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أى على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق يغلظ الحكم) أى الجزاء بتغلظها أى بتغلظ الجناية لا بالتخفيف ، لأنه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة جزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة .

(أما الحبس في الأولى) أى في الحالة الأولى (فلأنه) أى فلأن الحبس (هو المراد

بالنفي المذكور ، لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرم عن أهلها
ويعررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة ، وشرط القدرة على
الإمتناع ، لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة . والحالة الثانية
كما بينها

بالنفي المذكور في الآية ، لانه) أى لان الحبس (نفي عن وجه الارض بدفع شرم عن
أهلها) وعند الشافعي ينفي من باد إلى بلد لا يزال يطلب ، وهو هارب فزعاً . وقال
النخعي وقتادة وعطاء وأحمد النفي تشريدهم عن الأمصار ، لان النفي مستعمل في الطرد
والإبعاد . ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري . وعن ابن عباس رضي الله عنها أنه
ينفي من بلده إلى بلد غيره ، وبه قالت طائفة من أهل العلم ، وما قلناه أولى ، لان تشريدهم
بدون الحبس اخراج لهم إلى مكان يقطعون الطريق ويؤذون الناس . وظاهر الآية تدل على
أن النفي من وجه الارض ولا يمكن أن ينفي من جميع وجه الارض ، لان هذا لا يتحقق ما
دام حياً ، والمراد عن بعضها وهو بلده ، وبه يحصل المقصود ، وهو رفع أذاه عن الناس
وإن كان في دار الإسلام إلى دار الحرب ففيه تعريضه على الردة وصيرورته حرمياً ، فلم
أن المراد نفيه عن جميع وجه الارض لدفع شره ، ولا يمكن هذا إلا بالحبس ، لان المجوسي
يسمى خارجاً من الدنيا . وقال صالح بن عبد القدوس خرجنا عن الدنيا ونحن من أهلنا
فلا يستأن الأحياء فيها ولا الموتى إذا خانا السجن يوماً لحيلة عجبنا وقلنا جار هذا من
الدنيا . (ويعررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة) الإخافة مصدر من أخاف يخيف إخافة
وقال أبو بكر لا حد فيه ، فيجب في مثله الحبس والتعزير .

(وشرط القدرة على الامتناع) أى شرط القدوري قدرة قطاع الطريق على كونهم
ممتنعين (لان المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة) لانه إذا لم يكن لهم منفعة وقوة على قطع
الطريق لا يسمون قطاع الطريق ، بل لهم لصوص دائرون يترقبون الغفلة عن الناس
ليأخذوا أشياء .

(والحالة الثانية كما بينها) أى كما بينا حكماً من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

لما تلونا ، وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون
العصمة مؤبدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع ،
وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طريقه إلا
بتناوله ما له خطر ، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا
يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة .

(لما تلونا) وهي الآية المذكورة (وشرط) أى القدوري (أن يكون المأخوذ مال المسلم
أو الذمي لتكون العصمة مؤبدة) وليس تأبيد العصمة إلا في مال المسلم أو الذمي (ولهذا)
أى ويكون الشرط في المال المأخوذ أن يكون من المسلم أو الذمي (لو قطع الطريق على
المستأمن لا يجب القطع) لان ماله غير معصوم على وجه التأبيد (وشرط) أى القدوري
(كمال النصاب في حق كل واحد) وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك «رح» يشترط
النصاب كما يشترط الحرز ، وبه قال ابن المنذر وأبو ثور . وعن الشافعي «رح» في قول
كقول مالك . وفي شرح الوجيز والمذهب هو الاول (كيلا يستباح طريقه) أى طرق
قاطع الطريق (إلا بتناوله ما له خطر) أى قدروا قيمته .

(والمراد) أى من قوله تعالى ﴿ أن تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ﴾ ٣٣ المائدة
(قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، ولان هذه الجنابة
لفحاشتها صارت كالسرقتين ، والحكم في السرقتين هكذا .

فإن قيل ينبغي أن يكون نصاب كل واحد عشرين ، لانه كالسرقتين . قلنا تغلظ هذا
الحد باعتبار تغلظ فعلهم محاربة لله ورسوله لا بكثرة المال .

(كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة) ولهذا إذا كانت يده اليمنى شلاه أو مقطوعة
لا تقطع يده اليسرى ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة ، وبه قال أحمد في رواية . وقال
الشافعي في اليد الشل في قطعها روايتان كما في السارق ، ولو كانت يده اليمنى مقطوعة
قطعت رجله اليسرى ، ولو كانت يده صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده
اليمنى فقط ، ولا خلاف فيه .

والحالة الثالثة كما بينها لما تلوناه ، ويقتلون حداً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنه حق الشرع . والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وقتلهم أو صلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم ، وقال محمد «رح» يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأنه جنابة واحدة فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم . ولها أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها ، وهر تفويت الأمن على التناهي

(والحالة الثالثة كما بينها) بقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا (لما تلونا) الآية الكريمة (ويقتلون حداً) العين في هذه الحالة يقتل قطاع الطرق من حيث الحد (حق لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنه حق الشرع) أى لأن الحد حق الشرع فلا يدخل عفو ، وعليه جميع أهل العلم .

(والرابعة) أى الحالة الرابعة (إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم أو صلبهم وإن شاء قتلهم) يعني من غير قطع ، وإن شاء صلبهم . وفي جامع البزدوي إن شاء صلبهم وإن شاء قتلهم من غير قطع (وإن شاء صلبهم) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول زفر . وقال أبو يوسف لا بد من الصلب .

(وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأنه) أى لأن قطع الطريق (جنابة واحدة) وهي قطع الطريق (فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم) فإن السارق إذا زنى فهو محصن فإنه يرجم لا غير ، لأن القتل يأتي على ذلك كله ، وفي عامة الرواية من المباسط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد .

(ولها) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف (أن هذه عقوبة واحدة) من حيث أنها قطع الطريق لكنها (تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي) أي على النهاية

بالقتل وأخذ المال ، ولهذا كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى
 حداً واحداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود
 لا في حد واحد . ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه
 وهو ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يترك ، لأنه
 منصوص عليه ، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول
 أصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيتخير فيه ، ثم قال ويصلب
 حياً ويبيع بطنه

(بالقتل ، وأخذ المال ، ولهذا) أى لكونها عقوبة واحدة (كان قطع اليد والرجل معاً
 في الكبرى) أى في السرقة الكبرى ، وهي قطع الطريق (حداً واحداً ، وإن كانا في
 الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود) إنما يكون في الحدود (لا في حد واحد) وهو
 القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان .

فإن قلت لو كانا حداً واحداً لم يجز للقاضي أن يقصر على القتل . قلت إنما جاز ذلك
 لان الترتيب ليس بواجب على ما بين القطع والقتل ، فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع لعدم
 فائدته كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات ترك ما بقي ، لانه لا فائدة في إتمامه .

(ثم ذكر) أى القدوري (في الكتب) أى في مختصره (التخيير بين الصلب وتركه)
 وهو قوله وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم وهو ظاهر الرواية .

(وعن أبي يوسف أنه) أى الامام (لا يتركه) أى لا يترك الصلب (لانه) أى لان
 الصلب (منصوص عليه) وهو قوله تعالى ﴿ أو يصلبوا ﴾ ٣٣ المائدة (والمقصود التشهير
 ليعتبر به غيره) وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

(ونحن نقول أصل التشهير بالقتل) أى يحصل بالقتل (والمبالغة في الصلب فيتخير
 فيه) أى فخير الامام في الصلب (ثم قال) أى القدوري (ويصلب حياً) أى يصلب
 قاطع الطريق حال كونه حياً (ويبيع بطنه) أى تشق من باب فعل يفعل بالفتح فيها ،

ويرمى إلى أن يموت ، ومثله عن الكرخي « رح » ، وعن الطحاوي « رح » أنه يقتل ثم يصلب توقيماً عن المثلة . وجه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به . قال ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها فيتأذى الناس به ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يترك على خشبة حتى ينقطع ويسقط

يقال بجمع الارض أى شقها ، ومنها قول القدوري حكى السرخسي عن ابي يوسف وروى عن ابي يوسف أنه قال يصلب وهو حي (ويظمن) في لبتة (حتى يموت) (١) ومرة قال تحت ثديه الأيسر ويخصخض حتى يموت ، كذا ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير برمح متعلق بقوله ويبعج وتلازم الجمع إلى أن يموت (ومثله عن الكرخي) أي ومثل ما روي عن أبي يوسف وروي عن الشيخ أبي الحسن الكرخي (وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقيماً عن المثلة) أي احترازاً عنها ، لأن النبي ﷺ نهى عن المثلة ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(وجه الأول) أراد به يصلب حياً (وهو الأصح) أي الأول هو الأصح (أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) أي الزجر به (وهو المقصود به) أي بالصلب (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها) أي بعد ثلاثة أيام (فيتأذى الناس به) وبه قال الشافعي في الأصح . وعن أحمد أنه لم يوقت في الصلب ، وقال أصحابه الصحيح أنه يوقت بما يحصل به التشهير والتوقيت بثلاثة أيام بغير دليل ذكره ابن قدامة في المغني وليس كذلك ، فإن التشهير لا يحصل بالزمان القليل عادة ، فمره بالثلاث كما في مدة الخيار ومهلة المزبة وغيرهما .

(وعن أبي يوسف أنه) أي أن المصلوب (يترك على الخشبة حتى ينقطع فيسقط

(١) هذا غير ما وجد في المتن ، وربما هو في نسخة أخرى ، اه مصححه .

ليعتبر به غيره . قلنا حصل الإعتبار بما ذكرناه ، والنهاية غير مطلوبة . قال وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقه الصغرى ، وقد بيناه . فإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم ، لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردهاً للبعض ، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم

ليعتبر به غيره) وبه قال الشافعي في وجه (قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه) أي بالصلب ثلاثة أيام (والنهاية غير مطلوبة) لأن المقصود نفي الزجر (وإذا قتل فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقه الصغرى) لأن الحد لما أقيم سقط عصمة المال كما في السرقه (وقد بيناه) أي الضمان مع الخلاف في السرقه الصغرى .

(وإن باشر القتل أحدهم) أي أحد قطاع الطريق (أجري الحد عليهم بأجمعهم) وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يحد المباشر لا الرده ، ولأنه جرى الفصل كحد الزنا فلا يجب على غير المباشر . قلنا يجب على الكل (لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردهاً) أي عوناً (للبعض حتى لو زلت أقدامهم انحازوا إليهم) أي انضموا إليهم ، ولم ترد الشراح هنا شيئاً على قولهم انضموا إليهم . فقوله إذا زلت أقدامهم كناية عن أقدامهم ، والضمير فيه وفي قوله إليهم راجع إلى المحاربين الذين يباشرون القتال ، يدل عليه قوله جزاء المحاربة . والضمير في قوله انحازوا يرجع إلى الرده ، لأن الرده يستوي فيه الواحد والجمع . وحاصل المعنى إذ أن أمر المحاربين إلى - الانضمام سمار الرد إليهم معسونهم وسفروهم ؟ - فكذلك يشتركون مع الغائبين في الغنيمة .

(وإنما الشرط القتل من واحد منهم) لأن يمكنه من القتل حصل بالكل فيقتلون جميعاً ، ولفظ الأصل ومن باشر ولم يباشر في الحكم سواء ، وذلك لأن تمكين القتل حصل باليد ، والقتل حد قطاع الطريق إذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعاً ، وهذه لأن قوله وجب حداً عليهم لا قصاصاً فلم يعتبر المساواة ، فصار من قتل ومن لم يقتل سواء .

وقد تحقق . قال والقتل وإن كان بعضاً أو بجبر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقطع قطعاً للطريق يقطع المارة ، وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الإرش منه مما فيه الإرش ، وذلك إلى الأولياء ، لأنه لا حد في هذه الجنابة ، فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات ، لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ،

(والقتل) أي قتل قطاع الطريق (إن كان بعصى أو بجبر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقع قطعاً للطريق بقتل المارة) يعني بأي شيء قتل قاطع الطريق ، قيل لأنه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة ، ولهذا يقتل غير المباشر .

(وإن لم يقتل القاطع) أي قاطع الطريق (ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه مما فيه القصاص وأخذ الإرش منه فيما الإرش ، وذلك) أي استيفاء القصاص وأخذ الإرش (إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجنابة فظهر حق العبد) أي في النفس والمال (وهو ما ذكرناه) أي حق العبد القصاص والإرش (فيستوفيه الولي) أي يستوفي القصاص الولي فيما استطاع مستطاع منه القصاص ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، كما إذا قطعوا اليسار أو الذكر لا قصاص فيه في الظاهر يؤخذ الإرش ، خلافاً لابن حنيفة فيما إذا قطع من الأصل ، وفي الحقيقة والحشفة قصاص اتفاقاً ، لأن موضع القطع معلوم ، إلا إذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص ، وكذا إذا ضربوا العين وقطعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الإرش ، إلا إذا كانت العين قائمة فذهب بها ففيه القصاص لا بكان المائلة ، كذلك لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الإرش .

(وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات) لأن الحد والضمان لا يجتمعان عندها (لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ،

كما يسقط عصمة المال ، وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء
الأولياء قتلوه، وإن شاءوا عفوا عنه، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام
بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد
المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال ، حتى يستوفي
الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده
أو استهلك

كما يسقط عصمة المال) وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل عصمة النفس والمال ، لأن القطع مع
الضمان يحتمل عند عدم (وإن أخذ) أي قاطع الطريق (بعدما تاب وقد قتل) أي
والحال أنه قد قتل عمداً مجديدة (فإن شاء الأولياء قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه ، لأن
الحد في هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص) وهو قوله تعالى
﴿ إلا الذين تابوا من بعد أن تقدروا عليهم ﴾ ٣٤ المائدة ، فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق
العبد فيه بلا خلاف .

واعترض بأن قوله ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ هاهنا نظيره في قوله ﴿ أولئك هم الفاسقون ،
إلا الذين تابوا ﴾ ، فكيف يكون سياق قولهم ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ إذ كل
منها جملتان كاملتان عطفنا على جملتين كاملتين . وأجيب بأن قوله ﴿ وأولئك هم
الفاسقون ﴾ لا يصلح ، بخلاف قوله ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ .

(ولأن التوبة تتوقف على رد المال) يعني مما إذا أخذ المال ، لأن الظالم إذا غضب مال
أحد لا يكون ثابتاً وإن تاب ألف مرة بلسانه ما لم يرد المال ، لأن تلك العصبة لا ترتفع
إلا برد المال ، فلما رد المال قبل الأخذ بطل عنه الحد كالسارق إذا أدى المال قبل الترافع
(ولا قطع في مثله) لانقطاع الخصومة وهي شرط فيه (فظهر حق العبد في النفس والمال
حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك) وفي
المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال ، إذ لا يقام الحد

إلا بخصوصية صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام ، فيسقط الحد .

أما إذا تابوا أو لم يردوا المال لم يذكره في الكتب نصاً ، فقد اختلف المتأخرون فيه قيل لا يسقط الحد ، فإنه على سائر الحدود ، فإنها لا تسقط بنفس التوبة . وقيل يسقط وإليه أشار محمد في الأصل أن الحد يسقط في السرقة الكبرى ، الاستثناء في النص والاستثناء في غيره وسائر الحدود القذف لا يسقط بالتوبة عندنا ومالك وأحمد في رواية وللشافعي في قول . وقال أحمد في رواية الشافعي في قول يسقط لقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فاذوما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ ١٦ النساء . وقال في حد السرقة ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه أو أصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ ٣٩ التوبة ، ولأنه حق الله فيسقط بالتوبة كحد المحارب . قلنا قوله ﴿ فاجلدوا ﴾ ﴿ فاقطعوا ﴾ عام في الثابت وغيره ، والنبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي أتى بالسرقة وقد صاروا ما يطلبون النظر وعلم النبي ﷺ توبتهم فأتاه الحد ، والآن الحد لغارة فلم يسقط بالتوبة لكفارة اليمين والقتل ، لأنه يقدر عليه كل أحد بعد باب الحد .

فأما الآية فممنسوخة ، هو كان في بدء الإسلام ، والآية الثانية تدل على أن الحد لم يصر مستحقاً للمعتوه ، وأما حد القطاع فيسقط بالنص ولم يحىء نص في غيره .

وقال الأترابي فإن قلت اليسر رفض قول صاحب الهداية لا بالتوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك ، لأنه إذا رد المال كيف هلك في يده . قلت يمكن أن يهلك البعض معزور البعض ، ورد البعض علامة صحة ثبوته ، فإذا هلك الباقي قبل التمكن منه ، أو استهلكه بعد وجود علامة صحة ثبوته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد ، فيجب المال . وقال الأكل هذا إنما يتم لولا سبب التوبة متوقفة على رد جميع المال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الموضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ .

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين ، فللمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر «رح» . وعن أبي يوسف «رح» أنه لو باشر العقلاء يحد الباقيون ، وعليه هذا السرقة الصغرى . له أن المباشر أصل والردء تابع ، ولا خلل في مباشر العاقل ، ولا اعتبار بالخلل في التبوع ، وفي عكسه ينعكس

(وإن كان في القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد على الباقيين) هذه مسألة القدوري في مختصره ، إلا أن لفظه وإن كان فيهم صبي ، وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن أصحابنا . وقال المصنف (فالمدكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر . وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقيون) أي من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء الباقيين . وقال الأترازي والمعجب من صاحب الهداية أنه قال وعن أبي يوسف بعد أن قال والمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر «رح» . وكان القياس أن يقول أبو يوسف ولم يذكر قول محمد وقوله مع أبي حنيفة . وقد صرح الشيخ أبو نصر بذلك انتهى .

قلت لمعجبه عجب ، لأن القدوري ذكر في شرحه لمختصر الكرخي وعند أبي يوسف . وذكر البيهقي في كفاية يلفظه عن أبي يوسف ، ويحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه بعد أن كان مع أبي حنيفة .

(وعليه هذا السرقة الصغرى) أي وعليه هذا الخلاف حكم السرقة الصغرى إن ولي الصبي أو المجنون لإخراج المتاع ، وإن ولي غيرها قطعوا إلا الصبي والمجنون .

(له) أي لأبي يوسف «رح» (المباشر أصل ، والردء تابع) أي المباشر أصل في الفعل ، والردء أي المعين تابع (ولا خلل في مباشرة العاقل المكلف ، ولا اعتبار بالخلل في التبوع) وهو الصبي أو المجنون لعدم القصد الصحيح منها ، وسقوط الحد عن التبوع لا يوجب سقوطه عن المتبوع (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس

المعنى والحكم . ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقيين بعض العلة ، وبه لا يثبت الحكم فصار كالحاطيء مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ، فالإمتناع

المعنى والحكم) الحكم هو أن لا يجب على الباقيين ، والمعنى هو العلة وهي أن سقوطه عن الحد يوجب السقوط من التبعية .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أنه) أي أن قطع الطريق (جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم تقع فعل بعضهم موجباً) لكان الشبهة (كان فعل الباقيين بعض العلة ، وبه) أي وبعض العلة (لا يثبت الحكم ، فصار كالحاطيء مع العامد) كما إذا رمى رجل سهاماً إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ فأصابه السهمان معاً ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لما أن الفعل واحد فيكون فعل الخطيء مورث شبهة في حق العامد .

(وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله) الذي قاله أبو بكر الرازي الداريسي رحمه الله فإنه قال تأويل المسألة (إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم) قاطع الطريق فهو رحم محرم لا يجب الحد باعتبار نصيب ذوي الرحم ، فيصير شبهة في نصيب الباقيين ، فلا يجب الحد عليهم ، لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع في حق أحدهم سبب القرابة يمنع في حق الباقيين ، فأما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فإن لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي (والأصح أنه مطلق) أي محرز على إطلاقه ، وإنهم لا يحدون بكل حال ، لأن مال جميع العاقلة في حق القطاع شيء واحد ، لأنه محرز واحد وهو العاقلة (لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه) أشار به إلى قوله ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل (فالامتناع)

في حق البعض يوجب الإمتناع في حق الباقيين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن ، لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز ، والقافلة حرز واحد ، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فإن شاموا قتلوا ، وإن شاموا عفوا . وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ، لأن الحرز واحد ، فصارت القافلة كدار واحدة . ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة

بعد ، أي امتناع الحد (في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقيين) لأن بعض العلة يقترب عليه الحكم .

(بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن) أي في العاقلة ، وهو جواب سؤال مقدر بأن يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ، ثم وجود هذا في العاقلة يسقط الحد ، فينبغي أن يسقط الحد وجود المستأمن أيضاً ، فأجاب عنه بقوله بخلاف المستأمن لوجوده في العاقلة (لأن الامتناع في حق) أي امتناع الحد في القطع على المستأمن (من وجه خلل في العصمة) أي في عصمة ماله وهو خاص به ، وهو معنى قوله (وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل الحرز) أي الخلل في العصمة يخص المستأمن (والقافلة حرز واحد) والشبهة تمكنت فيه .

(وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله لأن الجنابة واحدة (فإن شاموا قتلوا ، وإن شاموا عفوا) لأن الحق لهم (وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ، لأن الحرز واحد . فصارت القافلة كحرز واحدة) كما لو سرق من دار سكن السارق فيها ، فإذا لم يجب الحد يجب القصاص إن قتل عمداً ورد المال إن أخذه وهو قائم والضمان إن هلك أو استهلك .

(ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة) أي أو قطع الطريق بين

والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً . وفي القياس يكون قاطع الطريق ، وهو قول الشافعي « رح » لوجوده حقيقة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث . وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع الطريق ، لأن السلاح لا يلبث ، والغوث يبطئ بالليالي . ونحن نقول أن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

الكوفة (والحيرة) وهي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي أول منازل الكوفة . وقال تاج الشريعة الحيرة بكسر الحاء مدينة على رأس ميل من الكوفة (فليس بقاطع الطريق استحساناً ، وفي القياس يكون قاطعاً للطريق ، وهو قول الشافعي بوجوده حقيقة) أي بوجود القطع من حيث الحقيقة .

(وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه) أي بقرب المصر (لأنه لا يلحقه الغوث) وهو اسم من الإغاثة (وعنه) أي وعن أبي يوسف رواه القدوري (إن قاتلوا نهاراً) أي في المصر (بالسلاح أو السلامة) أي أو قاتلوا ليلاً بالسلاح أو بالخشب (فهم قطاع) بضم القاف وتشديد الطاء جمع قاطع (لأن السلاح لا يلبث) من الالباب (والغوث يبطئ بالليالي) والعرب سمى بالليالي مستحق القطع ، وبه قال الشافعي . وقال أكثر أصحابنا يثبت المحاربة في أي موضع لا يلحقه الغوث ، وفي الحلية ذكر في الحاوي أن القوى التي فعل أهلها حكمها حكم الصحراء بتحقيق المحاربة ، وأما الأمصار الكبار فمن قصد نواحيها جهاراً فكذلك . وأما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر الناس فيها في أسواقهم ودورهم إذا كسبوا سوقانها ونهبوها أو دوراً فنهبوها فيه وجهان أصحابها أن حكم المحاربين^(١) .

(ونحن نقول أن قطع الطريق يكون بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص بيّن ، اهـ مصححه .

منه ، لان الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية . ولو قتلوا فالامر فيه إلى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة «رح» ، وهي مسألة القتل بالثقل ، وسنين في باب الديات إن شاء الله تعالى . وإن خنق في المصر غير مرة قتل به ، لانه صار ساعياً في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل ، والله أعلم .

منه) أى في المصر (لأن الظاهر لحوق الغوث ، إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية . ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الاولياء) قصاصاً أو صلحاً أو عفواً ، لأنه ظهر حقهم حيث لم يجب الحد (لما بينا) أشار به إلى قوله بظهور حق العبد ، والفتوى عليه ، وقول أبي يوسف لمصلحة الناس ، واختاره البقال من أصحاب الشافعي .

(ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) لأنه يوجب القصاص بالثقل ، أشار إليه بقوله (وهو مسألة القتل بالثقل ، وسنين في باب الديات إن شاء الله تعالى) . (وإن خنق) أي بمصر خنقه ، ومصدره الخنق بكسر النون ، ولا يقال بالسكون ، كذا من الفار إلى (في المصر غير مرة) قال الأترابي خنق بالثقل سماعاً وتخفيفاً ، لأن التفعيل للشر . قلت الكثير استفيد من قوله غير مرة ، فلا حاجة إلى التشديد (قتل به) أي بسبب الخنق (لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل) وفي الكافي ثقيل سماعه ، لأنه ذو فتنه . وفي المحيط عشرون . قوله من الطريق وأخذن المال قتلن وضمن المال وبه قالت الثلاثة . ولو كانت فيهم امرأة قتلت وأخذت ولم يقتل الرجال تقتل دون المرأة عند أبي حنيفة . وعند الثلاثة تقتل المرأة أيضاً . وعند محمد يسقط الحد عن الرجال أيضاً . خرج قاطعاً للطريق على أن يسلب أموال الناس فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم . ولو قدم رجل من القطاع إلى موضع لا يقدمه على قطع الطريق ثم قتلوه كانت الدية عليهم (والله أعلم) .

كتاب السير

السير جمع سيرة ، وهي الطريقة في الامور ، وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه .

(كتاب السير)

أي هذا كتاب في بيان أحكام السير (وهو جمع سيرة) على ما يذكره المصنف رحمه الله (وهي الطريقة) سمي بهذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم والمسلمين ، ويقال السيرة فعله من السيرة ، وقد يراد به السير الذي هو قطع المسافة ، وقد يراد به السير في المعاملات . وسميت المغازي سيراً لأن أول أمرها السير إلى العدو لأن المراد بها سير الإمام إلى العدو ، ومع الغزاة في المغزاة أصل السبق حالة السير ، إلا أنها غلبت شرعاً على أمور المغازي كالمناسك على أمور الحج ، والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو وقصدته للقتاله غزواً وغزوة وغزاه ومغزاة ، وسمي كتاب الجهاد أيضاً لما فيه من بيان المجاهدة مع الأعداء لإعزاز الدين وهدم قواعد المشركين . وفي التحفة الجهاد شرعاً هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من لا يقبله .

فإن قلت ما المناسبة بين الكتابين . قلت المناسبة بينهما في كون كل منهما إخلاء العالم عن المعاصي ، وقدم الحدود لأنها أدنى ، والترقي يكون من الأدنى إلى الأعلى . وقيل قدم الحدود لأنها مقابلة مع المسلمين في الأغلب والجهاد مع المشركين فقدم ما يخص المسلمين . السير بكسر السين وفتح الياء جمع سيرة .

(في الامور) خيراً كانت أو شراً ، ومنه سيرة العمرين ، أي طريقتها (وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه) وقد مر الكلام فيه .

قال الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن
الباقيين ، أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم
كافة ﴾ ٣٦ التوبة ؛ ولقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيامة ،

(قال) أى القدوري (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن
الباقيين) إلى هنا كلام القدوري في مختصره ، ثم شرع المصنف رحمه الله يعبره بقوله (أما
الفرضية فلقوله تعالى ﴿ وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ﴾ ٣٦ التوبة) كان
رسول الله ﷺ مأموراً في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين ، قال الله تعالى
﴿ فاصفح الصفح الجميل ﴾ ٨٥ الحجر ، وقال ﴿ وأعرض عن المشركين ﴾ ٩٤ الحجر ، ثم
أمر بالدعاء وبالموعظة والمجادلة بالطريق الاحسن ، قال عز وجل ﴿ ادع إلى سبيل ربك
بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ﴾ ١٢٥ النحل ، ثم الامر بالمجادلة
إذا كانت البداية منهم ، فقال ﴿ أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ﴾ ٣٩ الحج ، أى أذن لهم
بالدفع . وقال ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ ١٩١ البقرة ، ثم أمر بالبداية بالقتال ، قال الله
تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٥ التوبة ، وقال تعالى ﴿ فقاتلوا أئمة الكفر
إنهم لا إيمان لهم لعلهم ينتهون ﴾ ١٢ التوبة ، وكقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة ويكون الدين كله لله ﴾ ١٩٣ البقرة ، ولقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القتال وهو كره
لكم ﴾ ٢١٦ البقرة ، معناه فرض عليكم لقوله ﴿ كتب عليكم الصيام ﴾ ١٨٣ البقرة ، ولقوله
تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل ﴾ ٤١ التوبة .

(ولقوله عليه السلام) أى ولقول النبي ﷺ (الجهاد ماض إلى يوم القيامة) هذا الحديث
أخرجه أبو داود مطولاً في سننه ، حدثنا سعيد بن منصور قال أبو معاوية حدثنا جعفر بن
برقان عن زيد بن أبي شيبه عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث من
أصل الإيمان الكف عن قال لا إله إلا الله ، ولا يكفره بذنوب ولا يخرج منه من الإسلام
بمعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر
ولا عدل عادل . والإيمان بالأقدار . وقال المنذري في مختصره يزيد بن أبي شيبه في

وأراد به فرضاً باقياً ، وهو فرض على الكفاية ، لأنه ما فرض لعينه ،
 إذ هو إفساد في نفسه ، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن
 العباد ، فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقيين كصلاة
 الجنائزة ورد السلام ، فإن لم يقيم به أحد أتم جميع الناس بتركه ، لأن
 الوجوب على الكل ، ولأن في اشتغال الكل به

معنى المجهول . وقال عبد الحق زيد بن أبي شيبة وهو رجل من بني سلم لم يرو عنه إلا
 جعفر بن برقان .

(وأراد به فرضاً باقياً) هذا تفسير من المصنف لقوله **عنه** الجهاد فرض ماض ،
 يعني فرض دائم إلى يوم القيامة (وهو فرض على الكفاية) أى الجهاد فرض كفاية .
 وقال أبو بكر الرازي في شرحه مختصر الطحاوي الجهاد عند أصحابنا فرض على الكفاية
 مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودقتهم وطلب علم الدين والقيام به وتعليمه . ويحكى عن
 ابن شبرمة والثوري أن الجهاد تطوع وليس بواجب ، انتهى . قلت كذا روي عن ابن عمر
 رضي الله عنهما سئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب ، قالوا ما علمناه واجباً ،
 وقالوا قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القتال ﴾ لتنب كما في قوله ﴿ كتب عليكم إذا
 حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة ، وعند أكثر أهل العلم فرض على
 الكفاية إلا ابن المسيب ، فإنه قال فرض عين للمعمومات في النصوص .

(لأنه) أى لأن الجهاد (إما فرض عين بعينه إذ هو إفساد في نفسه) لأنه تعذيب
 عباداته وتخريب بلاده (وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد) وإليه الإشارة
 في قوله تعالى ﴿ وقتلونهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ﴾ ١٩٣ البقرة (فإذا
 حصل المقصود بالبعض) أى ببعض الناس ، والمقصود هو الذى ذكره من إعزاز دين الله
 ودفع الشر عن عباد الله (سقط عن الباقيين كصلاة الجنائزة ورد السلام) فإن البعض إذا
 قام بها سقط عن الباقيين .

(وإن لم يقيم به أحد) أى هذا الفرض الذى هو سمي فرض كفاية (أتم جميع الناس
 بتركه ، لأن الوجوب على الكل) أى كل للناس (ولأن في اشتغال الكل به) وفي بعض

قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يكون النفيير عاماً فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة . وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى

النسخ في اشتغال الكل به ، أى اشتغال كل الناس ، أى بالجهاد (قطع مادة الجهاد من الكراع) والمراد به الخيل هاهنا ، والكراع كراع الشاة والبقر (والسلاح) أى وقطع مادة الجهاد بالسلاح ، فإذا انقطعت مادة الجهاد ينقطع الجهاد ، فينبغي أن يقوم بعض الناس بالجهاد وبعض يتحصيل أسبابه من التجارة والزراعة والحرف التي يحصل بها آلات الجهاد ، فإذا كان الأمر كذلك (فيجب على الكفاية) حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقي .

(إلا أن يكون النفيير عاماً) استثناء من قوله فيجب على الكفاية ، أى يجب الجهاد على الكفاية إلا إذا كان النفيير عاماً بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين (فحينئذ يصير من فروض الاعيان) فيفترض على كل واحد، فيقاتل العبد بدون إذن سيده ، والمرأة بدون إذن الزوج (لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة) أى ركبانا ومشاة ، وشباناً وشيوخاً ، ومهازيل وسماناً ، وصحاحاً ومرامضاً ، يقال نفر إلى العدو ونفر أو نفيير أى خرج . وقيل خراباً^(١) ومتاهلين ، وقيل أغنياء وفقراء .

واعترض بأن الآية عامة فما وجه تخصيصه بالنفيير العام ، فكيف خص به . وأجيب بأنها لو لم يختص بها لوقع الناس في حرج ، ولأنه ~~عنه~~ كان يخرج مع كثير من أهل المدينة ولو كان فرض عين لم يدع أحداً منهم .

(وفي الجامع الصغير قال) أي محمد (الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة حتى

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد عزاباً ، اه مصححه .

يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره إلى النفي العام ، وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل. وقتال الكفار واجب وإن لم يبدووا للعمومات. ولا يجب الجهاد على الصبي، لان الصبي مظنة المرحمة،

يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام) أي أول كلام محمد في آخر الكتاب في الجامع الصغير (على أن الجهاد يجب على الكفاية) وأراد بأول الكلام قوله الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة ، وذلك لأنه قال إنهم في سعة ، يعني يسع لبعضهم تركه إذا حصلت الكفاية بالآخرين (وآخره) أي آخر كلامه أشار (إلى النفي العام) لأنه قال حتى يحتاج إليهم ، يعني إذا احتيج إليهم في النفي العام لا يكون لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ (وهذا) إيضاح لما قبله من وجوب الجهاد على الكل عند النفي العام .

(لأن المقصود عند ذلك) أي عند النفي العام (لا يحصل إلا بإقامة الكل) أي كل الناس ، فإذا كان كذلك (فيفرض) أي الجهاد (على الكل) أي على كل الناس .

(وقتال الكفار واجب وإن لم يبدووا) يعني الكفار الذين امتنعوا عن قبول الإسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وإن لم يبدوونا بالقتال، وكذا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم، وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدوونا لقوله تعالى ﴿ فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ ﴾ وقال عطاء لا يجوز في الأشهر الحرم (للعمومات) أي للعمومات الواردة في ذلك من الآية والأخبار لقوله تعالى ﴿ اقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ وقوله ﴿ وَقَاتِلُوا ﴾ أي الكفار ، وقوله ﴿ قَاتِلُوا ﴾ الجهاد ماض إلى يوم القيمة، وقوله ﴿ قَاتِلُوا ﴾ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله. فإن قبل العمومات متعارضة فقوله تعالى ﴿ فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ ﴾ ١٩١ البقرة ، وهذا يدل على أن قتالهم إنما يجب إذا بدؤونا بالقتال كما قاله الثوري . وأجيب بأنه منسوخ بقوله ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ ﴾ حتى لا تكون فتنة ﴿ ٣٩ الأنفال ، وبقوله ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة .

(ولا يجب الجهاد على الصبي، لأن الصبي) بكسر الصاد وفتح الباء (مظنة المرحمة)

ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ، ولا أعمى ولا مقعد ولا
أقطع لعجزهم ، فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع
تخرج المرأة بغير إذن زوجها ، والعبد بغير إذن المولى ، لانه صار
فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان
كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل التغير ، لان بغيرهما مقتناً فلا
ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج . ويكره الجمل ما دام
للمسلمين فيء

قال ابن الأثير المظنة بكسر الظاء موضع الشيء ومعننه مفعلة من الظن بمعنى العلم ، وكان
القياس فتح الظاء ، وإنما كسرت لأجل الهاء (ولا عبد) أي ولا يجب على عبد (ولا
امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم) وهذا كله باجماع
الأربعة . وقال صاحب النيران المقعد الأعرج .

(فإن هجم العدو) من قولهم هجمت على القوم إذا دخلت عليهم ، وفي القرب
المجوم الإتيان بقية ، والدخول من غير أن (على بلد وجب على جميع الناس الدفع
تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد) أي يخرج العبد (بغير إذن المولى ، لأنه صار فرض
عين) على جميع الناس (وملك اليمين) في العبد والجارية (ورق النكاح) في الزوجة
(لا يظهر في حق فروض الاعيان) وأراد بذلك أن القروض المينة مقدمة على حق السيد
والزوج (كما في الصلاة والصوم القرض) فانها مقدمة على حقها .

(بخلاف ما قبل التغير ، لأن بغيرهما) أي بغير العبد والمرأة (مقتناً) أي كفاية ،
وما هنا حق السيد والزوج لعدم الاحتياج إليها (فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى
والزوج) بغير ضرورة .

(ويكره الجمل) بضم الجيم وسكون اليمين ، وهو ما جعل من شيء للإنسان على شيء
يفعله ، والمراد هنا ما أخرجه الإمام الفزارة على الناس فيما يجعل به التقوي للخروج إلى الحرب
(ما دام للمسلمين فيء) اسم المال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج . والجزية والغنمية

لانه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه ، لان بيت المال
معد لنواب المسلمين ، فاذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم
بعضاً ، لان فيه دفع الضرر الأعلى بالحاق الأدنى ، يؤيده أن النبي
عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر درح ، كان يغزي الأعزب
عن ذي الحليفة ويعطي الشاخص فرس القاعد

ما يصاب منهم بالقتل ، يعني إذا كان في بيت المال ، لأن بيت المال ما يتقوى به الناس
للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال ، لأن بيت المال معد لنواب المسلمين ،
ويكره مع وجود ذلك الجعل الذي ذكرناه ، لأن فيه شبهة الأجرة ، وهو معنى قوله
(لأنه يشبه الأجر) لان الجهاد حق الله تعالى ولا يجوز أخذ الأجرة عليه ، فاذا تمحض
أجره كان حراماً ، وإذا أشبهها كان مكروهاً ، وهو إلى الحرام أقرب .

(ولا ضرورة إليه) أي إلى الجعل (لان بيت المال معد لنواب المسلمين) والنواب
جمع نائبة ، وهي ما ينصب الإنسان أي يترك به من المهمات والحوادث وقدرة
به ينويه نوباً .

(فاذا لم يكن) في بيت المال شيء (فلا بأس أن يقوي بعضهم بعضاً ، لان فيه) أي
فيما اذا قوى بعضهم بعضاً (دفع الضرر الأعلى) وهو شر الكفرة (بالحاق الأدنى) إلى
الضرر الأدنى ، ولمعنى دفع الضرر العام بالنص والخاص مجمل (يؤيده) أي يؤيد ذلك
(أن النبي ﷺ أخذ دروعاً من صفوان) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي عن شريك
عن عبد العزيز بن ربيع عن أمية بن صفوان عن أبيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار
منه دروعاً يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد ، قال يل عارية مضمونة .

(وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليفة ويعطي الشاخص فرس القاعد)
هذا رواه ابن أبي شيبة وإسناده إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولفظه كان عمر يغزي العزب
ويأخذ فرس المقيم ويعطيه المسافر ، وأخرجه ابن سعد في الطبقات ، ولفظه كان يغزي
الأعزب عن ذي الحليفة ، ويغزي الفارس عن الفارس عن القاعد .

قوله غزا من الإغزاء ، يقال أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدو ، والأعزب الذي لا امرأة له ، ووقع في بعض النسخ الأعزب بالالف واللام ، ووقع في نسخة شيخنا الأعزب بدون الالف واللام ، وهي الصحيح . وقال في المغرب رجل عزب بالتحريك لا زوجة له ، ولا يقال أعزب . وقال ابن الأثير أيضاً يقال رجل عزب ولا يقال أعزب ، وحليلة الرجل أمراته . والشافعي اسم فاعل من شخص من مكان إلى مكان إذا صار في ارتفاع ، فإذا صار في حدود فهو حائط ، كذا قاله ابن دريد . وشخص الرجل ببصره إذا أحد النظر رافعاً طرفه إلى السماء ، ولا يكون الشاخص إلا كذلك ، والمراد هنا الأول أعني الذي يذهب إلى المدد .

* * *

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً
دعواهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي
عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام ، فإن أجابوا
كفوا عن قتالهم

(باب كيفية القتال)

أي هذا باب في بيان كيفية القتال . ولما فرغ من بيان فرضية القتال وشروطه ،
شرح في بيان كيفيته .

(وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً) يقال حاصروا العدو
إذا حاط به وضيق عليه ، والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان إذا قام به ، فعلى
هذا هي قبيلة . وقيل مفعلة من قولهم دنيت أي ملكت ولاية يقال لها مدينة ، ذكره
في المحمرة . والحصن معروف . وقال الكاكي والحصن بالكسر كل مكان بجر محرز
لا يتوصل إلى ما في جوفه ، فالمدينة أكبر من الحصن (دعواهم إلى الإسلام لما روى ابن
عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام) هذا الحديث
رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا سفيان الثوري عن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس
قال ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى دعاهم . ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث
صحيح الإسناد ورواه أحمد أيضاً في مسنده والطبراني في معجمه ، وفي هذا الباب أحاديث
كثيرة عند أحمد عن ذرين بن سبلة ، وعن عبد الرزاق أيضاً ، عن علي رضي الله عنه ، وعند
أحمد أيضاً عن سليمان رضي الله عنه .

(فإن أجابوا) أي فإن أجابوا إلى الإسلام (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا وكف

لحصول المقصود ، وقد قال ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث ، وإن امتنعوا ادعوهم إلى أداء الجزية ، به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ،

جاء لازماً ومتعدياً ، فعلى الأول بفتح الكاف ، وعلى الثاني يضمها ويجوز الفتح أيضاً على معنى منعوا أنفسهم عن قتالهم (لحصول المقصود) وهو اعلاء كلمة الله تعالى و اظهار الدين في بلاد الكفر . ثم أكد المصنف قوله كفوا عن قتالهم بقوله (وقد قال ﷺ) أي وقد قال النبي ﷺ (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث) هذا الحديث رواه عن أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم عنه أن رسول الله ﷺ قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله .

وفي لفظ لمسلم حتى يشهد أن لا إله إلا الله ويؤمن بربي وما جئت به ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وروي عن عمر أيضاً أخرجاه عنه أيضاً ، وروي عن جابر أيضاً أخرجه مسلم عن أبي الزيد عنه قال ، قال رسول الله ﷺ أمرت أن قاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... بلفظ حديث أبي هريرة ، وزاد ثم اقرأ ﴿ إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ ٢١ الفاشية ، وحديث أبي هريرة الأول في قوم لا يوحدون الله عز وجل ، أما اليهود والنصارى فما لم يقرؤا برسالته ﷺ بعد التوحيد ولم يبرأوا من دينهم فلا يحكم بإسلامهم ، لأنهم يقولون إن محمداً رسول الله إلى العرب دوننا ويدل عليه لفظ مسلم المذكور . قوله إلا بحقها ، قوله وحسابهم على الله يعني فيما أسروا في قلوبهم .

(فإن امتنعوا) أي عن الإسلام (ادعوهم إلى أداء الجزية ، به) أي بالدعاء إلى الجزية (أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيوش) هذا قطعة من حديث مطول أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سليمان رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذ أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله ... الحديث ، وفيه فاسألم الجزية فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ... الحديث ، والجيش الجند يسرون لحرب من جاشت القدر إذا غلت ، قاله تاج الشريعة وأخذه من المغرب .

ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص ، وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمتردين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسامون ﴾ ١٦ الفتح ، فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول ، وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه

(ولأنه) أي ولأن الدعاء إلى الجزية (أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص) وهو قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ ٢٩ التوبة (وهذا) إشارة إلى الدعاء الذي يدل عليه قولهم ادعوم إلى الجزية (في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمتردين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ ١٦ الفتح) أي إلى أن يسلموا ، قال (فإن بذلوها) بالذال المعجمة ، أي فإن قبلوها ، أي الجزية ، والمراد من البذل القبول على ما يأتي الآن ، لأن القتال منهي بمجرد القبول قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع (فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا) هذا غريب ، وكيف يقول الأترابي وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال إنما بذلوا الجزية ... إلى آخره .

نعم أخرج الدارقطني في سننه عن الحكم عن حسين عن أبي الجنوب عن عبد الله بن عبد الله مولى هاشم قال قال علي رضي الله عنه من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ، ودينه كديننا ، ومع هذا هو أيضاً ضعيف ، قال الدارقطني أبو الجنوب ضعيف .

(والمراد بالبذل) أي في قول القدوري ، فإن بذلوها (القبول) ، هكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه) قال الأترابي أي في الجزية ، وتذكير الضمير على تأويل المذكور . قلت

في القرآن والله أعلم . ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعو له لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسي الذراري فلعلهم يجيبون ، فنكفي مؤنة القتال . ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنبي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار

لو قال أي في أداء الجزية لما احتاج إلى التأويل المذكور (في القرآن والله أعلم) هو قوله عز وجل ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

(ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعو له) أي يدعو من لم تبلغه الدعوة (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله) وهذا الحديث من حديث بريدة المطول ، وقد مر بعضه عن قريب الذي رواه الجماعة غير البخاري .

(ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي مؤنة القتال) فنكفي على صيغة المجهول ، ومؤنة القتال بالنصب على أنه مفعول ثان (ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنبي) وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عمر بن فر بن يحيى بن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له حين بعثه لا تقاتل قوماً حتى تدعوهم ، انتهى . والدعوة بالفتح إلى الطعام وبالكسر في النسب قاله الجوهري ، وقيل بالضم في الحرب (ولا غرامة لعدم العاصم) يعني لا غرامة بواجبه يفعل قبل الدعوة وإن كان فيه الإثم لعدم العاصم عن الغرامة . وقال الكاكي ولا غرامة للاتلاف من الأموال والدماء لعدم العصمة مفهوم (وهو الدين) أي العاصم وهو الذمي (أو الإحراز بالدار) وقال الشافعي يضمن حرمة القتال . قلنا الحرمة بالدين أو بالإحراز بالدار ولم يوجد (فصار) حكم هذا كالصبيان والنسوان ،

كقتل النسوان والصبيان ، ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة
مبالغة في الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صح ان النبي عليه السلام
أغار على بني المصطلق وهم غارون

أى كما لا غرامة (في قتل الصبيان والنسوان) فإنه لا قصاص ولا دية وإن كان
ورد في قتلهم .

(ويستحب أن يدعو) أي الإمام أو رأس الجيش أو السرية (من بلغته الدعوة
مبالغة في الإنذار) لأنها رلماتفع فانتقلب ميال إلى النجاس (١) (ولا يجب ذلك) أي
دعاء من يلقنه الدعوة (لأنه صح بأن رسول الله ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارون) هذا
أخرجه البخاري عن ابن عون قال كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال . قلت إنما
كان ذلك في أول الإسلام قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم
تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم وأصاب يومئذ جويرة بنت الحارث حدثني عبد
الله بن عمر رضي الله عنها ، وكان ذلك الجيش .

وقال المنذري في حواشيه غارون بتشديد الراء ، هكذا قيده غير واحد . وقال
الفارسي أظنه غادون بالبدال المهملة المخففة ، فإن صححت رواية الراء فوجه أنهم ذو غرة ،
أي أتاها الجيوش على غرة منهم ، فإن الغار هو الذي يفر غره فلا وجه له هنا ، هذا
الذي قاله فيه ، تكلف ، فإن معنى غارون هنا غافلون ، قال الجوهري وغيره الغار
الغافل ، والغرة الغفلة بمو بنو المصطلق بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة
وكسر اللام ، وفي آخره قاف ، وهو لقب من الصلاة ، وهو رفع الصوت ، وأصله
مصطلق فأبدلت التاء من الطاء لأجل الصاد ، واسمه خزيمية بن سعد بن عمرو بن ربيعة بن
حارثة بطن من خزاعة .

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على ابني صباحاً ثم يحرق ،
والغارة لا تكون بدعوة . قال فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم
وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا
ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن أبوها فاستعن بالله
عليهم وقتلهم ، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه

(وعهد إلى أسامة أن يغير على ابني صباحاً ثم يحرق) هذا أخرجه أبو داود وابن
ماجة عن صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن عرق عن أسامة بن زيد أن رسول الله
ﷺ كان عهد إليه فقال أغير على ابني صباحاً وحرق . قوله عهد إلى أسامة أي أوصاه ،
وأسامة بن زيد بن حارثة قول النبي ﷺ وأمه أم أيمن خاصة النبي ﷺ ، وأسامة وأيمن
أخوان ، ومات أسامة بالمدينة ، ولما مات النبي ﷺ كان أسامة ابن عشرين سنة وأبني
بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة وفتح النون مقصور على وزن جلي ، ويقال أبني بالياء
آخر الحروف المضمومة مع ضم الهمزة . وقال الأترابي موضع بالشام وهو فلسطين ،
والأصح أنه عن فلسطين بين الرملة وعسقلان (والغارة لا تكون بدعوة) لأن فيها ستر
الأمر والإسراع والفرار اسم مصدر للاغارة الذي هو مصدر أغار الثعلب إذا
أسرع في العدو .

(فإن أبوا ذلك) أي فإن امتنعوا عن الجزية (استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله
ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى
إعطاء الجزية ... إلى أن قال فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقتلهم) قد تقدم حديث
سليمان بن بريدة عن قريب ، وهو حديث طويل ، وفيه فإن هم أبوا فاستعن بالله
وقاتلهم ... الحديث .

(ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه) أي المهلك وهو إسم فاعل من
التدمير ، والأصوب المدمر أعداءه كما في قوله تعالى ﴿ ودمرناهم تدميراً ﴾ ٣٦ الفرقان

فيستعان بالله في كل الأمور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول
الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم ، لأنه عليه السلام
أحرق البويرة . قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا
زرعهم ، لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ

(فيستعان بالله في كل الأمور) فيستعان على صيغة المجهول ، وأمر النبي ﷺ في حديث
سليمان بن بريدة بالاستعانة أيضاً ، حيث قال فان هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم .
(قال) أي القدوري (ونصبوا عليهم المجانيق) وهو جمع منجنيق (كما نصب
رسول الله ﷺ على الطائف) هكذا ذكر الترمذي في الاستئذان مفصلاً ولم يصل سنده ،
فقال ففيه حديثا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على
الطائف قال قتيبة قلت لو كيع من هذا الرجل ، قال صاحبكم عمر بن غارون (١) ، ورواه
أبو داود في المراسيل عن مكحول أن النبي ﷺ نصب على الطائف ، ورواه ابن سعد في
الطبقات عن مكحول وزاد أربعين يوماً ، ورواه العقيلي في الضعفاء مسنداً عن محمد بن
حديث عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن أبي صادق عن علي رضي الله عنه
قال نصب رسول الله ﷺ المنجنيق فينصب على حصن الطائف ، ويقال قدم بالمنجنيق
يزيد بن ربيعة ، وقيل غيره .

(وحرقوهم) كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله (لأنه ﷺ) أي
النبي ﷺ (أحرق البويرة) وهذا أخرجه الأئمة الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن
ابن عمر رضي الله عنها أن النبي ﷺ قطع نخل بني النضير وحرق وهي البويرة . . .
الحديث . (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم ، وأفسدوا زرعهم) كل ذلك من
كلام القدوري ، وقال الشافعي في قول ، وأحمد في رواية لا يفعلون ذلك إلا إذا كان
الكفار يفعلون ذلك ، وعلل المصنف بقوله (لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت) وهو الذل
والهوان . وقال الأترابي يقال كبتته الله أي أهلكه ، والمعنى الملائم ما ذكرناه (والغيظ

(١) في شرح فتح القدير - عمر بن هارون - اه مصححه .

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً ، ولا بأس
برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر
العام بالذنب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ،
ولأنه قل ما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لانسد بابه ،
وإن تترسوا بصبيان المسلمين وبالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً) .

(ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام
بالذنب) بالذال المعجمة وتشديد الباء ، يقال ذب عنه يذب ذباً إذا امتنع عنه (عن بيضة
الإسلام) أي عن مجتمع الإسلام . وفي المغرب مجتمع أهل الإسلام يسمى أهل الإسلام
بيضة تشبيهاً ببيضة النعامة وغيرها ، لأن تلك مجتمع الولد (وبقتل الأسير والتاجر ضرر
خاص) وفي الرمي عليهم دفع ضرر عام فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
وروي عن الحسن بن زياد أنه إذا كان فيهم مسلم تاجر مستأمن أو أسير أو من أسلم منهم
أنه لا يجوز ، لأن قتل المسلم حرام ، وقتل الكافر مباح ، والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا ،
فالرجحان للمحرم وإن قتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه ، وقتل الكافر يجوز تركه ، ألا
ترى أن الإمام له أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين ، فكان مراعاة جانب المسلمين أولى ،
ورد عليه بأن قتالهم فرض بالنص ، فلو كان هذا العارض معتبراً للأدمي إلى سد باب
الجهاد ، فلا يجوز ذلك لأنه ماض إلى يوم القيامة .

(ولأنه قل ما يخلو حصونهم عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره) أي فلو امتنع الرمي
باعتبار المسلم التاجر أو الأسير (لانسد بابه) أي باب الجهاد فلا يعتد به ، تحقيقه أن
الرمي إليهم جائز وإن كان فيهم نساءهم وصبيانهم ، فكذا إذا كان مسلم . والجامع كون
من لا يجوز قتله فيهم .

(وإن تترسوا) أي وإن استتروا ، يقال تترس بالترس إذا توقي (بصبيان المسلمين
أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا) أشار به إلى قوله لانسد باب الجهاد . وقال

ويقصدون بالرمي الكفار ، لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن
قصداً ، والطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوا منهم لا دية عليهم
ولا كفارة ، لأن الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض ،
بخلاف حالة المحمصة

الشافعي إذا فعلوا ذلك لم يحز أن يبدأهم بالرمي ، فان بدؤونا جاز الرمي . ويقال
للرامي اجتهد في إصابة المشرك وتجنب المسلم ، وبقوله قال مالك وأحمد . وعن الشافعي
لا يجوز ذلك إذا لم يأت بضرب الكفار إلا بضرب المسلم .

(ويقصدون بالرمي الكفار ولأنه إن تعذر التمييز فعلاً فقد أمكن قصداً إذ
الطاعة بحسب الطاقة) لأن الله عز وجل لا يكلف نفساً الا وسعها (وما أصابوه منهم)
أي وما أصاب المسلمين من صبيان المسلمين وأساريهم الذين تترس المشركون بهم (لا دية
عليهم ولا كفارة) أي لا يجب عليهم الدية ولا الكفارة . وعند الشافعي تجب الكفارة
قولاً واحداً . وفي الدية قولان ، وفي التهذيب لو رمى في غير حال الضرورة وهو يعلم
أنه يجب القود ، وان ظنه كافراً فلا قود وتجب الكفارة . وفي الدية قولان . وعن المزني
ان علم أنه مسلم ورمى للضرورة يجب الدية . قال أبو اسحاق ان قصده لزمته الدية علم
أنه مسلم أو لا ، لقوله عنه ليس في الإسلام دم مفرج بالجيم ، وقيل بالحاء المهملة أي
مبطل دمه وان لم يقصده بعينه ، بل رمى الى الصف لم يلزمه الدية ، كذا في شرح الوجيز .
(لان الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض) أي الإتيان بالفروض لا يقرون
به الغرامات ، لان الفرض مأمور به ، وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبين
الامرين منافاة .

فان قلت هذا تعليل في مقابل قوله عنه ليس في الإسلام دم مفرج ، والتعليل في
مقابلة النص باطل . قلت هذا عام خص منه البغاة وقطاع الطريق ، فتخص صورة
النزاع لما قلنا .

(بخلاف حالة المحمصة) هذا جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال اطلاق الرمي

لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه ، أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان . قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرياً عظيماً يؤمن عليه ، لأن الغالب هو السلامة ، والغالب كالمحقق . ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها ، لأن فيه

لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتفاوت حال الغير حالة المخصصة لمكان الضرورة ، ويجب الضمان . تقدير الجواب أن حالة المخصصة بخلاف هذا (لأنه) أي لأن صاحب المخصصة (لا يمتنع) عن أكل مال الغير (مخافة الضمان) أي لأجل الخوف عن الغرامة (لما فيه) أي في أكل مال الغير (من إحياء نفسه) وهو منعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان (أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس) أي نفس الكفار ، وقد يكون فيهم مسلمون (فيمتنع) أي عن الجهاد الفرض (حذر الضمان) أي لأجل قدرته على الضمان ، وهو منصوب على أنه مفعول له وذا عن الجواز كما لا يجوز وجوب الذبية والكفارة على الامام فيما إذا مات الزاني من جلده أو رجمه . ولو وجب لامتنع عن القضاء ولا يتقلده أحد . ويجوز أن يكون المعنى أن الجهاد مبني على إتلاف النفس مطلقاً ، لأن المجاهد إما أن يقتل وقد يصارف المسلم أو يقتل ، فلو أُلزِمنا الضمان امتنع من الجهاد والفرض ، لكونه خاسراً في الحالتين ، بخلاف ما اذ لم يضمن .

(ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرياً عظيماً يؤمن عليهم) أي على العسكر أو إخراج النساء والمصاحف (لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمحقق ، ويكره إخراج ذلك في سرية) وهي عدد قليل يسرون بالليل ويسكنون بالنهار ، ذكره في المبسوط ، وقال محمد في السير الكبير أفضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة . ولو بعث بما دونه جاز . وعن أبي حنيفة أقل السرية مائة . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية اربعمائة ، وأقل الجيش اربعة آلاف . وفي فتاوى قاضيخان ذكر قول الحسن قول أبي حنيفة (لا يؤمن عليها) أي على السرية لقتلهم (لأن فيه) أي

تعريضهن على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح ، لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو . ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعرض ، والمجائز يخرجهن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق

في إخراج ذلك (تعريضهن) أي تعريض النساء (على الضياع والفضيحة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف ، فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين) أي لاجل غيظهم لهم (وهو التأويل الصحيح) أي تعريض المصاحف على الاستخفاف هو التأويل الصحيح .

(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو) هذا الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر عنها قال نهى رسول الله ﷺ أن لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ، ويخاف أن يقال له لعدو .

واعلم أن المصنف رحمه الله حمل الحديث على الجيش الصغير الذي لا يؤمن معه ضياعه والشافية ، معنى ذلك وأخذ المالكية بإطلاقه ، وقال القرطبي ولا فرق بين الجيش والسرايا عملاً بإطلاق الحديث ، وهو إن كان يقبله للمدولة في الجيش العظيم نادراً فشأنه وسقوط ليس بنادر . قلت الظاهر مع المالكية على ما لا يخفى ، والمراد بالقرآن في الحديث المصحف ، وقد جاء مفسراً في بعض الأحاديث ، وأشار إليه البخاري بقوله باب السفر بالمصحف إلى أرض العدو . وفي المحيط ويكره إدخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ، ذكره في السير الكبير ، وإنما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قيل إن النهي كان في ابتداء الإسلام لقلّة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس ، فأما الآن فقد كثرت فلا بأس باخراجها مطلقاً . وكذا قال أبو الحسن العمي والطحاوي . قلت هذا ظاهر لا يخفى .

(ولو دخل المسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعريض ، والمجائز يخرجهن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق

بين كالطبخ والسقي والمداواة ، فأما الشواب فقرارهن في البيوت
أدفع للفتنة . ولا يباشرن القتال ، لأنه يستدل به على ضعف المسلمين
إلا عند الضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة ،
فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإمام دون الحرائر . ولا تقاتل المرأة إلا
بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا ، إلا أن يهجم العدو
على بلد للضرورة . وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلو ولا
يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ،
والغلول السرقة من

بين كالطبخ والسقي والمداواة) أي مداواة الجرحى (وأما الشواب فاقامتهن في البيوت
أدفع للفتنة) وإن كانوا يريدون المباضعة فيمخرج لا بالحرائر .
(ولا يباشرن) أي المعائن (القتال ، لأنه يستدل به) أي بقتال المعائن (على
ضعف المسلمين إلا عند الضرورة) وقد روي أن أم سليم قاتلت يوم خيبر ووضعت شارة
على بطنها حتى قال النبي ﷺ مقامها خير من مقام فلان وفلان ، أي من المنهزمين .
(ولا يستحب إخراجهن) أي إخراج النساء الشواب (للمباضعة) للجماح (والخدمة ،
فإن كانوا لا بد من خروجهن فبالإمام) أي فيخرج الإمام جمع أمة (دون الحرائر) جمع حرة .
(ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن مولاه لما بينا) أشار به إلى
قوله لتقدم حق الولي والزوج (إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) هذا استثناء
من قوله ولا تقاتل المرأة ، يعني عند الضرورة ، وعند الضرورة يقاتلان ، الجهاد حينئذ
بصير فرض عين .

(وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلو ولا يمثلوا لقوله ﷺ) أي لقول النبي
ﷺ (لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا) هذا في حديث سليمان بن بريدة وقد تقدم بعضه ،
وفيه اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا والبدا (١) (والغلول السرقة من

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد - وليدأ - امصحه .

المغتم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر المنقول ، ولا يقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى ، لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ، ولهذا لا يقتل يابس الشق ، والمقطوع اليمنى ، والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ، لأن المبيح عنده الكفر ، والحجة عليه ما بينا

المغتم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر كان القائل يقول هذا الحديث يدل على تحريم المثلة ، وحديث العرنيين يدل على إباحتها فأجاب بقوله وحديث العرنيين منسوخ بالنهي المتأخر عن حديث العرنيين . والدليل على تأخر النهي مارواه ابن أبي شيبه في مصنفه عن عمران بن حصين أنه قال ما قام رسول الله ﷺ لم يعد ما مثل الأركان محطياً على الصدقة وينهاها عن المثلة ، وتخصيصه بالذكر في خطبته يدل على تأكيد الحرمة . والمثلة من مثلت بالرجل مثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه أو ما أشبه ذلك ذكره في الفائق .

(ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى) هذا كله من كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله (لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ، فلا يتحقق منه ، ولهذا لا يقتل يابس الشق) أى المفلوج ، ويراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته لا إنه ميت حقيقة ، كذا في المغرب (والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ، لأن المبيح عنده الكفر) أى المبيح للقتل عند الشافعي الكفر ، هذا في قول من الشافعي ، وفي قول آخر كقولنا ، وبه قال مالك وأحمد . وفي شرح الوجيز وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزمنى ومقطوعة الأيدي والرجل قولان ، في قول يجوز قتلهم ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي قول لا يجوز (والحجة عليه) أى على الشافعي (ما بينا) وهو قوله لا يقتل يابس الشق .

وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري ،
وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه
تقاتل فلم تقتل .

فان قلت احتج الشافعي بقوله ﷺ اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم ،
الحديث يروى عن سمرة بن جندب رضي الله عنه . قلت المراد من الشيوخ الذين يقاتلون
توفيقاً بين الحديتين ، أو من له رأى في الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم أوطاس وهو
ابن مائة وعشرين سنة ، لانه كانوا يأخذون برأيه في الحرب ، وقتله ربيعة بن رفيع المسلمين .
(وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري) هذا الحديث غريب بهذا
اللفظ ولم يتكلم أحد من الشراح فيه غير أن بعضهم قالوا المراد بالذراري النساء مجازاً باعتبار
السبب ، إذ النساء سبب لحصول الذراري ، ولا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على
الصبيان . قلت هذا التكلف كله لأجل قول المصنف ، وقد صح ولم يصح بهذا اللفظ ، وإنما
الذي صح ما رواه الجماعة ، إلا ابن ماجه عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة
وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان .
وفي لفظ الشيخين فأنكر قتل النساء والصبيان .

(وحين رأى النبي ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم تقتل) هذا
الحديث رواه أبو داود والنسائي بإسنادهما إلى رباح بن الربيع قال كنا مع النبي ﷺ في
غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلاً فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء ، فجاء
فقال امرأة قتيل ، فقال ما كانت هذه لتقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد رضي الله
عنه ، فبعث رجلاً فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا صبياً ، وأخرجه أحمد في مسنده وابن
حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه . وفي لفظ فقال هذه ما كانت لتقاتل . ورياح
بالباء آخر الحروف ، ويقال بالباء الموحدة . وقال الدارقطني ليس في الصحابة أحد
يقال له رياح إلا هذامع اختلاف فيه . وقال ابن ماكولا رباح بالباء الموحدة ابن ربيع حنظلة
الكتاب له صحبة . وروى عنه المذفع بن صفى . وقيل فيه رياح بالباء المعجمة بنقطتين
من تحتها ، قوله هاه كلمة تنبيه ، والهاء في آخرها ليسكت .

قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ،
أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها إلى العباد ، كذا يقتل
من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ، ولأن القتال مبيح حقيقة . ولا
يقتلوا مجنونا ، لانه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره ،
غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما دامتا يقاتلان وغيرهما

(قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب) هذا لفظ القدوري في
مختصره أستثناء من قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا أعمى ولا مقعداً
إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ، وقد نقل المصنف قوله ولا تقتلوا
امرأة ... إلى آخره ، ثم تكلم ما ذكره بعده ثم نقل اسناده بقوله إلا أن يكون إلى
آخره . وقال أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي ، وأما الشيخ الفاني فأنا
أقتله إذا كان ذو رأي في الحرب ، أو كان كامل العقل ، ومثله يقتله إذا ارتد ، والذي لا
تقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء المميز ، فهذا حينئذ يكون
بنزلة المجنون والصبي ، فلا يقتل إذا كان حربياً ، ولا إذا ارتد ، وأما الذميين فهم بمنزلة
الشيوخ ويموز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك ، كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ،
ويقتلهم إذا ارتدوا ، كذا في شرح الطحاوي .

(أو تكون المرأة ملكة) هذا أيضاً من جملة كلام القدوري ، ذكره بعد قوله إلا أن
يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب (لتعدي ضررها) أي لتعدي ضرر المرأة
الملكة (إلى العباد) باعتبار حكمها (وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء) أشار به إلى الشيخ
الفاني والأعمى والمقعد والمرأة (دفعا لشره) أي يقتل القاتل من هؤلاء لأجل دفع شره
عن المسلمين (ولأن القتال مبيح حقيقة) أي لأن قتال هؤلاء مبيح لقتالهم من حيث الحقيقة
لكفؤهم وأذاهم .

(ولا يقتلوا مجنونا لأنه غير مخاطب ، إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره ، غير أن
الصبي والمجنون يقتلان ما دامتا يقاتلان) دفعا لشرهما (وغيرهما) أي وغير الصبي

لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح . ويكره أن يتدىء الرجل إياه من المشركين فيقتله لقوله تعالى ﴿ وصاحبها في الدنيا معروفا ﴾ ٣٥ لقمان ، ولأنه يجب عليه إحياءه بالإنفاق عليه فيناقضه الإطلاق في افئائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره ،

والمجنون (لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه) بالعقل والبلوغ ، وكذلك الرهابين إذا قاتلوا حيث يباح قتلهم جزاء على قتالهم . وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعة ولا أهل الكنائس الذين لا يخاطون ، فإن خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره ، وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين جاز قتله (وإن كان) أي المجنون (يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح) يعني يقتل حال إفاقته سواء وجد منه القتال أو لا لكونه مقاتلاً مخاطباً ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

(ويكره أن يتدىء الرجل إياه من المشركين فيقتله) بنصب اللام (لقوله تعالى ﴿ وصاحبها في الدنيا معروفا ﴾ ٣٥ لقمان) وفي السير الكبير المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى ﴿ وإن جاهدك على أن تشرك بي ﴾ ٣٥ لقمان ، وليس من المعروف أن يقتله أن يتركها حرزاً للباع ، وروي أنه ~~عنه~~ منع أبا بكر رضي الله عنه عن قتل أبيه يوم بدر ، ولا خلاف عليه .

(ولأنه) أي ولأن الابن (يجب عليه إحياءه) أي إحياء أبيه (بالإنفاق عليه) والإنفاق سبب الإحياء (فيناقضه الإطلاق في افئائه) أي تناقض الإحياء إطلاقاً وقتل بإفئائه ولزوم المناقض لا يجوز . وقال الأترابي الإطلاق في إفئائه ، أي إفناء الأب (فإن أدركه) أي فإن أدرك الابن أباه في الحرب (امتنع عليه) أي امتنع الابن عن قتل أبيه وانتفاء عليه بأن يعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك (حتى يقتله غيره) أي غير الابن لئلا يلحقه مأمم مباشرة قتل أبيه . وفي الذخيرة لو ظفر على قتل أبيه لا ينبغي أن يقصده بالقتل ، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً علينا ، ولكنه يلحقه

لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به ، لان مقصوده الدفع ، ألا ترى أنه لو شرب الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا ، فهذا أولى .

إلى موضع يتمسك به حق غيره فيقتله (لأن المقصود) أي من يقتله (يحصل بغيره) أي بغير الابن (من غير اقتحامه الإثم) أي من غير دخوله في الإثم بقتل أبيه .
(وإن قصد الأب قتله) أي قتل ابنه (بحيث لا يمكنه دفعه) أي بحيث لا يمكن الابن دفع أبيه عنه (إلا بقتله لا بأس به) أي يقتله حينئذ (لأن مقصوده الدفع) عن نفسه (ألا ترى أنه لو شرب الأب المسلم سيفه على ابنه) وقد قصد قتل ابنه (ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا) أشار به إلى قوله لأن مقصوده الدفع (فهذا أولى) لأنه كان هكذا في الأم والجد والجدة ، ولو كان المشرك حالاً أن يبتدىء بالقتل . وعند الشافعي يكره أن يقتل ذا رحم محرم من الكفار . وفي الرحم غير محرم وجهان ، وجه يكره ، والثاني لا يكره . وقول مالك وأحمد كقولنا . وفي شرح الطحاوي وما سوى السوء الدين من ذوى الرحم المحرم فلا بأس بقتله ، هذا في الكافر . وأما في أهل الخوارج والبنوي فكل ذى رحم محرم كالأب سواء ، وأما في الرحم في باب لزنا فإن البداية بالشهود شرط ، فلو كان الشاهد هو الولد فلا بأس بأن يرمي ولا يقصد القتل .

* * *

باب الموادة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصلح أهل الحرب أو فريقاً منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ﴾ ٦١ الانفال ،

(باب الموادة ومن يجوز أمانه)

أى هذا باب في بيان جواز الموادة أى المصالحة ، وسميت المصالحة بالموادة لأنها مشاركة من الودع وهو الترك بأن يدع كل أحد فريقى المسلمين والكافرين القتال مع الآخر ، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر ، لأن ترك الشيء يقتضى وجود ذلك الشيء سابقاً لا محالة . قوله ومن يجوز أمانه ، أى في بيان من يجوز أمانه .

(وإذا رأى الإمام أن يصلح أهل الحرب أو فريقاً منهم ، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) أى بالصلح درءاً عليه . قوله أن يصلح أهل الحرب ، وفي بعض النسخ وكان في ذلك مصلحة فعلى النسخة الأولى لفظ مصلحة منصوب بأنه خبر كان ، وعلى النسخة الأخرى مرفوع لأنه إسم كان وخبره قوله في ذلك ، وقيد بقوله مصلحة لأنه إذا لم يكن مصلحة لا يجوز المصلحة بأن يكون بالمسلمين ضعف ، أو كانت الموادة خيراً للمسلمين ذكره الكرخي في مختصره (لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ﴾ ٦١ الانفال) أى وإن مالوا للصلح ، يقال جنح له وإليه إذا مال ، وفي السلم ثلاث لغات فتح السين وكسرها وفتحها جميعاً ، وهي مما يذكر ويؤنث ولذلك قيل فاجنح لها . فإن قيل هذه الآية منسوخة في قول ابن عباس بقوله فاقتلوا الذين لا يؤمنون ، وفي قول مجاهد بقوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ه التوبة ، فكيف جاز الاحتجاج بها . أجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين

ووادع رسول الله عليه السلام أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ،

بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ﴿ فلا تنهوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ﴾ ٣٥ محمد ،
وبدليل الآية الموجبة للقتال والألزم التناقص لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف الأمر
بالمصالحة ، فلا بد من التوفيق بينهما ، وهو بما ذكرنا بدليل موادة النبي ﷺ أهل مكة
على ما ذكر في الكتاب. وقال في الكشاف إن الأمر موقوف على ما يرى فيه الإمام صلاح
الإسلام وأهله من حرب أو سلم وليس يحتم أن يقاتلوا أبداً ويحاربوا إلى الهدنة أبداً .

(وادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم
عشر سنين) الحديث رواه أحمد في مسنده مطولاً من حديث محمد بن اسحاق ، وفيه خرج
رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالاً وساق الهدي مع سبعين بدنة ،
وكان الناس سبعمائة رجل إلى أن قال هذا ما اصطاح عليه محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو
على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض ... الحديث .

وقال الأترابي فيه نظر ، أي في الذي ذكره صاحب الهداية ، لأن الصلح عند
أصحاب المغازي أن رسول الله ﷺ وادعهم على ترك القتال سنين ، هكذا ذكره المعتمر
ابن سليمان في كتابه عن أبيه انتهى . قلت كلامه يدل على أن عشر سنين غير صحيح ولم
يطلع في كتب الحديث ، فهذا من رواية أحمد عشر سنين ، وفي رواية ابن هشام عشر
سنين ، وفي سنن أبي داود عشر سنين ، وفي مغازي الواقدي عشر سنين نعم وقع في رواية
البيهقي في دلائل النبوة سنتين من رواية موسى بن عتبة ، وكذلك في رواية ابن عائد عن
محمد بن شعيب أن مدة الصلح كانت سنتين بعد ذلك ، قال أبو الفتح العميري أهل النقل
يختلفون في تجريد المرة بعشرة سنين .

وقال السهلي في الروض الأنف اختلف العلماء هل يجوز الصلح إلى أكثر من عشر
سنين رجحه المشائعين أن منع الصلح هو الأصل ، بدليل آية القتال ، وقد ورد التحديد
بالعشر في حديث ابن اسحاق فحصلت الإباحة في هذا القدر ، ويبقى الزائد على الأصل

ولأن الموادة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لان المقصود ، وهو دفع الشر ، حاصل به ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم تكن خيراً لانه ترك الجهاد صورة ومعنى . وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم الإمام وقاتلهم ، لأنه عليه السلام

انتهى ، وهذا هو التحقيق في تجريد الكلام في هذا المقام ، فإن أحداً من الشراح لم يسكت فمنهم من سكت عنه بالكلية .

(ولأن الموادة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به) أى بالموادة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار معنى الصلح ، وكذا الكلام في تذكير الضمير في قوله إذا كان خيراً (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) يعني عشر سنين ، لأن مدة الموادة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص (لتعدي المعنى) وهو دفع الشر (إلى ما زاد عليها) أى على المدة المروية (بخلاف ما إذا لم تكن خيراً) متصل بقوله إذا كان خيراً ، يعني لا يجوز الصلح إذا لم يكن خيراً للمسلمين (لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى) أما صورة فظاهر حيث ترك القتال . وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادة دفع شر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً .

(وإن صالحهم مدة) أى وإن صالح الإمام أهل الحرب مدة معينة (ثم رأى إن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم) من النبذ وهو الطرح ، والمراد بالنبذ نقض العهد وهو (الإمام) ينقضه لأنه إنما أخبرهم طرده إليهم ، ولا بد من بلوغ خبر النبذ إلى جميعهم احترازاً عن الغدر ، ومتى علم المسلمون أن القوم لم يعملوا بذلك لم يجز لهم أن يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة . وقد صح أن النبي ﷺ وادع قريشاً فلما أراد النبذ بعث إلى مكة عن^(١) يتأذى بنقض الصلح على ما يجيء . (وقاتلهم لأنه عليه السلام) أى لأن

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد - من - ، اه مصححه .

نبذ الموادة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المصلحة لما
تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة
ومعنى ، فلا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقال عليه السلام
في العهود وفاء لا غدر ،

النبي ﷺ (نبذ الموادة التي كانت بينه وبين أهل مكة) كانت هذه الموادة في يوم
الحديبية ، وكان فيها من شاء أن يدخل في عقد محمد وعده دخل ومن شاء أن يدخل في
عقد قريش وعهدهم دخل فدخلت خزاعة في عهد محمد ﷺ ودخلت بنو بكر في عقد
قريش فمكثوا في الهدية نحو السبعة أو الثمانية عشر شهراً ، ثم أن بني بكر وبني خزاعة
قاتلوهم ، وجاء الخبر بذلك إلى رسول الله ﷺ ثم أمر الناس فتجهزوا ، فقال أبو بكر
رضي الله عنه يا رسول الله ألم تكن بينك وبينهم مدة ، فقال ألم يبلغك ما منعوا ، رواه
البيهقي في دلائل النبوة ، ورواه ابن أبي شيبة مراسلاً وفيه فقال أبو بكر ما قاله الآن
فقال ﷺ إنهم غدروا فنقضوا العهد فأنا عاد منهم ... الحديث .

(ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد) أى إيفاء العهد
المنقوض ترك الجهاد (صورة ومعنى) اما صورة فظاهر ، لأنه فيه ترك القياس ، وأما
معنى فلعدم دفع الشر ، وهو ترك الجهاد من حيث المعنى (ولا بد من النبذ تحرزاً عن
الغدر ، وقد قال ﷺ في العهود وفاء لا غدر) ليس هذا الحديث من النبي ﷺ وإنما
هو من كلام عمرو بن عيينة وله قصة رواه أبو داود والنسائي والترمذي عن شعبة أخبرني
أبو الفيض عن سليم بن عامر رجل من حمير قال كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان
يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول الله أكبر
الله أكبر وفاء لا عذر فنظروا فإذا هو عمرو بن عيينة وأرسل معاوية إليه فسأله فقال
سمعت رسول الله ﷺ يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عهده ولا يحلها حتى
ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء ، فرجع معاوية بالناس ، وقال الترمذي
حديث حسن صحيح .

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر . قال وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم ، حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد . ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم ، لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

(ولا بد من اعتبار مدة تبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ، ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر) قال الله تعالى ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء ﴾ ٥٨ الأنفال ، أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفتنا أن لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليهم من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر قوله خيانة أي نقضاً للعهد .

(قال) أي القدوري (وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم) أي الإمام (ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك) أي نقض العهد (باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) أي نقض العهد (بخلاف ما إذا كان دخل جماعة منهم) أي من أهل دار الحرب (فقطعوا الطريق) في دار الإسلام (ولا منعة لهم) أي والحال أنهم لا قوة لهم ولا شوكة (حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد) لا في حقهم ولا في حق غيرهم ، كذا في نقض العهد في دارنا .

(ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم) من أهل الحرب منهم (لأنه) أي لأن فعلهم هذا (بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

حتى لو كان يأذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد، لأنه باتفاقهم معنى، وإذا رأى الإمام موادة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به، لأنه لما جازت الموادة بغير المال، فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية. أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها

حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد (في حق جميعهم لوجود الرضى منهم، وهو منسئ قوله (لأنه باتفاقهم معنى) أي باتفاق الكل (وإن رأى الإمام موادة أهل الحرب) إنما كرر هذا بعد أن يبين حكم موادة أهل الحرب لأن القدوري لم يذكر الموادة على المالك ولم يذكر الموادة مع المرتدين أيضا، وذكر ذلك كله في الجامع الصغير، فكذلك كرر موادة الحرب، وذكر الموادة على المال بقوله (وأن يأخذوا على ذلك مالا) أي وإذا رأوا أيضا أن يأخذوا مالا في الموادة (فلا بأس به لأنه لما جازت الموادة بغير المال، فكذا بالمال) وهو أولى، أي فكذا يجوز بالمال.

(لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة، أما إذا لم يكن) أي الحاجة (لا يجوز) لأنه يشبه الأجر (لما بينا من قبل) أشار به إلى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى، هكذا فسر الأكل. وقال الكاكي لما بينا من قبل، وهو أنه لا يحل قتالهم قبل النبد. وقال الأترابي قوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل هذا محذور بقوله لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه نسبة الأجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط، وكتب شيخه بخطه في هذا إشارة إلى أنه ترك الجهاد صورة ومعنى (والمأخوذ من المال) منهم على الموادة (يصرف مصارف الجزية، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم، بل أرسلوا رسولا) أي بدراهم الحرب ولا خمس فيه (لأنه في معنى الجزية). (أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها) أي يخرج الخمس منها

وتقسم الباقي بينهم ، لأنه مأخوذ بالقهر معنى ، وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين . ولو أخذ لم يرده لأنه مال غير معصوم . ولو حاصر العدو المسامين وطلبوا المoadعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام

(ويقسم الباقي بينهم) أي بين جيش المجاهدين القائمين (لأنه مأخوذ بالقهر معنى) أي من حيث المعنى ، لأنه مأخوذ بعد الفتح بالقتال .

(وأما المرتدون فيوادعهم الإمام) إذا طلبوا ذلك وجاء الإسلام منهم فيؤخر القتل عنهم (حتى ينظر في أمرهم ، لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا إذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف .

(ولا يأخذ عليه مالا) أي ولا يأخذ الإمام على ما فعل من موادعتهم مالا (لأنه) أي لأن الشأن (لا يجوز أخذ الجزية من أهل الردة لما نبين) أي في باب الجزية (ولو أخذه لم يرده) أي ولو أخذ الإمام المال منهم لم يرده (لأنه مال غير معصوم) لأن ما لهم في المسلمين إذا ظهروا على ذلك ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرده عليهم بعدما وضع الحرب أوزارها ، لأنه ليس يفيء ، إلا أنه لا يرده حال الحرب لئلا يكون إعانة لهم على المعصية .

(ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا المoadعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام شيئاً لما فيه من إعطاء الدنية) أي التقيصة (وإلحاق المذلة بأهل الإسلام) فلا

إلا إذا خاف الهلاك ، ولأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن .
ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز إليهم لأن
النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ،
ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك ، وكذا
الكراخ لما بينا ،

يخوز ذلك (إلا إذا خيف الهلاك) إذا كان المسلمون يخافون على أنفسهم الهلاك فلا بأس
بذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات (لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهذا
لا يجري على عمومته ، فإذا لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر ينبغي أن
يجب ولا يجب بل هو مرخص به ، وكذا لو كره يقتل نفسه أو يقتل غيره لا يجب
عليه بل الصبر عن قتل الغير واجب ، حتى لو صبر في الصورتين كان شهيداً فعمل أن المراد
بأي طريق كان سوى المشيات التي للإباحة في مباشرتها شرعاً .

(ولا ينبغي أن يباع السلاح لأهل الحرب ولا يجهز إليهم) أي لا يحتل إليهم التجار
الجهاز وهو المتاع يعني السلاح . وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح من أهل الفتنة
(لأن النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم) هذا الحديث غريب
بهذا اللفظ ، وروى البيهقي في سننه والبخاري في مسنده والطبراني في معجمه من حديث
بحر بن كثير (١) الشفاء عن عبد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن حصين أن رسول
الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة . وقال البيهقي رفعه وهم ، والصواب موقوف .
وقال البخاري لا نعلم أحد يرويه عن النبي ﷺ إلا عمران بن حصين ، والليثي ليس
بالمعروف وابن كثير ليس بالقوي وقد رواه مسلم بن ذرير عن أبي رجاء عن عمران موقوفاً .
(ولأن فيه) أي في بيع السلاح لأهل الحرب (تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من
ذلك) أي من بيعه (وكذا الكراخ) أي وكذا بيع الكراخ منهم لا ينبغي ولا يجهز
إليهم ، والكراخ الخيل (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن فيه تقويتهم .

(١) هكذا في الاصل ، وفي شرح فتح قدیر کنیز ، اه مصححه

وكذا الحديد لأنه أصل السلاح، وكذا بعد الموادة لأنها على شرف
النقض أو الإنقضاء فكانوا حرباً علينا، وهذا هو القياس في الطعام
والثوب إلا أنا عرفناه بالنص، فإنه عليه السلام أمر ثمانية أن
يمير أهل مكة وهم حرب عليه

(وكذا الحديد) أي وكذا لا ينبغي أن يباع الحديد منهم (لانه أصل السلاح)
وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير بيع ما لا يقال به الابصفة لا بأس
به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم يجز بيع العنب بأساً ، ولا يبيع الخشب
وما أشبه ذلك . وقال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ليس هذا كما قالوا في
بيع العصير ممن نجمله خمرأ ، الا أن العصير ليس بآلة للمعصية ، وإنما يصير آلة للمعصية
بعدما يصير خمرأ ، وأما ما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ، فاذا كان هكذا يكره من
يعرف بالفتنة فبإشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره ، لان نفسه ليس بآلة
للمعصية كالعصير ، انتهى . قلت هذا الذي قاله مثلما قاله فخر الإسلام ، وهذا هو
التحقيق ، الا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك ، ألا ترى أن الحاكم قد نص على تسوية الحديد
والسلاح ، واليه ذهب المصنف ، حيث قال وكذا الحديد لانه أصل السلاح ، لكن يرد
عليه بيع الخشب ممن يتخذة آلة الفناء ، حيث لا يكره بيع العصير ممن يتخذة خمرأ .
(وكذا بعد الموادة) أي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادة فكذلك بعد
الموادة (لأنها) أي لأن الموادة (على شرف النقص أو الإنقضاء) بتبديل المصلحة أو
الإنقضاء أو على شرف القضاء مدة الموادة (فكانوا حرباً علينا) أي بعد ذلك (وهذا
هو القياس) يعني كان القياس (في الطعام) أي في بيع الطعام منهم (والثوب) أي
وكذا بيع الثوب منهم ، وحمل ذلك إليهم أن يكون مكروهاً (إلا أنا عرفناه بالنص)
أي عرفنا جواز ذلك بالنص ، وفسر النص بقوله (فانه عليه السلام) أي فإن النبي صلى الله عليه وسلم
(أمر ثمانية أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه) أي على النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ لم يتكلم أحد
من الشراح في حديث ثمانية هذا كيف يخرجهم ، ومن رواه وما قصته ، ورواه البيهقي في

فصل

إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرأ أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم

دلائل النبوة من طريق ابن اسحاق حدثني سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين ، وفي آخره فقال إني والله ما حبوت ، ولكني أسلمت وصدقت محمداً وآمنت به ، وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتكم حبة من اليامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمداً وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا إلى رسول الله ﷺ يسألونه بارحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم حمل الطعام ففعل رسول الله ﷺ مختصر ليس في الصحيحين من حيث ثمامة أمر النبي ﷺ لثمامة أن يرو المسيرة على أهل مكة ، وذكره ابن هشام في أواخر السيرة ، وفيه والله لا يصل إليكم حبة من اليامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ ثم خرج إلى اليامة فمنع أهلنا أن يحملوا إلى مكة شيئاً فكتبوا إلى رسول الله ﷺ انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت أرحامنا ، فكتب إليه رسول الله ﷺ ان يخل بينهم وبين اجمل ، ورواه الواقدي أيضاً مطولاً ، وفيه كتب يعني رسول الله ﷺ إلى ثمامة ان خلي بين قريش وبين المسيرة ، فلما جاءه الكتاب قال سمعاً وطاعة لرسول الله ﷺ مختصر . قلت ثمامة بضم الثاء المثناة من قوله مرات يمر من قار اهلها اي اتاهم بالميرة ، اي بالطعام .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان احكام الأمان . ولما كان الأمان نوعاً من الموادعة لما فيه ترك القتال كالموادعة ، ذكره في فصل على حدة .

(إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرأ أو جماعة) أي أو أمن في جماعة (أو أهل حصن) أي أو أمن أهل حصن (أو مدينة) أي أو أمن أهل مدينة (صح أمانهم) أي صح أمان جماعة الكفار وأهل الحصن ، والمصدر مضاف إلى مفعوله وطراً ذكر الفاعل

ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيه قوله عليه السلام
المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم
وهو الواحد ، ولأنه

(ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم) وسواء كان الرجل الحر الذي امنهم اعمى او شيخاً
او مريضاً ، وإذا كان عبداً فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى .

(والأصل فيه) أي في حكم الأمان (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (المسلمون
تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن علي بن أبي
طالب رضي الله عنه ما كتب على رسول الله ﷺ إلا القرآن ، وما هذه الصحيفة ، فقال
رسول الله ﷺ حرم ... الحديث ، وفيه ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ...
الحديث . وأخرج البخاري نحوه عن أنس . وأخرج مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة
قال ، قال رسول الله ﷺ للمدينة حرم ... الحديث ، وفيه ذمة المسلمين واحدة
يسعى بها أدناهم .

وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال المسلمون تتكافأ دماؤهم
وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم ، ويرد عليهم أقصاهم . وروي أيضاً من حديث
عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ يد المسلمين على من سواهم
تتكافأ دماؤهم . ويحجر على المسلمين أدناهم ، ويرد على المسلمين أقصاهم . قوله تتكافأ
دماؤهم أي تتساوى في القصاص والديات ، لا فضل للشريف على وضيع ، كذا قال أبو
عبيد قوله ليسعى بذمتهم ، الذمة العهد والأمان ، ولهذا سمي العاهد ذمياً ، لأنه قد
أعطى الأمان على ماله ودمه للجزية التي تؤخذ منه ، ومنه قول سلمان الفارسي ذمة
المسلمين واحدة .

وقصر المصنف أدناهم بقوله (أي أقلهم ، وهو الواحد ، ولأنه) لا أقل منه ، وإنما
فسره بالأقل احترازاً عن تفسير محمد رحمه الله ، حيث فسره بالعبد لأنه أدنى المسلمين ،
فجعل الأدنى ما هنا من الدناءة ، وجعله غيره من الدنو . قوله وهم يد على من سواهم ، أي
كلتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملك المحاربة لهم يتعاونون على ذلك ، ولا يتخذ بعضهم

من أهل القتال فيخافونه ، إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه
للاقاقاه محله ، ثم يعمدى إلى غيره ، ولأن سببه لا يتجزأ ، وهو
الإيمان ، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الانكاح ،

بعضاً . قوله ويرد عليهم أقصاهم ، معناه إذا دخل المسكر أرض الحرب فوجه الإمام
السرايا فيما غنمت من شيء جعل لها ما سمي لها دون ما بقي على المسكر ، لأنهم رد للسرايا .
قوله ، ويحير ، من أجرت فلاناً على فلان إذا حميته منه ومنعته ولاية ، أي ولأن كل
واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة بأن تخرج
للمداواة والحبز والطبخ ، وذلك منها جهاداً ، وبما لها أو بمبيدها .
فإن قلت ما تقول في قوله ~~علاها~~ ما كانت هذه تقاتل ، قاله لما رأى امرأة مقتولة
قلت معناه ما يقاتل بنفسها .

(فيخافونه إذ هو يعد من أهل المنعة ، فيتحقق الأمان منه) الضمير المنسوب في
فيخافونه ، وقوله إذ هو ، وفي قوله منه كلها يرجع إلى ما يرجع الضمير الذي في قوله
(وللاقاقاه محله) أي للاقاة الأمان ، ومحله هو الحرير الخائف (ثم يعمدى إلى غيره) ثم
يتمدى الأمان إلى غيره الذي أمن من المسلمين ، كما في شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من
شهد بالهلال ثم يعمدى منه إلى غيره (ولأن سببه) أي سبب الأمان (لا يتجزأ وهو
الإيمان) أي التصديق بالقلب .

(وكذا الأمان لا يتجزأ) فإذا تحقق من بعض ، فأما إنه يبطل أو يكمل لا يجوز
الأول بعد تحقق السبب فتحقق الثاني ، وهو معنى قوله (فيتكامل) أي ينفر ، وكل
مسلم به لكان سببه في حقه (كولاية الإنكاح) فيما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء
المساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل ، لأن سبب ولايته وهو القرابة غير
متجزئ ، فلا تجزأ الولاية ، فكذلك ما هنا . وقال الأكلم رحمه الله واعلم أن المصنف
«رح» استدلل بالمفعول على وجهين جعل المناط في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه .
وفي الآخر الإيمان فالأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتأخير والأسير ، والثاني
يقتضي جوازه . ولو جعلها علة واحدة بخلاف الواو عن الثاني لتقسع علة لقوله ثم يعمدى

قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم ، كما إذا أمن الإمام
بنفسه ثم رأى المصلحة في التنبذ ، وقد بيناه . ولو حاصر الإمام
حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة بنبذ الإمام الأمان لما بينا
ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه نظر ،

إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يجعل الأول علة ، والآخر شرطاً ، أو سماً مسياً مجاوزاً ،
والشيء ينفي على عدمه عند عدم شرطه .

(قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة) استثنى من قوله صح أمانهم ، أي إلا أن
يكون في الأمان فساد في حق المسلمين (فينبذ إليهم) أي يعلمهم بالتنبذ (كما إذا أمن
الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في التنبذ) أي يعلم الإمام أهل الحرب بالتنبذ دفماً للضرر
عنهم (وقد بيناه) أي في أول فصل المواعدة عند قوله وإن صالحم مدة ثم رأى تقص
الصلح أفتح إليهم .

(ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة) أي والحال أن فيه
فساد (ينبذ الإمام الأمان لما بينا) أي في فصل المواعدة كما ذكرناه ، إلا أن قاله الاكمل
رحم الله قبل قوله نبذ . قوله ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش تكرار
محض ، لانه علم من قوله لان يكون فيه مفسدة انتهى . قلت أراد بهذا القائل ، ألا ترى
حيث قال هذا وأقول هذا تكرار محض لا محالة لانه علم ذلك من قوله إلا أن يكون
في ذلك مفسدة . قال الاكمل بعد نقله هذا عنه ، وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن
يحاصر الإمام ، وهذا بعده ، ويجوز أن يكون إعادة تمهيداً أو توطئة لقوله (ويؤدبه
الإمام لافتياته على رأيه) أي يؤدب الإمام ذلك الواحد من الجيش لافتياته ، أي لسبقه
على رأي الإمام . قال في المجمل الاقتيات افتعال من الفتوت وهو السبق إلى الشيء دون
إنتار من يؤتمر ، يقال الاقتيات على فلان أي لا يعمل شيء دون أمره . وأصل الاقتيات
الافتوات ، لانه من الفتوت أجوف واوي ، فقلبت الواو ياء بتحر كها وانكسار ما قبلها .
(بخلاف ما إذا كان فيه نظر) أي بخلاف ما إذا كان في أمان هذا الواحد من الجيش

لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذوراً. ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم، وكذا لا ولاية له على المسلمين، قال ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنها مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما، والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعري الأمان عن المصلحة، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا يفتح لنا باب الفتح.

نظر للمسلمين ومصلحة لهم من حيث لا يؤديه الإمام (لأنه) أي لان هذا الواحد لو انتظر إلى رأي الإمام (ربما تفوت المصلحة بالتأخير) أي بتأخير الأمان (فكان هذا الواحد معذوراً) في الإقدام على الإمام.

(ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم) لأنه من جلتهم وإن حضر لمعونة المسلمين، وهو متهم في حقنا لأنه في تقوية الكفر. وعن مالك يصح أمانه إن له ذمة فكان تابعاً للمسلمين، والمشهور عنه أنه لا يصح (وكذا لا ولاية على المسلمين) لأنه لا أمانه ولاية وهي نفاذ قول على الغير، ولا ولاية للكافر على أهل الإسلام، قال الله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ١٤١ النساء، فلا يصح أمانه.

(قال ولا أسير ولا تاجر) أي ولا يصح أيضاً أمان أسير ولا أمان تاجر (يدخل عليهم) أي على أهل الحرب (لأنها مقهوران تحت أيديهم) لان الأمان لدفع الخوف (ولا يخافونها) أي ولا يخاف أهل الحرب من الأسير والتاجر (والأمان يختص بمحل الخوف) والأسير والتاجر ليسا بمحل الخوف لأنها مقهوران (ولأنها) أي ولان الأسير والتاجر (يجبران عليه) أي على الأمان إذا احتاجوا إليه (فيعري الأمان عن المصلحة) لان الأمان شرح لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في أمان حصل عن إكراه مفسد للتراضي (ولأنهم) أي ولان أهل الحرب (كلما اشتد الأمر عليهم) من ضيق الحصار وشدة المحال (يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون) عند الشدائد (بأمانه) أي بأمان الأسير أو التاجر (فلا يفتح لنا باب الفتح) لأنه ينسد بالأمان فيؤدي إلى سد ركن الجهاد.

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ، ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة «رح» ، إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد «رح» ، يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف «رح» معه في رواية ، ومع أبي حنيفة «رح» في رواية . لمحمد «رح» قوله عليه السلام أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري «رض» ، ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال ،

(ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا) أشار به إلى قوله والامان يختص بمحل الخوف (ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه) من القتال (عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال محمد ومالك وأحمد (وأبو يوسف معه) أي مع محمد (في رواية) وهي رواية الكرخي (ومع أبي حنيفة في رواية) وهي روايه الطحاوي وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه في المبسوط .

(لمحمد قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه) هذا الحديث غريب وإسم أبي موسى عبد الله بن قيس . وروى ابن أبي شيبه في مصنفه حديثاً طويلاً عن فضيل بن يزيد الرقاشي وفيه أجاز عمر أمانه ، أي أمان العبد . وروى البيهقي بإسناد ضعيف عن علي رضي الله عنه مرفوعاً ليس للعبد من الغنيمة الا خرثي والمتاع وأمانه جائز ، وأمان المرأة جائز اذ هي أعطت القوم الامان . قوله خرثي من المتاع بضم الخاء المعجمة وسكون الراء وكسر التاء المثلث وتشديد الياء آخر الحروف . قال ابن الاثير الخرثي ااث البيت ومتاعه ، واستدل الاترازي لمحمد بقوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وأدنى المسلمين العبد فيصح أمان العبد كيف بان لإطلاق الحديث .

(ولأنه) أي ولأن العبد (مؤمن ممتنع) يعني ذو قوة وامتناع ، يعني له بنية صالحة للقتال (فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال) والجامع على كلمة الله ودفع بشر

وبالمؤبد من الأمان فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة والجهاد عبادته والامتناع لتحقيق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة ، وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ، ولا في حنيفة «رح» أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله ،

الكفار (وبالمؤبد من الأمان) يعني واعتبار بالمؤبد بالياء الموحدة ، يعني عقد الذمة ، فإن الحربي إذا عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح ، وهذا العقد والقبول من العبد ويصير ذمياً بالاتفاق حتى يجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك (فالإيمان) مرفوع على الإبتداء ، وخبره محذوف ، أي شرطه يعني شرط الإيمان في قولنا ، ولأنه مؤمن يصح أمانه (لكونه) أي لكون الإيمان (شرطاً للعبادة والجهاد عبادته والامتناع) أي الامتناع شرط أيضاً (ليتحقق إزالة الخوف به) أي بالامتناع (والتأثير) يعني في صحة قياس العبد المحجور على المأذون له . (إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة) أي حالة المصلحة وهو الأمان في الحر ، فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة (وإنما لا يملك المسابقة) جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسابقة ، وهي المضاربة بالسوء وهؤلاء يملكه ، فكذا لا يملك الأمان أيضاً . وتقرير الجواب أنه لا يملك المسابقة (لما فيها) أي في المسابقة (من تعطيل منافع المولى) وهؤلاء يملك ذلك (ولا تعطيل) أي لمنافعه (في مجرد القول) وهو ظاهر .

(ولأبي حنيفة أنه) أي أن العبد (محجور عن القتال ، فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه) أي لأن أهل الحرب سراي العبد (فلم يلاق الأمان محله) ومحله الخوف . وقاك الأكمل قوله ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال يصح أن يكون ممانعة ، وتقريره

بخلاف المأذون له في القتال ، لان الخوف منه متحقق ، ولانه
إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن
احتمال الضرر في حقه ، والامان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه
قد يخطئ ، بل هو الظاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف
المأذون لانه رضي به

لا نسلم وجود الامتناع ، لأن الامتناع انما يكون لإزالة الخوف وهم لا يخافونه وأن
يكون معاوضة وهو الظاهر من كلام المصنف . تقريره أنه محجور عن القتال لا يصح
أمانه لأنهم لا يخافونه ، وفيه نظر ، فإن الخوف أمر باطني الادليل على وجوده ولا على
عدمه ، فان الكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه .

والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة فانهم لما أرادوا شيئاً مقتدرأ على القتال مع
المقاتلين ولا يحمل سلاحاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع من ذلك ممن له المنع . ولو قال
المصنف أنه ممنوع عن القتال والامان نوع قتال لكان أسهل اثباتاً لمذهب أبي حنيفة فتأمل .

(بخلاف المأذون له في القتال ، لأن الخوف منه متحقق) فصح أمانه (ولأنه) أي
ولأن العبد المحجور وهو عطف على قوله لأنهم لا يخافونه (انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف
في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه) أي في حق المولى (والامان
نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ) أي لان العبد قد يخطئ في القتال لعدم
مهارسته بأمر الحرب (بل هو الظاهر) لان اشتغاله بخدمة المولى يمنعه عن التعلم
بأدب الحرب .

(وفيه) أي وفي الامان (سد باب الاستغنام) أي على المسلمين وذلك ضرر في
حقيهم ، فاذا كان ممنوعاً للضرر للمولى ، فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين ،
توضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال بالاستغنام بعد ذلك ، والاستغنام الكتاب مال مباح
فيعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر للمولى لا محالة .
(بخلاف المأذون لانه رضي به) أي بخلاف امان المأذون ، لان المولى رضي له اي

والخطأ نادر لمباشرته القتال ، وبخلاف المؤبد لانه خلف عن
الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ، ولانه مقابل بالجزية ، ولانه
مفروض عند مسألتهم ذلك ، واسقاط الفرض يقع فافتراقا .
ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون

بأمانه (والخطأ نادر) اي الخطأ من المأذون نادر (لمباشرته) اي لمباشرة المأذون (القتال)
لانه لما بإشره عرف مصلحة الامان فكان الخطأ نادرا .

(وبخلاف المؤبد) اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة ، وهو جواب قول محمد وبالمؤبد
بالامان (لانه) اي لان الامان المؤبد (خلف عن الإسلام) اي من حيث انه ينتهي به
القتال المطلوب به السلام الحربي (فهو بمنزلة الدعوة اليه) اي الى الاسلام ، وهي نفع
للمسلمين لا ضرر فصح ذلك الامان كذلك .

(ولأنه) أي ولأن الامان المؤبد (مقابل بالجزية) وفيه نفع للمسلمين (ولأنه) أي
ولأن الامان المؤبد (مفروض) أي فرض (عند مسألتهم) أي مسألة أهل الحرب (ذلك)
أي الامان . وقال الأتراسي هنا يعني إذا طلب الحربي الإسلام عليه من المحجور يفترض
عليه الفرض . وقال الأكمل ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك ، يعني أن الكفار إذا
طلبوا عقد الذمة يفترض عليه على الإمام إيجابتهم إليه (وإسقاط الفرض يقع) وقال تاج
الشريعة إذا طلبوا يفترض على الإمام إيجابتهم ، فيكون العبد مسقطاً الفرض ، وإسقاط
الفرض يقع لكونه منجياً من العذاب ولا كذلك الامان ، لأنه ليس فيه إسقاط الفرض
(فافتراقا) أي افترق أمان العبد المحجور عليه عن القتال ، وأمان المأذون له بالقتال أو
افترق الامان الموقت من المحجور عليه عن القتال الامان والمؤبد منه .

(ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) أي أمانه (كالمجنون) في عدم صحة أمانه ،
وبه قالت الثلاثة . وقال الناطقي في الأجتناس ناقلاً عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي
راهق وهو يقبل الإسلام ويضمن جاز أمانه ، ثم قال وهذا قوله ، وأما عند أبي حنيفة
وأبي يوسف فلا يجوز . وقال في كتاب النهي لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند

وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال ، فعلى الخلاف ، وإن كان
مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق .

أبي حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يقبل الإسلام وصفاته (وإن كان) أي الصبي
(يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) أي الخلاف المذكور في المبد المحجور فعند
أبي حنيفة لا يصح أمانه ، وعند محمد يصح ، وبه قال مالك وأحمد في وجه ، ويقول أبي
حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه .

(وإن كان) أي الصبي (مأذوناً في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا
وليس على الخلاف ، لأنه يصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن .
فائدة : وألفاظ الأمان للحربي لا تخف ولا تؤجل « أو مترس » بالفارسية يعني
لا تخف ولكم عهد الله وذمة الله ، أو يقال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير .

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر إن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق

(باب الغنائم وقسمتها)

أي هذا باب في بيان أحكام الغنائم ، وهي جمع غنيمة ، والغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة . والفيء اسم المال يؤخذ منهم بغير قتال كالخراج والجزية ويخمس الغنيمة وأربعة أخماسه للفائزين ، والفيء لا يخمس ، بل هو الكافة للمسلمين والعقل ما يخص الإمام الغازي زيادة على سهمه .

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الفائزين) أي فهذا ليس بتفسير لعنوة لغة ، لأن عنا يعنو بمعنى ذل وخضع ، وهو لازم ، وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن ، لأن من الذلة يلزم القهر ، أو أن الفتح بالمدلة ملتزم للقهر . قوله قسمه أي قسم البلدة بتأويل البلد ، وإلا كان ينبغي أن يقال قسمها (كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر) أخرجه أبو داود في مسنده عن يحيى بن زكريا عن يحيى ابن سعيد عن بشير بن بشار عن سهل بن خيشمة قال قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفاً لنوابه ونصفاً بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً (وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق) أخرجه ابن سعد في الطبقات بإسناده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف على خراج السواد ... الحديث ، وفيه أن أفرض الخراج على كل حرابي إلى أن قال

بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمدهم من خلفه ، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير

وأفوض على رقايبهم على الموسرثمانية وأربعين درهماً وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهماً
وعلى من يجد شيئاً اثني عشر درهماً ... الحديث .

ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال كذلك ، وسمى سواد العراق لخصرة أشجاره
وزروعه . حده طويلاً من مدينة الموصل إلى عبادان عرضاً من العزيز إلى حلوان ، وهو
الذي على عهد عمر رضي الله عنه وهو أطول من العراق وثلاثين فرسخاً .

(بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم) ما خالفه في ذلك إلا بلال وأصحابه . وفي
المبسوط من صحابة سلمان وأبا بردة فقالوا أقسم بيننا ، فإن الغنيمة حقنا ، وكان عمر
رضي الله عنه يقول ما فعلت هو الحق ولم يدر كوا الحكمة فيما فعل عمر رضي الله عنه ،
وتمسكوا بالظاهر فيما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ولم يكن فعله ذلك بأهل خيبر بطريق
الحتم ، إذ لو كان بطريق الحتم لما خالفه عمر رضي الله عنه ، وقد روى البخاري في صحيحه
بإسناده إلى زيد بن أسلم عن أبيه قال ، قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت
قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر ، ولما لم يرجع بلال وأصحابه عما قالوا
ولم يتركوا المنازعة مع عمر رضي الله عنه دعى عمر عليهم .

وقال القاضي أبو زيد روي أن عمر قال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه ، فحال الحول
وما فيهم عين تطرف ما قوا كلهم . وقال تاج الشريعة فدعى عليهم عمر رضي الله عنه على
المنبر وقال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه فما قوا جميعاً قبل تمام السنة ، وأشار المصنف إلى
ذلك بقوله (ولم يحمدهم من خلفه) أي من خالف عمر رضي الله عنه (وفي كل من ذلك
قدوة) أي من القسمة بين الغانمين وإقرار أهلها قدوة ، أي اتباع لما فعله عمر ومن وافقه
من الصحابة ، فإذا كان كذلك (فيتخير) الإمام بين القسمة وإقرار أهلها عليها .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحداً من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما
فعله رسول الله ﷺ إذا لم يصل إلى حد الاجماع . والجواب عنه من وجبين ، أحدهما أن
فعل النبي ﷺ إذا لم يصل إلى حد الاجماع يعلم أنه ~~صحيح~~ على أي جهة فعله يحمل على

وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغائبين ، والثاني عند عدم الحاجة
ليكون عدة في الزمان الثاني ، وهذا في العقار ،

أدنى منازل فعاله وهي الإباحة ، وحينئذ لا يستوجب لا محالة ، فإذا ظهر دليل صحابي
جاز أن يعمل بخلافه ، قلت فيه تأمل . والآخر أن يقال فيه أن عمر رضي الله عنه قد
علم من النبي ﷺ أن ما فعله بأهل خيبر لم يكن على وجه الحتم كما ذكرناه الآن .

الوجه الثاني : أنه على تقدير أنه ﷺ فعل ذلك وجوباً ، فإن عمر رضي الله عنه
فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ بعد قوله تعالى
﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى ﴾ ٧ الحشر ، فيكون
ثابتاً بإشارة النصب وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب
الخير في خصال الكفارة فعل النبي ﷺ أحدهما وفعل عمر رضي الله عنه الآخر ، هذا
الذي ذكره الأكل .

وقال صاحب النهاية روي أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة مراراً ثم جمعهم
فقال أما في تلوت آية من كتاب الله أستغثت بها عنكم ، ثم قل قوله تعالى ﴿ ما أفاء الله
على رسوله من أهل القرى ﴾ الى قوله ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ الى قوله ﴿ والذين تبوءوا
الدار ﴾ وهكذا قرأ عمر رضي الله عنه الى قوله ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ ثم قال
أرى من بعدكم في هذا الفياء نصيباً ، ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب ، قسمها
عليهم وجعل الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ليكون لهم ولن يأتي من بعدهم
من المسلمين ولم يخالفه على ذلك الا نفر منهم بلال ولم يجمدوا على خلافه .

(وقيل) في التوفيق بينها (الأولى) أي القسمة كما فعل رسول الله ﷺ (هو الأول
عند حاجة الغائبين) أي عند احتياجهم اليها ، وفي بعض النسخ وقيل الأول هو الأولى .
(والثاني) أي قرار أهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج كما فعل عمر رضي الله
عنه (عند عدم الحاجة) أي حاجة الغائبين إليها (ليكون عدة في الزمان الثاني)
أي في الذي يأتي بعدهم (وهذا) أي إقرار أهل البلد على بلدهم بالمن (في العقار ،

وأما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به
الشرع فيه ، والعقار خلاف الشافعي «رح» لان في المن ابطال
حق الغائبين أو ملكهم ، فلا يجوز من غير بدل يعادله ، والخراج
غير معادل لقلته ، بخلاف الرقاب ، لان للإمام أن يبطل
حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما روينا ، ولأن فيه نظراً لهم لأنهم
كالأكرة العاملة للمسلمين

أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد الشرع به (بأن يدفع
إليهم مجاناً ويقسم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهم في المنقول
بطريق التبعية بالعقار على ما يأتي عن قريب .

(وفي العقار خلاف الشافعي) فإن عنده لا يجوز اقرار أهل البلد على بلدتهم بالمن في
العقار ، بل يقسم الأرض أيضاً ولا يتركها في أيديهم ، وبه قال أحمد ، وعن مالك يقسمها ،
وعنه كقولنا (لأن في المن ابطال حق الغائبين) أي عندها لأنه لا يثبت الملك قبل الإحراز
بدار الإسلام (أو ملكهم) أي أو ابطال ملكهم عند الشافعي ، لأن التقدمة تملك عنده
قبل الإحراز بالدار (فلا يجوز) أي المن (من غير بدل معادلة) أي معادلة حق الغائبين
وان قبل الخراج معادلة ، أجاز بقوله (والخراج غير معادل) أي يعادل حق الغائبين
فإن قيل الخراج يعادله ، أجاز بقوله والخراج غير معادل (لقلته) فإن قيل فالحق اذ
الملك ثبت في رقابهم أيضاً وجاز أن يقسمها .

فأجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لأن للإمام أن يبطل
حقهم رأساً) يعني بالكلية (بالقتل) فكذا له أن يبطل بالخلف وهو الجزية ، وهذا لأنها
خلقت في الأصل حراً ، والملك يثبت معارضاً ، فالإمام اذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل ،
فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً .

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما روينا) أي من فعل عمر رضي الله عنه بموافقة
الصحابية (ولأن فيه) أي في اقرار أهله عليه (نظراً لهم) أي للمسلمين (لأنهم) أي لأن
الكفار يكونون (كالأكرة) بفتح الهمزة والكاف والراء ، أي المزارعين (العاملة للمسلمين

العالمة بوجوده الزراعة والمؤث مرتفعة مع ما أنه يحظى به
الذين يأتون من بعد الخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه .
وإن من عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما
يتنبأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة . قال وهو في الاسارى
بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام

العالمة بوجوده الزراعة) حاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في اقرار
أهلها عليها ، لانه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد ، وكان يكره
العدو وربما لا يبتدون لذلك العمل أيضاً ، فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل
صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين القائمة بوجوده الزراعة (والمؤنة) أي مؤن الزراعة
(مرتفعة) عن الإمام وعن المسلمين (مع أنه يحظى) بالظاء المعجمة (به الذين يأتون من
بعد) قال شيخنا هذا إشارة الى قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ .

(والخراج وان قل) هذا جواب عن قول الشافعي ، والخراج غير معادل لملته ،
تقدير الجواب أن الخراج وان قل (حالاً) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنته (فقد
جل) بالجيم (مآلاً) أي في المستقبل (لدوامه) في وجوبه كل سنة (وان من) أي الإمام
(عليهم) أي على الكفار (بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتنبأ
لهم العمل) لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأراضي إلا بأسباب الزراعة ، فلا بد من
أن يدع لهم بابه يتقون على ذلك (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الإمام التمرتاشي
فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الأموال جاز ، ولكن
يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون الأموال ولا يقاومهم بدون ما يمكن مرجئة العمر
الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأرض ، لأن عمر رضي الله عنه لم يفعل ذلك وهو
الامام في هذا الكتاب وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة .

(قال) أي الامام ، وفي بعض النسخ قال القدوري (وهو في الاسارى بالخيار ان
شاء قتلهم لأنه عليه السلام) أي لأن النبي ﷺ قتلهم ، أخرج البخاري ومسلم عن الزهري عن

قد قتل، ولأن فيه حسم مادة الفساد وإن شاء استرقهم، لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام، وإن شاء تركهم إحرازاً ذمة للمسلمين لما بينا. إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب، لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا

أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر، فلما نزعه جاء رجل فقال يا رسول الله من جعل متملقاً بأستار الكعبة، فقال اقتلوه، زاد البخاري وقال مالك ولم يكن النبي ﷺ فيما ترى والله أعلم يومئذ محرماً. وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير أن رسول الله ﷺ (قد قتل) يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً: مطعم ابن عدي، والنفس بن عدي وهو غلط، وإنما هو طعمة بن عدي وهو أخو مطعم، وأهل المغازي ينكرون قتل مطعم بن عدي يومئذ ويقولون مات بمكة قبل بدر، والذي قتل يوم بدر هو أخوه طعمة ولم يقتل صبراً وإنما قتل في المعركة والله اعلم.

(ولأن فيه) أي في قتل الأسارى (حسم مادة الفساد) أي قطع مادته (وإن شاء) أي الأمام (استرقهم لأن فيه) أي في استرقاقهم (دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام، وإن شاء تركهم إحرازاً ذمة المسلمين لما بينا) أي فعل عمر رضي الله عنه. فان قيل ﴿فاقتوا المشركين﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز. اجب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن، هكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه. وقال الاترازي وأما جعلهم أهل ذمة على الجزية وتوضع الجزية والغزاة فلما روي عن عمر رضي الله عنه أنه فعل كذلك بأرض السواد، وهو معنى قوله لما بينا، لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وغير المرتدين لأنه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية ولا يقبل منهم إلا الاسلام أو السيف وأشار إليه المصنف بقوله: (إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين) أي في باب الجزية (إن شاء الله تعالى).

(ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا) أي

لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه ، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة
بعد انعقاد سبب الملك ، بخلاف إسلامهم قبل الأخذ ، لانه
لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة «رح» ،
وقال يفادى بهم أسارى المسلمين ، وهو قول الشافعي «رح» ، لان
فيه تخلص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به ،

فإن أسلم الأسارى بعد الأسر (لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه) أي بدون القتل ، لأن
الغرض من قتلهم دفع شرم وقد حصل ذلك بالإسلام بدون القتل ، فلا حاجة إليه ، لكن
يجوز استرقاقهم وهو معنى قوله (وله) أي للإمام (أن يسترقهم توفيراً للمنفعة) للمسلمين
(بعد انعقاد سبب الملك) وهو أخذهم وهم كفار (بخلاف إسلامهم قبل الأخذ) حيث
لا يجوز استرقاقهم (لأنه لم ينعقد السبب بعد) أي سبب الملك وهو الاستيلاء الأخذ
بعد الإسلام .

(ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله) المفاداة تكون بين اثنين ، لأنه من
باب المفاعلة ، يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته ، كذا قاله المطرزي وقيد الأسير استنقاده
بنفس أو مال ، والفدية اسم ذلك المال ، وجمعها فدى ، وفديات . وعن المبرد المفاداة أن
يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً والفداء أن يشتريه ، وقيل هما بمعنى . وقال ابن الأثير الفداء
بالكسر والمد والفتح مع القصر فكأك الأسير ، يقال فداء يفديه فداء وفدى وفاداه يفاديه
مفاداة إذا أعطى فداءه وأنتقده . وفاداه بنفسه وفداء إذا قال له جعلت فداك . وقيل
المفاداة أن يفدى الأسير بأسير مثله علم أن أخذ الفدية بمقابلة إطلاق أسارى المشركين
لا يجوز عند أبي حنيفة وهو المشهور عنه .

(وقال يفادى بهم) أي الأسارى التي في أيدينا (أسارى المسلمين وهو قول الشافعي)
وقول مالك وأحمد إلا بالنساء ، فإنه لا يجوز المفاداة بالنساء عندهم ، ومنع أحد المفاداة
بصبيانهم (لأن فيه تخلص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به) أي أولى من قتل
الكافر الأسير في أيدينا والانتفاع بالكفر .

وله أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حرباً علينا ودفع شر حرايه خير من استنقاذ الاسير المسلم ، لانه إذ بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا ، والاعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا ، أما المفاداة بما لا يؤخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن فيه) أي في فداء أسارى المسلمين (بهم معونة للكفرة) وفي بعض النسخ تقوية (لأنه) أي الأسير الذي يدفع إليهم (يعود حرباً علينا ودفع شره وشر حرايه من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء من الله تعالى في حقه) حال كونه (غير مضاف إلينا) أي إلى فعلنا (والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضافة إلينا) بطريق التسبب فلا يجوز .

فإن قلت حديث الطحاوي في شرح الآثار عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين . قلت هو منسوخ بدليل ما أخبر عمران بن حصين في شرح الآثار أيضاً، تفسيره أن النبي ﷺ فدى بذي المأسور بعد أن أقرب بالإسلام، وقد نسخ أن يرد أحد من أهل الإسلام إلى الكفار ، بقوله تعالى ﴿ فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ ١٠ المتحنة .

(أما المفاداة بما لا يؤخذ منهم) أي يأخذه الإمام من الكفار (لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا) أي بقوله أن فيه معونة للكفرة (في السير الكبير) عن محمد (أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) فإنه عليه السلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء وكان أربعة آلاف درهم ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال الأترابي وهذا الاستدلال عجيب مع نزول الآية بالانكار على المفاداة . قلت وهي قوله تعالى ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب ﴾ ٦٨ الأنفال ، فقال عليه السلام لو نذر العذاب ما نجى منه إلا عمر ، لأن عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل .

ولو أسلم الأسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال ولا يجوز المن عليهم ، أي على الأسارى خلافاً للشافعي «رح» ، فإنه يقول من رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ،

(ولو كان أسلم الأسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد) لأنه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم (إلا إذا طابت نفسه به) أي إلا إذا رضي بذلك نفس الأسير المسلم (وهو مأمون على إسلامه) لا بخلاف عليه بالردة وينبغي أن يكون هذا على قوله لأن في المشهور عند أبي حنيفة «رح» ، لأنها لا يهادى الأسير بالنفس ولا بالمال . (قال) أي القدوري (ولا يجوز المن عليهم) هذا قول القدوري ، وقوله (أي على الأسارى) من كلام المصنف رحمه الله ، والمن هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجاناً بدون إجراء الأحكام عليهم من القتل أو الاسترقاق أو تركهم ذمة المسلمين (خلافاً للشافعي «رح» ومالك وأحمد ، وقال الشافعي حكمهم أحد الأمور الأربعة للقتل والاسترقاق والفداء بالأسارى أو بالمال أو المن ، وعندهما أحد الأمور الثلاثة ولا يجوز المن . وعند أبي حنيفة أحد الأمرين القتل أو الاسترقاق ولا يجوز الفداء أو المن (فإنه) أي فإن الشافعي (يقول من رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر) وروي أنه ﷺ من على أبي عزة الجمعي يوم بدر .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنه) أي ولأن المأسور كذا قاله الكاكي ، والأولى أن يقال ولأن الشأن (بالأسر والقسر) أي القهر (ثبت حق الاسترقاق فيه) أي في المأسور (فلا يجوز إسقاطه) أي إسقاط الحق (بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المقسومة ، ولأن في ذلك تقوية لهم على المسلمين فلا يجوز كرد السلاح إليهم .

وما رواه منسوخ بما تلونا . وإذا أراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها . وقال الشافعي «رح» يتركها لأنه عليه السلام نهي عن ذبح الشاة إلا لما كلة . ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء

(وما رواه) أي الشافعي (منسوخ بما تلونا) وهو قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ لأنه متأخر نزل بعد ذلك ، لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ فكان ناسخاً لما تقدم كله .

ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الاسير قياساً عليهم ، أو لحديث أبي عزة أو غيرها . والجواب أن قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير، وهي المناط وكذا المستأمن لعدم استحقاق رقبته ، وحديث أبي عزة متقدم على الأئمة وغيرها غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص شيء من ذلك .

(وإذا أراد الامام العود) أي إلى دار الإسلام (ومعه مواشي) جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم (فلم يقدر على نقلها) أي على نقل الماشية (إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها كما (١) قال الشافعي يتركها) وبه قال احمد «رح» ، وقال مالك يجوز عقرها لا إحراقها (لأنه ~~عقروا~~) أي أن النبي ﷺ (نهي عن ذبح الشاة إلا لما كلة) هذا غريب ، وروى ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا محمد بن فضل عن يحيى بن سعيد قال حدث أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشاً ... الحديث ، وفيه لا يعقرن شاة ولا بقرة إلا لما كلة بفتح الكاف وضمها مصدر الاكل .

(ولنا أن ذبح الحيوان يجوز بغرض صحيح ، ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء)

(١) وقال - هامش

ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار ، وصار كتخريب
البنيان ، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه ، وبخلاف العقر
لأنه مثله وتحرق الأسلحة أيضاً وما لا يحترق منها يدفن موضع لا
يطلع عليه الكفار ابطلاً للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب
حتى يخرجها إلى دار الإسلام . وقال الشافعي «رح» لا بأس
بذلك ، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار
الإسلام عندنا ، وعنده

والحاق الفيظ فتذبح (ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار ، وصار كتخريب
البنيان) والجامع قطع المنفعة عنهم (بخلاف التحريق قبل الذبح) حيث لا يجوز (لأنه
منهي عنه) أي لأن الحرق بالنار منهي عنه وفيه أحاديث منها مرواه البخاري عن
سليمان بن يسار عن أبي هريرة بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً
فأحرقوهما ، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً فاقتلوهما ولا
تحرقوهما ، فإنه لا يعذب بها إلا الله ، وأخرجه الترمذي في مسنده . وسمى الرجلين فقال
فيه إن وجدتم هباز بن الأسود ونافع بن عبد القيس .

(وبخلاف العقر) حيث لا يجوز (لأنه مثله) وهو حرام (وتحرق الأسلحة أيضاً)
لقطع قوتهم هذا إذا كان الامام لا يقطع من إخراجها إلى دار الاسلام ، وكانت مما يحرق
بالنار (وما لا يحترق منها) بأن كان من الحديد (يدفن في موضع لا يقدر (١) عليه الكفار
إبطالاً للمنفعة عليهم) لأنه قطع قوتهم بهذا السلاح يكون بالدفن .

(ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس
بذلك) أي بالقسم في دار الحرب بعدما انهزم المشركين ، وبه قال أحمد ، وقال مالك
يعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبي إلى دار الاسلام (وأصله) أي
اصل الخلاف (ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده) اي

(١) يطلع - هامش.

يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة من المسائل ، ذكرناها في
كفاية المنتهى له أن سبب الملك الإستيلاء إذا ورد على مال مباح
كما في الصيود ولا معنى للإستيلاء سوى اثبات اليد، وقد تحقق .
ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ، والخلاف
ثابت فيه، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ، ولأن الإستيلاء اثبات
اليد الحافظة والناقلة ،

وعند الشافعي (يثبت ويبتني على هذا الأصل عدة من المسائل) منها ان احداً من الغانين
إذا وطىء امة من السي فولدت فادعاء ثبت نسبه عنده وصارت الأمة ام ولد ، وعندنا
لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الأمة والولد والعقر بين الغانين ، ومنها
البيع لو باع الإمام او واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافاً لهم . ومنها
الارث إذا مات اخذ الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافاً لهم . ومنها لو لحق المدد
قبل القسمة لا يشاركه عندهم ويشارك عندنا ، ومنها لو اتلف واحد شيئاً من المغنم قبل
الإحراز لا يضمن عندنا خلافاً لهم (ذكرناها في كفاية) بتوفيق الله ، اراد بالكفاية
كفاية (المنتهى) وهو كتاب معدوم لم يقع في ديار العراق والشام ومصر .

(له) اي للشافعي (ان سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيد)^(١)
والاحتطاب (ولا معنى للإستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق) أي الإستيلاء .

(ولنا أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب) هذا
غريب ليس له أصل (والخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي (ثابت فيه)
أي في البيع فمن حرم البيع القسمة (والقسمة بيع معنى) أي من حيث المعنى لاشتغالها
على الأفراد والمبادلة لا محالة (فتدخل تحته) أي فتدخل القسمة تحت البيع ، فكما لا
يجوز البيع لا تجوز القسمة .

(ولأن الإستيلاء اثبات اليد الحافظة) وهي اليد التي يثبت بها حفظ العين (والناقلة)

(١) الصيود - هامش .

والثاني منعدم لقدرتهم على الإستنقاذ ووجوده ظاهراً . ثم قيل موضع الخلاف

أي وإثبات اليد الناقلة ومي التي تنقل العين من شخص إلى شخص ، قاله الأتزازي . وقال الكاكي والناقلة بأن ينقله كيف شاء يتصرف فيه ، وقيل الناقلة بالإحراز الناقل إلى دار الإسلام .

(والثاني) أي إثبات اليد الناقلة (منعدم لقدرتهم) أي لقدرة الكفرة (على الإستنقاذ) أي الاستخلاص لأنهم قاهرون بالدار معنى لأنها في أيديهم (ووجوده) بالجر عطف على قوله لقدرتهم ، أي لوجود الاستنقاذ (ظاهراً) لكون الدار في أيديهم ، لأن الدار إنما يضاف إلينا أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء وأما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم عرف أن القوة لهم ، ألا ترى أنه يحل للامام أن يرجع إلى دار الإسلام ويترك هذه البقعة في أيديهم والقوة على الاسترداد ظاهر يمنع ثبوت يد المسلمين ، بخلاف ما إذا فتحت البلدة ، لأنها صارت دار الإسلام لفتحها وإجراء الأحكام فيها ، فكان فتح البلدة كالأحراز بدارنا إليه أشار في المبسوط وفي السير الكبير دار الحرب الأرض التي يخاف فيها المسلمون من أرض العدو . ودار الإسلام ما غلب عليها المسلمون وكانوا فيه أمين .

(ثم قيل موضع الخلاف) قال الأكل أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة من الامام بدون الاجتهاد هل ثبت الملك لمن وقت القسمة في نصيبه من الأكل والوطىء وسائر الانتفاع أو لا ، فعنده يثبت ، وعندنا لا يثبت . وقال الأتزازي قوله ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب .

قال بعض المشايخ المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة كامتياز الملك عن ملك الغير أو مبادلة الملك بملكه على وجه يظهر أثره في حلق الوطء ونفاذاً كالبيع والهبة وغير ذلك . وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه ، أي بدون الملك ، انتهى . قلت تفسير الأكل يشعر بأن مضى قوله ثم قيل موضع الخلاف ، أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي . وتفسير الأتزازي يشعر بأن المراد من موضع الخلاف اختلاف المشايخ للنظر عن خلاف الشافعي ، والذي قاله الأكل أوجه على ما لا يخفى لأنه

ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، لأن حكم الملك لا يثبت بدونه، وقيل الكراهة تنزيه عند محمد «رح»، فإنه قال على قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» لا تجوز القسمة في دار الحرب. وعند محمد «رح» الأفضل أن يقسم في دار الإسلام.

لا خلاف بيننا وبينه فيما إذا فسد الامام عن اجتهاد أنه يجوز .
والخلاف فيما إذا قسم الامام لا عن اجتهاد كما صرح به المصنف بقوله (ترتب الأحكام على القسمة) ارتفاع ترتب الأحكام على أنه خبر لقوله مع منع الخلاف، وأراد بالأحكام أحكام الملك، وهي سائر الانتفاعات بالملك (إذا قسم الامام لا عن اجتهاد) قيد به لأنه إذا قسمها عن اجتهاد، جاز بالاتفاق، وإنما قيد بهذا ليظهر موضع الخلاف .
(لأن حكم الملك لا يثبت بدونه) أي بدون الملك ، معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة وقصد مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد، فيلزم منه ثبوت الملك ، وعندنا ليست بمترتبة ، فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً ، وهذا لأن الملك عليه لترتب الأحكام ، وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلوم ، وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم من عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول .

(وقيل الكراهة) أي قيل حكم قسم الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز ، لما أن في القسمة من قطع شركة المراد فنقل بها عقبهم في اللعوق بالجيش ، ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكون المدعو على بعضهم ، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة ، فلا يمنع جوازها . ثم أشار المصنف إلى الخلاف في الكراهة ، بل هي كراهة تنزيه أو كراهة تحريم ، فقال (وهي كراهة تنزيه عند محمد ، فإنه قال) فإن محمداً قال في السير الكبير (على قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» لا يجوز القسمة في دار الحرب . وعند محمد «رح» الأفضل أن يقسم في دار الاسلام) وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول

ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة. قال والردء والمقاتل في العسكر سواء

محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور، فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا.

وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف، وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل بالكراهة. وفي الجملة هذا الموضوع لا يخلو عن تسامح، والمخلص عنه إنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب، فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الأحكام المترتبة على القسمة. وقال بعضهم المراد به الكراهة، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين فافهم.

(وجه الكراهة أن دليل البطلان) أي دليل بطلان القسمة (راجح) على دليل جوازها لعدم تمام الاستيلاء (إلا أنه) أي أن دليل البطلان (تقاعد عن سلب الجواز) إذ القسمة تجوز بالاجماع، أما عنده فظاهر، وأما عندنا إذا كانت عن اجتهاد، نظيره قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الهرة سبع، فإنه لما تقاعد عن سلب الطهارة قلنا بعدم الكراهة، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الهرة ليست نجسة قلنا بالكراهة ثمة، كذا هنا (فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة) لأنه لما لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق تثبت الكراهة بذكر هنا فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة نفي الكراهة، لأن الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلاً حصل من معارضة الراجح والمرجوح الكراهة، كما في صورة الهرة، وهذا الذي ذكرنا من الكراهة عند عدم الحاجة، أما لو احتاج القراءة إلى الانتفاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب لتتحقق الحاجة.

(قال) أي القدوري (والردء) بكسر الراء وسكون الدال المهملة، وفي آخره همزة وهو العمون يقال رداء رداء أعانه، والراء بالفتح مصدر، والردء مرفوع بالابتداء، وقوله (والمقاتل) عطف عليه، وقوله (في العسكر) ظرف الاثنين، وقوله (سواء) بالرفع

لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو بشهود الواقعة على ما عرف ، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو لغيره لما ذكرنا ، وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركهم فيها ، خلافاً للشافعي «رح» بعد انقضاء القتال ، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل . وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز ، أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغنم فيها ،

خبر المبتدأ ، والقياس أن يقال سواء ، ولكن جاء في الاستعمال بالافراد وأيضاً قال الجوهرى وهما في هذا الامر سواء ، وإن شئت سواءان وهم سواء للجميع هم أسوأهم سواسية ، أي أثبتاه مثل ثمانية قياساً (لاستوائهم في السبب) أي سبب الاستحقاق (وهو المجاوزة) أي مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو بشهود الواقعة) عند الشافعي ، والواقعة صدمة الحرب ، كذا في جمل اللغة (على ما عرف) أي في طريق الخلاف .

(وكذلك) أي وكذلك مستوى مع المقاتل في الحرب (إذا لم يقاتل) أحد منهم (لمرض) أي لاجل كونه مريضاً (أو لغيره) أي أو غير المريض بأن بعثه الامام إلى حاجة ولم يحضر الواقعة (لما ذكرنا) من الاستواء في السبب .

وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الاسلام شاركهم فيها أي شارك المدد المسكر في الغنيمة ، وإنما أسند الفعل إلى ضمير الجماعة لأن المدد يقع على الجماعة (خلافاً للشافعي «رح» وبعد انقضاء القتال) فعنده إذا لحقوا بعد مضي الحرب وجمع الغنائم لم يشركهم ، وإذا لحقوا بعد مضي الحرب ، وقيل إحراز الغنائم ففيه قولان (وهو) أي المذكور من الخلاف (بناء على ما مهدنا من الأصل) أن سبب ملك الغنائم تمام القهر ، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده بتمام الانهزام .

(وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز) بدار الاسلام (أو بقسمة الامام في دار الحرب) قبل إلحاق المدد (أو ببيع الغنائم^(١) فيها) أي أو ببيع الامام الغنيمة في دار

(١) المغنم - هامش .

لأن بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق الشركة المدد .
 قال ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا . وقال
 الشافعي « رح » في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن
 شهد الواقعة ، ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد . ولنا أنه
 لم يوجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر
 السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق

الحرب قبل إلحاق المدد (لأن بكل واحد منها) أي بكل واحد من هذه الأشياء الثلاثة
 (يتم الملك) أي ملك الفزاة (فتنقطع شركة المدد) فلا يستحقون شيئاً .

(قال) أي القدوري (ولا حق لأهل سوق العسكر إلا أن يقاتلوا) أي ولا رضخ ،
 وبه صرح في المبسوط ، فإذا قاتلوا استحقوا السهم ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في
 قول . وقال أشهب المالكي لا يستحق احد منهم شيئاً وإن قاتل لعدم قصده الجهاد .

(وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله ~~عليه السلام~~) أي لقول النبي ﷺ (الغنيمة
 لمن شهد الواقعة) الصحيح أن هذا ليس بحديث مرفوع ، وإنما هو موقوف على عمر رضي
 الله عنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مطولاً ، حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن
 طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر
 رضي الله عنه ... الحديث ، وفيه كتب عمر رضي الله عنه أن الغنيمة لمن شهد الواقعة ،
 ورواه الطبراني في معجمه والبيهقي في سننه وقال هو الصحيح من قول عمر رضي الله عنه .
 (ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) أي سواد العسكر .

(ولنا أنه لم توجد المجاوزة) أي عن الدرب (على قصد القتال) لأن قصدهم
 التجارة لا إعزاز الدين ولا إرهاب العدو (فانعدم السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب
 بنسبة القتال كما هو مذهبنا أو شهود الواقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي ، فإذا كان
 كذلك (فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق) أي يفيد القتال استحقاق

على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال، وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه، وتأويله أن يشهدا على قصد القتال
وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين
قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعا منهم فيقسمها .
قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم
وهو رواية السير الكبير

السهم (على حسب حاله) أي حال السوق حال كونه (فارساً أو راجلاً عند القتال) إن
قاتل فارساً فله سهم الفرسان ، وإن قاتل رجلاً فله سهم الرجال .
(وما رواه) أي الشافعي (موقوف على عمر رضي الله عنه) وقد ذكرناه ، فإذا
كان موقوفاً عليه يكون كلام الصحابي وتقليل الصحابي ليس بحجة عنده ، فكيف يحتاج
بما ليس بحجة عنده علينا (وتأويله) أي وتأويل هذا الذي احتج به الشافعي إن صح
(أن يشهدا على قصد القتال) أي لم يشهد الواقعة على نية القتال .
(فإن لم يكن للإمام حمولة) بفتح الحاء يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار
(يحمل عليها) أي على الحمولة (الغنائم) جمع غنيمة (قسمها) أي الغنائم (بين الغانمين
قسمة إيداع) أي على وجه الوديعة لا قسمة تملك (ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعا
منهم) أي من الغانمين (فيقسمها) بينهم بعد ذلك .
(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (هكذا ذكر في المختصر) أي هكذا
ذكر القدوري في مختصره حيث قال وإن لم يكن للإمام حمولة ... إلى آخر ما ذكرنا من
كلام المصنف (ولم يشترط) أي القدوري (رضاهم) أي رضاهم الغانمين بل ذكره
مطلقاً (وهو) أي القدوري ، ذكره القدوري مطلقاً (رواية السير الكبير) حيث قال
فيه بكرهم على ذلك لكن بإجارة ، وهي رواية القدوري في مختصره لأن فيه دفع
الضرر العام بالخاص ، ولأن منفعتهم عائدة إليهم فله أن يفعل ذلك لحقهم ، فصار كما كول ،
فصار إلى تناول طعام الغير حيث يتناولها بالفنيمة .

والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حولة يحمل على الغنائم عليها ، لأن الحولة والمحمول ما لهم ، وكذا إذا كان في بيت المال فضل حولة ، لأنه مال المسلمين ، ولو كان للغنائم أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير ، لأنه ابتداء إجارة ، وصار كما إذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حولة ويجبرهم في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص .

(والجملة في هذا) أى جملة الكلام في هذا الموضوع (أن الامام إذا وجد في المغنم حولة يحمل الغنائم عليها ، لأن الحولة والمحمول ما لهم) من نظر حمل ما لهم على ما لهم (وكذا) أى حكم (إذا كان بيت المال فضل حولة ، لأنه) أى لأن بيت المال (مال المسلمين) فتحمل ما لهم بما لهم .

(ولو كان) أى ما يحمل عليه (للغنائم أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير) لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بما للغير إلا بطيبة من نفسه ، فيكون هذا خيراً على الاجارة ابتداء ، وهو معنى قوله (لأنه ابتداء إجارة) فلا يجوز . قوله ابتداء إجارة احترازاً عن إجارة في حالة البقاء حيث تجوز الحرمة باتفاق الروايات . كمن استأجر سفينة شهراً فمضت المدة وسط البحر ، فإنه ينقصد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك بأجر المثل ، ذكره في المحيط .

(وصار كما إذا نفقت دابة) أى كما إذا هلكت دابة إنسان (في مفازة ومع رفيقه فضل حولة) حيث لا يجبر على الحمل بأجر المثل بلا رضاه ، فكذا هذا (ويجبرهم) أى الامام (في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص) أى لأن الاجبار على الإجارة دفع الضرر العام بتحصيل الضرر الخاص آلة السفينة في وسط البحر ، والدابة في وسط المفازة عند مضي مدة الإجارة أو مات صاحب الدابة أو السفينة ، فلأنه تبقي الإجارة والأجر من الغنيمة .

ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها. وفيه خلاف الشافعي «رح» وقد بينا الأصل. ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له بالغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته، لأن الإرشاد يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده، وقال الشافعي «رح» من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه.

قال ولا بأس بأن يعلف

(ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب ، لأنه لا ملك قبلها) أي قبل القسمة ، ومع هذا إذا باع الإمام صح ، لأنه مجتهد فيه ، ذكره في شرح الطحاوي ، فلم بهذا أن المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة لا نفي ترتب الأحكام ، والكراهة أيضاً فيما إذا باع لا حاجة الغزاة . وإذا باع لدفع حاجتهم فينبغي أن لا تكثره ، لأنه مال أهل الحرب مباح ، وبالضرورة يستباح المحظور ، فلأن يستباح المباح والكراهة مع الإباحة (وفيه) أي وفي بيع الغنائم قبل القسمة (خلافاً للشافعي) فعنده يجوز ، لأن سبب الملك عند الإستيلاء (وقد بينا الأصل) أن الملك للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا خلافاً له .

(ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة . ومن مات منهم بعد إخراجها) أي بعد إخراج الغنيمة (إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته) لورثة الذي مات من الغانمين (لأن الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز) بدار الاسلام (وإنما الملك) يثبت (بعده) أي بعد الاحراز بدار الاسلام .

(وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده) أي عند الشافعي «رح» (وقد بيناه) أي في مسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب . (قال ولا بأس بأن يعلف) يقال علف الدابة يعلف علفاً من باب ضرب يضرب إذا

العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجده من الطعام . قال العبد الضعيف أرسله ولم يقيد بالحاجة ، وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغائمين فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه ، وعلف ظهره

أطعمها العلف . وقال ابن دريد لا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف ، والعلف بفتح اللام كل ما أعلفه الدابة ، والعلف بسكون اللام مصدر كما ذكرناه . وقوله (العسكر) بالرفع فاعل يعلف المفعول محذوف وهو الدابة ، ولفظ يعلف يدل عليه ، لأن العلف يكون للدابة (في دار الحرب ويأكلوا ما وجده من الطعام) .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (أرسله) أي القدوري يعني أطلقه (ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها) أي شرط الحاجة محمد «رح» (في رواية) وهي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في الأخرى) أي في الرواية الأخرى ، وهي رواية السير الكبير ، واختارها الكرخي في مختصره وتبعه القدوري حيث أطلقها .

(وجه الأولى) أي وجه الرواية الأولى ، وهي رواية السير الصغير (أنه) أي أن ما وجدوه من العلف والطعام (مشترك بين الغائمين ، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة ، كما في الثياب والدواب) أي كما لا يباح الاستعمال في الثياب والدواب والسلاح إلا للحاجة . (وجه الأخرى) أي وجه الرواية الأخرى وهي رواية السير الكبير (قوله عليه السلام)

أي قول النبي ﷺ (في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا (ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره) أي دابته . قال في الفائق

مدة مقامه فيها، والميرة منقطعة، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة، فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه، والدابة مثل السلاح والطعام كالحبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال ويستعملوا الحطب. وفي بعض النسخ الطيب ويدهن بالدهن

الظهر الراحلة. وقال في المغرب لفظ الظهر مستعار للدابة (مدة مقامه فيها) أي في دار الحرب (والميرة) أي الطعام (منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة) أي للاجتماع. (بخلاف السلاح) حيث لا يستعمله (لأنه) أي لأن الغازي (يستصحبه) أي مستصحب السلاح (فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه) أي وقد تمس (الحاجة) إلى السلاح بأن سقط السيف من يده أو انكسر أو نهب أو نحو ذلك (فيعتبر حقيقتها) أي حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة (فيستعمله) أي فيستعمل السلاح (ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه) أي عن السلاح (والدابة مثل السلاح) أي يعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا إذا اعتبر فيها الركوب، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام، حتى يجوز ذبح الإبل والبقر والغنم للأكل، ذكره في المحيط والإيضاح (والطعام) أي المراد من الطعام المذكور فيما مضى من قوله ويأكلوا ما وجدوه من الطعام (كالحبز واللحم ولا يستعمل فيه) أي في الحبز (كالسمن والزيت).

(قال) أي القدوري (ويستعملوا الحطب) لتعذر نقله من دار الإسلام (وفي بعض النسخ) أي في نسخ القدوري (الطيب) أي ويستعملوا الطيب، وهذا ليس بصحيح، لأن القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب (ويدهنوا بالدهن) هذا أيضاً لفظ القدوري المراد به الدهن المأكول كالزيت، لأنه لما صار مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به، بل يرده إلى الغنيمة، كذا ذكره القدوري في شرحه. وفي المحيط لو أصابوا سمماً أو زيتاً أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطوبة أو سكر أو بصلاً أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة

ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ، ويقاقلوا بما يجدونه
من السلاح، كل ذلك بلا قسمة، وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح

لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ، ولا يجوز تناول شيء من الأدوية والطيب ودهن
البنفسج ودهن الخيري لأن هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية ، بل
يستعمله للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب ، فلا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثير ،
لقوله ~~يقول~~ ردوا الحيط والمحيط . وقال فيه وما استهلكه في دار الحرب مما له قيمة أو
ليس له قيمة فذلك هدر .

(ويوقحوا به الدابة) هذا أيضاً لفظ القدوري ويوقحوا من التوقيح ، وتوقيح الدابة
تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفى ، أى رق من كثرة المشي ، وفي الجمل
الضرووق الحافر ، أى أصلب . قال الأتراسى وهذا خطأ ، كذا في المغرب ونسخة
الامام حافظ الدين الكبير رحمه الله بخط يده بالراء من الترقيح، وهو المنقول عن المصنف،
قال هكذا قرأناه على المشايخ . قال في الجهر رقع فلان عيشه ترقيحاً إذا أصلحه . وقال
الكاكي قال شيخى العلامة صاحب النهاية ، ولكن صححه شيخى مولانا حافظ الدين
بالراء من الترقيح وهو الاصلاح ، وهو أصح لأنه أعم ، وقال الأتراسى رأيت في نسخة
شيخى ثقة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة إحدى وأربعمائة بالواو كما
قال صاحب المغرب لا بالراء ، انتهى . وكذا رأيت بخط شيخى العلاء أنه بالواو أولى
(لمساس الحاجة إلى جميع ذلك) أشار به إلى جميع ما ذكرناه من قوله والطعام
كالخبز إلى هنا .

(ويقاقلوا بما يجدونه من السلاح) هذا لفظ القدورى معطوف على قوله بأن يعلق
المسكر (كل ذلك بلا قسمة) هذا أيضاً لفظ القدورى أى كل ما قلنا من علف للدابة
وأكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن ، والقتال بسلاح الغنيمة قبل مسها
(وتأويله) أى تأويل قول القدورى ويقاقلوا بما يجدونه من السلاح (إذا احتاج إليه
بأن لم يكن له سلاح) وإنما احتاج إلى هذا التأويل ، لأنه إذا احتاج الغازى إلى استعمال

وقد بيناه . ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام ، وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض ، لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة ، لأنه بدل عين كانت للجماعة .

سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز (وقد بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه مستصحبه إلى آخره .

(ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً) هذا أيضاً لفظ القدورى ، وأشار بذلك إلى ما ذكره من قوله من يعلف للدواب وأخذ الطعام للأكل والخطب للاستعمال الدهن بلا ادهان والسلك للقتال (ولا يتمولونه) هذا أيضاً لفظ القدورى من التمول وهو صيانة ذلك ، وادخاره إلى وقت الحاجة . وقال الأتراسى ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قول أن يبيعه لأن ذلك عكس الغرض ، أى لا يبيعونه ولا يتمولونه ، فلو كان عطفاً على أن يبيعوا كان اثبات التمول لان نفي النفي اثبات (لان البيع يترتب على الملك ولا ملك) أى هنا (على ما قدمناه) من قوله أنه لا ملك قبل الاحراز (وإنما هو إباحة) أى الانتفاع بالاشياء المذكورة إباحة لهم للحاجة وقد زالت الحاجة فلا تبقى الاباحة (وصار) هذا (كالمباح له الطعام) يعني كما إذا أباح طعامه لغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول .

(وقوله) أى وقول القدورى رحمه الله (ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة إلى ذلك) أى إلى البيع بشيء من هذه الاشياء ، لانه فى معنى التمول ، ولا حاجة لهم إلى ذلك (فإن باعه أحدهم) أى فإن باع شيئاً من الاشياء التي لا يجوز بيعها أحدهم ، أى أحد الغانمين (رد الثمن إلى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة) أى عوض عين مشتركة بين الغانمين .

وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لان حق المدد محتمل ، وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ، ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الإنتفاع في الفصلين ، فإن احتاج الكل يقسم في الفصلين ، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السي حيث لا يقسم ، لان الحاجة إليه

(وأما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك) أي لأجل اشتراك الغائمين فيها (إلا أنه) أي غير أن الشأن (يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى) بأن يستباح .

(وهذا لأن حق المدد) هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال كيف جازت القسمة وفيها قطع حق الغير ، وهو المدد لأن المدد إذا لحقهم بشوكتهم ، فأجاب بقوله وهذا أي جواز القسمة لأن حق المدد الذي يأتي (محتمل وحاجة هؤلاء) أي العسكر الموجودين (متيقن بها) أي بالحاجة (فكان) أي المتيقن بها (أولى بالرعاية) لأنه لا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين (ولم يذكر) أي محمد « رح » في كتاب السير (القسمة في السلاح) إذا احتاجوا إليه (ولا فرق في الحقيقة) بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة (فإنه) أي فإن الثياب (إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب (وإن احتاج الكل) أي كل الغزاة (يقسم في الفصلين) المذكورين .

(بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السي حيث لا يقسم ، لأن الحاجة إليه) أي إلى السي

في فضول الحوائج . قال ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب
أحرز بإسلامه نفسه ، لأن الإسلام ينافي ابتداء الإسترقاق
وأولاده الصغار ، لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً ، وكل مال
هو في يديه لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ،

(في فضول الحوائج) لا من أصولها . وفي المبسوط لا يقسم السبي وإن احتجج إليه قبل
الإحراز ، لأنه لا يقع حاجة الأحياء ولا يبيحهم ، لأنه لا يملكهم قبل الإحراز ، فإن
أطاعوا المشي يمسيهم ، لأن في الأركان اعزاز وهم أصل الصغار أي الذل . فإن لم يطيقوه
وليس معه فضل حاملة ولم تطب نفسه من معه فضل حاملة قبل الرجال وترك النساء
والصبيان ، لأن النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان ، وهل يكره
من عنده فضل حاملة على الحمل فيه روايتان .

(قال) أي القدوري (ومن أسلم منهم) أي من الكفار ، هذا لفظ القدوري (معناه
في دار الحرب) هذا لفظ المصنف «رح» أي معنى قوله ومن أسلم منهم ، أي أسلم في
دار الحرب انها احتاج إلى هذا التأويل ليقع الإحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الاسلام
ثم ظهرنا على دار الحرب كان أولاده وأمواله كلها فينا (أحرز بإسلامه نفسه ، لأن الاسلام
ينافي ابتداء الاسترقاق) احتراز به عن الاسترقاق بقاء ، لأن الاسلام لا ينافيه ، وهذا
لأن الرق جزاء الكفر الأصل فانهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيداً لله عز وجل جازاهم
الله عز وجل بأن يكونوا عبيد عبيده ، بخلاف الرق في حالة اليأس ، فإنه صار من الأمور
الحكمية (وأولاده الصغار) بالنصب عطف على قوله نفسه ، أي وأحرز أيضاً أولاده
الصغار ، احتراز به عن أولاده الكبار على ما يجيء .

(لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً) أي بإسلام الأب بطريق التعمية له فصاروا إحرازاً
(وكل مال) بالنصب أي أحرز كل مال (هو في يده لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ
(من أسلم على مال فهو له) هذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث
باسين الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين غلبة أو ودیعة في
يد مسلم أو ذمي ، لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كیده ،
فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء ، وقال الشافعي «رح»
هو له لأنه في يده فصار كالمثقول . ولنا أن العقار في يد أهل الدار
وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة .

أسلم على شيء فهو له . ورواه ابن عدي في الكامل والبيهقي وأعله ياسين الزيات ، وأسند
تضعيفه من البخاري والنسائي وابن معين ، ورواه البيهقي وقال إنها يروى عن ابن أبي
مليكة ، وعن عروة مرسلًا .

(ولأنه) أي ولأن الذي أسلم (سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين) أي الغالبين
(عليه) أي على المال (أو ودیعة) بالرفع عطفاً على قوله هو في يده (في يد مسلم أو
ذمي لأنه) أي لأن الودیعة ، ذكر الضمير باعتبار الموضع (في يد صحيحة) احتز به
عن يد الغاصب (محترمة) احتز به عن الحربي (ويده) أي يد كل واحد من المسلم
والذمي (كیده) لأنها عاملان له واثبان في الحفظ ، فان كانت ودیعة عند حربي تصير
فيئاً على رواية أبي حفص ، وعلى رواية أبي سليمان لا يكون فيئاً .

(فإن ظهرنا على الدار) أي فإن غلبنا على دار الحرب التي أسلم المذكور منها (فعقاره
فيء) هذا ذكره في شرح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافاً بين أصحابنا ، وليس في
الأصل أيضاً ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبو الليث قال في شرح الجامع الصغير ، قال أبو
يوسف «رح» في الأمالي لا يصير فيئاً ، وهو قول الشافعي «رح» ، وإليه أشار بقوله
(وقال الشافعي «رح» هو له) أي العقار الذي أسلم ، وبه قال مالك وأحمد (لأنه في
يده) أي لأن العقار في يده (فصار كالمثقول) حيث يكون له بلا خلاف .

(ولنا أن العقار في يد أهل الدار) أي دار الحرب (وسلطانها) أي وفي يد سلطانها
(إذ هو) أي العقار (من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بخلاف المثقول .

وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» الآخر ، وفي قول محمد «رح» وهو قول أبي يوسف «رح» الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما، وعند محمد «رح» يثبت وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي «رح» . هو يقول انه مسلم تبعاً كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره ، بخلاف المنفصل لأنه حر

(وقيل هذا) أي قول القدوري فمقاره فيء (قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» الآخر) أي القول الآخر ، وإنما ذكره بقوله قيل هذا لأن الظاهر عن أصحابنا لاختلاف فيه (وفي قول محمد «رح» وهو قول أبي يوسف الأول ، هو) أي العقار (كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما) أي عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» .

(وعند محمد «رح» يثبت) وفي شرح الطحاوي ما كان غير منقول في مثل الدار والعقار والزروع إذا كان غير محصود عندهما ، وعند محمد «رح» المنقول وغير المنقول سواء (وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه) أي لا تتبع زوجها (في الإسلام) فيكون فيئاً (وكذا حملها) أي حمل المرأة (فيء خلافاً للشافعي «رح» فإنه يقول) أي الشافعي (أنه) أي أن الحمل (مسلم تبعاً) أي لأبيه (كالمنفصل) أي كالولد المنفصل .

(ولنا أنه) أي أن الحمل (جزؤها) أي جزء أمة (فيرق برقها) أي برق أمه (والمسلم محل للتملك) تقديره مسلماً أنه مسلم تبعاً ، لكن المسلم محل للتملك ، هذا جواب عن قول للشافعي «رح» أنه مسلم ليكون ملكاً (تبعاً لغيره) كما إذا تزوج المسلم أمة الغير فيكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه .

(بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل تقديره (لأنه) أي لأن المنفصل (حر

لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار ، ولأنهم كفار حريون ولا تبعية . ومن قاتل من عبيده فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده ليست محترمة ، وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» . وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً . قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر محمد «رح» الإختلاف في السير الكبير .

لانعدام الجزئية عند ذلك) أي عند الإنفصال (وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حريون ولا تبعية) لأبيهم (ومن قاتل من عبيده) أي من عبيد الذمي الذي أسلم (فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده) ، وصار تبعاً (لأهل الدار) أي لأهل دار الحرب (وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده) أي يد الحربي (ليست بمحترمة) اعترض عليه بأن مات مقام غيره فإنما يعمل بوصف الأصل كالتراب مع الماء في التيمم . ولما قام الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده كيد المسلم محترمة نظراً إلى نفسه لا نظراً إلى الحربي .

وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي ، وقيام يد المالك عليها حكمي ، واعتبار الحكمي ان أوجب عصمتها ، فباعتبار الحكمي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة ، لأن المال في أصله على صفة الإباحة ، وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية لو ثبتت يد المالك المصوم له حقيقة وحكماً مع الاحترام ، لانه بدون الاحترام يتعارضها جهة الإباحة الاصلية ، فلا يثبت بالشك .

(وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً) ثم (قال العبد الضعيف) أي المصنف «رح» كذا ذكر الخلف في السير الكبير) يعني ذكر الخلف بين أبي حنيفة «رح» في فاحية ، وبين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، في فاحية .

وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد «رح» .
لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعها
ماله فيها . وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر
معصومة بالاسلام ،

(وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمها الله) حيث جعل
الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ، وبين محمد «رح» ، وجعل أبا حنيفة «رح»
وأبا يوسف «رح» في ناحية ، وجعل محمد «رح» في ناحية . وقال الاترازي وما كان
غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» ، وقال محمد «رح» لا يكون
فيئاً . وفي بعض نسخ الهداية وقالوا لا يكون فيئاً وليس ذلك بصحيح ، انتهى . فهو أراد
أن الصحيح ما ذكره أولاً مصدرأله أو هو كون الخلاف بين أبي حنيفة «رح» وبين
محمد «رح» ، ولكن قول المصنف «رح» بعد هذا لهما ، وبعده له يدل على أن الصحيح قول
فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا لا يكون فيئاً .

فإن قلت يحتمل أن يكون قوله لهما أي لابي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» بقرينة
ذكره بقوله ، وذكر في شرح قول أبي يوسف «رح» . قلت قال الاكمل في قوله وله أنه
مال ، أي ولابي حنيفة «رح» فدل على أن المراد من قوله لهما أي لابي يوسف «رح» ومحمد
«رح» ، فدل هذا كله أن الذي مال إليه المصنف «رح» هو الخلاف الذي بين أبي حنيفة
«رح» وبين أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» ، ودل أيضاً أن الذي قاله الاترازي وفي بعض
نسخ الهداية وقالوا لا يكون فما تصحيح غير صحيح فتأمل وقدبر .

(لهما) أي لابي يوسف «رح» ومحمد «رح» (أن المال تابع للنفس وقد صارت) أي
نفسه (معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها) أي يتبع ماله نفسه في العصمة .

(وله) أي ولابي حنيفة «رح» (إنه مال مباح فيملك بالاستيلاء) يعني الذي غصبه
المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم ، والمباح تملك بالاستيلاء ،
فكان فيئاً للغزاة (والنفس لم تصر معصومة بالإسلام) جواب عن قولها أن المال تابع

ألا ترى أنها ليست بمتقومة ، إلا أنه محرم التعرض في الأصل
لكونه مكلفاً وإباحة التعرض يعارض شره ، وقد اندفع
بالاسلام ، بخلاف المال ، لأنه خلق عرضة للإمتهان فكان محلاً للملك
وليس في يده حكماً فلم تثبت العصمة . وإذا خرج المسلمون من دار
الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لأن الضرورة
قد ارتفعت والإباحة باعتبارها ، ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه

لنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبمه ما لها فيها ، أى في العصمة . وتقرير الجواب
أنا لا نسلم أن النفس صارت معصومة بالإسلام وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنها) أى
أن النفس (ليست بمتقومة) لأن العصمة المتقومة لا تثبت إلا بدار الإسلام ، ولهذا إذا
قتله مسلم عمداً أو خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا ، خلافاً للشافعي «رح» .

ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار إليه بقوله (إلا أنه محرم التعرض في الأصل) هذا
في الحقيقة جواب عما يقال لو لم تكن معصومة لما كانت تحرم التعرض كالحربي وليس
كذلك ، وتقدير الجواب أنه يحرم التعرض في الأصل يعني في نفس الامر (لكونه مكلفاً)
أى لكون الآدمي مخلوقاً لتحمل أعباء التكليف ، ولا يتمكن من إقامتها إلا بالبقاء ، ولا
بقاء إلا بالعصمة وحرمة التعرض (وإباحة التعرض) إنما هي (يعارض شره ، وقد اندفع
بالإسلام) فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة .

(بخلاف المال ، لأنه خلق) في الأصل (عرضة للإمتهان) بأنواع الانتفاعات
(فكان محلاً للملك) فكان المقتضى موجوداً ، والمانع منتف ، لأن المانع كونه في يده
حقيقة وحكماً (وليست في يده حكماً) لأن يد الغاصب ليست بنائية عن يد المالك
(فلم تثبت العصمة) فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان شيئاً .

(وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا) أي دوابهم (من الغنيمة ولا
يأكلوا منها ، لأن الضرورة قد ارتفعت ، والإباحة باعتبارها) أى باعتبار الضرورة
(ولأن الحق) أى حق المسلمين (قد تأكد) وتقرر (حتى يورث نصيبه) يعني إذا مات

ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة ، معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعي «رح» مثل قولنا ، وعنه أنه يرد اعتباراً بالمتلصص . ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الاحراز ، فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محايوج ،

في هذه الحالة (ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام) للضرورة .
(ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال الحنصر (معناه) أي معنى قول القدوري رده إلى الغنيمة (إذا لم تقسم) أي الغنيمة لانها إذا قسمت لا ينافي الرد .
(وعن الشافعي «رح» مثل قولنا ، وعنه أنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص) كما إذا دخل الواحد أو الإثنان دار الحرب بلا إذن الإمام بنية الغارة قالوا شيئاً فلا يكون ذلك مشتركاً بين الغانمين لأنه مباح سبقت يده إليه ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة .
(ولنا أن الإختصاص) أي اختصاص العلف والطعام وخبر أن محذوف تقديره أن الإختصاص حاصل أو كائن ، وقوله (ضرورة الحاجة وقد زالت) أي الضرورة ، هكذا أفاد شيخنا العلامة رحمه الله بخطه (بخلاف المتلصص) يعني قياسه المتلصص غير صحيح لوجود الفارق (لأنه) أي لأن المتلصص (كان أحق به) أي بالذي أخذه (قبل الاحراز) بدار الاسلام (فكذا بعده) أي بعد الاحراز من سائر الغانمين (وبعد القسمة) ابتداء مسألة مستقلة بذاتها ، أي بعد قسمة الامام ، يعني إذا جاءوا بما فضل من علف أو طعام أخذوا من القسمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام (تصدقوا به) أي بما فضل من ذلك بعينه إن كان قائماً (إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محايوج) أي إن كانوا محتاجين ، كذا في المغرب ، يقال حاج يحوج حوجاً ، أي احتاج ، والحائجة والحوجاء والحاجة حاجة بمعنى واحد على هذه اللغة قيل حوائج في جمع حائجة ، كذا نقل ابن دريد

لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فإن لله خمسة

عن الأصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر ابن دريد الهاويج ، وكأنها جمع محوج لإسم فاعل بإشباع الياء ، لأن أحوج يحيى لازماً ومتعدياً ، يقال أحوج الرجل إذا احتاج وأحوجه إليه غيره .

(لأنه) أى لأن الذى فضل بعد القسمة (صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لأنهم تفرقوا فرقين (وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته ، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل) أى الفقير يحل له التناول من قيمته ، لأن القيمة تقوم مقام الأصل (فأخذ حكمه) أى أخذت القيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير القسمة على تأويل ما تقوم ، أو على تأويل المذكور ، هكذا قال الأكل . قلت هذا على تقدير أن يكون فأخذ فعلا ماضياً . وقال الأتوازي فأخذ حكمه والخذ حكم الأصل فهو جملة مصدرأ مجروراً عطفاً على ما قبله وضبط شيخني رحمه الله في نسخته على ما قاله الأكل رحمه الله .

(فصل)

أى هذا فصل في بيان كيفية قسمة الغنائم ، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين . وقال بعض أوائل الحساب القسمة تقريق أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر من الآحاد ، يعني تقريق المال المقسوم على حدة آحاد المقسوم عليه ، وهذا لا يتأتى إلا في الصحاح ، والصحيح أن يقال معرفة نصيب الواحد .

(قال) أى القدورى (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فإن لله خمسة

وللرسول ﴿ ٤١ الأنفال ، استثنى الخمس ، ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لأنه عليه السلام قسمها بين الغانمين ، ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة . وقال الفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي «رح» لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أسهم

وللرسول ﴿ ٤١ الأنفال ، استثنى الخمس) أى أخرجه ، استعمار الاستثناء للخارج أجد ، معناه فيه فكان استثنى معنى لا لفظاً . وقال الكاكي ويحتمل أن يكون من استثيت الشيء إذا زويته لنفسه ، من تى العود إذا اختار عطفه ، أى استثنى الله الخمس لنفسه بقوله ﴿ فإن لله خمسة ﴾ وقال تاج الشريعة قوله ﴿ فإن لله خمسة ﴾ استثنى من حيث المعنى لاخراج الخمس مما غنموا أو لان حكم المستثنى بخلاف حكم المستثنى منه ، وهنا كذلك ، لان حكم الخمس أن يكون لغير الغانمين وحكم أربعة الأخماس ان يكون للغانمين فيكون مخالفاً .

(ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لانه ﷺ) أى لان النبي ﷺ (قسمها بين الغانمين) أى قسم أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين ، وأخرجه الطبراني في معجمه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة ثم قرأ ﴿ واعلموا أنها غنمتم من شيء فإن لله خمسة ﴾ ... الآية ٤١ الأنفال ، فجعل سهم الله وسهم الرسول واحداً ، ولذى القربى سهم ، ثم جعل هذين للسهمين قوة في الخيل والسلاح ، وجعل سهم اليتامى وسهم المساكين وسهم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم ، ثم جعل الأربعة أسهم الباقية للفارس سهمان ، وللراجل سهم ، وللراجل سهم .

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة «رح») وبه قال زفر (وقالا) أي أبو يوسف «رح» ، ومحمد «رح» (للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي «رح») ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم (لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أسهم

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ، ولأن الاستحقاق بالغناء
وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل ، لأنه للكر والفر والثبات
والراجل للثبات لا غير ، ولأبي حنيفة «رح» ما روى ابن عباس
رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أعطى الفارس سهمين ،
والراجل سهماً

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً (هذا الحديث رواه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن
عمر رضي الله عنه . وفي لفظ عن أصحاب السنن عن ابن عمر «رض» أيضاً أن رسول الله
ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهماً له وسهمان لفرسه .
(ولأن الإستحقاق بالغناء) أي بالكفارة ، وهو بالفتح والمد ، وهو بالعين المعجمة ،
يقال أغنيت عنك ، يعني فلان ، ومضاه إذا أجزأت عنه وينيب منابه ، وكفيت كفايته
(وغناؤه) أي غناء الفارس ، أي كفايته (على ثلاثة أمثال الراجل لأنه) أي لأن الفارس
(للكر) الكر بالتشديد الرجوع (والفر) بفتح الفاء وتشديد الراء الفرار ، قال امرء
القيس في قصيدته :

مكر مفر مقبل مدبر معاً كجلود صخر حطه السيل من عل
(والثبات) أي للثبات في الحرب (والراجل للثبات لا غير) فإن قلت الفرار غير
محمود ، وكيف يوصف به الفارس . قلت الفرار في موضعه ممدوح كيلا يرتكب النهي
المذكور في قوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ ١٣٥ البقرة .

(ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابن عباس رضي الله عنها أن النبي ﷺ أعطى
الفارس سهمين والراجل سهماً) هذا غريب من حديث ابن عباس ، وفي الباب أحاديث
منها ما رواه أبو داود في سننه عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الأنصاري ، قال سمعت
أبا يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن محمد «رح» مجمع بن
حارثة الأنصاري وكان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله
ﷺ إلى أن قال فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسما رسول الله ﷺ على ثمانية عشر

فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله وقد قال عليه السلام للفارس
سهمان وللراجل سهم وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه
أن النبي عليه السلام

سهما فكان الجيش ألفاً وخمسمائة ، فيهم ثلاثمائة فارس ، فأعطى الفرس سهمين وأعطى
صاحبه سهما . قال أبو داود وهذا وهم إن كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين ،
وأعطى صاحبه سهما ، قال وحديث ابن عمر أنه رضي الله عنه أعطى الفارس ثلاثة أسهم أصح ،
والعمل عليه .

وقال ابن القطان في كتابه وعله هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع ، ولا يعرف
منها ما رواه الطبراني بإسناده إلى مقدار بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس له يقال له
سبخه فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم لفرسه سهم واحد وله سهم ، وفي إسناده محمد بن عمر الواقدي
في تفسيره في سورة الأنفال عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت أصاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين
والراجل سهما .

(فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله) أي فتعارض فعل النبي صلى الله عليه وسلم وهما في حديث ابن
عمر رضي الله عنها الذي احتج به المصنف لأبي حنيفة ومحمد «رح» ، المذكور آنفاً ،
وحديث ابن عباس المذكور لأبي حنيفة رضي الله عنه ، وليت شعري ما هذه المعارضة ،
حديث ابن عباس ليس له أصل كما ذكرنا عن هذا . قال الأكل وطريقه استدلال لأبي
حنيفة «رح» بحديث ابن عباس رضي الله عنه يخالفه لقواعد الأصول ، فإن الأصل أن
الدليلين إذا تعارضا تعذر الترجيح والتوفيق يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله ، وهو قال
فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المهود في مثله أن يستدل بقوله لأن
القول أقوى .

(وقد قال رضي الله عنه للفارس سهمان وللراجل سهم) هذا لأجل بيان قوله فيرجع إلى
قوله وهذا الحديث غريب جداً ، وقد أخطأ من عزاه إلى ابن أبي شيبة ولفظ هذا الحديث
في حديث عمر الذي ذكره بعد هذا (كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنها أن النبي

قسم للفارس سمين وللراجل سهما، وإذا تعارضت رواياته ترجحت رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد

قسم للفارس سمين) أي وكيف يحتج لأبي يوسف «رح» ومحمد «رح» بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ، والحال أنه قد روي عن ابن عمر أيضاً أن النبي ﷺ أسهم للفارس سمين، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو أسامة وابن غير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن أبي وابن عمر أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سمين (وللراجل سهما) ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الدارقطني في سننه وقال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم عند ابن أبي شيبة ، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما روه عن ابن غير خلاف هذا ، وكذلك رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا المعنى يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم .

(وإذا تعارضت رواياته) أي روايتا ابن عمر (ترجحت رواية غيره) قال الأترابي إن سلمت رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها . وقال صاحب النهاية قوله وإذا تعارضت رواياته ، أي روايتا ابن عمر ، وهي روايتها عنه على وفق مذهبها ، ورواية أبي حنيفة «رح» أيضاً على وفق مذهبه . قوله ترجعت بأي رواية غيره وهو ابن عباس رضي الله عنهما ثم قال ومعنى قوله ترجح ، أي سلم رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها ، لأن المرجح لا بد من المرجح، ورواية ابن عمر بعد التحافظ بالتعارض لا تصلح مرجحة انتهى . قلت لا معارضة أصلاً في روايتي ابن عمر ، لأن الصحيح في الرواية التي فيها ثلاثة أسهم للفارس كيف تعارضها التي فيها سمين وهي غير ثابتة على الصحة فيما ذكرنا ، وكيف يقول صاحب النهاية ومن تبعه من الشراح أن رواية ابن عباس سلمت عن المعارض فيعمل بها والحال أنه لم يصح كما ذكرنا ، وهذا كله من آفة التعليل ، وعدم رجوعهم إلى مدارك الأحاديث .

(ولأن الكر والفر من جنس واحد) لأن الفر إنما يحل للكر لا لذاته ، لأنه غير مستحسن في نفسه ، وإنما المستحسن منه ما كان لأجل الكر ، فكانا نوعاً واحداً ، ولا

فيكون غناؤه مثل غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم إلا للفرس واحد . وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين لما روي أن النبي عليه السلام أسهم لفرسين ،

يكون الفر نوعاً آخر (فيكون غناؤه) أي غناء الفارس (مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم) لأن سبب الغناء في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين ، وفي الراجل نفسه فيعطى سهماً ، وفيه تأمل ، لأن الرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية .
(ولأنه) أي ولأن الشأن (تعذر اعتبار مقدار الزيادة) لأن مقدار الزيادة أمر خفي ، لأن الملك إنما يظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفيين ، وكل منهم مشكوك بشأنه في ذلك الوقت (لتعذر معرفته) أي لتعذر معرفة مقدار الزيادة (فيدار الحكم على سبب ظاهر) وهو مجرد كونه فارساً وكونه راجلاً إليه أشار في الامرار .
(وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه) أي استحقاق الفارس (على ضعفه) أي على ضعف استحقاق الراجل فيعطى الفارس سهمين والراجل سهماً (ولا يسهم إلا للفرس واحد) هذا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف أحد .
وقال المصنف (وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين) وقال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره القدوري قول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين ، وبه قال أحمد ، ويقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي « رح » ، وفي شرح الطحاوي ولا يسهم إلا للفرس واحد في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف « رح » أنه قال يسهم لفرسين (لما روي أن النبي ﷺ أسهم لفرسين) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا ابراهيم بن حماد حدثنا علي بن حرب حدثني أبي حرب بن محمد بن الحسن عن محمد بن صالح عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي عمر عن أبيه عن جده أبي عمر بشر بن عمرو بن محسن قال أسهم رسول الله ﷺ لفرسي أربعة أسهم ولي سهماً فأخذت خمسة أسهم .

ولأن الواحد قد يعي فيحتاج إلى الآخر . ولهما أن البراء بن أوس
 قاد فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد
 ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب
 الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم
 لثلاثة أفراس ، وما رواه محمول على التنفيل

(ولأن الواحد قد يعي) أي ولأن الفرس الواحد قد يتعب (فيحتاج) أي صاحبه
 (إلى الآخر) أي إلى الفرس الآخر .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » وهو وجه الظاهر (أن البراء بن أوس قاد
 فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد) هذا الحديث غريب ، بل جاء عكسه
 كما ذكره ابن منذر في كتاب الصحابة في ترجمته فقال روى علي بن قرين عن محمد بن عمر
 المدين عن يعقوب بن محمد بن صفصعة عن عبد الرحمن بن أبي صفصعة عن البراء بن أوس أنه
 قاد مع النبي ﷺ فرسين وضرب ﷺ له خمسة أسهم ، فإذا كان كذلك لا يصح
 الاستدلال لها بالحديث الذي ذكره المصنف « رح » على ما لا يخفى ، ولهذا استدل
 الاترازي لها بما روى أن النبي ﷺ قال للفارس سهان وللراجل سهم . وقال الأكل
 وحاصل الدليلين وقوع التعارض لغو ، يعني بين روايتي فعله ﷺ ، والرجوع إلى ما
 بمدما وهو القياس بقوله :

(ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) ولا يتحقق إلا على فرس واحد (فلا
 يكون السبب الظاهر) وهو مجاورة الدرب (مفضياً إلى القتال عليهما) أي على الفرسين ،
 فإذا كان كذلك (فيسهم لواحد) أي لفرس واحد (ولهذا) أي ولأجل عدم تحقق
 القتال على فرسين ، وعدم كون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال على الفرسين (ولا يسهم
 لثلاثة أفراس) بالإجماع (وما رواه) أي وما رواه أبو يوسف (محمول على التقليل (١))

(١) هكذا في الأصل ، وفي المتن التنفيل وهو ما ورد في شرح فتح القدير ، اه مصححه .

كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين، وهو راجل والبراذين والعتاق سواء

هذا استظهار في تقوية الدليل ، لأن ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له ، انتهى . قلت قد ذكرنا أن ما تميز هناك معارضة ، فمن أين يأتي الاستظهار في قوة الدليل من تأمله يدري .

(كما أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله عنه سهمين وهو راجل) هذا الحديث أخرجه مسلم مطولاً في بيعة الحديبية عن أياس بن مسلمة عن أبيه سلمة بن الأكوع ، وفيه قال قال رسول الله ﷺ خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالنا سلمة ، ثم أعطى سهمين سهم للفرس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعاً ولكن قوله محمول على التنفيل ما رواه ابن حبان في صحيحه وقال وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلاً فأعطاه رسول الله ﷺ سهماً للراجل لما يستحقه ، وإنما أعطاه سهم الفارس أيضاً من خمس خمسة عشرة دون أن يكون أعطاه من سهام المسلمين ، وقال أبو عبيد قال عبد الرحمن بن مهدي أعطاه من سهمه الذي كان مباحاً به .

قوله رجالتنا بتشديد الجيم جمع راجل ، قال الجوهرى الراجل خلاف الفارس ، والجمع رجل مثل صاحب وصحب ، ورجاله ورجال والرجلان أيضاً الراجل جمع رجلى ورجال مثل عجلى وعجلان . وقال الفقى كان سلمة من الرماة المشهودين وروي أنه كان يعدو عدو الفرس .

(والبراذين والعتاق سواء) هذا لفظ القديري في مختصره وتماه فيه ولا يسهم لراجلة ولا بغل ولم يذكره المصنف « رح » ، والبراذين جمع برذون وهو الكوذن وجمعه كواذن وهي خيل المعجم ، قال في المجمل برذون الرجل برذنته إذا أثقل ، واشتقاق البرذون منه . والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق جمع عتق ، أي كريم ، والعتاق كرام الخيل العربي . وقال الإمام الأسيباني في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربي والنجيب ، والبرذون والهجين وغيرهما مما يقع عليه اسم الخيل ، وأما من كان له جمل أو بغل أو حمار فهو الراجل سواء في شرح الأقطع ، ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين . قلت قال الأوزاعي لا يسهم للبرذون ويسهم للمقرف سهم وللهجين سهم واحد ، وقال أحمد يسهم لما عدى العربي سهم واحد .

لان الارهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ ٦٠ الانفال ، واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقاً واحداً . ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً ، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا .

وعن أبي يوسف «رح» روايتان ، في رواية مثل قول العامة ، وفي رواية مثل قول أحمد . وروى مكحول أن النبي ﷺ أعطى للعربي سهمين وللهجين سهماً ولا يسهم لراجلة وللبغل بالإتفاق ، لأن الإرهاب لا يحصل بسهم . ومن غزى على بعير لا يسهم له عند العلماء ، عن أحمد يسهم له سهم فرس . وعنه إن عجز عن فرس وغزى عليه يسهم له سهم واحد والفرس ما يكون أبوه عربياً وأمه من الكواذن . والهجين ما يكون أبوه من الكواذن وأمه من العربي . وفي الجمهرة الهجين من الناس الذي أمه أمة .

(لأن الإرهاب) المذكور في الآية التي نذكرها (مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ ٦٠ الانفال ، وإسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقاً واحداً) أراد أن لفظ الخيل بحسب اللغة إذا أطلق يشمل هذه الأنواع من غير فرق بينها ، ومضى الآن بغير الهجين والمقرف .

(ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً) بفتح العين وكسرهما ، أي انعطافاً ، يعني إذا أراد الإنعطاف ينمطف من غير بطأ فيه . قال الكاكي معنى الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجانب . قلت العطف من عطف الشيء أعطفه عطفاً إذا تثبته ورددته عن جهته ، والعطف الناحية من الإنسان والدواب .

(ففي كل واحد منهما) من العربي والبرذون (منفعة معتبرة) وهي التي ذكرنا (فاستويا) أي العربي والبرذون في الاستحقاق من الأسهم على الاختلاف .

ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحق سهم الفرسان .
ومن دخل راجلاً فاشترى فارساً استحق سهم راجل . وجواب
الشافعي «رح» على عكسه في الفصلين ، وبكذا روى ابن المبارك
عن أبي حنيفة «رح» في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان
والحاصل المعتبر عندنا حالة المجاوزة

(ومن دخل دار الحرب فارساً) حال كونه فارساً (فنفق فرسه) أى هلك (استحق
سهم الفرسان) إلا إذا باع فرسه أو وهبه وسلم أو أجره أو أعاره سقط سهم فرسه في
ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة «رح» أن له سهم فارس .
(ومن دخل راجلاً) أى حال كونه راجلاً (فاشترى فارساً استحق سهم راجل)
وكذا إذا وهب له أو ورث أو استعمار أو استأجر بعدما دخل راجلاً وقاتل فارساً فله
سهم راجل ، وفي رواية الحسن له سهم فارس ، كذا في التحفة .
(وجواب الشافعي «رح» على عكسه في الفصلين) يعني لا يعتبر عنده دخوله دار الحرب
فارساً ولا دخوله راجلاً ، والمعتبر عنده كونه فارساً أو راجلاً عند شهود الواقعة ورواياته
عنه عند تقضي الحرب وبعد تمام القتال بالأولى ، قال مالك وأحمد (وبكذا) أي مثل
جواب الشافعي «رح» (روى ابن المبارك) وهو عبد الله بن المبارك الإمام المشهور المروزي
(عن أبي حنيفة «رح» في الفصل الثاني) يعني إذا دخل دار الحرب راجلاً فاشترى فارساً
فقاتل فارساً (أنه يستحق سهم الفرسان) عند أبي حنيفة «رح» أيضاً على رواية ابن
المبارك عنه ، وليس ذلك بظاهر الرواية عنه .

(والحاصل) أي من بيان هذا الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي رحمه الله (أن المعتبر
عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب ، إلا أنه أطلق لشهرة المسألة عند الفقهاء
والتأخرين ، قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مدخل
الروم ودرب من ورد بها ، كذا في المغرب . قال في ديوان الأدب الدرب المضيق من مضائق
من الدرب ، وكذلك ما أشبهه ، والمراد هنا فيه هو البرزخ الذي بين دار الحرب ودار

وعنده حال انقضاء الحرب . له ان السبب هو القهر والقتال
فيعتبر حال الشخص عنده ، والمجاوزه وسيلة إلى السبب كالخروج من
البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على مكان الوقوف عليه . ولو
تعذر أو تعسر يعلق بشهود الواقعة لانه أقرب إلى القتال .

الإسلام ، فإذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب ، وإذا جاوز الكافر دخل دار الإسلام .
(وعنده) أي عند الشافعي «رح» المعتبر (حال انقضاء الحرب . له) أي للشافعي
«رح» (أن السبب) أي سبب استحقاق الغنيمة (هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص
عنده) أي عند القتال فارساً أو راجلاً (والمجاوزه) أي مجاوزة حال الحرب ، وأراد به
الرد لمذهبنا (وسيلة إلى السبب) حاله أنه لا يعتبر المجاوزة لكونها سبباً يعيد إلى القتال
(كالخروج من البيت) يعني للقتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ، ولا اعتبار به في اعتبار
حال الغازي من كونه فارساً أو راجلاً كذلك في هذه الوسيلة .

(وتعليق الأحكام بالقتال) هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهة أصحابنا أن
القتال أمر خفي لا يوقف عليه ، فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه وتقرير هذا
الجواب بأن نقول لا نسلم أنه لا يوقف عليه ، وكيف لا يوقف عليه . وتعليق الأحكام
بالقتال كإعطاء الرضخ للصبى إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذمي (يدل على مكان
الوقوف عليه) فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم .

(ولو تعذر) هذا جواب بطريق التسليم بأن يقول الشافعي «رح» سلمنا أن الوقوف
على القتال متعذر ومتعسر مثلما قلتم ، وهو معنى قوله ولو تعذر ، أي الوقوف على القتال
بأن يكون في الليل أو في مطر أو نحو ذلك (أو تعسر) بأن كان كل واحد مشغولاً
بنفسه فحينئذ (يعلق) أي الوقوف (بشهود الواقعة) يعني أقيم شهود الواقعة مقام الوقوف
(لأنه) أي لأن شهود الواقعة (أقرب إلى القتال) من المجاوزة فتعلق كونه فارساً أو
راجلاً بشهود الواقعة وهي صورة الحرب .

ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها
حالة الدوام ولا معتبر بها ، ولان الوقوف على حقيقة القتال
متعسر ، وكذا على شهود الواقعة لانه حال التقاء الصفيين
فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد
القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة

(ولنا أن المجاوزة) أي مجاوزة الدرب (نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها) أي
لأن الشأن أنه يلحق الكفار لخوف مجاوزة الدرب ، لأن القتال إسم لفعل يقع به للعدو
خوف ، وبمجاوزة المسكر الدرب يحصل لهم الخوف والرهبه ، فكان قتالاً (والحال
بعدها) أي بعد المجاوزة (حالة الدوام) أي دوام القتال (ولا معتبر بها) أي الحالة
الدوام بالإجماع ، ولا يمكن تعلق الحكم بدوام القتال ، لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل
فارساً دائماً ، لأنه لا بد له أن يزل في بعض المضائق خصوصاً في الشجرة أو في الحصن
أو في البحر .

(ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر) لان الإمام لا يمكنه أن يراقب بنفسه حال
كل أحد أنه قاتل أو لم يقاتل ، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلاً يثق بقوله يخبره من قاتل ومن
لم يقاتل ، لان في إقامة العدل على كل واحد حرجاً عظيماً ، ولا يعتبر إخبار كل واحد من
الجند أيضاً أن صاحبه قاتل ، لان منهم فيه بحر النقع .

(وكذا) يتعسر الوقوف (على شهود الواقعة ، لأنه حال التقاء الصفيين) والإشتغال
بالحرب فلم يلتفت إلى كونه سبباً قريباً بهذا المعنى ، فإن كان الأمر كذلك (فتقام المجاوزة)
أي مجاوزة الدرب (مقامه) أي مقام القتال (إذ هو للسبب المفضي إليه ظاهراً) أي
لأن قيام المجاوزة هو السبب الداعي إلى القتال بحسب الظاهر كما أقيم السفر مقام المشقة ،
والنوم مقام الحدث ، والنكاح مقام الوطء في حرمة المصاهرة ، فكان المعتبر حال المجاوزة
لا حال القتال لكي (إذا كان) تجاوزه (على قصد القتال) لأن هذا هو الأصل ، فإذا
كان الأمر كذلك (فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب حال كونه

فارساً كان أو راجلاً . ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجازة ، وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجازة للقتال فارساً ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا إن باع في حالة القتال عند البعض .

(فارساً كان أو راجلاً) وها هنا سواء لأن الأول أن استحقاق الشيء بلا وجوده محال ، والمستحق وهو الغنيمة حال المجازة معدوم ، فكيف يثبت الإستحقاق . السؤال الثاني أن السبب إنما يقام مقام العلة إذا تصور من العلة وها هنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجازة ، لأن القتال بدون شهود الوقعة محال .

الجواب عن الأول : أنه ليس المراد من الإستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة أو ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال ، المراد به كون الشخص أخص بالغنيمة من غيره .
والجواب عن الثاني : أن القتال لشهود الوقعة والتقاء الصفيين عند المجازة متصور ، لأنه ليس بثابت ، وشر إقامة الشيء مقام غيره أن لا يكون ذلك الغير ثابتاً في الحال ، لأنه إذا كان ثابتاً كيف مقام شيء آخر مقامه .

(ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق) أي باتفاق بيننا وبين الشافعي (ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجازة) أي عن الدرب (وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات) وهي البيع والهبة والاجارة والرهن (يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجازة للقتال فارساً ولو باعه بعد الفراغ) أي بعد الفراغ من القتال (لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا) أي وكذا لم يسقط سهم الفرسان (إن باع في حالة القتال عند البعض) أي عند بعض مشايخنا ، لأن

والأصح أنه يسقط . لأن يبعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته ، ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم على حسب ما يراه الإمام ، لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم .

بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب له لتحصيله المال ، لأن الروح فوق المال .

(والأصح أنه يسقط ، لأن يبعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته) أي غرة الفرس ، قال شيخنا رحمه الله ، أي غرة فرسه ، وقال الأترابي فيه نظر ، لأن الانسان المقاتل في سبيل تلك الحالة لا يختار المال على روحه ، ولهذا قال الأصح قول البعض .

(ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم) بالضاد والخاء المعجمتين ، من رضخ فلان لفلان من ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضخ (على حسب ما يراه الامام ، لما روي أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم) وقال الأترابي وقد روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ، ويرضخ ، انتهى . ولم يبين من خرج هذا الحديث ولا يبين حاله . وأخرج مسلم عن يزيد بن هرمز قال كتب بجعدة ابن عامر القدوري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما ، فكتب إليه أن ليس لهما شيء ، إلا أن يحذيا . وفي لفظ فكتب اليه وسأله عن المرأة والعبد هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا البأس فإنهم لم يكن لهم سهم معلوم ، إلا أن يحذيا من غنائم القوم .

قوله يحذيا ، أي يعطيا بالحاء المهملة والذال المعجمة ، وقد جاءت أحاديث مخالفة لهذا منها ما رواه أبو داود والنسائي عن رافع بن سلمة عن حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه

ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة ،
يعني إنه لم يسهم لهم ،

أنها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر ... الحديث ، وفيه أسهم لنا كما أسهم
للرجال . وذكر الخطابي أن الازاعي قال يسهم لمن وأحسبه ذهب إلى هذا الحديث ،
وإسناده ضعيف لا تقوم به الحجة . وقال الترمذي وقال الازاعي وأسهم النبي ﷺ
للصبيان بخيبر ، أسهمت أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب .

وقال الازاعي وأسهم النبي ﷺ للنساء بخيبر وأخذ بذلك المسلمين بعده ، حدثنا
بذلك علي بن حزم قال أبو عيسى بن يونس عن الازاعي بهذا منها ما رواه أبو داود ومرسلاً
عن محمد بن عبد الله بن مهاجر الشعبي البيهقي عن خالد بن معبد أن رسول الله ﷺ أسهم
للنساء والصبيان والخيال . وأجاب الطحاوي عن مثل هذا وأمثاله أن النبي ﷺ أسهم
للنساء وللصبيان ، واستطاب أهل الغنيمة ، وأجاب غيره بقوله يشبه أن يكون ﷺ
إننا أعطاهم من الخمس الذي هو حقه دون حقوق من شهد الواقعة .

(ولما استعان ﷺ باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة ، يعني إنه لم يسهم لهم)
هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي «رح» عن أبي يوسف عن الحسن بن
عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعار رسول الله ﷺ يهود قينقاع فرضخ
لهم ، ثم قال تفرد به الحسن بن عمارة وهو متروك . وروى حديث مخالف ، ولهذا رواه
الترمذي من حديث الزهري قال أسهم النبي ﷺ قوم من اليهود قاتلوا معه ، رواه أبو
داود في مراسيله ، وزاد في آخره ها هنا ومثل سها المسلمين .

وقال صاحب التنقيح مراسيل الزهري ضعيفة ، وكان يحيى القطان لا يروى ارسال
الزهري وقتادة شيئاً يقول هي بمنزلة الريح ، واختلفوا هل يستعان بالكفر في القتال عند
الحاجة فعندنا واحد يستعان لما ذكرنا وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال ابن المنذر وجماعة
من أهل العلم لا يستعان بالكافر لما روي أنه ﷺ قال إنا لا نستعين بالمشركين على المشركين ،
ما ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

قال الكاكي قلنا بل هو ثابت ذكره الثقات المشهورون ، وما رواه غير مشهور

ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ، ولهذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهن والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه

وليس بثابت فهو محمول على زجر قوم متعنين يريد إسلامهم ، انتهى . قلت الحديث الذي ذكره ابن المنذر رواه إسحاق بن راهوية في مسنده والواقدي في كتاب المغازي والكاكي رده من غير وجه ، ثم ادعى أن الذي ذكره عن الثقات المشهورين ولم يبين ذلك ، والخصم لا يرضى بهذا المقدار ، وما هنا بحث كثير ، ذكرناه في شرح للبخاري .

(ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهلها) أي من أهل العبادة (والمرأة والصبي عاجزان عنه) أي عن الجهاد (ولهذا) أي ولأجل عجزهما عن الجهاد (لم يلحقهما) أي المرأة والصبي (فرضه) أي فرض الجهاد (والعبد لا يمكنه المولى) أي من الجهاد (وله) أي للمولى (منعه) أي عن الجهاد ، ولأنه فرض كفاية ، إلا إذا هجم العدو ، فليس له منعه حينئذ ، لأنه يصير فرض عين .

(إلا أنه) أي غير أن الإمام (يرضخ) أي يعطي (لهم تحريضاً) شيئاً بحيث يراه ، وبه قالت الثلاثة . وعن أحمد في رواية يرضخ للكافر إن قاتل بإذن الإمام وبغيره إذن الإمام ، أي لأجل تحريضهم (على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهن) أي رتبة المرأة والصبي والعبد إن لم يمهتبعهم ، لأن العبد تبع للحرة ، والصبي تبع للبايع والذمي أيضاً تبع للمسلم ، ولهذا لا يمكن أهل الذمة من نصب الراية لأنفسهم . وقال مالك يسهم للصبي المراهق إذا أطاق القتال ، لأنه من أهل الجهاد ، والرضخ من أن يكون قال الشافعي في قول أحمد في رواية من الغنيمة ، وبه قال أصحابنا ، وقال في قول من أربعة الأخماس وبه قال أحمد في رواية . وقال في قول من خمس الخمس ، وقال مالك الرضخ من الخمس

(والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه) أي إذا أبدل الكتابة ، فإذا

فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى ، فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى أو تقوم على المرضى ، لأنها عاجزة عن حقيقة القتال ، فتقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد ، لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل ، لان فيه منفعة للمسلمين ، إلا انه يزداد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل

كان كذلك (فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل ، لأنه دخل) يعني مع المسكر في دار الحرب (لخدمة المولى) أي لأجل خدمة مولاه (فصار كالتاجر) يدخل للتجارة (والمرأة ترضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى) يعني إذا مرضتهم (لأنها) أي لأن المرأة (عاجزة عن حقيقة القتال) قيد به لأنها غير عاجزة عن شبهة القتال وهي الأمان ، فإن أمانها يصح بلا خلاف (فتقام هذا النوع) وهو مداواتها الجرحى وقيامها على المرضى (من الإعانة مقام القتال) فإذا كان كذلك رضح بها بلا قتال .

(بخلاف العبد) يرتبط بقوله لأنها عاجزة (لأنه قادر على حقيقة القتال) حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال ، بخلاف المرأة ، فإن خدمتها المرضي المسكر يقوم مقام القتال ، وليس كذلك خدمة العبد مولاه .

(والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق) الذي يمشي فيها المسكر (ولم يقاتل) أي والحال أنه لم يقاتل (لأن فيه) أي في قتاله أو في كونه دالاً على الطريق (منفعة للمسلمين ، إلا انه يزداد على السهم) أي لا يزداد للذمي بالرضخ على السهم (في الدلالة) على الطريق (إذا كانت فيها منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل) أي

لانه جهاد والاول ليس من عمله ، ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم
 الجهاد. وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ،
 وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا
 يدفع إلى أغنيائهم . وقال الشافعي «رح» لهم خمس الخمس يستوي
 فيه غنيهم وفقيرهم

الذى . قوله السهم مرفوع كما في قولك بلغ بمطائك خمسمائة بالرفع ، ولا يجوز النصب .
 والحاصل أنه إذا قاتل لا يزداد على سهم الرجل إن كان راجلا ولا يسهم الفارس إذا كان
 فارساً (لأن القتال جهاد) والذمي تبع للمسلمين فيه ، فلا يسوى بينه وبين المسلم .

(والأول ليس من عمله) أى كونه دالاً على الطريق ليس من عمل الجهاد ، فكانت
 كسائر الأعمال (فلا يستوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد) ولكن يعطى له من أجره
 دلالة زيادة على السهم ، أى قدر بفت ، ولما فرغ عن بيان أحكام الأربعة الأخماس شرع
 في بيان حكم الخمس فقال (أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم للمساكين
 وسهم لابن السبيل) هذا هو المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أنه
 يقسم على ثلاثة أصناف ومم اليتامى والمساكين وابن السبيل . وقال الطحاوى في مختصره
 وقد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يقسم في ذوى القربى
 واليتامى والمساكين وابن السبيل (يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى في هذه الأصناف
 الثلاثة . قال العلامة بدر الدين الكردى معنى هذا القول أى إيتاء ذوى القربى يدخلون
 في سهم المساكين وابتداء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه
 الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتيم والمسكنة وكونه ابن
 السبيل . وفي التحفة هذه الثلاثة الاصناف مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الإستحقاق ،
 حتى لو صرف إلى صنف واحد جاز كما في الصدقات (ويقدمون) أى فقراء ذوى القربى
 يقدمون على الاصناف الثلاثة (ولا يدفع إلى أغنيائهم) أى أغنياء ذوى القربى .

(وقال الشافعي لهم) أى لذوى القربى (خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب
دون غيرهم لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني
والفقير . ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على
ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه ،

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) وعن الشافعي يقسم الخمس على خمسة أسهم ،
سهم للنبي ﷺ في حياته وبعد وفاته يصرف الإمام إلى مصالح الذين يرى وبه
قال أحمد . وعن الشافعي أنه يرد سهم النبي ﷺ بعده على بقية الاصناف . وحكى ابن
المنذر قولاً ثالثاً أنه يكون للأئمة بعده ، أى الخليفة . وقال مالك تفرقة الخمس إلى الإمام ،
يفرقه فيما شاء ، وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا أب له .

(ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبني نوفل .
واعلم أن رسول الله ﷺ هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبدمناف ،
وكان عبد مناف خمس بين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وأبو عمر ، وإسمه عبید ولم
يعقب ، وعثمان رضى الله عنه من بنى عبد شمس لانه عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية
ابن عبد شمس بن عبد مناف ، وجبير من بنى نوفل فإنه جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل .
وقال ابن اسحاق عبد شمس وهاشم والمطلب أخوة لام ، وأمه عاتكة بنت مرة ، وكان
نوفل أخاهم لأبيهم .

(لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير) فيشتركان .
(ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم) وهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي
رضي الله عنهم (قسموه) أى الخمس (على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه) يعني به . قوله
أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم إلى آخره ، وروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح
وابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس الذي كان يقسم على عهد النبي ﷺ على خمسة أسهم لله
ولرسول سهم ، ولذي القربى واليتامى سهم ، وللساكين سهم ، وابن السبيل سهم ، ثم
قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم
للساكين ، وسهم لابن السبيل ، انتهى . وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم

وكفى بهم قدوة ، وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى
كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس ،
والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض

ينكر عليهم ، فعمل محل الإجماع (وكفى بهم قدوة) أي كفى بالخلفاء الأربعة اقتداء .
(وقال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة
أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس) هذا الحديث غريب وقد تقدم في
الزكاة . وروى الطبراني في معجمه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال بعث نوفل بن
الحارث إبنه إلى رسول الله ﷺ فقال لها - انطلقا إلى ابن عمكما لعله يستمين بكما على
الصدقات فأتيا النبي ﷺ فأخبراه بما جتئها ، فقال لها لا يحمل لكم أهل البيت من الصدقات
شيء ولا غسالة الا يرى إن لكم في خمس الخمس لما يفنيكم ويكفيكم .

(والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض) أراد بالمعوض خمس الخمس ،
وبالمعوض على هيئة إسم المفعول من التعويض الزكاة . تقريره أن العوض وهو الزكاة لا
يجوز دفعها إلى الأغنياء ، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا
يدفع إليهم ، لان العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوض وإلا لا يكون عوضاً
لذلك المعوض .

فإن قيل هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً أو لا فإن كان الأول وجب أن
يقسم الخمس على خمسة أسهم ، وأنتم تقسموني على ثلاثة أسهم وهو مخالفة الحديث الثابت
الصحيح وإن كان الثاني لا يصح الاستدلال به . أوجب بأن لهذا الحديث دالتين ، أحدهما
إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة
أسهم ، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم ، وهو فعل الخلفاء
الراشدين رضي الله عنهم كما تقدم ، ولم يقسم الدليل على تغيير العوض ممن فات منه
المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الحسرة بما روي أن رسول الله

وهم الفقراء ، والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة ، ألا ترى
 أنه عليه السلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في
 الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه ، دل على أن المراد من النص
 قرب النصره لا قرب القرابة ،

ﷺ على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول
 للحديث دالتان ، إحداهما ثابتة وإن انتفت الأخرى .

(وهم الفقراء) الضمير يرجع إلى كلمة من في قوله من يثبت (والنبي ﷺ أعطاهم
 للنصرة) هذا جواب عما يقال لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي
 ﷺ ، وقد ثبت أنه أعطى بني هاشم وبني المطلب . وتقرير الجواب أن النبي ﷺ
 إنما أعطاهم للنصرة .

(ألا ترى أنه ﷺ) أي أن النبي ﷺ (علل فقال أنهم لا يزالوا معي ، هكذا في
 الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه
 عن ابن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم «رض» قال لما قسم
 رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعمان
 قلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك منهم اخواننا من بني المطلب
 أعطيتهم وتركنا ، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ، فقال إنهم لم يفارقوني في الجاهلية
 والاسلام ، وإنما بنو هاشم وبني المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعهم .

(دل على أن المراد من النص قرب النصره لا قرب القرابة) وذكر أبو بكر الرازي
 في شرحه مختصر الطحاوي أن أصحاب اختلفوا في هذا فمنهم من قال إنهم كانوا يستحقون
 السهم بالمعنيين والنصرة والقرابة جميعاً ، واستدلوا بالحديث المذكور . واخبر ﷺ أنهم
 استحقوا بالنصرة بالقرابة جميعاً ، فما لم يحتما لم يستحق ، فمن جاء بعد ذلك من القرابة
 فقد عدت منه النصره فعينئذ إنها يستحقه بالفقر دون غيره ، ولا حق لاغنياء من
 اصحابنا من قال إن سهم ذوي القربى في الاصل لم يجب إلا للفقراء منهم ، ولم يكن

قال فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه .
 وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام
 كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده ، والصفي شيء كان عليه السلام
 يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل

مستحقاً باسم القرابة دون الفقر ، والدليل على ذلك ان النبي ﷺ أعطى بني المطلب ولم
 يعط بني عبدشمس ولا بني نوفل وهما جميعاً في محل واحد من القرابة ، ولو كان مستحقاً بالقراب
 لا يستحق الجميع لتساويهم فيه ، ومن الدليل عليه ايضاً ان الخلفاء الراشدين لم يعطوا
 سهم ذوي القربى لأغنياء منهم ، وإنما اعطوا الفقراء .

(فأما ذكر الله تعالى في الخمس) في قوله تعالى ﴿ واعلموا انها غنمتم من شيء فإن الله
 خمسه ﴾ ٤١ الأنفال (فانه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه) روى ابو جعفر الطحاوي رحمه
 الله في شرح الإشارات بإسناده إلى سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سألت الحسن بن
 محمد بن علي (رض) عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا انها غنمتم من شيء فإن الله خمسه ﴾
 قال اما قوله فإن الله خمسه فهو مفتاح كلام ﴿ والله الدنيا والآخرة ﴾ .

(وسهم النبي ﷺ سقط بموته) لانه كان يستحق ذلك لكونه رسولا فلما مات سقط ،
 لانه لا رسول بعد وفاته ولن يكن استحقاقه ذلك لقيامه بأمر امته ، ولهذا لم
 يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لانفسهم ، وكانت له خصائص شرف الرسالة لم
 يكن للأئمة كحل التسع وحرمة نسائه بعده على المؤمنين وإباحة البضع بلا مال ، والعصمة
 عن الكذب (كما سقط الصفي) بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء ، اي كما سقط
 الصفي بموته ، وكذا سقط خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة .

(ولانه) اي لان النبي ﷺ (كان يستحقه) اي السهم (برسالته) اي بسبب
 رسالته (ولا رسول بعده) اي بعد موته ، ولهذا لا يستحقه الخلفاء ، ولان الانبياء
 عليهم السلام لا يورثون .

(والصفي شيء كان النبي ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة) أي يختاره لنفسه (مثل

درع أو سيف أو جارية . وقال الشافعي «رح» بصرف سهم الرسول إلى الخليفة ،

درع أو سيف أو جارية) وروى أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير أخبرنا سفيان عن مطرف عن الشعبي قال كان النبي ﷺ يدعي الصفي إن شاء عبداً ، أو شاء أمة ، وإن فرساً يختاره قبل الخمس ، هذا مرسل . وأخرج أيضاً عن ابن هون «رح» قال سألت محمد بن سيرين عن سهم النبي ﷺ والصفي قال كان يضرب له سهم مع المسلمين وإن لم يشهد ، والصفي يؤخذ له رأس الخمس ، قيل كان شيء وأخرج أيضاً عن سفيان عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت صفية من الصفي ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين «رح» ولم يخرجاه .

وقال محمد «رح» في السير الكبير بإسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان سيف النبي ﷺ الذي تنقل يوم بدر كان سيف العاص بن المنبه بن الحجاج يعني اتخذته لنفسه صفيًا . قال الأثرابي «رح» فهذا دليل على أنه لم يحمل من الجنة . وذكر هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن أبيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله ﷺ ذا الفقار ، وكان للعاص بن منبه الحجاج السهمي فقتله علي بن أبي طالب رضي الله عنه يوم بدر وجاء بسيفه إلى النبي ﷺ فصار بعد لمعي رضي الله عنه أعطاه إياه النبي ﷺ وله أن يقول القائل لا سيف إلا ذو الفقار ولا فتى إلا علي إلى هنا كلام الكلبي «رح» . وما ذكر الزمخشري في فائقه أن رسول الله ﷺ تنقله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم بخلافه ولا سيما أمر للغازي ، فإن الكلبي آية فيه .

وقال الأكل راصطفى صفية من غنائم خيبر انتهى ، قلت ذكر البخاري «رح» وغيره مسنداً إلى أنس بن مالك رضي الله عنه قال قدمنا خيبر ، فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حبي بن أخطب وقد قتل زوجها وكانت عروساً فاصطفاهما النبي ﷺ لنفسه .

(وقال الشافعي «رح» بصرف سهم الرسول إلى الخليفة) هذا في رواية عنه ، وفي رواية بصرف إلى مصالح المسلمين كسل الثنور ، وبه قال أحمد . وعن الشافعي «رح» أنه

والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا . قال وبعده بالفقر ، قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي «رح» ، وقال الطحاوي «رح» سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ، ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرم كما يحرم العمالة ، وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء ، ومنهم

يردسهم النبي ﷺ بعده على بقية الأصناف .

(والحجة عليه) أي على الشافعي «رح» (ما قدمناه) من أن الخلفاء الراشدين يرفعون بعده هذا السهم لأنفسهم (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا) إشارة إلى قوله والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة إلى آخر ما قال .
 (قال) أي القدوري (وبعده بالفقر) أي وبعده النبي ﷺ مستحقون بالفقر ، فلا يعطى شيء لأغنيائهم (قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (هذا الذي ذكره) أي القدوري أن استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي «رح» . وقال الطحاوي «رح» سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع) أشار به إلى قوله ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم (ولأن فيه) أي في سهم ذوي القربى (معنى الصدقة نظراً إلى المصرف) لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير إذ لم يكن فقيراً لا يجوز صرفه إليه بعد النبي ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة (فيحرم) أي ذوي القربى (كما حرم العمالة) أي كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة بضم العين ، وهو ما يعطى على عمله .

(وجه الأول) أراد قول الكرخي (وقيل هو الأصح) وإنما قال وقيل لأن في كون قول الكرخي رحمه الله تعالى صح اختلاف المشايخ (ماروي) خبر لقوله وجه الأول ، وقوله وقيل الأصح جملة معترضة بين المبتدأ والخبر سقط أيها الناظر (أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم) أي معاط ذوي القربى ، روى أبو داود في سننه من حديث

والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراهم يدخلون
في الأصناف الثلاثة . وإذا دخل الواحد والإثنان دار الحرب
مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس ،

سعيد بن المسيب حدثنا جبير مطعم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني
نوفل من الخمس شيئاً كما قسم لبني هاشم وبني المطلب ، قال وكان أبو بكر رضي الله
عنه يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ ، غير أنه لم يعط قريبي رسول الله ﷺ كما
كان يعطيهم رسول الله ﷺ ، وكان عمر رضي الله عنه يعطيهم ومن كان بعده منه .

(والإجماع) أى إجماع الصحابة (انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراهم) أى
فقراء ذوى القربى (فيدخلون في الأصناف الثلاثة) أى في اليتامى والمساكين وابن
السبيل ، فقد تقدم هذا في أول البحث ، وكرر هنا لزيادة الإيضاح .

فإن قيل إن كانت هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للأغنياء ، فإذا
فلا فائدة في ذكرهم في الفقراء القرآن . أوجب بإثباتهم لأن إيفاء بعض الناس يذهب
إلى أن الفقير منهم لا يستحق لما أنه من قبيل الصدقة ، وقد قال ﷺ لا تحل الصدقة
لحمد ولا لاله ، فإذا زال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر .

فإن قيل ما الفائدة في ذكر اليتيم لأنه يدخل في المساكين . أوجب بأنه لدفع وهم من
يتوهم أن اليتيم لا يستحق الخمس ، لأن الخمس عن الغنيمة ، والغنيمة بالجهد تحصل واليتيم
ليس بأهل للجهد فأزال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم .

(وإذا دخل الواحد والإثنان دار الحرب مغيرين) أى حال كونهم مغيرين من الإغارة .
قال الكاكي إنما ذكر بلفظ الجمع نظراً إلى قوله أخذوا فكان نظير قوله تعالى ﴿ إن يكن
غنياً أو فقيراً فإنه أولى بهما ﴾ ١٣٥ النساء ، فرد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه
جميعاً في كلمة أو وإثبات كانت أو لأخذ الشينين (بغير إذن الامام ، فأخذوا شيئاً لم
يخمس) وقال الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم بخمس ، لأنه مال حربي أخذتهن إن
كان غنيمة فيخمس .

لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً أو غلبة لا اختلاساً، وسرقة الخمس وظيفتها.
ولو دخل الواحد أو الإثنين بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه
يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة،
فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام
لأنه مأخوذ قهراً وغلبة، فكان غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن
ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين،

وأما ما ذكره المصنف «رح» بقوله (لأن الغنيمة هي المأخوذة قهراً أو غلبة) في
بعض النسخ هو المأخوذ قهراً، أي من حيث القهر والغلبة (لا اختلاساً) أي ليست
الغنيمة المأخوذة من حيث الاختلاس (وسرقة) أي من حيث السرقة (والخمس وظيفتها)
أي وظيفة الغنيمة والاختلاس والسرقة دار الحرب كإكتساب مالاً مباحاً مثل الاصطياد
والاحتطاب، وإنما ذكر واحد واثنين. وفي التبية والثالثة في حكم الاثنين، وفي كل يخمس
وتوضع في بيت المال.

(ولو دخل الواحد والإثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما
أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد) بكسر الهمة، أي بالآية (فصار كالمنعة) أي
فصار الامام كالمنعة لهم، حيث أذن لهم، والرواية الأخرى وهي غير مشهورة، لأن
لا يخمس وهي رواية البرامكة، ذكرها الناطقي في الأجناس.

(وإن دخلت) أي دار الحرب (جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم
الامام) هذا لفظ القدوري ولم ينص على قدر المنعة، وأشار في البرامكة في كتاب
الحراج لابن شجاع إلى التسعة. وفي المحيط عن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة
لا يسعه تقود التي لها منعة بعشرة (لأنه مأخوذ قهراً وغلبة، فكان غنيمة) فيخمس
(ولأنه يجب على الامام أن ينصرهم، إذ لو خذلهم) بالحاء والذال المعجمتين، أي لو ترك
عونهم ونصرتهم (كان فيه) أي في خذلانهم ضعف المسلمين، يقال خذلت الرجل أخذته
خذلاً وخذلانا إذا ترك معونة (وهن المسلمين) أي ضعفهم. والوهن بسكون الهاء مصدر

بخلاف الواحد والإثنين ، لأنه لا يجب عليه نصرتهم .

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة القتال ويحرض على القتال
فيقول : من قتل قتيلاً فله سلبه ، ويقول للسرية : قد جعلت لكم الربع
بعد الخمس ، معناه

وهو يهن من باب ضرب يضرب ، وبالفتح مصدر من باب وهن يهن من باب علم يعلم .
(بخلاف الواحد) إذا دخل دار الحرب (والاثنين) أي بخلاف الاثنين إذا دخلا
دار الحرب (لأنه لا يجب عليه) أي على الامام نصرة الواحد والاثنين (نصرتهم) .

(فصل في التنفيل)

أي هذا فصل في بيان حكم التنفيل ، وهو نوع من قسمة الغنيمة ، فكذلك ألحقه بها ،
يقال نفل الامام الغازي إذا أعطاه زائداً على سهمه بقوله من قتل قتيلاً فله سلبه نفله نفلاً
بالتخفيف ، ونفله تنفيلاً بالتشديد لفتان فصيحتان ، كذا قال ابن دريد ، والنفل بفتح
الغنيمة وجمعه أنفال .

(قال) أي القدوري (وبأس بأن ينفل الامام في حالة القتال) وفي المبسوط
يستحب للإمام أن ينفل قبل الاصابة ، فعلم من هذا ما قالوه أن لفظ لا بأس يستعمل فيما
تركه أولى ليس بمجردي على عومه ، ولهذا قال في الكتاب التحريض مندوب إليه ،
وإنما قيد بقوله في حال القتال ، لأن التنفيل إنما يصح عندنا إذا كان قبل الاصابة . وعند
الأوزاعي «رح» يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل ، كذا ذكره في الأسرار (ويحرض
به) أي بالتنفيل (على القتال فيقول) أي الامام والعافية لتغير ما قبله (من قتل قتيلاً
فله سلبه) القتل لا يقتل ، إنما أريد به من يقدر له القتل من الكفار باعتبار المال .

(ويقول) أي الامام (للسرية) وهي جيش قليل يسرون ، وقد مر الكلام فيه
(قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) هذا كلام القدوري . وقال المصنف «رح» (معناه)

بعدهما رفع الخمس، لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرّض المؤمنين على القتال ﴾ ٦٥ الأنفال ، وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر ، وقد يكون بغيره ، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

أي معنى قول القدوري «رح» (بعدما رفع الخمس) يعني ربع ما أصبتم بعد رفع خمسة (لأن التحريض مندوب إليه . قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرّض المؤمنين على القتال ﴾ ٦٥ الأنفال ، وهذا) أي التنفيل (نوع تحريض) لأن المنفل له يحد في القتال لأجل ما يحصل له من الزيادة على سهمه المعين المقدر .

فإن قيل قوله حرّض أمر ومطلقه ينصرف إلى الوجوب « أوجب بأنه يعارضه دليل قسمة الغنائم ، فانصرف إلى الاستحباب .

(ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) أي بما ذكر القدوري «رح» ، وهو التنفيل بالربع بعد الخمس ، أو التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) أي بغير ما ذكره ولا ينحصر بما ذكره ، بل يجوز بغيره بأن يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا ، أو يقول ما أصبتم فلکم ، إلا أن الأولى أن لا يجعل بجميع المأخوذ ، لأن فيه قطع الباقي من القراءة ، ومع هذا لو فعل جاز لما فيه من المصلحة على ما يبيح . وقال الأتراسي «رح» وقال بعض الشارحين أراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وفيه نظر ، لأنه دخل تحت ما ذكره في مختصر القدوري ، لأن السلب يشتمل على ما في وسط القتل من الذهب والفضة ، فكيف يكون غير ما ذكر المختصر ، قلت أراد ببعض الشارحين صاحب النهاية ، فإنه قال وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وتبعه الأكل على ذلك . وليس هذا محل نظر ، لأن الغالب في السلب هو ما يكون على القتل من سلاحه وثيابه . وكون الذهب والفضة في وسطه نادر ، ومع هذا لو صرح الامام في التنفيل بالذهب والفضة يجوز . وقال صاحب الايضاح ويجوز التنفيل بسائر الأموال من الذهب والفضة وغير ذلك .

(إلا أنه) أي غير أن الشأن (لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز ، لأن التصرف إليه
وقد تكون المصلحة فيه ، ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار
الإسلام ، لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز . قال إلا من الخمس ،
لأنه لا حق للغانمين في الخمس ، فإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة
الغنيمة ، والقاتل وغيره في ذلك سواء . وقال الشافعي

إبطال حق الكل (أى حق كل الغزاة) فان فعله مع السرية جاز (أى فان فعل الامام
التنفيل مع سرية بيعتها جاز) لان التصرف إليه (أى للامام) وقد تكون المصلحة فيه
أى في تنفيذه كذلك .

وذكر في السير الكبير إذا قال الامام لمسكره جميعاً ما أصبتم فلکم نفلاً بالسوية
لا يجوز ، لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال ، وإنما يحصل ذلك إذا خص
البعض بالتنفيل . وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لان فيه إبطال
الخمس الذى أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين ، وذلك لا يجوز .

(ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الاسلام) هذا لفظ القدورى «رح» لان حق
الغير قد تأكد فيه بالاحراز (أى بدار الاسلام ، فلا يجوز للإمام أن يقطع حق الغير) قال
إلا من الخمس (أى قال القدورى ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس . وقال المصنف
(لانه لا حق للغانمين في الخمس) فلا يلزم قطع حقهم ، فيصرف الامام فيه على ما رأى
من المصلحة في أموال المسلمين .

فان قيل إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين فيه إبطال حق الاصناف الثلاثة ، وذلك
واجب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة ، فلم يكن ثمة
إبطال حقهم ، إذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف الثلاثة لما تقدم أنهم مصارف
لا يستحقون ، لكن ينبغي أن يكون المنفل له فقيراً ، لان الخمس حق المحتاجين لا حق
الاغنياء ، فجعله للفقير إبطال المحتاجين .

(وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغير سواء . وقال الشافعي

«رح» السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه ، والظاهر أنه نصب شرع ، لأنه بعث له ، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينهما وبين غيره. ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم

السلب للقاتل) وبه قال أحمد «رح» (إذا كان من أهل أن يسهم له) أو من أهل أن يرضخ له عند أحمد ، وعند الشافعي من أن يكون له الرضخ فله سلبه قولان . في قول كقول أحمد «رح» ، وفي قول لا سلب له (وقد قتله مقبلاً) وقال الأتراسي قال الشافعي إذا كان القاتل مقبلاً فالسلب للقاتل انتهى ، هذا مصرح إن كان مقبلاً حال من الضمير المرفوع في وقد قتله ، وهذا سهو منه فإنه حال من الضمير المنصوب فيه كما ذكرنا ، وقد كتب شيخنا العلاء بيده مقبلاً حال من المفعول ، أي حال كون الكافر مقبلاً لا حال كونه مدبراً بالهزيمة . وكذا قال تاج الشريعة في شرحه قوله مقبلاً حال من المفعول ، لأن الشرط عنده ، أي عند الشافعي كون القاتل مقبلاً ، حتى لو قتل منهزماً أو قائماً أو مشغولاً بشيء لم يستحق السلب . قوله مقبلاً الواو فيه للحال ، ومقبلاً حال أيضاً من الضمير المنصوب في قتله احتراز به عما إذا قتله مدبراً فإنه لا سلب له .

(لقوله عنه) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من قتل قتيلاً فله سلبه) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه (والظاهر أنه) أي أن هذا الحديث (نصب الشرع) كما في قوله عنه من بدل دينه فاقتلوه ، فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الإمام أو لم يشترط (لأنه بعث له) أي لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث لنصب الشرع (ولأن القاتل مقبلاً) أي كافرأ مقبلاً إليه (أكثر غناء) أي كفاية في الجهاد (فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره) أي بين قاتل الكافر المقبل وبين قاتل الكافر المدبر المعر ، وقد شرح الأتراسي هذا الموضوع بناء على قوله إن مقبلاً حال من القاتل ، وقد ذكرنا أنه سهو منه ، والمبني أيضاً سهو .

(ولنا أنه) أي أن السلب (مأخوذ بقوة الجيش غنيمة) على وجه القهر (فيقسم

قسمة الغنائم كما نطق به النص . وقال عليه السلام لحبيب
ابن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك

قسمة الغنائم كما نطق به النص) وهو قوله تعالى ﴿ واعلموا أنها غنمتم من شيء ﴾ ... الآية .
(وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس
إمامك) قال نخرج أحاديث الهداية ، هكذا وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة ، وصوابه
حبيب بن مسلمة . قلت هكذا هو في كتب أسماء الصحابة ، قال أبو عمرو رحمه الله
ذكره في باب الحاء المهمة بفتح الحاء . وقال حبيب بن مسلمة بن مالك الأكبر وهب بن
ثعلبة بن وائلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن قهر بن مالك القرشي القهري ، يكنى أبا
عبد الرحمن يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم وسلته منهم وولاه عمر بن الخطاب
رضي الله عنه أعمال الجزيرة إذا عزل عنها عياض بن غنم ، وضم إلى حبيب بن سلمة
إرمينية وأذربيجان بعثه إلى أذربيجان وسلمان بن أبي ربيعة أحد ممدد الصحابة ، فتواعد
بعضها بعضاً ومات بأرمينية سنة إثننتين وأربعين .

ثم حديثه الذي ذكره المصنف رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط حدثنا أحمد
ابن معلا الدمشقي والحسين بن إسحاق التستري وجعفر بن محمد القريابي قالوا حدثنا أحمد بن
عمار انا عمرو بن واقد انا موسى سيار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال نزلنا دابقاً
وعلينا أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه فبلغ حبيب بن مسلمة أن نبه صاحب قبرص
خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله فجاء بما
معه ، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله
تعالى ، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب إني سمعت رسول الله
ﷺ يقول إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه ، انتهى . وفي مسنده عمرو بن واقد الدمشقي
البصري مولى قريش . قال البخاري منكر الحديث . وقال النسائي متروك .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول
عن جنادة بن ^(١) أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة القهري أن نبه

(١) في شرح فتح القدير بغير - أبي - اه مصححه .

صاحب قبرص خرج بتجارته متجهاً بها بطريق أرمينية فخرج عليه حبيب بن مسلمة فقاتله فجاء بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزمرد والزرجد ، فأراد حبيب ان يأخذه كله ، و ابو عبيدة رضي الله عنه يقول بعضه ، فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله ﷺ من قتل قتيلاً فله سلبه ، فقال ابو عبيدة لم يكن ذلك للأبد . وسمع معاذ بن جبل رضي الله عنه بذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه ، فقال معاذ لحبيب ألا يبقى اليه وتأخذ ما طابت به نفس مالك ، فانها لك ما طابت نفس إمامك .

وحدثهم معاذ عن النبي ﷺ فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس ، فباعه حبيب بألف دينار ، وذكره البيهقي في المعرفة بهذا الإسناد ، ثم قال وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه رواية عن مكحول مجهول ، وهذا الإسناد لا يحتج به ، انتهى . وفي هذا الموضع نظر معي ثلاثة منها ترجع إلى كلام المصنف ، الاول : أنه ذكر حبيب بن أبي مسلمة وليس في الصحابة إلا حبيب بن مسلمة كما ذكرنا . والثاني : أن الحديث الذي احتج به لأصحابنا ضعيف كما ذكرنا . الثالث : أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعه من النبي ﷺ وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبي ﷺ ورد على حبيب حين أراد أن يسند بالسلب الذي أخذه كما ذكرنا . والنظر الرابع يرجع إلى الشراح فإنهم كلهم نكثوا عن التحرير في هذا الموضع ورضوا بما شرحوا فيه بما لا يرضى به من له أدبر الإمام بالتصرف في الحديث ، وجعلوا هذا حجة على الشافعي ، وكيف يكون حجة وفيه ما ذكرناه .

واستدل الأترازي هنا لأصحابنا فقال وروي في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ من فعل كذا فله كذا ، فذهبت شبان الرجال وحبست الشيوخ تحت الرايات ، فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم ، فقال الشيوخ لا تستأثروا علينا ، فانا كنا تحت الرايات ، ولو انهزمت كنا رداء لكم ، فأنزل الله عز وجل ﴿ يسألونك عن الأنفال ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿ كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقاً من المؤمنين لكارهون ﴾ الأنفال ، أطيعوني في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري حيث خرجتم وأنتم كارهون ، فقسم بينهم بالسواء ،

وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل ، فتحمله على الثاني لما
 روينا ، وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه ، والسلب
 ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ، وكذا
 ما كان مركبه من السرج والآلة ، وكذا

ففي هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل ، لأنه لو كان له لإعطاء النبي ﷺ
 خاصة دون غيره انتهى .

واعترض عليه البيهقي بأن لاحجة لهم فيه ، فان غنيمة بدر كانت للنبي ﷺ بنص
 الكتاب ، فيعطى منها ما شاء . وقد قسم لمجاعة لم يشدوا ثم نزلت الآية في الغنيمة بعد
 بدر ، ففرض ﷺ بالسلب للقاتل ، واستقر الأمر على ذلك انتهى . قلنا حاصل هذا
 الكلام أن قوله ﷺ من قتل قتيلاً فله سلبه على وجه التنفيل ، وكذلك قال أبو عبيدة لم
 يقل ذلك للأبد ولا سيما إذا كان السلب كثيراً ، ألا ترى إلى ما رواه الطبراني في معجمه
 عن الشعبي أن جرير بن عبد الله البجلي بأذر مهران قتله فقومت منطقتة بثلاثين ألفاً ،
 فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر ليس هذا من السلب الذي يخمس ، ولم
 ينقله وجعله مغنماً .

(وما رواه) أي الشافعي (يحتمل نصب الشرع ، ويحتمل التنفيل فيحمله على
 الثاني) أي لحمل الحديث الذي رواه الشافعي (لما روينا) أي حديث حبيب وهو قوله
 ﷺ ليس لك من سلب القتيل إلا ما طابت به نفس إمامك دفعاً للتعارض (وزيادة
 الغناء) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلاً أكثر غناء ، وهو أن زيادة الغناء في واحد (لا
 يعتبر في جنس واحد) وهو الكرو والفر (كما ذكرناه) إشارة إلى ما ذكره في فصل كيفية
 القسمة ، ولأن الكرو والفر من جنس واحد ، وإلى قوله تعذر اعتبار مقدار الزيادة ، لأنه
 كم من واحد من الفرسان أو الرجال مثل الألف في الغناء ، ولا يعتبر ذلك في استحقاق
 زيادة السهم ، لأنه من جنس واحد .

(والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه) بالرفع عطفاً على قوله ما على
 المقتول ، أي السلب أيضاً مركبه (وكذا) أي وكذا السلب (ما على مركبه من السرج
 والآلة) أي وآلة السرج نحو بشرقه وخدامه وعباءه ولجامه (وكذا) أي وكذا السلب

ما معه على الدابة من ماله في حقيقته أو على وسطه ،
وما عدا ذلك فليس بسلب ، وما كان مع غلامه على دابة
أخرى فليس بسلبه ، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين ، فأما الملك
فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ، حتى لو قال
الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له
وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» .
وقال محمد «رح» له أن يطأها ويبيعها ،

(ما معه على الدابة من ماله في حقيقته) وهي الوعاء الذي يجعل في الرجل حوائج
وزواده فيه ، ويجعل في مؤخر القبت . وفي الجمهرة القبية الرقادة في مؤخر القبت (أو
على وسطه) نحو الهميان (وما عدا ذلك) أي المذكور من هذه الأشياء (فليس بسلب)
وقال الشافعي السلب ما كان عليه من ساحة الحرب كالثياب التي يقاتل فيها ، والسلاح
الذي به ، والمركوب الذي يقاتل عليه ، فأما ما في يده لا يقاتل به كالنطقة والطوق
والسوار والحاتم وما في وسطه من النفقة وحقيقته ففيه قولان ، أحدهما : أنه ليس من
السلب ، وبه قال أحمد في رواية ، والثاني : أنه من السلب وهو قولنا ، وعن أحمد في
مركبه روايتان .

(وما كان غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه) بل هو من الغنيمة .

(ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين ، فأما الملك فأنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام
لما مر من قبل) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم بقوله ولأن الاستيلاء لإثبات اليد الحافظة
والناقلة ، والثانية منعدمة ، أي اليد النافذة منعدمة قبل الإحراز فلا يثبت الملك .

(حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له
وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد له أن يطأها
ويبيعها) ذكر الخلاف في الزيادات بين محمد وصاحبه ، واعتمد عليه صاحب الامرار ،
وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير ، واعتمد عليه الحاكم الشهيد في

لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب
وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على
هذا الإختلاف

الكافي ، وذكر الكرخي بين أبي حنيفة ومحمد ، ولم يذكر قول أبي يوسف فقال لا يبطأها
عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد ، واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة (لأن التنفيل يثبت
به الملك عنده) أى عند محمد ، وبه قالت الثلاثة (كما يثبت) أى الملك (بالقسمة في دار
الحرب) أى بقسمة الامام الغنائم (وللشراء من الحربي) فان اشترى جارية أو غيرها في
دار الحرب من الحربي (ووجوب الضمان بالإتلاف) لفظ وجوب الضمان مرفوع بالابتداء
وخبره قوله (قد قيل على هذا الإختلاف) وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو ، فيكون
معطوفاً على قوله الملك ، أى يثبت الملك ووجوب الضمان للنفل له على ما أتلف من القراءة
سلبه الذي أصابه والاول أولى .

وإنما ذكره دفعاً لشبهة يرد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبيان ذلك أن محمداً
رحمه الله ذكر في الزيادات أن المتلف السلب ، نقله الامام يضمن ، لان الحق متأكد ولم
يذكر ، فورد الضمان شبهة عليها ، لان الضمان دليل تمام الملك ، فينبغي أن يحل الوطء
على مذهبها أيضاً بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك أنه أيضاً على الإختلاف عند محمد يضمن
وعندهما لا يضمن ، والله أعلم .

* * *

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبواهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينته إن شاء الله تعالى ، فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتباراً بسائر أملاكهم ، وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها . وقال الشافعي « رح ، لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور

(باب استيلاء الكفار)

أى هذا باب في بيان استيلاء الكفار ، وهذه الاضافة من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل . ولما شرع في استيلائهم بدأ باستيلاء بعضهم بعضاً فقال :

(وإذا غلب الترك على الروم) الترك جمع تركي ، والروم جمع رومي ، والمراد كفار الترك ونصارى الروم (فسبواهم وأخذوا أموالهم ملكوها ، لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب) أى الاستيلاء على مال مباح (هو سبب الملك على ما بينته) أى عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا .

(فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) أى ما نجده في أيدي الترك مما أخذوه من الروم (اعتباراً بسائر أملاكهم) أى قياساً على سائر أموال الترك ، لانهم لما ملكوا الذي أخذوه من الروم بالاستيلاء صار هو وما لهم الاصل سواء (وإذا غلبوا) أى الكفار (على أموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها) وبه قال مالك وأحمد إلا عند مالك يملكونها لجرد الاستيلاء بدون الاحراز . ولاحد روايتان في رواية مع مالك ، وفي رواية معنا .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكونها ، لان الاستيلاء محظور) أى ممنوع حرام

ابتداء وانتهاه، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

مطلقاً (ابتداء) أى فى دار الاسلام (وانتهاه) أى بعد الاحراز بدار الحرب (والمحظور لا ينتهض سبباً للملك) أى المحظور من وجه لا يكون سبباً للملك لان المحظور من كل وجه وهو الباطل لا يكون سبباً للملك عندنا أيضاً كالبيع بالميتة والدم والخمر (على ما عرف من قاعدة الخصم) وهى إراءة اليهم أن النهى بعد المشروعية عنده. وقال الكاكي وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح فى المحظور من وجه دون وجه ، كما فى البيع الفاسد ، أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما فى استيلاء المسلم على مال المسلم .

فان قلت يؤيد ما قاله الشافعي ماروي عن عمران بن الحصين أن المشركين أغاروا على سرح المدينة وذهبوا والعضباء وأسروا امرأة الراعي فانفلتت ذات ليلة فأتت بالعضباء فقدمت فى عجزها ونذرت إن نجاها الله لتنعرنها ، فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال بش ما جزيت ، لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وأخذناقتة ، وعلم بهذا أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين ، فلو كانوا يملكون للمكت المرأة العضباء بالأخذ منهم. قلت كما كانوا أحرزوها بدارهم وأخذ المرأة العضباء كان قبله فى الطريق . وقيل الاحراز لا يثبت الملك . ودليلنا من القرآن قوله تعالى ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ ... ٨ الحشر ، قاله تعالى سماهم فقراء ، والفقير من لا ملك له ، فلو لم يملك الكفار أموالهم لما سماهم فقراء .

ودليلنا من المعقول هو قوله (ولنا أن الاستيلاء) أى استيلاء الكفار (ورد على مال مباح) لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقاً على وجه يتمكن من الانتفاع فى الحال ومن الادخار فى المال والاقتدار بهذه الصفة لا يكون إلا بعد الاحراز ثم بعد احرازهم ارتفعت العصمة فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور ، فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ، ولهذا لا يملكون رقابنا .

فان قيل قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء ، فكيف يملكون أموالنا بالاستيلاء والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل . قلنا النص

عاد مباحاً كما كان غير أن الإستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ،
لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً ، والمحظور لغيره
إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ، وهو الثواب الآجل فما
ظنك بالملك العاجل ،

عاد مباحاً كما كان) في الأصل . وفي الكافي قوله في الهداية ، لأن العصمة تثبت على منافاة
الدليل إلى قوله عاد مباحاً مشكلاً ، فإنما إذا غلبنا على أموال أهل البغي واحرزنا بدارنا
لم يملكها مع زوال المكنة ، إلا أن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب . ثم
أصل الدار واحدة وهي بحكم الديانة مختلفة ، فتثبت العصمة من وجه دون وجه ، فلم
يثبت الملك بالشك ، بخلاف أهل الحرب ، لأن الدار مختلفة ، والنعم متباينة من كل وجه ،
فبطلت العصمة لنا في حقهم .

(غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز بالدار ، لأنه) أي لأن الاستيلاء (عبارة
عن الاقتدار على المحل حالاً) أي بالانتفاع بالمال في الحال (ومآلاً) أي عاقبة ، يعني
بالادخار إلى الزمن الثاني (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم أن الاستيلاء محظور
لا ينتهز سبباً للملك . تقريره أن يقال سلمنا أنه محظور ، لكنه محظور لغيره مباح في
نفسه ، يعني أن المال مباح لعينه ، لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك والمحظور لغيره ،
يعني لا يعنيه (إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك) كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فإنها
لا تصلح سبباً لاستحقاق إعلاء النعم وهو الثواب في الآخرة ، فلأن يصلح للملك سبباً
للملك في الدنيا أولى وهو معنى قوله (وهو الثواب الآجل) يعني في الآخرة (فما ظنك
بالمالك العاجل) يعني في الدنيا هل أتا نقول المحظور قد يصلح أن يكون سبباً للملك كما
في السوم على سوم أخيه ، والبيع عند الأذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي ، وبيع
المتلقي للسلمة فانتقض أصله حينئذ .

وفي الكافي والمحظور بغيره إلى قوله بالملك العاجل مشكلاً أيضاً ، لأن العصمة لا تخلو
إما أن زالت بالاحراز بدرهم أو لا ، فإن زالت لا يكون الاستيلاء محظوراً لما مر

ولنا أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، فينعتد سبباً للملك دفعاً لحاجة
المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على
منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاء ، فإذا زالت المكتة

يتناول المؤمنون وهم لا يملكونهم بالاستيلاء ، بل يملكون مالا مباحاً ذكرنا .
فإن قلت يرد عليكم الاسترداد بالملك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته أو من
الذي اشتراه من أهل دار الحرب بدون رضی الغازي . قلت أجيب بأن بقاء الاسترداد
بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ، ألا ترى أن الواهب الرجوع في
الهبة والاعادة إلى قديم ملكه بدون رضی الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ،
وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضی المشتري مع ثبوت الملك
له . قلت القياس على الهبة فيه نظر على ما لا يخفى .

فان قلت لا نسلم ان المال مباح بأصل الخلقة . قلت إنه مباح به لقوله تعالى ﴿ خلق
لكم ما في الارض جميعاً ﴾ ٢٩ البقرة ، واللام للاختصاص ، فيقتضي الاختصاص لجمعة
الانتفاع مطلقاً دون اختصاص الواحد بشيء من ذلك ، لان فيه منع الباقي من الانتفاع ،
وقد أضيف إليهم جميعاً بحرف الإختصاص .

(فينعتد) أي ورود الإستيلاء على مال مباح (سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف
كاستيلائنا على مالهم) بعد الإحراز ، وإنما تثبت العصمة للمالك لتمكن المالك من الانتفاع
ودفع الحاجة ، لأنه إذا لم يكن معصوماً كان كل واحد بسبيل من التعرض ، فلا تحصل
المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكين من الانتفاع ودفع الحاجة بعد إحرازهم ارتفعت
العصمة ، فعاد مباحاً فملكوه بالاستيلاء .

(وهذا) إشارة إلى أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، وبينه بقوله (لأن العصمة)
أي في المال (تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى ﴿ هو الذي خلق لكم ما في
الأرض جميعاً ﴾ ٢٩ البقرة ، يقتضي أن لا يكون مالا معصوماً لشخص ، وإنما تثبت
العصمة (ضرورة) أي لضرورة (تمكن المالك من الانتفاع ، وإذا زالت المكتة

فإن ظهر عليها المسلمون فوجدوا المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة

أنه على مال مباح وإن لم يترك لم تصر ملكاً لهم كما في مسألة البغاة ، إلا أن يقال العصمة المؤتمنة باقية ، لأنها بالاسلام وإن زالت بالقومة لأنها بالدار .

(فإن ظهر عليها المسلمون) أي فان غلب المسلمون على الأموال التي أخذها الكفار منا (فوجدوا المالكون قبل القسمة فهي) أي تلك الاموال (لهم) أي للملاك (بغير شيء) يعني يأخذونها مجاناً (وإن وجدوها بعد القسمة) أي بعد قسمة الامام الغنائم (أخذوها بالقيمة إن أحبوا) يعني إن أرادوا أن يأخذوها يأخذونها بقيمتها . قال الأترابي «رح» وعند الشافعي «رح» يأخذون في الوجهين بغير شيء قلت قال الشافعي «رح» ولكن الامام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وإن لم يكن في بيت المال شيء أعاد القسمة .

(لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (فيه) أي هذا الحكم (إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة) هذا الحديث أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننها عن الحسن بن عماره عن عبد الملك بن ميسرة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجدته صاحبها قبل أن يقسم فهو أحق به ، وإن وجدته قسم به فان شاء أخذه بالثمن . وقال الحسن بن عماره متروك .

وروى الطبراني في معجمه عن ياسين الزيات عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة رضي الله عنه قال أصاب العدو ناقة رجل من بني سليم ، ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها ، فأتى النبي ﷺ فأخبره فأمره ﷺ بالثمن الذي اشتراها به صاحبها من العدو وإلا يخلى بينه وبينها ، رواه أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة

ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له
 إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص
 فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ، والشركة قبل القسمة
 عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة .

قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي ﷺ فأقام البينة أنها ناقته ، وأقام
 الآخر البينة أنه اشتراها من العدو ، فقال النبي ﷺ إن شئت أن تأخذها بالثمن الذي
 اشتراها به فأنت أحق به ، وإلا فخل ناقته . وقال عبد الحق ياسين ضعيف .

وأخرج الدارقطني أيضاً في سننه عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن ابن شهاب
 عن سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من وجد
 ماله في الشيء قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء ، قال
 الدارقطني إسحاق متروك ، وهذا كما رأيت كله لا يرضى به الخصم ، ولم يبق إلا أن يحتج
 لما رواه الدارقطني «رح» وهذا في مسنده عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي
 الله عنه قال ما أصاب المشركون من أموال الناس فظهر عليهم فرأى رجل متاعه بعينه
 فهو أحق به من غيره ، فإذا قسم ثم ظهر عليه فلا شيء له ، إنما هو رجل منهم .

وكذا روى أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه عن خلاص عن علي رضي الله عنه نحوه ،
 قال البيهقي رواية خلاص عن علي ضعيفة . قلت قال ابن حزم رواية خلاص عن علي رضي
 الله عنه صحيحة .

(ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه ، فكان له حق الأخذ نظراً له) فيأخذه
 بغير شيء قبل القسمة ، لأن الملك في المضموم عام بين الغائمين فقل الضرر عليهم (إلا أن في
 الأخذ) أي غير أن في أخذ المالك القديم (بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه
 الخاص ، فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين) بغير جانب المالك القديم والمالك
 الجديد (والشركة قبل القسمة) أي قبل قسم الإمام الغنيمة (عامة) بينهم (فيقل
 الضرر ، فيأخذه بغير قيمة) والدليل على عموم الملك بين الغائمين أن واحداً من الغائمين

وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام
فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء
تركه ، لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ، ألا ترى أنه قد دفع العوض
بمقابلته ، فكان اعتدال النظر فيما قلناه . ولو اشتراه بعوض يأخذه
بقيمة العوض . ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك
خاص ، فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوماً

لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة ، بخلاف ما بعد القسمة
حيث يأخذه بالقيمة .

(وإن دخل دار الحرب تاجر واشترى ذلك) أي الذي استولى عليه الحربي (وأخرجه)
أي أخرج ذلك الشيء إلى دار السلام (فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي
اشتراه) أي التاجر ، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه ، كذا ذكره الحاكم الشهيد
(رح) (وإن شاء تركه لأنه) أي لأن التاجر (يتضرر بالأخذ مجاناً) يعني بغير شيء
(ألا ترى أنه) أي أن التاجر (دفع العوض بمقابلته) أي بمقابلة ذلك الشيء الذي اشتراه
(فكان اعتدال النظر فيما قلنا) وهو قوله اعتدال النظر من الجانبين .

(ولو اشتراه بعوض) أي الشيء بالشيء (يأخذه بقيمة العوض) أي بقيمة ذلك
العوض الذي اشتراه (ولو وهبوه لمسلم) أي ولو وهب أهل الحرب ذلك الشيء لمسلم
(يأخذه) يعني صاحبه (يأخذه بقيمته) أي بقيمة ذلك الشيء (لأنه ثبت له) أي
للموهوب له (ملك خاص) بالهبة (فلا يزال إلا بالقيمة) قيل على أن الملك يثبت للموهوب
له مجاناً ، فلا يتضرر بالأخذ منه مجاناً ، بخلاف ما يثبت لأحد الغزاة بالقسمة ، لأن هذا
الحق إنما تعين له بأداء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقيين . وأجيب بأن الملك ما هنا
أيضاً يثبت بالعرض معنى ، لأن الكفاية مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة ، فجعل
ذلك معتبراً في إثبات حقه في القيمة .

(ولو كان) أي ما أخذه الكفار من المسلمين (مغنوماً) أي مأخوذاً بالقهر والغلبة

وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا . وكذا إذا كان مشتري بمثله قدرأ ووصفاً . قال فإن أسروا عبداً فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه فأخذ إرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، أما الاخذ بالثمن فلما قلنا ، ولما يأخذ الارش ، لان الملك فيه صحيح ،

(وهو مثلي) أي والحال أنه مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه) أي صاحبه وهو المالك القديم (قبل القسمة) بلا شيء (ولا يأخذه بعدها) أي بعد القسمة (لأن الأخذ بالمثل غير مفيد) لأنه لو أخذه أخذ بالمثل ولا فائدة فيه (وكذا) أي وكذا حكم المثلي (إذا كان موهوباً لا يأخذه) لا يأخذه المالك القديم بعدم الفائدة (لما بينا) إشارة إلى قوله ، لأن الأخذ بالمثل غير مفيد .

(وكذا إذا كان مشتري بمثله قدرأ ووصفاً) أي وكذا لا يأخذه المالك القديم أيضاً إذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشتري بمثله قدرأ ووصفاً ، لأنه لا فائدة في أن يعطى عشرة مثاقيل جياذ ، ويأخذ عشرة مثاقيل جياذ ويعطى عشرة أفقر جيدة ، ويأخذ عشرة أفقر جيدة ، وإنها قيد بقوله قدرأ ووصفاً احترازاً عما لو اشتره المسلم بأقل قدرأ منه أو بخمس آخر أو يحنسه ولكنه أردأ منه ووصفاً فإن له أن يأخذه بمثل المشتري ، ولا يكون ذلك ربياً ، لأنه إنها قدر ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه ، لا أنه يشتريه ابتداء .

(قال) أي محمد رحمة الله عليه (وإن أسروا عبداً فاشتره رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عينه فأخذ) أي المولى (إرشها) أي إرش العين (فإن المولى) أي المولى الأول (يأخذه) أي يأخذه العبد (بالثمن الذي أخذ به من العدو ، وأما الأخذ بالثمن فلما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً (ولا يأخذ) أي المالك القديم (الإرش ، لأن الملك فيه صحيح) احترازاً عن الشراء الفاسد ، فإن الوصف فيه مضمون .

فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن ، لان
الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة

(ولو أخذه) أي المالك لو أخذ الإرش (أخذه بمثله وهو لا يفيد) لأن الإرش دراهم
أو دنانير (ولا يحط شيء من الثمن) يعني إذا أخذ الإرش لا يحط شيء من الثمن بسبب
فقيه العين ، لأن العين بمنزلة الوصف لأنه يحصل بها صفة الكمال في الذات فيه ، ولا
ينحط شيء من الثمن (لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) وفي النهاية في قوله لأن
الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن نظر . قال الكاكي قال شيخه العلامة وهو مشكل ،
وهكذا ذكر في الكاكي ، لأن الأوصاف إنما لا يقابلها شيء من الثمن إذا لم يصر
مقصوداً بالتناول ، فأما إذا صار مقصوداً فله حط من الثمن ، كما لو اشترى عبد أفققت
عينه ثم باعه مرابحة ، فإنه يحط من الثمن ما يخص العين ، بخلاف ما إذا عورت ، ذكره
في الفوائد الفهيرية .

وكما في مسألة الشفعة المذكورة في الكتاب ، وهنا صارت مقصودة بالتناول ، فينبغي
أن يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن أجيب عنه بأن الوصف إنما بمقابلة
شيء من الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد ، أو في موضع الشبهة كما
في المسائل المذكورة ، فإن الملك في المشتري بالنسبة إلى الشفيع كالفاسد . وفي مسألة
المرابحة الشبهة تلحقه بالحقيقة لا لإثبات المرابحة على الأمانة دون الخيانة ، وهذا لأن
الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك . وكذا في الشراء الفاسد ، أما في الشراء
الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف ، إذ الوصف تابع ، ولهذا لو ظهر للمبيع وصف
مرغوب قد نفياء عند المقدم لم يكن للبائع أن يطالب بمقابلته شيء وقد فات الملك في ملك
صحيح ، وبذهابه لا يسقط شيء من الثمن ، لأنه تابع . ألا ترى أنه لو اشترى عبداً
فذهبت يده أو عينه لا يسقط شيء من الثمن .

(بخلاف الشفعة) يعني بخلاف الوصف في مسألة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن .
قال الكاكي قوله بخلاف الشفعة إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل
قصدي ، فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة ، بخلاف مسألتنا ، أما إذا كان فواتها

لأن الصفة لما تحولت إلى الشفيح صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب ، أما ما هنا الملك صحيح فافتراقاً . وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانية وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول

بأفة سماوية في الشفعة بأن حرق البستان فلا يقابلها شيء من الثمن ، فعينئذ لا تخالف مسألة الشفعة مسألتنا .

(لأن الصفة لما تحولت إلى الشفيح صار المشتري) بفتح الراء (في يد المشتري) بكسر الراء (بمنزلة المشتري) بفتح الراء (شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه) أى في للشراء الفاسد ، لأنه واجب الرد (كما في الغصب) إذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع . (أما ما هنا) أى فيما إذا اشتري من العدو (الملك صحيح للمشتري فافتراقاً) أى الملك صحيح ، والمشتري شراء فاسداً .

(وإن أسروا عبداً) أى وإن أسر أهل الحرب عبداً من المسلمين (فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانية) أى مرة ثانية (وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني) لأن الأسرار ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذه من الثاني (بالثمن لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه) أى على المشتري الأول (بالثمنين فيأخذه بهما ، فكذا إذا كان المأسور منه الثاني) وهو المشتري الأول (غائباً ليس للأول) أى للمولى الأول وهو

أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته ، ولا يملك علينا أهل
الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك
عليهم جميع ذلك ، لأن السبب إنما يفيد المملك في محله ، والمحل المال
المباح والحر معصوم بنفسه ،

المالك القديم (أن يأخذه اعتباراً ^(١) بحضرته) أى بحضرة المأسور منه الثاني وهو
المشترى الاول .

قال الاكمل رحمه الله واعترض على قوله وللمشترى الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن
ما قالوا بشفاء حق الاخذ الذي اشتراه من العدو وتضرر المالك ، لانه حينئذ يأخذه
بالثمن . وأجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولاً أولى ، لان حقه يعود في
الالف التي بعدها بلا عوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ، ولكن يعرض بمقابلته
وهو العبد ، فكان ما قلناه أولى .

(ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ،
ونملك عليهم) أى على أهل الحرب (إذا غلبنا عليهم جميع ذلك) إشارة إلى ذكر من
الدونس ^(٢) وغيرهم ، وفائدة ذلك أن المولى يأخذه وهؤلاء بلا شيء قبل القسمة ، وبعدها
كذلك إن اشترى رجل واحد من ما ذكرنا من أهل الحرب بعد استيلائهم بأخذ المولى
بلا شيء ، والاصل فيه ما ذكرنا في شرح الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر
والإسترقاق والقهر والغلبة ، وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالاسر والإسترقاق والقهر
والغلبة (لان السبب) وهو الإستيلاء (إنما يفيد الحكم في محله) يعني إذا قصد بالهمل كما في
سائر الأسباب (والمحل المال المباح ، والحر معصوم بنفسه) باعتبار أن الآدمي خلق
للعمل لأعباء للتكاليف ، ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة ، فكان
التعرض له حراماً .

(١) بحال حضرته - هامش .

(٢) هكذا رسمت الكلمة في الاصل .

وكذا من سواء ، لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم ، لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائهم وجعلهم أرقاء ، ولا جنابة من هؤلاء . وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة ، رح . وقال لا يملكونه ، لأن العصمة لحق المالك لقيام يده ، وقد زالت . ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه .

(وكذا من سواء) أي من سوى الحر من أم الولد والمدبر والمكاتب فللمالك أن يأخذهم قبل العسة بغير شيء وقال مالك واحمد يملكون المدبر والمكاتب بالإستيلاء حتى يأخذها سيدهما بالقيمة في الهبة وبالثلثين بالشراء أو في أم الولد لا يملكونها عند أحمد «رح» . وقال الزهري يأخذها سيدها بالقيمة في الهبة . وقال مالك «رح» يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا يحل له (لأنه تثبت الحرية فيه) أي فيمن سوى الحر (من وجه) لاستحقاقهم الحرية ، ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود .

(بخلاف رقابهم) أي رقاب أهل الحرب (لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنائهم وجعلهم أرقاء) لأنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جازاهم بأن جعلهم عبيد عبيده (ولا جنابة من هؤلاء) أي من أحرارنا ومدبرنا وأمهات أولادنا ومكاتبنا ، لأن لم يوجد منهم جنابة الكفر فلا يستحقون الرق .

(وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم) أي إلى أهل الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد في رواية والشافعي . وقيل المسلم اتفاني والحكم في عبد الذمي كذلك .

(وقال) أي أبو يوسف ومحمد (يملكونه) وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه (لأن العصمة) أي العصمة الموجودة في العبد كانت (لحق المالك لقيام يده عليه وقد زالت) يده ، فزالت العصمة (ولهذا) أي زوال يده (لو أخذوه) أي العبد من دار الإسلام ملكوه ، ولو كانت العصمة بالإسلام لما ملكوه ، كذا قال تاج الشريعة .

وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها
لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى
فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه ، فلم يبق محلاً للملك ،
بخلاف المتردد ، لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار ،

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه (أنه) أي أن العبد (ظهرت يده على نفسه
بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها) أي اعتبار يد العبد (لتحقيق يد المولى عليه
تمكيناً له من الانتفاع) أي لأجل تمكن المولى من الانتفاع به (وقد زالت يد المولى
فظهرت يده على نفسه) لأنه حين دخل دار الحرب يد المولى فظهرت يده على نفسه عنه
لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق
ذلك (وصار) أي العبد (معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للملك) لأنه يصير في يد نفسه
وهي يد محترمة يمنع الإحراز ، فيمنع التملك ، لأنه لا يملك بدون الإحراز .

فإن قيل لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه ، فإن يد الكفرة قد خلفت يد المولى ،
لأن دار الحرب في أيديهم . أجب بأن بين الدارين حداً لا يكون في يد أحد ، وعند ذلك
تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكمية ، ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد
الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر ، لأن حصول اليد الحقيقية في غيره الفراغ .
والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف كيف شاء ، وحين دخول العبد
في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه .

فإن قيل لو حصل له يد حقيقة لعتق ، وليس كذلك . أجب بمنع الملازمة ، لأن
ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار
خاصاً بملك المولى ، وجاز أن يؤخذ اليد بلا ملك ، كما في المنصوب والمشتري قبل القبض ،
فإن الملك للمولى واليد لغيره .

(بخلاف المتردد) أي خلاف العبد الآبق المتردد في دار الحرب وهو الذي يدور في
دار الإسلام (لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار) لأن الإقتدار على المحل قائم

فمنع ظهور يده . وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة «رح» يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوباً كان أو مشتري أو مغنوماً قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال ، لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ، وليس له على المالك جعل الآبق ، لأنه عامل إذ في زعمه أنه ملكه . وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء

بالطلب ، والإستعانة بأهل الدار (فمنع ذلك ظهور يده) لنفسه ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار فائضاً له لبقاء يده حكماً .

(وإذا لم يثبت الملك لهم) أي لاهل الحرب على العبد (عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء) سواء كان العبد (موهوباً) لاحد من أهل الحرب (كان أو مشتري) أي لو كان العبد مشتري بأن اشتراه أحد منهم (أو مغنوماً) أي لو كان المولى وحده مغنوماً في يد الغانمين ، هذا كله إذا كان (قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي) أي على صيغة الجهول ، أي يؤدي المولى (عوضه من بيت المال) ولا يعطى المشتري العوض ، لأنه قد يكون ملكه بغير أمره ، فكان متبرعاً ، حتى لو أمره بذلك رجع على المشتري بالثمن ، وأما المولى فإتما يأخذ عوضه من بيت المال (لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وإنما يعوض من بيت المال ، لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك .

(وليس له على المالك) أي للغازي أو للتاجر أو للموهوب له (جعل الآبق لأنه) أي لأنه كل واحد من هؤلاء (عامل لنفسه في زعمه) إذ في زعمه (أنه ملكه) أي أن العبد ، فيكون عاملاً لنفسه لا للمولى القديم .

(وإن ند بعير إليهم) أي ذهب على وجهه شارد ، يقال ند يند نداءً ، أو ندوداً من باب ضرب يضرب (فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء) أي البهيمة ، وإنما سميت عجماء لأنها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم ،

لتظهر عند الخروج من دارنا ، بخلاف العبد على ما ذكرنا ،
 وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه
 بالثمن إن شاء لما بينا ، فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس
 ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه
 إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء ، والفرس
 والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة «روح» . وقال يأخذ العبد
 وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الإجماع بحالة الانفراد ، وقد

وقال صلاة النهار عجماء ، لأنها لا تجهر فيها بالقراءة (لتظهر عند الخروج من دارنا) أي
 من دار الإسلام (بخلاف العبد) إذا أبق ، لأن له يد للظهور عند الخروج (على ما ذكرنا)
 إشارة إلى قوله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا .

(وإن اشتراه رجل) أي وإن اشترى هذا البعير ، رجل منهم (وأدخله دار الإسلام
 فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء) وإن شاء تركه (فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس
 ومتاع وأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ،
 فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة) لما أن
 عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد ، واعترض بأن على قول أبي حنيفة رضي الله
 عنه ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه
 ظهرت على المال أيضاً لانقطاع يد المولى من المال ، لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من
 يد الكفار عليه ، فلا يصير ملكاً لهم . وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي
 وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه ، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة
 في حق المال ، هكذا قاله الأكل وفيه تأمل ، لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد
 وهو مال مباح ، فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في العبد .

(وقال يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الإجماع بحالة الانفراد) يعني
 إذا أبق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك ، فكذلك إذا أبق ومعه فرس ومتاع (وقد

بين الحكم في كل فرد . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة «رح» . وقال لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين ، وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقي في يده عبداً ، ولأبي حنيفة «رح» أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تبين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخلصاً له ، كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب .

بينما الحكم في كل فرد) أي عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها . (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة . وقال لا يعتق) وبه قال مالك وأحمد والشافعي «رح» في قول . واعلم أن الحربي المستأنم إذا اشترى عبداً مسلماً جاز ويحبر على البيع ، لأنه لا يجوز أن يبقى المسلم في ذل الكافر ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى . وقال الشافعي «رح» لا يجوز بيعه أصلاً (لأن الإزالة) أي إزالة اليد من الحربي (كانت مستحقة بطريق متعين ، وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه) بالدخول في دار الحرب (فبقي في يده عبداً) فلا يعتق ، لأنه ملكه في دار الإسلام وأحرزه بدارهم .

(ولأبي حنيفة أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب) لقوله عز وجل ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء (فيقام الشرط ، وهو تبين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق) بيان هذا أن الحربي المستأنم في دارنا يزال ملكه بالعرض بجرمة ماله بأمانه ، فإذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتها الأمان وسقطت عصمة ماله فيعتق العبد (تخلصاً له) وقد عجز القاضي عن عتاقه عليه إذا لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب ، فقام شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب فقام عليه الزوال ، وهو إعتاق القاضي (كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق) بين الزوجين (فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب) فأنقضاء ثلاث حيض الذي هو شرط البينونة في

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار ، لما روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام ففرضى بعقبتهم وقال هم عتقاء الله . ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه أو بالالتحاق بمنعه المسلمين إذا ظهر على الدار

الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الأمانة لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دارهم ، ثم سبأهما أن تتقيد بثلاث حيض من بعد ذلك .

(وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر) على صيغة المجهول ، أي غلب (على الدار) أي دراهم (فهو) أي العبد (حر) وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ ففرضى بعقبتهم . وقال هم عتقاء الله) وروي أحمد «رح» في مسنده وابن أبي شيبة «رح» في مصنفه والطبراني في معجمه من حديث الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبيد خرجوا من الطائف إلى النبي ﷺ فأسلموا فأعتقها رسول الله ﷺ ، أحدهما أبو بكر .

وأخرج البيهقي عن عبد الله بن مكرم الثقفي قال لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف خرج إليهم رقيق من رقيقهم ، فمنهم أبو بكر ، وكان عبد الحارث بن كلاء والمنبث ونجب ، وورد أن في رهط من رقيقهم فأسلموا ، قالوا ، يا رسول الله ﷺ رد علينا رقيقاً الذي أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله عز وجل ، ورد على كل رجل ولأهله .

(ولأنه) أي ولأن العبد الذي خرج إلينا (أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً) أي منابذاً ، يقال راغم فلان قومه مراغمة إذا خرج عنهم ونبذهم وقيد بقوله مراغماً ، لأنه إذا خرج تابعاً (لمولاه) يباع وثمنه للحربي ، وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي (أو بالالتحاق بمنعه المسلمين إذا ظهر على الدار) متصل بقوله إذا ظهر على الدار كما أن قوله

اعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه ،
فالحاجة في حقه إلى زيادة تأكيد ، وفي حقهم إلى إثبات اليد
ابتداء ، فكان أولى

ولأنه أحرز نفسه متصل بقوله ثم خرج إلينا . وعن هذا قال الأتراسي وفيه لف ونشر ،
أعني أنه أحرز نفسه بالخروج إلينا وبالالتحاق فيما إذا ظهر على الدار . قلت هذا كلام
مترتب ليس فيه لف ولا نشر .

(واعتبار يده) أي يد العبد (أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتاً على
نفسه ، والحاجة في حقه) أي في حق العبد (إلى زيادة تأكيد) يمنع المسلمين (وفي حقهم)
أي والحاجة في حق المسلمين (إلى إثبات اليد ابتداء ، فهذا (١) كان) أي اعتبار يده
(أولى) توضيح هذا ، لأنه لما التحق بمنعه المسلمين ، صار كأنه خرج إلى دار الاسلام ،
ولا يكون عبداً للفرقة ، لأنهم محتاجون أن يملكوه بالاحراز ، وهو يحتاج إلى أن يحرز
نفسه لتناول شرف الحرمه ، وإحرازه أسبق من إحرازهم ، فصار أولى ، لأنه صاحب يد
في نفسه ، لكنه يحتاج إلى ما يؤكد يده بمنعه المسلمين وهم محتاجون إلى إثبات اليد ابتداء ،
فكان اعتبار يده أولى ، والله أعلم .

* * *

(١) فكان - هامش.

باب المستامن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستثمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدرأ ، والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ، ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد ،

(باب المستامن)

أي هذا باب في بيان حكم المستامن وهو المسلم الذي يدخل دار الحرب بالامان ، وكذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الامان من المسلمين ، وقدم المستامن المسلم ثم عقبه بالمستامن الحربي يفصل على حدة ، كما يجيء إن شاء الله عز وجل .

(وإذا دخل المسلم دار الحرب) حال كونه (تاجراً ، فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ، ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم) أي لاهل الحرب لانهم ما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستثمان إلا بشرط أن لا يتعرض لهم شيء من ديارهم وأموالهم . وقوله (بالاستثمان) يتعلق بقوله ضمن وضمانه شرط ، والمؤمن عند شرطه (فالتعرض بعد ذلك) أي بعد شرط عدم التعرض (يكون غدرأ ، والغدر حرام) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة ، فيقال هذه غدرة فلان .

(إلا إذا غدر بهم) أي بالمسلمين (ملكهم) أي ملك الكفار (فأخذ أموالهم) أي أموال التجار (أو حبسهم أو فعل غيره) أي غير الملك (بعلم الملك ولم يمنعه) فحينئذ لا يكون أخذ تجارنا أموالهم غدرأ (لانهم هم الذين نكثوا^(١) العهد) وفعلوا الغدر

(١) نقضوا-هامش.

بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأن ، فيباح له التعرض ، وإن أطلقوه طوعاً . فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح ، إلا أنه حصل بسبب الغدر ، فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به ، وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه .

(بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأن) ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد ، فإذا كان كذلك (فيباح له التعرض) لأنه بالوجه المذكور لا يكون أخذ الأسير المسلم غدر (وإن أطلقوه) وأصل بما قبله (طوعاً) أي لا إكراهاً . حاصل الكلام يباح له التعرض ، وإن كان مطلق العنان عندهم ، لأنه لم يوجد الاستئمان صريحاً ، فلم يلزم الغدر .

(فإن غدر) أي التاجر (بهم) أي بأهل الحرب ، وقد بين فاعل غدر بقوله (أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به) إلى دار الإسلام (ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح) لأن مال أهل الحرب مباح فيملكه (إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه ، فيؤمر بالتصدق به) أي بالمال الذي أخرجه ، حق لو كانت جارية يكره له وطئها ، وإن أحرزها بدارنا ، وكذا يكره للمشتري منه لقيام الحضرة في الملك بسبب الغدر ، وبخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراء فاصداً ، حيث يحل له وطئها بعد الاستبراء ، لأن الكراهة في حق المشتري الأول لقيام حق بائنه في الاسترداد وقد زال حقه ببيع المشتري من آخر ، فظهر الفرق . والرواية المذكورة في المبسوط وغيره . وفي المغني للحناية يجب عليه رد ما أخذ من ما لهم بالحيانة أو بالاستقراض بأن بيعت . ولو جاء بأمان أو إيمان يجب الرد عليه كما لو أخذه من مسلم . وعندنا لا يجب الرد ، لكن يتصدق به ولا يجب عليه رد ما استقرض قضاء .

(وهذا) إشارة إلى قوله ملكه ملكاً محظوراً ، أي خبيثاً (لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب) أي سبب الملك ، وهو الاستيلاء (على ما بيناه) يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله المحظور بغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ... إلى آخره .

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غضب أحدهما صاحبه ، ثم خرج البيمان واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من فعله ، وإنما التزم ذلك في المستقبل فلأنه صار ملكاً للذي غضبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه ، وكذلك لو كانا

(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه) بتخفيف الدال من الإدانة وهو البيع بالدين ، واستدانه الابتياح بالدين ، وقولهم أدان بتشديد الدال من باب الافتعال ، أي قبل الدين ، وقوله (حربي) فاعله (أو أدان حربياً) وهو أيضاً من الإدانة (أو غضب أحدهما) أي أحد الاثنين ، وهما المسلم والحربي (صاحبه) بالنصب ، لأنه مفعول غضب (ثم خرج إلينا) أي أحدهما (واستأمن الحربي) يعني خرج مستأمناً (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية) أي ولاية القاضي .

(ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً) لأنه لا ولاية لنا على أهل الحرب (ولا وقت القضاء) أي ولا ولاية وقت القضاء ، أي الحكم (على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله) في دار الحرب (وإنما التزم ذلك) أي حكم الإسلام (في المستقبل) في مقابلة فعلها في دار الإسلام ، فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء ، لأنه لا قضاء بدون الولاية . وفي شرح الطحاوي ولكنه ينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي .

(وأما الغصب) فإنما يقضي لواحد منهما على الآخر (فلأنه) أي فلأن المصوب (صار ملكاً للذي غضبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم) لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ، ولا يحكم بالرد لثبوت الملك (على ما بيناه) يعني فيما تقدم الآن (وكذلك) أي وكذلك لا يقضى بشيء (لو كانا

حريين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا . ولو خرجا مسلمين
قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب ، أما المدائنة فلأنها وقعت
صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حال القضاء لالتزامهما
الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ، ولا خبث في
ملك الحربي حتى يؤمر بالرد . وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان
فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه ، أما
عدم القضاء فلما بينا أنه ملك ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به ،
فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد .

حريين فعلا ذلك) أي الادانة والغصب جميعاً (ثم خرجا مستأمنين) أي حال
كونها مستأمنين (لما قلنا) إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية إلى آخره
(ولو خرجا) أي الحربيان لو خرجا حال كونها (مسلمين قضى بالدين بينهما ، ولم
يقض بالغصب) الذي حصل بينها (أما المدائنة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية) أي ولاية القاضي (ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب
فلما بينا) فيما تقدم عن قريب (أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد)
لأن مال الحربي غير معصوم .

(وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً) أي مال حربي فحذف المضاف
وأقيم المضاف إليه مقامه (ثم خرجا) حال كونها (مسلمين) المسلم باسلامه القديم ،
والحربي بدخوله في دار الاسلام (أمر برد الغصب) ديانة (ولم يقض عليه) يعني لا
يقضي القاضي بالرد عليه (أما عدم القضاء فلما بينا) فيما تقدم عن قريب (أنه ملكه)
لكونه مالا غير معصوم (وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به) أي بالرد فيما بينه وبين
الله تعالى ، ولا يحكم بالجبر والالزام ، والظاهر أن الضمير في مراده يرجع إلى محمد «رح»
(فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم ، وهو نقض العهد) .

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ ، أما الكفارة فلا تطلق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة ، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب ،

(وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله ، وعليه الكفارة في الخطأ) هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير ، ولكن ذكره قاضي خان في الجامع الصغير ، وجعل هذا الحكم في قول أبي حنيفة «رح» ثم قال وقال ، أي أبو يوسف وعبد «رح» عليه القصاص في العمد ، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد «رح» لأنه قتل شخصاً معصوماً إذ عصمته ما زالت بالاستئمان فيجب بقتله في دار الإسلام (أما الكفارة فلا تطلق الكتاب) وهو قوله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً خطأ فتحريروا رقبة ﴾ ٩٢ للنساء ، وتخصيصها بالخطأ ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا (والدية) أي وأما وجوب الدية (لأن العصمة الثابتة بالأحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الإسلام تقديراً ، حتى أن المستأمن بهم لما كان على قصد الرجوع كان كأنه بقصد الرجوع في دار الحرب .

(وإنما لا يجب القصاص) جواب سؤال مقدر ، بأن يقال كان القياس وجوب القصاص ، فأجاب بقوله وإنما لا يجب القصاص فيه (لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة) أي إلا بقوة وعزة ، لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً (ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب كالحمد ، وعند الأئمة الثلاثة «رح» يجب الحد ، إلا أن عند أحمد لا تقام في دار الحرب ، حتى ترجع . وعند الشافعي يؤخر أيضاً إذا لم يكن أمير الجيش أو الإمام ، وإلا لا يؤخر .

وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل لا تعقل العمد ،
وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين ،
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل
أحدهما صاحبه أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسير فلا
شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا
في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد ، لأن العصمة لا تبطل بعارض
الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستثمان على ما بيناه ، وامتناع
القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله لما قلنا .

(وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل (جمع عاقلة) لا تعقل العمد ، وفي
الخطأ) أي وتجب الدية أيضاً في الخطأ في ماله (لأنه لا قدرة لهم) أي للعواقل (على
الصيانة مع تباين الدارين) لأن الوجوب عليهم لتقصيرهم في الصيانة عن ارتكاب هذه
الجنائية ، وكيف يجب على العواقل ، وهم في دار الإسلام صيانة عن الجنائية وهو في دار
الحرب (والوجوب) أي وجوب الدية (عليهم) أي على العواقل (على اعتبار تركها)
أي ترك الصيانة .

(وإن كانا أسيرين) أي وإن كان المسلمان أسيرين (فقتل أحدهما صاحبه ، أو قتل
مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفارة . وفي الخطأ عند أبي حنيفة . وقالوا في
الأسيرين) أي في قتل الأسيرين أحدهما الآخر (الدية) أي تجب الدية أو الدية واجبة
(في الخطأ والعمد ، لأن العصمة) المتقومة بالإحراز بدارنا (لا تبطل بعارض الأسر ، كما
لا تبطل بعارض الاستثمان) وهو طلب الأمان منهم (على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأن
العصمة الثانية بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان (وامتناع القصاص
لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله) أي في مال القاتل (لما قلنا) إشارة إلى قوله ، لأن
العواقل لا تعقل العمد .

ولأبي حنيفة «رح» أن بالأسر صار تبعاً لهم بصيرورته مقهوراً
في أيديهم ، ولهذا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل
به الإحراز أصلاً ، وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا ،
وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

فصل

قال وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ،
ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة ومنعت عليك الجزية ، والأصل
أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية ،

(ولأبي حنيفة «رح» أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهم) فصار
بحكم القهر تبعاً (ولهذا) أي ولأجل كونه تبعاً لهم (يصير مقيماً بإقامتهم ، ومسافراً
بسفرهم فيبطل به) أي بالأسر (الإحراز) بدار الإسلام (أصلاً) ولما بطل الإحراز لم
تثبت العصمة المتقومة ، فلم تجب الدية لأنها بناء على ذلك العصمة ، بخلاف الكفارة ، فإنها
تجب بالعصمة المؤتممة وهي الإسلام (وصار) هذا (كالمسلم الذي) أسلم في دار الحرب
كالمسلم الذي (لم يهاجر إلينا) والجامع كون كل واحد منها مقهوراً في أيديهم ، بخلاف
المستأمن لأنه ممكن من الخروج من دارهم ، فلا يكون تبعاً لهم ، فلا تبطل عصمته (وخص
الخطأ بالكفارة ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا) خلافاً للشافعي «رح» .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان حكم المستأمن من أهل الحرب .

(وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً) أي في حال كونه مستأمناً (لم يمكن أن يقيم في
دارنا) أي في دار الإسلام (سنة) ، ويقول الإمام له إن أقمت تمام السنة وضعت عليك
الجزية ، والأصل فيه) أي في أصل هذا الحكم (أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في
دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية) تضرب عليه .

لأنه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ،
ويمكن من الإقامة السيرة ، لأن في منعها قطع الميرة والحلب وسد
باب التجارة ففصلنا بينهم بسنة ، لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون
الإقامة لمصلحة الجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة
إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإذا مكث سنة فهو ذمي ، لأنه لما أقام
سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزماً للجزية ، فيصير ذمياً ، وللإمام
أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين . وإذا أقامها
بعد مقال الإمام

(لأنه) أي لأن الحربي المستأمن (يصير عيناً لهم) أي ديدباناً وجاسوساً (وعوناً)
أي ظهيراً (علينا) والعون هو الظهير على الأمر والجمع أعوان (فيلتحق المضرة بالمسلمين
ويمكن من الإقامة السيرة ، لأن في منعها قطع الميرة) هي الطعام يتنازه الاسنان من
ماريمير . وقيل الميرة بكسر الميم وسكون الياء الطام ، والميرة بالهمزة التيممة (والحلب)
أي وقطع الحلب بفتحتين ، وهو كل شيء يحلب من إبل وخيل وغنم وغيرها من الحيوانات
(وسد باب التجارة) أي وفي منع المدة السيرة سد باب التجارة ، وفيه ضرر أيضاً
(ففصلنا بينها) أي بين الإقامة الدائمة والمدة السيرة (بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية ،
فتكون الإقامة لمصلحة الجزية) .

(ثم إن رجع بعد مقالة الإمام) أي ثم إن أراد أن يرجع بعد مقالة الامام ، أي بعد
ان قال له الامام ان أقمت سنة وضعت عليك الجزية (قبل تمام السنة ، فلا سبيل عليه)
أي لا يمنع من الرجوع .

(وإذا مكث سنة فهو ذمي ، لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزماً
للجزية فيصير ذمياً) لأنه أقام مدة مضروبة عليه ، والذمي لا يجوز رجوعه إلى دار
الحرب (وللإمام أن يوقت في ذلك) أي في ضرب المدة (ما دون السنة كالشهر
والشهرين) على حسب ما يرى من المصلحة (وإذا أقامها) أي المدة (بعد مقال الإمام

يصير ذمياً لما قلنا ، ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا ، وفيه مضرة بالمسلمين فإن دخل الحربي دارنا بأمان فاشتري أرض خراج ، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فإذا التزمه صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما مجرد الشراء لا يصير ذمياً لأنه قد يشتريها للتجارة ، وإذا ألزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبله ، لأنه يصير ذمياً

يصير ذمياً لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزماً بالجزية . وفي فتاوى العتابي لو أقام سنتين من غير أن يتقدم عليه الامام فله أن يرجع إلا إذا قال الامام إذا رجعت إلى كذا وإلا جعلتك ذمياً فلم يرجع ، صار ذمياً ، فوجب عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة ، إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فبأخذها منه حينئذ .

(ثم لا يترك إلى أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض) لأن عقد الذمة خلف عن الاسلام لا ينقض ، فكذا خلفه (كيف) أي كيف ينقض (وإن فيه) بفتح الهمزة بخط شيخنا (قطع الجزية وجعل ولده) ذلك (حرباً علينا) بطريق التوالد والتناسل (وفيه) أي وفي نقض عقد الذمة (مضرة بالمسلمين) وهو ظاهر .

(فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشتري أرض الخراج ، فإذا وضع عليه الخراج) أي وضع عليه (فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) لأن كل منها حكم متعلق بالمقام في دارنا ، فصار ذمياً ضرورة (فإذا التزمه) أي فإذا التزم الخراج (صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذمياً ، لأنه قد يشتريها للتجارة) وبه صرح الكرخي «رح» في مختصره . ومن المشايخ «رح» من قال يصير ذمياً بمجرد الشراء ، ذكره قاضي خان «رح» .

(وإذا ألزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبله ، لأنه يصير ذمياً

بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله في الكتاب
 فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع ،
 فيخرج عليه أحكام جمة فلا يغفل عنه . وإذا دخلت حرية
 بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية ، لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج .
 وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً ، لأنه يمكنه أن
 يطلقها فيرجع إلى بلده ، فلم يكن ملتزماً بالمقام . ولو أن حربياً
 دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

بلزومه الخراج ، فتعتبر المدة من وقت وجوبه (أى وقت وجوب الخراج) (وقوله في
 الكتاب) أى وقول محمد «رح» في الجامع الصغير (فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي
 تصريح بشرط الوضع فيخرج) على صيغة المجهول من باب التفعيل . وقال الأتزازي
 فيخرج على صيغة المبني للفاعل ، يقال خرجته فتخرج على شرط الوضع أحكام جمة (عليه
 أحكام جمة) أى على شرط الوضع أحكام جمة ، أى كثيرة ، والجمل الكثير من كل شيء ،
 ومادته جيم وميم . ومن الأحكام المنع من الخروج إلى دار الحرب ووجوب الضمان في
 إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطأ ، وجريان القصاص بينه وبين المسلمين
 عندنا ، ووجوب كل حكم يثبت في حق الذمي (فلا يغفل عنه) على صيغة المجهول ، ففي
 عنه أى عن شرط الوضع ، لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله .

(وإذا دخلت حرية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية ، لأنها التزمت المقام تبعاً
 للزوج) فيجرب عليها أحكام أهل الذمة من وضع الخراج على أرضها وضع الخراج إلى
 دار الحرب . وقالت الأئمة الثلاثة لا تصير ذمية ، ولا تمنع من الخروج إذ الذمي الزوج
 به أو فارقها . (١)

(وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع إلى
 بلده فلم يكن ملتزماً بالمقام ، ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

(١) هكذا في الأصل .

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم ، فقد صار دمه مباحاً بالعود ، لانه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر ، فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه ، وصارت الوديعة فيئاً . أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً لأن يد المودع كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة ، فيختص به . وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً (أى أو ترك ديناً (في ذمتهم) أى في ذمة المسلمين أو في ذمة أهل الذمة (فقد صار دمه مباحاً بالعود) إلى دار الحرب (لأنه أبطل أمانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر) أى تردد ، وبين التردد بحرف الفاء في قوله (فان أسر أو ظهر على الدار) أى دار الحرب ، وكل واحد منها على صيغة المجهول (فقتل) مجهول أيضاً (سقطت ديونه) أى عن الذين عليهم ديونه (وصارت الوديعة فيئاً) أى غنيمة .

(أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً ، لأن يد المودع) بفتح الدال (كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت) أى المطالبة (ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة) أى يد الذى عليه الدين أسبق إليه من يد العامة ، أى يد كل واحد من الناس لسبق يده (فيختص به) أى فيختص من عليه الدين بالدين الذى عليه ، يعنى لا يطالبه أحد ، فان كان كذلك فيسقط ، أى الدين لسقوط المطالبة .

(وإن قتل) على صيغة المجهول أيضاً ، أى هذا الحربي الذى دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب (ولم يظهر على الدار) على صيغة المجهول أيضاً ، أى لم يغلب عليها (فالقرض) الذى عند الناس (والوديعة) التى عند المودع (لورثته) وعند الشافعي «رح» تكون الوديعة لورثته . وفي الديون قولان ، أحدهما أنها لورثته ، والآخر أنها غنيمة .

وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين

(وكذلك) أى الحكم (إذا مات) هذا الحربى حتى يكون قرضه وديعة لورثته (لأن نفسه لم تصر مغنومة ، فكذلك ماله) لا يصير مغنوماً (وهذا) أى عدم كون نفسه لم تصر مغنومة (لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه) في حياته (أو على ورثته من بعده) لأن يد المودع كيده ، وبه قال الشافعى وأحمد «رح» .

فان قيل ينبغى أن يصير فيئاً كما إذا أسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعه عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على الدار فيكون فيئاً ، ولا تكون يد المودع كيده . قلنا عصمة المال لما كانت ثابتة فى دار الاسلام معصوماً من وجه دون وجه ، فلا تصير معصومة بالشك ، أما هنا العصمة ثابتة عند الابداع ولم يظهر على دار الحرب ، فكانت العصمة باقية كما كانت فى دار الاسلام دار العصمة ، وإليه أشار قاضى خان «رح»

(قال) أى القدورى «رح» (وما أوجف عليه المسلمون) يقال وما أوجف الفرس أو البعير عدا وجفا وأوجفه صاحبه إيجافاً ، يقال وجف البعير وجفا ووجيفاً ، وهو ضرب من مشى الابل ، وربما استعمل فى الخيل ، وأوجفت البعير إذا حملته على الوجيف ، والمعنى الذى أوجف عليه المسلمون ، أى أعلموا خيالهم وركائبهم . وفى بعض النسخ وما أوجف المسلمون عليه (من أموالهم) أى من أموال أهل الحرب (بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين) كعمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التى لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ، ومن مصالح المسلمين الصرف إلى أرزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وأرزاق المقاتلة ، ومنها أن يصرف إلى رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق .

وقال الشافعى «رح» يقسم ما أوجف عليه المسلمون فأربعة أخصاه للنبي ﷺ ، وخمسه

كما يصرف الخراج ، قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها
والجزية ولاخمس في ذلك . وقال الشافعي « رح » فيها الخمس اعتباراً
بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ
رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ،

يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس للنبي ﷺ ، ففي نصيبه بعد وفاته قولان . في
قول يصرف إلى مصالح المسلمين ، وفي قول إلى المقاتلة ، وكذلك قال في الجزية (كما
يصرف الخراج) أي مصالح المسلمين .

(قالوا) أي مشايخنا « رح » (هو) يرجع إلى قوله وما أوجف المسلمون عليه (مثل
الأراضي التي أجلوا أهلها عنها) أي أجلى المسلمون أهل تلك الأراضي عنها ، أي
أخرجهم عنها ، يقال جلى السلطان القوم عن اوطانهم وأجلام فجلوا ، أي أخرجهم
فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى ، والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطء والخراج .
(والجزية) قال الأتزازي والجزية بالجر عطفاً على قوله الأراضي ، أي هذا مثل
الأراضي ومثل الجزية ، وكذا قال غيره من الشراح . وقال تاج الشريعة « رح » والجزية إن
رفعتا تكون معطوفة على مثل وإن خفضته يكون عطفاً على الأراضي (ولا خمس في ذلك)
أي فيما أوجف عليه المسلمون .

(وقال الشافعي « رح » فيها الخمس) أي في الأراضي التي أجلوا أهلها عنها مثل
الجزية . وفي بعض النسخ وفيها بافراد الضمير ، أي في الثالثة الاثنان المذكوران والخراج ،
وقد بينا قول الشافعي مفصلاً عن قريب (اعتباراً بالغنيمة) أي قياساً عليها وسيجيء
الجواب عنه .

(ولنا ما روي أنه ﷺ أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في
بيت المال ولم يخمس) لم يذكر أحد من الشراح الذين وقفت على شروهم شيئاً ما يتعلق
بقوله ولنا ما روي إلى آخره ، ورأيت في بعض نسخ الهداية ، وكذا عمر وعثمان ومعاذ ،
ثم شطب على قوله عثمان ، والشطب صحيح ، وفي بعضها ولنا ما روى عن علي رضي الله

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى ، واستحقه الغانمون بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى

عنه أنه أخذ الجزية ، وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ، وشطب على قوله من علي ، والشطب صحيح ، والنسخة الصحيحة ما كتبناها أولاً وهى ولنا ما روي انه عليه السلام إلى قوله ولم يخمس ، وكذا نسخة شيخى العلاء وكتب بخط يده تحت قوله عليه السلام أخذ الجزية يعني من مجوس هجر ، وكتب تحت قوله وكذا عمر من أهل السواد ، وكتب تحت قوله ومعاذ يعني من أهل اليمن ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك .

وذكر مخرج أحاديث الهداية فقال الحديث الثالث روى أن النبي صلى الله عليه وسلم فذكره مثل ما ذكر المصنف ، ثم قال أخرج أبو داود في كتاب الخراج عن أبي معاذ الكندي أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كتب أن من سأل عن مواضع الفء فهى ما حكم فيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه قرأه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر ، وقلبه فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب بخمس ولا يفنم ثم قال وهو ضعيف فان فيه مجهولاً . وعمر بن عبد العزيز لم يدرك عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

(ولأنه) أي ولأن المأخوذ بإيجاف المسلمين (مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل أخذ منهم بالرعب من المسلمين فلم يصح اعتباره بالغنيمة (بخلاف الغنيمة ، لأنه) أي لأن الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك بمباشرة الغانمين ، وبقوة المسلمين) يعني مملوك بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين ، فلما كان السبب مختلفاً اختلف الاستحقاق أيضاً (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحقه الغانمون بمعنى) وهو مباشرتهم القتال (وفي هذا) أي فيما أوجب المسلمون عليه (السبب واحد) وهو الرعب بظهر المسلمين ، لأنه لم يوجد السعى من القراءة فلم ينقض الاستحقاق ، فكان بين جماعة المسلمين (وهو ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين بغير قتال (فلا معنى

لايجاب الخمس . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلمها هنا ، ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر ، لأنهم حربيون كبار وليسوا باتباع ، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل ، وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي

الكل فيئاً وغنيمة

لايجاب الخمس) لانه تعالى قال ﴿ فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ ٦ الحشر ، فيجعل كله للمسلمين .

(وإذا دخل الحربي في دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ، ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم هنا) أي في دار الإسلام (ثم ظهر) على صيغة المجهول ، أي غلب (على الدار) أي على دار الحرب (فذلك) أي المذكور (كله فيء) أي غنيمة (أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر) أي في كونهم فيئاً (لأنهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع) أي بالبلوغ (وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً) أي وكذلك الجنين فيء لانه تابع للإسلام في الرق والجزية (لما قلنا من قبل) إشارة إلى ما قال في باب الفنائم بقوله ولنا أنه جزؤها فبرق برقها .

(وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين) أي دار الإسلام دار الحرب (لا يتحقق ذلك) أي كونه تابعاً لإسلام أبيه (وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة) وذلك أن الأصل أن تكون الأموال بأيدي الملاك بالعرف .

وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار
أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين
أسلم ، إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً
فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده ، وما سوى ذلك فيء ، أما
المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا ، وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه
لم يصير معصوماً لأن يد الحربي ليست يبدأ محترمة . وإذا أسلم الحربي
في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا
شيء عليه إلا الكفارة

فإن قلت قوله ~~عصموا~~ عصموا مني دماءهم وأموالهم . قلت هذا باعتبار الغلبة ، يعني
المال الذي في يده أو ما هو في معناه للعرف لأن من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة .
(وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء) إلى دار الإسلام (فظهر على الدار) أي دار
الحرب (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ،
إذ الدار واحدة) أي أن الدار كانت واحدة في حالة الإسلام ولم يوجد حينئذ ما يمنع
التبعية وهو تباين الدارين .

(وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده وما
سوى ذلك فيء) أراد به المرأة وأولاده الكبار والمال الذي غصبه مسلم أو ذمي أو كان
مودعاً عند حربي (وأما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا) أشار به إلى قوله لأنهم
حريون كبار (وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصير معصوماً ، لأن يد الحربي
ليست يبدأ محترمة) .

(وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون
هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة) وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح»
في الجامع الصغير وغيره . وروي عن أبي حنيفة قال ولا دية عليه ولا كفارة من قبل أن

في الخطأ . وقال الشافعي « رح » تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ، لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلباً لكرامته وهذا لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به ، فيكون وصفاً فيه فيتعلق بما علق به الأصل .

الحكم لم يجر عليهم . وعن أبي يوسف « رح » قال أضمنه الدية وأجعل عليهم (في الخطأ) الكفارة . واستحسن ذلك وأدع القياس كما قال أبو حنيفة « رح » ، كذا ذكره الكرخي في مختصره .

(وقال الشافعي « رح » تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد) وبه قال مالك وأحمد « رح » (لأنه) أي لأن القاتل (أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه) أي لكون الإسلام (مستجلباً للكرامة) يعني أن الإسلام مستجلب للكرامة . وفي بعض النسخ لكونه مستجلباً للكرامة . وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة ، فتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات ، وهو الإسلام ، إذ به تحصل السعادة الأبدية لا بالدار التي هي جناد لا أثر لها في استحقاق الكرامة . ومن أراق دماً معصوماً إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة ، وإن كان عمداً ففيه القصاص ، كما لو فعل ذلك في دار الإسلام . (وهذا) أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد (لأن العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها) أي بالمؤتممة ، فإن من علم أنه يأنم بقتل الزجر عنه نظراً إلى الجلبة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي) أي العصمة (ثابتة) أي بالإسلام (إجماعاً) لأنه لا قاتل بعدم الإثم على من قتل مسلماً ، أي في موضع كان (وبالمقومة) أي العصمة المقومة (كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بأصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان في ذلك أكمل ، وأثم في المنع من الذي وجب في الإثم دون المال (فيكون وصفاً فيه) أي فيكون الكمال وصفاً في ذلك الأصل وهو العصمة المؤتممة (فيتعلق) أي يتعلق الوصف الذي هو المقومة بالإسلام (بما علق به الأصل) وهو

ولنا قوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ﴾ ... الآية ٩٢ النساء ، جعل التحرير كل الموجب ورجوعاً إلى حرف الفاء ، أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤتممة بالأدمية ، لأن الأدمي خلق متحملاً بأعباء التكليف ،

العصمة المؤتممة ، وهي تتعلق بنفس الاسلام ، وكذا العصمة المقومة أيضاً فتثبت العصمة به جميعاً بالاسلام ، فتجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر إلينا .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ﴾ ... الآية ٩٢ النساء) وإن أباحنيفة يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا ، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير . ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى بين المؤمن المطلق ، وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، فجعل الحكم في الأول الكفارة بقوله ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله ﴿ فتحرير رقبة ﴾ بيان ذلك من وجهين .

أحدهما : (جعل التحرير كل الموجب) بفتح الجيم (ورجوعاً) أي من حيث الرجوع (إلى حرف الفاء) فإنه للجزاء ، والجزاء إسم لما يكون كافياً ، فان كان كافياً كان كل الموجب ، فاذا وجب غيره ما يكون التحرير كافياً ولا كل الجزاء .

والوجه الثاني : وهو قوله (أو إلى كونه) أي أو رجوعاً إلى كونه التحرير (كل المذكور) حيث لم يذكر غيره (فينتفي غيره) أي غير التحرير ، لأن قصد الشارع في مثله إخراج المبدع عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان الحكم كله . فلو كان غيره من تنمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان . وقال مولانا حافظ الدين بيان الشارع على نوعين : بيان كيفية وبيان نهاية ، وها هنا بيان النهاية ، فلا يجوز أن تكون الدية واجبة ولا ذكرها ، إذ لو وجبت لكان البيان قاصراً ، فيلزم التكرار .

(ولأن العصمة المؤتممة) هذا دليل معقول ، بيان ذلك أن العصمة المؤتممة متعلقة (بالأدمية لأن الأدمي خلق متحملاً لأعباء التكليف) أي لأنقاله جمع عباً بالكسر وهو

ويقام بها بجرمة التعرض ، والأموال تابعة لها ، أما المقومة فالأصل فيها الاموال ، لان التقوم يؤذن بجبر الفئات ، وذلك في الاموال دون النفس ، لان من شرطه التائل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ، ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار ،
لأن العزة بالمنعة

المحل ، ومن خلا من شيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكليف (والقيام بها) أي بأعباء التكليف إنما يكون (بجرمة التعرض) فالآدمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقاً ، إلا أن الله أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فاذا زال الكفر بالاسلام عاد على الأصل (والأموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤتممة لها ، لان الاموال جعلت في الاصل مباحاً ، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته ، فكانت تابعة للآدمية .

(أما المقومة) أي العصمة المقومة (فالأصل فيها الاموال) يعني الاصل في المتقومة غير الآدمي (لان التقوم يؤذن) أي يشعر (بجبر الفئات) ومعنى الجبر يتحقق في الاموال دون النفوس ، إذ من شرط الجبر التائل (وذلك في الاموال دون النفوس ، لان من شرطه التائل) أي من شرط الجبر التائل صورة ومعنى ، كما في ذوات الامثال أو معنى فقط ، كما في ذات القم (وهو في المال دون النفس) لانه يتحقق في النفس ، فاذا كان كذلك (فكانت النفوس تابعة) للأموال في التقوم في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة المؤتممة أصل مستقل في شيء ، والعصمة المقومة أصل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه .

(ثم العصمة المقومة في الاموال تكون بالاحراز بالدار) أي بدار الإسلام ، لأنها عزة فلا تكون بغيره (لأن العزة بالمنعة) أي منعمة المسلمين ، لأن التقويم يبنى على خطر المحل ، والخطر إنما يثبت إذا كان ممنوعاً عن الأخذ ، إذ فيما تصل إليه الأيدي بلا منازع ، وإلا مواقع لا يكون خطيراً كالماء والتراب ، فملقنا التقويم بالاحراز بالمنعة ، وأما الإسلام

فكذلك في النفوس ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة .
لما أنه أوجب إبطالها ، والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم
حكماً لقصدتهما الانتقال إليها .

فلا يؤثر في إثناء العصمة المقومة لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا ، وإنما وضع
لاكتساب الآخرة . وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة .
(فكذلك في النفوس) لأنها تابعة لها كما ذكرنا ، لكن لا صفة لدار الحرب ، وهو
معنى قوله (إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة ، لأنه) أي أن الشرع (أوجب
إبطالها) أي أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة ، وإذا لم يكن منعة لا يوجب
الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة . وإذا لم توجد العصمة المقومة
لا تجب الدية .

وقال الأكمل هذا في غاية التحقيق خلا أنه يوم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز إلى
دراهم كما قال به الشافعي ، ودفعه بأن معنى قوله أن الشرع أسقط اعتبارها حال كونهم
في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وإحراز أموالنا باليد المحافظة والناقلة فقد
استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة .

(والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم) أي دار أهل الحرب (حكماً) أي من
حيث الحكم ، وهذا جواب عما يقال أن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام ، فيجب أن
يتقوم أموالهم تقوماً حتى لا تجب الدية بقتلها ، فأجاب بينهما من أهل دارهم حكماً
(لقصدتهما الانتقال إليها) أي إلى دار الحرب وكون المستأمن من أهل دارهم ظاهر ،
ولا شك في قصده الانتقال ، وأما المرتد فكذلك ، لأنه يقصد الانتقال رجوعاً عن القتل .
وقيل الدار داران عندنا دار الإسلام ودار الحرب . وعند الشافعي الدنيا دار واحدة ،
والبلاد أجزاؤها ، فلا تتفاير أحكامها . ونحن نقول المراد بدار الإسلام بلاد تجري فيها
أحكام الإسلام ، وبلاد الحرب بلاد تجري فيها أمر عظيمهم ، وتكون تحت قهره ،
فتفاير إسماء ووصفاً فيتفايران حكماً .
وعلى هذا الأصل مسائل فيها هذه .

ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم
فالدية على عاقلته للإمام ، وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة
خطأ ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للإمام
أن حق الأخذ له ، لأنه لا وارث له ، وإن كان عمداً فإن شاء
الإمام قتله ، وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة والقتل عمد
والولي معلوم وهو العامة أو السلطان ،

ومنها أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم به عتق مدبروه ، وأمهات أولاده ،
وتفسخ إجارته على ما يجيء في بابيه إن شاء الله تعالى .

ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين .

ومنها وجوب الحد على من زنى في دار الحرب .

ومنها استحقاق سهم الفرسان إذا جاوزوا الدرب فارساً فنفق فرسه وقاتل راجلاً .
ومنها عدم جواز القسمة في دارهم وغير ذلك من الأحكام .

(ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان) أي إلى دار
الإسلام (فأسلم فالدية على عاقلة الإمام) أي على عاقلة المقاتل الدية للإمام ، وفي بعض
النسخ على العاقلة للإمام (وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطأ ، فيعتبر بسائر
النفوس المعصومة) أما المسلم فلقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ ﴾ ... الآية ٩٢ النساء ،
وأما المستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا ، فصار حكمه حكم سائر المسلمين ، وللإمام
أن يأخذ ديتها ويضعها في بيت المال لعدم الوارث .

(ومعنى قوله للإمام) أي معنى قول محمد للإمام (أن حق الأخذ له ، لأنه لا وارث له
وإن كان عمداً) أي وإن كان قتل المذكورين عمداً ، أي قتلاً عمداً (فإن شاء الإمام
قتله) أي القاتل (وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة ، والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة أو السلطان) اعترض عليه بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه ،
كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث . وأجيب بأن الإمام ها هنا نائب عن

قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ، وقوله إن شاء أخذ الدية
معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد وهو القود عيناً ، وهذا لان
الدية أنفع في هذه المسألة من القود ، فلهذا كان له ولاية الصلح على
المال فليس له أن يعفو ، لان الحق للعامة ، وولاية نظرية ، وليس
من النظر إسقاط - حقهم من غير عوض

العامة ، فصار كأن الولي واحد ، بخلاف مسألة المكاتب .

(قال النبي ﷺ السلطان ولي من لا ولي له) هذا قطعة من حديث أخرجه أبو داود
والترمذي وابن ماجه عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة
رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ،
فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . وقال
الترمذي حديث حسن ، وقد تقدم الكلام فيه في أوائل النكاح .

(وقوله) أي وقول محمد في الجامع الصغير (وإن شاء أخذ الدية ، معناه بطريق
الصلح ، لأن موجب العمد هو القود عيناً) أي القصاص معيناً (وهذا) أي جواز أخذ
الدية هنا (لأن الدية أنفع في هذه المسألة من القود) أي القصاص ، والحق للعامة والإمام
كالنائب عنهم (فلهذا كان له ولاية الصلح على المال ، وليس له أن يعفو ، لان الحق للعامة)
أي لعامة الناس (وولايته) أي ولاية الإمام (نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم)
أي حق العامة (من غير عوض) عن القتل . وإذا كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو
غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل ، والكفارة عليه . وإن كان عمداً فإن
شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الديلمية
عليه في مسألة ولا أقتله به ، قيل إني لا أعرف له ولياً ، كذا ذكره الحاكم في الكافي وشمس
الأئمة في الشامل .

★ ★ ★

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى
حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد أرض خراج وهو
ما بين العذيب

(باب العشر والخراج)

أي هذا باب في بيان حكم العشر والخراج . والعشر لغة أحد الأجزاء العشرة ، والخراج
إسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً ، فيقال أدى
فلان خراج أرضه ، وأدى أهل خراج رؤوسهم ، يعني الجزية .

(أرض العرب كلها أرض العشر) قال الكرخي في مختصره أرض العرب كلها أرض عشر ،
وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . قال القدوري «رح» ما ذكره
المصنف بقوله (وهي) أي أرض العرب ، وفي بعض النسخ وهو قال الكاكي ذكره
بالنظر إلى خبره ، وهو ما يعني كلمة ما التي في قوله (ما بين عذيب إلى أقصى حجر
باليمن بمهرة إلى حد الشام) أي حد الشام عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمة
وبالباء الموحدة ، وهو ماء التميم . والحجر بفتحتين يعني الصخر ، لأنه وقع في أمالي أبو
يوسف الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب
فقد حرف . ومهرة بفتح الهاء والسكون إسم رجل ، وقيل إسم قبيلة تنسب إليها الأبل
المهرية ، وسمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن ، هذا أطول أرض العرب .
وأما عرضها من يسرين والدهناء ورمل عالج إلى مشارق الشام ، أي قراها .

(والسواد أرض خراج) أي أرض سواد العراق ، أي قراها أرض خراج ، وبه صرح
التمرثاشي . وسمى السواد لحضرة أشجاره وزروعه (وهو) أي السواد (ما بين العذيب

إلى عقبة حلوان ، ومن الثعلبية . ويقال من العلت إلى عبادان ، لان
النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين «رض» لم يأخذوا الخراج من
أراضي العرب ، لانه بمنزلة الفيه ، فلا يثبت في أراضيهم ، كما لا يثبت
في رقابهم ، وهذا لان وضع الخراج من شرطه

إلى عقبة حلوان) بضم الحاء إسم بلد . وقال الأتزازي المراد من السواد المذكور سواد
الكوفة ، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً ، ومن العلت إلى
عبادان طولاً . وأما سواد البصرة قال الاهواز وفارس .

وقال المصنف (ومن الثعلبية ، ويقال من العلت إلى عبادان) وقال الأتزازي وما
قبيل من الثعلبية إلى عبادان غلط ، لأن الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير ،
والعتل بفتح العين وسكون اللام وبالهاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة ،
وهو أول العراق شرقي دجلة ، وعبادان بتشديد الباء الموحدة حضر صغير على شط البحر ،
وفي المثل ما وراء عبادان قرية . وفي شرح الوجيز سواد العراق من عبادان إلى حديثة
الموصل طولاً ، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضاً ، وطوله مائة وستون فرسخاً ،
وعرضه ثمانون فرسخاً ، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب .

(لأن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من أراضي
العرب) هذا ليس له أصل في كتب الحديث ، ولم يذكر أحد من الشراح حال هذا الحديث
بالكلية ، غير أن الأتزازي ذكره مثل ما ذكره المصنف ، ثم قال والأرض لا تخلو من
أحد الحقين ، يعني العشر والخراج ، فدل أن الذي ذكره المصنف على أن أرض
العرب عشرية .

(ولأنه) أي ولأن الخراج (بمنزلة الفيه) من حيث أنه لا يبتدئه المسلم (فلا يثبت)
أي الخراج (في أراضيهم) أي في أراضي العرب (كما لا يثبت في رقابهم) لأن شرط
وضعه في الرقاب إقرار أهلها عليها على الكفر ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف
كما يذكره المصنف الآن (وهذا لأن وضع الخراج) على أرض العرب (من شرطه) أي

أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب
لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وعمر رضي الله عنه حين
فتح السواد وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة « رض » ،
ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ، وكذا اجتمعت
الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام

من شرط الوضع (أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق) حيث وضع عليه
الخراج كما يجيء الآن .

(ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وعمر رضي الله عنه حين
فتح سواد العراق وضع الخراج عليها بمحض من الصحابة) وكان فتح سواد العراق على
يدي سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه في خلافة عمر رضي الله عنه ، وكان ابتداء سعد في
غزوة العراق في سنة أربع عشرة لم يزل يفتح مدينة إلى سنة سبعة عشر . وروى ابن أبي
شعبة في مصنفه حدثنا علي بن أبي مهر عن الشيباني عن أبي عبيد الله الثقفي قال وضع عمر
رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب يبلغه الماء عامراً ودارماً درهماً وقفيز من
طعامهم ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام ، وعلى
الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة . ولم يضع على النخل شيئاً
جعله تبعاً للأرض .

(ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص) وكان فتح مصر في سنة عشرين من
الهجرة . وقال الأثرابي وضع عمر رضي الله عنه الخراج على مصر حين افتتحت صلحاً
على يد عمرو بن العاص ، انتهى . وقال الواقدي حدثني من سمع صالح بن ليسان يخبر عن
يعقوب بن عيينة عن شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة ، واستباح
ما فيها وعزل منه مفانم المسلمين ثم صالحهم عمرو بن العاص بعد وضع الجزية في رقابهم ،
ووضع الخراج على أرضهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذلك .

(وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام) قال الأثرابي وضع عمر بن

قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها ، لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ، وقد قدمناه من قبل . قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم

الخطاب الخراج على الشام حين افتتح بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحاً دون أراضيها . وأما أراضيها فتحت عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان وشرحيل بن حسنة وأبي عبيدة ابن الجراح وخالد بن الوليد رضي الله عنهم انتهى . قلت قال ابن كثير اختلفت العلماء في دمشق هل فتحت صلحاً أو عنوة ، فأكثر العلماء على أنه استقر أمرها على الصلح ، وقيل بل جعل نصفها صلحاً ونصفها عنوة ، ونصر بن اسحاق وسيف بن عمر وظيفة بن خياط وأبو هبيدة وآخرون أن فتح دمشق كان في سنة أربع عشر من الهجرة .

(قال) أي القدوري (وأرض السواد مملوكة لأهلها) هو سواد العراق كما ذكرناه (يجوز بيعهم لها) أي للأرض (وتصرفهم فيها) أي في أرض السواد بأي نوع كان من أنواع التصرفات (لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً) عطف قهراً على عنوة عطف تفسير (له) أي للإمام (أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج) والمراد من الخراج على الرؤوس الجزية ، ولما جاز إقرار الإمام بإمام على أراضيهم (فتبقى الأرض مملوكة لأهلها) يتصرفون فيها كيفما شاء وله بيعاً غير ذلك (وقدمناه من قبل) أي في باب قسمة الغنائم . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد لا يجوز بيعها وهبتها وحبسها لأهلها ، لأنها موقوفة على المسلمين . وعن الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر أهلها عليها . والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق بحضور من الصحابة من غير نكير . (قال) أي للقدوري (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم) أي لأن الحق التعلق لها ابتداء

والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج. وكذا إذا صالحهم، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به. ومكة مخصوصة من هذا، فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج.

به المسلم (والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة) ولهذا تصرف الصدقات (وكذا هو) أي العشر (أخف) أي عن الخراج (حيث يتعلق بنفس الخارج) لأنه لا يجب حق يوجد الخراج .

(وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم، لأن الحاجة في ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) أي بالكافر، لأن فيه معنى العقوبة، لأنه يشبه الجزية التي هي العقوبة على الكافر، ولأن في الخراج تغليظاً، ولهذا أنه يجب وإن لم يزرع (ومكة مخصوصة من هذا) هذا جواب القياس في أرض مكة الخراج، لأنها فتحت عنوة، وقال ومكة مخصوصة من هذا، هذا جواب القياس، فإن القياس في أرض مكة الخراج، لأنها فتحت عنوة. وقال مكة مخصوصة بفعل النبي ﷺ فكما لا رق على العرب، فكذلك لا خراج على أراضيهم. وقيل جعلت مكة عشيرة تعظيماً لها. قوله من هذا، أي من قوله وكل أرض فتحت عنوة.. إلى آخره (فإن رسول الله ﷺ فتحها) أي فتح مكة (عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج) فيه وردت أحاديث كثيرة، منها ما أخرجه البخاري عن أم هانئ أنها أجازت رجلاً من المشركين يوم الفتح، فأثبت النبي ﷺ فذكرت ذلك فقال قد أجرنا من أجرنا، وآمنا من آمنت. قال المنذري في مختصره استدل بهذا الحديث على أن مكة فتحت عنوة، إذا لم تفتح صلحاً لوقع به الإذن للعام، ولم يحتج إلى أمان أم هانئ ولا تجديده من النبي ﷺ .

وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ، ونماؤها بماؤها ، فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج

(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما لم يوصل إليه ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ، ونماؤها بماؤها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج) وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقولوه ولو كانت البلدة خراجية ناجى رجل في بعض النواحي فإن سقاها من غير أن استيقظها^(١) أو من ماء السماء فهي عشرية ، وإن سقاها من الأنهار الصغار فهي خراجية ، وإن سقاها من الأنهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية أبي سليمان تكون خراجية ، ويحلها تابعة للبلدة ، وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لأن هذا مباح كماء السماء .

فائدة :

خراسان ومرو والري فتحها عبد الله بن عامر بن كدير في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه . وأما ما وراهها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عفان لمعاوية صلحاً ، وسمرقند وكشر ونصف وبخارى فتحت على يدي المهلب بن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم ، والذي فتحها أبو موسى الأشعري في ولاية عثمان صلحاً وطبر عثمان فتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان صلحاً ، ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان ودين سنة سبع وخمسين ومائة . وأما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين . وأما كرمان ومستحناه فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحاً . وأما الأهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة على يدي أبي موسى الأشعري رضي الله عنه . وأما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جرنهاوند على يدي سعيد والنعمان ابني مقرن . وأصبهان فتحت على يدي أبي موسى . والجزيرة فتحت صلحاً على

(١) هكذا الجملة في الاصل والمقصود فان جاء رجل في بعض النواحي فان سقاها من

غير استعمال ماء الأنهار .

ومن أحياء أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بجيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقره فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ، والبصرة عنده كلها عشرية بإجماع الصحابة ، لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار ، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به .

يدى عياض بن غنم ، والجزيرة ما بين الفرات ودجلة ، والموصل من الجزيرة . وأما أرض الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين ، كذا ذكر القتيبي .

(ومن أحياء أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بجيزها ، فإن كان من حيز أرض الخراج ومعناه بقرها فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية) أى معنى قول القدورى بجيزها بقرها ، وهذا تفسير المصنف لقول القدورى ، لأنه ذكره فى مختصره . قال فى ديوان الأدب حيز الناحية وجمعه أحياء جمع على لفظه ، وأصله من الواو . قال فى الجمل القياس أحواز . قلت لأن أصل حيز حيوز ، لأنه من الحوزاء جمعت الياء والواو فسبقت إحداهما بالسكون فأبدلت الواو ياء ، وأدغمت الياء فى الياء . والمراد من قوله ومن حي إحياء أرض المسلم ، فإن النسي إذا أحياء أرضاً مواتاً تكون خراجية ، كذا فى شرح الطحاوى .

وعلى قياس أبي يوسف ينبغى أن تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز أرض الخراج وإن أحياء المسلمون ، إلا أن القياس ترك بإجماع الصحابة على توظيف العشر عليها . وهذا معنى قوله (والبصرة عشرية بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) كذا قاله أبو عمر وغيره (لأن حيز الشيء يعطى له حكمه) أى حكم ذلك الشيء ، وهذا دليل أبسى يوسف على مذهبه .

(كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به) أى حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره وإن لم يكن الفناء ملكاً له لاتصاله بملكه ، وقد ذكر فى المبسوط قال المستأجر للأجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ، فحفروا فمات فيه

وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر ، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية ، لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة « رض » وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم وقال محمد « رح » إن أحيائها يبشر حفرها أو بعين استخراجها أو ماء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية ، وكذا إن أحيائها بماء السماء ، وإن أحيائها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد

إنسان فالضمان على الأجراء قياساً ، لأنهم علموا بفساد الأمر فما منهم . وفي الاستحسان أن الضمان على المستأجر ، لأن كونه فناء منزله بمنزلة كونه مملوكاً له لاطلاق يده في التصرف فيه من القانطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان ، فعمل ان الفناء حق الانتفاع وإن لم يكن ملكاً له .

(وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر) وفي بعض النسخ ، وكذا لا يجوز اخذ ما قرب العامر ، لأن لاهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر (وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية) قيل هذا تكرار ، لأنه قال والبصرة عشرية إلى آخره ، ورد عليه بأن الاول رواية القدوري وهذا شرح لذلك . (لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا ان الصحابة وظفوا عليها العشر ، فترك القياس لإجماعهم) أي لإجماع الصحابة على توظيف العشر على البصرة ، وقد ذكرناه .

(وقال محمد رحمه الله إن أحيائها يبشر حفرها أو بعين استخراجها أو ماء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية ، وكذا إن أحيائها بماء السماء) أي المطر (وإن أحيائها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك) ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفة ، والمراد من الملك كسرى نوشيروان بن قباذ ، وكان جميع ملكه سبعمائة وأربعين سنة وسبعة أشهر ، وكسرى برويز من اولاده وهو برويز بن هرمز بن كسرى نوشيروان ، وقام على الملك ثمانياً وثلاثين سنة (ونهر يزدجرد) وهو يزدجرد بن

فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية . قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم

شهريار بن كسرى ملك وهو ابن خمس عشرة سنة ، ثم لما قتل رستم في قتال سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه بالفارسية هرب جرد يزدجرد إلى مرو في طريق سجستان فقتل هناك ، وكان جميع ملكه عشرين سنة وهو آخر ملوك العجم ، ولم يزل منهزماً من اصحاب رسول الله ﷺ إلى خراسان وإلى بلاد الترك وعاد فقتل بمرو ، وكان ذلك في سنة إحدى وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله عنه .

(فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية) أي التزام الخراج فتكون الأرض خراجية (قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب) وهي أرض طولها ستون ذراعاً بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ، وهي ست قبضات ، وذراع الملك سبع قبضات ، كذا في المغرب . وذكر التمرثاشي أن طول الجريب ستون ذراعاً ، وعرضه ستون ذراعاً بذراع الملك . وقيل الجريب ما يذر فيه مائة رطل . وقيل الجريب ما يذر فيه من الخنطة ستون مناً في ديارنا . وقيل الجريب خمسون مناً في ديارنا . وقيل ما نقله مقدار ، كذا في التقنية وفتاوى العناوي . وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستون حكاية عن جريبيهم في أراضيهم ، وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيعتبر في كل بلد بتمعارف أهله (يبلغه الماء) جملة من الفعل والفاعل والمفعول صفة لجريب . وقوله (قفيز هاشمي) خبر المبتدأ ، أعني قوله والخراج ، وفسروا القفيز الهاشمي بقوله (وهو الصاع ودرهم) الصاع ثمانية أرطال ، أي أربعة مناً ، خلافاً لأبي يوسف . وقال

ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم ، وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه ، فإنه

بعث عثمان بن حنيف

الاترازي أعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكاكي للحاكم الشهيد والشامل في شرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفقير أبي الليث فخر الإسلام البزدوي وغير ذلك . وقال الولوالي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرتال ، وهو صاع رسول الله ﷺ ، وإنما نسب إلى الحجاجي أخرجه بعدما فقد ، وانه يسع فيه ثمانية أرتال وهي أربعة منأ .

وفي قول أبي يوسف خمسة أرتال وثلاث رطل ، وكذلك في خلاصة الفتاوى ، فإذا كان الحجاجي وهو صاع رسول الله ﷺ ، فكيف يقيد صاحب الهداية والشافعي بالهاشمي والهاشمي اثنان وثلاثون رطلا . وقال محمد القفير قفيز الحجاج ، وهو ربع الهاشمي ، وهو مثل الصاع ، والصاع كان على عهد النبي ﷺ ثمانية أرتال . وقال الأترازي والمراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها ، كذا في شرح الطحاوي . وقال الإمام ظهير الدين أنه قفيز من حنطة أو شعير ، والمراد من الدرهم درهم يوزن سبعة .

(ومن جريب الرطبة خمسة دراهم) الرطبة بفتح الراء . قال في المغرب المفرد الرطب ، والجمع رطاب . ومنه حديث حذيفة وابن حنيف وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهماً من أرض الرطبة خمسة دراهم . وفي كتاب العشر بقول غير الرطاب ، فإنما بقول مثل الكرات ونحو ذلك ، والرطاب هو القثاء والبطيخ والبادنجان وما يجري مجراه ، انتهى . قلت الرطبة هي التي يقولها أهل مصر الرسم ، وأهل البلاد التركية ينجبا بضم الياء أول الحروف وسكون النون وبالجم مقصور .

(ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) قال تاج الشريعة الكرم المتصل والنخيل ، والمتصلة ما يصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة بها (هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) أشار به إلى الذي ذكره على الوجه المذكور منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (فإنه) أي فان عمر (بعث عثمان بن حنيف

حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين
 ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا ، وكان ذلك بمحضر من
 الصحابة « رض »

حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف جريب)
 روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن أبي مخلف عن عمر بن الخطاب رضي
 الله عنه بعث عمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف رضي الله عنهم إلى الكوفة
 فجعل عمار عليه الصلاة والقتال ، وجعل ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال ، وجعل عثمان بن
 حنيف على مساحة الأرض ، وجعل لهم كل يوم شاة ، ثم قال ما أرى قرية يؤخذ منها كل
 يوم شاة ثم قال أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة إلا سيسرح فيها ، ثم قال لهم إني
 أنزلتكم في هذا المال ونفسي كوالي اليتيم ، من كان غنياً فليستعطف ، ومن كان فقيراً
 فليأكل بالمعروف . قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة ، فجعل
 على كل جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى كل جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب
 القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة دراهم ، وعلى الجريب من الشمير
 درهمين ، وجعل على رأس كل رجل منهم أربعة وعشرين درهماً كل عام ، ولم يضرب على
 النساء والصبيان ، وأخذ من تجارهم من كل عشرين درهماً درهماً ، فرفع ذلك إلى عمر رضي
 الله عنه ف رضي به ، انتهى .

الني عليه السلام أخى بينه وبين علي رضي الله عنه مات في خلافة معاوية ، وله عقبه .

وحذيفة في البيان هو حذيفة بن حنبل بن جابر بن ربيعة بن عمر بن البيان ، وينسب إلى
 جده هذا ، سكن الكوفة ومات بالمدائن سنة ستة وثلاثين .

(ووضع على ذلك ما قلنا) وقال الأتزازي هكذا أثبت في النسخ ، وكأنه سهو من
 الكاتب ، لأن قياس الترتيب أن يقال وضع ذلك على ما قلنا ، أي وضع الخراج على
 الوجه الذي قلنا في جريب الزرع ، وجريب الرطبة ، وجريب الكرم . ورأيت في
 شرح تاج الشريعة نقل ذلك على الصحة ، حيث قال ووضع ذلك على ما قلنا ، ولم يذكر
 شيئاً غير ذلك ، فدل هذا على أن تفسير التركيب من الناسخ الجاهل (وكان ذلك بمحضر
 من الصحابة) أي كان ما نقل عن عمر رضي الله عنه بحضور من صحابة رسول الله عليه السلام

من غير نكير ، فكان إجماعاً منهم ، لأن المؤن متفاوتة ، فالكرم أخفها مؤنة ، والمزارع أكثرها مؤنة ، والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ، فجعل الواجب في الكرم في أعلاها ، وفي الزرع أدناها وفي الرطب أوسطها ، قال

(من غير نكير ، فكان إجماعاً) أي من غير أن ينكر عليه أحد منهم ، فكان إجماعاً على ذلك .

(ولأن المؤن) بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة . وفي المغرب المؤنة الثقل بقوله من ما ثبت القوم إذا اجتمعت مؤنتهم ، وقيل من منت الرجل مؤنة . وقيل هي مفعلة عن الأون والأين ، والأول أصح . وقال الجوهري المؤنة تهمز ولا تهمز وهي فعولة . وقال الفراء هي مفعلة من الأين وهو التعب والشدة ، ويقال هي مفعلة من الأون وهو الخروج والعدل ، لأنه ثقل على اللسان . ومانت القوم أمانهم أماناً إذا حملت مؤنتهم . ومن ترك الهمزة قال منتهم (متفاوتة) والتفاوت الموت أثر في تفاوت الواجب . ألا ترى أن الواجب فيما سقى سيعاً من الأرض المشربة وهو العشر ، وفيما سقى بغرب أو دالية أو سمانية نصف العشر .

(فالكرم أخفها مؤنة) أي أخف الأشياء المذكورة وهي الرطوبة ، والكرم والنخل وريعه أكثر ، فالواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم ، وهذا لأنه يبقى دهرأ مديداً مع قلة المؤنة (والمزارع أكثرها) أي أكثر الأشياء المذكورة (مؤنة) لأن الزرع يحتاج فيه إلى الكرب وإلقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة (والرطاب بينهما) أي بين الأخف والأكثر ، لأنه لا يحتاج إلى إلقاء البذر كل عام ولا بذرية فيها أصلاً وتقدم أعواماً ليس لسواهم الكرم ، فكان الواجب فيما بين الأمرين وهو خمسة دراهم . قلت هذا الذي قاله الشراح باعتبارها عادة بلادهم ، وأما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها .

(والوظيفة تتفاوت بتفاوتها) أي بتفاوت المؤنة كما ذكرنا (فجعل الواجب في الكرم في أعلاها) أي في أعلى المؤن (وفي الزرع أدناها ، وفي الرطوبة أوسطها . قال) أي

وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة ، لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه ، وقد اعتبر الطاقة في ذلك فتعتبرها فيما لا توظيف فيه . قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزداد عليه ، لأن التنصيف عين الانصاف

القدوري (وما سوى ذلك من الاصناف) أي ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم (كالزعفران) وفي النهاية أي أرض الزعفران تلحق بأرض الزرع أو الرطبة أو الكرم ، وبأيها كانت أشبه في قدر العنة فهو مبلغ الطاقة ، لذا ذكره الإمام التمرتاشي .

(والبستان) كل أرض يحوطها حائط . وفي فتاوى الظهيرية ولو كان في جوانب الأرض أشجاراً ووسطها مزرعة ففيها وظيفة عمر رضي الله عنه ولا شيء في الأشجار ، وكذا لو غير أشجاراً غير مثمرة ، ولو كانت الأشجار مثمرة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم (وغيره) أي وغير البستان (يوضع) أي الخراج (عليها) أي على الزعفران والبستان وغير البستان (بحسب الطاقة) ففي أرض النخيل المطلقة يجعل عليها الخراج بقدر ما يطيق ، ولا يزداد على جريب الكرم . وفي جريب الزعفران بقدر ما يطيق أيضاً وينظر إلى غلتها ، فان بلغت غلة الزرع تؤخذ قدر خراج الزرع ، وإن بلغت قدر غلة الرطبة يؤخذ خمسة (لانه ليس فيه) أي فيما سوى ذلك (توظيف عمر رضي الله عنه) وذلك الخراج على نوعين ، خراج وظيفة وهو الذي توظيف عمر رضي الله عنه ، وخراج مقاسمة ، وهو أن يكون الخراج من الأرض لا يوظف فيه فيوضع فيه بحسب الطاقة ، وهو معنى قوله (وقد اعتبر الطاقة في ذلك) أي فيما سوى ذلك من الأصناف (فتعتبرها) أي الطاقة (فيما لا توظيف فيه) لأن يوظف به .

(قالوا) أي مشايخنا (ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزداد عليه ، لأن التنصيف عين الإنصاف) قال فخر الإسلام البزدوي رحمه الله وإنما تنتهي الطاقة إلى

لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغائمين. والبستان كل أرض يحوطها حائط
وفيه نخيل متفرقة وأشجار آخر. وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في
الأراضي كلها وترك كذلك، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر
الطاقة من أي شيء كان. قال فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم
الإمام، والنقصان عند قلة الربيع جائز بالإجماع،

نصف الخارج لا يزداد عليه، ألا ترى إنه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في
في أرض لم يخرج من الغلة إلا قدر قفيزين ودرهمين، وهي جريب ان خراجها قفيز ودرهم،
وهذا لأننا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أحوالهم، فإذا مننا عليهم وقاطعناهم
على نصف الخراج كان التنصيف هو الإنصاف بعينه، حيث كان النصف لنا والنصف لهم
(لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغائمين) هذا متصل بما قبله، حاصل معناه أنا حين
ملكناهم كان لنا أن نقسم الكل بين الغائمين، ولكن أنصفناهم حيث رضينا بنصف
الخارج من غير زيادة، وهذا عين الإنصاف منا حيث جعلنا النصف لهم والنصف لنا.

(والبستان كل أرض يحوطها حائط) أي يكون حوالها حيطان (وفيه نخيل متفرقة
وأشجار آخر) وفي المغرب البستان الجنة (وفي ديارنا) ديار صاحب الهداية فرغانة،
ويقال له الفرغاني والمرغيناني أيضاً. وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء سجون ومرغينان من بلاد
غانة (وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر
الطاقة من أي شيء كان) أي من أي جنس كان مما فيه الخراج.

(قال) أي القدوري (فإن لم تطق) أي الأرض (ما وضع عليها) وفي بعض النسخ
فإن كان لم يطق. قال الأترازي إن صح لفظ كان فهو زائد، وعدم الإطاقة عبارة عن قلة
الربيع (نقصهم الإمام) أي نقص الإمام عن اصحاب الأراضي التي لا تطيق ما وضع
عليها (فالنقصان عند قلة الربيع جائز بالإجماع) والربيع النماء والزيادة، وأراد به هنا
الغلة. وقال الكاكي إذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الأولى.
وفي الخلاصة إن كانت الأرض لا تطيق أن يكون الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن

ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق،
 فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لا طاقت، وهذا يدل على جواز
 النقصان . وأما الزيادة عند زيادة الربيع يجوز عند محمد «رح» اعتباراً
 بالنقصان ، وعند أبي يوسف «رح» لا يجوز ، لأن عمر «رض» لم
 يزد حين أخبرنا بزيادة الطاقة ،

ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخراج ، أما إذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال
 الولوالجي في فتاواه أجمعوا على أن الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي
 بلدة وظف الإمام عليها الخراج لا يجوز ، فأما في بلدة أراد الإمام أن يبتدىء بها بالتوظيف
 قال أبو يوسف لا تزيد . وقال محمد يزيد . وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، ويحيى .
 الآن ما ذكره الولوالجي .

(ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا لا بل
 حملناها ما تطيق ، ولو زدناها لا طاقت) هذا أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب
 فضائل الصحابة وفي كتاب السعة لعثمان عن عمرو بن ميمون قال رأيت عمر بن الخطاب
 رضي الله عنه قبل أن يصاب بأيام بالحديبية وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف قال كيف
 فعلتما ، أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا حملناها أمرأهي له مطيقة فيها
 كثير فضل ، قال انظر أن تكونا حملتما ما لا تطيق ، فقالا لا ، فقال عمر رضي الله تعالى
 عنه كيف سلمها الله عن أراملة العراق لا يحتجى إلى أحد بعدي ، قال فما أتت عليه أربعة
 حتى أصيب ... الحديث بطوله وهو حديث مقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه
 عثمان رضي الله عنه ، وقد عرفت أن قول عمر لعلكما خطاب لحذيفة بن اليان وعثمان بن
 حنيف الصحابيين الكبارين . والضمير في قوله قالوا في الموضوعين يرجع إليهما .

(وهذا) أي قولهما ولو زدنا لا طاقت (يدل على جواز النقصان) عند قلة الربيع
 بالإجماع (وأما الزيادة عند زيادة الربيع يجوز عند محمد اعتباراً بالنقصان . وعند
 أبي يوسف لا يجوز لأن عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة) وهو في قولهما
 ولو زدنا لأطاقت .

وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم
الزرع آفة فلا خراج عليه ، لأنه فات التمكن من الزراعة وهو
النماء التقديري المعتبر في الخراج . وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات
النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في جميع الحول شرط
كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج .

(وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها و اصطلم الزرع آفة) أي استأصله ،
والاصطلام الاستئصال وهو القلع من الأصل (فلا خراج عليهما ، لأنه فات التمكن من
الزراعة) قال السكاكي قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب بأن الخراج يسقط بالاصطلام
محمول على ما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانياً ، أما إذا بقي
لا يسقط الخراج ، ذكره في شرح الطحاوي . وفي فتاوى البكري وتكلموا أن المعتبر في
ذلك زرع الحنطة والشعير أم أي زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أم مدة
تبلغ الزرع مبلغاً تكون قيمته ضعف الخراج ، وفي ذلك كلام ، والفتوى على أنه مقيد بثلاثة
أشهر (وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج) أي التمكن من الزراعة هو النماء التقديري .
والنماء على قسمين حقيقي وتقديري ، والخراج يتعلق بأحدهما ، وهنا لما غلب الماء على
الأرض بحيث لم تبق صالحة للزراعة أو كانت مدة لم يوجد النماء التقديري فلا يجب التقديري .
(وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في
جميع الحول شرط كما في مال الزكاة) فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها سنة
أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة ، لأنها لم تبق نامية في جميع الحول (أو يدار الحكم
على الحقيقة عند خروج الخراج) أي حقيقة الخارج إذ التمكن من الزراعة قائم مقامه ،
فإذا وجد الأصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل ، فإذا هلك بطل ما تعلق به .
حاصله أن النماء التقديري كان قائماً مقام النماء الحقيقي ، فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم
به لكونه الأصل ، وقد هلكت فيه لك معه الخراج ، بخلاف ما إذا أعطاهما وهو متمكن
من الزراعة ، حيث يكون الخراج ديناً في ذمته تعبير الخراج بالنماء التقديري حينئذ ، ألا

قال وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوته . قالوا من انتقل إلى أحسن الأمرين من غير عذر فعليه الخراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس .

ترى أن رجلا لو استأجر بيتاً أو حانوتاً معطلة فعليه الأجر ، فان لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر .

فان قلت لو استأجر أرضاً فزرعها فاصطلحت الزرع آفة أنه يجب عليه الأجر . قلت أجيب بأن الأجر إلى وقت هلاك الزرع ، ولا يجب عليه بعد ذلك ، وليس الأجر بمنزلة الخراج ، لأن الخراج وضع على مقدار الخارج . وإذا اصطلحت الأرض للزراعة فإذا لم تخرج شيئاً جاز إسقاطه والأجر لم يوضع إلى مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج .

(وإن عطلها) أي الأرض (صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن) من الزراعة (كان ثابتاً ، وهو الذي فوته) أي فوت الربيع مع إمكان تحصيله . قال التمرقاشي هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة ، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها . أما إذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها لمنفعة بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يوجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج ، وهذا بلا خلاف .

وعن أبي يوسف يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها فرضاً . وفي جمع الشهيد باع أرضاً خراجية ، فإن بقي من السنة مقدار ما ملك المشتري من الزراعة والخراج عليه وإلا فعلى البائع .

(قالوا) أي قال مشايخنا في شروح الجامع الصغير (من انتقل إلى أحسن الأمرين بغير عذر) كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب (فعليه الخراج الأعلى) وهو خراج الزعفران (لأنه هو الذي ضيع الزيادة) كان التقصير منه (وهذا) أي هذا الحكم (يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) لأنهم لا يعملون بالشرع وليس

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ، لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم . ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا . وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

لهم دأب إلا تحصيل الأموال من أي وجه كان ، وما عندهم قوة دين ينعمهم عن ذلك . ورد بأنه كيف يجوز الكتمان ، وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً . وأجيب بأننا لو أفتينا بذلك لا دعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك إنها قبل ذلك كانت تزرع الزعفران ، فأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان . وفي شرح الطحاوي جعل أرض الزعفران مسكناً أو خاناً للفلة أو مقبرة أو مسجداً يسقط الخراج .

(ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وقال مالك والشافعي يسقط الخراج . وعند مالك تسقط الجزية أيضاً ، وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندهما وعند الشافعي ، وعند مالك لا يجوز ، وفي رواية يجوز ويسقط الخراج (لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة) لأن الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة ، وهذا لأنه بعد الإسلام لا ينجلي أرضه عن مؤنة في حالة البقاء كما كانت (في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم) لأن إبقاء ما تقرر واجباً أولى ، لأننا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجاب العشر ، بخلاف خراج الرأس ، لأننا لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا يحتاج إلى إيجاب مؤنة أخرى .

(ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج) وقد ذكرنا الخلاف فيه آنفاً (لما قلنا) هو قوله لأن فيه معنى المؤنة ، والمسلم من أهل المؤنة (وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج) من الذمي (وكانوا يؤدون خراجها) وقال الكاكي صح عن ابن مسعود والحسن بن علي وشريح رضي الله عنهم ، انتهى . ولم يبين وجه الصحة ولا من خرجه ، وغيره من الشراح لم يذكره أصلاً ، غير أن

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة .
ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما ،
لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين

صاحب النهاية قال روي عن عبد الله بن مسعود والحسن بن شريح أنهم كانت لهم أراضي
بالسواد ويؤدون خراجها ، انتهى .

وهذا ذكره بياناً بصيغة التمييز ، وهي لا تدل على الصحة . غير أنا نحتج في ذلك
بما قال البيهقي في كتاب المعرفة . قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة رضي الله عنها
أنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسن بن علي والشريح أرض الخراج . حدثنا
بجالد بن سميد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه
إني اشتريتها أرضاً في أرض السواد ، فقال عمر رضي الله عنه أنت فيها بمثل صاحبها .

وروى ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا الثوري عن قوس بن أسلم عن طارق بن شهاب
أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر رضي الله عنه ادفعوا إليها أرضها تؤدي
عنها الخراج (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) احترز
به عن قول المتقشفة ، فإنهم يكرهونه ويستدلون بما روي يقولون رأيت شيخاً من
آلات الحرث فقال ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا ، ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج
وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا شغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا
عن الجهاد كر عليهم عدوم فجعلهم أدلة ، وفيه تأمل . وقال الأترابي في قول المصنف
للمسلم لو قال من المسلم كان أولى ، ولم يبين وجه ذلك .

(ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) يعني لا يجمع بين العشر والخراج (وقال
الشافعي «رض» يجمع بينهما) أي بين العشر والخراج ، وبه قال مالك وأحمد (لأنهما) أي
لأن العشر والخراج (حقان مختلفان) يعني من حيث الذات ، فإن أخذها مؤنة فيه
معنى العبادة ، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة (وجبا في محلين بسببين مختلفين) فإن
الخراج في الذمة والعشر من الخارج بسببين مختلفين ، فإن سبب العشر الأرض النامية
بحقيقة الخارج ، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن ، ويختلفان مصرفاً أيضاً ، فإن

فلا يتنافيان . ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ، ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم حجة .

مصرف العشر الفقر ، ومصرف الخراج المقاتلة ، فاذا كان كذلك (فلا يتنافيان) أي العشر والخراج بوجوب أحدهما لا يتنافيان وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر أو الخراج . (ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) قال الأترابي ولنا ما روى أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة . قلت رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عتبة عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة بن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر . وقال ابن عدي ويحيى بن عتبة منكر الحديث ، وإنما يروى هذا عن قول إبراهيم فجاء يحيى بن عتبة فأطال فيه ووصله إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحيى بن عتبة مكشوف الرأس لروايته عن الثقات الموضوعات فهاهنا .

وقال ابن جبران ليس هذا من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويحيى بن عتبة رجل يضع الحديث لا تحل الرواية عنه . وقال الدارقطني يحيى هذا رجل يضع الحديث وهو كذب على أبي حنيفة ومن بعده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال البيهقي هذا حديث باطل ، ويحيى هذا شهر بالوضع . قلت وقع في مسند أبي حنيفة مثل ما رواه ابن عدي ، ولكن عدي وآخرون تكلموا فيه بسبب يحيى بن عتبة ، ولما علمنا من يحيى بن عتبة لأن أصحابنا رروا هذا في كتبهم وهم ثقات على أن ابن شاهين رواه عن يحيى بن عيسى عن أبي حنيفة .

فان قلت أنك يحيى بن عيسى وقال هو يحيى بن عتبة . قلت من اطلع في أحوال هؤلاء عرف أن الخطيب كيف يتكلم في الحقيقة ولا يلتفت إليه في مثل هذا .

(ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما) أي بين العشر والخراج (وكفى بإجماعهم حجة) حيث لم يفعل عن واحد منهم أنه جمع بينهما ، واجتماع الأئمة على فعل قضية أو منعها حجة .

ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض
أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب
الحقين واحد وهو الأرض النامية ، إلا أنه يعتبر في العشر
تحقيقاً ، وفي الخراج تقديراً ، ولهذا يضافان إلى الأرض ، وعلى
هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرار
الخارج في سنة ،

(ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض) أي يجب في
أرض (أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان) وهما الطوع والقهر (لا يجتمعان في أرض
واحدة) لمنافاة بينهما إذا تطوع ضد الكره الحاصلة من القهر ، فلما لم يجتمع السببان
لم يثبت الحكمان .

(وسبب الحقين) أي العشر والخراج (واحد وهو الأرض النامية) بدليل إضافة
العشر والخراج إليهما ، والإضافة دليل السببية ، فلما كان السبب واحداً كان المسبب
أحدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص (إلا أنه) أي أن السبب (يعتبر في العشر
تحقيقاً) لأن العشر أحد الاجزاء العشرة من الخراج (وفي الخراج) أي يعتبر في الخراج
تقديراً) أي من حيث التقدير ، وذلك لأن سبب الخراج ملك الأرض النامية بالنماء
التقديري (ولهذا) أي ولأجل أن السبب هو الأرض النامية (يضافان) أي العشر
والخراج (إلى الأرض) فيقال عشر الأرض وخراج الأرض (وعلى هذا الخلاف) أي
الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي (الزكاة مع أحدهما) أي الزكاة مع أحدهما لا يجتمع
مع الخراج والعشر عندنا ، خلافاً له . صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج بنية
التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة . وعن محمد أن عليه الزكاة مع أحدهما ، وهو قول
الشافعي لاختلاف سببها ومحلها . قلنا الواجب حق الله تعالى فيه ، فتعلق بالأرض فلا
يجتمعان ، كما لا يجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد .

(فلا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة) يعني لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا

لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر ، لانه
لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج

مرة واحدة وإن أغلبها صاحبها موات (لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه) أي الخارج
(مكرراً) أي ما أخذ الخارج والجزية في السنة إلا مرة واحدة. وقال الحاكم في الكافي
الحجة في هذا عمر رضي الله عنه لانه لو وجب الخارج وتكرر ينبغي أن يكون هذا
في خارج الموظفة لا في خارج المقاسمة لان خارج المقاسمة حكمه حكم العشر ، ويكون
ذلك في الخارج (بخلاف العشر ، لانه لا يتحقق عشراً) أي لا يوجد حال كونه عشراً
(إلا بوجوبه) أي بسبب وجوبه (في كل خارج) لان العشر وظيفة لازمه يؤخذ من
الخارج ، فتكرر بتكرر الخارج .

* * *

باب الجزية

وهي على ضربين ، جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولان الموجب هو التراضي

(باب الجزية)

أي هذا باب في بيان حكم الجزية . والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار رأسه . والمجم من قبيل الملحية واللحى ، وسميت بها لانها تجزى ، أي تقضى ، ويكفى في الذمي عن القتل ، أو يعتق بها يسقط عنه القتل . ولما فرغ من خراج الارض شرع في خراج الرأس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الاول لانه شاركه في سببه . وفي الشرع معنى الجزية وبيان العريان مقدم .

(وهي) أي الجزية (على ضربين) أي نوعين ، أحدهما (جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة) هذا أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عبد الرحمن البغدادي عن ابن عباس رضي الله عنها قال صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر ، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين ... الحديث . ونجران بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن أصلها نصارى . والحلة بضم الحاء المهملة وتشديد اللام إزار ورداء هذا هو المختار لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول أو الحل لما بينها من الوجه . وقال الولولجى في فتاواه وتوضع على نصارى نجران على رؤوسهم وأراضيهم في كل سنة الفاعلة كل حلة خمسون درهما . قلت الذي ذكر المصنف غير موافق للحديث ، مع أن الحديث حديث واحد رواه ابن عباس وأخرجه عنه أبو داود كما ذكرنا .

(ولان الموجب) بكسر الجيم ، أي لان الموجب لتقدير ما وقع عليه (هو التراضي)

فلا يجوز التمدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية
يبتدىء الإمام بوضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على
أملأهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين
درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحال
أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتدل اثني
عشر درهماً في كل شهر درهماً ،

لا لموجب الجزية ، فإن موجه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا .
فإن قلت كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجنايات بأخذ المال .
ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بالمال . قلت ليس أخذ الجزية يدل على تقرير الكفر .
وإنما هو عوض عن ترك القتل ولا يستعرفان الواجبين ، فجاز كإسقاط الواجب بالقصاص
بعوض ، أو هي عقوبة على الكفر ، فيجوز كالإسقاطات .

(فلا يجوز التمدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق) أي لا يجوز التجاوز إلى غير ما وقع
عليه التراضي (وجزية) أي الضرب الثاني جزية (يبتدىء الإمام بوضعها) أي بوضع
الجزية (إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم) هذا الضرب بوضع الإمام
بغير رضى منهم ، وهو تفاوت بتفاوت الطبقات ، وبين ذلك بحرف الباء بقوله (فيضع
على الغنى الظاهر الغنى) في شرح الطحاوي ظاهر الغنى من يملك عشرة آلاف درهم
(في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم) هذا لاجل
التسهيل ، ولا تجب الجزية بأول الحول ، وإنما الحول يتحقق ويتسهل عند أبي حنيفة ،
وكذلك قال هو في الزكاة (وعلى وسط الحال) وهو من يملك مائتي درهم إلى عشرة
آلاف درهم (أربعة وعشرين درهماً) أي يضع على المتوسط الحال أربعة وعشرين درهماً
(في كل شهر درهمين) .

(وعلى الفقير المعتدل) أن يضع عليه (اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً) أي

وهذا عندنا. وقال الشافعي «رح» يضع على كل حامل دينار أو ما يعدل

الدينار

يأخذ في كل شهر درهماً ، والفقير من لا يملك درهين ، وإنما شرط المعتمل ، لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وإن كان مفرطاً في اليسار . والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفه . وقال الكاكي والمعتمل هو المكتسب والإعمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب . وقال أيضاً وإنما قيد بالاعتمال لانه لو كان مريضاً في السنة كلها أو مضطرباً أو أكثر لا يجب عليه . ولو ترك العمل مع القدرة عليه ، فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه الخراج ، ذكره في الإيضاح ويحيى أيضاً إن شاء الله تعالى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان إنه قال من كان له عشرة آلاف درهم فصاعداً فهو موسر . ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط . ومن كان معتملاً فهو كبير . وذكر عن بشر بن غياث أنه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر . ومن كان يقدر على مقدار القوت ولا يملك الفصل وله مقدار الكفاية فهو الوسط . ومن لم يكن له مقدار الكفاية فهو مكسب . وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر إلى عادة كل بلد ، لأن عادة البلدان مختلفة في الفناء . ألا ترى أن صاحب خمسين ألف يبلغ يعد من الكثيرين . وإذا كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المتكثيرين . وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المتكثيرين فيعد كل بلد . وذكر هذا القول أبو نصر محمد بن سلام أيضاً . وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يأخذ ممن ركب البغال ، ويتختم بالذهب ثمانية وأربعين درهماً إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث في كتابه .

وقال الكاكي وقيل من لا بد له من الكسب لإصلاح معيشته فهو معسر ، ومن له مال يعمل به متوسط . ومن لا يعمل لكثرة مال فهو فائق في الغنى . وقيل من الإكفاف له فهو معسر . ومن ملك قوته وقوت عياله فهو متوسط . ومن ملك لما فضل عليه فهو عتق ، وقيل هذا يختلف باختلاف الأماكن ، ويعتبر وجود هذه الصفة في آخر السنة (وهذا عندنا) أي هذا الوجه المذكور مفصلاً عند أصحابنا .

(وقال الشافعي) مبتدأ وخبره قوله (يضع على كل حامل دينار أو ما يعدل الدينار)

الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ
من كل حالم وحاملة دينار أو عدله معافر من غير فضل . ولأن الجزية
إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب
الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم

الغني والفقير في ذلك سواء) وهو اثني عشر درهما ، وأقل الدينار أي عشر دراهم
مسكوكة . من النقرة الخالصة . ولا يجب على الإمام أن يجبرهم على أكثر ما عليهم ،
ويستحب أن يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين ، ومن الغني أربعة دنانير ، ولا
يصير الدراهم إلا بالنقرة والقيمة عند عامة أصحابه ، كذا في شرح الوجيز . وقال مالك
يأخذ أربعين درهماً أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار لما روى الإمام ،
وهو قول الثوري . وفي رواية مثل قولنا ، وفي رواية أقلها دينار ، وتجوز الزيادة ولا
يجوز النقصان (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لمعاذ رضي الله عنه من كل حالم وحاملة
ديناراً أو عدله معافر) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي في الزكاة عن
الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأمرني
أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة ، ومن كل أربعين سنة ومن كل حالم دينار
أو عدله معافر . وقال الترمذي حديث حسن .

وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي ﷺ مرسلًا قال وهو الأصح . قوله من
كل حالم يعني محتمل . قوله أو عدله العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس والكسر المثل من
الجنس . قوله معافر بفتح الميم والعين المهملة وبالفاء والراء المهملة إلى أخذ مثل دينار ثوباً
من هذا الجنس والمعافر أي ثوب منسوب إلى معافرين من ثم صار إسماً للشوب بغير نسبة .
ويقال معافر حي بني همدان ثبتت إليه هذا النوع من الثياب (من غير فضل) يعني
بين الغني والفقير .

(ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب
الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى) أي وجوب الجزية بدلاً عن القتل (ينتظم

الفقير والغني . ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم
ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولأنه وجب نصره
للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض . وهذا لأنه وجب
بدلاً عن النصره بالنفس والمال ،

الفقير والغني) أي يشملها (ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم) روى
ابن أبي شبة في مصنفه حدثنا علي بن مهير عن الشيباني عن ابن عون محمد بن عبد الله
الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع في الجزية على رؤوس الرجال على
الغني ثمانية وأربعين درهماً . وعلى المتوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر
درهماً وهو مرسل . ورواه ابن زنجويه^(١) في كتاب الأموال حدثنا أبو نعيم حدثنا مندي
عن الشيبان عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر رضي الله عنه وضع ... إلى آخره
انتهى . وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير تكبير ، فعل محل الإجماع . ثم بعد ذلك
عمل عثمان ثم عمل علي رضي الله عنه (ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار)
فصار إجماعاً .

(ولأنه) أي ولأن الجزية ذكرت على تأويل خراج الرأس (وجب نصره للمقاتلة)
أي نصره وكفاية لغزاة المسلمين بما يؤخذ من الذمي (فتجب على التفاوت) أي الجزية
تجب على التفاوت لا المذكور عن قريب (بمنزلة خراج الأرض ، وهذا لأنه وجب بدلاً
عن النصره) أي بمنزلة وجوب التفاوت في الخراج .

والدليل على أنها تجب نصره وكفاية لهم ، لأنها تصرف اليهم ولا توضع موضع
الزكاة ، وكان الواجب أن ينصروا المسلمين (ببذل النفس والمال) لأن من كان من أهل
دار الإسلام يجب عليه النصره للدار بالنفس والمال ، ولكن لا يصلحوا النصرتهم لتقلهم إلى
دار الحرب اعتقاداً قامت الجزية المأخوذة منهم المصروفة إلى الغزاة مقام النصره بالنفس ،
ثم النصره من المسلم تتفاوت ، إذ الفقير ينصر دارنا راجلاً ومتوسطاً بحال ينصرها راكباً
وراجلاً . والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره لما كان الأصل متفاوتاً تتفاوت الجزية
التي قامت مقامه .

(١) في الأصل - ابن رنحود - والتصحيح من كتاب شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته ، فكذا ما هو بدله
وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحاً ، ولهذا أمره بالأخذ من
الحالة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية . قال وتوضع الجزية على أهل
الكتاب والمجوس

فإن قيل النصر طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفاً عن
الطاعة . أجب بأن الخليفة في النصر في حق المسلمين من زيادة القوة للمسلمين وهم يبايئون
على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو غار داراً وأبهر المسلمين ، وهذا أيضاً
لقول فيجب على التفاوت ، لأنه أي لأن الجزية بتأويل خراج الرأس ذكرنا الآن وجب
بدلاً عن النصر بالنفس والمال .

(وذلك) أي المذكور عن النصر بالنفس والمال (يتفاوت بكثرة الوفر) أي غير
المال (وقلته ، فكذا ما هو بدله) أي فكذا بتفاوت ما كان خلفاً عن النصر (وما رواه)
الذي رواه الشافعي «رح» وهو قوله عنه لما أخذ من كل حالم وحاملة ديناراً (محمول
على أنه كان ذلك صلحاً) أي محمول على مال وقع الصلح عليه ، ألا ترى أنه قال في رواية
أخذ من كل حالم وحاملة ديناراً ، ولا تجب على النساء إلا مال الصلح . قلت الأحسن أن
يقال هذا ليس بحجة ، لأن الصحيح أنه مرسل ، فكيف يحتج به (ولهذا) أي ولكونه
كان محمولاً على مال الصلح (أمره) أي أمر معاذاً (بالأخذ من الحالة . وإن كانت لا يؤخذ
منها الجزية) والمحفوظ أن لفظ حاملة مندرج في الحديث .

(قال وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) جمع مجوسي ، وهو منسوب إلى
المجوس . وقال الجوهري هي حلة ومذهب المجوسي انهم قائلون بالنور والظلمة يدعون إلى
الخير من فعل الثور ، والشر من فعل الظلمة ، ولهذا يمدون النار ، لأنه من النور . أما
وضع الجزية على أهل الكتاب فهو بلا خلاف . وأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان
بدينهم يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام ، وخالفوهم في فروع دينهم .
وفرقت النصارى من البيطورية والمنظورية والملكية للفرنج والروم والأدنى وغيرهم ممن

لقوله تعالى ﴿ من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ﴾ ...
الآية ٢٩ التوبة، ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على الجوس.
قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي «رح»

دان بالانجيل وانتسب إلى عيسى ~~عليه السلام~~ والعمل بشريعتهم فكلهم من أهل الكتاب .
واختلف أهل العلم في الصابئين عن أحد أنهم جنس من النصارى . وعن عمر هم
ينسبون بهم من اليهود . وقال مجاهد بين اليهود والنصارى . وقال الذمى الزبيع هم أهل
الكتاب ، وتوقف الشافعي فيهم ، ويروى عنهم أنهم يقولون الفلك حسي ناطق ،
والكواكب السبعة آلهة . والصحيح أنهم إن كانوا يقولون نبي كتاب فهم من أهل الكتاب
وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كمبدة الاوثان ، وقد مر في النكاح . وأما الجوس
فلهم شبهة الكتاب ، فيجوز أخذ الجزية بالحديث منهم . ولا يجوز نكاح نسائهم ولا
ذبائهم وعليه أكثر أهل العلم . وعن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب فتحل نساءهم
وذبائهم لما روي عن علي رضي الله عنه أنهم كانوا أهل كتاب فلما وقع ملكهم على بنته أو
اخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم ،

(لقوله تعالى ﴿ من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة)
هذا صريح في جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب سواء كانوا من العرب والمجوس ، ولهذا
ذكر أهل الكتاب مطلقاً (ووضع رسول الله ~~عليه السلام~~ الجزية على الجوس) حتى شهد عبد
الرحمن بن عوف أن رسول الله ~~صلى الله عليه وسلم~~ أخذها من مجوس هجر ، انتهى . وهجر بفتح حين
إسم بلد في البحرين .

(قال) أي القدوري في مختصره (وعبدة الاوثان من المعجم) هو بالجر عطفاً على أهل
الكتاب، وقيد بقوله من المعجم احترازاً عن عبدة الاوثان من العرب، فإنهم لا توضع عليهم الجزية
على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي) فان عنده لا يؤخذ إلا من أهل الكتاب
والجوس، وله في أهل الكتاب غير اليهود والنصارى مثل أصحاب صحف ابراهيم وشيث

هو يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿وقاتلوهم﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب ، وفي حق الجوس بالخبر فبقي من ورائهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم ، فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ، ونفقته في كسبه

وإدريس وزبور داود ومن مثل بدين آدم . والسامرة والصابئين وجهان أحدهما تؤخذ منه . والثاني لا . والوثني إذا دخل في دين أهل الكتاب بعد المسيح لم يؤخذ منه الجزية وقال المزني يؤخذ . وقال مالك يؤخذ من جميع الكفار إلا مشركي قريش ، لانهم ارتدوا . وعندنا تؤخذ من جميع الكفار إلا من عبدة الأوثان ، وبه قال أحمد في رواية وعنه في رواية لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب ومن وافقهم في دينهم وآمن بكتابتهم كالسامرة . وتؤخذ من الجوس أيضاً ولا تؤخذ من غيرهم من عبدة الأوثان .

(هو) أي الشافعي (يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿وقاتلوهم﴾) لأنه أمر بالقتال وهو عام (إلا أنا عرفنا جواز تركه) أي ترك القتال (في حق أهل الكتاب بالكتاب) وهو قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ (وفي حق الجوس) أي وعرفنا ترك القتال في الجوس (بالخبر) وهو حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (فبقي من ورائهم) أي من وراء أهل الكتاب والجوس (على الأصل) أي من النصوص العامة .

(ولنا أنه يجوز استرقاقهم) بالإجماع (فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منها) أي من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) معنى حتى يصير مشبهاً بالبهائم ، أما الاسترقاق فظاهر ، لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة ، وأما الجزية (فإنه) أي فإن الكافر (يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ونفقته في كسبه) فكأن أداء كسبه إلى المسلمين في معنى أخذ النفس منه حكماً ، وهو معنى قوله ونفقته في كسبه ، أي والحال أن نفقته في كسبه الذي هو سبب حياته ، وفيه معنى سلب النفس . ونوقض بأن من جاز

وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ، ولا المرتدين ، لأن كفرهما قد تغلظ . أما مشركوا العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم ، فالمعجزة في حقهم أظهر .

استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على المرأة والصبي واللازم باطل . وأجيب بأن ذلك بمعنى آخر ، وهو أن الجزية بدل النصر ولا نصره على المرأة والصبي ، فكذا بدل ، وهذا ليس بدافع بل هو متقرر للنقض .

والصواب أن قول المحل شرط نافذ المؤثر ، فكان بمعنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلاً ، والمرأة والصبي ليسا كذلك ، لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه .

(وإن ظهر) على صيغة المجهول أي غلب (عليهم) أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) أي غنيمة للمسلمين (لجواز استرقاقهم) وللإمام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (ولا توضع) أي الجزية (على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين) سواء كانوا من العرب أو العجم (لأن كفرهما قد تغلظ) وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام .

(أما مشركو العرب فلأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) وكانوا أحق الناس بالتساعد والقيام بتصرفه والذب عنه . ولقد قيل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه يغلظ كفرهم ، لأنهم عرفوا النبي ﷺ معرفة تامة محضة ومع هذا مكروه وغيروا إسمه ولغته من الكتب . وقد قبل منهم الجزية . وأجيب بأن القياس كان يقتضي أن لا يقبل منهم الجزية ، إلا أنه نزل بالكتاب بقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ ... الآية .

وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدى للإسلام ، ووقف على محاسنه
 فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة ، وعند
 الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب . جوابه ما قلنا . وإذا ظهر
 عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه
 استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم

(وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدى للإسلام ووقف على محاسنه) أي محاسن
 الإسلام (فلا يقبل من الفريقين) أي من فريق عبدة الأوثان من العرب ومن فريق
 المرتدين (إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة) لزيادة دينهم (وعند الشافعي رحمه الله
 يسترق مشركو العرب) وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن الاسترقاق إتلاف حكماً ، فيجوز
 كاتلافه حقيقة بالقتل . (وجوابه) أي جواب الشافعي (ما قلنا) وهو قوله لأن
 كفرهم قد تغلظ .

(وأما إذا ظهر عليهم) أي إذا غلب على مشركي العرب والمتردين (فنساؤهم وصبيانهم
 فيء) أي غنيمة المسلمين ، إلا أن ذراري المرتدين ونسأهم يجبرون على الإسلام بدون
 ذراري عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإيجابار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت الإسلام في
 حقهم ، وذراري المرتدين قد ثبتت في حقهم تبعاً لأبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات
 قريبات عهد بالإسلام - فيجبرون عليه ، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم .

(لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة) وحنيفة بطن من
 العرب ، وهو حنيفة بن لجم بن صعيب بن علي بن بكر بن وائل ، وإنما سمي حنيفة لأنه
 لقي خذمية ، أبي حي من عبد القيس فضرب خذمية حنيفة فحذم يده فسمي هذا حنيفة ،
 وسمي ذاك خزيمة . وقيل المراد بني حنيفة وهو مسيلمة الكذاب لعبدانه (وصبيانهم) أي
 سبي أيضاً صبيانهم حتى وقع من قسم علي رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وهو
 وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجم من الحنفية ، قوله منها محمد بن الحنفية (لما
 ارتدوا) أي حتى ارتدت بنو حنيفة أو كان ذلك بعد وفاة النبي ﷺ (وقسمهم) أي

بين الغائمين ، ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا . ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القتال ، وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية . قال ولا زمن ولا أعمى ، وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا ، وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال ، لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي .

قسم أبو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة وصبيانهم (بين الغائمين) من الصحابة وغيرهم (ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة .

(ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها) أي لأن الجزية (وجبت بدلاً عن القتل) يعني في المأخوذ (أو عن القتال وهما) أي المرأة والصبي (لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية) فيها ، فإذا كان كذلك لا يجب عليه البدل وهو الجزية (قال ولا زمن) أي ولا جزية أيضاً على زمن ومن الرجل بزمن زمانه وهو عدم بعض أعضائه ويمطل قواه (ولا أعمى) أي ولا أعمى (وكذا المفلوج) من فليج على صيغة المجهول إذا ذهب نصفه فهو مفلوج . وقال أهل الطب الفالج استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً (والشيخ الكبير) المعنى لا توضع عليه الجزية (لما بينا) وهو قوله لأنهما لا يقتلان ولا يقاتلان .

(وعن أبي يوسف أنه) أي أن الجزية ، ذكره بتأويل خراج الرأس (تجب إذا كان له) أي للشيخ الكبير رأي ، لأنه تقليل في الجملة ، يعني في صورة من الصور ، وهو معنى قوله إذا كان له رأي ، أي من أمور الحرب . وقال الأترابي وعن أبي يوسف في رواية توضع عليهم ، أي الجزية إذا كانوا أغنياء ، لأن الغناء هو الأصل في المال لما سيجيء . قلت هذا مخالف لما في المتن ، لأن المهود من كلام المصنف ان الرواية عن أبي يوسف وجوب الجزية على الشيخ الكبير فقط ، حيث إذا كان له (مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي) بإفراد الضمير ، وكذا ذكر بإفراد الضمير في قوله إذا كان له رأي ، بخلاف الأعمى والزمن والمفلوج . فلو كانت الرواية عن أبي يوسف في الوجوب على الكل ، يقال

ولا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي «رح» له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه . ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها ، فكذا هذا الخراج .
والحديث محمول على المعتمل .

إذا كان لهم مال بضمير الجماعه . وفي قول من الشافعي وتؤخذ الجزية من الأعمى والمفلوج والشيخ الكبير .

(ولا على فقير) أي ولا جزية على فقير إذا كان (غير معتمل) وهو الذي لا يقدر على العمل . والمعتمل الكاسب الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفته (خلافاً للشافعي) فإن عنده يجب عليه (له) أي للشافعي (إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عَنْ مَعَاذِ بْنِ عَمْرٍو خذ من كل عالم ديناراً وهو مطلق لا فضل فيه بين الفقير المعتمل وغيره .

(ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها) أي الجزية (على فقير غير معتمل) المراد من عثمان هذا عثمان بن حنيفة لا عثمان بن عفان ، وقد غفل عنه أكثر الشراح ، وقد مضى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى سواد العراق وظف الجزية على الفقير دون غير معتمل ذلك محل الإجماع ، لأن أحداً من الصحابة لم ينكر عليهم ، أشار إليه المصنف بقوله (وذلك بمحض من الصحابة) لأنهم كلهم علموا ذلك ولم يقع من أحد منهم إنكار ، فكأنهم حاضرين في ذلك الوقت . ذكر الغزالي في وجيزه قال أصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول ، وتقرر على قول مجاناً ، وتقرر بجزية في ذمته على قول .

(ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها ، فكذا هذا الخراج) أي خراج الرأس وهو الجزية ، لأن الخراج نوعان ، خراج الأرض وخراج الرأس كما مر غير مرة ، فإذا اعتبرت الطاقة في خراج الأرض فكذا تعتبر في خراج الرأس .

(والحديث) أي الحديث الذي احتج به الشافعي (محمول على الفقير المعتمل) توفيقاً بين الحديثين .

ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد ، لأنه بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصره في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ، ولا يؤدي عنهم مواليتهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم . ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكرها هنا . وذكر محمد «رح» عن أبي حنيفة «رح» أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف «رح» .

(ولا توضع) أي الجزية (على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه) أي لأن الجزية باعتبار تأويل خراج الأرض (بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصره في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني) وهو النصره بالمال في حقنا ولا مال لهم ، فعلى هذا (لا تجب) وعلى اعتبار الأول يجب ، لأن الأصل يتحقق في المالك ، لأن المملوك الحر يقتل ، فيجوز تحقق البدل أيضاً ، فإذا كان الأمر دائر بين الشيتين (فلا تجب بالشك) لأن الأصل عدم الوجوب (ولا يؤدي عنهم مواليتهم ، لأنهم يتحملون الزيادة بسببهم أي صار مواليتهم بسببهم من الاعتبار ، فوجبت عليهم زيادة في الوظيفة ، فلا يجب عليهم شيء آخر بسببهم . وقال في مختصر الاسرار وقولهم إن الجزية يجب الحد والولي يؤدي لها عنه باطل ، لأنه لو كانوا كذلك لاختلف بكثرة العدد ، فلمهم كصدقة الظفر .

(ولا توضع) أي الجزية (على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكرها هنا) أي في القدوري ، وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية . (وذكر محمد «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف «رح») وقال الكرخي في مختصره قال عمر بن أبي عمر وسألت محمداً عن أصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج ، قال كان أبو حنيفة يقول يوضع عليهم إذا كانوا ممن يقومون على العمل . قلت لمحمد فما قولك قال العامر ما قاله أبو حنيفة ، قال محمد ليس على السياحين ولا على الرهبان خراج ، وإن اعزل أحدهم ، إلا أنه يخالط الناس فعليه الخراج .

وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها ،
فصار كتعطيل الأرض الخراجية . ووجه الوضع عليهم أنه لا قتل
عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط
القتل ، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر
السنة . ومن أسلم وعليه جزية سقطت ، وكذلك إذا مات كافر خلافاً
لشافعي فيهما . له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى ،

(وجه الوضع) أي وجه وضع الجزية عليهم ، أي على الرهبانيين الذين يخالطون
الناس (أن القدرة على العمل) ثابتة ، أي موجودة ، وإنما (هو الذي ضيعها) أي ضيع
القدرة (فصار حكمه كتعطيل الأرض الخراجية) مع التمكن من الانتفاع .
(ووجه الوضع عليهم) أي وجه وضع الجزية عليهم (أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا
يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل) أراد أن الجزية بدل من إسقاط القتل
في حقهم ، ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس ، فلا تجب الجزية .
(ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً) ذكر هذا تقريباً لمسألة القدوري (ويكتفى
بصحته في أكثر السنة) أو نصفها ، فلا جزية عليه ، وإن كان في أقلها عليه الجزية ، لأن
الإنسان لا يخلو عن قليل مرض ، فلا يحمل عذرا .
(ومن أسلم وعليه جزية) أي ومن أسلم ممن عليه جزية ، والحال أن عليه جزية لم
يؤدها (سقطت عنه ، وكذلك إذا مات كافراً) حال كونه كافراً سقط عنه الجزية
(خلافاً لشافعي فيها) أي فيمن أسلم وعليه جزية وفيمن مات كافراً (له) أي لشافعي
(أنها) أي أن للجزية (وجبت بدلاً عن العصمة) أي عن حقن الدم (أو عن السكنى)
في دار الإسلام ، وإنما تردد بينها لأن العلماء اختلفوا في أن الجزية وجبت بدل الأمان .
قال بعضهم بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال
بعضهم بدلاً عن النصر التي قامت بإحرازهم على الكفر وهو الأصح . وقال بعضهم بدلاً
عن السكنى في دارنا ، وبه قال الشافعي «رح» . ولهذا قال في قول تؤخذ الجزية عن

وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في
الأجرة والصلح عن دم العمد. ولنا قوله عليه السلام ليس
على مسلم جزية ،

الأعمى والمعتوه والمقعد ، لأنهم يشاركون في السكنى ، وعندنا لا يجوز كما بينا .
(وقد وصل إليه المعوض) وهو العصمة والسكنى (فلا يسقط عنه العوض) وهو
الجزية (بهذا العارض) أي بالإسلام أو بالموت (كما في الأجرة) يعني إذا استوفى الذمي
مناقع دار المستأجر ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن المعوض وصل إليه ،
وهو مناقع الدار فلا يسقط العوض وهو الأجرة (والصلح عن دم العمد) يعني إذا قتل
الذمي رجلاً عمداً ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه
الأجرة ، لأن العوض وهو نفسه مسلم له فلا يسقط البديل .

فإن قيل لا نسلم أن الجزية بدل عن النصره ، ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل
الذمة منه فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلاً لسقطت . أوجب
بأنما لم تسقط لأنه يلزم حينئذ تغير الشرع ، وليس للإمام ذلك . وهذا لأن الشرع جعل
طريق النصره في حق الذمي المال دون النصره .

فإن قيل الجزية حق مال وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالإسلام
لخراج الأرض . أوجب بأن خراج الرأس وقيد الصغار بالنص ، ولهذا لا يوضع على المسلم
أصلاً ، بخلاف خراج الأرض فإنها على الصغار ، ولهذا لا يوجد في أرض خراجية
المسلم ، فافترقا .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم (وليس على مسلم جزية) هذا الحديث
رواه أبو داود في الخراج ، والترمذي في الزكاة عن جرير عن فائز بن أبي طيبان عن أبيه
عن ابن عباس رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية . قال أبو داود
سئل أبو يوسف من الثوري رحمه الله عن هذا فقال يعني إذا أسلم فلا جزية عليه . فقال
الترمذي وقد روي عن موسى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل ، ورواه في مسنده
والدارقطني في سننه وسكت عنه . وقد روي باللفظ الذي فسره به سفيان . قال الطبراني

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا تسمى جزية ، وهي
والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت .
ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع
بالموت والإسلام ، ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر
عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً ،

في معجمه الأوسط بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ من أسلم فلا جزية عليه .

(ولأنها) أي ولأن الجزية (وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا) إيضاح لوجوب
الجزية عقوبة على الكفر (تسمى جزية وهي) أي الجزية (والجزاء واحد) يعني إذا
سميت جزاء من الجزاء ، لأنها عقوبة تقع جزاء على الإصرار على الكفر (وعقوبة الكفر
تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت) أي ولا تقام الجزية بعد الموت ، يعني لا يوجد بعد
الموت من عليه الجزية وإن خلف شيئاً ، لأن الموت كالقتل ، لأنها خلف عن القتل ، ولهذا
سميت جزية وهو عقوبة . ولهذا يستوفى بطريق الذلة والصغار ويستحق بالجنابة ، ولا
جنابة أعظم من الكفر ، وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون إلا بدفع الشر ، وقد صار
مدفوعاً بالموت والإسلام ، فيسقط ، وهذا معنى قوله (ولأن شرع العقوبة في الدنيا
لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع) أي الشر (بالموت والإسلام) أي بموت من عليه
الجزية أو بالإسلام أيضاً . وأما شرع العقوبة في الآخرة بالعذاب أتم لهم .

(ولأنها) أي ولأن الجزية (وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا) أراد أن وجوب
الجزية شرع للنصرة وكفاية للغزاة (وقد قدر عليها) أي على النصرة (بنفسه بعد
الإسلام) فسقطت ، لقدرة على الأصل (والعصمة تثبت) هذا جواب عن قول الشافعي
أنها وجبت بدلاً عن العصمة بيان أن العصمة ثابتة (بكونه آدمياً) يعني من حيث أنه
آدمي خلق معصوماً محقون الدم لكونه مكلفاً ، فلا ينافي له العام بامور التكليف إلا

والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة
والسكنى ، وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفي
الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة
وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال
أبو يوسف

بكونه معصوماً ، وإنما يطلب عصمته بعارض الكفر ، ثم لما أسلم عادت العصمة ، فصارت
العصمة به لا بقبول الجزية .

ولقائل أن يقول أنها ثابتة بالأدمية ، ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما
كانت فكانت بدلاً . والجواب أنها لو كانت بدلاً عن العصمة ، فأما أن تكون عن عصمة فيما
مضى أو فيما مستقبل ، لا سبيل إلى الأول لوقوع الفتنة عنه ولا إلى الثاني لأن
الإسلام يفتى عنه .

(والذمي يسكن في ملك نفسه) هذا جواب عن قوله أو عن السكنى ، بيانه أن
الذمي إنما سكن في ملكه إما بالشراء أو بغيره من أسباب الملك (ولا معنى لإيجاب بدل
العصمة والسكنى) يعني لا فائدة في إيجاب البدل ، لكنه في موضع مملوك له ، فلو كانت
الجزية أخذ وجوبها بالاجماع لا بحالة ، ويشترط فيها التأقيت ، لأن الإبهام سلطها وحيث
لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن السكنى لم تكن بطريق الاجارة .

(وإذا اجتمع عليه) أي على الذمي (الحولان) أي جزيتا الحولين فحذف المضاف
وأقيم المضاف إليه مقامه . وفي بعض النسخ وإن اجتمعت عليه الحولان بناء هذا للفعل
باعتبار تقديره جزيتا الحولين كما ذكرنا . وقال الأتزازي ويجوز أن يراد بالحولين الجزيتان
مجازاً إطلاقاً لاسم المهل على الحال . أو أنت للفعل على تأويل السنة ، لأن الحول في معناها
(قد اخلت) أي الجزية ، وهذا لفظ القدوري آتية في شرح الأقطع ،

(وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة
أخرى لم يؤخذ) أي لا يؤخذ ما مضى (وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف

ومحمد «رح» يؤخذ منه ، وهو قول الشافعي «رح» . وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً ، وكذلك إن مات في بعض السنة . أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف ، وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين ،

ومحمد «رح» يؤخذ منه (يعني مما مضى (وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد . وقال مالك يؤخذ منه إلا إذا كان فقيراً لم يؤخذ منه بعشرة إذ الفقير لا جزية عليه عنده . (وإن مات عند تمام السنة) أي عند تمام السنة الأولى (لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً) أي في قول أصحابنا المذكورين والشافعي (وكذلك) أي لا تؤخذ (إن مات في بعض السنة) لأنه إن مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه ، وإن مات بعد الوجوب فقط سقط بالموت هندياً خلافاً للشافعي .

(وأما مسألة الموت فقد ذكرناها) أشار به إلى قوله ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا تكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام (وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف) يعني يتداخل إذا اجتمع الحولان عند أبي حنيفة خلافاً لهما (وقيل لا تداخل فيه) أي في الخراج (بالاتفاق) ووجه الفرق بينها أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير الثقات إلى معنى العقوبة ، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضاً خراجية يجب عليه الخراج ، فجاز أن لا يداخل ، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء نصاً ولهذا لم يشرع في حق المسلم أصلاً ، والعقوبات تتداخل .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (في الخلافية) أي فيما إذا اجتمع عليه حولان (ان الخراج وجب عوضاً) أي عن سائر الأعراس حقن الدم أو عن السكنى (والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى) كما في سائر الأعواض (وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) أي بعد تنابها ، لأن الفرض انه حي وانتفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع عنه

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه . ولأبي حنيفة أنها
 وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ، ولهذا لا تقبل
 منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات ، بل يكلف أن يأتي به
 بنفسه فيعطي قائماً ، والقابض منه قاعد . وفي رواية يأخذ بتليبيه
 ويهزه هزاً ويقول أعطني الجزية يا ذمي ، وقيل عدو الله فيثبت أنه
 عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحودود . ولأنها وجبت
 بدلاً عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا

الاسلام (بخلاف ما إذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المؤمن يؤمن لايمانه ، فيعذر انتفاؤه
 من الوجه الذي وجب .

(ولاي حنيفة لانها) أي أن الجزية (وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على
 ما بيناه) أراد بقوله ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة (ولهذا) أي ولكونها
 وجبت عقوبة (لا تقبل منه) أي من الذمي (لو بعث) أي جزيته (على يد نائبه في
 أصح الروايات) وهنا ثلاث روايات ، بين المصنف منها روايتين وهي قوله ولا يقبل ،
 وقوله (بل يكلف) إلى آخره من تنمة هذه الرواية . وقوله مكلف أي الذي إلى (أن
 يأتي بها) أي بما وجبت عليه من الجزية (بنفسه) أي يأتي بنفسه (فيعطي) حال كونه
 قائماً والقابض منه قاعد .

(وفي رواية يأخذ) هذه الرواية الثانية وهي أن يأخذ ، أي القابض (بتليبيه)
 والتليبية أخذ موضع القلب من الثياب ، واللييب موضع القدرة من العذرة (ويهزه) أي
 هز القابض الذمي (هزاً ويقول أعطني الجزية يا ذمي . وقيل عدو الله) وفي شرح
 الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستحقرار له حتى يضع حالة الاخذ ، وإذا كان الامر
 كذلك (فيثبت أنه) أي أن الذي يؤخذ منه وهو الجزية (عقوبة) والعقوبات إذا
 اجتمعت تداخلت (إذا كانت من جنس واحد تداخلت) كالحودود .

(ولانها) أي ولان الجزية (وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا)

كما ذكرنا، لكن في المستقبل لا في الماضي، لأن القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض، وكذا النصر في المستقبل، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه. ثم قول محمد «رح» في الجزية. وفي الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً، وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجري على حقيقته،

أى بدلاً عن النصر في حقنا، وبدلاً عن النصر في حق المسلمين (كما ذكرنا) عند قوله فيما تقدم عن قريب، ولأنها وجبت عن النصر في حقنا. (لكن في المستقبل) هذا إذا استدراك من قوله لأنها وجبت بدلاً عن القتل، يعني كونها بدلاً عن القتل إنما يظهر في المستقبل (لا في الماضي)، لأن القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض (لأن الماضي فات (وكذا النصر) أى وكذا كون النصر في حقنا (في المستقبل)، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه) لعدم فائدتها في الماضي الغائب.

(ثم قول محمد في الجزية) أشار به إلى بيان قول محمد الذي نقله (وفي الجامع الصغير) عن محمد «رح» وأبي حنيفة في الجزية بقوله (وجاءت سنة أخرى حمله) أى حمل الهجاء (بعض المشايخ على المضي) يعني معناه مضت حتى لتحقق اجتماع الحولين، لأنها عند الحول تجب، وهذا ضرب من الجواز، أشار إليه بقوله (مجازاً) لأن مجيء كل شهر مجيء أوله. ويجوز الجواز أن يجيء الشهر مستلزم مضي الآخر لا محالة. وذكر اللزوم وإرادة اللزوم مجازاً.

(وقال) بعض المشايخ (الوجوب) أى وجوب الجزية (بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع) أى اجتماع الحولين (فيتداخل) حينئذ الحولان (وعند البعض) أى بعض المشايخ (هو) أى الهجاء (مجري على حقيقته) أى على حقيقة الهجاء، وهو

والوجوب عند أبي حنيفة «رح» بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي «رح» في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه ، فتعذر إيجابه بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله .

دخول السنة (والوجوب) أي وجوب الجزية (عند أبي حنيفة بأول الحول ، فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء) تحقيقاً عند أبي حنيفة ، ولذلك قال هو في الزكاة إنما يجب في أول الحول .

(والأصح أن الوجوب) أي نفس الوجوب (عندنا في مبتدأ الحول ، وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه) أي عن القتل إذا القتال (لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه) اشارة إلى قوله لأن القتل إنما استوفى الجواب قائم في الحال لا لجواب ماض له ، قاله الأترابي . وقال الكاكي قوله على ما قررناه وهو الجزية بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصره في حقنا ، وهذا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي ، فكذلك وجب أن يكون الحكم في الدنيا كذلك أيضاً وهو أن لا يجب بنصرة ماضية ، ويجب بنصرة مستقبله ، فينبغي أن يجب في أول الحول لتحقق سببه ، وهو وجوب النصره عليهم بالمال ، بخلاف الزكاة ، لأنها تجب في المال النامي الحائل للتمكن من الاشتغال اشتغال الحول على الفصول الأربعة ، فيعذر إتمامه بعد مضي الحول ، يعني إنما وجب لما لم يتحقق إلا في المستقبل بعذر إيجابه بعد مضي الحول ، يعني (فتعذر إيجابه) ما وجب (بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله) أي في أول الحول ، لأنه أول أوقات إمكان الوجوب .

فصل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام، لقوله عليه
السلام لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة .

(فصل)

هذا فصل في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا بما يتعلق بالسكنى وغير ذلك من أحوالهم .
(ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الإسلام) يقال كنيسة
اليهود والنصارى لتعديتهم ، وكذلك البيعة كان مطلقاً في الأصل ، ثم غلب استعمال
الكنيسة لمعبد اليهود ، والبيعة لمعبد النصارى (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ
(لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة) هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي
الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة وضعفه . ورواه أبو
عبيد القاسم بن سلام بلفظ المصنف «رح» .

وروى ابن عدي في الكامل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ
لا يبنى كنيسة في الإسلام ، ولا يبنى ما خرب منها ، وفي إسناده سعيد بن سنان واعلم به ،
وقال عامة ما يرويه عمر محفوظ ، وعن أحمد وابن معين ضعيف . وقال ابن القطان وفيه
من الضمفاء غير سعيد بن سنان وهو محمد بن جامع أبو عبد الله العطار . قال أبو زرعة ليس
بصدوق ، وفيه أيضاً سعيد بن عبد الجبار ضعيف بل متروك وحكى البخاري أن
جرير بن عبد الحميد كان يكذبه .

قوله لا خصاء بكسر الخاء مصدر خصاء ، أي نزع خصتيه ، والإخصاء في معناه
خطأ ، ذكره في المغرب ، والوجه في الجمع بين الخصاء والكنيسة أن الخصاء نوع ضعف في
الانسان في الخصاء ، وكذا الكنيسة في دار الإسلام تورث الضعف في الإسلام أو في الخصاء
يعتبر عما عليه أصل الخلقة ، وكذا في بناء الكنيسة يعتبرها عليه بها دار الإسلام . قلت
الأوجه أن يقال سئل النبي ﷺ عن الخصاء ، وافترق أن سائلاً آخر سأل عن الكنيسة
فأجابها بقوله لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة ، وهذا من الفيض الإلهي فله الحمد . وقيل

والمراد إحداثها وإن انهدمت البيعة والكنائس القديمة أعادوها ،
لان الابنية لا تبقى دائمة . ولما أقرهم الإمام فقد عهد

المراد في قوله تعالى ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾ ١١٩ النساء ، الخصاص . وقيل المراد به التبتل
والامتناع من النساء .

(والمراد إحداثها) أي المراد من قوله ﷺ ولا كنيسة ، أي إحداث الكنيسة .
وقيل أمصار المسلمين ثلاثة ، أحدهما : ما مصره المسلمين منها كالكوفة والبصرة وبغداد
وواسط . فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة بإجماع
أهل العلم ، ولا يملكون فيه شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس .

وثانيها : ما فتحه المسلمون عنوة ، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالإجماع ، وما كان فيها
شيء من ذلك هل يجب هدمه ، فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية يجب
هدمه ، وعندنا يأمرهم الامام أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ، ولكن
لا تهدم . وهذا إذا صالحهم بعد الفتح أن يجعلهم ذمة ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد
في رواية ، لأن الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة ولم يهدموا كنائسهم .
وكتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة ، وقالها ما
فتح صلحاً فإن صالحهم على أن الأرض وكذا الخراج لنا فجاز إحداثهم ، وإن صالحهم على
أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم بالكنائس على ما وقع عليه الصلح على شرط تمكين
الاحداث لأنهم ، والأولى أن يصالحهم على شرط ما وقع صلح عمر رضي الله عنه من عدم
إحداث البيعة والكنيسة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ جزية الخنزير .
ولو وقع الصلح مطلقاً لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقدمة ، ويمنعون من ضرب
الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالإجماع . وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف
كنائسهم لا يمنعون .

(وإن انهدمت البيعة والكنيسة القديمة أعادوها) المراد من القديمة ما كانت قبل
فتح الامام بلدهم ومصالحهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ، ولا يشترط أن يكون
في زمن الصحابة والتابعين لا محالة (لان الابنية لا تبقى دائمة لما أقرهم الامام فقد عهد

إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لأنه إحداث في الحقيقة ،
والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة ، بخلاف موضع الصلاة في البيت ،
لأنه تبع للسكنى ، وهذا في الأمصار دون القرى ، لأن الأمصار هي
التي تقام فيها الشعائر ، فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل في ديارنا
يمنعون من ذلك في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر ، والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة ، لأن أكثر أهلها أهل الذمة

إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لانه) أي لان النقل (إحداث في الحقيقة)
وقال محمد رحمه الله في نوادر هشام إن انهدمت كنيسة من كنائسهم أو بيعة أو بيت فار
فلهم أن يبنوها كما كانت ، وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخر في المصر .
فقوله أن يبنوه كما كانت ، يريد به قد مر بناء الاول ، أما الزيادة على البناء الاول فممنوع ،
لانه إحداث بيعة في المصر .

(والصومعة) قال الجوهري فوعلة ، يعني وزنها يدل على أن الواو فيه زائدة ، وهو
بيت يبنى بأساس طويل ليعبد فيها بالانقطاع عن الناس ، وهو معنى قوله (للتخلي فيها
بمنزلة البيعة) إنما قال بمنزلة البيعة ، يعني لا يجوز إحداثها مثلها لا يجوز إحداث البيعة .
(بخلاف موضع الصلاة في البيت) حتى لا يمنع ، يعني إذا عين موضعاً من البيت
للصلاة فيه لا يمنع منه (لانه تبع للسكنى) أي لانه تابع لمسكنه ، فتكون من جملة
مسكنه (وهذا في الأمصار) أي عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة في الأمصار (دون
القرى ، لان الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر) أي شعائر الاسلام (فلا تعارض بإظهار
ما يخالفها) أي خالف الشعائر .

(وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك) أي من إحداث البيعة والكنيسة (في القرى أيضاً ،
لأن فيها بعض الشعائر) مثل الأذان والإقامة والصلاة بالجماعة (والمروي عن صاحب
المذهب) وهو الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه ، أي الذي روي عن أبي حنيفة من عدم
المنع من إحداث الكنيسة والبيعة (في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها كانوا أهل الذمة)

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقرأها لقوله عليه
السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب .

لم تكن قرارها موضع فتقيد الأحكام لتعليمهم ، فلم يرد المنع من الاحداث . وقال في
الفتاوى الصفري إذا أرادوا إحداث البيع والكنائس في الأمصار يمنعون بالإجماع أما في
السواد وذكر في العشر والحراج أنهم يمنعون . وفي الإجازات أنهم لا يمنعون .

واختلف المشايخ فيه ، قال مشايخ بلخ يمنع ، وقال الفضلي ومشايخ بخارى لا يمنع ، وذكر
شمس الأئمة السرخي الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد ، وهل تهدم البيع
القديمة في السواد على الروايات كلها أم لا ، أما في الامصار ذكر في الاجازات لانهدم البيع
القديمة ، بل يترك . وذكر في العشر والحراج أنها تهدم .

(وفي أرض العرب يمنعون من ذلك) من احداث البيع والكنائس (في أمصارها
وقراها لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (لا يجتمع دينان في جزيرة العرب) هذا
الحديث رواه إسحاق بن راهويه في سننه أخبرنا النصر بن سميك حدثنا صالح بن أبي
الاحصر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال
في مرضه الذي توفي فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ، انتهى . انها سميت الجزيرة ،
لأن بحر فارس بحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها ، وقيل لانجزارها عن موضعها ،
والجزر القطع لانها جزرة عنها المياه التي حوالها لبحور البصرة وعمان وعدن والفرات .
وقال الزهري سميت جزيرة لانها بحر فارس وبحر السواد أحاط بجانبها ، يعني البحر
وأحاطت بالجانب الشمالي دجلة والفرات ، وأسند أبو داود عن سعيد بن عبد العزيز قال
جزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى نحو العراق إلى النجف .

وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروى عنه أنها
الحجاز واليمن ، ولما لم يبلغه ملك فارس والروم ، وحكى البخاري عن المغيرة أنها مكة
والمدينة . وقال الاصمعي هي من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول . وأما
العرض فمن جدة وما والاها من ثماجيل البحر إلى أطراف الشام . قال أبو عبيدة جزيرة
العرب ما بين حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن في الطول . وأما العرض فما بين مرسل

قال ويؤخذ أهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم
وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح، وفي
الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على
السروج التي هي كهيئة الأكف، وإنما يؤخذون بذلك إظهاراً
للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين .

سيرين إلى مقطع السماء . وفي شرح ديوان الفرزدق حفر أبي موسى على خمس
مراحل من البصرة . وقال أبو عبيد أمر رسول الله ﷺ بإخراج اليهود والنصارى
من هذا كله .

(قال ويؤخذ أهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم) بكسر الزاي وتشديد الياء
الذي الهبة واصلة زوى قلبت الواو ياء ، وأدغمت الياء في الياء (ومراكبهم) جمع
مركوب (وسروجهم) جمع سرج (وقلانسهم) جمع قلنسوة . وقال الكرخي يكون
قلانس الرجال سواء طوالاً مضربته (ولا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح . وفي الجامع
الصغير) إنما ذكر لفظ الجامع الصغير ليعلم أنه تفسير لما ذكره القدوري ، لان المذكور
فيما قبله لفظ القدوري (ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات) جمع كستج ، وفسره
الكرخي ما يحيط العقدة على وسطه . وعن أبي يوسف كستج خيط غليظ بقدر الاصبع
يشده الذمي فوق ثيابه دون ماسرين به من الزنار المتخذة من الأبريسم . قال فخر الإسلام
في تفسير الكستيجات هي إعلام الكفر ، وهي فارسية معربة ، وحقيقة الزجر
والذل بلغة المعجم .

(والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف) بضم الهززة والكاف جمع أكاف بالكسر
وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره وهي أن يكون على قربوس السرج مثل الرمانة
(وإنما يؤخذون بذلك) أي بما ذكر من الأشياء (إظهاراً للصغار عليهم وصيانة
لضعفة المسلمين) يعني في الدين لا في اليدين حتى لا يميلوا إليهم بأن رأوهم أصحاب النعمة
والحقص والدعة . ويقولون أن المؤمنين في مشقة ومحنة وأهل الذمة في راحة ونعمة ،

ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز . والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار ، ومن الأبريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام ويجب أن تتميز نساؤهم عن نساتنا في الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة .

فلذلك وجب تمييزهم بلا إعلام ، وآثار يدل على الذل ولا يتركون يتحملون ، ولهذا كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يأمر عماله أن يأخذوا أهل الذمة .

(ولأن المسلم يكرم) لأجل إسلامه (والذمي يهان) لأجل كفره (ولا يبتدأ بالسلام) أي الذمي بالسلام (ويضيق عليه الطريق) يعني يلحق إلى ضيق الطريق (فلو لم تكن علامة مميزة) على صيغة إسم الفاعل من التمييز (فلعله) أي فلعل الذمي (يعامل) على صيغة المجهول (معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز ، والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء) أي فإن الزنار جفاء ، أي خوف وترك الخمس المعشرة (في حق أهل الإسلام) والإبريسم معرب ، والعرب يخلط فيما ليس من كلامها . وقال هو بكسر الهمزة والراء وفتح السين . وقال التمرثاشي ينبغي في كل بلد من العلامة ما يعارضه أهله ، لأن المقصود يعلم بهذا أن الامصار على هذه علامة مخصوصة لازم .

(ويجب أن يتميز نساؤهم عن نساتنا في الطرقات والحمامات) كالجلجل وغير ذلك . وكذا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير . وقال أيضاً وكذا من تكون يرد من نساتهم تؤمر باتخاذ علامة فرق الحلات لتمييز بذلك من المسلمات . وإذا كانت ممن لا يخرج لا يحتاج إلى العلامة (وتعمل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة) لأن فيه إهانة المسلم في نفس الأمر ، حيث يدعو العدو الله تعالى ووقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل ، وإهانة المسلم فضلاً أن يدعو له .

قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ، وإذا
ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين ، فإن لزمه ضرورة
اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت ، ويمنعون عن لباس يختص به أهل
العلم والزهد والشرف . ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب
النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده ، لأن الغاية التي ينتهي
بها القتال التزام الجزية لا أداؤها ، والإلتزام باق . وقال الشافعي
« رح » سب النبي عليه السلام يكون نقضاً ، لأنه لو كان
مسلماً ينقض أمانه ،

(قالوا) أي مشايخنا الآخرون (الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة)
كالخروج إلى الرهبان وذهاب المريض إلى موضع محتاج إليه ، وكذا إذا استعان بهم
الإمام في الحرب .

(وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين ، فإن لزمهم الضرورة اتخذوا سرجاً
بالصفة التي تقدمت) وهي كهيئة الألف ، إذ السرج للقرابة ، ولهذا يكره للنساء الركوب
على السرج ، لأنهن ليسوا من أهل الجهاد (ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد
والشرف) هكذا أمر عمر رضي الله عنه .

(ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي ﷺ أو زنى بمسلمة لم
ينتقض عهده) وقال أصحاب الشافعي ينقض العهد بجميع ذلك ، كذا ذكر في شرح
الأقطع (لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق) يعني التزام
الجزية باق ، فيكون على عهده ، ولقد طول الأترابي هنا في كلامه والكثرة ما يعجبني ...
افق بقتله لسبه النبي ﷺ وكون سبه لله تعالى .

والوجه مع أصحاب الشافعي (وقال الشافعي « رح » سب النبي ﷺ يكون نقضاً)
أي العهد (لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه) يعني على تقدير أنه لو كان مسلماً وكان سب

فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منه ، والكفر المقارن لا يمنعه فالطاريء لا يرفعه . قال ولا ينقض العهد إلا وأن يلتحق بدار الحرب أو يغلبون على موضع فيحاربوننا ، لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعمرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب . وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد ، معناه في الحكم بموته باللحاق ، لأنه التحق بالأموات ،

النبي ﷺ كان ينقض أمانه ، كذا فسرهُ الشراح رحمهم الله (فكذا ينقض أمانه) أي أمانه الذي كان له بعقد الذمة (إذ عقد الذمة خلف عنه) عن الأمان . وقال الشافعي إذا امتنع من بدل الجزية وقبول أحكام الاسلام ينتقض عهده ولا ينتقض بزنا مسلمة وإن غضبها بنكاح هي أو يفتن مسلماً عن دينه أو يقطع الطريق أو يؤدي إلى الكفار عيناً أو يدل على عورات الاسلام ، وبه قال مالك وأحمد . وقال مالك ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا وفي سب النبي ﷺ ، أو ذكر الله تعالى بما لا يفني وللشافعي قولان ، أحدهما ينتقض ، والثاني لا ، وفي شرح الوجيز امتناع الجزية مع القدرة انتقاص في عهده وأما لعجز لا . أي عن الامان .

(ولنا أن سب النبي ﷺ كفر منه) أي من الذمي (والكفر المقارن) أي المعتزل به (لا يمنعه) أي لا يمنع الأمان (فالطاريء) أي الكفر الطاريء بعراض (لا يرفعه) أي الأمان .

(قال ولا ينقض العهد إلا وان يلتحق بدار الحرب أو يغلبون) أي أهل الذمة (على موضع ، فيحاربوننا لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعمرى عقد الذمة عن الفائدة ، وهو دفع شر الحراب . وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) وبينه المصنف بقوله (معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات) بمعنى إذا تاب ورجع لا يقتل ، وإن لحق بدار الحرب ما يعمل في تركته المرتد . فإن خلف امرأة ذمية في دار الاسلام بانت منه

وكذا في حكم ما حملة من ماله إلا أنه لو أسر لا يسترق، بخلاف المرتد.

فصل

لتباين الدارين . وإذا لحقت معه بدارهم ثم عاد إلى دارنا فيها على حقها ، إلا أن الذمي اللاحق بدارهم إذا غلب عليها يسترق ، والمرتد ما دامت في دارنا لا يسترق ، فإذا لحقت بدار الحرب ثم ثبت استرقت ، ويجوز مع ذلك على الاسلام .

(وكذا في حكم ما حملة من ماله) يعني ان الذمي الناقض للعهد إذا حمل ماله إلى دار الحرب تكون فينا للمسلمين إذا ظهورا عليها بكمال المرتد إذا حملة إلى دار الحرب (إلا) استثنى من قوله فهو بمنزلة المرتد ، أي إلا أن الذمي لو أسر يسترق بخلاف المرتد (أنه لو أسر لا يسترق) بل يقتل إن أصر على استرداده ، وكذا يجوز وضع الجزية على ذمي نقض العهد ، ولحق بدار الحرب (بخلاف المرتد) .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب ، وذكر هنا في فصل هذا على حدة لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى وبنو تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الميم المعجمة وكسر اللام وائل بن قاسط بن رهيبة بن أوضى بن يحيى بن حذيفة بن أسد ابن ربيعة بن سادر سلموا أي الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه إلى بدل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب ، خذ منا كما يأخذ بكم من بعض الصدقات ، فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد ذوبهم عرب يأنفون من الجزية فلا تمن عدوك عليك بهم ، وخذ منهم الجزية بإسم الصدقة ، فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ، وقال به الفقهاء .

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحض من الصحابة «رض» ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم ، لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف . وقال زفر «رح» لا يؤخذ من نسائهم أيضاً ، وهو قول الشافعي «رح» ، لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية قسموها ما شئتم ، ولهذا .

(ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحض من الصحابة «رض») تقدم هذا في كتاب الزكاة في آخر باب زكاة الخيل (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء . قال الفقيه وذكر عن أبي الحسن الكرخي أنه قال هذه الرواية أقيس ، لأنه لا يؤخذ من نساء أهل الذمة جزية فكذلك لا تؤخذ من نسائهم - تغلب - مضاعفة الصدقة .

(لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف) لا تجب عليهم (وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نسائهم أيضاً) وفي بعض النسخ من سواهم (وهو قول الشافعي) أي قول زفر وهو قول الشافعي (لانه) أي لان الذمي يؤخذ منهم (جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية قسموها ما شئتم) أي هذه الصدقة المضاعفة جزية قسموها حسبما شئتم أنتم ، وهذا أيضاً تقدم في باب زكاة الخيل في كتاب الزكاة ، وأما صبيانهم فلا يؤخذ منهم شيء ، وكذا مجانينهم ، وعند أحمد يجب عليهما كالزكاة (ولهذا) أي لكونها جزية في الحقيقة

تصرف مصارف الجزية ولاجزية على النسوان . ولنا أنه مال
 وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها ، والمصرف
 مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال ، وذلك لا يختص بالجزية
 ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي
 الخراج ، أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي .
 وقال زفر «رح» يضاعف لقوله عليه السلام أن مولى القوم منهم ،

(تصرف مصارف الجزية ، ولا جزية على النسوان) فلا يؤخذ شيء من نساء
 بنى تغلب أيضاً .

(ولنا أنه) أي أن المأخوذ منهم (مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله
 عليها) أي مثلما وجب ببدل الصلح فتجب عليها (والمصرف مصالح المسلمين) هذا جواب
 من قوله تصرف مصارف الجزية تقريره أن يقال لا نسلم أن كونه مصرف الجزية يدل على
 أنه جزية ، لأن مصرفه مصالح المسلمين (لأنه مال بيت المال وذلك) أي مصرف مصالح
 المسلمين (لا يختص بالجزية) وحدها ، بل يوضع فيه خراج الأرضين والجزية ، وأما أهله
 أهل الحرب وغيرها .

(ألا ترى أنه لا يراعى فيه) أي في المأخوذ منها (شرائطها) أي شرائط الجزية
 بوصف العقار وغيره من عدم القبول من الثابت والإعطاء قائماً والقابض قاعداً وأخذ
 التلييب والهز (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) هذا من مسائل الجامع ، وفسره
 المصنف بقوله (أي الجزية) لأنها خراج الرأس ومولى التغلبي معتقه (وخراج الأرض)
 أي يوضع عليها خراج الأرض (بمنزلة مولى القرشي) لا يؤخذ الجزية والخراج من القرشي ،
 ويؤخذ من مولاه ، فلذلك ها هنا .

(وقال زفر «رح» يضاعف) أي يضاعف على مولى التغلبي (لقوله عليه السلام) أي أقول
 النبي ﷺ (أن مولى القوم منهم) هذا الحديث تقدم في باب من يجوز دفع الصدقة إليه
 ومن لا يجوز . وجه استدلاله به ظاهر ، لأن مولاه عليه التضميف فعليه كذلك ، لأنه

الا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ، ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة ، لأن الغنى من أهلها ، وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً ، لأنه صين

منه وهو المروي عن عامر التغلبي أيضاً (ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة) لأنه منه بظاهر الحديث ، فكذلك مولى التغلبي .
(ولنا أن هذا) أي أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعني أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف (ولهذا) أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً) ولم يلحق لمولاه في ترك الجزية ، وإن كان الإسلام على أسباب التخفيف بالتخلص عن التدين بالإمام ، وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي . وتقرير الجواب أن حرمة الصدقة (بخلاف حرمة الصدقة ، لأن الحرمات تثبت بالشبهات) لأنها في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة (فالحق المولى بالهاشمي في حقه) أي في حق ما هو لمولاه ، وهو حرمة الصدقة (ولا يلزم مولى الغنى) جواب عما يقال مال مولى الغنى لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة ، وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات . فأجاب بقوله ولا يلزم المولى الغنى علينا (حيث لا تحرم عليه) أي على الغنى (الصدقة ، لأن الغنى من أهلها) أي من الصدقة في الجملة ، ألا ترى أنه إذا كان عاملاً يعطي من الصدقة ما يكفيه ، وكذلك ابن السبيل يجوز له أخذ الزكاة .

(وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين) أي حفظ ، وهو مجهول صانه ، وأصله صون قلبت الواو ألفاً لتحركها وافتتاح

لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه . قال وما جباه الإمام من الخراج وأموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذرائعهم لأنه مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين ، وهؤلاء

ما قبلها واصل حين صون قلبت الواو ياء ، ثم ابدلت ضمة الصاد كسرة لأجل الياء (لشرفه) أي لأجل شرفه (وكرامته عن أوساخ الناس) وذلك لأجل التعظيم لقرابة النبي ﷺ ، فإذا كان الأمر كذلك (فالحق به) أي بالهاشمي (مولاه) لأنه نسبة ولم يذكر جواباً عن الحديث ، وهو انه ورد بخلاف القياس فاقصر على مورد النص ، وهو حرمة الصدقة خاصة فلم يميز التعديعية إلى غيرها ، لأن ذلك كان لإظهار فضل قرابة رسول الله ﷺ في إلحاق مولاام به ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء .

(قال وما جباه الإمام) أي وما جمعه الإمام (من الخراج) أي خراج الأراضي (ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور) وهو جمع ثغر ، وهو موضع مخاف البلدان (وبناء القناطر) جمع قنطرة وهو ما يحكم بناؤه ولا يرفع (والجسور) جمع جسر ، وهو ما يوضع ويرفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل (وعلماؤهم منه) أي من الذي جباه الامام الأشياء المذكورة (ما يكفيهم) أي ما يكفي القضاة وعمالهم والعلماء (ويدفع منه) أي من الذي جباه أيضاً (أرزاق المقاتلة وذرائعهم) أي وأرزاق ذرائعهم ، لأن نقصانهم واجب عليهم ، فلو لم يكن موقوفاً لذرائع آباؤهم لم يتفرغوا للقتال ولبطلان أمر الجهاد الذي من أعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة بأكساب النفقات للذرائع (لأنه) أي لأن الذي جباه الإمام (مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال ، وهو) أي المال حي الذي (معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم) أي القضاة وعمالهم والعلماء

عملتهم ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال . ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء ، لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم .

عملتهم وهو جمع عامل (ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال) وقد شرحناه الآن .

(ومن مات منهم) أي من المذكورين (في نصف السنة فلا شيء له في العطاء) وهو ما يكتب للقراء في الديوان ولكل من قام بأمر الدين (لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت) وإنما وضع المسألة نصف السنة لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه ، لأن قد وافى غناه ، ويستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الولاثم قبل رزق القاضي ومن في معناه في آخر السنة يعطي ، ولو أخذ في أولها ثم عزل أو مات قبل نصفها قيل يجب رد ما بقي من السنة ، وقيل على قياس نفقة المرأة لو يجب . وقال محمد وجب إلى رد الباقي ، كذا لو عجل لها نفقته يسترضيها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود ، وعندما إنها صلة من وجه فيقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ، ذكره في جامع قاضي خان والتمرتاشي . (وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم) وإنما قال ذلك لأنه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب حسن في الاسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار .

★ ★ ★

باب أحكام المرتدين

قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه ، لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب ، لأن الدعوة بلغته . قال ويجبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل .

(باب أحكام المرتدين)

أي هذا باب في بيان أحكام المرتدين وهو جمع مرتد ، وهو الذي يرد ، أي يرجع عن دين الاسلام إلى الكفر والعياذ بالله تعالى . ولما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ ، لأن الطارئ إنما هو بعد وجود الأصلي .

(قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام) وفي أكثر النسخ وإذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام (فإن كانت له شبهة كشفت عنه) وفي بعض نسخ القدوري كشفت له (لأنه) أي لأن الذي ارتد (عساه) أي لعله (اعترته شبهة) وفي بعض النسخ اعترضت له شبهة ، يقال عراه أعراه بمعنى إذا أباح خراج ، أي يزال من الإبراحة ، وفي بعض النسخ (فتزاح عنه) أي عن الذي ارتد (وفيه) أي وفي عرض الاسلام (دفع شره) أي دفع الشر المرتد (بأحسن الأمرين) أراد بهما الاسلام والقتل وأحسنها الاسلام (إلا أن العرض) أي غير أن عرض الاسلام عليه (على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب ، لأن الدعوة بلغته) أي لأنه عذر ، ولكن العرض مستحب . وفي الإيضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين ، لأن رجاء عوده إلى الاسلام ثبت على ما يجيء .

(قال ويجبس ثلاثة أيام فإن أسلم) فيها ونعمت (وإلا قتل) أي وإن لم يسلم بعد

وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام حراً كان أو عبداً ، فإن أبي قتل ، وتأويل الأول أنه يستعمل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لا يلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ، ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

ثلاثة أيام قتل إلى ما هنا كلام القدوري مع شرح المصنف إياه (وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام ، فإن أبي قتل) مكانه ، وذكره في شرحه في المسلم يرتد انه يقتل (حراً كان أو عبداً) وقال فخر الإسلام ولا يؤخر إلى أن تتمهل ، لأنه قد ارتد بمد المعرفة ، فلا عفو له (وتأويل الأول) وهو قوله ثلاثة أيام (انه) أي أن المرتد (يستعمل) على صيغة المعلوم من الاستمهال ، وهو طلب المهلة . حاصل معناه أنه إذا طلب المهلة (فيمهل) على صيغة المجهول من الامهال (ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لا يلاء الإعذار) بكسر الهمزة ، أي لاختيار الأعذار كما في شرط الخيار قصة موسى ، والعبد الصالح وإن لم يطلب المهلة فالظاهر من حالته أنه متعنت في ذلك ، فلا بأس بقتله ، إلا أن له يستحب أن يستر لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة .

فإن قيل تقدير المدة ما هنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل للقتل فيه ، لأنه المقادير . أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ، وورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك كان للتأمل . والتقدير بها هنا أيضاً للتأمل .

(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك) أي الامهال أو التأجيل (أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرتاه بالثلاث . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا
المشركين ﴾ من غير قيد الإمهال ، وكذا قوله عليه السلام من
بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال
من غير استمهال ،

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرتاه بالثلاث) وقال الكاكي ومدة الاشتباه ثلاثة أيام عندنا
ومالك وأحمد والشافعي في قول . وفي أصح قوليه إن تاب في الحال وإلا قتل لقوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه ، وهو اختيار ابن المنذر . وعن علي رضي الله عنه استتاب شهراً .
وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده . وقال النخعي يستتاب أبداً ، وهذا يقتضي أن لا
يقتل أبداً ، وهو مخالف للسنة والاجماع .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيد الامهال ، وكذا قوله عليه السلام من
بدل دينه فاقتلوه) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ، فروي عن
ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه البخاري في حديث استتابة المرتدين وفيه من بدل دينه
فاقتلوه . وروى عن معاوية بن مسد أخرجه الطبراني في الكبير قال رسول الله ﷺ من
بدل دينه فاقتلوه أن لا تقبل توبته عن الكفر بعد إسلامه . وروى عن عائشة رضي الله
عنها أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عنها مرفوعاً نحوه سواء .

(ولانه) أى ولان المرتد (كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال)
إنما قال كافر حربي ، لانه ليس بذي نية ولا مستأمن ، إذ لا يقبل الجزية ، وما طلب الامان
فكان حربياً فيقتل لاطلاق النص . ولانه بنفس الردة صار محارباً لاهل الاسلام فيقتل ،
إلا إذا استمهل فيمهل ثلاثة أيام كما مر . ونقل الناطقي في كتاب الاجناس عن كتاب
الارتداد للحبس فأتاب المرتد وعاد إلى الاسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث
مرات وفي كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام ، فإن عاد إلى الكفر
رابعاً ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم وإلا قتل .

وقال الكرخي في مختصره فان رجع أيضاً عن الإمام يأتي به الاسلام بعد ثلاثة

وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم . ولا فرق بين الحر
والعبد لإطلاق الدلائل . وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها
سوى الإسلام ، لأنه لا دين له .

استتابات أيضاً . فان لم يثبت قتله ولا يؤجله وإن هو تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به
الحد ، ثم يجبسه ولا يخرج من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ، ويرى من حاله
حال إنسان قد أخلص ، فاذا فعل ذلك خلى سبيله . فان عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل
ذلك أبداً ما دام يرجع إلى الاسلام ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم .

وقال أبو الحسن الكرخي هذا قول أصحابنا جميعاً أن المرتد يستتاب أبداً . وروى
عن علي وابن عمر رضى الله عنها أنه لا تقبل توبة بعد المرة الثالثة ، لانه مستحق السي
وليس بثابت .

(وهذا) أى قتله للحال من غير إمهال (لانه) أى لان القتال (لا يجوز تأخير
الواجب) وهو القتل (لامر موهوم) وهو إسلام المرتد (ولا فرق بين الحر والعبد) أى
لا فرق في قتل المرتدين أن يكون حراً أو عبداً إذا أبى الاسلام (لاطلاق الدلائل) هو
قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ وقوله ~~بإذن~~ من بدل دينه فاقتلوه وغيرهما من غير
فصل بين الحر والعبد .

(وكيفية توبته) أى توبة المرتد (أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين
له) (يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية يوجب عليه أن يبرأ عن ذلك ، لكن من ليس له
دين فلاجل هذا يبرأ عن الأديان كلها سوى دين الاسلام بعد أن يأتي بالشهادتين .

قال في شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول أشهد أن
لا إله إلا الله محمداً عبده ورسوله ، ويقر بما جاء من عند الله من الذى انتحل ، وأشهد أن
لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله . وقال ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا برىء منه ،
أى من الذى ارتد إليه فهي توبة أيضاً ، كذا نقل الشيخ أبو الحسن الكرخي عن أبي

ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود
 قال فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على
 القاتل . ومعنى الكراهية ها هنا ترك المستحب و انتفاء الضمان ، لأن
 الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب . وأما
 المرتدة فلا تقتل . وقال الشافعي «رحم» تقتل لما روينا ،

يوسف وقال في شرح الطحاوى إسلام النصراني أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وان محمداً
 عبده ورسوله ، ويبرأ من النصرانية ، وإن كان يهودياً يبرأ من اليهودية . وكذلك إذا
 كان كل ملة توقف عليها . وأما إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله
 فإنه لا يكون مسلماً بهذا الاسم ، لانهم يقولون هذا إلا انهم إذا فسروا قالوا رسول الله
 إليكم هذا في اليهود والنصارى والذمي بين ظهرائي أهل الاسلام .

وأما إذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال أشهد أن لا إله إلا الله
 وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، فهذا دليل الاسلام ، أو قال محمد رسول الله ، أو قال
 دخلت في دار الاسلام ، أو قال دخلت في دين محمد ﷺ ، فهذا دليل إسلامه ، ذكره
 في كتاب المرتد .

(ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود) لانه مسلمة للمرتد بعد ما كان عليه
 إذا تبرأ عما انتقل إليه حصل المقصود والقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة .
 (قال) أى القدورى (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ، ولا شيء على
 القاتل) لان القتل وجب عليه بالنصوص لمجرد الكفر ، فلم يجب الضمان على قاتله لوجود
 المبيح (ومعنى الكراهية هناك ترك المستحب) لان في القتل تقويت الغرض المستحب ،
 وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله (وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض
 بعد بلوغ الدعوة غير واجب) لان الكافر إذا بلغه الدعوة لا يجب تجديده العرض عليه ،
 بل يستحب ، فكذا هنا . وفائدة الاستحباب محل قتله العرض (وأما المرتدة فلا تقتل)
 ولكن حتى تسلم سواء كانت حرة أو أمة . ولو قتلها قاتل لم يجب عليها شيء .

(وقال الشافعي تقتل) وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث والزهري والنخعي والاوزاعي
 ومكحول وحامد وإسحاق . وهو قول أبي يوسف أولاً ، ذكره أبو الليث (لما روينا) وهو
 قوله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه ، ومن تعصم الرجال والنساء . وروى الدارقطني أن

ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة ، والردة والمرأة تشاركا فيها فتشاركا في موجبها . ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء . ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء ،

امرأة يقال لها مروان ارتدت فأمر عليه السلام أن تستتاب ، فان ثابت وإلا قتلت (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فيناط بها) أى يتعلق بها (عقوبة مغلظة) وهو القتل (وردة المرأة تشاركا فيها) أى تشارك ردة الرجل في هذه العقوبة (فتشاركا في موجبها) وهو القتل ، لان الاشتراك في العلة موجب الاشتراك في المعلوم ، فصار كالزنا وشرب الخمر والسرقه ، وفيه نظر ، لانه إثبات ما يندرى بالشبهات بالرأى .

(ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء) وروى الجماعة إلا ابن ماجه عن نافع عن ابن عمر ان امرأة وجدت في بعض مغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهى عن قتل النساء والصبيان ، وفي لفظ البخارى ومسلم فأنكر قتل النساء والصبيان . وفي لفظ البخارى ومسلم وأخرج أبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلاً ولا صغيراً ولا امرأة ... الحديث . فإذا لم يقتل بالكفر الأصلي فبالطاريء بطريق الأولى كالصبي . وروى الدارقطني في سننه عن عبد الله ابن عيسى الجوزي حدثنا عقال شعير عن عاصم عن أبي ربيعة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة إذا ارتدت ، قال الدارقطني وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عقال وغيره ، هذا لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم .

والجواب عن الحديث الذى اتضح به الشافعي انه عام متروك للظاهر ، لان من بدل دينه من اليهودية إلى النصرانية او من النصرانية إلى اليهودية او من الكفر إلى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل على الرجل المرتد توفيقاً بين الحديثين .

(ولان الاصل تأخير الاجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله إظهار علمه ، لان الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه ، فصاروا في المعنى كالمحورين ،

وإنما عدل عنه دفعاً لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البينة. بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال ولكن تجبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار ، فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد . وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها. أما الجبر فلما ذكرنا من المولى لما فيه من الجمع بين الحقيين

وفيه إخلال بالإسلام (وإنما عدل عنه) أى عن هذا الاصل (دفعاً لشر ناجز) أى واقع (وهو الحراب) يقال ناجزاً مناجزاً ، أى يتداخل (ولا يتوجه ذلك) أى الحرب (من النساء لعدم صلاحية البينة) يعنى بنيتهن غير صالحة كذلك .

(بخلاف الرجال ، فصارت المرتدة كالأصلية) كالكافرة الأصلية والكافرة الأصلية لا تقبل ، فكذا المرتدة . وقال الاكمل ما قيل أن النبي ﷺ قتل مرتدة فقد قيل أنه ﷺ لم يقتلها لمجرد الردة ، بل لأنها كانت شاعرة تهجو رسول الله ﷺ ، وكان لها ثلاثون ابناً وهي تحرضهم على قتال رسول الله ﷺ فأمر بقتلها .

(قال ولكن تجبس حتى تسلم ، لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه) أى إيفاء حق الله تعالى (بالحبس كما في حقوق العباد) حيث تجبس لإيفاء ما عليها من الحق .

(وفي الجامع الصغير) إنما أعاد رواية الجامع الصغير لاشتغالها على ذكر الحر والحرة والأمة (وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها ، أما الجبر فلما ذكرنا) يعنى أنه امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار (من المولى) أى وأما الاجبار من المولى (لما فيه من الجمع بين الحقيين) أى حق الله تعالى وهو الجبر على الإسلام وحق العبد وهو الاستخدام . وفي الايضاح قال أبو حنيفة رضي الله عنه إن احتاج المولى إلى خدمتهما دفعهما القاضي إليه وأمره أن يجبرها إلى الإسلام وأرسل إليها القاضي كل أيام يهددها ويضربها أسواطاً حتى تموت أو تسلم. والصحيح أنه يدفعها إلى المولى احتاج أو

ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام . قال
ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعى ، فإن أسلم عادت
إلى حالها . قالوا هذا عند أبي حنيفة «رح» ، وعندهما لا يزول
ملكه ، لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه
بالرجم والقصاص . وله أنه حرى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل .

استغنى طلب أم لا ، لان الحبس تصرف فيها ، وذا إلى المولى .
فإن قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعاً ، فكيف دفعته إليه الأمة دون
العبد . أجب بأن العبد إذا أبى يقتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى .
(ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الاسلام) وعن الحسن أن المرتد
تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطاً حتى تموت أو تسلم .

(قال) أي القدوري (ويوزل ملك المرتد عن أمواله بردته) أي بسبب رده (زوالاً
مراعى) أي محفوظاً موقوفاً حتى يتبين حاله . وبه قال الشافعي الأصح ومالك وأحمد
في رواية ، وبيانه في قوله (فإن أسلم عادت) أي أمواله (إلى حالها) أي تبقى ملكاً له
كما كانت (قالوا) أي المشايخ (هذا) أي الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول
أبي حنيفة رضي الله عنه . وفي بعض النسخ (عند أبي حنيفة «رح») هو الأصح (وعندهما)
أي عند أبي يوسف ومحمد (لا يزول ملكه) وبه قال الشافعي في قول ، واختاره المزني
وأحمد في ظاهر الرواية ، وبه قال ابن المنذر وأكثر أهل العلم على أنه لا يزول بمجرد الردة
(لانه مكلف محتاج فإلى ان يقتل بقي ملكه) ولا يتمكن من إقامة التكلف وأثر الردة
في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالعود والرجم وهو معنى قوله (كالمحكوم
عليه بالرجم والقصاص) فان ملكه لا يزول بإباحة دمه .

(وله) أي لابي حنيفة (انه) أي ان المرتد (حرى مقهور) أما كونه حربياً ، فلأنه
كافر غير مستأمن والحربي كذلك ، لانه كافر غير مستأمن . وأما كونه مقهوراً
فلأنه (تحت أيدينا حتى يقتل) وقد زالت عصمة نفسه بالردة حتى يستحق القتل ، ولذلك إن

ولا قتل إلا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ،
غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ، ويرجى عوده إليه
فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق
هذا الحكم ، وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب . وإن مات أو
قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه استقر كفره فيعمل
السبب عمله وزال ملكه . قال وإن مات أو قتل على رده انتقل

زالت عصمة نفسه تبعاً له (ولا قتل إلا بالحراب) فكان القتل هنا مستلزماً للحراب ،
لان نفس الكفر ليس مبيح له ، ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني ، وقد تحقق
اللزوم بالاتفاق ، وهو كونه من يقتل فلا بد من لازمة وهو كونه حربياً (وهذا) اى
كونه حربياً مقهوراً تحت ايدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) بالجر عطفاً على قوله
ملكه ، لأن المقهور به امارة الملوكية ، فاذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته وارتفاعها
مستلزم ارتفاع الملك ، لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك بحال (غير انه) اى ان
المرتدين (مدعو إلى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده إليه) اى على الاسلام ، وذلك
موجب بقاء المالكية ، لانه حي مكلف يحتاج إلى ما تمكن منه من اداء ما تكلف به ،
فبالنظر إلى الأول يزول بالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في امره) فقلنا بزوال موقوف .
(فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم) أي في حق بقاء ملكه
على ماله ، واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن جبر عليه وعن بينونة امرأته وعن
وجوب تجديد كلمة الشهادة ، لأن رده لا تجعل كأن لم تكن في هذه الأحكام (وصار
كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل) على صيغة المجهول (السبب) أي سبب المرقد ونكله
وهو الارتداد .

(وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه) بدار الحرب
(استقر كفره فيعمل بسبب عمله وزال ملكه) مبتدأ إلى وقت الردة كما في البيع بشرط
الخيار للمشتري . (قال) أي القدوري (وإن مات أو قتل على رده انتقل ما اكتسبه في

ما اكتسبه في حال إسلامه إلى وراثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده
 فيناً ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف «رح» ومحمد
 «رح» كلاهما لورثته . وقال الشافعي «رح» كلاهما فيء ، لأنه
 مات كافراً ، والمسلم لا يرث الكافر ، ثم هو مال حربي لا أمان له ،
 فيكون فيناً . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما
 بيناه ، فينتقل بموته إلى وراثته ، ويستند إلى ما قبيل رده ، إذ الردة
 سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم .

حال إسلامه إلى وراثته المسلمين) وقال الأترابي فلو قال وإن مات أو قتل على رده أو
 لحق بدار الحرب ، فحكم بلحاظه كان أولى ، لأن حكم الحاكم باللاحق مثل موته ، انتهى .
 قلت لم يقل هكذا هنا لا كفاية بما ذكره قبله قيل إنه تكرار . قلت لا ، لأن الأول
 لفظه . والثاني لفظ القدوري (وكان ما اكتسبه في حال رده فيناً) يعني غنيمة للمسلمين
 (وهذا) أي المذكور (عند أبي حنيفة «رح») وبه قال زفر والحسن ، وكذا
 ذكره الكرخي .

(وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» كلاهما) يعني الكيسان جميعاً (لورثته . وقال
 الشافعي «رح» كلاهما فيء) وبه قال مالك وأحمد (لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر
 ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيناً) يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين
 باعتبار أنه مال ضائع (ولهما) أي ولأبي يوسف ومحمد (أن ملكه في الكسبين بعد
 الردة باق على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره (ينتقل بموته إلى
 وراثته ويستند إلى ما قبيل رده) هذا جواب عما يقال هذا توريث المسلم من الكافر ،
 فأجاب بقوله ويمتد ، أي إلى إرسال ، وخرج في المبسوط ويستند التوريث إلى ما قبيل
 رده ، فيكون كأنه كسب الردة كسب الإسلام (إذ الردة سبب الموت) ولما كان سبب
 الموت جعل موتاً حكماً ، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه أخذ جزء من أجزاء إسلامه
 آخر جزء من أجزاء حياته حكماً (فيكون توريث المسلم من المسلم) بهذه الهيئة .

ولأبي حنيفة «رح» أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة «رح» اعتباراً للإستناد . وعنه أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت ،

(ولأبي حنيفة «رح» أنه يمكن الاستناد) أي إسناد التورث (في كسب الإسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة) ، ولا يمكن الإستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه) أي من شرط إسناد التورث (وجوده) أي وجود الكسب قبل الردة ليكون تورث المسلم من المسلم ، لأننا لو قلنا بالتورث فيما الكسب في حال الردة لزم تورث المسلم من الكافر ، وذلك لا يجوز (ثم إنما يرثه) أي إنما يرث المرقد (من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتباراً للإستناد) ذكر هذه الروايات تفريماً لمسألة القدوري ، وهذه الرواية رواية الحسن (عنه أنه يرثه من كان وارثاً له وقت الردة) وولد له من علوق حادث وبقي إلى موته يرثه . ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو أسلم بعض قرابته بعد رده أو ولد من علوق حادث بعد رده لا يرثه على هذه الرواية (ولا يبطل استحقاقه) أي استحقاق الوارث (بموته) قبل موت المرقد (بل يخلفه وارثه . لأن الردة بمنزلة الموت) في حكم التورث . ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا تبطل استحقاقه ، ولكن يخلفه وارثه فيه ، وهذا مثله .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة هذه الرواية رواها محمد عن أبي حنيفة (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) سواء كان موجوداً عند الردة أو حدث بعدها . وفي المبسوط

لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة
الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو
قتل على رده وهي في العدة ، لأنه يصير فاراً ، وإن كان صحيحاً
وقت الردة

هذا أصح (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه) أي تمام السبب (كالحادث قبل
انعقاده) أي قبل السبب فلا جرم تعتبر زمان الموت ، لأن السبب يتم به حتى يرثه الولد
الحادث بعد الردة قبل القتل أو الموت ، وهذا (بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض)
بغير الولد الحادث في المشتراة قبل القبض ، حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة ،
حتى إذا هلك من يد البائع قبل القبض بغير قتل أحد هلك معه العوض تلقى الثمن كله
متعلقاً بالأصل ، كما كان كذلك لو كان الولد حادثاً قبل انعقاد السبب وهو البيع . قال في
النهاية وحاصله أنه على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونها وارثاً وقت الردة ،
وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل ، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد
أوجدت وارث بعد الردة فإنه لا يرثانه . وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الأول
دون الثاني ، وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول .

(وترثه) أي ترث المرتد (امرأته المسلمة إذا مات) أي المرتد (أو قتل على رده
وهي في العدة) الواو فيه للحال (لأنه يصير فاراً ، وإن كان) أي المرتد والواو للاتصال
(صحيحاً وقت الردة) لأن الردة سبب الهلاك كالمرض ، فأشبهه برده التي حصلت بها
البيونة الطلاق في حالة المرض ، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في
العدة . وفي رواية أبي يوسف يرث وإن انقطعت العدة ، لأن العدة تغير قيام السبب وقت
الردة ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل أضاف أبو حنيفة التوريث إلى ما قبل الردة وذلك مستلزم أن لا يتفاوت
الحكم بين المدخول بها وغير المدخول ، لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كان
مدخولاً بها أو لم تكن . أجب بأن الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة يستوي فيه
المدخول بها وغيرها . وأما الردة فإنها جعلت موتاً حكماً ليكون توريث المسلم ، فهي

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها فلم يوجب سبب الفيه ،
 بخلاف المرتد عند أبي حنيفة « رح » ويرثها زوجها المسلم إن
 ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها
 لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بما لها بالردة ، بخلاف المرتد
 قال وإن لحق بدار الحرب مرتدأ وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه
 وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه

ضعيفة في السببية فلا من تقررها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة .
 (والمرتدة كسبها) أى كسب المرتدة (لورثتها ، لأنه لا حراب منها) أى من المرأة .
 ومعنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، فالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا
 تقتل ، فكذا لا تزول عصمة ما لها ، فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثاً لورثتها . فإذا
 لم يكن حراب منها (فلم يوجد سبب الفيه) فلا يترتب عليه الحكم (بخلاف المرتد عند
 أبي حنيفة) فان كسبه فيه لكونه محارباً في الحال أو في المال باللحاق . وحاصل
 العرف أن عصمة المال تابعة للنفس ، فالمرتدة لا تقتل فلا تسقط عصمة نفسها ، فكذا لا
 تسقط عصمة ما لها ، بخلاف المرتد فإنه يقتل فيسقط عصمة نفسه ، فكذا عصمة ماله لما
 ذكرنا (ويرثها) أى المرتدة (زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة) الواو فيه للحال
 (لقصدها إبطال حقه) أى حق الزوج بقصد الفرار من ميراث الزوج .
 (وإن كانت) أى المرتدة (صحيحة لا يرثها ، لأنها لا تقتل ، فلم يتعلق حقه بما لها
 بالردة) لأنها ماتت بنفس الردة ، فلم يضر فيه على الهلاك لأنها لا تقتل (بخلاف المرتد)
 فلا يكون في حكم الفارة المريضة ، فلا يرث زوجها منها ، بخلاف المرتد منفصل بقوله
 فلم يتعلق حق بما لها . وفي المرتد يتعلق حقها بماله إذا مات ومي في العدة سواء ارتد في
 صحته او في مرضه ، لأنه مستحق القتل فكان فارأ بالارتداد فورثته .
 (قال وإن لحق بدار الحرب) حال كونه (مرتدأ وحكم الحاكم بلحاظه عتق مدبروه
 وأمهات اولاده) من جميع المال ، كذا في شرح الطحاوى (وحلت الديون التي عليه)

ونقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي «رح ، يبقى ماله موقوفاً كما كان ، لأنه نوع غيبة فأشبهه الغيبة في دار الإسلام . ولنا أنه صار مرتداً بالحق من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى ، فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا ، فلا بد من القضاء . وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه

يعني ديونه المؤجلة (ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي يبقى ماله موقوفاً كما كان) في دار الاسلام ، ويحفظ الحاكم وبه قال مالك وأحمد . والذي نقله المصنف عن الشافعي واحد واقواله ، كذا قاله الأكل وليس له إلا قولان ، احدهما ما نقله ، والآخر ان ملكه يزول (لأنه) اي لان لحاقه بدار الحرب (نوع غيبة ، فأشبهه الغيبة في دار الاسلام) فلا يتغير حكم ماله .

(ولنا انه صار مرتداً بالحق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام) ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ او من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ الأنعام ، اي كافرأ فهديناه (لانقطاع ولاية الزام) هذا تعليل لقوله وهم اموات لانه بالحق ينقطع عنه الاحكام كما ينقطع عنه بموته ، وهو معنى قوله (كما هي) أي أحكام الإسلام (منقطعة عن الموتى فصار) أي المرتد بالحق (كالموت إلا أنه) أي غير أنه (لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء) لترجح جانب عدم العود إلينا (وإذا تقرر موته) أي موته الحكمي بالقضاء (ثبتت الأحكام المتعلقة به) أي بالمرتد (وهي ما ذكرناها) أي الأحكام المتعلقة به ما ذكرناها من عتق مدبريه أو أمهات أولاده وحلول ديونه المؤجلة ونقل كسب الإسلام إلى ورثته (كما في الموت الحقيقي) أي كما تثبت هذه الأحكام في الموت الحقيقي (ثم يعتبر كونه) أي كونه وارث المرتد (وارثاً عند لحاقه) أي عند

في قول محمد ، لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع
 الاحتمال . وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتاً بالقضاء .
 والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف ، وتقضى
 الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما
 لزمه في حال رده من الديون يقضى مما اكتسبه في حال رده . قال
 العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبي حنيفة «رح» وعنه
 أنه يبدأ بكسب الإسلام ، وإن لم يف بذلك يقضى من كسب
 الردة ، وعنه على عكسه

لحاق المرتد بدار الحرب (في قول محمد «رح» لأن اللحاق هو السبب) لزوال ملكه
 (والقضاء لتقرره) أي لتقرير السبب، وقيل لتقرير اللحاق ومما متفاوتان (لقطع الاحتمال)
 أي احتمال العود إلى دار الإسلام .

(وقال أبو يوسف «رح» وقت القضاء) أي يعتبر كونه وارثاً وقت القضاء باللاحق
 (لأنه) أي لأن المرتد (يصير موتاً بالقضاء) أي بقضاء القاضي واللاحق غلبة (والمرتدة
 إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) أي على هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ،
 فعند أبي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضاء ، وعند محمد وقت اللحاق أو معناه على
 هذا الذي ذكرناه من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين ونقل الكسب إلى الورثة ، لكن
 إلى ورثته قبل اللحاق أو وقت القضاء على الاختلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال
 الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال رده من الديون تقضى مما اكتسبه
 في حال رده) هذا كله قول القدوري .

(وقال العبد الضعيف عصمه الله) أي المصنف (هذه رواية عن أبي حنيفة رحمة الله
 عليه ، وعنه) أي وعن أبي حنيفة «رح» (أنه) وقال الأترابي أن الشأن (يبدأ) في
 قضاء الذي (بكسب الإسلام) وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة (فلأن لم يف
 بذلك) أي فان لم يكن في كسب الاسلام وفاء بالدين (يقضى من كسب الردة . وعنه)

وجه الأول أن المستحق بالسبيين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين ، فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ، ليكون الغرم بالغنم . وجه الثاني أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه . ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث ، فيقدم الدين عليه . أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده ، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر ، فحينئذ يقضى منه

أي وعن أبي حنيفة (على عكسه) أي يقضى كسب الردة ، فان لم يف يقضى من كسب الاسلام وهذه الرواية رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

(وجه الأول) أي وجه المذكور الأول وهو قضاء دين على كل حال من كسب تلك الحال (أن المستحق بالسبيين مختلف) أحدهما بالسبب الواقع في حالة الاسلام ، والآخر بالسبب الواقع في حالة الردة مختلف ، لأن الحد الواقع بالسبب في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة (وحصول كل واحد من الكسبين) أي من كسب الاسلام وكسب الردة (باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم) أي بازاء الغنم .

(وجه الثاني) وهو الذي يبدأ فيه بكسب الاسلام (أن كسب الاسلام فيه ملكه) أي ملك المرتد وأوضح ذلك بقوله (حتى يخلفه الوارث فيه) بضم الفاء ، لأن حق للحال . قوله فيه أي في كسب الاسلام (ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث) أراد أن الوارث إنما يكون خلفاً عن الميت إذا لم يكن عليه دين ، فإذا كان عليه دين (فيقدم الدين عليه) أي على الوارث (وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده) أي عند أبي حنيفة (فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر) أراد به بكسب الاسلام (فحينئذ يقضى منه) أي من كسب الردة كالذمي ، جواب سؤال يرد عليه ، وهو أن كسب الردة لما لم يكن مملوكاً له كيف يؤدي منه دينه

كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ها هنا . وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى ، إلا إذا تعذر بأن لم يف به ، فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقدماً لحقه .

إذا لم يكن له كسب الإسلام . فأجاب بقوله (كالذمي) يعني هذا غير بعد ، فان الذمي (إذا مات ولا وارث له) الواو فيه للحال (يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه ، كذلك ها هنا) أى كذلك الحكم في هذا الوجه .

(وجه الثالث) وهو البداءة من كسب الردة فان لم يف فمن كسب الإسلام (أن كسب الإسلام حق الورثة ، وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه) أى من كسب الردة (أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به) أى كسب الردة (فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقدماً لحقه) أى لحق المرتد ، لأن الدين مقدم على الارث وفيه بحث من أوجه : الأول : ما قيل إن هذا ناقض قوله ، أما كسب الردة فليس بمملوك لبطلان أهليه الملك بالردة .

والثاني : أن كون سبب الإسلام حق الورثة ممنوع ، فان حقهم إنما يكون متعلقاً بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث .

والثالث : أن قضاء الدين خالص ماله واجب من حق غيره ممتنع ، فلا وجه بقوله فكان قضاء الدين منه أولى .

وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق هنا أن لا يتعلق حق الغير به كما يتعلق في مال المريض . ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاً له ، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذى إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا . وعن الثاني ان الدين إنما يتعلق بماله عند الموت . لأن ما زال من قبل وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة وكسب في الردة هو ماله عند الموت يتعلق

وقال أبو يوسف ومحمد يقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيها والله أعلم . قال وما باعه أو اشتراه أو عتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال رده فهو موقوف ، فإن أسلم صحت عقوده . وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين .

الدين به . وعن الثالث بأن كسب الاسلام بعرضية ان يكون خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضه ، أى يصير خالص حقه ، ولا شك ان قضاء الدين من الأول أول هذا على طريق ابي حنيفة .

(وقال ابو يوسف ومحمد يقضى ديونه من الكسبين) أى كسب الإسلام وكسب الردة (لأنها) أى لأن الكسبين (جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيها والله أعلم) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(قال) أى القدوري (وما باعه) أى الذي باعه المرتد (أو اشتراه أو رهنه أو عتقه أو وهبه أو تصرف فيه) أى الذي تصرف فيه (من أمواله في حال رده فهو موقوف) دخل بقوله ما باعه ، والعطوفات عليه يدخل فيه ، فهو جملة إسمية في محل الرفع على أنها خبر المبتدأ ، أعنى قوله وما باعه ، والمبتدأ إذا تضمنت معنى الشروط تدخل في خبر الفاء على ما عرف في موضعه ، وأوضح معنى الموقوف بقوله (فإن أسلم صحت عقوده) المذكورة (وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) هذه المعقودة (وهذا) أى كون هذه التصرفات موقوفة (عند أبي حنيفة «رح») وإنما قال المصنف هذا ، لأن القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع .

(وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين) أحدهما الإسلام ، والثاني أخذ الرجف السلامة من الفرق والقتل وإلحاق . وفي الشامل جمع تصرف المرتد في حالة رده

اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام ، نافذ بالاتفاق كالإستيلاء
والطلاق ، لأنه لا يفترق إلى حقيقة الملك ، وتام الولاية . وباطل
بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له ،

من بيع وشراء وعق وندبير وكتابة ووطء ، أو غالب جائز إن أسلم ، وباطل إن لحق
السبب فإنه يثبت عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، وعند محمد
كما يجوز من المريض .

(اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام) قسم منها (نافذ بالاتفاق كالإستيلاء والطلاق)
فإن قلنا كيف يقدم طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة . قلت هذا ليس بمنوع ، ألا
ترى أن المسلم إذا أبان زوجته ثم طلقها في عدتها جاز ، فكذا هذا . يمكن أن الأئمة
الشيعة بالردة أصلاً كما إذا ارتد الزوجان معاً طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال . وفي المحيط
أن التفرقة التي تقع بالارتداد يقع بعدها الطلاق ، فكان طلاق المرتد واقعاً كما لو طلق
بالإبانة بالطلاق البائن (لأنه لا يفترق إلى حقيقة الملك) قوله ولا يفترق إلى حقيقة الملك ،
يرجع إلى قوله كالإستيلاء ، أي لأن الاستيلاء لا يفترق إلى حقيقة الملك
بدليل أن الاستيلاء يصح في جارية الابن وإن لم يكن فيها ملك حقيقة ، بل له حق
التملك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاء من حاجته (وتام الولاية) يرجع إلى الطلاق
وفيه لف ونشر ، أي لأن الطلاق لا يفترق إلى تمام الولاية ، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه
مع أنه لا ولاية له على نفسه أصلاً . ومن هذا القسم النافذ تسلم التهمة وقبول الهبة والحجر
على عبده المأثور .

(وباطل بالاتفاق) أي القسم الثاني من تصرفات المرتد باطل بالاتفاق بين أصحابنا
(كالنكاح والذبيحة ، لأنه) أي لأن كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة) بلا
اختلاف بين العلماء (ولا ملة له) أي للمرتد ، لأنه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل
فيه لوجوب القتل .

فإن قيل أي شيء يريد بالمسألة إن ردت مسألة الإسلام وينقض بأهل الكتاب وإن
أردته الملة السهلوية ينقض بصحة نكاح المشرك والمجوسي فيما بينهم ، وليس لهم ملة سحرية

وموقوف بالاتفاق كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم . ومختلفة في توقفه وهو ما عددناه .

أصلاً لا تقريره ولا حجة فيه . قال عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح ^(١) . قلنا قال الإمام ظهير الدين في فوائده راجعت الفحول في هذا فلم أجد جواباً شافياً ، وكنت في ذلك متملياً حتى هجنت فؤادي . وقال المغني من الملة التي تدينون بذلك النكاح المتوارث ، لأن عند ذلك حصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة ، فلا يصح نكاحها ، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس ، فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح . بخلاف المجوس والمشركون ، فإنهم يدينون بذلك النكاح المتوارث .

(وموقوف بالاتفاق) أي القسم الثالث من تصرفات المرتد موقوف باتفاق أصحابنا (كالمعاوضة) ، معناه أن المرتد إذا فاوض مسلماً يعني شركة المعاوضة يوقف فإن أسلم نفذت المعاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلعاقه في دار الحرب بطلب المعاوضة بالاتفاق (لأنها) أي لأن المعاوضة (تعتمد المساواة) وقد علم أن المعاوضة أن يضمن وكالة ونكالة وأن يساويها مالا وتصرفاً ودينياً فلا تصح بين حر وعبد ذمي وبالغ ومسلم وكافر لعدم التساوي (ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم) وفي الكافي إذا بطلت المعاوضة تصير عناناً يعني شركة عنان . وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لأن في اكتنازه وكالة وهي موقوفة .

(ومختلفة في توقفه) أي القسم الرابع من تصرفات المرتد مختلف فيه هل هو نافذ أم باطل أو موقوف فقال هذا القسم مختلف في توقيفه ، وأشار إلى بيانه بقوله (وهو) أي المختلف فيه (ما عددناه) من البيع والشراء والإعتاق والهبة ونحو ذلك ، فقال أبو حنيفة رحمه الله موقوف إن أسلم جاز ما صنع ، وإن مات أو قتل على رده أو لحق بدار الحرب بطل ذلك كله . وقال أبو يوسف ومحمد نافذ ، كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير .

(١) في الأصل الحديث - وكرت من نكاح لا في سماح - اه مصححه .

لها أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاد يعتمد الملك ، ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً . وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لسته أشهر من امرأة مسامة يرثه . ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفه قبل الموت ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل ، وصار كالمرتدة . وعند محمد « رح » تصح كما تصح من المريض ، لأن من انتحل إلى نخله

(لها) اي لأبي يوسف ومحمد (ان الصحة) اي صحة التصرف (تعتمد الأهلية والنفاد يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً) ألا ترى ان القتل يحسب عليه بارتداده . ولو كانت اهله معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل (وكذا الملك) لا شك في بقائه (اقيامه قبل موته) اي قيام ملكه قبل موته (على ما قررناه من قبل) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره (ولهذا) اي ولأجل قيام ملكه قبل موته (لو ولد له ولد بعد الردة لسته أشهر من امرأة مسلمة يرثه) فلو كان ملكه زائلاً يرثه بهذا الوالد .

(ولو مات ولده) اي الولد المولود قبل الردة (بعد الردة قبل الموت لا يرثه) فلو لم يكن قائماً بعد الردة لورثته هذا الولد ، لأنه كان حياً وقت رده الأب . ولما كان ملكه قائماً (فتصح تصرفاته قبل الموت إلا عند أبي يوسف كما تصح من الصحيح) يعني من جمع المال (لأن الظاهر عوده إلى الاسلام ، إذ الشبهة تزاح) اي تزال وهو من الازاحة وهي الازالة (فلا يقتل) حينئذ كالمرتدة ، حيث لا يقتل .

(وعند محمد تصح) اي تصرفاته (كما تصح من المريض) يعني من ثلث المال ، لأنه على شرف الهلاك عقيقة (لأن من انتحل إلى نخله) اي لأن من اثبت إلى دين . وفي ديوان

لا سيما معرضاً عما نشأ عليه فلما يتركه ، فيقضى إلى القتل ظاهراً ،
بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل . ولا يبي حنيفة أنه حرني مقهور تحت
أيدينا على ما قررناه في توقف الملك ، وتوقف التصرفات بناء عليه ،
وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويهر ويتوقف
تصرفاته لتوقف حاله ، وكذا المرتد واستحقاقه القتل

الأدب يقال اتحل فلان قول غيره أو شر غيره إذا ادعاه لنفسه ، والنحة بكسر النون
وسكون الحاء المهمة الدعوى ، قال الأترابي وكأنه أراد به هنا من اثبت إلى الدعوى
(لا سيما) أي خصوصاً حال كونه (معرضاً عما نشأ عليه) قوله (قلما يتركه) جواب
من أي ظالماً لا يترك الذي اتحل ، أي (فيقضى إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة ، لأنها
لا تقتل) فلا يعتبر استمرارها على ما اتحطت إليه أولاً . واحتج محمد علي أبي يوسف
بأنه إذا امر لوارث بدين لم يحز .

(ولا يبي حنيفة أنه حرني مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك) إشارة
إلى ما ذكرنا من تعليل أبي حنيفة بقوله وله أنه حرني مقهور تحت أيدينا عند قوله
ويزول الملك المرتد (وتوقف التصرفات بناء عليه) أي على توقف الملك (وصار) أي
هذا المرتد (كالحربي يدخل دارنا) أي دار الإسلام (بغير أمان فيؤخذ ويهر ويتوقف
تصرفاته لتوقف حاله) أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن .

(وكذا المرتد) وإن ترك بعد فكذلك ما هنا . وقال الأترابي في قوله كالحربي إلى
حد وسطه ، لأن الحربي الداخل دارنا بغير أمان فيناً ، فكيف تتوقف تصرفاته . قال
قال كالحربي الذي أسر عليها أيضاً ، ذكره كان أولاً ، انتهى . ونقل الأكل هذا بقوله
واعترض عليه بأن الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيناً ، فكيف تتوقف
تصرفاته . ثم قال والاعتراض يجوز المن يسقط الاعتراض (واستحقاقه القتل) جواب
عن قولها والانتقاء في وجود الأهلية تقريره لا نسلم وجود الأهلية ، لأن الصحة تقتضي
أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد ، كما أنها ليست بموجودة في الحربي ، لأن كل

لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللاً في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية . وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ، ولهذا لا تقتل ، فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً ، فما وجدته في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لان الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه . وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه . بخلاف ما إذا

واحد منهما يتحقق القتل (لبطلان سبب العصمة) وزاد بسبب العصمة الاسلام (في الفصلين) يعني في فصل الحربي وفصل المرتدة (فأوجب) أي بطلان سبب العصمة (خلا في الاهلية) .

فإن قيل لو كان استحقاق القتل موجباً لخلل في الأهلية أثر في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي استحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقها القتل . فأجاب المصنف عن ذلك بقوله (بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية) يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة ، والزاني والقاتل ليسا كذلك ، لأن الاستحقاق فيها جزاء على الجناية ، لأن العصمة باقية فيهما لبقاء الإسلام .

(وبخلاف المرأة) جواب من قولها وصار كالمترد (لأنها ليست حربية ، ولهذا لا تقتل) عندها إلا إذا لحقت بدارهم فحينئذ لغير حربية والمترد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه ، ولهذا كانت عقوبة المرتدة كلها جائزة إلا معارضتها ، فإنها موقوفة . فإن أسلمت صحت وإلا صارت عناناً . كما قال في المترد .

(فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاظه بدار الحرب إلى دار الإسلام) حال كونه (مسلماً) فما وجدته في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لأن الوارث إنما يخلفه فيه (أي في ماله) (لاستغنائه) أي لاستغنائه المرتد عنه حيث أدخل دار الحرب (وإذا عاد) حال كونه (مسلماً) احتاج إليه فيقدم عليه (أي على الوارث) (بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن

أزاله الوارث عن ملكه . وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه ،
لأن القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض . ولو جاء مسلماً
قبل أن يقضي القاضي بذلك ، فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا . وإذا
وطيء المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد
لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له ، والولد حر
وهو ابنه ولا يرثه

ملكه) سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة ، أو بسبب لا يلحق الفسخ كالإعتاق
والتدبير والاستيلاء ، فذلك كله مأمّن ، ولا سبيل للمرتد عليه وهو لا ضمان على الوارث
أيضاً ، لأنه إزالة حين كان له سبيل من الإزالة . وقال الكرخي في مختصره إن كان
المكاتب ، أي مكاتب المرتد أدى عليه من الكتابة إلى الورثة فيعتق ، ثم جاء المرتد ،
فلما عتق المكاتب ولا يفسخ . وإن كان ما أداه قائماً في يد ورثته أخذه المرتد . وقال
في شرح الطحاوي الولاء للمرتد .

(وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه) حيث لا يفسخ (لأن القضاء) أي قضاء القاضي
بعثتهم (قد صح بدليل مصحح) وهو قضاؤه عن ولايته ، فلا يحتل الفسخ (فلا ينقض)
ولايته لما جاء إلينا ثابتاً صار كأنه حتى بعد أن مات ، فلو حى حقيقي بعد الموت وإن
كان ذلك بخلاف الولادة لم يكن له على أمهات الأولاد والمدبرين سبيل ، فكذا هذا .
(ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك) أي بلحاظه (فكأنه لم يزل) بفتح
الزاي (مسلماً لما ذكرنا) وهو قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ، فلا يعتق عليه شيء
من أمهات أولاده ومدبريه .

(وإذا وطيء المرتد جارية نصرانية ، كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من
سنة أشهر منذ ارتد) أي من حين ارتد (فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا
يرثه) وفي الكافي وغيره فجاءت بولد لسنة فالحقوا السنة بالأكثر ، وإنما قيد بالأكثر فلأنه
لوجاء لأقل من ستة أشهر فولد يرث من أبيه المرتد ، وإن كانت أمه لقرابته بتيقن

وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاء فلما قلنا ، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد ،

وجوده في البطن قبل الردة فلم ينتقض معلوفه وقت الردة فلا يجعل الولد مسلماً تبعاً للأب ، ذكره قاضي خان .

(وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات) أي الأب (على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاء فلما قلنا) إشارة إلى قوله قبل صحته لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك فصحت دعوته .

واعلم أن دعوة الولد صحيحة على قولها بلا إشكال ، لأن عقود المرقه عندهما جائزة ، فكذلك دعوته . أما أبو حنيفة فإنه جعل عقودة موقوفة ، لكن جعل دعوته صحيحة ، لأن الاستيلاء لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، ألا ترى أن العبد المأذون إذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز ، وكذلك الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه يرث النسب . وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما ، فإذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور في إرثه وعدمه . فإن قلت كيف جعلتم الصبي تبعاً للمرتد فيما إذا كانت أمه يهودية أو نصرانية ولم يعملوه مسلماً تبعاً لدار الإسلام . قلت تبعية الدار إنما تكون إذا لم يكن معه أحد أبويه . فإذا كان فلاناً ، فإن قيل هذا ينتقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردهما فإنه يبقى مسلماً تبعاً للدار ولا نعتبر مرتداً تبعاً لهما . وإن ماتا لا نسلم أنه يبقى تبعاً للدار بل كان هو مسلماً تبعاً لأبويه ، فيبقى على ما كان بعد ردهما ، بخلاف ما يجيء فإن الولد لم يثبت له حكم الإسلام أصلاً ، فجعل تبعاً لأبيه المرتد لقربه إلى الإسلام . (وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له) أي للأب (لقربه إلى الإسلام للجبر عليه) لأنه لما يقر على الردة بل يجبر على الإسلام ، ولا تجبر الأم . ولما كان تبعاً لأبيه (فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد) ولا يرث من أحد لا من المسلم

أما إذا كانت مساهمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرها ديناً ، والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم ، لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث . والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه ، وكان الوارث مالكا قديماً ، وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم ، لأنه

ولا من المرتد (أما إذا كانت مساهمة فالولد مسلم تبعاً لها ، لأنها) أي لأن الأم (خيرها ديناً) والولد يتبع خير الأبوين ديناً (والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك) أي غلب على ذلك (المال فهو فيء) أي غنيمته لأنه مال حربي ، فيكون حكمه حكم سائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين .

(فان لحق) أي بدار الحرب (ثم رجع) إلى دار الإسلام (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث) فهو مال الحربي ، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة (والثاني) أي المال الثاني (انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه ، وكان الوارث مالكا قديماً) والمالك القديم إذا وجد ماله في القسمة أخذه مجاناً ، فان لم يكن القاضي حكم بلحاظه والمسألة مجالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة أيضاً ، لأنه شيء لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود ، فكان ميتاً ظاهراً . وفي بعض روايات السير يكون فيئاً لا حق للورثة فيه ، لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء .

(وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة) خلافاً للأئمة الثلاثة (والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه

لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه . وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالوا الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً ، لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله ، وعندهما الكسبان جميعاً ماله

لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ (أو أدبه قضاء القاضي بالحقاق (فجعلنا الوارث الذي) هو ابن المرتد الذي (هو يكون خلفه) أي خلف أبيه المرتد (كالوكيل من جهته) أي من جهة المرتد لأنه لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط أبيه على ماله وجعله خلفاً عنه في التصرف ، فلما عاد ثبت حكم الإحياء وبطل حكم الموت ولم يفسخ الكتابة لما ذكرنا ، وكان بدل الكتابة لأن أبيه كالوكيل من جهته (وحقوق العقد فيه) أي في عقد الكتابة (ترجع إلى الموكل) لا إلى الوكيل (والولاء لمن يقع العتق عنه) ولم يقع إلا عن المرتد الذي أسلم فيكون الولد ولده بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة للوارث فان للولاء حينئذ تكون للوارث لوقوع العتق عنه ، وبخلاف ما لو رجع بعد عتق المكاتب ، فان الولاء فيه لابن أيضاً .

(وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية) أي دية القتل (في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالوا) أي قال أبو يوسف ومحمد (الدية فيما اكتسبه) أي يجب فيما اكتسبه (في حال الإسلام فالردة) في بعض النسخ جميعاً ، ويقولها قالت الثلاثة . وكذا لو كان حياً في دار الإسلام فالدية في ماله (لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة) لأن العقل بمعنى النصرة ، والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد (فتكون) أي الدية (في ماله) أي في مال المرتد القاتل لانعدام النصرة (وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (الكسبان جميعاً) أي كسب الإسلام وكسب المرتد (ماله)

لنفوذ تصرفاته في الحالين . ولهذا يجري الارث فيهما عندهما ،
وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب
في الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه ، والثاني فيثاً
عنده . وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على
ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك
فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أما الأول فلأن السراية
حلت محلاً غير معصوم فأهدرت ،

أي مال المرتد (لنفوذ تصرفاته في الحالين) أي في حال كسب الإسلام وحال الردة (ولهذا)
إيضاح لما قبله (يجري الإرث فيهما) أي في كسب الإسلام وكسب الردة (عندهما)
أي عند أبي يوسف ومحمد .

(وعنده) أي وعند أبي حنيفة «رح» (ماله المكتسب في الإسلام) أي مال المرتد
هو الذي اكتسبه في الإسلام دون الذي اكتسبه في الردة . فقوله مال مبتدأ ، وقوله
المكتسب خبره وليس بصفة له إذ المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة وكان حق التركيب
أن يقول بضمير الفصل حتى لا يتوهم الصفة كما في قوله تعالى ﴿والكافرون هم الظالمون﴾
(لنفاذ تصرفه فيه) في كسب الإسلام (دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه) في كسب
الردة (ولهذا) إيضاح لقوله وماله الكسب في الإسلام (كان الأول) أي كسب الإسلام
(ميراثاً عنه) أي عن المرتد . (والثاني) أي كسب الردة أي كان كسب الردة (فيثاً)
أي غنيمة (عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك) أي من
القطع (أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك) أي من القطع (فعلى القاطع
نصف الدية في ماله للورثة) أي لورثة المقطوع يده (أما الأول) أي الوجه الأول وهو
ما إذا مات على ردته (فلأن السراية) أي سراية القطع إلى الموت (حلت محلاً غير
معصوم فأهدرت) يعني هدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لأنها فور ما حصل في حال لا

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك ، لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار ، أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة . وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعناه إذا قضى بلحاظه فلأنه صار ميتاً تقديراً ، والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنابة الأولى ،

قيمة لها ، ولم يجب القصاص في اليد ، لأن اعتراض الردة فصار شبهة ، فإذا لم يجب القطع وجبت دية اليد وهي نصف دية النفس ، لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي في حالة الإسلام ، وإنما كانت الدية في ماله لكون القطع عمداً ، أما إذا كان خطأ فقال الحاكم هي فيء على عاقلته .

(بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) يعني لا يجب الضمان أصلاً (لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني الجنابة إذا صارت هدرًا لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك ، يعني إذا لم يقطع معتبراً ابتداءً لا يتغلب معتبراً بعد ذلك ، لأن غير الموجب لا يتغلب موجباً (أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء ، فكذا بالردة) أي فكذا يهدر بالردة ، وكذا بالاعتاق وبالبيع أيضاً ، حتى لو قطع عبد يد إنسان ثم باعه المولى ثم رد عليه نصيبه ثم مات فلا يضمن البائع ضمان النفس ، لأنه لما باعه فقد أبرأه عن ضمان السراية من حيث البيع .

(وأما الثاني) أي الوجه الثاني (هو ما إذا لحق) بدار الحرب (ومعناه إذا قضى بلحاظه فلأنه) أي فلأن المرتد اللاحق (صار ميتاً تقديراً) من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة (والموت يقطع السراية) لأن القاضي لما قضى بالحلف صار ميتاً حكماً كما ذكرنا (وإسلامه) بعد ذلك (حياة حادثة في التقدير) لأنها نفس أخرى (فلا يعود حكم الجنابة الأولى) وأورد الولوجي في فتاواه في هذا الفصل عن أبي يوسف روايتين في رواية يضمن دية النفس ، وفي رواية لا يضمن . وأما إذا عاد مسلماً بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير لا نص فيه . ثم قال

فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نيينه إن شاء الله تعالى .
قال فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي
حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد وزفر «رح» في جميع ذلك
نصف الدية ، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام
إلى الضمان ، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم . ولهما أن الجنابة وردت
على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس ، كما إذا لم يتخلل
الردة ، وهذا لأن لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجنابة ، وإنما
المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب ،

وهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف للدية . وعند صاحبيه يجب دية النفس
كاملة وإليه أشار المصنف بقوله (فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي
نينه إن شاء الله تعالى) أشار به إلى المسألة التي تلي قوله وإذا لم يقض ... إلى
آخره وهو قوله :

(قال فإن لم يلحق) أي دار الحرب (وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد وزفر «رح» في جميع ذلك نصف الدية) أي
فما إذا مات على ردة أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم (لأن اعتراض الردة أهدر
السراية ، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان) لأنه بعد الإرتداد صار محال لو قتله قاتل لا
يجب عليه شيء ، فصارت الردة مهددة كما في قوله من القطع ، وصار (كما إذا قطع يد
مرتد فأسلم) سوايات من القطع أو لم يميت ، حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ، ولا
ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار .
(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الجنابة وردت على محل معصوم وتمت
فيه) أي في محل معصوم كأنه كان في الحالين مسلماً (فيجب ضمان النفس) وهو الدية
الكاملة (كما إذا لم يتخلل الردة) وبه قالت الأئمة الثلاثة (وهذا لأنه لا يعتبر بقيام العصمة
في حال بقاء الجنابة ، وإنما المعتبر قيامها) أي قيام العصمة (في حال انعقاد السبب) وهو

وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله ، وصار
كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار
الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى إن يسلم فقتل ،
فإنه يوفى مولاه ومكاتبه ، وما بقي فلورثته ، وهذا ظاهر
على أصلهما ، لأن كسب الردة ملكه إذا

ضمان الجناية (وفي حال ثبوت الحكم) يوجب الضمان (وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله)
أي من حال انعقاد السبب من حال ثبوت الحكم ، ولا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة ،
كما لا يعتبر بنقصان الحول في الزكاة . وقال ابن دريد أي من هدر الأمر بمعزل ، أي ليفسخ .
(وصار كقيام الملك في حالة بقاء اليمين) يعني إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت
حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أعاد على عدم الملك عند اليمين أو عند الجناية
ثم يعتق ، وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستلزم ، لأنها وضعت
لتبديل الدين ، ونصح من غير إبراء ، لأنه إذا مات على المرتدة لم يجب الضمان لهدر دمه
بالردة ، بخلاف بيع العبد الجني عليه ، لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه .
فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع التبديل أيضاً ، فصار كالإبراء . ولم يذكر في الكتاب ما
إذا ارتد يقتل أو مات المقطوع يده بالسراية مسلماً فقال في الشامل إذا كان عمداً فلا
شيء عليه ، لأن القاتل مات وإن كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس ، لأن الجناية انعقدت
موجبة للفعل ، لأن الجاني كان مسلماً يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال رده
كانت في ماله .

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ أسيراً بماله وأبى) أي
امتنع (أن يسلم فقتل فإنه) أي فان الحكم (يوفى) على صيغة المجهول من وفاء حقه
فالشديد إذا أعطاه وأن (مولاه ومكاتبه) أي بدل الكتابة من ماله (وما بقي) بعد
ذلك (فلورثته) أي فلورثة المكاتب (وهذا ظاهر على أصلهما) أي هذا المذكور من
الحكم ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد (لأن كسب الردة ملكه) أي ملك المرتد (إذا

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً . وأما عند أبي حنيفة «رح» فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه بالكتابة ، والكتابة لا تتوقف بالردة ، فكذا إكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى بطريق الأولى . وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً) يكون كسباً له .

(وأما عند أبي حنيفة) يعني هذا مشكل على قول أبي حنيفة ، لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حراً ، وما هنا جعله ملكاً للمكاتب ، ويحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعله كسبه ملكاً له إذا كان حراً وجعله ملكاً له إذا كان مكاتباً ، ووجه الفرق ما ذكره بقوله (فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه بالكتابة) أي بعقد الكتابة (والكتابة) أي والكتابة (لا تتوقف بالردة) أي لا يبطل بها ، لأنه لا يبطل بحقيقة الموت ، فكذا بالموت حكماً بلحوقه في دار الحرب فتكون مكاتبته فمكاتب الإسلام وجعل كأنه في دار الإسلام ، اذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع ضرورته حربياً ويجعل في حكم الرد ، وفي دار الإسلام كذا في جامع شمس الأئمة وقاضي خان . وإذا لم يتوقف عقد الكتابة بالردة (فكذا إكسابه) الحاصلة لا يوقف ، واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى) وهو الردة (بطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة في المانع عن التصرف ، لأن بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاء والطلاق ، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما . فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها ثم لما يتوقف تصرفات المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى .

(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقاً بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب) وقيد الحبلى بدار الحرب وقع اتفاقاً ، وإن حبلى في دار الإسلام فكذلك الحكم (وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر) بضم الظاء ، أي فغلب (عليهم جميعاً فالولدان

لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق
 فيتبعها ولدها ويحبر الولد الأول على الاسلام ، ولا يجبر ولد الولد .
 وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه يجبر تبعاً للجد وأصله
 التبعية في الاسلام وهي رابعة أربعة مسائل كلها على الروايتين ،
 والثانية صدقة الفطر ، والثالثة جر الولاء ،

(فيء) أي الولد وولد الولد غنيمة (لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها) لأن الولد يتبع
 الأم في الرق والحرية فيكون فيئاً كما يجيء (ويحبر الولد الأول على الاسلام) باجماع الأئمة
 الأربعة بعد أن يصير محرراً تبعاً لأبيه (ولا يجبر ولد الولد) لأن الأولاد يتبعون الآباء في
 الدين والأحفاد ولا يتبعون الأجداد .

(وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه) أي أن ولد الولد (يجبر) على الإسلام (تبعاً
 للجد) لأن الجد لا حكم الأب في انكاح الصغير والصغيرة ، ولهذا لا يكون لها الخيار بعد
 البلوغ ، وكذلك في بيع مال الصغير ، فكذا في تبعية الإسلام (وأصله التبعية في الإسلام)
 أي أصل الخلاف التبعية في الإسلام (وهي) أن التبعية في الاسلام (رابعة أربعة مسائل)
 أي أربع مسائل ، حاصل معناه إحدى أربع مسائل . والفرق بين رابع ثلاثة وبين
 رابع أربعة هو أن معنى الأول يصير الثلاثة أربعة . ومعنى الثاني أحدهما لا يحصل
 الحاصل بحال فلا يتحقق معنى التصيير (كلها على الروايتين) أي كل هذه الأربعة على
 الروايتين ، أحدهما ظاهر الرواية ، والأخرى رواية الحسن فالجد فيها على رواية كالأب ،
 وفي ظاهر الرواية .

(والثانية) أي المسألة الثانية (صدقة الفطر) ولا في ظاهر الرواية لا يؤدي الجد
 صدقة الفطر عن ابن أبيه . وفي رواية الحسن يؤديها إذا لم تكن لابن الابن مالكا لأب لكن
 إذا كان الاب فقيراً .

(والثالثة) أي المسألة الثالثة (جر الولاء) قال الحاکم الشهيد في الكافي قال أبو
 حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يحبر الجد الولاء يعني إذا أعتق الجد والحافد معتق والاب رقيق

والاخرى الوصية للقرابة ، قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد
عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ويجبر على الاسلام ولا يقتل ،
وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف
«رح» ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام . وقال زفر والشافعي
«رح» إسلامه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في
الاسلام انه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ، ولانه يلزمه
أحكاماً يشوبها المضرة

لا يجزى ولاء الحافد إلى مولاه . وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء لاب إذا أعتق . ونقل
الحاكم في الكافي عن الشعبي انه إذا أعتق الجد جر الولاء

(والاخرى) أي المسألة الاخرى وهي الرابعة (الوصية للقرابة) فاذا وصى لقرابته
أو لأقربائه لا يدخل في الوصية الوالد ، لان الله تعالى جعله أقرب من القرية ، قال الله تعالى
الوصية للوالدين والأقربين ، ثم الجد لا يدخل أيضاً على رواية الحسن ، لانه كالأب . وعلى
ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالأب .

(قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني إذا ارتد يصير مرتدداً (عند أبي
حنيفة ومحمد «رح») وبه قال مالك وأحمد (ويجبر على الاسلام ولا يقتل وإسلامه) أي
وإسلام الصبي الذي يعقل (إسلام) أي معتد به (ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال
أبو يوسف «رح» إرتداده ليس بارتداد) يعني ليس بمعتير (وإسلامه اسلام . وقال زفر
والشافعي «رح» اسلامه ليس باسلام ، وارتداده ليس بارتداد) يعتبر كلاهما لايعتبر الآن .
(لهما) أي لزفر والشافعي (في الاسلام انه تبع لأبويه فيه) أي في الاسلام (فلا
يجعل أصلاً) لأنه مولى عليه في الإسلام ، فلا يكون أصلاً بنفسه (ولانه) أي ولأن
الصبي (يلزمه أحكاماً يشوبها) من الشوب وهو الخلط ، يقال شاب الماء اللبن وهي جملة من
الفعل والمفعول ، وقوله (المضرة) فاعل الجملة لحرمان الميراث ونحوه والصبي أهل الوجه
لا المضرة ، فلا يعتبر إسلامه بلزوم المضرة ، ولأن قول الصبي غير مستلزم ، ألا ترى أنه

فلا يؤهل له . ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه
وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه
أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه ، لان الاقرار
عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف ، والحقائق لا ترد وما
يتعلق به سعادة أبدية

لو طلق أو علق أو باع أو اشترى لا يجوز ، فكذا إذا أسلم أو ارتد (فلا يؤهل له) أي
فلا يجعل الصبي أهلاً للإسلام (ولنا فيه) أي في اعتداد الإسلام الصبي (أن علياً رضي الله
عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام) وعن عروة ، أي عمره كان حين أسلم سبع سنين
أو ثمان سنين . وروى ابن سعد في الطبقات بإسناده عن مجاهد ، قال أول من صلى علي
رضي الله عنه وهو ابن عشر سنين . وعن محمد بن عبد الرحمن بن ذرارة قال أسلم علي
رضي الله عنه وهو ابن تسع سنين ولم يعبد وثناً . وقال ابن الجوزي في التحقيق وروي عن
أحمد رضي الله عنه أسلم علي وهو ابن ثمان سنين ، وروي عنه أيضاً أنه أسلم وهو ابن خمس
عشرة سنة ولم يصح هذا . وقال والنصوص عن أحمد صحة إسلام الصبي ابن سبع سنين ،
فقال إذا بلغ الغلام سبع سنين جاز إسلامه ، ويجوز على الإسلام إذا كان أحد أبويه مسلماً ،
فإن رجع عن الإسلام انتظر به حتى يبلغ ، فإن أسلمه وإلا قتل (إسلامه وافتخاره بذلك
مشهور) أي وفتخار علي رضي الله عنه بإسلامه مشهور ، وقد قاله سينتكلم إلى الاسلام
طراز ما تلا بلغت أو إن حكى (١) .

(ولأن الصبي أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه) وهو ركن الايمان ،
لأن الايمان هو التصديق بالجنان والاقرار باللسان ، فلذا حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر
(لأن الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف) في علم الكلام (والحقائق لا ترد)
لأن الشرع ما يسقط اعتبار حقيقة في موضع ما يغير ضرورة ، بخلاف الأقرار والطلاق ،
لأن الشرع أسقط اعتبار حقيقتها ببعض الأعذار (وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز أن

(١) هذا سياق الجملة في الأصل . اه مصححه .

ونجاة عقباويه ، وهي من أجل المنافع وهو الحكم الاصيلي ، ثم بيتنى عليه غيرها ، فلا يبالي لثبوتها ، ولهم في الردة أنها مضرّة محضة ، بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف ، لأنه تعلق به أعلى المنافع على ما مر .

يكون معطوفاً على التصديق ، أي هو التصديق وهو ما يتعلق . ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصيلي على تقدير أن يكون بغير ، ويجوز أن يكون وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب عن قولها ولأنه يلزمه أحكام تشوبها المضرّة .

وعرض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فيه ، لأنه لا نقل في الايمان . ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب باتفاق ، فإذا لم تكن بصحيحة فرضاً لم تصح ، بخلاف سائر العبادات ، فانه يتردد بين الفرض والنقل . والجواب لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً ، فان المسافر إذا حضر جمعة وصلى فرضاً وليس بمخاطب به ، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت .

(ونجاة عقباويه) نسبه إلى عقبين ، وعقبى كل شيء (وهي) أي السعادة الأبدية (من أجل المنافع) أي من أعظمها (وهو الحكم الاصيلي) أي الموضوع له (ثم بيتنى عليه غيرها) مثل حرمان الميراث (فلا يبالي لثبوتها) لأن المنظور إليه في التصرفات الموضوعة الاصلية . وقال تاج الشريعة المراد من الحكم الاصيلي ما وضع ذلك الشيء لأجله ، وأما ما ذكر من لزوم أحكام تشوبها المضرّة فكذلك أتابرة وعزاته (١) ، والشيء فدخلوا عنها أما لا يخلو عن حكم الاصيلي .

(ولهم) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي (في الردة أنها) أي أن الردة (مضرّة محضة) أي من التصرفات الضارة المحضة (بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف) لأنه متعلق به (أي بالاسلام) (أعلى المنافع) لأنه منفعة محضة (على ما مر) وهو قوله وهي

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

ولأبي حنيفة محمد «رح» فيها أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة
 كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا
 يقتل ، لأنه عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحة عليهم
 وهذا في الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح
 ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة ، وكذا المجنون
 والسكران الذي لا يعقل

من أجل المنافع ، والمقصود به فوز السعادة الأبدية . ومذهب أبي يوسف وهو
 القياس في الردة .

(ولأبي حنيفة ومحمد «رح» أنها) أي أن الردة (موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة
 كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له) واعتراض بأن هذا اعتبار
 بما هو مضره محضة بما هو منفعة محضة ، وذلك جمع بين السببين بالقياس لفرق الشارع بينهما ،
 ومثله فاسد على ما عرف في الأصول . وأجيب بأن هذا قياس فيها لوجود شيء آخر
 وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما (ولا يقتل لأنه) أي لأن
 القتل ، لأنه (عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحة عليهم) أي لأجل الترحم
 عليهم . قيل في هذا التعليل نظر ، لأنه سقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار الرحمة
 بصباه ، وما أسقط عقوبة النار مخلداً فإنه ذكر في الأسرار والمبسوط وجامع التمرثاشي
 أنه يعاقب بالردة يوم القيامة . وأحال التمرثاشي هذه الرواية إلى التبصرة وفيه تأمل .

(وهذا) أي وهذا الخلاف (في ارتداد الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان
 لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة) لعدم تمييزه (وكذا) أي لا
 يصح ارتداد (المجنون والسكران الذي لا يعقل) وقال في شرح الطحاوي ارتداد
 السكران لا يكون ارتداد ولا تبين منه امرأته . وروي عن أبي يوسف أنه قال تبين
 امرأته وعقوده نافذة ، وطلاقه واقع إلا على قول عثمان رضي الله عنه لا يقع طلاقه .
 فروع : تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر لا

نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن ، فانه قال لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا . وقيل المرتد إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق أولاً ، وبه قال الثوري ومالك وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد أقيم عليه الحد سواء الحق بدار الحرب أولاً . ولا تقبل توبة الشاعر في رواية ، وبه قال مالك وأحمد ولا تقبل توبة الزنديق . وقال مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في رواية تقبل توبة كل مرتد سواء كان كفره مما سقط هو به وأهله أو مما نيط به أهله كالزندقة والتعطيل .

ثم للسحر حقيقة وله تأثير في آلام الأجسام . وقال بعض أصحاب الشافعي وبعض الظاهرية لا تأثير في الجسم ولا حقيقة له ، وإنما هو تخييل وتعليمه حرام ، وكذا تعلمه بلا خلاف من أهل العلم . ولو اعتقد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر لتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا ويقتل . وكذا روي عن عمر وعثمان وابن عمر وجنيد ابن عبد الله وأحمد بن كعب وقيس بن سالم وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم فإنهم قتلوه . وعن الشافعي لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته .

وأما الكاهن هو الساحر ، وقيل هو العراف الذي يحدث ويحرض . وقيل هو الذي له وذي من الجن يأتيه بالأخبار . وقال أصحابنا إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وإن اعتقد أنه يحل لم يكفر . وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وانها تفعل باليمين يكفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر ، في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وبالله التوفيق .

★ ★ ★

باب البغاة

(باب البغاة)

أي هذا باب في بيان أحكام البغاة ، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاض ، من البغي وهو الخروج عن طاعة الإمام . وأصل البغي الطلب ، قال ما كنا نبغي ، أي ما كنا نطلب ما لا يجوز شرعاً . وقال تاج الشريعة رحمه الله البغي التمدي ، وبني الموالي ظلم ، وكل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشرع فهو بغي . وفي كتاب أهل الشرع الخروج عن طاعة الإمام . وقال الأترابي المراد من البغاة الخوارج ، ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بيان الخوارج . وقال في فصول الأستروشي لا بد من معرفة أهل البغي . فأهل البغي هم الخارجون على إمام الحق بغير حق . بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمامهم وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين ، فإن فعلوا الظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغي ، وعليه أن يترك الظالم ينصفهم . ولا ينبغي للناس أن يمينوا ، لأن فيه إعانة على الظلم ، وأن لا يمينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً ، لأن فيه إعانة لهم على خروجهم على الإمام وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ، ولكن ادعوا حقوق الولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغي ، فعلى كل من تقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع ، فإنه قال عندنا الفتنة قائمة ، لعن الله من أيقظها ، فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للإمام أن يتعرض لهم ، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد ، كذا ذكر في واقعات الإمام اللاسي .

وذكر العلامة في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما درثنا القتال مع أهل القبلة ، وكان علي رضي الله عنه وممن تبعه من أهل العدل وخصمه من تبعه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للقبلة ، ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا ، إلى هنا لفظ كتاب الفصول .

وقال الكاكي ثم أعلم أن طاعة الإمام الحق هو الذي أجمع عليه المسلمون أو من

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ، لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم

ثبت إمامته بعد إمام الحق واجب وكل من خرج عليه قتاله لقوله عليه السلام من أعطى إماماً صفحة يده وثمره قلبه فليعطه ما استطاع ، فان جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر ، رواه مسلم وأجمت الأمة على تكفير البغاة ، وأكثر الفقهاء على عدم جواز تكفيرهم. وفي المحيط في تكفير أهل البدع كلام ، فبعض العلماء لا يكفرون أحداً منهم أو بعضهم يكفرون البعض ، وهو أن كل بدعة تخالف دليلاً قطعياً فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف دليلاً قطعياً يوجب العلم فهو بدعة ضلالة وعليه اعتمد جماعة أهل السنة والجماعة .

(وإذا تغلب) مرة قومهم تغلب على بلد كذا أي استولى عليه قهراً (قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم) أي الإمام (إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) وقال الطحاوي في مختصره وإذا ظهرت جماعة من أهل القبلة داعياً وقاتلت عليه وصار لها منعة ليست عما دعاها إلى الخروج فان ذكرت ظلماً أنصفت من ظالمها وإلا دعيت إلى الخروج إلى بدعة . وقال أبو بكر الرازي في شرحه وإنما سئلت عن ذلك لجواز أن يكون خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها أو على غيرها . وإن كانوا ممتنعين من الظلم محقون لا يجب قتالهم ، بل يجب معاونتهم لأنهم حينئذ خرجوا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . فاذا علم أن خروجهم لم يكن لظلم لحقهم أو لحق غيرهم دعوا إلى الجماعة والدخول في طاعة الإمام . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فأسندنا من هذه الآية حكيمين ، أحدهما ما كان لنا طمع في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا أن ندعوم ونستصلحهم ، لقوله تعالى ﴿ فاصلحوا بينهما ﴾ والثاني انهم إذا لم يجيبوا إلى الصلح والرجوع وأظهر البغي وجب علينا قتالهم .

(لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم) هذا رواه النسائي في سننه الكبير . وفي خصائص علي رضي الله عنه قال أخبرنا عمرو بن علي حدثنا عبد

الرحمن بن مهدي حدثنا عكرمة بن عمار حدثني أبو سهيل كمال الخنفي حدثني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما (١) قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف ، فقلت لعلي يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة يعني أكلم هؤلاء القوم ، فقال إني أخافهم عليك ، فقلت كلا ، فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحباً بك يا ابن عباس ، ما جاء بك فقلت أتيتكم من عند أصحاب النبي ﷺ المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي ﷺ وصهره وعليهم نزل القرآن فهم أعلم بتأويله وليس فيكم منهم أحد لا يلبغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون ، فاتتني لي نفر منهم . قلت هاتوا ما نعمتم على أصحاب رسول الله ﷺ وابن عمه وختنه وأول من آمن به ، قالوا ثلاث ، قلت ما هي ، قالوا إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ﴿ ان الحكم إلا لله ﴾ ، قلت هذه واحدة . قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغم ، فإن كانوا كفاراً فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم ، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم ، قلت هذه أخرى . قالوا وأما الثالثة فإنه محام نفسه من أمير المؤمنين ، فإن لم يكن أمير المؤمنين فهو أمير الكافرين . قلت هل عندكم شيء غير هذا ، قالوا حسبنا هذا ، قلت لهم أرايتم إن قرأت عليكم من كتاب الله عز وجل وحدثتكم من سنة نبيه ﷺ ما يرد قولكم هذا أترجمون . قالوا اللهم نعم .

قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله عز وجل فأنا أقرأ عليكم أن الله تعالى حكمه إلى الرجال فتى وفي النساء في ربيع درهم (٢) ، قال الله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ إلى قوله ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ . وقال في المرأة وزوجها ﴿ وإن خفت شقاق بينها فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ أنشدكم الله أحكم

(١) في الأصل هذه المأثرة ناقصة وفيها أخطاء لو أثبتناها كما هي لتعسر فهم الكلام ، لهذا صححنا من كتاب شرح فتح القدير ، اه مصححه .

(٢) السياق الذي ورد في شرح فتح القدير هو - أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربيع درهم - اه مصححه .

ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ
بقتال حتى يبدؤوه ، فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم .

قال العبد الضعيف

الرجال في حق دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم ، قال أخرجت من هذه ،
قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغمم أتسبون أمكم عائشة رضي الله عنها
فلست تحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم ، لئن فعلتم لقد كفرتم ، وإن قلت
ليس أمنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم ﴾
فأنتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج ، أخرجت من هذه الأخرى ، قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه محاً نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله ﷺ دعا قريش يوم
الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتاباً فقال أكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ،
فقالوا والله لو كنا نعم انك رسول الله ما صددناك عن البيت وقاتلناك ، ولكن اكتب
محمد بن عبد الله ، فقال والله إني لرسول الله وإن كذبتموني ، يا علي اكتب محمد بن عبد الله ،
فرسول الله خير من علي ، وقد محاً نفسه ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوة ، أخرجت
من هذه الأخرى ، فقالوا اللهم نعم ، فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم ،
فقتلهم المهاجرون والأنصار .

ورواه ابن عبد الرزاق في مصنفه وقال في آخره فرجع منهم عشرون ألفاً وبقي
أربعة آلاف فقتلوا على ضلالتهم . وحروراء بفتح الحاء المهملة تمد وتقتصر قرية بالكوفة
كان لها إجماع الخوارج فنسبو إليها ، يقال فلان حروري من الحرورية .

(ولأنه) كشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة (أهون الأمرين) أحدهما الدعوة إلى
الجماعة والآخر القتال (ولعل الشر يندفع به) أي يكشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة .
في المبسوط الأحسن أن يقدم ذلك على القتال ، لأن الكي آخر الدواء (فيبدأ به) أي
يكشف الشبهة مع الدعوة (ولا يبدأ) أي الإمام (بقتال) البغاة القتال (حتى يبدؤوه ،
فان بدؤوه) أي القتال (قاتلهم حتى يفرق جمعهم . قال العبد الضعيف) أي المصنف

هكذا ذكره القدوري في مختصره . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تسكروا واجتمعوا وقال الشافعي «رح» لا يجوز حتى يبدوونا بالقتال حقيقة ، لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون ، بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، هذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم وربما لا يمكنه الدفع

رحمه الله (هكذا ذكره القدوري في مختصره ، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ) أي الإمام (بقتالهم) أي بقتال البغاة (إذا تسكروا واجتمعوا) الإمام خواهر زاده هو الامام أبو بكر محمد الحسين البخاري ، وسمي خواهر زاده لأنه كان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند صاحب الذخيرة والمبسوط والايضاح ، وكان خواهر زاده إماماً كاملاً في الفقه بجزراً غزيراً صاحب التصانيف ومبسوط أطول المبسوط ، مات في سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وهي السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة .

(وقال الشافعي «رح» لا يجوز) بدء بقتالهم (حتى يبدووا بالقتال حقيقة) وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأنه لا يجوز قتل المسلم) وفي بعض النسخ لا يحل قتل المسلم (إلا دفعاً) لقتالهم (وهم مسلمون) أي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى ﴿ فان بغت إحداهما ﴾ ٩ الحجرات ، أي إحدى الطائفتين من المؤمنين ، وقد سمي البغاة مؤمنين (بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده) أي عند الشافعي ، يعني أن علة إباحة القتال وهي الكفر عنده ، وعندنا العلة هو الحراب .

(ولنا أن الحكم يدار على الدليل) أي دليل القتال (وهو الاجتماع والامتناع) يعني إذا اجتمعوا فصارت لهم صنعة دفنهم بالقتال (وهذا) يعني دوران الحكم على الدليل (لأنه) أي لأن الشأن (لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ، وربما لا يمكنه الدفع) أي

فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرمهم . وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان . والمروي عن أبي حنيفة «رح» من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام

دفعهم بمحصول الشركة لهم والقوة على المؤمنين ، فإذا كان الأمر كذلك (فيدار الحكم على الدليل) أي دليل قتالهم وهم شجرهم واجتماعهم (ضرورة) أي لأجل الضرورة (دفع شرم) وفي المبسوط والايضاح فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز من قتال أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار عليهم والبيان بالنبل ، لأن قتالهم حينئذ فرض كقتال أهل الحرب والمرتدين . وعند الأئمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وإرسال الماء والنار لا يجوز إلا إذا لم يندفعوا بدونه .

(وإذا بلغه) أي الامام (أنهم) أي أن البغاة (يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم) أي الامام (ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك) أي حتى يمنعوا عما قصدوه ، ويقلعوا بضم الياء من الاقلاع وهو الامتناع، ومنه قوله عليه السلام «أقلعوا عن المعاصي قبل أن يأخذكم الله (ويحدثوا توبة) بضم الياء، أي يحدثوا توبة بما هم فيه (دفعاً للشر بقدر الامكان) أي لأجل دفع شرمهم بحسب امكانهم .

(والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام) بيان ذلك أن الشيخ أبا الحسن الكرخي قال في مختصره قال الحسن بن زياد وقال أبو حنيفة إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة ، لقوله عليه السلام «من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار . وقال المصنف هذا محمول على حال عدم الامام الداعي إلى القتال ، أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام كانوا آمنين به وإسلامه ، فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرة لامام المسلمين. أشار إليه بقوله (أما إعانة الامام الحق فمن الواجب) لقوله

الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة ، فإن كانت لهم فئة
 أجهز على جريحهم واتبع موليمهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم .
 وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليمهم
 لاندفاع الشر دونه . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ذلك في الحالين ،
 لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً ، وجوابه ما ذكرناه أن
 المعتبر دليله لا حقيقته

تعالى ﴿ فقاتلوا التي تبغي ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فان الأمر للوجوب (عند الغناء)
 بفتح الفين المعجمة وبالمد ، وهو الكفاية (والقدرة) بالجر عطفاً على ما قبله ، ويجوز أن
 يكون العطف للتفسير .

فان قلت روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم قعودهم وترك الاعانة .
 قلت هو أيضاً محمول ، ولكن على عدم قدرتهم على القتال ، والعاجز يلزمه الحضور .
 (فان كانت لهم فئة) أي جماعة غير المصدرين للقتال (أجهز) على صيغة المجهول من
 أجهزت (على جريحهم) إذا أسر عن قتله وقد تمت عليه ، يعني كان مجروحاً أشرف
 على الموت قيمة (واتبع موليمهم) على صيغة المجهول أيضاً وبكسر اللام وسكون الياء ،
 وهو الذي يولي ويهرب خوفاً بنفسه (دفعاً لشرهم) أي لأجل دفع شر البغاة (كيلا
 يلتحقوا) أي الجريح والمولى (بهم) أي البغاة فيميلان إليهم (وإن لم يكن لهم فئة لم
 يجهز على جريحهم ولم يتبع موليمهم) وكلا اللفظين أيضاً على صيغة المجهول (لاندفاع الشر
 دونه) أي دون إجهاز جريحهم واتباع موليمهم .

(وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين) أي فيما إذا كانت لهم فئة ، وإن لم يكن
 لهم فئة (لان القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً) للشر ، لان شرهم قد اندفع فلا حاجة
 إلى الامتناع ، وهذا لانه قتال على وجه الدفع ، فصار كقتال غير الخراج .
 (وجوابه) أي جواب الشافعي ، (ما ذكرناه أن المعتبر دليله) أي دليل القتال وهو
 الاجماع (لا حقيقته) أي لا حقيقة القتال ، بقولنا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي

ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال ، لقول علي رضي الله عنه يوم
الجل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة
في هذا الباب . وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فقة ،
فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ،

(ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجل ولا يقتل أسير
ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال) يوم الجل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي
رضي الله عنها ، وذلك ان عثمان رضي الله عنه لما قتل يوم الجمعة لثمان
عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين ببيع لعلي رضي الله تعالى عنه
بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان ، بايعه من كان في المدينة من أصحاب رسول الله ﷺ
وغيرهم وفيهم طلحة وزيد ، وذكر أنهما بايعاه كارهين غير طائعين ، فخرجا من مكة
ومعهما عائشة إلى البصرة بطالبون بدم عثمان ، وبلغ عليا ذلك فخرج من المدينة إلى
العراق وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي إلى الكوفة يستنصر أهلها بالمسير معه ، فقدموا
عليه فانزلهم البصرة فلقى طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم ،
فوقع بينهم قتال عظيم فظنوم قتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما ، وبلغت القتلى ثلاثة
عشر ألف قتيل . وإنما سمي يوم الجل لان عائشة كانت يومئذ على جل يسمى عكر .

وروى ابن أبي شيبه في مصنفه حدثنا عبدة بن سليمان عن جرير عن الضحاك أن عليا
رضي الله عنه لما هزم طلحة والزبير وأصحابهما أمر منادياً فنادى أن لا يقتل مقبل ولا
مدبر ، ولا يفتح باب ، ولا يقل قرح^(١) ولا مال . قوله ولا يكشف ستر ، أي لا يسبى
نساؤهم وهو القدوة عن علي رضي الله عنه .

(وهو الذي يقتدى به في هذا الباب) أي في باب قتال الخوارج (وقوله) أي قول
علي رضي الله عنه (في الأسير) أي ولا يقتل أسير (تأويله) أي تأويل كلامه (إذا لم
يكن لهم فقة ، فان كانت يقتل الإمام الأسير ، وإن شاء حبسه لما ذكرنا) أي عند قوله

(١) هكذا الكلام في الاصل .

ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ، ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه . وقال الشافعي «رح ، لا يجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة ، وكانت قسمته للحاجة لا للتملك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى . والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى .

ويجيبهم إلى قوله دفعا لشرم ، وعند الأئمة الثلاثة لا يقتل الأسير بل يجسه (ولأنهم) أي ولأن البغاة (مسلمون ، والإسلام يعصم النفس والمال) للحديث المشهور .

(ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه) أي إلى سلاحهم لأجل القتال (وقال الشافعي «رح ، لا يجوز) وبه قال أحد في رواية (والكراع على هذا الخلاف) أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ، يعني يجوز استعمال الكراع وهو الجمل عند الحاجة عندنا . وقال الشافعي وأحمد في رواية لا يجوز ، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية .

(له) أي للشافعي (أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة) وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن مطرف عن مسند عن ابن الحنفية أن علياً قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح (وكانت قسمته للحاجة لا للتملك) يعني كانت قسمته قسمة انتفاع لدفع الحاجة ، لا قسمة تملك ، ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها ردها إليهم .

(ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى ، والمعنى فيه) أي المعنى المبيح في استعمال أسلحة أهل البغي وكراعمهم (إلحاق الضرر الأدنى) وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع (لدفع الضرر الأعلى) وهو الضرر

ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا
فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا ، وأما الحبس فلدفع شرم
بكسر شوكتهم ، ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا
أنه يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر وأيسر . وأما الرد بعد
التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال وما جباه أهل
البعي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها الإمام
ثانياً ، لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحممهم ، فإن كانوا
صرفوه في حقه

العام الواقع على عامة المسلمين ، فيحتمل الأدنى لدفع الأعلى (ويحبس الإمام أموالهم ولا
يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا) إشارة إلى
قول علي رضي الله عنه ولا يؤخذ مال . قال الأكل قلت ليس بذلك ، بل إشارة إلى
قوله لأنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به (وأما الحبس فلدفع شرم بكسر شوكتهم) كيلا
يستعينوا بها علينا (ولهذا) أى ولأجل كسر شوكتهم (يحبسها عنهم) ، وإن كان لا
يحتاج إليها إلا أنه (أى أن الإمام (يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر) للمالك
(وأيسر) للحفاظ لأن إبقائه يحتاج إلى النفقة والخدمة (وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع
الضرورة ولا استغنام فيها) يعني أموال أهل البغي لا يبيهم لعصمتها ، فلا يقسم لأجل هذا
بين أهل العدل ، لكنها تجر ضرورة دفع الشر ، فإذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت إليهم .
(قال فما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها
الإمام ثانياً) وبه قال الشافعي وأحمد وابن الماجشون المالكي وابن القاسم لا يعتبر ذلك .
وعلى من أخذ منه الزكاة الاعادة ، وبه قال أبو عبد ، لأن الأخذ ممن لا ولاية له (لأن
ولاية الأخذ له) أى الإمام (باعتبار الحماية ولم يحممهم) ألا ترى إلى قول عمر رضي الله
عنه إن كنت لا تحممهم فلا تحميمهم .
(فان كانوا) أى أهل البغي إن كانوا (صرفوه) الذي أخذوه (في حقه) أى في

أجزاء من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه . وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لأنه لم يصل إلى مستحقه . قال العبد الضعيف ، رح ، قالوا لا إعادة عليهم في الخراج ، لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشرات كانوا فقراء فكذلك ، لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة . وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميم فيه لظهور ولايته . ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب .

الجهة التي عينها الشارع له (أجزاء من أخذ منه ، لوصول الحق إلى مستحقه ، فان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لأنه لم يصل إلى مستحقه) لان سقوط المطالبة قضاء لا بوجوب سقوطها ديانة .

(قال العبد الضعيف) أي المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا إعادة عليهم في الخراج) ديانة أيضاً ، لأنهم محل الخراج (لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك) لا إعادة عليهم (لأنه) أي لأن العشر (حق الفقراء) من أهل الإسلام وهذا أوجه (وقد بيناه في الزكاة) أي وقد بينا الحكم المذكور قبل فصل في الفضة (وفي المستقبل يأخذه الامام) أي في الحول إلا فيء يأخذ الامام العشر والخراج (لأنه) أي الامام (يحميم فيه) أي في المستقبل من الزمان (لظهور ولايته) حينئذ .

(ومن قتل رجلاً وهما) أي والحال أنها (من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم) بضم الظاء ، أي غلب عليهم (فليس عليهم شيء) أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص . وقالت الأئمة الثلاثة يؤخذ بموجب جنائية ، أي جنائية كانت بعموم الآية والأخبار (لأنه لا ولاية لامام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب) لعدم الولاية

وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل مصر رجلاً من أهل المصر
عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه ، وتأويله إذا لم يجر على أهله
أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك ، وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام
فيجب القصاص . وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه ، فإن
قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه ، وإن
قال قتلته وأنا أعلم أنني على الباطل لم يرثه ، وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا يرث الباغي في الوجهين
وهو قول الشافعي «رح» .

(وإن غلبوا) أي البغاة (على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً
ثم ظهر على المصر) أي غلب عليه بأن رفعت عنها أيدي البغاة (فإنه يقتص منه) أي من
القاتل (وتأويله) أي تأويل قوله يقتص منه وإنما قال المصنف وتأويله لأن المسألة التي
ذكرها من مسائل الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه ، أي لم يجر على أهله أحكامهم ، وإنما
ذكر هذا فخر الإسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ونقله المصنف منه هكذا حيث
قال (إذا لم يجر على أهله) أي أهل المصر (أحكامهم) أي أحكام البغاة الذين غلبوا
عليه (وأزعجوا قبل ذلك) أي أزعج أهل البغي قبل إجراء أحكامهم على أهل المصر
وأزعجوا على صيغة المجهول من أزعجه أي قلعه من مكانه (وفي ذلك) أي وفيما لم يجر
أحكامهم (لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص) لأن استيلائهم كان بعارض ،
وبقاء ولاية الإمام .

(وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه ، فإن قتله الباغي) أي وإن قتل
الباغي رجلاً من أهل العدل (وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه ، وإن قال
قتلته وأنا أعلم أنني على الباطل لم يرثه ، وهذا) أي المذكور من الأحكام (عند أبي حنيفة
ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا يرث الباغي في الوجهين) أي فيما إذا قال كنت
على حق ، وفيما إذا قال كنت على باطل (وهو قول الشافعي) أي قول أبي يوسف وهو

وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأنم،
لأنه مأمور بقتلهم دفعاً لشرمهم ، والباغي إذا قتل العادل لا يجب
الضمان عندنا ويأنم . وقال الشافعي « رح » في القديم انه يجب على
هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو ماله أنه أتلف مالا
معصوماً ، أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة .
ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ورواه الزهري « رض »

قول الشافعي في القديم (وأصله) أى وأصل هذا الخلاف (أن العادل إذا أتلف نفس
الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأنم ، لأنه مأمور بقتلهم دفعاً لشرمهم ، والباغي إذا قتل
العادل لا يجب الضمان عندنا) وبه قال أحمد (ويأنم) لأنه قتل نفساً .
(وقال الشافعي في القديم أنه يجب) الضمان . وبه قال مالك (وعلى هذا الخلاف)
أى المذكور (إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً) أى والحال انه قد أتلف نفساً (أو مالا)
لا يجب الضمان عندنا ، وعلى قول الشافعي في القديم يجب (وله) أى للشافعي (أنه
أتلف مالا معصوماً أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة) أى قياس
ما إذا تلف قبل أن يكون لهم منعة .

(ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ورواه الزهري) أى روى محمد بن مسلم الزهري
إجماع الصحابة على أنه لا يضمن الباغي إذا قتل العادل . وقال الأتراسي ذكر أصحابنا
في كتبهم لفخر الإسلام وغيره عن الزهري انه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ
متوافرون فاتفقوا على ان كل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل مال استحق
بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع . وما كان
قائماً برده انتهى . قلت روى عيه الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري ان سليمان
ابن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك
ولحقت بالحرورية فتزوجت ، ثم انها رجعت إلى اهلها ثانية . قال الزهري فكتب إليه اما
بعد فان الفتنة الأولى مارت واصحاب رسول الله ﷺ فمن شهد بداراً كريماً فاجتمع

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح
إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب
وتأويلهم ، وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الالتزام
والالتزام ، ولا التزام لا اعتقاد الإباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم
الولاية لوجود المنعة والولاية

رأيهم على ان لا يقيموا على احد حداً في فرج استحلوه ، فتأويل القرآن ولا قصاص في دم
استحلوه بتأويل القرآن ، ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن إلا ان يوجد شيء بعينه
فيرد على صاحبه . وان رأى ان يرد على زوجها وان يحل من افترى عليها ، انتهى .
(ولأنه) اى ولأن الباغي (اتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه) اى من التأويل
(ملحق بالصحيح) اى بالتأويل الصحيح (إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع) اى إلى
التأويل يتعلق بقوله ملحق بالصحيح ، اى في دفع الضمان ، بيانه ان الخوارج يستحلون
دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى ﴿ ومن يعص الله ورسوله فان له
نار جهنم خالدين فيها ﴾ ٢٣ الجن ، وتأويلهم هذا وإن كان فاسداً لكن اعتبر في دفع
الضمان لما روى عن الزهري آنفاً . وقال في تحفة الفقهاء هذا إذا تلفوا في حال المنعة او
فأما إذا تلفوا ما لهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من
أهل دار الإسلام ، ثم قال هذا جواب الحكم وبمعنى ان يضمن كل واحد من الفريقين للآخر
ما أتلف من الأنفس والأموال لكونها معصومة في هذه الحالة إلا بطريق الدفع (كما في منعة
أهل الحرب وتأويلهم) يعني بعدما اسلموا .

(وهذا) أشار به إلى قوله والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم (لأن
الأحكام) أي أحكام الشرع في حق الدنيا (لا بد فيها من الالتزام أو الالتزام) يعني الباغي
(ولا التزام لا اعتقاد الإباحة عن تأويل) أي الالتزام منه لتأويله الفاسد أن يقال العادل مباح
ويجوز إراقة دمه لأن من عصى الله صغيرة أو كبيرة فقد كفر (ولا إلزام لعدم الولاية)
أي ولا إلزام على الباغي لعدم ولاية الإمام (لوجود المنعة) أي أهل البغي الحرب ،
بخلاف ما قبل ظهور المنعة (والولاية) جواب عن قول الثاني اعتباراً بما قبل المنعة ، أي

باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً . بخلاف
الآثم لأنه لا منعة في حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل
الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث . ولأبي يوسف «رح» في قتل
الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع ، والحاجة
ها هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق
الإرث . ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضاً إذ القرابة سبب
الإرث فيعتبر الفاسد فيه ، إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته ، فإذا

ولاية الإمام (باقية قبل المنعة) عليهم كما كانت (وعند عدم التأويل ثبت الالتزام
اعتقاداً) أي من حيث الاعتقاد .

(بخلاف الآثم) حيث يثبت سواء كانت لهم منعة أو لم تكن (لأنه لا منعة في حق
الشارع) ومنعهم في حق الشارع كلاً منة فلا يكون وجود منعهم دفعة للإثم (إذا ثبت
هذا) أشار به إلى قوله لأن الأحكام لا بد فيها ... إلى آخره (فنقول قتل العادل الباغي
قتل بحق فلا يمنع الإرث) لأن حرمان الإرث جزء فعل محذور فلا يعطى بمباح .

(ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع)
أي في حق دفع الضمان (والحاجة هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً
في حق الإرث) حاصل هذا الكلام أن التأويل الفاسد يعتبر في حق دفع لافي حق استحقاق
الميراث فيحرم الإرث ، لأنه قتله بغير حق .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (فيه) أي في قتل الباغي العادل (أن الحاجة إلى
دفع الحرمان أيضاً) أي في دفع الحرمان عن الإرث أيضاً يعني كما أن تأويله يعتبر في حق
دفع الضمان يعتبر أيضاً في دفع الحرمان أيضاً (إذ القرابة) أي لأن القرابة (سبب الإرث
فيعتبر الفاسد) أي التأويل الفاسد (فيه) أي في دفع الحرمان من شرطه استثناء من قوله
يعتبر الفاسد (إلا أن من شرطه) أي من شرط الإرث (بقاؤه) أي بقاء الباغي (على
ديانته) يكون مصراً على دعواه ، فإذا رجع فقد بطلت ديانته وهو معنى قوله (فإذا

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان . قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم ، لأنه إعانة على المصيبة ، وليس يبعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح ، وإنما يكره بيع نفس السلام لا يبيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه ، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب ، وعلى هذا الحرم مع الغيب .

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع (أي الضمان) فوجب الضمان (لعدم الدافع .)
 (قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) أي عساكر أهل الفتنة (لأنه إعانة على المصيبة) قال الله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ ٢ المائدة (وليس يبعه) أي يبيع السلاح (بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) بالرفع اسم ليس (لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح) وأهل الفتنة فيها قليل ، وتقبيده بالكوفة باعتبار أن البغاة حرموا منها أولاً فالحكم في غيرها كذلك .

(وإنما يكره بيع نفس السلاح لا يبيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه) متجددة ، فإنه لا بأس من أهل الفتنة ، وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه يكره بيع المعازف) جمع معزف بكسر الميم وهو ضرب من الطنابير يتخذ به أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) أي الذي يتخذ منه المعزف (وعلى هذا) أي الحكم (الحرم مع الغيب) حيث لا يجوز بيع الحمر ويجوز بيع عصير الغيب . والفرق لأبي حنيفة بين كراهية بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهية بيع العصير ممن يتخذه خراً أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة .

فروع : يكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الأماكن إلا إذا كان في ذلك وهي لهم فلا بأس به . وقتل أهل العدل الحرب شهيداً بفعل لهم ما يفعل بالشهداء وقتل أهل البغي لا يصلح عليهم سواء كانت لهم قنة أو لا ، هو الصحيح ، ولكن يفسلون

ويكفنون نصوص غير متأولين على مدينة وقاتلوا وقتلوا الأنفس وأخذوا أموالا أخذوا
بالجميع ، وكذا إذا خرج جماعة لا منعه لهم ، ولا خلاف فيه لأهل العلم .
ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب وأودع أهل البغي أهل الحرب فأعانهم أهل
الحرب على أهل العدل يسبون ويقتلون لأنهم نقضوا العهد . ولو طلب أهل البغي المودعة
أجيبوا إن كان خيراً لنا ، ولا يأخذ الإمام منهم شيئاً . ولو نصب أهل البغي قاضياً
لل قضاء إن كان من أهل العدل يجوز بلا خلاف ، وإن كان منهمم فإن كان ممن
يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لا يجوز بلا خلاف ، وإن كان ممن لا يستحل
لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي وأحمد . ولو كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل كتاباً
يقبل بلا خلاف ، والأولى أن لا يقبل كسراً لمواليهم . وعندنا كل متسلط إذا تم تسليطه
يصير سلطاناً فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل وبالله الرحمة
وهو ولي التوفيق .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللقيط

اللقيط سمي باعتبار ماله لما أنه يلقط ، والالتقاط مندوب إليه لما فيه
من إحيائه. وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب

(كتاب اللقيط)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام اللقيط . والمناسبة بين كتاب اللقيط وكتاب السير
من حيث أن فيها عرضة القوات للأنفس والأموال . وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر
الأنفس مقدم ، وهو على وزن فعيل بغير مفعول من اللقط ، وهو الرفع . معناه لغة ما
يلقط ، أي ما يرفع من الأرض . وفي الشرع اللقيط اسم المولود طرحه أهله خوفاً من العيلة
أو فراراً من تهمة الزنا .

قال المصنف رحمه الله (اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط) أشار به إلى أنه
في باب تسمية الشيء باعتبار ما يؤول إليه ، كما في قوله من قتل قتيلاً فله
سلبه ، وكما في قوله تعالى ﴿ إني أراني أعصر خمراً ﴾ ٣٦ يوسف ، (والالتقاط
مندوب إليه) أي رفع اللقيط من الأرض مستحب (لما فيه من إحيائه) لأنه على شرف
الهلاك واجباً الحي يدفع سبب الهلاك قال تعالى ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيانا جميعاً ﴾
٣٢ المائدة ، ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الرحمة على الصغار ، قال
عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ... الحديث ، وفي رفعه اظهار الشفقة على الصغار ، وهو
أفضل الأعمال بمد الإيمان بالله، التعظيم لأمر الله، والشفقة على خلق الله، كذا في المبسوط .

(وإن غلب ظنه ضياعه) أي على ظن الشخص ضياع اللقيط بتركه (فواجب) أي
التقاطه حينئذ واجب ، وقال الشافعي ومالك واحمد رفعه فرض كفاية إلا إذا خاف
هلاكه ، فحينئذ فرض عين لإجماع الأمة كمن رأى أعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه
عن الوقوع ، وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر ﴾ الآية ٢ المائدة .

قال اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية ، وكذا الدار
دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب ، ونفقته في بيت المال هو المروي
عن عمر وعلي رضي الله عنهما ،

(قال اللقيط حر) اي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، ولا يحد قاذف أمه ،
ذكره في شرح الطحاوي ، ولا خلاف أنه حر إلا ما روي عن النخعي شاذ أنه قال إن
رفعه حبسه فهو حر ، وإن أراد أن يسترقه فهو له ، هذا مخالف لإجماع العلماء (لأن
الأصل في بني آدم إنما هو الحرية) إذا الناس أولاد آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه
وكانا حرين ، ولأن الرق بعراض الكفر ، والأصل عدم العارض .

(وكذا الدار دار الأحرار) اي الدار دار الإسلام ، فمن كان فيها يكون حراً
باعتبار الظاهر (ولأن الحكم للغالب) اي لان للغالب فمن سكن دار الإسلام الأحرار
والعبدة للغالب (ونفقته في بيت المال) اي إذا لم يكن معه مال (هو المروي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما) أما الرواية عن عمر رضي الله عنه فأخرجها مالك في الموطأ في
كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنن ابن جيملة ، رجل من بني سليم أنه وجد
منبوذاً في زمن عمر رضي الله عنه ، قال فبحث إلى عمر وقال ما حملك على حمل هذه
التسمية ؟ فقال وجدتها ضائعة فأخذتها . فقال له عريفة يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ،
قال كذلك قال نعم ، فقال عمر رضي الله عنه إذهب به فهو حر وعلينا نفقته ، ورواه
عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جيملة أنه وجد منبوذاً على
عهد عمر بن الخطاب فأقاه به فاتمه عمر ، فأثنى عليه خيراً ، فقال عمر هو حر ولاؤه لك ،
ونفقته من بيت المال . ورواه الطبراني في معجمه من طريق عبد الرزاق ، ورواه الطبراني في
كتاب الملل وزاد فيه زيادة حسنة وهي أبو جيملة أدرك النبي ﷺ وحج حجة الوداع .
قلت اسمه سنين بضم السين المهملة وفتح النون وسكون الياء آخر الحروف ، وفي
آخره نون ، وكنيته أبو جيملة بفتح الجيم . وقال ولولا أدرك النبي ﷺ وقال إنه شهد
معه حنيناً ، وحدث عن أبي بكر رضي الله عنه ، وروى عنه ابن شهاب يعني محمد بن
مسلم الزهري . وأما الرواية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأخرجها عبد الرزاق ،

ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ، ولا مال له ولا قرابة فأشبهه المقعد
الذي لا مال له . ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان ، ولهذا
كانت جنايته فيه . والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية ،
إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية .

حدثنا سفيان الثوري عن الزمري بن ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطاً
فأتي به إلى علي رضي الله عنه فألحقه بأمه انتهى . وذكره الكاكي فقال عن علي أنه قال
نفقته في بيت المال ، وولاؤه للمسلمين .

(ولأنه) اي ولان اللقيط (مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبهه
المقعد الذي لا مال له) ولا قرابة ، والجامع بينهما الاسلام ، والمجز عن الاكتساب وعدم
المال وعدم من يجب عليه نفقته (ولان ميراثه) اي ميراث اللقيط (لبيت المال) لعدم
وارثه (والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ، يقال خراج غلامه
إذا انفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم ، ومعنى الخراج بالضمان اي العلة سبب
إن ضمنه لعين أن ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان مؤنة نفقته في بيت المال ، لان
لغيرم بإزاء الغنم .

وقال الاكمل قوله الخراج بالضمان اي له غنيمته وعليه غرمه ، اي على العبد الميسر
المشترى قبل ولانه قبل الرد في ضمانه (ولهذا كانت جنايته فيه) اي ولاجل كسبون
الخراج بالضمان ، وكانت جناية اللقيط في بيت المال .

(والملتقط متبرع في الإنفاق عليه) اي على اللقيط (لعدم الولاية) اي لعدم ولايته
في تخصيص حقه فيكون متبرعاً (إلا أن يأمره القاضي به) اي بالإنفاق عليه (ليكون)
مأنفق عليه (ديناً عليه لعموم الولاية) اي ولاية القاضي ، وإن أمره القاضي بذلك مطلقاً ،
ولم يقل على أن يكون ديناً عليه . ذكر في مختصر العمام أنه يكون ديناً عليه ، ويرجع
عليه إذا كبر ، فذكر في الكافي لانه لا يكون ديناً عليه ، ولا يرجع عليه . وهذا أصح
لان الامر المطلق محتمل قد يكون للبحث في إتمام شرع فيه من التبرع ، وقد يكون

قال فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منهم لأنه ثبت حق الحفظ له ولسبق يده عليه فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه ، لأنه يتشرف بالنسب ويعبر بعدهم ،
 ثم قيل يصح في حقه

للرجوع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديناً عليه ، وإن كان مع اللقيط مال أو دابة لم ينطق عليه من ماله بأمر القاضي ، لأن اللقيط حر ، وما في يده فهو له لظاهر ما ذكره في فتاوى الولوالجي (قال) أي القدوري (فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده عليه) أي على اللقيط ، فكان أولى به كما في سائر المباحات (فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا لم يدع الملتقط نسبه) أي نسب اللقيط . أما إذا ادعى الملتقط نسبه فهو أولى لانهما استويا في الدعوى ، ولا حدهما يد لصاحب اليد أولى . وكذا إذا كان الملتقط ذمياً فهو أولى من المسلم الخارج حتى إذا كان في ذمي يدعي أنه ابنه ، وأقام أحد من المسلمين أنه ابنه فهو للذمي بحكم يده ، وأما لو كان مدعي اللقيط خارجين أحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم ، فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد كذا في الذخيرة والايضاح . وقال الشافعي وأحمد للترجيح بقول الكاتبة (وهذا الاستحسان) أي هذا الذي ذكره القدوري استحسان (والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط) من حق اللقيط ، وما لعامة المسلمين من الولاء ، فلا يقبل من غير بينته (وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه) من حيث وجوب المنفعة والحضانة فقبل قوله (لانه) أي لان اللقيط (يتشرف بالنسب ويمبر بعدهم) أي بعدم النسب (ثم قيل يصح في حقه) هذه إشارة ، أي خلاف المشايخ ادعاء الخارج أن اللقيط ابنه ، فقال بعضهم يصح ادعاؤه في

دون إبطال يد الملتقط ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده . ولو ادعاه
الملتقط قيل يصح قياساً واستحساناً ، والأصح أنه على القياس
والاستحسان ، وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف
أحدهما علامة في جسده

حق ثبوته في إبطال يد الملتقط ، وهذا معنى قوله (دون إبطال يد الملتقط) وقال
بعضهم يقبل قوله فيها جميعاً ، وهذا معنى قوله (وقيل يبتنى عليه) أي على ثبوت النسب
(بطلان يده) أي يد الملتقط ، لأن الأب أحق بالولد من الأجنبي ، ويجوز أن يثبت
الشيء ضمناً وإن لم يثبت قصداً ، كما يثبت الإرث بشهادة القابلة على الولادة حكماً .
(ولو ادعاه الملتقط) أي ولو ادعى نسب الملتقط وهو الذي التقطه ، وهذا ذكره
المصنف تقريراً لمسألة القُدوري (قيل يصح) أي ادعاؤه (قياساً واستحساناً) يعني من
حيث القياس ومن حيث الاستحسان ، لأنه لم تبطل دعواه حق أحد ، ولا منازع له في
ذلك (والأصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم
الاستحسان ، يعني في القياس لا يصح ، وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط ،
وهذا لم يذكرهما الكرخي ، وإنما ذكرهما الطحاوي فقال القياس أن لا يصح دعواه إلا
بنيته ، وفي الاستحسان يصح بغير نيته ، ثم اعلم أن وجه القياس هنا غير وجه القياس في
دعوى الأجنبيين ، إنما لا يصح قياساً للزوم بطلان حق الملتقط ، ودعوى الملتقط إنما لا
يصح قياساً لتناقض كلامه ، لأنه لما زعم أنه لقيط كان تافياً نسبة لان ابنه لا يكون لقيطاً
في يده ، ثم انه أدى انه ابنه كان مناقضاً لا محالة وجه الاستحسان ظاهر وهو أن فيه
بقاء للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة ، وثبوت النسب ويحصل له أسرى بذلك
رفاه . قيل من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال ، فربما يكون الصبي
منبوذاً بقبض الحوارث ، فيظن الملتقط أنه لقيط ، ثم تبين انه ولده فلا تناقض إذ أولئ
سئلنا التناقض ظاهر فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كسب نفسه .
(وقد عرف في الأصل) أي قد عرف حكم هذا في المبسوط ، وهو ما ذكرناه (وإن
ادعاه اثنان) أي وإن ادعى اللقيط شخصان من خارج (ووصف أحدهما علامة في جسده)

فهو أولى به ، لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنتهما لاستوائهما في السبب .

أي في جسد اللقيط ، مثل ثيابه أو سلعته أو أثر لذلك ونحو ذلك (فهو أولى به) أي الذي وصف علامة أولى باللقيط (لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه) فيجب على اللقيط دفعه إليه ، وقال الشافعي وأحمد وأبو الليث وأبو ثور والأوزاعي يعتبر قول الفاقه وإذا أشبه على الفاقه ^(١) وكذا إذا تعارضت بنتاهما لحديث المدلجي . وقال مالك لا يثبت النسب بينة ، أو يكون لدعواه أحدكم بل عرف انه لا يعيش له الولد فزعم أنه رماه لأنه سمع إذا طرح نفس عاش ونحو ذلك ^(٢) مما يدل على صدقة ، وقال أشهب يلحق بمجرد الدعوى إذا ادعاه ملتقطه أو غيره ، إلا أن بيان كذبه كذا في جواهر المالكية .

(وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنتهما لاستوائهما في السبب) وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ، وقد مر خلاف الشافعي وأحمد في اعتبارهما قول العامة وإن كان المدعي أكثر من اثنين .

روي عن أبي حنيفة انه جزاء إلى خمسة ، ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف وبه قال أحمد في رواية ، وقال محمد يلحق بأكثر من ثلاثة ، وبه قال أحمد في رواية في الإيضاح .

ولو وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح وفي الذخيرة وهذا بخلاف في اللقطة لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق من حيث لا يرجح صاحب الوصف ، بل إذا انفرد الوصف بجل الملتقط دفعها عليه ، ولا يجب ، وهنا يلزمه دفعه ، والفرق أن في فصل اللقيط ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق . وأما في اللقيط فالدعوى ليست لسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف ، فتو اعتبر الوصف اعتبر أصلا الاستحقاق ، والوصف لا يصلح سببا له فافترقا .

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي - بقرع - . ا ه مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل وربما هنا كلام ناقص ، ا ه مصححه .

ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه، لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه ، إلا إذا أقام الآخر البينة ، لأن البينة أقوى . وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين ، أو في قرية من قرَاهم فادعى نمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً ، وهذا استحسان لأن دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره

(ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى) لفائد دعواه بها ، وفي الشامل ادعته امرأه أن ابنها يقبل إلا بيقته لأن في دعوى المرأة حمل النسب على الزوج ، وإذا ادعته امرأته وأقامت البينة فهو ابنها عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص ، وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما ، وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة أيضاً ، وفي وجيز الشافعية ، ولو ازدحم اثنان قدم عن سبق فإن استويا قدم الغني على الفقير ، والبلدي على القروي والقروي على البلدي ، وكل ذلك ينظر للصبي ، وظاهر العدالة يقدم على المستور في أحسن الوجهين ، فإن تساوى من كل وجه أقوى بينهما ، وسلم إلى من خرجت قرعته .

(وإذا وجد) أي اللقيط (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قرَاهم فادعى نمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) هذا لفظ القديري في مختصره ، وقال المصنف (وهذا استحسان) والقياس أن لا يثبت نسبه من النمي أن المنبوذ في دار الإسلام محكوم عليه بإسلامه ، بدليل الصلاة عليه إذا مات ودفنه في مقابر المسلمين ، وإذا ثبت إسلامه بحكم دار الإسلام لا يصدق نمي على دعواه ، لأن كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير) من حيث وجوب النفقة والحضانة .

(وإبطال الإسلام) أي يتضمن دعواه أيضاً إبطال الإسلام (الثابت بالدار) أي بدار الإسلام (وهو يضره) أي وإبطال الإسلام يضر اللقيط . ولا يمنع أن يكون النمي ولد مسلم ، ولهذا يكون ولده مسلماً إذا أسلمنا أمه وقال الكرخي في مختصره ، وقال

فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره ، وإن وجد في قرية من قرى
أهل الذمة ، أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً ، وهذا الجواب فيما
إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة . وإن كان الواجد مسلماً في
هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففي
كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه ، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ

ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني ، قال فهو ابنه
وهو مسلم ، وإن كان عليه رأى الإسلام فإنه يجعله مسلماً وأثبت نسبته من النصراني لأن
ذلك لا يضره ، وينفق عليه ، قال وإن كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على
دينه ، وذلك أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط رأسه مجرور إلى
هنا لفظه .

(فصحت دعوته) إلى دعوة الذمي (فيما ينفعه) أي في الشيء الذي ينفع اللقيط
وهو الإسلام (دون ما يضره) وهو إبطال الإسلام (وإن وجد) أي اللقيط (في قرية
من قرى أهل الذمة أو في بيعة) أي وجد في بيعة النصراني (أو كنيسة) أي أوجد في
كنيسة اليهود (كان) أي الملتقط (ذمياً) لأنه لما وجد في المواضع مختصة بهم كانت
ظاهر من حاله أنه متهم (وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة) من غير
خلاف فيها .

(وإن كان الواجد مسلماً) في حيز الجواز أن يكون لغيرهم ولهذا يحكم منبوذ وجد
في دار الحرب لدلالة الظاهر ، وإن جاز أن يكون ولد مسلم تاجر أو أسير وهو الجواب
أي الجواب الذي ذكر القدوري ، وهو قوله كان ذمياً لأن لفظه في مختصره (في هذا
المكان) يعني في البيعة والكنيسة (أو ذمياً) للواجد ذمياً (في مكان المسلمين اختلفت الرواية
فيه) أي في هذا الفصل (ففي كتاب اللقيط) يعني ففي رواية كتاب اللقيط من المبسوط
(اعتبر المكان لسبقه) أي لسبق المكان على يد الواجد ، والسبق من أسباب الترجيح
(وفي كتاب الدعوى) من المبسوط (في بعض النسخ) ويروى في بعض نسخه أي في

اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد «رح» لقوة اليد ، ألا ترى
أن تبعية الأبوين تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر
كافراً ، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير . ومن ادعى أن
اللقيط عبده لم يقبل منه لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم البيئته أنه

بعض نسخ الدهوى من المبسوط (اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد)
لأنه كالمباحات التي تستحق سبق اليد ، فكان اعتبار الواجد أولى .

ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن تبعية الأبوين تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير
أحدهما) أي أحد الأبوين (يعتبر كافراً) لا مسلماً (وفي بعض نسخه) أي في بعض
نسخ الدعوى من المبسوط (اعتبر الإسلام نظراً للصغير) لانه ينفعه ، والكفر يضره ،
وقال الشافعي إن كان يوجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون أو في بلد كان لهم أخذ الكفار
فهو مسلم ، وإن وجد في بلد فتجب المسلمون ، ولا مسلم فيه فهو كافر .

وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون فهو مسلم ، وقيل هو كافر ، وبه قال أحمد ،
ومالك اعتبر المكان وأشهب اعتبر الواجد في مكان أهل الكفر ترجيحاً للإسلام (ومن
ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال الكاكي يجب
أن يقيد هذا بقيدين أي ادعى الحر المسلم وقيد المسلم لانه إذا كان المدعي ذمي ففي
قبول نسبه تفصيل إن شهد مسلمان تقبل ، ويجعل اللقيط حراً مسلماً ، وإن شهد كافران
لا يقبل ، وقبل الجزية لأن المدعي إذا كان عبداً أو أضاف ولادته إلى امرأته الأمة فإن
فيه خلافاً بين أبي يوسف ومحمد ، فذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعبد
عند أبي يوسف .

(لأنه حر ظاهراً) لأن الاصل في بني آدم الحرية ، لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء
صلوات الله عليهما وسلامه ، وهما كانا مسلمين جلدلين فكان أولادهما أحراراً تبعاً
لهما ، والرق يمرض الكفر ، فكان الحرية هي الظاهر ، والحكم بالظاهر إلى
أن يثبت خلافه بالبيئته وهو معنى قوله (أن يقيم البيئته) أي المدعي الذي ادعى اليتيم (انه

عبد ، فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه ، لأنه ينفعه ،
 وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة
 بالشك ، والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى
 من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود
 عليه فهو له اعتباراً للظاهر ، وكذا إذا كان مشدوداً على
 دابة وهو عليها

عبده) فعينئذ يكون عبده ، فإن قيل البينة لا تقوم إلا على خصم منكر ، ولا
 خصم هنا ، أجيب بأن التلطف خصم لأنه أحق بحقه ، ولا تزول يده إلا بالبينة (فإن
 ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه) هذا لفظ القدروري في مختصره .

وقال المصنف (لأنه ينفعه) أى لأن النسب ينفعه لأنه تيسر فيه (وكان حراً)
 من قسمة كلام القدروري قال المصنف (لأن المملوك قد تلد له الحرة ولا تبطل الحرية
 للظاهرة بالشك) حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة ، فلا يكون عبداً وقد تلد له
 الامة فيكون عبداً ، والظاهر في بني آدم الحرية ، فلا يبطل بالشك (والحر في دعوته
 اللقيط أولى من العبد) الحر مرفوع على أنه مبتدأ وقوله أولى خبره ، وقوله في
 دعوته مصدر مضاف إلى فاعله ، وقول اللقيط بالنصب مفعول قوله من العبد أى من دعوة
 للعبد (والمسلم أولى من الذمي) أى ودعوة المسلم أولى من دعوة الذمية إذا ادعى كل
 واحد منهما أن اللقيط ابنه (ترجيحاً) أى لأجل الترجيح (لما هو الأنظر في حقه) أى
 في حق اللقيط ، وإنما ذكر المصنف هذا تفريراً لما قاله القدروري ، ثم كون المسلم أولى من
 الذمي مما إذا ادعىا وهما خارجان ، أما إذا كان أحدهما إذ اليد كان هو أولى .

(وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر) أى لظاهر يده
 لكونه من أهل الملك لكونه حراً ، فيكون ما في يده له (وكذا) أى وكذا يكون
 اللقيط (إذا كان) أى المال (مشدوداً على دابة وهو عليها) أى اللقيط على

لما ذكرنا ، ثم يصرف الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع ،
 وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي
 لأن اللقيط ظاهر وله ولاية الانفاق ، وشراء ما لا بد منه
 كالأطعام والكسوة لأنه من الإنفاق له ، ولا يجوز تزويج
 الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة .
 قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتباراً بالأم وهذا لأن
 ولاية التصرف لتثمين

الدابة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله اعتباراً للظاهر (ثم يصرفه الواجد إليه) الملتقط ،
 ينفق عليه من ذلك المال (بأمر القاضي) لمعوم ولاية القاضي ، لأنه نصب قاضياً لأمور
 المسلمين هو ظاهر الرواية (لأنه مال ضائع) أي لأن المال الذي وجد مع هذا اللقيط مال
 ضائع (وللقاضي ولاية صرف مثله إليه) أي مثل مال الضائع إلى اللقيط ، وكذا لغيره
 بأمره ، وبه قال الشافعي ، وقال ولو انفقت بغير أمر القاضي ضمنه ، وإن لم يكن بحاكم
 وانفق بدون الأشهاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالأشهاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالإشهاد
 ففيه قولان ، قال في الشامل وهو مصدق في نفقة مثله .

(وقيل يصرف) أي يصرف الملتقط إلى اللقيط (بغير أمر القاضي ، لأنه) أي لأن
 المال (اللقيط ظاهر) أي بحسب الظاهر (وله) أي وملتقطه (ولاية الانفاق عليه وشراء ما لا بد
 منه) عطف على قوله ولاية الانفاق ، أي وله شراء ما لا يستغنى عنه (كأطعام والكسوة لأنه من
 الانفاق) أي لأن شراء ما لا بد منه عن الانفاق عليه ، وبه قل أحمد (ولا يجوز تزويج
 الملتقط) أي تزويجه اللقيط (لانعدام سبب الولاية) للملتقط (من القرابة والملك
 والسلطنة) ولم يوجد واحد منها ، فلا يثبت الولاية لعدم سببها (ولا يجوز تصرفه) أي
 تصرف الملتقط (في مال اللقيط اعتباراً بالأم) أي قياساً على عدم جواز تصرفها في مال
 ابنها (وهذا) أي عدم جواز تصرف الملتقط في مال اللقيط (لأن ولاية التصرف لتثمين

المال ، وذلك إنما يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما أحدهما . قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ، ولهذا يملك الصغير بنفسه إذا كان عاملا ، وتملكه الام ووصيها . قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال ويؤاجره ، قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره ، وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

(المال) أى يكره بالفائدة والربح (وذلك) أى تميم المال (انما يتحقق بالرأى أى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منها) أى من الأم والملتقط (أحدهما) أى من الرأى الكامل والشفقة الوافرة ، وفي الام الشفقة الوافرة دون الرأى الكامل ، وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود ، ومنها بخلاف الاب فإن له شفقة وافرة ورأياً كاملاً ، فكان له التصرف في النفس والمال جميعاً .

(ويجوز أن يقبض الهبة) أى يجوز للملتقط أن يقبض اللقيط الهبة (لانه) أى ولان قبض الهبة له (نفع محض) لا شك فيه بلا خلاف (ولهذا) أى ولكون الهبة نفعاً محضاً (يملكه الصغير بنفسه) أى يملك قبض الهبة بيده (إذا كان عاقلاً) فلا يفعل ذلك ويميزه (وتملكه الام) أى تملك الام قبض الهبة لابنها (ووصيها) أى ويملك أيضاً وصي الام لأنها نفع محض للصغير (ويسلمه) أى يسلم الملتقط اللقيط (في صناعة لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالتعاب ، وهو ما يسوى به الرماح ويستمار للتأديب والتهديب (وحفظ ماله) من الاشتغال باللعب ويعلم الفهاد (ويؤاجره) أى يؤاجر الملتقط اللقيط ، لأن فيه نفعاً له ، ولفظ يؤاجره ليس على قانون اللغة ، وإنما هو اصطلاح الفقهاء .

(قال) أى المصنف رحمه الله (هذا رواية القدوري في مختصره) يعني جواز إجارة الملتقط اللقيط على رواية القدوري في مختصره ، (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ،
ووجه الثاني انه لا يملك إتلاف منفعه فأشبهه العم بخلاف الام
لأنها تملكه على ما ذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى ،

ذكره في الكراهية (ذكره محمد في باب الكراهية (وهو الأصح) أن المذكور في الجامع
الصغير هو الأصح مما ذكره القدوري (وجه الأول) أراد به رواية القدوري (أنه
يرجع إلى تثقيفه) وقد مر معناه آنفاً (ووجه الثاني) في أراد به رواية الجامع الصغير
(انه) أي ان الملتقط (لا يملك إتلاف منفعه) أي منافع اللقيط بالإستخدام (فأشبهه
العم) أي فأشبه الملتقط العم ، أي كما لا يجوز للعم إتلاف منافع الصغير فكذلك لا يجوز
للملتقط (بخلاف الأم لأنها تملكه) يعني الأم تملك إتلاف منافع الصغير بالإستخدام بلا
عوض ، فلأن يملكه بالإجارة بموض أول (على ما ذكر في الكراهية) أي في آخر
كتاب الكراهية في مسائل متفرقة .

* * *

كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا شهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها،

(كتاب اللقطة)

أى هذا الكتاب في بيان أحكام اللقطة ، اللقطة واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى ، وخص اللقيط ابن آدم واللقطة لغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بني آدم ، وقيل خص لفظ اللقطة بالمال ، لان الفعلية بضم الفاء وفتح العين نعت للمبالغة في الفاعلية ، كالضحكة اللعنة ، واللقيط فعيل بمعنى المفعول ، فاللقيط الدال على الفاعلية أول بالمال ، لزيادة مثل الانارة لرفعه ، كأنها فامر رآها يرفعها كأنها بين رافعة نفسها على الاسناد البخارى كناية جلوب وركوب كأنها تجلب نفسها تركب عليه نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب .

أما الطفل المفقود لا يميل كل من رآه يرفعه لزيادة ضرر حاضر فإن أمه نبذته قصد الضرر خاص بخلاف اللقطة ، فإن فيها نفعاً حاضراً وفي المغرب اللقطة الشيء تجده ملغى فياًأخذه ، وقيل بين المال الضائع عن صاحبه يلمحطه غيره ، وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للملتقط ، لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، وسكون القاف المال الملتقط مثل الضحكة للذى يضحك منه ، وعن الاصمعي وابن الاعرابي . والقراء بفتح القاف اسم للحال أيضاً (اللقطة أمانة إذا شهد الملتقط أن يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) هذا لفظ القدورى في مختصره ، وشرط الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف ، حتى إذا ملك عنده وقد ترك الإشهاد يضمن ، وقال الطحاوى في مختصره أن أبا حنيفة كان يقول إن كان أشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها ، وإن لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها ، وقال أبو يوسف للضمان عليه فيها أشهد على أنه أخذها ليعرف

لان الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، بل هو الأفضل
عند عامة العلماء .

بها ، وإن لم يشهد بعد أن يحلف بالله ما أخذها إلا ليعرف بها ثم قال الطحاوى وبه
يأخذ ، ولم يذكر الطحاوى قول محمد ، وذكر المتوسطة والمختلف والحصة
وفتاوى اللؤلؤ الجي .

وخلاصة الفتاوى قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في التحفة وشرح الاقطع قول
محمد مع أبي يوسف ثم علل المصنف ما ذكره القدوري بقوله (لان الأخذ) اى أخذ اللقطة
(على هذا الوجه) اى على وجه الأشهاد د عند الأخذ (مأذون فيه شرعاً) لاجل الحفظ
على صاحبها ، وإذن الشارع ليس أقل من إذن المالك ، فإذا أذن المالك فلا ضمان ، فكذا
إذا أذن الشارع ، ألا ترى أن الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الأذن فكذا هذا ، فان
قلت من ابن يربد إذن الشارع فيه ، قلت من قوله عليه السلام من أصار لقطة فليشهد ذو عدل
رواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن عياض بن حماد عنه عليه السلام ، فانه يدل على أن
له أن يأخذها بالأشهاد (بل هو الأفضل) اى بلا أخذ اللقطة أفضل قال في الشامل أخذ
اللقطة مندرب اليه قوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ٢ سورة المائدة .

وفي المبسوط اختلف في رفعها فالمتقشفة يقولون لا يجمل رفعها لأنه أخذ مال الغير بغير
إذنه ، وهو حرام شرعاً ، وهو مخالف للحديث ، واجماع الأئمة ، وقال بعض التابعين تحل رفعها
ولكن الترك أفضل ، وبه قال أحمد في الاصح ، وأشار المصنف الى أن رفعها أفضل
(عند عامة العلماء) .

إذا وجدها بمصغه ومن عليه ذلك وهو رواية عن أحمد ، وأختارها أبو الخطاب الحنبلي ،
وعن الشافعي في قول إذا لم يأمن عليها رفعها واجب . وقال مالك ان كان شيئاً له مال
فرقمه أحب الى أن فيه حفظ مال المسلم ، فكان أولى من بضعه وفي شرح الاقطع
مستحب أخذ اللقطة ، ولا يجب ، وقال في النوازل أبو نصر محمد بن سلام ترك اللقطة
أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه .

وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يعرض الرفع بموان لم يخف لا يباح رفعها ،

وهل الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك ، لان تصادقها أنه أخذها للمالك حجة في حقهما ، فصار كالبينة ولو أقرانه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع ، لانه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ،

وأجمع العلماء عليه ، والافضل الرفع في ظاهر المذهب ، وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها . قال بعضهم رفعها أفضل من تركها ، وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل ، وقال الاسبيجاني في شرح الطحاوي ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية ، وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك ، فأما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فانه يضمن ، وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب على ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية .

(وهو الواجب) اى رفعها هو الواجب (اذا خاف الضياع) اى ضياع اللقطة (على ما قالوا) اى المشايخ لقوله تعالى ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ ٧١ التوبة ، فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وفي الذخيرة يفترض رفعها اذا خاف ضياعها بتركه (واذا كان كذلك) واذا كان أخذ اللقطة مأذوناً فيه (لا تكون مضمونة عليه) اى على الملتقط لجواز الاخذ له شرعاً (وكذا) اى وكذا لا تكون للقطة مضمونة (اذا تصادقا) اى المالك والملتقط (أنه) اى ان الملتقط (أخذها المالك لان تصادقها حجة في حقهما فصار) اى فضل فيهما (كالبينة) يعنى أن البينة اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان ، فكذا إذا وجد التصادق .

(ولو أقرانه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع) ذكر هذا تقريماً لمسألة القدوري . وإنما قيد بالإجماع احترازاً عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة ، لأن فيه خلاف أبي يوسف (لأنه) أي لأن الملتقط (أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع)

وإن لم يشهد الشهود عليه ، وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك
يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يضمن والقول
قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. ولهما أنه
أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ
لمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ

فكان عاصياً ، وقال في شرح الطحاوي ما أخذها لياً كلها إلا ليردها على صاحبها ثم هلكت
فإنه يضمن ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها (وإن لم يشهد الشهود عليه) أي
عند الالتقاط .

(وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو
يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غير واجب بل هو مستحب ،
وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف (والقول قوله) أي قول الملتقط مع
يمينه (لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أي للملتقط (لاختياره الحسبة دون
المعصية) أي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى ، والحسبة أي من الاحتساب كالعمدة من
الاعداد ، وإنما قيد الحسبة عملاً لم ينو به وجه الله تعالى ، لأن له حينئذ أن يعيد عمله ،
فجعل في حال مباشرة الفعل كأنه معتد .. كذا رواه الزمخشري في الفائق .

وحاصل الكلام أن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً ، قال عليه السلام لا
يطيب بكلمة خرجت من في أخيك سواء وأنت تجدها محملاً من الخير وإنما كان القول قول
صاحبها ، لأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر ، فالقول له كما في النصب .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد (أنه) أي ان الملتقط (أقر بسبب الضمان وهو أخذ
مال الغير) بغير إذنه (وادعى ما يبرئه) بضم الياء من الإبراء أي ما يبرئه عن الضمان
وهو الأخذ أي دعواه ما يبرئه (وهو الأخذ لمالكه وفيه) أي وفي قوله هذا وقع الشك ،
وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن ويحتمل أنه أخذ لمالك فلا يضمن (وقع الشك
فلا يبرأ) عن الضمان .

وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله ، لان الظاهر أن يكون المتصرف
عاملاً لنفسه ، ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة
فدلوه علي ، و واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس . قال فإن كانت
أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حوياً ،

(وما ذكر) أى والذى ذكره أبو يوسف (من الظاهر) وهو قوله لأن الظاهر
شاهد له (يعارضه مثله) أى مثل ذلك الظاهر . وهو أن يقال الأصل (لأن الظاهر أن
يكون تصرف الإنسان له لا لغيره) وذكروا في نسخ الفتاوى هذا الاختلاف إذا كان
متمكناً من الاشهاد ، فإن لم يكن لعدم من يشهد على ذلك أو الحقوق أن يأخذ منه ظاهر ،
فالقول قوله مع اليمين بالإجماع ، ولا ضمان عليه في ترك الإشهاد .

(ويكفيه) أى ويكفي الملتقط (في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة) أى
ينادى ويقول من رأى لقطة كذا وكذا (فدلوه علي) بضم الدال وتشديد اللام على تشديد
الياء سواء كانت اللقطة (واحدة) أو أكثر يعني (كانت اللقطة أو أكثر) من جنس
واحد أو من أجناس مختلفة ، بأن يكون ذهباً وفضة أو أثواباً يكفيه أن يقول من
سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج إلى الزيادة (لانها) أى لان اللقطة (اسم جنس) فيتناول
وعند أحمد ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة ، وفي شرح الطحاوي ولو قال
التقطت لقطة أو قالته أو قال عند شيء ، فمن سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، فلما جاء
صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه ، وكذلك لو وجد لقيطين فقال من سمعتموه يسأل
شيئاً فدلوه علي ، ولم يقل عندي لقطتان ، وكذلك لو قال عندي لقطة برىء من الضمان ،
وإن كانت عشراً .

وهذا كله اشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها ، وقال شمس الأئمة الحلواني أو في
ما يكون في التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذها لا ردها ، فإن فعل ذلك ولم
يعد فيها بعد ذلك كفى (قال) أى القدوري (فإن كانت) أى اللقطة (أقل من عشرة
دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حوياً) هذا لفظ القدوري في مختصره

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً
معناه على حسب ما يرى الإمام ، وقدره محمد في الاصل
بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير ، وهو قول مالك
والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل

(قال) أى المصنف (هذه رواية عن أبي حنيفة) أى هذه الرواية التي ذكرها القدوري
بالتريديد رواية عن أبي حنيفة ، وأشار بهذا إلى انها ليست ظاهر الرواية ، وفي ظاهر
الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول ، فإن الطحاوى أيضاً قال وإذا اللقطة لقطه انه
يعرفها سنة ، سواء كان الشيء نفيماً أو حبساً في ظاهر الرواية ، وفي فتاوى الولوجي ،
وعن أبي حنيفة إن كانت مثتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً وإن كانت أقل من مثتي درهم
إلى عشرة يعرفها شهراً ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وعن أبي حنيفة في رواية أخرى وإن كانت مثتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً ، وإن
كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفها عشرة أيام ، وإن
كانت درهماً فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام ، وإن كانت دافقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن
كانت دون ذلك ينظر عنه ويسره ثم يصدقه في كف فقير ، وقال شمس الأئمة السرخسي
وشيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف التعليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها
لا يطلها بعد ذلك ، وقال أصحاب الشافعي ، التعريب واجب منه وهو قول مالك وأحمد .

(وقوله) أى وقول القدوري (أياماً معناه على حسب ما يرى الإمام) أى ان الملتقط
معناه إلى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلها بعد ذلك (وقدره محمد في الأصل) أى
في المبسوط قدر محمد في التعريف (بالحول من غير فصل بين القليل والكثير) وهكذا
روي عن محمد وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ، ويمضي
فيها الزمان التي يقصد فيه البلاد من الخبر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة أجل العين
(وهو) أى قول محمد بالحول (قول مالك والشافعي) واحمد أيضاً (لقوله عليه السلام)
أى لقول النبي ﷺ (من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل) هذا الحديث رواه

وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به ، في السرقة وتعلق استحلال الفرج به ، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ، فقوضنا إلى رأي المبتلي به

اسحاق بن راهوية بإسناده عن عياض وعن الرسول ﷺ ، وقد ذكرنا بعضه عن قريب له وفيه وليعرفها سنة ، وإن جاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء ، وأخرج الدارقطني في سننه عن زيد بن خالد الجهني قال سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة ... الحديث من غير فصل يعني بين القليل والكثير (وجه الأول) وهو ما روى عن أبي حنيفة انه عرفها حولاً إذا كانت عشرة فصاعداً (أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي الف درهم) يشير به إلى ما رواه البخاري في صحيحه عن ابي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت مرة مئة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد من يعرفها ثم أتيتها فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد ثم أتيتها ثلاثاً فقال احفظ وعامها وعددها ووكاهها فإن بان صاحبها وإلا فاستمتع بها وجه الاستدلال انه عليه السلام اعتبر الحول في كل كرة يجب التعريف بالحول مطلقاً وأجاب المصنف عن هذا بقوله (والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة) لأن اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ، وكذلك في صلاحية العشرة المهر لما فيها فوقها ، وهو معنى قوله (وتعلق استحلال الفرج به) اي وكما في تعلق استحلال الفرج في النكاح (وليست في معناها) اي وليست للعشرة في معنى الألف (في حق تعلق الزكاة) وهذا ظاهر ، وكان للعشرة جهتان ، أحدها حال كونها في معنى الأول والأخرى في عدم كونها ، فلما كان الأمر كذلك قال المصنف (فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً) نظراً إلى اعتبار الجهة الأولى (وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما) اي بوجه من الوجوه ، قال فإذا كان الأمر كذلك (فقوضنا) يعني تقدير المدة (إلى رأي المبتلي به) اي بما دون العشرة ،

وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به ، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ،
وفي الجامع

وقال الكاكي وما روى عن ابي بن كعب رضي الله عنه انه عليه السلام امره بتعريف مائة دينار غير صحيح ، قال ابو داود وشك الراوى في ذلك ، وقال الراوى اعوام او عام واحد .. انتهى .

قلت الحديث رواه مسلم ايضا في صحيحه ، وفي آخره ، فقال لا ادري ثلاثة احوال او حول واحد ، وفي لفظ فيما بين عامين او ثلاثة ، وفي لفظ عرفها بعض الرواية بدليل ان منعه قال فيه منعة بقول منذ عشر سنين عرفها عاما واحداً وقال ابن الجوزى في التحقيق ولا تخلو هذه الروايات عن غلط بعض بدليل ان شعب قال بالتعريف فيه مستحقة يقول بعد عشر سنين عرفها عاما واحداً ، ويكون عليه السلام علم انه لم يقع يعرفها كما ينبغي فلم يجب له بالتعريف الأول (وقيل الصحيح) اشار به إلى قول شمس الأئمة السرخسي وقد ذكرناه عن قريب ، ولهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد رحمهم الله (إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) أي باللقطة .

(وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى) قالوا في نسخ الفتاوى وإن كانت مما لا تبقى إذا ادى عليه يوم او يومان عرفها ، فإذا خاف الفساد وتصدق بها (عرفها حتى إذا خاف ان يفسد يتصدق به) كلمة حتى هنا بمعنى إلى المعنى عرفها إلى ان خاف فسادها اي تلفها فحينئذ يتصدق به ، والضمير في قوله عرفها يرجع إلى اللقطة او في قوله به يرجع إلى قوله شيئاً (وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي الجامع) بجمع الناس كالأسواق وابواب المساجد وفي الشامل والتعريف او ينادى في الأسواق والمساجد من ضاع له

فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاءه إباحة حتى جاز الانتفاع ، من غير تعريف ، ولكنه يبقى على ملك مالكه ، لأن التملك من المجهول لا يصح ، فإن جاء صاحبها

شيء فليطلبه عندي (فإن ذلك) أشار به إلى الموضع أصابه فيه (أقرب إلى الوصول إلى صاحبها) لأن صاحبها يرجع إلى الموضع الذي نسبه فيه .

(وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان) يعني في مواضع مختلفة ، فجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار بقيمتها لأنها ظهرت بصيغة وهي جمعه وله الانتفاع بذلك ، وذكر شيخ الإسلام ، ولو كانت متفرقة جمعها للمالك أخذها لأنه يصير ملكاً للأخذ بالجمع ، وكذا الجواب في التقاط المسائل ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والصور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها ، أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ألقى بها ، بل سقطت منه ... انتهى .

وكلام المصنف يدل على شيئين أحدهما أنه إذا جمعها يجوز الانتفاع بها لأنه علل بقوله (يكون القاؤه إباحة) أي القاء الشيء الذي يعلم أن صاحبه لا يطلب يكون إباحة منه لمن يأخذه (حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف) لأنه حينئذ من الإباحات ، والثاني يدل على أنه لا يخرج من ملك مالكها أشار إليه بقوله (ولكنه يبقى على ملك مالكه) لأنه لم يخرج من ملكه فلا يكون ملكاً لمن أخذه (لأن التملك من المجهول لا يصح) .

فإذا وجده في يد الملتقط أخذ منه إن شاء ، وفي المبسوط روى بشر عن أبي يوسف لو جز صوف شاة مينة ملقاء كان له أن ينتفع به ، ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو دفع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه ما زاد الدباغ فيه ، لأنه ملكه لم يزل باللقاء ، وفي خلاصة الفتاوى التفاح والكمثرى والحطب في المال لا بأس أن يأخذها (فإن جاء صاحبها) أي صاحب اللقطة إن جاء بعد التعريف

وإلا تصدق بها إيصالاً للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها ، وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصديق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها ، قال فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابها ولأن التصديق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه ، فيتوقف على إجازته والمالك يثبت للفقير

وخبير إن محذوف تقديره رفعها إليه (وإلا) أي وإن لم يجديعني إذا لم يطف الملتقط بصاحبها (تصدق بها) والمسألة من القدوري وقامها فيه ، فإن جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء بمعنى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط .

وشرح المصنف كلام القدوري بقوله (إيصالاً) أي لأجل الإيصال (للحق إلى المستحق وهو) أي إيصال الحق إلى المستحق (واجب بقدر الإمكان) ليخرج من عهده ، ولما كان الإيصال أعم من أن يكون لصاحب الحق أو لغيره أوضح ذلك بقوله (وذلك) أي إيصال الحق (بإيصال عينها) أي عين اللقطة ، (عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته) أي إجازة صاحب اللقطة (التصديق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها) أي باللقطة أي مستحقة ، وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصديق لا يكون الثواب له (وإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو) أي صاحبها (بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصديق وإن حصل بإذن الشرع) حيث جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البزار فإن جاء صاحبها فليرده إليه ، وإن لم يأت فليصدق به ... الحديث .

فهذا التصديق وإن حصل بإذن الشرع (لم يحصل بإذنه) أي بإذن صاحبها الذي هو المالك ، فإذا كان كذلك (فيتوقف على إجازته) أي إجازة صاحب الصدقة (والمالك يثبت للفقير) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لما توقف فعاد التصديق على إجازته فينبغي ان يشترط وجود الحل عند الإجازة ، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد

قبل الإجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي
لثبوته بعد الإجازة فيه وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره
بغير إذنه

الفقير ثم أجاز المالك جاز وتقدير الجواب ان الملك ثبت للفقير (قبل الإجازة) لأن الملتقط
لما أذن له الشرع في التصديق ملكه الفقير لأن الصدقة من أسباب الملك (فلا يتوقف) اي
ثبوت الملك (على قيام المحل) حتى لو هلك المال في يد الفقير تجوز الإجازة .

فإن قيل لو ثبت للفقير فالأخذ ينبغي ان لا يأخذه المالك إذا كان قائماً في يده ، فلنا
ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له . وكالمرد
لو عاد من دار الحرب مسلماً بعد قيمة مالية بين ورثته ، فإنه يأخذ ما وجدته قائماً بعد ثبوت
الملك لهم (بخلاف بيع الفضولي) حيث يشترط فيه الإجازة قيام المحل (لثبوته) اي
ثبوت الملك (بعد الإجازة) اي بعد إجازة المالك (فيه) اي في بيع الفضولي ، وإذا أجاز
المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة المالك والمتعاقدان والمقصود عليه
ان كان الثمن ديناً ، وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى في باب البيوع . (وان شاء ضمن الملتقط)
هذا عطف على قوله ان شاء رضي الصدقة (لأنه) اي لأن الملتقط (سلم ماله إلى غيره بغير
إذنه) اي سلم مال صاحب اللقطة إلى غيره بغير إذنه منه فله ان يضمه ، وبه قال مالك
والثوري والحسن بن صالح .

وقال الشافعي وأحمد فإذا لم يحمىء بعد التمزير ملكها الملتقط بحكم القاضي ، وصارت من
ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط او فقيراً وروى مثله عن عمر وابن مسعود وحارث
رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والنخعي وابن المنذر واحتج الشافعي وأحمد بحديث زيد
ابن خالد ، فإن لم يعرف فاستفقها ، وفي رواية فاستمتع بها ولنا حديث أبي هريرة ان رسول
الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ، فإن جاء
صاحبه فليرده إليه ، وإن لم يأت فليصدق به ، فإن جاء فليخير بين الاجر وبين العطالة
رواه البزار ، ولأنها ملك الغير فلا يملكها لغيرها ويملكها الفقير عنه ، فلحديث عياض بن

إلا انه بإباحته من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد
كما في تناول مال الغير حال المخصصة وإن شاء ضمن المسكين إذا
هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان

حماد والمجامي وقد ذكرناه ، وفيه فإن جاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء .
رواه النسائي وغيره .

وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، وعن أحمد مثله ، وحديث زيد
ابن خالد يمكن ان يكون في فقير فيحل عليه جميعاً بين الأحاديث ، فإن قلت ان حديث
أبي هريرة غريب قلت ليس كذلك بل نقله القدوري وهو موافق للنصوص في عدم جوازه
بملك مال الغير بغير إذنه ، فإن قلت كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع قلت
الشرع أباح له التصدق وان ألزمه ذلك وهو يعني قول المصنف (لأنه) اي ان الملتقط (بإباحته
من جهة الشرع) يعني ان الاذن كان إباحة منه لا التزاماً ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم لا الضمان
وهو معنى قوله .

(وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حال المخصصة) فإنه يحل بإباحة
شرعية ، لكن مع الضمان ، وكذا الرمي الى الصيد مباح ، وكذا المشي في الطريق مباح ،
فإذا هلك بذلك شيء يجب الضمان على الرمي وأما شيء ، لان إسقاط حق محترم لا يجوز .
وفي خلاصة الفتاوى ان يصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له ان يضمنه ، وقال الكاكي
هذا ليس بصواب إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالاً من تصدق القاضي
بنفسه ، ويقال يضمن القاضي وههنا أولى ، كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان (وان
شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه) اي لأن المسكين قبض مال
اللقطة بغير إذن منه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب ، لكن ان
ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء .

اما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ، ومن أخذ لنفسه لا يرجع على أحد كالمعتبر . واما
الملتقط فإنه ضمن مالك اللقطة وقت التصدق بغير انه يصدق بملك نفسه (وان كان) اي

قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله . قال ويجوز الالتقاط في الشاة
والبقر والبعير وقال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في
الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن
الأصل في أخذ مال الغير الحرمه والإباحة مخافة الضياع ؛
وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي
بالكراهة والندب إلى الترك ،

المال الذي هو لقطه (قائماً) في يد الفقير (أخذه لأنه وجد عين ماله) وهو حقه فيأخذه
ان شاء (قال) أي القدوري (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) هذا كلام القدوري .
وقال المصنف (وقال الشافعي ومالك إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك
أفضل) وبه قال أحمد ، وعن مالك والليث في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرفها ،
وفي الصحراء لا يتعرض لها وهو رواية المزني عن الشافعي وعن مالك أن البقر كالشاة ، أما
إذا وجدها في مكان يقلب على الظن هلاكها أو في قرية لا مرعى فيها فالأولى أخذها
عند الكل وفي الوجيز لو وجدها في بلدة أو قرية أو قريب منها فوجهان أحدهما لا يجوز
وأصحها يجوز .

وما لا يمنع من صغار المتاع كالبعير والغنم والفحول والفصلا ن يجوز التقاطه في المفازة والعمران
وما لا يمنع من صغار المتاع كالعبد والغنم والفحول والفصلا ن يجوز التقاطه في المنازة والعمران
في الأصح ، وفي شرع الأقطع الخلاف في الجواز ، وذكر الكتاب خلاف الأفضلية ،
وروايات كتبهم ومستمسكاتهم تدل على أن الخلاف في الجواز (وعلى هذا الخلاف الفرس)
الخلاف المذكور التقاط الفرس (لهما) أي للشافعي ومالك (ان الأصل في أخذ مال
الغير الحرمه والإباحة مخافة الضياع) أي إباحة أخذ مال الغير لأجل الخوف
عن ضياعه .

(وإذا كان معها) أي مع اللقطة (ما يدفع عن نفسها) كالغزل ونحوه (يقل الضياع
ولكنه يتوهم) أي ولكن الضياع يتوهم (فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك) أي

ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة
لأموال الناس كما في الشاة ، فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحامك
فهو متبرع لقصور ولايته

المستحب أن يتركها ، وقد ذكرنا الآن عن الأقطع أنه خلاف الجواز (ولنا
إنها) أى إن البقر والبعير والفرس (لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة
لأموال الناس كما في الشاة) فإن التقاطها يستحب بالإجماع .

وإذا خيف الضياع على البعير ونحوها يستحب أخذها أيضاً صيانة لأموال الناس ، فإن
قلت ما تقول في حديث رواه البخارى عن زيد بن خالد رضي الله عنه أن رجلاً سأل
رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة إلى أن قال فضالة الغنم ، فقال خذها فانما هي
لك أو لأخيك أو للذئب قال رسول الله ﷺ فضالة الإبل قال فغضب رسول الله ﷺ حتى
احمرت وجناته واحمر وجهه .

ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربه . قلت هو محمول على ما إذا
لم يخف عليها ، أما إذا خيف عليها فأخذها للصيانة أولى ، ويدل عليه ما رواه الطحاوى
عن عبد الله بن عمرو بن العاص إن رجلاً من مدينة أتى رسول الله ﷺ فسأل كيف ترى في
ضالة الغنم قال طعام ما كول لك أو لأخيك أو للذئب أحسن على أخيك ضالته قال يا
رسول الله ﷺ فكيف ترى في ضالة الغنم قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا
تخاف عليها الذئب تأكل الكلاً وترد الأذى عنها حتى يجيء طالبها ... انتهى .

قوله سقاؤها بكسر السين وأراد بها إذا وردت الماء تشرب يكون ربه من ظنها
والحذاء بكسر الحاء المهملة وبالدال المعجمة وبالألف ممدودة وأراد بها حقاؤها التي تقوى
بها على السير ، فإن قلت ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلاً بدليل ما روى في شرح
الآثار عن أبي عباد رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ضالة المسلم حرف التاء -
قلت معناه إذا أخذها للركوب لا للتعريف والحرف بفتحتين اسم الاحراف . وعن ثعلب
الحرف اللهب يعني إن تملكها سبب العقاب من النار . وكذا الجواب عن الحديث الآخر
وهو قوله عليه السلام لا يرى الضالة إلا الضال يعني إذا أخذها لنفسه وإن أبرأها إذا كان
لنفسه لا للتعريف .

عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها ، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نين ، وإذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق ، وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة ،

عن ذمة المالك (فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره وبغير أمر القاضي) فإن أنفق بأمره (أى بأمر القاضي (كان ذلك) أى انفاقه (ديناً على صاحبها) أى صاحب اللقطة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المال (لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له) أى لاجل النظر للغائب لانه نصبه لمصالح المسلمين فيعم ولايته .

(وقد يكون النظر في الإنفاق) أى وقد يكون نظر الحاكم في الامر بالانفاق على اللقطة ، فكل ما رآه القاضي أحوط وأصلح كان له ذلك (على ما نين إن شاء الله تعالى) أى بعد خمسة حلوط عند قوله وإذا كان الاصلح الإنفاق عليها (وإذا رفع ذلك) أى أمر اللقطة (إلى الحاكم نظر فيه) أى في أمر اللقطة (فإذا كان للبيمة منفعة) وهي صلاحيتها للاجارة كالحيوان التي تركب (أجرها وانفق عليها من أجرتها لان فيه) أى لان في أمر الإجارة (ابقاء العين) أى عين اللقطة (على ملكه) أى على ملك صاحبها (من غير إزام الدين عليه) أى على صاحبها .

(وكذلك يفعل) أى الحاكم (بالعبد الآبق) فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته ، لأن فيه إبقاء للملكه (وإن لم يكن لها منفعة) كالشاة مثلا (وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر) أى الملتقط (بحفظ ثمنها إبقاء له) أى لاجل إبقاء اللقطة للمالك (معنى عند تعذر إبقائه صورة) أى من حيث المعنى بالمالية حيث لم يكن انفاء الصورة لانه

وإن كان الأصلح الإتفاق عليها أذن في ذلك ، وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً وفي هذا نظر من الجانبين ، قالوا وإنما يأمر بالاتفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ، لان دارة النفقة مستأصلة ، فلا ينظر في الاتفاق مدة مديدة ، قال في الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده ولا يأمر فيه بالاتفاق بخلاف الودیعة حيث يأمره بالاتفاق فيها ، فلا بد

يخاف عليها أن يستأصل النفقة القيمة (وإن كان الأصلح الإتفاق عليها) يعني القاضي لو رأى الإتفاق أصلح (أذن في ذلك) أي في الاتفاق .

(وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه) أي لان القاضي (نصب ناظراً) في أمور المسلمين يفعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك بعموم ولايته (وفي هذا) أي وفي إذن القاضي للملتقط في الإتفاق وجعل النفقة ديناً على المالك (نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين مالكة وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما أنفق . (قالوا) أي المشايخ (وإنما يأمر الإتفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها) أي يأمر القاضي ببيع اللقطة (لأن دارة النفقة) أي استمرارها (مستأصلة) للقيمة (فلا ينظر في الإتفاق مدة مديدة) أي طويلة (قال) أي المصنف (في الأصل) أي في المبسوط (شرط إقامة البينة) حيث قال فإن رفعها إلى قاض وأقام بينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها (وهو الصحيح) وفي بعض النسخ وهو الصحيح وهو اختيار المصنف ، وقال الولوالجي في فتاواه :

قالوا هذا إذا كانت اللقطة شيئاً لا بخلاف الهلاك عليه مبني لم ينفقه إلى أن تقوم البينة ، أما إذا كان يخاف أمان القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن تهول له اتفق عليه إن كنت صادقاً (لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يده ولا يأمر فيه بالاتفاق بخلاف الودیعة حيث يأمره بالاتفاق فيها) خوفاً من ضياعها (فلا بد) أي

من البينة لينكشف الحال ، وليست تقام للقضاء ، وإن قال لا بينة لي
يقول القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على
المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً ، وقوله في الكتاب
وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما
حضر ، ولم يتبع الملتقط إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية

فإذا احتمل في اللقطة العصب فلا بد (من البينة) على انه التقطها (لينكشف الحال)
للحاكم حتى يقع أمره على الصواب .

(وليست تقام) أي البينة (للقضاء) أي لأجل الحكم ، وهذا جواب عن سؤال مقدر
تقديره أن يقال كيف شرط في الأصل إقامة البينة ، ولا تقوم البينة إلا على مدع منكر
ولم يوجد ذلك هنا ، وتقدير الجواب أن البينة هنا ليست لأجل قضاء القاضي ، وإنما لكشف
الحال يعني تقام حتى ينكشف حال البهيمة أنها لقطة أو غصب ، فإن في الأولى يأمر
القاضي بالإنفاق دون الثاني .

(وإن قال لا بينة لي) أي وإن قال الملتقط لا بينة لي على أي التقطها (يقول له
القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ، ولا
يرجع إن كان غاصباً) قوله ولا يرجع بالنصب لأنه عطف على قوله حتى يرجع فإن يرجع
فيه منصوب بتقدير أن بعد حتى (وقوله) أي قول القدوري وهو مبتدأ (في الكتاب)
أي في مختصر القدوري (وجعل النفقة ديناً على صاحبها) هذا لفظ القدوري (إشارة)
بالرفع خبر المبتدأ المذكور (إلى أنه إنما يرجع) أي الملتقط (على المالك بعد ما حضر ،
ولم يتبع الملتقط) اللقطة ، وضبطه بعضهم على صيغة المجهول (إذا شرط القاضي
الرجوع) هذا متصل بقوله إنما يرجع الملتقط (على المالك) إذا شرط القاضي الرجوع
على المالك .

(وهذه رواية) أي شرط الرجوع برواية ، فعلى هذه الرواية إذا أمر القاضي بالإنفاق
على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه ، وفي الرواية الأخرى يرجع .

وهو الأصح ، قال فإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه يحبس بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهة الملتقط فأشبه المبيع ، وأقرب من ذلك رد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس ، لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ،

(وهو الاصح) اى الاصح في الرجوع إن شرط القاضي الرجوع ، واحترز به عن قوله بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي يكفي للرجوع (وإذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها) أي يمنع اللقطة من المالك (حتى يحضر النفقة) الذي أنفقها الملتقط على اللقطة (لأنه) اى لان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور ، قاله الكاكي والوجه ان يقال ذكره باعتبار المال ، وكذلك الكلام في قوله (يحبس بنفقته) اى بنفقة الملتقط (فصار ، كأنه استفاد الملك من جهته) اى من جهة الملتقط (فأشبه المبيع) حيث يجوز للبائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن .

(وأقرب من ذلك) اى اقرب من البيع الى اللقطة في السيد (رد الآبق) اى العبد الهارب ، لان الذى رده لحبسه لاجل اخذ الجعل ، وهو معنى قوله (فان له) اى الراد دل عليه قوله ، رد الآبق (الحبس) اى حبس الآبق (لاستيفاء الجعل) وهو اربعون درهماً على ما يأتي (لما ذكرنا) هو قوله حتى ينفقه ، فكما ان اللقطة حيث ينفقه الملتقط ، فكذلك الآبق حتى يرد من مسك (ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه) اى بهلاك اللقطة على تأويل المال (في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط اذا هلك بعد الحبس ، لانه) اى لان اللقطة على تأويل المال لما ذكرنا (يصير بالحبس شبيه الرهن) اذا هلك بعد حبس الرهن بالنفقة ، وفي الذخيرة اذا الى الراهن ان ينفق على الرهن فللمرتهن ان يجب الرهن حتى في النفقة ، ولو هلك الرهن بعد ذلك لاشيء على الراهن ثم قال قول زفر ، وقال يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة ، فاذا هلك في يد المشتري ، والنفقة دين على الراهن بحاله .

قال ولقطة الحل والحرم سواء ، وقال الشافعي يجب التعريف إلى أن يجيء صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها . ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ، ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرهما ، وتأويل ما روي أنه لا يحل

(قال) أي القدوري « رح » (ولقطة الحل والحرم سواء) يعني في الحكم (وقال الشافعي يجب التعريف) أي تعريف لقطة الحرم (إلى أن يجيء صاحبها) قال أحمد في رواية (لقوله صلى الله عليه وسلم) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها) هذا أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ... الحديث بطوله ... وفيه يلتقط لقطة إلا من عرفها ... الحديث ، وفي لفظ لها يلتقط شيئاً قطعها إلا منشد ، وقال أبو عبيد المنشد المعروف والثالثة الطالب معناه لا يحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها .

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل) يعني بين لقطة الحل ولقطة الحرم ... الحديث ، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، قال جاء رجل فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإفشأنك بها ... الحديث والمفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقه أو غير ذلك والوكاء بكسر الواو بالمد هو الرباط ينشد به .

(ولأنها) أي ولأن لقطة الحرم (لقطة) كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها بعد حول الحول كلقطة الحل (وفي التصديق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه) يعني من حيث يحصل الثواب له (فيملكه) أي الملتقط (كما في سائرهما) أي كما يملك في سائر اللقطات (وتأويل ما روي) أي ما رواه الشافعي (أنه لا يحل

الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط
التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهراً . وإذا حضر رجل فادعى
اللقطة ولم تدفع إليه من يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط
أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء ، وقال مالك والشافعي
يجبر والعلامة مثل إن سمي وزن الدراهم

الالتقاط إلا للتعريف) ولهذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها .
(والتخصيص بالحرم) هذا جواب عما يقال ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى ،
وتقدير الجواب أن تخصيص حل الرفع بالحرم يعني بلقطة الحرم (لبيان أنه لا يسقط
التعريف فيه) أي في الحرم (لمكان أنه) أي ان الذي يلتقط فيه (للغرباء ظاهراً) أي
من حيث الظاهر بيان ذلك أن مكة مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من الأقطار من
كل فج عميق ، ثم يتفرون في شعابها ، قالت إن لفظها لغريب لا يدري عوده إلى مكة ، فلا
فائدة إذا في التعريف فينبغي أن يسقط التعريف أصلاً لعدم الفائدة ، فما زال رسول الله
ﷺ ذلك الوهم ، فقال لا تحل رفع لقطها إلا لعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد ،
وقيل لا يصح عند الشافعي بالحديث المذكور إلا إذا جعل الناشد ، وجعل إلا بمعنى ولا
تقديره لا يحل لقطها لا لغير الملتقط ولا للملتقط ... انتهى .

قلت قد ذكرنا أن المنشد هو العرف ، والناشد هو الطالب وبذمته ليس كذلك ، قال
صاحب الوجيز معنى الحديث لا يحل لقطها إلا لمنشد على الدوام ، وإلا لم تظهر فائدة
التخصيص (وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم يدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى
علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك) أي على الدفع (في القضاء)
بمعنى الحاكم لا يجبره على الدفع (وقال مالك والشافعي يجبر) على الدفع ، قال الكاكي
هذا وقع في نسخ أصحابنا ، ولكن القائل يوجب الدفع بالعلامة ، مالك وأحمد وداود
وابن المنذر فإن كتب أصحاب الشافعي قوله كقولنا (والعلامة مثل إن سمي وزن الدراهم

وعدها ووكاءها ووعاءها ، لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ، ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه ، وهذا للإباحة

وعدها ووكاءها ووعاءها) ويصف في ذلك كله ، وقد مر عن قريب تفسير الوكاء .
 (لهما) أي للملك والشافعي (أن صاحب اليد) الذي هو الملتقط (ينازعه) أي ينازع المدعي لأن اللقطة له (في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف) أي وصف اللقطة بذكر العلامة (لوجود المنازعة من وجه) وهي المنازعة في اليد (ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه) وهي المنازعة في الملك حاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك لأنه يدعي الملك ، وإنما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود) للإنسان (كالملك) حتى يجب الضمان على الغاصب بإزالة اليد ألا ترى أن المدبر إذا غصبه غاصب يلزم الزمان لإزالة يد المحرم وإن لم يكن قابلاً للملك .

فإذا كان كذلك (فلا يستحق) أي المدعي (إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك) إذا ادعاه لقوله عليه السلام **عَيِّنَا البينة على المدعي (إلا أنه)** أي غير أن الملتقط (يحل له الدفع) أي دفع اللقطة إلى صاحبها (عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه) ... الحديث رواه مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة عرفها فإن جاء أحد يخبرك بمددها ووكائها وعائها فاعطه إياها وإلا فاستمتع بها ، وفي رواية والافهي كسيل مالك ، وفي رواية أبي داود فإن جاء مالكا فعرف عددها ووكاءها فادفعها إليه .

(وهذا) أي قوله عليه السلام فادفعها إليه (للإباحة) يعني الأمر فيه للإباحة ، لأن

عملاً بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث
ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً ، وهذا بلا خلاف
لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده ،

الأمر يبيح للإباحة (عملاً بالمشهور) أي لأجل العمل بالحديث المشهور (وهو قوله عليه
السلام البينة على المدعي ... الحديث) أي أتم الحديث وتمامه واليمين على من أنكر
بيانه أي قوله عليه السلام ادفعها إليه ولم يحمل على الإباحة ، وحمل على الوجوب لزم
التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه ، والأصل في التعارض الجمع عملاً
بالدليلين ، فحملنا ما تمسك به الشافعي على إباحة الدفع دعماً للتعارض بين الحديثين .

وقال الأكل ولقائل أن يقول الحمل على الإباحة عملاً بالمشهور فيلزم عدم الجواز الدفع
أيضاً ، لأن انتفاء الوجوب يلزم انتفاء الجواز أن الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء
الوجوب ، والمصنف ما هنا في مقام الدفع فجاز أن يدفعه على طريقه فيلزمه الخصم .

(ويأخذ منه) أي من مدعي اللقطة (كفيلاً إذا كان) أي الملتقط (يدفعها إليه)
أي يدفع اللقطة إلى المدعي (استيثاقاً) أي لأجل الاستيثاق لنفسه حتى إذا ظهر الأمر
بخلاف ، وتقدر الرجوع إليه يرجع على الكفيل ، هذا إذا دفعها بالعلامة ، أما لو دفعها
بالبينة ، فلأبي حنيفة « رح » روايتان ، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً ، كذا في جامع
قاضي خان (وهذا بلا خلاف) يعني أخذ الكفيل منها بلا خلاف (لأنه يأخذ الكفيل
لنفسه) ولا يأخذه لغيره (بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة ودل
الضمير إليه ، وإن لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة صورته ميراث قسم بين الغرماء
أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة ، وعندهما تؤخذ
والفرق عند أبي حنيفة أن حق الحاضر ما هنا غير ثابت ، فيمكن أن يكون غيره فيضمنه ،
ولا يمكن الرجوع على الأخذ لأنه قد تتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل .

أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم ، وحق الآخر موهوم فلا يجوز أن يأخذ
حق الحاضر الثابت الموهوم ، وقال الأترابي قوله ويأخذ منه كفيلاً إلى قوله وهذا بلا خلاف فيه

وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل
يجبر لأن المالك هنا غير ظاهر، والمودع مالك ظاهر، ولا يصدق باللقطة
على غنى، لأن الأمور هو التصديق بقوله عليه السلام فإن لم يأت
يعني صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبهه
الصدقة المفروضة، وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها،
وقال الشافعي

تناقض من المصنف لانه قال في فصل الموارث فيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف .
(وإذا صدقه) أي إذا صدق الملتقط مدعي اللقطة (قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض
الوديعة إذا صدقه) أي لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل إلى المودع وقال أنا
وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه لأنه أمر بحق القبض
في ملك الغير (وقيل يجبر لأن المالك هنا غير ظاهر) أي مالك آخر غير هذا المدعي
في اللقطة غير ظاهر ولما أقر أنه وهو المالك يلزمه إقراره فيجبر على الدفع .
(والمودع) بكسر الدال (مالك ظاهر) فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه
غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وملك في يده ثم حضر المودع
وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء ، وهنا للملتقط أن يرجع
على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له لم يأمره ، وأنه
ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه
أن القابض عامل لنفسه وإنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن
يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط .

(ولا يصدق باللقطة على غنى لأن الأمور هو التصديق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني
صاحبها فليصدق به) أي ما أمر بالصدقة (والصدقة لا تكون على غنى فأشبهه الصدقة
المفروضة) حيث لا يصح على غنى ، والحديث رواه أبو هريرة ، أخرجه الدارقطني ،
وقد تقدم (وإن كان الملتقط غنياً لم يجز أن ينتفع بها) أي باللقطة (وقال الشافعي

يجوز ، لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها ، وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ، ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص ،

(يجوز) وبه قال أحمد (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (في حديث أبي فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها) حديث أبي بن كعب رضي الله عنه في الصحيحين ، وفيه فاحفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فانتفع بها .. الحديث .

(وكان) أبي بن كعب رضي الله عنه (من المياسير) أي من الأغنياء ، وهذا من كلام المصنف وليس من سنن الحديث ، والمياسير جمع ميسور ضد المسور ، وهما وجهان عند سيبويه ومصدران عند غيره ، قيل يرد كلام المصنف ما رواه البخاري ومسلم عن أبي طلحة ، قلت يا رسول الله إن الله تعالى يقول ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ ٩٢ آل عمران ، وأن وجب أموال إلى برها فما ترى يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان ، فهذا صريح ان ايبا كان فقيراً ، قلت يحتمل انه ليس بعد ذلك ، وقضاء بالأحوال الطرف اليها لاحتمال سقط فيها الاستدلال .

(ولأنه) أي لأن الانتفاع باللقطة (إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها) أي لكونه حاملاً وباعثاً على رفعها أي على رفع اللقطة (صيانة لها) أي حفظاً للقطة ، يعني حفظاً لها عن الضياع (والغني يشاركه فيه) أي يشارك الفقير في الإنتفاع بها ، حاصله أن أصل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف لا للتصدق فيصير ذلك سبباً للالتقاط ، فيصير المال محفوظاً على المالك ، فإنه متى علم انه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا المعنى ، فيشاركه في الانتفاع .

(ولنا انه) أي ان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المال (مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص) الحرية للعرض للملك مال الغير فلا يباح ، قال الله

والإباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما رواه على الأصل
والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف، والفقير
قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها، وانتفاع أبي كان ياذن الإمام
وهو جائز ياذنه .

تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .
(والإباحة للفقير لما رويناه) وهو قوله عليه السلام فليصدق به فعمل أن الإباحة
بطريق التصديق (أو بالاجماع) على جواز تعادل الصدقة للفقير دون الغني (فيبقى ما
رواه على الأصل) أي بقي ما رواه جواز الانتفاع الفقير على الأصل وهو حرمة الانتفاع
بمال الغير بغير إذنه (والغني محمول على الأخذ) هذا جواب عما قال الشافعي يجوز
الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها لأنه إذا
عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء أن يؤول إليه، وتقرير
الجواب أن الغني محمول على الأخذ ، يعني كونه حاملا لرفعها (لاحتمال افتقاره في مدة
التعريف) يعني يحتمل أن يكون فقيراً في مدة التعريف .

(والفقير قد يتوانى) أي قد يتكاسل في الأخذ (لاحتمال استغنائه فيها) أي في
مدة التعريف ، فيكون الحاصل في كل منها رفع اللقطة والجاحد إليها ، وكذلك في كل
منها مال عدم رفعها، إلا ان الحامل في المعنى لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير ويطوف
الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال .

فإن قلت في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني ، فإن جاء صاحبها والاقشأنك
فدل على الانتفاع للملتقط غنياً كان أو فقيراً ، قلت معنى شأنك الزم شأنك بها في الحفظ
لصاحبها (وانتفاع أبي كان ياذن الامام) هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث أبي
ابن كعب رضي الله عنه بيانه ان انتفاع ابي بن كعب رضي الله عنه كان ياذن الإمام
تخصيصاً له ، كما في شهادة خزيمه رضي الله عنه (وهو جائز بآذنه)
أي الانتفاع باللقطة بعد مدة التعريف جائز للغني بآذن الإمام على وجه يكون قرصاً .

وهذا الجواب الذي أجاب به المصنف عن حديث ابي بن كعب رضي الله عنه إنما

يمشي على كون ابي غنياً ، لانه قال فيما مضى وكان من المياسير ، وقد قلنا فيما مضى انه كان فقيراً او بين ذلك قال الأترابي في جوابه من حديث ابي قال اصحابنا انه كان فقيراً وذكر حديث ابي طلحة ، وقد ذكرناه ، فان قلت قال الترمذي عقيب حديث ابي رضي الله عنه والعمل عليه عند اهل العلم ، وهو قول الشافعي واحمد واسحاق ، قالوا لصاحب اللقطة ان ينتفع بها اذا كان غنياً ، ولو كانت اللقطة لا تحمل الا لمن تحمل له الصدقة لم يحل لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وقد أمر رسول الله ﷺ باكل الدينار حين وجده ، ومن لم يعرفه .

قلت أجيب عن هذا بما اجيب عن حديث ابي رضي الله عنه فرواه ابو داود في سننه عن سهل بن سعد أن علي بن ابي طالب دخل على فاطمة وحسين رضي الله عنهما وهما يبكيان ، فقال ما يبكيكما قالا الجوع ، فخرج علي رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقاً ، فجاء اليهودي واشترى به دقيقاً فقال اليهودي انت حسن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال فخذ ثم جاء فاطمة رضي الله عنها فاخبرها ، فقالت اذهب به الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحماً فذهب فرهن الدينار بدرهم فطبخت وخبزت وأرسلت الى أبيها ، فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رابعة حلالاً أكلناه من شأنه كذا وكذا ، فقال كلوا بسم الله فأكلوا مكانهم اذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ، فأمر النبي ﷺ فدعى فسأله فقال فسقط مني في السوق ، فقال النبي ﷺ يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله ﷺ أرسل الي بالدينار ، ودرهمك علي فأرسل به فدفعه النبي ﷺ اليه ... انتهى .

واستشكل هذا من جهة ان علياً رضي الله عنه انفق الدينار قبل التعريف ، وأجاب المنذري بأن مراجعته علي رضي الله عنه رسول الله ﷺ على ملأ الخلق اعلان به ، ثم قال بهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة ، قلت هذا رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد الحدري رضي الله عنه قال ان علياً بن ابي طالب رضي الله عنه وجد ديناراً في السوق فأتى النبي ﷺ فقال عرفه ثلاثة ايام قال فعرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرف ، فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال شأنك ... الحديث .

وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره ، وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو غنياً لما ذكرنا ، والله أعلم .

(وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه) أي من الانتفاع (من تحقيق النظر من الجانبين) جانب الملتقط بالانتفاع ، وجانب المالك بحصول الثواب له . (ولهذا) أي ولكون النظر فيه من الجانبين (جاز الدفع) أي دفع اللقيط (إلى فقير غيره) من الفقراء أو هو وسائر الفقراء سواء في الفقر ، فجاز الانتفاع له أيضاً ، (وكذا) أي وكذا يجوز (إذا كان الفقير أباه) أي أب الملتقط (أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو) أي الملتقط (غنياً) وصرفها إلى هؤلاء ، وكلمة إن واصله لما قبلها (لما ذكرنا) أي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولو التقط العبد شيئاً بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتوه طولب ربه وبقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتوه قبل التعريف أو بعده ، وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه ضمان خيانة فتعلق برقبته ، ويظهر في حق المولى ، وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر الولي بالدفع أو القدر وإن أتلف بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق ، لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكانا ضماناً بحصته فلا يظهر في حق المولى .

كتاب الإباق

الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه ،
وأما الضال فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح
مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ، ثم أخذ الآبق

(كتاب الإباق)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الآبق وهو الحرب من أبق من باب ضرب يضرب ، وفي
المبسوط الإباق التمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ، ورواة الأعراق يطهر العبد
عن نفسه فراراً ليصير ماله ضمان أو رده إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان
إلا الإحسان .

والآبق هو الذي يهرب عن مولاه قصداً ، والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله ،
وفي النهاية هذا الكسب أعني اللقيط واللقطة والإباق والعتق ركيت يجانس بعضها بعضاً
من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال والهلاك .

(الآبق) على وزن فاعل مرفوع بالإبتداء ، وقوله (أخذه) مبتدأ ثان وخبره هو
قوله (أفضل) والجملة خبر المبتدأ الأول (في حق من يقوى عليه) أي من يعذر على أخذه
أولاً نعلم خلاف بين أهل العلم (لما فيه) أي لما في أخذه (من إحيائه) لأنه هالك في حق
المولى ، فيكون الرد حياته .

(وأما الضال فقد قيل كذلك) أي حكم الآبق أخذه أفضل ، لما فيه من إحياء النفس
ومن التعاون على البر كالآبق (وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه) يعني الضال
يطلب مالكة فلا يبرح عن مكانه (فيجده المالك ولا كذلك الآبق) بخلاف الآبق لأنه
يخفي عن مولاه ، وإذا لم يؤخذ يضيع حقه (ثم أخذ الآبق) الأخذ على صيغة اسم

يأتي به إلى السلطان ، لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ،
ثم إذا رفع الآبق إليه يجبسه ، ولو رفع الضال لا يجبسه لأنه لا يؤمن
على الآبق الإباق ثانياً بخلاف الضال ، وقال ومن رد آبقاً عن مولاه
من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

الفاعل (يأتي به) أي بالآبق (إلى السلطان) أو نائبه القاضي (لأنسه) أي لأن أخذه
(لا يقدر على حفظه) أي حفظ الآبق (بنفسه) لتمرده وعجز أخذه ، ثم هذا الذي
ذكر في الاتيان بالمعبد الآبق إلى السلطان اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار
شمس الأئمة الحلواني فالأخذ بالخير إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام .

وكذلك للضال والضالة الواحد فيهما بالخير كذا في الذخيرة (بخلاف اللقطة) حيث
لا يرفعه إلى السلطان لأنه قادر على حفظها بنفسه (ثم إذا رفع الآبق إليه) أي إلى
السلطان (يجبسه ، ولو رفع الضال لا يجبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً) فيكون
تركه حبه تعريضاً على الإباق (بخلاف الضال) لأن الظاهر أنه لا يروح إذا
لم يجبس .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا أتى الرجل بالمعبد فأخذه السلطان فحبسه فادعاه
رجل وأقام البيعة انه عبده قال يستحلفه ما بعته ولا رهنته ، ثم يدفعه إليه ولا أحب
أن يأخذ منه كفيلاً ، وإن أخذ منه القاضي كفيلاً لم يكن ليأخذه ولكن لا يأخذه أحب
إلي ، قال الحاكم هذه رواية أبي حفص ورأيت في بعض روايات سليمان قال أحب إلي أن
يأخذ منه كفيلاً ، وإن لم يأخذ منه كفيلاً وسعه ذلك وإن لم يكن للمدعي نية ، وأقر
المعبد انه عبده قال يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلاً ، وإن لم يجبيء للمعبد طالب قال اذا طال ذلك
باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجبيء له طالب ويقم البيعة بأن المعبد عبده فيدفع الثمن ولا
ينقض بيع الامام ، وينفق على الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه
إن حضر ومن ثمنه إن باعه .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ،
ومذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو
قول الشافعي رحمه الله لأنه متبرع بمنافعه فأشبهه العبد الضال .
ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ،
إلا أن منهم من أوجب أربعين درهماً ومنهم من أوجب ما دونها

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك) أي من مسيرة السفر (فبحسابه)
أي فبحسب الجعل بحساب ما دون السفر ، والجعل بالضم ما يجعل للعامل على عمله .
(وهذا استحسان) أي وجوب الجعل استحسان المشايخ لاتفاق الصحابة على ذلك
(والقياس أن لا يكون له) أي للمسير (شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي) وبه
قال ابن المنذر وبعض أصحاب أحمد ، وهو قول ابراهيم النخعي أيضاً ، ولكن ما أنفق
عليه ويجب بالشرط ، بأن قال من رد عبدي علي فله كذا (لأنه) أي لأن المراد (متبرع
بمنافعه) في رده (فأشبهه العبد الضال) .

حيث لا يجب شيء فيه ، ولو تبرع عليه يعني من أعيان ماله فلا يرجع عليه ، فكذا
إذا تبرع بمنافعه ، ولا يستوجب الآبق نهى له عن المنكر ، والنهي عن المنكر فرض ،
فإذاً لا يستوجب فاعل الفرض جملاً .

(ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من
أوجب أربعين درهماً ، ومنهم من أوجب ما دونها) أي ما دون الأربعين ، فمن
الصحابة الذين أوجبوا الأربعين درهماً عن عمر رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة في
مصنفه ، حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي
الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهماً ، ومنهم معاوية رضي الله عنه ، رواه ابن
أبي شيبة أيضاً ، حدثنا وكيع حدثنا سفيان بن أبي إسحاق قال أعطيت الجعل في زمن
معاوية رضي الله عنه أربعين درهماً ، ومنهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما رواه عبد
الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عن عبد الله بن رباح عن أبي عمرو

فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه ، توفيقاً
وتلفيقاً بينهما ، ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد ،
إذ الحسبة نادرة فتحصل

السبائي رضي الله عنه قال أصبت علماءنا قالاً بالفين وذكرت ذلك لابن مسعود رضي الله
عنه فقال الأجر والغنيمة قلت ما الغنيمة قال أربعون درهماً في كل رأس .

ومن الصحابة الذين أوجبوا أقل من أربعين درهماً عن أبي طالب رضي الله عنه رواه
ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن يزيد ويزيد بن هارون عن حجاج عن كعبي عن
الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه أنه جمل في بعض الآبق ديناراً أو اثني عشر
درهماً ، وفيه حديث مرفوع ومرسل أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن
عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارج الحرم بدينار أو
عشرة دراهم .

(فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها) أي أوجبنا ما دون الأربعين (فيما
دونه) أي فيما دون السفر (توفيقاً) بين الآثار المذكورة (وتلفيقاً بينهما) أي جمعاً بين
الروايات المتعارضة ، والتلفيق بالضم يقال لفقت الثوب ألفقته وهو أن يضم شقة إلى أخرى
كذا في الصحاح ، فإن قلت كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير يتضمنه قلت لم يؤخذ
بالأقل لإمكان التوفيق بين أقاويلهم وأشار إليه المصنف بقوله فأوجبنا الأربعين
إلى آخره .

وعن أحمد إن رده من المصر فله عشرة دراهم أو دينار ، وإن رده من خارج المصر
سواء كان مرة السفر أو لافه أربعون ، وقال مالك له أجر مثله في قدر تعب وسفره ، وتكلف
طلبه ممن شأنه وعادته طلب الإباق ، وإن لم يكن ممن نصب نفسه كذلك فله نفقته عليه ،
لأنه اختلف فيه الصحابة فيه علم أنه غير مقدر بشيء معين فيجب أجر المثل (ولأن إيجاب الجعل
أصله حامل على الرد) هذا دليل عقلي لوجوب الجمل بيانه أن الأصل في إيجاب الجمل
هو أنه يحمل على رد الآبق .

(إذ الحسبة) أي العمل فيه لأجل اعتقاد الأجر (نادرة) فإذا كان كذلك (فتحصل)

صيانة أموال الناس ، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ،
ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لانه لا يتوارى
والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ،

لوجوب الجعل (صيانة أموال الناس) من الضياع فيرغب كل واحد عن تحصيل الآبق
ليرده إلى صاحبه ، فيأخذ الجعل ، والرد يحتاج إلى عناء فقلما يرغب الناس في التزام ذلك
حسبة ، ففي إيجاب الجعل يحصل صيانة الأموال (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس
الشافعي الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل أي تقدير الجعل في الآبق بدليل مسمعي أو
هو إجماع الصحابة الذي ورد في حكم الآبق من وجوب الجعل على حسب الاختلاف في كمية
المقدار فيه ، ولا اختلاف في أصل الوجوب لأنه وقع مجمعا عليه من غير تكبر منهم .

(ولا سمع في الضال) أي لا يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال (فامتنع) قياس
الآبق على الضال ، وكان القياس في رد الآبق عدم الوجوب أيضاً ، إلا أنا تركنا القياس فيه
لوجود السمع ، ولا سمع في الضال ، فبقي على أصل القياس (ولأن الحاجة) إشارة إلى
إلحاق الآبق بالضال ببيانه أن الحاجة (إلى صيانة الضال دونها) أي دون الحاجة (إلى
صيانة الآبق لأنه) أي لأن الضال (لا يتوارى) أي لا يختفي (والآبق يختفي) لانه
هارب ، والهارب يخفي لنفسه .

(ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بأن عملوا بالقسمة
كان لكل يوم ثلاثة عشر درهماً ، وثلاثة دراهم ، ورد هذا قول من قال إن قوله رضخ
إلى آخره تكرر لما ذكره قبله ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بيانه أن هذه الأوجه
الثلاثة أعني قوله واضح إلى قوله وإن كانت تفصيلاً لما ذكره أولاً ، فإن التقدير الشرعي إذا
ثبت على خلاف القياس يمنع أن يكون لما دون القدر حكم القدر فقال لأجل ذلك ويقدر
الرضخ بالمعنيين من قولهم ، وأرضخ فلان بفلان ماله إذا أعطاه قليلاً من كثير ، والاسم
الرضيخة يقال أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد .

(في الرد عما دون السفر باصطلاحها) أي باصطلاح المراد المالك يجب ما يقع عليه

أو يفوض إلى رأي القاضي ، وقيل يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر . قال وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً ، قال رضي الله عنه وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ، ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل ، لأنه حط منه . ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم

اتفاقهما ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي أشرنا إليها (أو يفوض إلى رأي القاضي) هذا هو الوجه الثاني أو يفوض أمر الرضخ إلى رأي القاضي على حسب ما يدار ، قالوا هذا هو الأشبه بالاعتبار (وقيل يقسم الأربعون) هذا هو الوجه الثالث أي يقسم الأربعون التي هي الجمل (على الأيام الثلاثة) فيجب بإزاء لكل يوم ثلاثة عشر درهماً وثلاث درهم (إذ هي) أي الأيام الثلاثة (أقل مدة السفر) في القصر في الصلاة وغيرها ، وفي فتاوى الولوالجي وإذا كان العبد الآبق بين رجلين أو ثلاثة فلجمل عليها على قدر الأنصبا لأن منفعة الرد حصلت لها ثلاثاً ، فكذلك الجمل عليها يكون ، وفي الذخيرة ولو كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجمل كله أو لا يكون معتبراً في نصيب الغائب بل يرجع عليه . (قال) أي القدوري «رح» (وإن كانت قيمته) أي قيمة الآبق (أقل من أربعين يقضى له) أي للراد (بقيمته) أي بقيمة العبد الآبق (إلا درهماً) ينقص من الأربعين لأن ما دون الدرهم كسور ، ولا يجوز اعتباره شرعاً للنص (قال) أي المصنف (وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً) وبه قال أحمد (لأن التقدير بها) أي بالأربعين (ثبت بالنص) أي بالأثر (فلا ينقص عنها) أي من الأربعين (ولهذا) أي ولكون الأربعين منصوباً عليها (لا يجوز الصلح على الزيادة) أي على الأربعين يعني إذا صلح المالك مع الراد على أكثر من الأربعين درهماً لا يجوز الصلح لتعيين الأربعين بالنص (بخلاف الصلح على الأقل) حيث يجوز (لأنه حط منه) أي من الأربعين (ولمحمد أن المقصود) يعني من الجمل (حمل الغير على الرد) أي رد الآبق (ليحيى مال المالك) لأن الآبق كالمالك (فينقص درهم

ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأما أم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن
إذا كان الرد في حياة المولى، لما فيه من إحياء ملكه، ولو رد بعد
مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن، ولو كان
الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله

ليسلم له شيء) من مالية العبد (تحقيقاً للفائدة) وهي حياة مال المالك نظراً له، ولا نظر في
إيجاب أربعين كلها في رد ما يساوي أربعين. ثم اعلم أن قول أبي يوسف كان أولاً مثل قول
محمد، وهذا لم يذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أو شمس الأئمة البيهقي
في الشامل، وكذلك في عامة نسخ الفقه، ولم يذكروا قول أبي حنيفة، وذكر في شرح
الطحطاوي قوله مع محمد، فقال لو كان العبد يساوي أربعين أو دونها فإنه ينقص من قيمته
درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف (روح)، أولاً ثم رجع وقال يجب
الجعل درهماً وإن كانت قيمته درهماً (وأما أم الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل
(بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى) لأنها مملوكة له، ولهذا هو أحق بكسبها، وهما
بمنزلة القن، ووجب الجعل لإحياء ما بينها بالرد، وتعليل المصنف بقوله (لما فيه من إحياء
ملكه) أولى بتعليل غيره لما فيه إحياء المالية، لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة.
وقال الكاكي فإن قيل الجعل يجب لإحياء المالكية، ولا مالية لأم الولد خصوصاً عند
أبي حنيفة، قلنا المالك أحق بكسبها، ولها مالية باعتبار كسبها، وقد أحيأها بالرد
إليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب، فإنه أحق بمكاسبه فلا يكون رده إحياءاً لمالية المولى
باعتبار الرقبة، ولا باعتبار المكسبة كذا في المبسوط.

(ولو رد بعد مماته) أي لو رد أم الولد والمدبر بعد موت المولى (لا جعل فيهما لأنها
يعتقان بالموت) أي بموت المولى (بخلاف القن) حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه،
وقوله يعتقان بموته ظاهر في حق أم الولد، وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه، أما
الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة
لأن السعي كالمكاتب عنده، وهو مديون عندهما، ولا جعل لرد المكاتب أو الحر (ولو
كان الراد أباً للمولى أو ابنه) أو ابن المولى (وهو) أي والحال أن الراد (في عيال الأب)

أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل ، لان هؤلاء يتبرعون بالرد
عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب . قال وإن أبق من الذي رده فلا
شيء عليه لانه أمانة في يده ، لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه في
اللقطة قال وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له وهو صحيح أيضاً
لانه في معنى البائع من المالك ،

قيد به إذا لم يكن في عياله يجب الجعل ، وحمله ذلك أن الراد إذا كان في عياله مالك
العبد أي في مؤنته ونفقتة لا جعل له سواء كان الراد أباً المالك أو ابناً له .
وأما إذا لم يكن في عياله لا جعل له سواء كان الراد فعل التفضيل إن كان الراد ابن
المالك فليس له جعل وإن كان أباه فله الجعل إليه المشار في الذخيرة . وفي شرح الطحاوي
ولو كان الراد ذارحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه ،
فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن ، وكذا المرأة والزوج ، وإن وجد الأب عند
أبيه إن لم يكن في عياله فله الجعل ، وإن كان في عياله فلا جعل له ، وكذلك الأخ وسائر
ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه إن كان في عياله ، فلا جعل له ، وإن لم يكن في عياله
فله الجعل . (أو أحد الزوجين على الآخر) أي ورد الآبق أحد الزوجين على الآخر
(فلا جعل) هؤلاء (لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب) أي
القدوري ، وأراد بإطلاق ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة
ثلاثة أيام ، فصاعداً فله عليه جعل أربعون درهماً .

(قال) أي القدوري « رح » (وإن أبق) أي العبد (من الذي رده فلا شيء عليه)
أي لا ضمان عليه (لانه أمانة في يده ، لكن هذا) أي عدم وجوب الضمان (إذا أشهد)
عند الأخذ (وقد ذكرناه في اللقطة) أي وقد ذكرناه في كتاب اللقطة إن الأخذ على
هذا الوجه ما دون فيه شرعاً (قال) أي المصنف :

(وذكر في بعض النسخ) المختصر القدوري (انه لا شيء له) أي لا جعل الراد إذا
أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضاً لانه) أي لأن الراد (في معنى البائع من المالك) لأن
عامّة منافع العبد زالت بالآباق وإنما سعيدها المولى والرد بما يجب عليه ، والبائع إذا هلك

ولهذا كان له أن يجبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يجبس المبيع لاستيفاء الثمن ، وكذلك إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا . قال ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشتري ، وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له ، والرد وإن كان له حكم البيع لكنه يبع من وجه ،

في يده المبيع سقط الثمن ، فكذلك هنا سقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقوله (ولهذا كان له) أي للراد (ان يجبس الآبق حتى يستوفي الجعل) أي حتى يأخذ الجعل ، وهذا (بمنزلة البائع يجبس المبيع لاستيفاء الثمن) أي يأخذ جميع الثمن .

(وكذلك إذا مات) أي الآبق (في يده) أي في يد الراد (لا شيء عليه) أي لا ضمان عليه (لما قلنا) أنه أمانة عنده (قال ولو أعتقه المولى كما لقيه) أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه (صار قابضاً بالاعتاق) فيجب عليه الجعل ، وأشار بقوله بالاعتاق إلى أنه لو دبره فكان الاعتاق لم يصير قابضاً ، والفرق بينها ان الاعتاق إتلاف لما فيه فيصير به قابضاً بالاعتاق ، وأما التدبير فليس بإتلاف المال ، فلا يصير به المولى قابضاً إلا أن يصل إلى يده (كما في العبد المشتري ، وكذا إذا باعه) أي وكذا يصير قابضاً إذا باع العبد الآبق (من الراد لسلامة البدل له) وهو بالثمن لسلامة العين فيجب عليه الجعل .

(والرد وإن كان له حكم البيع) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأنه في معنى البائع من المالك ، وهو أن يقال لما كان الراد في معنى البائع كان المالك في معنى المشتري ، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض ، فأجاب بقوله والراد وإن كان له حكم البيع لكن ليس من كل وجه ، وهو معنى قوله (لكنه يبع من وجه) عن إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل على المولى ، فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الدار قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض فأجاب بقوله والرد وإن كان له حكم البيع لكن ليس

فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز. قال وينبغي إذا
أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده ، فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي
حنيفة ومحمد ، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما ،
لأن ترك الإشهاد أمانة أنه أخذه لنفسه ، وصار كما إذا اشتراه من
الآخذ أو بهبة أو ورثة فرده على مولاه

من كل وجه ، وهو معنى قوله لكنه من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا
لأن ملك الرقبة ليس بزائل عن المولى .

فلما كان كذلك (فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز) أي البيع
لأن النهي ورد مطلقاً ، والمطلق يتناول الكامل وامتناع جواز البيع قبل القبض ، وليس
من خصائص البيع ، أي ليس من لوازمه لا محالة ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز على
قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » ، وينبغي إذا أخذه) أي إذا أخذ الآبق (أن يشهد
أنه يأخذه ليرده) هذا كلام القدوري في مختصره ، وقال المصنف (فالإشهاد حتم)
أي واجب (فيه) أي في الآبق (عليه) أي على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد
حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما) .

وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس الإشهاد بشرط ، وقد مر في اللقطة (لأن ترك
الإشهاد أمانة) بفتح الهمزة أي علامة (أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ)
إذا رده على مولاه لا جعل له لأنه أخذه لنفسه إلا إذا لم يشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه على
صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بشراء ، فله الجمل لأن هذا الشراء لا يعد ملكاً ، فكان
الآخذ بدون الشراء ، وإن لم يشهد لا يستحق الجمل ، وإن شهد استحق ، فكذا هذا
(أو بهبة) أي قبل هبته إن وهبته الآخذ صورته وهبه أو الآخذ لرجل فرد الموهوب له
على مولاه (أو ورثة فرده على مولاه ، أي أو ورث الآبق من الآخذ فرده الوارث عن مولاه ،
ففي هذه الصور كلها :

لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له
الجعل ، وهو متبرع في أداء الثمن ، فإن كان الآبق رهنا فالجعل
على المرتهن لأنه أحیی ماليتة بالرد ، وهي حقه إذ الاستيفاء منها
والجعل بمقابلته إحياء المالية ، فيكون عليه والرد في حياة الراهن
وبعدده سواء ، لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته
مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ؛

(لا جعل له لأنه رده لنفسه) لأنه لم يأخذه ليرده بل أخذه لنفسه ، مسألة الوصية
ذكرها الحاكم ، وفي المبسوط عبد آبق فأخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر فرده على مولاه فلا
جعل له ، وكذا لو وهب له أو أوصى أو ورثه لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه فيكون
رده لإسقاط الضمان .

(إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده) على مولاه ، لأنه لا يقدر على رده إلا بشراء (فيكون
له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن) يعني لا يرجع على سيده قل أو أكثر كما لو اتفق عليه بغير
أمر القاضي (فإن كان الآبق رهناً) فرده ، أخذه (فالجعل على المرتهن لأنه أحیی ماليتة
بالرد ، وهي حقه) أي مالية العبد حق المرتهن (إذ الاستيفاء منها) أي لأن الاستيفاء
حقه من مالية العبد (والجعل بمقابلته إحياء المالية فيكون عليه) أي فيكون الجعل
على المرتهن .

وقال الأكل والجعل بمقابلته إحياء المالية فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ، وليس
ثم حياء المالية عند أبي حنيفة واجب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار
كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحیی الراد ذلك برده .

(والرد في حياة الراهن وبعدده سواء لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن) فكان الرد بعد موته
وقبله سواء (وهذا) أي كون الجعل على الرأس (إذا كانت قيمته) أي قيمة الآبق
(مثل الدين ، أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه) أي فيقدر حصه الدين

والباقى على الراهن ، لانه حقه بالقدر المضمون ، فصار كضمن الدواء
وتخليصه عن الجناية بالفداء . وإن كان مديوناً فعلى المولى إن
اختار قضاء الدين أن يبيع هذا بالجعل ، والباقي للفرماء ، ولأنه
مؤنة الملك والمملك منه كالموقوف فيجب على من يستقر له ، وإن كان
جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه ، وعلى الأولياء
إن اختار الدفع لعودها إليهم ،

على المرتهن (والباقي على الراهن لأن حقه) أي حق الرهن (بالقدر المضمون) لا غير
فيجب عليه الجعل بقدره (وصار كضمن الدواء) حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر
دينه والباقي على الراهن .

(وتخليصه) أي تخليص العبد المرهون (عن الجناية بالفداء) فإن البقاء يجب على
المرتهن بقدر دينه وحصته مع على الراهن ، فكذلك الجعل (وإن كان) أي العبد الآبق
مأثوناً (مديوناً فعلى المولى) أي فالجعل على المولى (إن اختار قضاء الدين) لأجل انتفاء
العبد على ملكه .

(وإن بيع) أي العبد بالدين (أي هذا بالجعل) يعني يستوفي من الجعل أولاً
(والباقي) من الثمن (للفرماء لأنه) أي لأن الجعل (مؤنة الملك والمملك فيه) أي ملك
المولى في العبد لحقوق الدين (كالموقوف) بين أن يسد على المولى متى اختار قضاء الدين ،
وبين أن يصير للفرماء متى اختار البيع (فيجب على من يستقر له) أي فيجب الجعل
على من يستقر له الملك ، فإن اختار المولى قضاء الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه ،
وإن بيع العبد المستقر الملك فيه للفرماء فيجب الجعل عليهم .

(وإن كان) أي الآبق (جانياً) بأن أخطأ (فعلى المولى) أي فالجمل على
المولى (إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه) أي منفعة للرد إلى المولى (وعلى الأولياء)
أي والجمل على الأولياء (إن اختار) أي المولى (الدفع) أي دفع
العبد (لعودها إليهم) أي إلى الأولياء لأن منفعة الرد سلمت لهم

وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته
بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب
له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان للصبي فالجعل في ماله لأنه
مؤنة ملكه ، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي
يتولى الرد فيه .

(وإن كان موهوباً) أى وكان العبد الآبق موهوباً (فعلى الموهوب له) أى فالجعل
على الموهوب له .

(وإن رجع الواهب في هبته) كلمة إن للوصل لما قبله (بعد الرد) أى بعد رد
الآبق ، وإنما ذكر ان الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب من يستقر له الملك وعلى
قوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على
الواهب لهذين المعنيين .

فأجاب بقوله (لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أى برد الآبق (بل بترك
الموهوب له التصرف) من الهبة والبيع وغيرها من التصرف الذى يمنع الواهب من
الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع
الواهب كما في الموت .

فإن قيل المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك للتصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم ، لكن
ترك الموهوب له التصرف آخرها وجوداً ، فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك
يضاف التصرف الى آخرها وجوداً كذا هذا (فيه) أى في الآبق (بعد الرد) أى بعد رد
الآبق من اباقه (وان كان) أى العبد الآبق (للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه) أى لان
الجعل (مؤنة ملكه) أى ملك الصبي .

(وان رده) أى الآبق (وصيه) أى وصي الصبي (فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد
فيه) أى في الآبق اذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة ، وشرعاً يتحقق الرد فيه على نفسه ،
وكذا لكان اليتيم في حجر رجل بقوله فيرده الرجل لا جعل له لأنه هو الطالب عادة ،

وكذا لا جعل للسلطان او الشحنة او الظفير لا جعل لهم في رد الآبق ، والمال من ايدى
قطساع الطريق لوجوب الفعل عليهم كذا في المبسوط والذخيرة . وفي المحيط لو أخذ
رجلاً آبقاً فقصبه من الآخذ رجل وجاء الى مولاه واخذ جعله ثم جاء للآخر واقام بينة
أنه أخذ من مسيرة سفر بأخذها لجعل من سيده ثانياً ويرجع السيد على الفاصب بما وقع
اليه ، ولو جاء رجل بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده هرب من الآخذ فوجده
آخر وجاء به إلى سيده فلا جعل لواحد منها ، ولو خرج من المهر بعد الهرب وجاء به
الآخر مدة سفر فالجعل للثاني ، وذكر الحاكم في الكافي إذا أبققت الأمة ولها صبي موضعاً
فردهما رجل كان له الجمل واحد ، فإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله جعل ثمانون
درهماً ، وعلل في للشامل وقال لأن من لم يراهن لم يقر آبق .



كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب
القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه وليستوفي حقه لأن القاضي نصب
ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ، وصار
كالصي والمجنون ،

(كتاب المفقود)

أي هذا كتاب في بيان أحكام المفقود ، ووجه مناسبة هذا الباب بالباب الذي قبله قد
ذكرناه ، يقال فقدت الشيء أي غاب عني فقدأ وفقودأ وفقداناً فهو مفقود أي غائب ،
وهو من الأضداد ، أو يقال فقدت الشيء أي ضلته ، وفقدته أي بعد طلبه وكلا المعنيين
موجود في المفقود وقد ضل عن أهله وهو في طلبه ، إذ هو اسم لحر غائب لم يرد موضعه
ولا حياته ولا مآته وأهله في طلبه .

وفي المبسوط هو حي غائب عن بلده أو أستر وأهله في طلبه ، وقد انقطع خبره
واستر عليهم أثره فقي مستقره فبالحد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى
يوم التناد .

وفي ذكر المصنف في الكتاب ما ينفر مراده الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل
ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه)
أي على حفظ ماله (ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر
لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة) أي الصفة المذكورة وهي قوله إذا غاب الرجل إلى
آخره (وصار) أي المفقود (كالصي والمجنون) حيث يحتاجان إلى من ينظر في أمرهما

وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ، وقوله ليستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ، ويخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يدرجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، ان الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين ،

أي (وفي نصب) القاضي (الحافظ) المقصود (والقائم عليه) أي على مال المفقود (نظر له) أي للمفقود وارتفاع نظر إلى أنه مبتدأ وله خبره .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (ليستوفي حقه) وهذا من لفظه في مختصره أي مستوفى الذي نصب له لحفظ ماله ، والقيام عليه حق المفقود ، ولما كان هذا محتاجاً إلى إيضاحه أوضحه المصنف بقوله (لإخفاء أنه يقبض جميع غلاته) لأنها من جملة حقه (والدين) أي ويقبض الدين (الذي أقر به غريم من غرمائه) أي من غرماء المفقود (لأنه) أي لأن قبض كل واحد من غرمائه والدين المذكور (من باب الحفظ ويخاصم) أي الذي نصب له (في دين وجب بعقده) أي يعقد الذي له (لأنه) أي لأن الذي نصب له (أصيل في حقوقه) أي في حقوق العقد الذي مولاه المفقود ، وفائدته أن لا يقبل البينة عليه لأنه ليس من باب النظر للمفقود ، وأنه قضاء على النائب ولا في نصب له .

(ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له) في نصيب للمفقود كائناً (في عقار أو عروض في يدرجل لأنه) أي لأن الذي نصب (ليس بمالك ولا نائب عنه) أي عن المفقود (إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) يعني الوكيل يقبض الدين من جهة المالك ويملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافاً لها .

وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به ، لأنه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها لأنه

(وإذا كان كذلك) أى وإذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة (فيضمن الحكم به) أى حكم القاضي بثبوت ذلك (قضاء على الغائب وأنه) أى وأن قضاء القبض على الغائب (لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) إلا إذا رأى القاضي ذلك مصلحة (وقضى به) أى بما رآه جاز ذلك (لأنه مجتهد فيه) أى في الحكم على الغائب ، وعند الشافعي يجوز لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه بعد ، وفي الخلاصة ذكر الإمام السرخسي هذا بناء على أن القاضي هل يقضى على الغائب وهل ينصب وكيلًا على الغائب ، فمعدنا لا وهي معروفة ، أما لو فعل وقضى على الغائب فقد جاز بالإجماع .

وهكذا ذكر في الزيادات ، فإن قيل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر ، قلنا لا بل المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا ، فإذا رآها القاضي وقضى بها بقذف كما لو قضى بشهادة المحدث في القذف ثم قال في الخلاصة والفتوى على هذا ، ونقل الاستروشي في فصوله عن فتاوى ظهير الدين أن نفس القضاء مختلف فيه فيتوقف على إمضاء قاضٍ آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) مثل التار ونحوها (يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه) أى على القاضي (حفظ صورته) ومعناه وهو ما ينسأه أراد أن حفظ صورته وحفظ ماله كليهما متعذر (فينظر له) أى للمفقود (بحفظ المعنى) وهو المالية وهي تبقى بحفظ الثمن والحفظ من وجه أولى من ترك الحفظ من كل وجه .

(ولا يبيع) أى القاضي (ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته) أى لأجل نفقته ، وهو يتعلق بقوله ولا يبيع (ولا في غيرها) أى ولا في غير النفقة ما لا يخاف عليه الفساد ، وسواء كان منقولاً أو عقاراً وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه (لأنه) أى لأن القاضي

لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله ، فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن . قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ؛ والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته ، لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ،

(لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له) أي فلا يجوز له (ترك حفظ الصورة، وهو ممكن) الوار فيه للحال قيد بالإمكان لأن عند عدمه له ان يبيعه (قال) أي القدوري «رح» (وينفق على زوجته) أي زوجه المفقود . (وأولاده من ماله) أي من مال المفقود أي هذا لفظ القدوري «رح» (وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم) أي الحكم (جميع قرابة الولاد) كالأباء والأجداد وإن علوا والأولاد وإن سفلوا والجدات وإن علون .

(والأصل) أي في هذا الباب الذي يبنى عليه أحكام هذا الباب (أن كل من يستحق النفقة في ماله) أي مال المفقود (حال حضرته بغير قضاء القاضي) كالأبوين والأولاد الصغار ذكوراً كانوا أو إناثاً ، والأولاد الكبار من النساء ، والزمن المذكور الكبار (ينفق) أي القاضي (عليه) أي على من يستحق النفقة (من ماله عند غيبته ، لان القضاء حينئذ) أي حين إنفاق القاضي عليهم (يكون إعانة) أي تمكيناً للمستحق من الاخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعينهم القاضي على ذلك إلزاماً إذ اللزوم ثابت قبل القضاء ، ولان للقاضي إن يعين صاحب الحق على إيفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجود الدين فإنه يعطيه الدين من مال الغائب .

(وكل من لا يستحقها) أي النفقة (في حضرته) أي في حضرة المفقود (إلّا بالقضاء) كما الاخ والاخت والحال والحالة (لا ينفق عليه من ماله) أي لا ينفق القاضي عليه من مال المفقود (في غيبته حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع) خلافاً للشافعي .

فمن الاول الاولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة ، وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي

(فمن الاول) أى فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى الذكور الكبار ومن الثاني) أى ومن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاخ والأخت والخال والخالة) والعم والعمة ، وإنما كان هذا من الثاني لأنها نفقة ذى الرحم المحرم وهي مجتهد فيها ، فلا يجب إلا بالقضاء والرضاء ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدن القضاء ، والعرف بين قرابة الاولاد وغيرهم من سائر المحارم وحيث استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الآخرون إلا بالقضاء إن حق ولاية الاولاد في النفقة الدين من حق غيرهم ، لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد .

فلما ظهرهم فصل مرية ثبت استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم . ومن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة ، واما الزوجة فتحقها في النفقة أكد أيضاً من قرابة الولاد ، ولهذا يستحق للنفقة وان كانت غيبته ، وإن كان الورثة كباراً ليس لهم زمانة ولا فيهم امرأة ، وكانوا إخوة من الرضاع أو بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود .

وكذا حال غيبته ، وقال خواهر زاده في مبسوطه وان استوتق منهم بكفيل فحسن لجواز أنهم أخذوا نفقة هذه المدة من المفقود ، ومرة فبأخذ منهم كفيلاً حتى إذا حضر المفقود وأثبت أنه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة وان لم يقدر عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم . (وقوله) أى وقول القدورى « رح » (من ماله) يعنى في قوله وينفق على زوجته وأولاده من ماله (مراده) هى القدورى « رح » (الدراهم والدنانير ، لان حقهم) أى حق قرابة الولاد والزوجة (في المطعوم والملبوس) لا في غيرها (فإذا لم يكن ذلك) أى المطعوم والملبوس (في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي)

التقدان والتبر بمنزلهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهراً يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ،

أى القيمة (التقدان) وهما الدراهم والدنانير وكانت من جنس حقهم (والتبر) وهو ما كان غير مضروب من الفضة والذهب كما قاله في المغرب (بمنزلهما) أى بمنزلة التقدين (في هذا الحكم) أى في القضاء بالقيمة (لانه يصلح قيمة كالمضروب) أى كالدراهم والدنانير فلم اخذ جنس حقهم ، وللقاضي إعانته في ذلك . (وهذا) أى هذا الذى ذكرناه من اتفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة) عند رجل (أو ديناً ينفق) أى القاضي (عليهم منها) أى من الوديعة والدين (إذا كان المودع) بفتح الدال (والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح) بين المفقود دون وجه (والنسب) بينه وبين من يستحق عليه النفقة (وهذا) أى الاحتياج إلى الإقرار إنما هو (إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي) أى الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك ، فكذلك ذكرهما بلفظ التنبيه بدليل قوله بعد (وإن كانا ظاهرين) أى الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي (فلا حاجة إلى الإقرار) أى إقرار المودع أو المديون .

(وإذا كان أحدهما ظاهراً) أى الشئيين اللذين أحدهما الوديعة والدين وقد ذكرناه أنه جعلها واحداً والآخر من الشئيين هو قوله أو النكاح والكسب ، أى أو كان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب (يشترط الإقرار بما ليس بظاهر) مثلها إن لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط إقرار المودع والمديون ، فإنه يقول هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود .

وكذا إذا لم يكن الدين أو الوديعة ظاهراً عند القاضي يقول من في يده المال هذه

هذا هو الصحيح . فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي ، لان القاضي نائب عنه . وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك ، لأن ما يدعيه للغائب

وديمة فلان المفقود او دين فلان المفقود ، وقال خواهر زاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه إذا كان للمفقود ديناً وديمة ينفق أولاً من الوديعة او من الدين ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة أولاً لأن النظر للغائب في هذا لأنه يعني أنفق أولاً من الدين ربما يهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق .

فإذا حضر الغائب لا يلقي إلا الدين ولا الوديعة ، والدين لا ينوي (هذا هو الصحيح) أي الإنفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد ، وهو الصحيح وهو وجه الاستحسان ، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لأنه قضاء على الغائب فلا يجوز . وجه الاستحسان أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم ، فكان للقاضي أن ينفق عليهم من ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته .

(فإن دفع المودع) بفتح الدال (بنفسه أو من عليه الدين) أي او أعطى من عليه الدين (بغير أمر القاضي فيضمن المودع ولا يبرأ المديون من دينه لأن ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه) أي عن المفقود .

(فإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً) يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب (او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك) لأن الخصومة اما دفع من المالك او نائب المالك ، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك (لأن ما يدعيه) أي الأخذ من المتحققين (للغائب)

لم يتعين سبباً لثبوت حقه ، وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال
تجب في مال آخر للمفقود . قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وتعتد
عدة الوفاة ثم تزوج من شامت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى
في الذي استهواه الجن بالمدينة

أي لأجله (لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها) أي لأن النفقة (كما تجب في
هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) فلم يكن خصماً عن المفقود حكماً ،
وقال شيخني الملاء حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد ان هذا المال هو الدين او الوديعة
مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لأنه كما تجري النفقة في الدين والوديعة يجري في مال آخر
أيضاً للمفقود فلم ينتصب خصماً .

وقوله لم يتعين سبباً لثبوت حقه أي لم يتعين محلاً لثبوت حق أخذ مستحق النفقة ،
ولمّا ذكر السبب مقام ذكر المحل لتناسبه بينهما ، لما ان السبب يعمل في المحل .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك إذا مضى
أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتمتد عدة الوفاة ثم تزوج من شامت ، لأن
عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة) هذا رواه ابن أبي شيبة في
مصنفه في كتاب النكاح .

حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن حمزة أن رجلاً استهواه الجن على عهد
عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأتت امرأته عمر رضي الله عنه فأمرها أن تقربص أربع
سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها ان تمتد ، فإذا انقضت عدتها
تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدّاق ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه
وفي آخره فخير عمر رضي الله عنه بينهما وبين الصدّاق الذي أصدقها ، ورواه من طريق
آخر وفي آخره فقال له عمر رضي الله عنه إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت
زوجناك غيرها بل زوجين غيرها .

ثم جعل عمر رضي الله عنه يسأله عن الجن وهو يخبره قوله استهواه الجن ، قال الكاكي
أي حرته الجن وتهمة قلت يقال استهواه أي جره إلى الهاوي وهي المساقط والمهالك .

وكفى به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين ، ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان

(وكفى به) أي بعمر رضي الله عنه (إماماً) أي من حيث الإمامية (ولأنه) أي ولأن المفقود (منع حقها) أي حق امرأته (بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة) يعني يفرق بينه وبين امرأته كما يفرق بين العنين والمولى دفماً للفرد عنها كيلا يبقى معلقه لآذات بعمل ولا مطلقة .

(وبعد هذا لاعتبار) أي بالإيلاء والعنة (أخذ) أي مالك (المقدار) أي المقدار الذي يفرق (منها) أي بين الإيلاء والعنة (الأربع) أي احد الأربع (من الإيلاء) لأن مقداره أربع أشهر (والسنين) أي وأحد السنين (من العنة) لأن المقدار فيها سنة (عملاً بالشبهين) أي شبه الإيلاء وشبه العنة حاصله ان امرأة المفقود وشبهه امرأة المولى من حيث ان حقها في الجماعات بالسفر كفوات حق امرأة المولى ، فالجماع بصفته وهو الإيلاء ، وتشبه امرأة العنين من حيث أن حقها في الجماعات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ، لان العنة مباح كما ان حق امرأة العنين فوات في الجماع نفقة الزوج وهو فيها معذور فضربتها مدة الخلاص متصل إلى حقها في الجماع أربع سنين اعتباراً بالشبهين .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سواد بن مصعب حدثنا محمد بن سرجان الهذلي عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ، ويروي حتى يأتيها الخبر ، وهذا حديث ضعيف . قال ابن أبي حاتم في كتابه سألت أبي عن حديث رواه قال أبي هذا حديث مناكير ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكر وأباطيل ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني ، وعمله بمحمد بن شرحبيل وقال إنه متروك .

وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت
أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف
ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال

وقال ابن القطان في كتبه سواء مصعب شرح المتروكين ودونه صالح بن مالك ، ولا
يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله ، وقال الاترازي ولنا ما روى علماءنا في
المسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ انه قال في امرأة المفقود إنها امرأته حتى
يأتيها البيان . انتهى .

قلت كأنه يقف على رواية الدارقطني فلهذا نسب وابته إلى أصحابنا من غير إسناد ،
قلت الاول مسلم والثاني ممنوع على ما لا يخفى .

(وقول علي رضي الله عنه) مرفوع بالإبتداء أو خبره قوله خرج بياناً ، والجملة
عطف على قوله ولنا قوله ﷺ (فيها) أي في امرأة المفقود (هي امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يتبين موت او طلاق) هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الطلاق أخبرنا
محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عيينة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق ، وأخبرها معمر بن أبي ليلى عن
الحكم ان علياً قال فذكره سواء أخبرنا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن الحكم بن
عيينة عن علي رضي الله عنه قال فتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت . (خرج بياناً)
خبر المبتدأ أعني قول علي رضي الله عنه كما ذكرنا ، اي خرج مظهراً (للبيان المذكور في
المرفوع) أي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع ، وهو قوله ﷺ في المفقود إنها
امرأته حتى يأتيها البيان ، لان قوله البيان مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فيبين
علي رضي الله عنه ذلك الجمل بقوله حتى يتبين موت أو طلاق ، وفي هذا المكان
تأمل لا يخفى .

(ولان النكاح عرف ثبوته) عن يعرف المفقود وامراته (والغيبة) أي غيبة
المفقود (لا توجب الفرقة) كما في غيبة غير المفقود (والموت في حيز الاحتمال) أي في

فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة .

جهة الاحتمال ، يقال هذا الكلام في حيز التواتر أي في جهته ومكانه وهو مجاز .
(فلا يزال النكاح) أي الذي بين المفقود وامرأته (بالشك) لأن الشك لا يزال الثابت (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه) هذا جواب عن استدلال مالك بقوله لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن ، ولم يبين وجه الرجوع .

وقال الكاكي وذكر عبد الرحمن ابن أبي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضايا إلى قول علي رضي الله عنه على أحدها مالة المفقود وغيرها مذکور في المبسوط ، وقال الاترازي فلما يشب أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، كان ذلك إجماعاً على قول علي رضي الله عنه وفيه تأمل لا يخفى .

(ولا معتبر بالإيلاء) هذا جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء بيانه ما ذكره من قوله (لانه) أي لان الإيلاء (كان طلاقاً معجلاً) في الإبتداء (فاعتبر في الشرع مؤجلاً) أي طلاقاً مؤجلاً (فكان) اي الطلاق (موجباً للفرقة) أي مزبلاً للملك النكاح ، وليس كذلك امرأة المفقود لانه لم يوجد من الزوج طلاق أصلاً لا طلاق معجل ولا مؤجل .

(ولا بالعنة) أي ولا معتبراً أيضاً بالعنة (لان الغيبة) وفي بعض النسخ لان الغيبة (تعقب الأوبة) أي الرجوع إذ الظاهر حال الغائب أنه يؤدب (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) اي بعد استحكامها سنة ، إيضاح ذلك انه ثبت في باب العنة حق الفرقة لفوات حق المرأة في الجماع على التأبيد ، لان امر العنة متردد بين أن يكون خلقة وبين ان يكون عارضاً ، فجعل الشارع العالم الفاضل بينهما مضي سنته لاشتمالها على الفصول الاربعة المشتملة على الطبائع ، فإذا مضت منه ولم تزال العنة اعلم انها كانت خلقة

قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته . قال
وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت
الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدره بعضهم بتسعين،

وما كان خلقتمولا يزول أبداً ، وهو الظاهر . لا يزول غالباً بخلاف امرأة المفقود فإن
حقها في الجماع لم يفت على التأييد لأنه يرجى مجيئه بعد أربع سنين كما قيل ذلك بعد
القياس ، هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا
بموته) أي إذا تم للمفقود من عمره مائة وعشرون ولدت أمه حكمنا بموته قبل هذا يرجع إلى
أهل قول الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وقولهم
باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا لنوح وغيره عليهم السلام .

(قال) أي المصنف (وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وفي ظاهر المذهب
يقدر بموت الأقران) كذا اعتبر محمد في الأصل ، ولم يذكر محمد أنه يعتبر موت أقرانه
من أهل بلده ، وقال خواهر زاده في مبسوطه قال بعضهم يعتبر أقرانه في السن في جميع
البلدان لأنه ذكر الأقران مطلقاً فيتناول أقرانه في السن في جميع البلدان لا
بلده خاصة .

وقال بعضهم يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لأن الأعمار تتفاوت وتختلف باختلاف
الاقليم والبلدان ، حتى قالوا الصغالية أطول اعماراً من أهل الروم ، فإذا كان كذلك
يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لا من جميع البلدان ، ثم قال خواهر زاده وهذا القول
أصح وأرفق بالناس .

(وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة) كذا في الشامل وشرح الطحاوي ، وفي
رواية عنه بثمانية وخمسين سنة (وقدره بعضهم بتسعين) لأنه متوسط ليس بغالب ولا
نادر ، وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، كذا قال في الخلاصة وقال المتأخرون من
مشايخنا ستين سنة رفقا بالناس ها هنا للحرج عنهم ، وفي فتاوى الولوالجي قال بعضهم هو

والأقيس أن لا يقدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأن مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ، ومن مات قبل ذلك ولم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة لا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لأن إبقائه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق .

مفوض إلى رأى القاضي ، يعني أى وقت رأى المصلحة حكم بموته .
 (والأقيس ان لا يقدر بشيء) الأقيس افضل التفضيل للمفضول كالأشهر في تفضيل المشهور ، ولا تفضيل للمفوض إلا شاذاً كما في قولهم اشتمل من ذات الحتين كفى من المقادير المذكور كالمائة والتسعين ونحو ذلك ، بل يعتبر بموت الاقران لان حياة الإنسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر .

(والارفق ان يقدر بتسعين) لان الحياة بعده نادر . وفي الكافي وعليه الفتوى (وإن حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت) اى من وقت الحكم بالموت (وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) أى وقت الحكم بالموت (كأنه) أى كان المفقود (مات في ذلك الوقت معاينة) أى عياناً (إذ الحكمي) أى الموت الحكمي (معتبر بالحقيقي) فلو ثبت موته حقيقة تعمد امرأته ، وقسم ماله بين ورثته ، فكذلك في الموت الحكمي (ومن مات قبل ذلك) اى من مات من ورثة المفقود (لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها) أى في مدة الفقد (فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لان بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو) أى استصحاب الحال (لا يصلح حجة في الاستحقاق) واستصحاب الحال عبارة عن البقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق . فلهذا اعتبر المقصود حياً في مال غيره حتى لا يرث من المفقود في حال فقده ، ولا يرث المفقود عن أحد بل يوقف نصبه من حال مورثه ، فإذا مضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله إلى وارث مورثه الذى ورث من ماله .

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه لو كان مع
المفقود وارث لا يجب به ، ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل
النصيبين ويوقف الباقي .

(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) أى لا يقضى للمفقود بالوصية إذا مات
الموصي في حال فقده ، بل تكون الوصية موقوفة كالميراث إلى ان يظهر حاله ، وفي
الذخيرة لا يقضى بصحتها ، ولا يبطل حتى يظهر حال المفقود ، لان الوصية اخت
الميراث ، وفي الميراث يجب حصة المفقود إلى ان يظهر حاله من الميراث ، فكذا
في الوصية .

(ثم الاصل) أى في مال المفقود (انه لو كان مع المفقود وارث لا يجب به) أى
لا يكون محروماً ، وما ليست المفقود (ولكنه) أى ولكن الوارث (ينتقص حقه به)
اى بالمفقود (يعطى) على صيغة المجهول أى يعطى الوارث (أقل النصيبين ويوقف الباقي)
صورته تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لا يؤمن وأخاً كذلك مفقوداً فللأم السدس على
تقدير حياته وعلى تقدير موته الربع ، وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير موته
ربع الثمن ، وكذلك الأخت على تقدير ماته وعلى تقدير حياته لها التسع ، فيعطي كل
واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه ، وهذه المسألة تصح من ثمانية عشر على تقدير
الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية بينهما موافقة بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في
جميع الآخر تصير اثنين وسبعين ، فمنه تصح للزوج سبعة وهشرون وتسعة موقوفة
من نصيبه .

وللأم اثني عشر وستة موقوفة من نصيبها ، وللأخت ثمانية وعشرة موقوفة من
نصيبها ، فإذا ظهرت حياته كان مستحقاً على ذلك التقدير ، فيكون للزوج ستة وثلاثون
ويبقى الذي أصاب الأم والأخت بحال ، لأن الحاصل لهما على تقدير حياته هو الأقل ،
والباقي للاخ وهو ستة عشر سهماً ، وإن حكم بموته بقي الزوج بحاله ، وكمل للام والاخت
ما كان موقوفاً من نصيبهما .

وإن كان معه وارث يجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن
ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي ،
وتصادقوا على فقد الابن

(وإن كان معه) أي مع المفقود (وارث يجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن
ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا) أي الورثة
المذكورون والأجنبيون (على فقد الابن) قبل التصديق ، لأن الأجنبي الذي في يده المال
إذا قال قد مات المفقود قبل ابنه فإنه يحبر على دفع الثلثين إلى البننتين ، لأن الإقرار ذي اليد
فيما في يده معتبر ، وقد أقر ان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما ، وقول
أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد ، لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا
القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد ، حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال ،
أما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فأقامت البننتان البينة ان أباهما مات وترك هذا المال
ميراث لهما ولاخيهما المفقود ، فإن كان حياً فهو الوارث معهما وإن كان ميتاً فولده الوارث
معهما ، فإنه يدفع إلى البننتين النصف لأنها بهذه البينة ثبت أن الملك لأبيهما في هذا المكان ،
والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة .

وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما التصيب وهو النصف ويوقف الباقي على عدل لان الذي
في يده حجة فهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لانه إذا كان في يد
الابنتين والمسألة بحالها ، فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ، ولا يوقف
منه شيئاً للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج المال من أيديهما لان النصف صار بينها
بتصرف النصف الباقي للمفقود من وجه ، ويريد بقوله ولا يوقف منه شيئاً للمفقود أن لا
يحمل شيئاً مما في يد الاثنين ما كان للمفقود على الحقيقة .

وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود تطلب النساء ميراثها ، وإن فقدا ان
الابن مفقود فانه يعطي البننتان النصف ، وهو ادنى ما يصيبها ويترك الباقي في يد ولدي الابن
المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لأبيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود كان نصيبها الثلثين ،
فكان النصف منقضياً به ، وقوله تصادقوا فقد ذكرنا معناه وذكرنا وجه قيد التصديق .

وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ، ويوقف
النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن لانهم يحبون بالمفقود ، ولو
كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ، ولا ينزع من يد الاجنبي
إلا إذا ظهرت منه خيانة ، ونظير هذا الحمل ، فإنه توقف له ميراث
ابن واحد على ما عليه الفتوى ، ولو كان معه وارث آخر إن كان
لا يسقط بحال ، ولا يتغير بالحمل

(وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه) أى لان النصف (متيقن به) لانا
لو قدرنا المفقود ميتاً كان نصيبها الثلثين ، ولو قدرناه حياً كان نصيبها النصف ، فالنصف
متيقن به (ويوقف النصف الآخر) إلى ان يظهر حال المفقود (ولا يعطى ولد الابن لانهم
يحبون بالمفقود ولو كان حياً) لان المفقود لو كان حياً كان ابنه يحجب أولاده ، وبها لم يعلم
حياة المفقود ولا ماته حصل الشك .

(فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع) أى النصف الموقوف (من يد الاجنبي)
لان المال لا يخرج من يد ذى اليد إلا بالخصم (إلا إذا ظهرت منه) أى من الاجنبي
(خيانه) بأن يكون حجة ، بأن قال ليس لليت مال في يدي ، لانه لما جمعد ظهرت
خيائته فلا يترك مال الغير في يد الحائن ، ويوضع على يد عدل إلى ان يظهر المستحق .

(ونظير هذا) أى نظير المفقود (الحمل) في حق وقف النصف (فانه) أى فإن
الحمل (توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) احترز به عما روي انه يوقف له
نصيب أكثر من واحد ، وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة ، وفي رواية
هشام نصيب ابنتين ، وهي احدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن المبارك عن ابي
حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين ويوقف ثلث ماله ، وبه أخذ ابن المبارك وإبراهيم
النخعي ومالك وشريك .

(ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) فلا يخلو (إن كان) هذا الوارث
(لا يسقط بحال) كالابن والجدة مثلاً (ولا يتغير بالحمل) ولا شك أن الابن يتغير بالحمل

يعطي كل نصيبه ، وإن كان ممن تسقط بالحمل لا يعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كما في المفقود ، وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا .

فاذا كان كذلك (يعطي كل نصيبه) لعدم فائدة تأخيره عما يستحقه من الإرث ، وأما إن كان سقط وهو معنى قوله (فان كان) أى الوارث (ممن تسقط بالحمل) كابن الابن والأخ والمم (لا يعطي ، وإن كان ممن يتغير به) أى بالحمل ولكن لا يسقط كالام والزوجة (يعطى الأقل للتيقن به) أى بالأقل (كما في المفقود) فإنه إذا مات وترك ابناً مفقوداً أو جدة معه أو أخاً أو أما فلجده السدس والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط ، ولا يغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيئاً لانه يسقط بالابن ، ويعطي الام السدس لكونه نصيباً ، لانه أقل من الثلث ، لان المفقود وإن كان حياً استحققت الام السدس ، وإن كان ميتاً استحققت الثلث فيعطى السدس والباقي يوقف إلى ان يظهر حال المفقود (وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا) أى شرحنا حكم مسألة المفقود في الشرح المسمى بكفاية المنتهى سبيان أتم من هذا النسيان وبالله التوفيق وعليه التكلان .

* * *

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

أى هذا كتاب في بيان أحكام الشركة ، والشرك بمعنى واحد ، قال ابن دريد الشرك مصدر شركته رجلان الشركة شركاه في المال ، وشريك الرجل وشاركه سواء ، وقال تاج الشريعة شركته في كذا شركاه ، وشركته وهو شريك ، وهم شركاه ، والتركيب دال على الخليلط، ومنه الشركة تشابكها واختلاط بعضها ببعض .

ولهذا سمي النصيب الشائع شركاه . قال الله تعالى ﴿ أم لهم شركاء في السموات ﴾ ٢١ الشورى ، أى نصيب شائع فسمي هذا العقد بها لانه سبب لإجماع النصيبين وعشر في المال وتركها في شريك الحال اجتماع النصيبين ، وفي شركة العقد الإيجاب والقبول .

وقال الكاكي للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة من حيث ان المال أمانة في يد الشريك ، كما ان الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة ، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث أن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الإرث بهال غيره من الوارث على تقدير الحياة .

وفي الشركة اختلاط المالين ، فكذلك ذكرها عقيب المفقود وقدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق ، وقال الاترازي « رح » مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المال في يد الشريك أمانة كما ان نصيب المفقود أمانة في يد من كان المال في يده .

وأيضاً نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ، وقال الاكل « رح » مثله او قريباً منه ، قلت إذا كان الذي ذكره الشراح وجهاً معتبراً في وجه المناسبة يمكن أن يذكر احد عقب الصلاة أو الزكاة ما بأس اى من كان من

أبواب الفقه ، لانه يمكن ذكر مناسبة بينها مثلما ذكر . لانه لا بد من وجه يوجد ولو كان بعيداً فيعتبر الواضع وجه المناسبة ، وهذا كله بعيد وتركه أحسن .
ثم اعلم ان شرعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، أما الكتاب قوله تعالى ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ ١٢ النساء ، وقوله ﴿ وإن كثيراً من الخلقاء ليبغى بعضهم على بعض ﴾ ٢٤ ص ، والخلقاء هم الشركاء ، وأما السنة فمأرواه أبو داود عن محمد بن الزبير عن أبي حبان المسمى عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خاننا خرجت من بينهما . ورواه الحاكم في مستدرکه وصححه .

وقال الأتزازي قال أصحابنا في كتبهم روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال أتعرفني فقال وكيف لا أعرفك وكنت شريك ضم الشريك لا تداري ولا تماري ... انتهى قلت هذا أخرجه أبو داود وابن ماجه عن سفيان عن ابراهيم بن مجاهد عن قايد الشامي عن السائب بن أبي السائب انه قال للنبي ﷺ كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ، رواه الحاكم وصححه ، ورواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال النبي ﷺ مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري ، يا سارق كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك ، وإن كان ذا سلف وصدقة .

وقال السهيلي في الروض حديث السائب كثير الاضطراب مروى عن السائب بن أبي السائب عن قيس بن السائب . وروي عن عبد الله ، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا يقوم به حجة ، والسائب بن أبي السائب من المؤلفسة قلوبهم ومن حسن إسلامه منهم واضطراب في متنه أيضاً ، فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من وقد عرفت أن قول الاتزازي أن أصحابنا قالوا لو روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ إلى آخره ليس مستقيم لأن أحداً من أصحاب الحديث لم يذكر أن هذا الحديث

الشركة جائزة لأنه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه . قال
الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين
يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في
نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ،
وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتب
الرجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء لو اختلط مالهما

لأسامة بن شريك ، وذكره الكافي وقال السائب بن شريك ثم قال وفي شرح الوجيز
السائب بن يزيد وهذا أيضاً فيه ما فيه ، وذكر ابراهم الحرفي في كتابه غريب الحديث أن
يداري مهموز من المدارأة وهي الموافقة ، وتمازى غير مهموز من المماراة وهي المجادلة ،
وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعوا على جوازها ، وأما المقول فهي طريق لا تنف الفضل وهو
مشروع بالكتاب .

(الشركة جائزة لأنه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه) يعني لما كان
الناس يعقدون عقد الشركة والتي عليه السلام لم ينكرها دل ذلك على جوازها ، فلو لم تكن
جائزة لأنكرها لأنه مبعوث لبيان الحق .

(قال) أي القدوري (الشركة ضربان ، شركة أملاك وشركة عقود ، فشركة
الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر
إلا بأمره ، وكل واحد منها في نصيب صاحبه كالأجنبي) إلى هنا كلام القدوري .

وقال المصنف (وهذه الشركة) أي الشركة التي ذكرها القدوري « رح » بقوله
فشركة الأملاك إلى آخره (تتحقق ، في غير المذكور في الكتاب) أي في مختصر القدوري ،
والمذكور في الكتاب شيان الإرث والشراء فقط ، ثم أوضح بتحقق غير المذكور من
الكتاب بقوله (كما إذا اتب الرجلان عيناً) أي بما وهبت لها (أو ملكاها بالاستيلاء)
أي أو ملك العين رجلان بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب (أو اختلط مالهما)

من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خطأ يمنع التمييز رأساً أو لا يخرج ، ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما

أي اختلط مال الرجلين (من غير صنع أحدهما) نحوها إذا أشبق الكيسان فاختلف ما فيها من الدراهم .

(أو يخلط) أي أو اختلط مالهما بخلطهما العماء بأنفسهما (خلطاً يمنع التمييز رأساً) يعني بالكلية كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها (أو لا يخرج) أي أو اختلط خلطاً لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشمير ، فهذه الأنواع أيضاً من شركة الأملاك ، وكذا من شركة الأملاك الذي يملك الإنسان بصدقة أو فيه (يجوز بيع أحدهما) أي أحد الشريكين (نصيبه من شريكه في جميع الصور) المذكورة (ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط ، والاختلاط فإنه) أي فإن بيع أحدهما نصيب من غير شريكه (لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق) أي بين الجواز في الصورة المذكورة مطلقاً وبين عدم الجواز في صورة الخلط والاختلاط إلا باذن شريكه ، وبينه في الكتاب الموسوم (بكفاية المنتهى) وإنما حال بيانه عليه إما طلباً للاختصار ، وإما بأنه مصنف آخر ممن يكفيانه المنتهى قيل إن الفرق إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعمد سبب لزوال الملك عن المخلوط الخالط ، فإذا حصل بغير نقد كان سبب الزوال ماشياً من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك ، كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشهين .

(والضرب الثاني شركة العقود) هذا لفظ القدروري « رح » أي النوع الثاني من نوع الشركة شركة العقود (وركنها الإيجاب والقبول) أي ركن شركة العقود الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، وفسر ذلك بقوله (وهو أن يقول أحدهما) أي أحد

شاركك في كذا وكذا . ويقول الآخر قبلت ، وشرطه أن يكون
التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد
بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه ، ثم هي أربعة أوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصانع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة
فهي أن يشترك الرجلان فيساويان في

المتعاقدين (شاركك في كذا وكذا) في المال في البر ونحوه ... أو في عموم التجارات
(ويقول الآخر قبلت) هذه الشركة على هذا الوجه .
(وشرطه) أي شرط الضرب للثاني وهو شركة العقود (أن يكون التصرف المعقود
عليه) أي ان يكون التصرف الذي وقع عليه العقد ، وقوله التصرف اسم يكون وقوله
المعقود عليه بالدفع صفة التصرف ، وقوله (عقد الشركة) منصوب على المصدر ، وقوله
(قابلاً) نصب على انه خبر يكون (للوكالة) احتراز به عن الشركة في التكدي
والأخشاش والاحتطاب والاصطياد بأن المسألة في هذه الصورة يقع عن باشر منه
خاصاً لا على وجه الاشتراك . وعقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة
يحصل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق أو
الحكم ، ولم يوجد الولاية والمنطق بالتوكيل ، فشاء من الثالث لتحقق الحكم المطلوب
من الشركة وهو الربح . وهذا معنى قوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركاً بينهما) أي بين الشريكين ، (فيتحقق حكم المطلوب من الشركة) وهو
الربح ، وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف شركاء بينهما ، أي بين الشريكين
فتحقق حكم المطلوب منه ، أي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة (ثم هي)
أي الشركة (على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه)
المفاوضة يجوز فيها الرفع والنصب والجر ، أما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره
احدها مفاوضة ، وأما النصب فعلى تقدير أعني مفاوضة ، وأما الجر فعلى أنه عطف
بيان وما بعد مفاوضة داخل في الوجوه المذكورة بحيث العطف ثم شرع بين هذه الأربعة
بإلقاء التفصيلية بقوله (فأما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيساويان في

مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض
كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من
المعاداة . قال قائلهم :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم سادوا
أي متساويين ،

مالها) المراد من التساوى في المال المتساوي في مال يصح فيه الشركة على ما يجيء عن قريب
(وتصرفها ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى
صاحبه على الإطلاق) يعني بغير قيد بشيء (إذ هي) أي لان المعاوضة (من المساواة) يعني
من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق ولهذا قال صاحب المبسوط اشتقاق المعاوضة من
التعويض ، إذ كل واحد منهما مفوض التصرف إلى صاحبه ... انتهى .

وليست هي منقعة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهة المعنى لأن معنى
المعاوضة المساواة المشاركة والمفوضة الشركة والناس فرضي في هذا الأمر أي سواء
لا تباين بينهم ، كذا ذكره الزمخشري في الفائق واستدل المصنف على هذا بقوله (قال
قائلهم) وهو الأفوه الأودي الشاعر :

(لا يصلح الناس فرضا لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا)
أو قبله :

يهدى الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجها لتفاد
ومعنى البيت إذا لم يكن للناس أمير وسيد كان كل واحد مستقلا بنفسه فتحقق
المنازعة والفساد والاستشهاد في قوله فرضي أي لا يصلح الناس المأذون في الأمر .

قوله لا سراة لهم حال والسرا جمع سرى . قال في الصحاح هو جمع عزيز لا يعرف غيره
جمع فعمل على فعله ، وفي المفصل المسيراء اسم جمع السرى كركب في الراكب والسرى
السيد من سرى فهو سرى وهم سرات وسروات أي سارات .

كذا في المغرب ، وفي الصحاح المراسخا في مروة يقال سرى يسرو ويسري بالكسر
يسري سروا فيها ويسروا سراوه أي سار سرياً ، وقرأ المصنف فوضى بقوله (أي
متساويين) أي لا يصلح الناس إذا كانوا متساويين في الأمور ، فكل منهم يريد مضي
أمره فيقع الاختلاف ، ولا يصلح الائتلاف .

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه . وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لغات التساوي ، وكذلك في الدين لما سنبين إن شاء الله تعالى . وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي ، وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ،

(فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استقامة ، وأما انتهاء فلأن المفاوضة من المفقود الجائزة فإن كان لكل واحد منها الامتناع بعد عقد الشركة فكان كدوامها حكم الابتداء في ابتداء المفاوضة بشرط المساواة ، فكذا في الانتهاء ، حتى إذا زاد مال أحدهما بعد العقد لا تكون المساواة ، فلا يبقى المفاوضة (وذلك) أي تحقق المساواة (في المال ، والمراد به ما تصح الشركة فيه) أي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة هو المال الذي تصلح الشركة فيه كالدرهم والدنانير والفلس أيضاً على قولها لا ما لا يصلح فيه الشركة كالعروض والعقار التفاضل فيه يبطل المفاوضة ، وهو معنى قوله (ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه) كالنبات ونحوها ، وكذا الدين لا تصلح فيها الشركة حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لا يبطل المفاوضة ما لم ينفر ذكره في الإيضاح والذخيرة (وكذا في التصرف) عطف على قوله وذلك في المال ، أي وكذا تحقيق المساواة في التصرف (حتى لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لغات التساوي) بأن كان الآخر عبداً أو صبياً أو ذمياً ، فلا يصلح المفاوضة بين الحر والعبد والصبي والبالغ والمسلم والذمي (وكذا في الدين) عطف على قوله وذلك (لما سنبين إن شاء الله تعالى) عن قريب سنبين اشتراط التساوي في هذه الأشياء المذكورة (وهذه الشركة) أي شركة المفاوضة (جائزة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد .

(وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) وفي الكافي وهذا تناقض لأنه إذا لم يطر فيها كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصور ، ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض . وفي المحلية والمعنى وحكم عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة وصفها عنده أن تفوض كل واحد إلى آخر التصرف مع حضوره وغيبته ، وتكون يده كيده ، ولا يشترط فيه التساوي في المال .

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ،
وكل ذلك بانقراده فاسد . وجه الاستحسان قوله ﷺ فاوضوا
فإنه أعظم للبركة ،

(وجه القياس أنها) أي ان المفاوضة (تضمنت الوكالة بمجهول الجنس) أي بشراء
شيء مجهول الجنس (والكفالة) أي تضمنت الكفالة (بمجهول ، وكل ذلك) أي المذكور
من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول (بانقراده فاسد) فعند انضمامها بالطريق الأولى
الآ ترى انه قال وكتلك بالشراء أو شراء الثوب لاتصح الوكالة والكفالة بمجهول لا يصح
أيضاً بخلاف الكفالة بمعدوم ، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك هل فلان يعني به ، فإن
قيل الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخر وكتلك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له
أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد هنا ، فإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء
الطعام والكسوة لأهله ، فإذا لم يكن عاماً كان توكيلاً بمجهول الجنس فلا يجوز .

(وجه الاستحسان قوله ﷺ ، فاوضوا فإنه أعظم للبركة) هذا غريب ليس له اصل ،
وقال الاترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ وهذا لا
يرضى به الخصم . وقال ابن قدامة في المغني لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن ،
وقال الكاكي قيل له هذا لا يدل على عدم صحته إذ ليس من شرط صحة الحديث أن
يروى أصحاب السنن . قلت سلمنا ذلك ولكن لا بد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة
إلى أن يتسمى إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي ﷺ ، وذكر الكاكي أيضاً قوله ﷺ
إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، قلت أيضاً غريب مثل ذلك ، نعم روى ابن ماجة في سننه
في التجارات عن صالح بن صهيب قال قال رسول الله ﷺ ثلاث فيهن البركة البيع إلى
أجل والمفاوضة واختلاط البر بلشعير للبيت لا للبيع ... انتهى .

قوله المفاوضة بالقاف والروا في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بالقاف ، ورواه إبراهيم
الحري في كتاب غريب الحديث وضبط بالمعاصرة بالعين والضاد ، وفسر المفاوضة بأن
بلغ عرضاء يعرض مثله ، قال والعرض هو ماجور للنفور من دابة أو غيرها ، وقال العرض
بفتح الراء حطام الدنيا ، ومنه قوله ﷺ ليس الغنى عن كثرة العوض إنما الغنى
غنى النفس .

وكذا الناس يتعاملون بها من غير تكبير وبه يترك القياس والجهالة
متحملة تبعاً كما في المضاربة . ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعدها
شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه المفاوضة يجوز لأن
المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ،
لتحقق التساوي ،

قلت هذا أيضاً لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان (وكذا الناس يتعاملون بها)
أي بالمفاوضة (من غير تكبير) فكان دليلاً على جوازها (وبه) أي بتعامل الناس بها
(يترك القياس) قال الكاكي لأن التعامل بالإجماع ، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ، وقد رد جواز الشركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين رحمهما الله تعالى .
(والجهالة متحملة تبعاً) هذا جواب عن جهة القياس تقديره أن الجهالة التي ذكرت فيه تحملت
تبعاً لا قصداً ، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً بأن الوكالة لمجهولة الجنس لا
يثبت قصداً ويثبت ضمناً بالإجماع (كما في المضاربة) فان الضارب وقت تصرفه وكيل
عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المضاربة لا
قصداً ، ولأن الجهالة تبطل باعتبار المنازعة لا بد أنها ولا منازعة هنا .

(ولا تنعقد) أي شركة المفاوضة (إلا بلفظ المفاوضة لبعدها شرائطها عن علم العوام)
فان أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها (حق لو بينا) بلفظ التثنية أي حتى لو بين
المتماقدان (جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى) لا اللفظ ، وهذا يجعل
للكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة شرط ضمان الأصل كفالة .

(قال) أي القدوري « رح » (فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين) أي
فتجوز المفاوضة بين حرين احترز به عن أن يكون بين الحر والعبد ، وقوله الكبيرين صفة
الحرين احترز به عن أن يكون بين الكبير والصغير .

وقوله مسلمين حال الضرر به عن أن يكون أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ، وقوله أو
ذميين أي أو بين ذميين (لتحقيق التساوي) في جميع ذلك ، ولم يذكر المصنف بعد
قوله مسلمين لفظ عاقلين ، ولا بد من ذلك .

وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ، ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال ولا بين المسلم والكافر . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال أبو يوسف «رح» يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ،

(وإن كان أحدهما) أي أحد المتعاضين (كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا) وهو قوله لتحقق التساوي بينهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

(ولا تجوز) أي المفاوضة (بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوي) وفي بعض النسخ لعدم المساواة (لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما) أي من التصرف والكفالة (إلا بإذن المولى) يرجع إلى قوله بين الحر والمملوك .

(والصبي لا يملك الكفالة) أذن له وليه أو لا (ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي) إلى هنا من قوله ولا يجوز بين الحر والمملوك من كلام المصنف شرح لكلام القدرى «رح» وقوله (ولا بين المسلم والكافر) من كلام القدرى أي لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوي .

(وهذا) أي وعدم جواز المفاوضة بين المسلم والكافر (قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما ، أي بين المسلم والكافر (في الوكالة والكفالة) لأن كل منهما يملك التوكيل والتكفيل .

وذكر الشراح أن عند أبي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لأن كل ما يملكه الذمي من شراء الحجر والخنزير يملكه المسلم أيضاً بالتوكيل ، وجوابه أن الذمي يملكه بنفسه ، والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوي وصار كالحجر مع العبد .

ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفيعوي والحنفي فإنها جائزة ، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود ، ولهما أنه لا تساوي بينهما في التصرف فإن الذمي

(ولا يعتبر بزيادة تصرف) هذا جواب من جهة أبي يوسف (رح) عما يقال كيف يؤخذ التساوي بين المسلم والكافر ، فالكافر يجوز له التصرف في الحر والحزير ، ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوي وتقرير الجواب أنه لا يعتبر بزيادة تصرف (يملكه أحدهما) أى أحد المتعاضين (كالمفاوضة بين الشفيعوي والحنفي فإنها جائزة) بالإتفاق (ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية) عمداً ، لأنه يعتقد حلالاً بخلاف الحنفي .

وحاصل الكلام ان الاعتبار بالتساوي في أصل التصرف كما ان أحدهما يملك للتصرف بأمر له أو نيابة ، فكذلك الآخر لكن أحدهما اختص بزيادة تصرف ، فلا يصرف ذلك كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي ، كما ذكرنا قوله بين الشفيعوي نسبة إلى الشافعي .

فكذا لا يصح ، بل الصواب أن يقال الشافعي المذهب كما يقال للامام الشافعي فإنه منسوب إلى شافع أحد أجداده ، وفي نسخة شيخي العلماء بين الشافعي والحنفي على الصحة ، وقال الكاكي وفي بعض النسخ بين الشافعي والحنفي يعني بإلغاء بعد الثون ، والصواب الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة بالنسبة إلى فعيلة فعلا بحذف الياء ، والحنفي بالياء منسوب إلى الحنف بدون الياء .

(إلا أنه يكره) استثناء من قوله ، وقال أبو يوسف يجوز التساوي بينهما في الوكالة والكفالة ، ووجه الكراهة ، وهو ما ذكره بقوله (لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود) لأنه لا يحترز من الدين ، فلا يؤمن أن يكون شريكه حراماً .

(ولهما) أى ولاي حنيفة ومحمد (انه لا تساوي بينهما في التصرف ، فان الذمي

لو اشترى برأس المال خوراً أو خنازير صح ، ولو اشترها مسلم لا يصح . ولا يجوز بين العبدین ولا بین الصبیین ولا بین المكاتبین لانعدام صحة الكفالة ، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً .

إذا اشترى برأس المال خوراً أو خنازير صح ، ولو اشترها) أى الحر والخنازير (مسلم لا يصح) فلا يساوى ، فان قلت لكل معاوضة الكتابي الجوسي بحيث يصح ، ولا مساواة في التصرف منها ، فان الجوسي يتصرف في الموقودة لأنه يمتد المالية ، والكتابي لا يتصرف ، وكذا الكاكي يؤاجر نفسه للذبح والجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح .

قلت من جمل الموقودة مالا يفصل بين الكتابي والجوسي فتحقق المساواة ، والمساواة في المؤاجرة ثابتة ، يعني فان كل واحد من الجوسي والكتابي من أجل ان ينقل ذلك العمل عليه أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة الجوسي للذبح صحيحة مستوجب بها الاجر ، وإن كان لا يحل ذبيحته .

(ولا يجوز) أى المفاوضة (بين العبدین ولا بین الصبیین ولا بین المكاتبین لانعدام صحة الكفالة) أى من العبد والمصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة ، فلا يصح مفاوضتهم . قال لا بين المكاتبين ، وكذا لا يصح بين المكاتب والحر (وفي كل موضع تصح المفاوضة لعدم شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان) أى والحال أنه لا يشترط ذلك الشرط في شركة العنان (كان عناناً) لانه أتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة (لاستجماع شرائط العنان) .

(إذ هو) أى عقد شركة العنان (قد يكون خاصاً) في نوع من التجارة (وقد يكون عاماً) في أنواع التجارة ، والمفاوضة عامة فيها نظيره ما ذكرناه في الشامل في قسم المبسوط . وإن تعارض عبدان مسلم وذمي كانت شركة العنان والمفاوضة أعم من العنان ، فإذا بطل يعني العموم فبقي معنى الخصوص فجلز إثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم .

قال وتنقد على الوكالة والكفالة ، أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه ، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً . قال ما يشتره كل واحد منهما تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام

وتنقد أى المعاوضة في بعض النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وتنقد على الوكالة والكفالة) يعنى ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلاً عن الآخر وكفيلاً عنه (أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو للشركة في المال) لان التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ، ولم توجد للولاية فثبتت الوكالة لتحقق المقصود من الشركة فيكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف (على ما بيناه) يعنى عند قوله قبل هذا ليكون ما تستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما .

(وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجب التجارات) أى وأما انعقاد المعاوضة على الكفالة فيتحقق معنى المعاوضة وهي المساواة في أمر من موجبات التجارة أى من مقتضياتها ، أى الامر الآخر الذى هو من موجب التجارة ويوجب التجارة . (وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً) فيكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما واجب عليه بسبب التجارة ، وإذا كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم الآخر عند أبى حنيفة ، وخلافاً لهما على ما يجيء إن شاء الله تعالى . وإذا اشتراه كل واحد منهما وفي أكثر النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وما يشتره كل واحد منهما) أى من المتعاضين (تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فانها تكون الذى اشتراه خاصة .

قال المصنف (وكذا كسوته) أى وكذا كسوة الذى اشتراه يكون له خاصة (وكذا الإدام) يعنى يكون الذى اشتراه لا على الشركة ، لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن ، ألا ترى إلى ما قال الكرخي في مختصره ، وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة أو ما لا بد لهم منه ، فذلك جائز وهو قول خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيها شاء على ما يجيء .

لأن مقتضى العقد للمساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب فهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة ، والقياس أن يكون على الشركة لما بيننا وللبنائع أن يأخذ بالثمن أيهما

وكذا إذا اشترى أحدهما جارية لبطأها بإذن شريكه ، وليس له أن يشترى جارية للوطىء إذا لم يأذن له شريكه .

وكذلك إذا اشترى جارية للخدمة في مختصر الكرخي « رح » أيضاً وإن اشترى أحدهما جارية للوطىء بإذن شريكه فاستولدها ثم استعقت فعلى الواطىء العقد يأخذ المستحق بالعقد أيها شاء .

(لأن مقتضى العقد) أي عقد شركة المفاوضة (المساواة) وهذا تعليل للثنى منه وهو قوله يكون على الشركة (وكل واحد منهما) أي من المتعاضين (قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب) أي في القدوري (وهو) أي المستثنى منه (استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة) لأن كل واحد منها حين يشارك شارك صاحبه عالم بمحاجته إلى ذلك ، ومعلوم أن كل واحد منها لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه .

(فإن الحاجة الراتبية) أي الراتبية من قولهم رتب الشيء إذا استقت ودام وأمر مرتب دائم ثابت (معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه) أي لإيجاب شراء أحد المتعاضين (على صاحبه ولا الصرف) أي صرف الثمن (من ماله ، ولا بد من الشراء) أي شراء طعام الأهل وكسوتهم (ليختص به) أي يختص المشتري بالطعام والكسوة (ضرورة) لأنه لا بد من شراء ذلك .

(والقياس أن يكون) كل ذلك (على الشركة لما بيننا) وهو قوله لأن مقتضى العقد للمساواة (وللبنائع أن يأخذ بالثمن) أي بثمان الطعام والكسوة والإدام (أيهما) أي المتعاضين

شاء المشتري بالأصالة ، وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قبض ديناً عليه من مال مشترك بينهما . قال ولا يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة ، فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الحياة

(شاء المشتري) أى يطالب المشتري (بالأصالة) لأنه هو المباشر (وصاحبه) أى يطالب صاحبه (بالكفالة) لانه كفيل عنه (ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى) يعنى من مال الشركة (لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما) أى بين المتعاضين (وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر) أى فالشريك الآخر (ضامن له ، تحقيقاً للمساواة) أى يعنى المساواة الذي تقتضيه الشركة المتعاضة (فما يصح الاشتراك فيه) أى فمن جملة ما يصح الاشتراك فيه (البيع والشراء) صورتها ظاهرة ، لكن الثمن في البيع الجائر ، والقيمة في البيع الفاسد (الاستئجار) صورته أن مستأجر أحد المتعاضين أجير في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الأشياء فللمؤجر أن يأخذ الأجر أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة ، وكل واحد منها كفيل عن صاحبه لما يلزمه من التجارة ، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلاً إلى مكة تحج عليها فللمكاري أن يأخذ أيها شاء ، إلا ان شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه نصيبه من الدرى .

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجر لأنه هو الذي استأجره ، لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه (ومن القسم الآخر) أى مما لا يصح فيه الاشتراك (الحياة) أراد بها الحياة على نفى ادم لأن ضمان المقب يلزم الشريك ، وفي المبسوط إذا ادعى رجل على أحدهما خطأ لها إن شق مقدورات استعلفه فحلف ، ثم أراد أن مستحلف شريكه ليس له ذلك إذ لا خصومة له مع شريكه إذ لا يكون أحد كفيلاً عن الآخر فيما ليس في التجارة .

والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة بمال عن أجنبي
لزم صاحبه عند أبي حنيفة «رح» وقال لا يلزم لأنه تبرع، ولهذا
لا يصح من الصبي والعبد والمأثون والمكاتب ولو صدر من المريض
يصح من الثلث وصار كالإقراض

(والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) ففي هذه الأشياء إذا ادعى رجل على أحدهما
وحلفه ليس له أن يحلف الآخر بخلاف ما لو ادعى على أحدهما يبيع خادم يخدم المدعى
أن يحلف المدعي عليه على الثبات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت المرأة مع
آخر عقد مفاوضة ثم خالمت زوجها بمال لا يلزم ذلك على شريكها ، كذا لو أقرت
ببدل الخلع لا يلزم شريكها .

(وعن النفقة) أي وكذا الصلح عن النفقة على شيء لا يلزم شريكه شيء من ذلك (ولو
كفل أحدهما) أي أحد المفاوضين (بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقالوا
لا يلزمه) أي لأن الكفيل متبرع على صيغة اسم الفاعل وفي بعض النسخ (لأنه تبرع)
بصفة المصدر أي لأن عقد الكفالة تبرع .

وكذا في نسخة العلاء ، وقال الفقيه أبو الليث وهذا إذا كفل بأن المكفول عنه
وإن كفل بغير إذنه ينبغي ان لا يجب شيء على صاحبه في قولهم جميعاً ، وفي شرح
الطحطاوي إن كانت الكفالة بالنفس فلا يؤخذ به صاحبه بالإجماع .

(ولهذا) أي ولكون عقد الكفالة متبرعاً (لا يصح من الصبي والعبد والمأثون
والمكاتب) لأنهم ليسوا من أهل التبرع (ولو صدر) أي التكفل أو عقد الكفالة (من
المريض) مرض الموت (يصح من الثلث) قال الكاكي وقيد صدور الكفالة بحالة المرض
لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة بغير ذلك في جميع المال بالإجماع .
(وصار) أي عقد الكفالة بالمال (كالإقراض) حيث لا يلزم الشريك ، وقال الكاكي
وفي الأقراض اختلاف فإنه ذكر في الإيضاح لو قرض أحد المتفاوضين مالاً وأعطاه رجلاً
وأخذ الصحة كان جائزاً عليها ولا يضمن ثمن المال أولاً ، وفي قياس قول أبي يوسف «رح»
يضمن القرض صحة شريكه ..

والكفالة بالنفس ، ولأبي حنيفة « رح » أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء ، لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره ،

(والكفالة بالنفس) حيث لا يؤاخذ به الآخر (ولأبي حنيفة) أي عقد الكفالة (تبرع ابتداء) أي في ابتداء الأمر ، ألا ترى أن المريض لو كفل يعتبر من الثلث ، ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته (ومعاوضة بقاء) أي في حالة البقاء ألا ترى ان يجر على الأداء (لأنه) هذا تعليل تكون الكفالة مفاوضة بقاء ، يعني أن الكفيل (يستوجب الضمان) أي يستحقه على المكفول عنه (بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره) أي بأمر المكفول عنه .

(فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة بالنظر إلى الابتداء لم تصح) وكلامنا في البقاء لأنه يلزم شريكه بعدما لزم عليه ، وفي نسخة شيخنا العلاء لأنه مستوجب الضمان عما يؤدي على المكفول عنه ، فإذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ، وكذا قال الأكل فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقاء اذ المطالبة متوجة بمد الكفالة لأنها حكمها ، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم الأجر ، وهذه هي حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثم في الابتداء بأنه قد يضمنه أولاً ، فاعتبرنا جمعة النزاع فيه ولم يعتبره ها هنا لأن الابتداء ثم محتاج إليه ولا كذلك ها هنا لصحة الابتداء . لكن الضامن من أهل الضمان دون الصبي ممن ذكره .

قال الأكل ويريد به الصبي والمجنون ، وقال تاج الشريعة يريد به المكاتب والصبي والعبد المأذون ... انتهى .

وقال الأترزي « رح » وقوله (ممن ذكره) أي ذكره أبو يوسف ومحمد لأن القياس أن تقول ذكره بضمير الاثنين والقياس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على

ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع
ابتداء وانتهاء ، وأما الإقراض فعن أبي حنيفة « رح » أنه يلزم
صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل
حتى لا يصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة .

صيغة المبني للمفعول ، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب ... انتهى .
قلت فيه نسبة المصنف إلى السهو يحنس العبارة وقوله ممن ذكره بضمير الأفراد صحيح
لأن المسئلة من مسائل الجامع الصغير الذي يذكر فيه منسوب إلى محمد وإن كان أبو يوسف
« رح » معه في مواضع وإفراده للضمير فهذا الاعتبار أي ممن ذكره محمد في الجامع
الصغير فافهم .

(ويصح) أي عقد الكفالة (من الثلث) أي من ثلث المال (من المريض) مرض
الموت ، وقد مر بيانه (بخلاف الكفالة بالنفس) حيث لا يلزم شريكه (لأنه) أي لأن
عقد الكفالة بالنفس (تبرع ابتداء وانتهاء) إذ لا مستوجب الكفيل قبل المكفول
عنه شيئاً .

(وأما الإقراض) هذا في الحقيقة جواب عن قولها وصار كالاقراض بطريق المشبع ،
بيانه ان الإقراض (فمن أبي حنيفة رح) رواه الحسن (أنه يلزم صاحبه) عند أبي حنيفة
ولا نسلم أنه لا يلزمه على رواية الحسن حتى لو فرض احد المتعاضدين جاز عليه وعلى
شريكه ، ولا يضمن لشريكه شيئاً .

(ولو سلم) جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عند أبي
حنيفة (فهو) أي الإقراض (إعارة) لا معاوضة بدليل جوازها إذ لو كان معاوضة
لكان فيه بيع النقد بالنسبة في الأموال الربوية ، فإذا كان كذلك (فيكون لمثلها) أي
لمثل الإعارة (حكم عينها) أي عين ما أقرضه (لا حكم البدل) كما في الإعارة الحقيقية
(حتى لا يصح فيه الأجل) أي لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز ، ولكنه
لا يلزمه المضي على ذلك التأجيل ، وإذا كان الامر كذلك (فلا تتحقق المعاوضة) في
الإقراض في الامراض .

ولو كانت بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى
المفاوضة ، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة « رح »
لأنه معاوضة انتهاء .

(ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى بغير أمر المكفول عنه (فالصحيح انه
لا يلزم صاحبه لانعدام معنى المفاوضة) وإليه ذهب الفقيه أبو الليث في شرح الجامع
الصغير وقبعه المصنف حيث قال (ومطلق الجواب في الكتاب) أى في الجامع الصغير
عن قيد الكفالة بأمر المكفول عنه محمد « رح » هذا المقدار .

مذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع
الصغير بينهما إذا كان بأمره أو بغيره إطلاق جواب كتاب الجامع الصغير (محمول على
المقيد وضمان الغصب والإستهلاك بمنزلة الكفالة) يعني في انه يلزم شريكه .

وعند محمد « رح » ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة (عند أبي حنيفة) عن
أبي يوسف « رح » في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك (لانه معاوضة انتهاء) لان
الغرض عند الطلب ، وقال الكاكي يختص أبو حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده ، إنما يصح
في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن فيهما محمداً « رح » مع أبي
حنيفة ، « رح » في انه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازي « رح » وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغاصب والاستهلاك
بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » ومحمد خلافاً لأبي يوسف « رح » في غير رواية
الأحول انه لا يلزم الشريك لانه معاوضة انتهاء ، لان الغرض عند الطلب ، وقال الكاكي
« رح » تخصيص أبي حنيفة « رح » في قوله بمنزلة الكفالة عنه إنما يصح في حق الكفالة
لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن سيما محمد مع ابي حنيفة « رح » في انه يلزمه
شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازي وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

قال فإن ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة ، أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء ، وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ، خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الاصول . وقال الاكمل تلميح تحريم المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » ، بأن محمداً « رح » مع ابي حنيفة « رح » في لزوم ضمان القصب واستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه .

(وإن ورث أحدهما) أي احد المتعاضين (مالا تصح فيه الشركة) هذه الجملة صفة لقوله مالا ، والمال كالدرام والدنانير والفلوس النافقة (أو وهب له) أي لاحد المتعاضين (ووصل) أي المال (إلى يده بطلت المفاوضة وصارت) أي الشركة (عناناً لفوات المساواة) التي هي الشرط (فيما يصلح رأس المال إذ هي) أي المساواة (شرط فيه) أي في عقد الشركة المفاوضة (ابتداء وبقاء) أي في حال الإبتداء وحالة البقاء . لا قضاء مساواة الدوام .

(وهذا) أي بطلاق المفاوضة وصيرورتها عناناً (لأن الآخر) أي الشريك الآخر (لا يشاركه) أي لا يشارك صاحبه (فيما أصابه) من المال (لانعدام السبب) أي سبب الشركة وهي التجارة (في حقه) أي في حق الآخر (إلا أنها) أي غير ان المفاوضة (تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء ، وكل ما ليس بشرط فيه الابتداء يشترط فيه دواما .

(ولدوامه) أي ولدوام العنان (حكم الإبتداء لكونه غير لازم) أي لكونه عقداً غير لازم فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك

فإن ورث أحدهما عرضاً فهو له . ولا تفسد المفاوضة ، وكذا
العقار لأنه لا تصح فيه الشركة ، فلا يشترط المساواة فيه .

فصل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ،

فصار كالوكالة المفردة ، فصار كأنها انشاء الشركة في الحال ، ولا مساواة بينها فيكون
عناناً ، فإن قيل الاجارة عقد لازم حتى لا يتفرد كل واحد من المتعاقدين بالفسخ ويحبرها
القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فكيف
يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه إذ العقد اللازم لدوام حكم الابتداء كما في الاجارة ،
قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شريح لكون العقود عليه معه ، وما في الحال
فكان بمنزلة العارية ، إلا انه عند معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من
الجانبيين كما في البيع والاجارة بموت أحدهما باعتبار كونه لازماً باعتبار فوت المستحق ،
لأن رغبة الدار تنتقل إلى الوارث (وإن ورث أحدهما) أي أحد المتعاضين (عرضاً)
أي متاعاً في الأمتعة (فهو له) أي فالعرض له ، يعني لا يكون في الشركة .

(ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار) أي وكذا لا يفسد المفاوضة ، إذ ورث أحدهما
عقاراً (لأنه لا تصح فيه الشركة ولا شرط المساواة فيه) أي في العنان والله
أعلم بالصواب .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة ، ولما كان المبحث هنا غير
المبحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة) قال الكاكي في المبسوط تكون المفاوضة والعنان في شركة البقل والوجوه مع
عدم المال فيها فكان قوله لا تنعقد الشركة إلا بكذا كيف يتحصل . قلت المراد بقوله لا

وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان
الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبهه
النقود ، بخلاف المضاربة ، لأن القياس يأبأها ، لما فيها من
ربح ما لم يضمن

تنعقد الشركة هي شركة المفاوضة لأن السلام للتعريف في الشركة فيصرف المذكور
إلى السابق .

وقال صاحب النهاية أيضاً المراد شركة المفاوضة لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة ،
ولهذا بدأ بعد هذا ببيان شركة العنان بقوله أما شركة العنان . قوله بالفلوس النافقة إلى
إلى الرجحة ، لأن غير النافقة من العروض وكذا يجوز بالبر النافقة ولا خلاف في أن المشتركة
تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض ، فقال أصحابنا أحمد والشافعي في
وجه لا يجوز وقال في وجه إن كانت العروض مثلياً يجوز إذ المثلي نسبة المفقود ، ويرجع
عند المفاوضة بمثلها .

(وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها)
أي لأن الشركة (عقدت على رأس مال معلوم فأشبهه النقود) واشترط اتحاد الجنس بناء
على أن الخلط شرط عنده ، وقال الأكل «رح» في ذلك خلاف مالك نظر لما تقدم من قوله ،
وقال مالك لا أعرف ، والمفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان أو يكون تعريفاً على قول من
يقول لها كما نقل عن أبي حنيفة في الزراعة ... انتهى .

قلت نقل هذا عن مالك غير صحيح ، وإنما هذا منقول عن الشافعي ، وعند مالك يجوز
لما نقله المصنف ، وعن أحمد في رواية يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ، وبه قال
الأوزاعي وطاووس وحماد بن أبي سليمان وابن أبي ليلى (بخلاف المضاربة) في تنمة قول
مالك يعني المضاربة مختصة بالدرهم والدنانير .

(لأن القياس يأبأها) أن يمنع جوازها (لما فيها من ربح ما لم يضمن) لأن المال ليس
بمضمون على المضاربة بل هو أمانه في يده ، فكان ما حصل من الربح ربح بمال غير مضمون

فتقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتره في ذمته ، إذ هي لا تتعين ، فكان ربح ما ضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ،

يستحق رب المال ، لأنه لم يعمل في ذلك الربح ، فلا يصح (فيقتصر على مورد الشرع) وهي الدراهم والدنانير .

وأما في الشركة فإن كان واحداً من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل واحد منهما في مال لنفسه يعتبر شركة يصح .

و (لنا أنه) أي عقد الشركة بالعروض (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وأنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وأوضح كيف يروي إلى ربح ما لم يضمن لا يجوز بقوله (لأنه إذا باع كل واحد منهما) أي من الشريكين من العروض (رأس ماله وتفاضل الثمنان) بأن باع أحدهما عرضه بأضفاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح (فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن) وما لم يملك وذلك لا يجوز (بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن ما يشتره) كل واحد منهما برأس المال يتعلق الشراء برأس المال بعينه ، وإنما يتعلق بمثله ديناً (في ذمته إذ هي) أي الأثمان (لا تتعين) والتغيير (فكان ربح ما يضمن) لتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة .

(ولأن أول التصرف) دليل آخر ، أي أول التصرف في الشركة (في العروض البيع) أنه بيع العروض (وفي النقود) أي وفي الشركة في الدراهم والدنانير (الشراء) وهو ظاهر (وبيع أحدهما) أي أحد الشريكين (ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز) لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة

وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائز
وأما الفلوس النافقة تروج رواج الأثمان فألحقت بها . قالوا هذا قول
محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع
اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف

لا تصح في العروض ، فإنه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لا يصح .
(وشراء أحدهما شيئاً بماله على ان يكون البيع بينه وبين غيره جائز) ألا ترى ان
من قال اشترى بألف من مالك على أن ما يريه مشترك بيننا فالشركة جائزة وقد رصاحب النهاية
هذا الدليل الثاني على وجه يؤول إلى ربح ما لم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة
باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة ملك الصفة لا تجوز الشركة ، ومعنى هذا أن
الوكيل بالوكيل بالبيع ان يكون أميناً ، فإذا شرط له جزء من الربح ما لم يضمن ، فأما
الوكيل بالشراء فهو من طلتمس في ذمته ، فإذا شرط له جزء الربح كان هذا ربح ما قد ضمن .
(وأما الفلوس النافقة) فلانها (تروج رواج الأثمان) أي كرواج الأثمان (فالتحقت
بها) أي بالأثمان (قالوا) أي قال المتأخرون (هذا) اي هذا الذي ذكره القدوري
« رح » من جواز الشركة بالفلوس النافقة وهو (قول محمد « رح ») كذا فسرہ الاترازي
« رح » لأن ماله الفلوس التي ذكرها في أول الفصل ذكرها القدوري « رح » في مختصره
وغيره . قال قوله هذا أي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد « رح » (لأنها) أي
لأن الفلوس النافقة (ملحقة بالنقود عنده) أي عند محمد « رح » (حتى لا يتمين بالتعيين)
كالدرهم والدنانير .

(ولا يجوز بيع اثنين بواحد) أي بيع فلسين بفلس واحد (بأعيانها على ما عرف)
في نوع ، وإنما قيد بأعيانها لتظهر ثمره الاختلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس
نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب .

أما عندهما فله وجه النسبة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد « رح » فلهذا أو لمعنى
الثنى ، وأما إذا كانت بأعيانها فعندهما يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» لا تجوز الشركة
والمضاربة بها ، لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعاً ،
ويروى عن أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح» والأول
أقيس وأظهر ،

ولم يذكر القدوري «رح» في الفلوس النافقة خلافاً ، وإنما الحقها بالدرهم والدنانير ،
ولم يذكر الخلاف فيها ، وكذلك حكم الشبهة لم يذكر الخلاف فيها .

وقال الكرخي «رح» في مختصره والأموال التي يصح بها عقد الشركة الدرهم
والدنانير في قولهم جميعاً ثم قال وقال أبو يوسف «رح» ، ومحمد «رح» يصح بالفلوس
أيضاً ، وفي الشامل تجوز الشركة بالفلوس لأنها لا تتغير في المقد ، وعن أبي يوسف «رح»
لا تصح وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه يبيع مكاده وثمن أخرى .

وقال الأسيبجاني في شرح الطحاوي «رح» ، ولو كان رأس مال أحدهما لم تجز
الشركة عند أبي حنيفة «رح» ، وأبي يوسف «رح» ، لأن الفلوس إنما صارت ثمناً
باصطلاح الناس وليس بثمن في الأصل ، وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف
«رح» الأول .

(أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» لا تجوز الشركة ولا المضاربة بها) أي
بالفلوس (لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة) فلا تجوز الشركة ولا
المضاربة بالسلعة .

(ويروى عن أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح») يعني لا يجوز بيع الفلوسين
بفلس واحد ، وهذا قول أبي يوسف «رح» أولاً (والأول) أي كون أبي يوسف «رح»
مع أبي حنيفة «رح» (أقيس) أي أشبه (وأظهر) لأن أبا يوسف «رح» جوز بيع
الفلوسين بفلس واحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة «رح» ، وجعل الفلوس كالمروض ، فلما
كان مذهبه في مسألة البيع مذهب أبي حنيفة كان مذهبه أيضاً في مسألة الشركة ، لأن
العروض لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة .

وعن أبي حنيفة «رح» صحة المضاربة بها. قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن تعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب . وفي الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ، ومراده التبر . فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين ، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات . وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم . فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما

(وعن أبي حنيفة «رح») أي روي عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه (صحة المضاربة بها) أي بالفلوس الناقصة (قال) أي القدوري «رح» (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك) أي سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس الناقصة (إلا أن تعامل الناس بالتبر) بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ .

(والنقرة) بضم النون وهي القطعة المذابة من الفضة والذهب (فتصح الشركة بهما) أي بالتبر والنقرة (هكذا ذكره في الكتاب) أي في مختصر القدوري «رح» (وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر) أي مراد محمد «رح» في الجامع الصغير من قوله قبل ذهب أو فضة التبر .

(فعلى هذه الرواية) أي رواية الجامع الصغير (التبر سلعة يتعين بالتعيين ، فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات) لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن .

(وذكر في كتاب الصرف) من الجامع الصغير (ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا يفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما) أي في المضاربات والشركات .

(وهذا) إشارة إلى ان النقرة لا تتعين بالتعيين (لما عرف أنهما) أن الذهب والفضة

خلقا ثمينين في الأصل ، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال ، ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ، ولكل واحد منهما ربح متاعه ، وعليه وضيعته ، وإن خلطاً ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف « رح » . والشركة شركة

(خلقا ثمينين في الأصل) يعني رواية الجامع الصغير لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمينين مختصين بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك أي عند الضرب المخصوص لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً (إلا) أن يجري التعامل . هذا استثناء من قوله (أن الأول أصح لأنها وإن خلقت التجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال) يعني أن الأول وهي رواية الجامع الصغير وهي أن النقرة لا تصلح إلا إذا جرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال .

(ثم قوله) أي ثم قال القدوري « رح » في مختصره (ولا يجوز بما سوى ذلك) أي لا يجوز عقد الشركة ما سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة (يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا) أي لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون والعددي المتقارب (قبل الخلط) فيما بيننا ، أي باتفاق أصحابنا (ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته) أي خسته وفي المختلف فإن خطأ ثبت بينهما شركة ملك ، فإذا باعاً فالربح والوضيمة على قدر مالها كسائر الأعيان .

(وإن خلطاً ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف « رح » والشركة شركة

ملك لا شركة عقد وعن محمد « رح » تصح شركة العقد . وثمره
الإختلاف تظهر عند التساوي في المالين ، واشترط التفاضل في
الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد « رح » أنها ثمن من وجهه حتى
جاز البيع بها ديناً في الذمة ويبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين ،
فعملنا بالشبهين

ملك لا عقد) أى لا شركة عقد (وعند محمد « رح » تصح شركة العقد، وثمره الاختلاف
تظهر عند التساوى في المالين . واشترط التفاضل في الربح) عند أبي يوسف لا يستحقه
زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه ، وعند محمد « رح » الربح بينهما على
ما شرط .

(وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنه) أى كل من المذكور من المكيل
والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وشرط جواز الشركة
أى لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لثلاثين ربح ما لم يضمن وما يصلح فيكون
رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالتعود .

فكذا ما لا يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه لأن قبل الخلط
إنما لا يجوز شرط العقد بها لأنها متعينة ، وأول التصرف فيها يبيع فيؤدى إلى ربح ما لم
يضمن ، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد، وتقديراً بالخلط لأن الخلط لا يتقرر إلا في
معين ، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فيقرر المعنى المقرر فلا يكون
مصححاً للعقد .

(ولمحمد « رح » أنها) أى ان المكيل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجهه
حتى جاز البيع بها) حال كونها (ديناً في الذمة) إذ هو من أحكام الثمن (ويبيع من
حيث انه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين) أى سبب العرض والثمن .

بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ، والفرق لمحمد « رح » أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم .
فتمكن الجهالة كما في العروض ،

(بالإضافة إلى الحالين) أي حالة الخلط وحالة عدمه فأشبهها بالعروض لاجتياز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط ، وهذا لانه باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها ، وهو الخلط يثبت شركة الملك لا محالة فناله به شركة المقدر لا محالة والعكس يتضمن ربح مالم يضمن (بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال) معين ليست بها جهة الثمنية ، فلم تجز الشركة بها بعد الخلط أيضاً .

(ولو اختلفا) أي لو اختلف المالان (جنساً) أي من حيث الجنسية (كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخطا) على صيغة المجهول (لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق) فإذا كان كذلك يحتاج محمد « رح » إلى الفرق أشار إليه بقوله (والفرق لمحمد « رح ») إنما احتاج إلى الفرق لأنه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها إذا عقدا عقد الشركة بعد الخلط في جنسين ، وبيان الفرق هو قوله (أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى ان من أتلفه يضمن مثله (ومن جنسين من ذوات القيم) حتى أن من أتلفه ضمن قيمته فيمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد .

فإن كل واحد منهما يمكنه ان يصل إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة باعتبار الملك . انعقدت الشركة (فتمكن الجهالة كما في العروض) .

قال تاج الشريعة قوله من ذوات القيم لهذا يجب مبلغه القيمة ، فكان المخلوط بمنزلة العروض ،

وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء . قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة .

ذكره أبو الفضل (وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) أي إذا لم تصح شركة العقد يعني إذا عقدها بعد الخلط في جنس ، أما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالكين برضى صاحبيهما ، ومعنى قوله فحكم الخلط يعني ان الخلطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بغير نفسه فيقطع حق المالك إلى الضمان ، وكذا إذا خلط المودع الحل الوديعة زيت نفسه ، والحل بفتح الحاء المهمة ، دهن السمسم .

وقال الاترازي « رح » قوله قد بيناه في كتاب القضاء فيه نظر ، لأن صاحب الهداية لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وإنما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضاء في شرح الجامع الصغير والله أعلم بصحة ما قال ، إلا إذا قيل إنه بينه في كفاية المنتهى فله وجه إن صح ذلك .

قال الكاكي قوله في كتاب القضاء أراد القضاء في الجامع الصغير ، وقال الاكل « رح » كذلك أي كتاب القضاء الجامع ، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال بينه ، وقال تاج الشريعة قوله في كتاب القضاء أورد المصنف « رح » هذه المسألة في كتاب الوديعة ... انتهى .

قلت قد رأيت أن أحداً من هؤلاء لم ينف القليل ولم يرو القليل ، قلت ان كان مراده في كتاب القضاء الذي ذكره في كفاية المنتهى على ما قيل لا يرد عليه شيء ، وإن كان مراده كتاب القضاء الجامع على ما نص عليه أكثر الشراح فيحمل على أنه بينه هناك بكتاب شيء من الحواشي وتقديره بينا في قدريته .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (فإذا أراد الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) هذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض

قال وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة

توسعة على الناس ، وقوله باع كل واحد منها إلى آخره ، صورة هذه الشركة إذا باع كل واحد منها نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال واحد منها مضموناً على الآخر بالثمن ، فيكون الربح الحاصل ربح ماله مضمون ، فيكون العقد صحيحاً .

(قال) أي المصنف « رح » (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة) وفي الكاكي هذا مشكل لأن ذلك يحصل بمجرد البيع فلا يحتاج إلى قوله ثم عقد الشركة إلا أن يقال أراد بقوله عقد الشركة أي شركة ملك وفيه بعد .

وقال الأترابي ظاهر كلام القدوري « رح » أن هذا شركة العقد لا شركة الملك لأنه قال ثم عقد الشركة . وقال صاحب النهاية وهذه شركة ملك وهذا عجيب منه وبعيد وقوله عن مثله قضاء تحقيقاً ، وملخص النص ما ذكره في المبسوط ولو كان لأحدهما عروض وللآخر درهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة أو معاوضة جاز والحق العنان والمعاوضة في هذه الشركة وهما من شركة العقود ، لأنه شركة الملك وملخص التحقيق ان العروض إنما لا تصلح الرأس مال الشركة قبل البيع لأنه يقتضي ربح ما لا يضمن بخلاف ما إذا كان بعد البيع على الوجه المذكور الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه .

وقال الكاكي « رح » قال شيخنا العلامة عدم جواز الشركة بالعروض كناية عن معنيين أحدهما ربح مال يضمن كما بينا ، والثاني حرماً له رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض عن الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري « رح » وروي يجوز ، واختاره شيخنا الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي لأن رأس المال صار معلوماً ، وصار نصف مال كل منها بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن ، فكان الربح الحاصل في ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز .

ثم قال الكاكي ثم المصنف « رح » اختار عدم الجواز وعدم ما ذكره القدوري « رح » وروى ما عله وقال وهو نظير ما ذكره القدوري « رح » ويستحب للمتأخر ان ينوي

وتأويله إذا كانت قيمة متاعها على السواء ، ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة . قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشرك في عموم التجارات .

الطهارة ثم عدم المصنف بقوله فالتبعية والوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة ... انتهى .

قلت قد طول الشراح هنا كلامهم ، والأحسن أن يقال إن صاحب القدوري « رح » اختار ما ذكره واختار صاحب الهداية ما ذكره وليس فيه اعتراض لأحدهما على الآخر ولا لغيرهما اعتراض عليها فاقمهم .

(وتأويله) أي تأويل ما قاله القدوري « رح » في مختصره من يبيع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر (إذا كانت قيمة متاعهما على السواء . ولو كانت بينهما) أي بين متاعيهما (تفاوت بين صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة) مثل ان تكون قيمة عرض أحدهما أربع مائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر ، فيكون الربح الحاصل في المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب ويصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما . (قال) أي القدوري « رح » في مختصره (وأما شركة العنان) وهذا عطف على قوله فأما شركة المناوضة في أوائل الكتاب (فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) ويحيى بيانه عن قريب (وهي) أي شركة العنان أي صورتها (أن يشترك اثنان في نوع بز) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، قال ابن دريد البز متاع البيت من الثياب خاصة ، وعن الليث ضرب من الثياب ومنه البز متاع جاريتة إذا جوزها من الثياب .

وعن ابن الرنسباري رجل حبس البز أي الثياب ، وعن الجوهري وهو من الثياب ، وقال في السير الكبير عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والحز ، ويقال البزاز لبائعه والبز حرفة والبز بكسر الباء كقولهم رجل حسن البزة . (أو طعام) أي أو اشتركا في طعام أي حنطة (أو يشرك في عموم التجارات)

ولا يذكرن الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ،
ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عن له
أي أعرض ، وهذا لا ينبىء عن الكفالة ، وحكم التصرف لا يثبت
بخلاف مقتضى اللفظ .

عطف على قوله أن يشترك (ولا يذكرن الكفالة) أي في العقد (وانعقاده) أي انعقاد عقد شركة
العنان (على الوكالة لتحقق مقصوده) أي لتحقق المقصود من العقد . وهذا التصرف في مال الغير
فلا يكون ذلك إلا بالوكالة عند عدم الوكالة (كما بيناه) أي فيما مضى في أول الكتاب من قوله
وشرطه ان يكون التصرف المقصود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما استفاد
بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب له .

(ولا تنعقد على الكفالة) أي لا تنعقد شركة العنان على الكفالة بأن لا يكون كل
واحد منها كفيلا عن الآخر (لأن اللفظ) أي لفظ العنان (مشتق من الأعراض) أراد
بالاشتقاق من جهة المعنى لا من جهة اللفظ لأن لفظ العنان غير مشتق يجب الاصطلاح من
الأعراض بل من حيث المعنى .

ولهذا قال (يقال عن له أي أعرض) يقال كذا أي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا
سرب كأن نعاجه ... معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش . وقال ابن المكسر كأنه عن
لها شيء فاشتركا فيه ، وقال بعض أهل اللغة هذا شيء أخذ به أهل الكوفة ولم يتكلم به
العرب ، وليس كذلك بما ذكرنا من شعر امرئ القيس .

وقيل هذا مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه النسائي والأصمعي إذ كل منهما
جملا عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه ، أو لأنه يجوز أن مقارنا في المال والربح ،
كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والادخار ، كذا في المبسوط والإيضاح .

(وهذا) أي معنى العنان (لا ينبىء عن الكفالة) أي لا يفهم منه معنى الكفالة فلا
ينعقد عليها (وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ) أي حكم التصرف في اللفظ
لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ ، فلفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا

ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ، وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح .
وقال زفر «رح» ، والشافعي «رح» لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل لهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة

يتضمنها (ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه) لأنه لا يقتضي المساواة فجواز التفاضل وهو معنى قوله (وليس من قضية اللفظ المساواة) أي ليس من مقتضى لفظ العنان المساواة مثل المفاوضة .

(ويصح أن يتساويا) أي الشريكان شركة العنان (في المال ويتفاضلا في الربح) وبه قال أحمد (وقال زفر والشافعي لا يجوز) وبه قال مالك ، وفي فتاوى قاضي خان لو شرط المساواة في الربح أو شرطاً لأحدهما فضل ربح أي شرطاً العمل عليها كان الربح بينهما على ما شرطاً عملاً جميعاً أو عمل أحدهما وإن شرطاً العمل على أقليهما ربحاً لا يجوز في الذخيرة ، والأصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير ، وإذا شرطاً في هذه الشركة العمل وشرطاً التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة .

(لأن التفاضل فيه) أي في الربح (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وهو لا يجوز (فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً) أي وكان الربح أثلاثاً (فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال) ولهذا يصح الشرط منعه على هذا الوجه (لأن عقد الشركة عندهما) أي عند زفر والشافعي (في الربح للشركة في الأصل فيشرطان الخلط) في المالين حتى لو لم يختلطا رأس مالهما لا تثبت الشركة عندهما (فصار ربح المال بمنزلة

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه السلام
الربح ما على شرطاً والوضيعة على قدر المالكين ، ولم يفصل ، ولأن
الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة . وقد يكون
أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فلا يرضى بالمساواة
فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح
لأحدهما لأنه يخرج

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ، ولنا قوله عليه السلام (أى قول النبي ﷺ)
(الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالكين) هذا غريب جداً وليس له أصل ، ويوجد
في بعض كتب الأصحاب من قول علي رضي الله عنه . وعن هذا قال الاترازي .
ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه أنه قال الربح
على ما اشترط العاقدان والوضيعة على قدر المال ، وكذا قال أكثر الشراح (ولم يفصل)
يعني بين التساوي والتفاضل ، وفي بعض النسخ من غير فصل (ولأن الربح كما يستحق بالمال
يستحق بالعمل كما في المضاربة) أي كما يستحق بالعمل في المضاربة ، فإن قيل في المضاربة
لو شرط العمل على رب المال تفسد العقود وما هنا لا يفسد ، فكيف جواز إلحاقه بالمضاربة
قلنا المضاربة أمانة ، وتام الأمانة تقف على التخليّة فإذا شرط على رب المال لم توجد
التخليّة ، أما ما هنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر فشرطه على رب المال لا يبطل
العقد ، فإن من استأجر أجيراً لنفسه على العمل جاز ... كذا في الإيضاح .

(وقد يكون أحدهما) أي أحد شريكي العنان (أحذق) بالحاء المهملة والذال
المعجمة أي أنفس في أساء المالية (وأهدى) إلى طريق الصواب في تصرفاته (وأكثر
عملاً وأقوى) في عمله من صاحبه (فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل)
فيجوز كذلك (بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما) هذا جواب عما يقال إذا شرط
جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل ، والجامع القول بالربح عن العيظ
على قدر المال ، وتقدير الجواب هو قوله (لأنه) أي لأن اشتراط الربح أحدهما (يخرج

العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشرطه للعامل أو إلى بضاعة باشرطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة .

العقد به) أي باشرط الربح لأحدهما (من الشركة) لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركاً .

(ومن المضاربة أيضاً) أي ويخرج باشرط جميع الربح لأحدهما من عقد المضاربة أيضاً (إلى قرض) يتعلق بقوله يخرج العقد به أراد أن اشتراط الربح أحدهما إن كان للعامل فيكون قرضاً ، وهو معنى قوله إلى قرض (باشرطه) أي باشرط الربح (للعامل أو إلى بضاعة) أي او يخرج العقد باشرط الربح لأحدهما إلى بضاعة يعني يصير بضاعة إن كان هو رب المال ، وهو معنى قوله إلى بضاعة (لاشرطه لرب المال) ويخرج عن كونه شرطاً لأنه إما أن يكون قرضاً وإما أن يكون بضاعة .

(وهذا العقد يشبه المضاربة) هذا جواب لقول زفر والشافعي « رح » أن التفاضل في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه أن هذا العقد أي شركة العنان تشبه المضاربة (من حيث أنه يعمل في مال الشريك) لأن يحمل واحد منها يعمل في مال صاحب كالمضاربة يعمل في مال رب المال .

(ويشبه الشركة) أي شركة المفاوضة (اسماً) أي من حيث الاسم ، لأن كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة (وعملاً) أي من حيث العمل (فإنها يعملان) لأن شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوضة فصار لهما شبهان شبة بالمضاربة وشبة بالشركة المفاوضة (فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة) أي عملها يشبه شركة المفاوضة .

حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس يشترط فيه إذ اللفظ يقتضيه ، ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه ، ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما فتأثير ومن الآخر دراهم . وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود . وقال زفر والشافعي « رح ، لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ،

(حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما) اي على الشريكين (قال) اي القدوري في مختصره (ويجوز أن يعقدها) اي أن يعقد شركة العنان (كل واحد منها) اي من الشريكين (ببعض ماله دون البعض) بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه (لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه) اي في العنان (إذ اللفظ) اي لفظ العنان (لا يقتضيه) اي لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة .

(ولا يصح) اي شركة العنان (إلا بما بينا) عند قوله ولا تعقد الشركة إلا بالدراهم والتأثير والفلوس النافقة ، ولا تصح بالمروض (أن المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدي إلى ربح مال يضمن (ويجوز أن يشتركا ، ومن جهة أحدهما وتأثير ومن الآخر دراهم) لفظ القدوري .

وقال المصنف (وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر دراهم سود) وفي الاسرار وكذا الصحاح والكبيرة (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء) اي هذا الخلاف مبني (على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما) اي عند زفر والشافعي « رح ، الخلط (شرط ولا يتحقق ذلك) اي الخلط (في مختلفي الجنس) لأن الدرهم

وسنبيته من بعد إن شاء الله تعالى . قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوب بضمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ، وهو منكر . والقول للمنكر مع يمينه . قال وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين

والدنانير مالان لا يختلطان (وسنبيته من بعد إن شاء الله تعالى) أي سنين أشياء الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي « رح » وعدم اشتراطه عندنا عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلط المال .

(قال) أي القدوري (وما اشتراه كل واحد منها) أي من الشريكين العنان (للشركة) أي لأجل الشركة (طوب) أي الذي اشتراه (بضمنه) أي بضمن الذي اشتراه (دون الآخر) أي الشريك الآخر ، أي لا يطالب به (لما بينا) فيما مضى (أنه) أي أن العنان (يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الأصل في الحقوق) يعني هو الطالب فيها .

(قال) أي القدوري (ثم يرجع) أي الذي اشتراه (على شريكه بحصته منه) أي من الثمن (معناه) أي معنى كلام القدوري (إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته) أي في حصة صاحبه (فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه) أي على شريكه (فإن كان ذلك لا يعرف إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة إلا بقوله (فعليه الحجة) أي فعليه إقامة البينة ، (لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو منكر) أي والآخر منكر (والقول للمنكر مع يمينه) بالنص .

(قال) أي القدوري في مختصره (وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين) أي أو

قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة ، لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين ، وإنما يتعينان بالتقبض على ما عرف ،

هلك أحد المالين (قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال) اى المعقود عليه هو المال فإذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع (فإنه) اى فإن المال (يتعين فيه) اى في عقد الشركة ، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوزات عندما خلافاً لزرر والشافعي « رح » (كما يتعين) اى المال (في الهبة والوصية) والوديعة أيضاً .

(وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع) اى كما يبطل في البيع لان الركن فيه هو المال (بخلاف المضاربة والوكالة المفردة) احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن لان المعقود يتعين فيهما (لانه) اى لان الثمنان (لا يتعين الثمنان) أراد بها الدراهم والدنانير (فيهما) اى المضاربة والوكالة المفردة (بالتعيين) وإنما يتعينان بالتقبض على ما عرف (في موضعه ، والوكالة المفردة ، فمن وكل رجلاً بشراء عبد دفع إليه دراهم فهلك فإنها لا تبطل .

وقال الاترازي « رح » فيه نظر لان المعقود يتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه ، وفي الزيادات بخلاف الوكالة فإن التقود فيها لا تتمين قبل التسليم ، أما بعد التسليم ففي نفسها اختلاف المشايخ فقال بعضهم تتمين فيها التقود ، وقال بعضهم لا تتمين ، وقال شيخي العلاء الذى ذكره في الزيادات من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي وهو أن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة ، وهذا يرد نظر الاترازي .

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالكان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما
رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم
يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته أيهما هلك من مال
صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر ،
لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة ،
لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالكين ، وإن اشترى أحدهما بماله
وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطاً ،
لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ،
فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة
عقد عند محمد

(وهذا ظاهر) أي بطلان الشركة ظاهر (فيما إذا هلك المالكان) لقوات العقود
عليه (وكذا إذا هلك أحدهما) أي أحد المالكين (لأنه) أي لأن الشريك الذي لم يهلك
ماله (ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن
راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته) أي فائدة العقد (وأيهما) أي المالكين (هلك
من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر) وإن هلك في يد صاحبه فكذلك ، وهو معنى
قوله (وكذا إذا كان) أي الهلاك (هلك في يد الآخر لأنه أمانة في يده) ولا ضمان
على الأمين (بخلاف ما بعد الخلط) أي بخلاف ما إذا كان هلاك المال ما بعد الخلط
(حيث يهلك على الشركة لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالكين) .

وفي بعض النسخ فيجعل الهلاك من المالكين أي يجعل الهلاك هلاكاً من المالكين (وإن
اشترى أحدهما) أي أحد الشريكين (بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى
بينهما على ما شرطاً لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير
الحكم) أي حكم الملك (بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

« رح ، خلافاً للحسن بن زيادة حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطاً لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة وتكون شركة ملك

« رح ، خلافاً للحسن بن زياد « رح ») فان عنده شركة ملك وفائدة هذا الخلاف تظهر في قوله (حتى أن أيهما باع جاز بيعه) عند محمد « رح » ، ولا يجوز عند الحسن أن يتصرف في نصيب الآخر لانه شركة ملك ، وعند محمد « رح » شركة عقد (لان الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها) فجاز تصرف كل منهما في نصيب الآخر .

(قال) اي القدوري (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) اي بحصة الشريك ثمن المشتري ، وذلك (لانه اشترى نصفه) وهو حصة الشريك (بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه) والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا هنا (وقد بيناه) اي عند قوله إذا أدى من مال نفسه (هذا) اي هذا الذي قلنا فيها .

(إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك المال الآخر) بالرفع صفة للمال ، وفي بعض النسخ في مال الآخر اي الشريك الآخر (أما إذا هلك مال أحدهما) اي أحد المالين (ثم اشترى الآخر بمال الآخران صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطاً ، لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة) المقصودة لا بحكم عقد الشركة (وتكون شركة ملك) لا فلوس يجوز

ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم اووكالة التي تضمنتها الشركة حتى إذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة . قال وتجاوز الشركة وإن لم يخلط المال ، وقال زفر والشافعي « رح » ، لا تجوز لان الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الاصل وإنه بالخلط ، وهذا

لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، لأن الملك هل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الوكيل فكذا هذا .

(ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته (وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها) أي في الشركة (كان المشتري للذي اشتراه خاصة ، لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة ، فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها) أي فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة البائعة في عقد الشركة أيضاً (بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة) أي لأن الوكالة مقصودة ، فيكون المشتري بينهما بحكم الوكالة المقصودة .

(قال) أي القدوري « رح » (وتجاوز الشركة وإن لم يخلط المال) وبه قال أحد ومالك « رح » ، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديها عليه بأن يجعل في حانوت لها أو في يد وكيل لها (وقال زفر والشافعي « رح » ، لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل) الذي هو المال (وإنه) أي وأن الشركة على تأويل الاشتراك إنما يكون (بالخلط) لأن الشركة عبارة عن الاختلاط .

(وهذا) إشارة إلى قوله لأن الربح على المال يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال

لان المحل هو المال ، ولهذا يضاف إليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عمله ، أما هنا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال . ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هذا الإسم فيه

(لأن المحل) أي محل للشركة (هو المال ، ولهذا يضاف إليه) يقال عقد شركة المال (ويشترط تعيين رأس المال) فتكون الشركة في الثمرة مسندة إلى المال (بخلاف المضاربة) فإنها تصح بدون الخلط (لأنها ليست بشركة وإنما هو) أي المضارب (يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عمله ، أما هنا بخلافه) بالإضافة قال الاترازي « رح ، نصب بنزع الحافض أي من عمالة عمله وهي أجرة العمل ، وفي نسخة شيخني العملاء عمالة على عمله ، وفسر العمالة بالجهالة ، وكون العمالة منصوباً بنزع الحافض ، وليس له وجه على ما لا يخفي لا وجه أن يكون منصوباً على التعليل أي لأجل عمالة على عمله .

(وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (لهما) أي لزفر والشافعي « رح » ، ثم أوضح كون هذا أصلاً كثيراً عندهما « رح » بقوله (حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلها ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير فإنه تمنع الشركة بينها صحيحة عنده ، خلافاً لزفر والشافعي « رح » (ويشترط الخلط) عندهما (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) هذا أيضاً على أصلها (ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال) هذا أيضاً على أصلها (ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال) بكل ما هو مسند إليه هو الأصل .

(لأن العقد يسمى شركة) لا المال (فلا بد من تحقق معنى هذا الإسم فيه) أي اسم

فلم يكن الخلط شرطاً ، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان ، فلا يستفاد الربح برأس المال ، وإنما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل ، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدون ، وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس

الشركة في العقد إذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح (فلم يكن الخلط شرطاً) لأن الشركة حصلت في الأصل وهو العقد بلا خلط ، وحصلت في الفرع وهو الربح الذي استعيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطاً ولا الخلط ولا التساوي في الربح على ما يجيء .

(ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان) هذا دليل ثان هو كالشرح للدليل الأول ، ومضى لا يتعينان في الشراء لا في الشركة ، أي لا يتعينان في حق الاستحقاق إذا وجد الشراء بها ، فإذا لم يتعينا (فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد في التصرف لأنه) أي لأن كل واحد من الشريكين (في النصف أصيل ، وفي النصف وكيل) لأن موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكلاً للآخر في نصيبه فيصرف كل واحد منها في مال الشركة في بعضه بطريق الأصالة ، وفي بعضه بطريق الوكالة ، وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحال إلى العقد ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة فكان الربح مستنداً إلى العقد بهذا الطريق لا إلى المال كما قالوا .

(وإذا تحققت المشاركة ^(١) في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به) أي بالتصرف (وهو الربح بدون) أي المستفاد وهو الربح بدون الخلط (وصار كالمضاربة) أي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال فكذلك في عقد الشركة فلم ينزل من الإشتراك في الربح الإشتراك في أصل المال (فلا يشترط اتحاد الجنس) يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال

(١) كذا الأصل ، ومن الهامش - نسخة الشركة .

والتساوي في الربح ، وتصح شركة التقبل . قال ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة ، قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه

(والتساوي) ولا يشترط التساوي يعني ان الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال ، فكذلك في عقد الشركة فلم يزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني إذا كان عند الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال والتساوي أو لا يشترط التساوي (في الربح وتصح شركة التقبل) وإن لم يوجد المال .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما) أي لأحد الشريكين (دراهم مسماة في الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه) أي لعله (لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما) فيكون الربح لأحدهما خاصة وهو خلاف قضي الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحد منها (ونظيره في المزارعة) أي نظير ما قالنا من عدم جواز الشركة ثابت في المزارعة ، وهو ما إذا شرط لأحدهما فقراً مساه فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج إذ من شرط المزارعة أن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنها تنعقد شركة في الانتهاء .

(قال) أي القدوري « رح » (ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) من الإبضاع يقال أبضمته إذا رفعت له مالا يعمل فيه (لأنه) أي لأن الإبضاع (معتاد في عقد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل) أي مستأجر أجيراً أعلى عمل يحصل منه الربح (والتحصيل بغير عوض دونه) أي دون الاستئجار .

فيملكه وكذال له أن يودعه لانه معتاد ، ولا يجد التاجر منه بدأ .
قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة
« رض » أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة ، والاصح هو الاول
وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل
الربح ، كما إذا استأجر بأجرة بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في
ذمته بخلاف الشركة

(فيملكه) أي فيملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاء وفيه تحصيل الربح بلا
أجر فكان الاستتجار على من ملك الأعلى إلا وفي (وكذال) أي لأحد الشريكين (أن
يودعه) أي يودع مال الشركة (لأنه) أي لأن الإيداع (معتاد) بين التجار (ولا يجد
التاجر منه) أي من الإيداع (بدأ) أي انقطاعاً منه (قال) أي القدوري « رح »
ويدفعه مضاربة) قال الاترازي « رح » ويدفعه بالنصب عطفاً على قوله أن يضع (لأنها)
أي لان المضاربة (دون الشركة) ألا ترى ان المضارب ليس عليه شيء من الرضعة وأن
المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح ، وهذا ظاهر الرواية .

(فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رح ») أي روى الحسن عنه (أنه ليس له ذلك) أي
ليس له أن يدفع المال مضاربة (لانه نوع شركة) وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع
غيره بمال الشركة ، فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول أصح) أي جواز الدفع مضاربة
أصح (وهو رواية الاصل) أي المبسوط (لان الشركة غير مقصودة) في المضاربة (وإنما
المقصود تحصيل الربح) وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين .

(كما إذا استأجر) أحد الشريكين أجيراً (بأجرة) ليعمل فإنه يجوز قولاً واحداً
لانه إذا عمد ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء (بل أولى) جواب إذا (لانه)
أي لان عقد المضاربة (تحصيل) أي للربح (بدون ضمان في ذمته) أي في ذمه رب المال
فكان أولى بالجواز ، وعند الشافعي « رح » لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه إلا
بإذنه ، وفي قوله إلا بتصريح في العهد العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا (بخلاف الشركة

حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله . قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

حيث لا يملكها (الشريك) لان الشيء لا يستتبع (١) مثله) إذ يلزم المحال منه وهو أن يكون مثل الشيء دونه فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإن له أن يكتب عنده ، وبالعبد المأذون ، فإن له أن يأذن عبده ، وباقتداء المفترض بالمفترض ، وباقتداء المتنفل بالمتنفل ، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولان المثل يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان . الجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكتب وأسبابه ، وليس هذا من قبيل الاستيفاء بل من إثبات الكسب المطلقة لهما .

وأما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالإجماع لقوله ﷺ الإمام ضامن ، ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الإمام جوازاً وقضاء بالحديث ، لان يكون صلاة تتبمه صلاة المقتدى ، وأما الناسخ فهو رافع صورة يتعين معنى ، فلم يكن رافعاً في الحقيقة ، فلا يرد نقضاً .

(قال) أي القدوري « رح » (ويوكل من يتصرف فيه) بنصب يوكل عطفاً على قوله إن يضع أي يوكل الشريك من يتصرف في مال الشركة (لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة) للربح ، وكل واحد من الشريكين ربما لا يبيعهما له المباشرة تبعاً لها (بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك) بنفسه ، فلا بد من التوكيل ثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعاً لها بدلالة الحال ، فصار كل منها كأنه أمر صاحبه أن يوكل بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك . (أن يوكل غيره لأنه) أي التوكيل بالشراء (عقد خاص طلب منه تحصيل العين) أي لتحصيل شيء معين معلوم جنسه وصفته (فلا يستتبع (٢) مثله) لما ذكرنا أنه يلزم

(١) في الاصل لا تستتبع ، وإنما صححت بناء على تصحيح ورد في الهامش .

(٢) في الاصل « فلا يستتبع » وإنما صححت هكذا بناء على تصحيح ورد في الهامش .

قال ويده في المال يد أمانة لأنه قبض المال بإذن المالك ، لا على وجه البذل والوثيقة فصار كالوديعة . قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالحياطين والصباعين يشتركان على أن يقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ، وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن هذه شركة لا يفيد مقصودهما وهو التثمين لأنه لا بد من رأس المال ، وهذا لأن الشركة في الربح تبني على

فيه الحال (قال) أي القدوري « رح » (ويده) أي يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان (في المال يد أمانة) حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان (لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البذل) أي على وجه إعطاء البذل ، واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن .

(والوثيقة) أي على وجه الوثيقة ، واحترز به عن الرهن فإن الرهن مقبوض لأجل الوثيقة ، لأن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين (فكان ^(١) كالوديعة) في عدم وجوب الضمان (قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالحياطين والصباعين يشتركان على أن يقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا) أي جواز هذه الشركة عند أصحابنا .

(وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين ، وفي بعض النسخ مقصودها أي الشركة أضاف المقصود إلى الشركة ، وإن كان المقصود للشريكين بأدنى بلا نسبة هو ملابس الشريكين فمقد الشركة (وهو التثمين) أي المقصود من التثمين وهو حصول الربح (لأنه لا بد من رأس المال) للتثمين (وهذا) أي قول الشافعي وزفر « رح » لا بد من رأس المال (لأن الشركة في الربح تبني على

(١) فصار - مامش .

الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنا أن المقصود
منه التحصيل ، وهو يمكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصف
أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه
اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر « رح » فيها ، لأن المعنى
المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت .

الشركة في المال على أصلهما (أي على أصل زفر والشافعي « رح ») (على ما قررناه) أي
عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلط المال (ولنا أن المقصود منه) أي من عقد الشركة .
(التحصيل) أي تحصيل الربح (وهو) أي تحصيل الربح (يمكن بالتوكيل) أي بتوكيل
كل واحد من الشريكين صاحب مقبول العمل (لأنه) أي لأن كل واحد منها (لما كان
وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد) بعقد الشركة حينئذ ،
ثم إذا عمل فكل واحد مستحق فائدة عمله ، وهو كسبه ، وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً
لشريكة فيما لزمه بالقتل فوق عمله فكان الشريك استمان بأجنبي حتى عمل ، وهذا جائز
لأن الشروط مطلق العمل لا عمل الصلح بنفسه ، فإن القصار إذا استمان بغيره أو استأجر
غيره حتى عملاً يستحق القصار الأجر .

(ولا يشترط فيه) أي في عقد شركة الصلح (اتحاد العمل والمكان) حتى إذا كان
أحدهما قصاراً والآخر خياطاً أو قعداني دكانين جاز عندنا (خلافاً لمالك وزفر « رح »
فيها) لأنه إذا كان العمل مختلفاً ففي كل واحد منها عن عمل صاحبه الذي يتقبله ، لأن
ذلك ليس من صيغه فلا يحصل المقصود من الشركة .

ولنا ما قاله المصنف بقوله (لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه) أشار إلى قوله
ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل (لا يتفاوت) خبر إن ، أي لا
يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبة على
أصل زفر والشافعي « رح » في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح
قول زفر « رح » مع مالك « رح » في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة ، أوجب بأن

ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز ، وفي القياس لا يجوز
لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن ، فلم يجوز
العقد لتأديته إليه ، وصار كشركة الوجوه ، لكننا نقول ما يأخذه
لا يأخذه ربحاً ، لأن الربح عند اتحاد الجنس ، وقد اختلف لأن
رأس المال عمل ، والربح مال فكان بدل العمل

زفر « رح » له في هذه المسألة أعني الخلط قولان ، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم
الرواية التي لا يشترط فيها ، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى
ظاهره مناقضاً .

(ولو شرط العمل نصفين) أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل
نصفين (والمال) أي الربح الحاصل (أثلاثاً جاز) استحساناً (وفي القياس لا يجوز)
وهو قول زفر « رح » (لأن الضمان بقدر العمل) أي الضمان في كل واحد منها بقدر عمله ،
وعمله في النصف (فالزيادة عليه) أي على عمله في النصف (ربح ما لم يضمن) لأنه يؤجل
الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن ، وهو حرام لنهي
النبي ﷺ عن ذلك (فلم يميز المعقد لتأديته) أي لتأدية هذا المعقد (إليه) أي إلى ربح ما لم يضمن
(وصار كشركة الوجوه) في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشتري بينهما
على السواء ، وأما إذا شرطاً التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في
شركة الوجوه أيضاً .

(ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان (ما يأخذه) أي ما يأخذه كل من الشريكين (لا
يأخذه ربحاً) أي حال كونه ربحاً (لأن الربح عند اتحاد الجنس) أي لأن الربح لا
يكون إلا عند اتحاد الجنس ، ولهذا قالوا استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجزها بثوب
يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس ، والجنس فيما نحن
فيه لم يتحد .

(وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، فكان) أي ما يأخذه (بدل العمل

والعمل يتقوم بالتقويم ، فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة . قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ، حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطلب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان ،

والعمل يتقوم بالتقويم) فإذا ضيقا بقدر معنى كان ذلك مهما تقويماً للعمل (فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم) لأنه لم يتأد إلا ربح ما لم يضمن (بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق) وهو الثمن الواجب في ذمتها ذرامم كانت أو دنائير .

(والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز) تقدير هذا الكلام لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وربح ما لم يضمن لا يجوز (إلا في المضاربة) أي جاز فيها لوقوعه بعمالة العمل في جانب المضارب المال في جانب رب المال ، وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فلزم ما لم يضمن فلا يجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (وما يتقبله كل واحد منهما) أي من شريك التقبل (من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد من الشريكين يطالب بالعمل ويطلب بالأجر) أي يطالب الأول بفتح اللام (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ الدافع الأجر إلى كل واحد من الشريكين .

وقال الكاكي يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة إليه ، أي كل واحد منها ، وهو الظاهر ، ويجوز أن يراد بالدافع كل منها إليه ، أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ الأخذ من الضمان (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان ، والقياس خلاف ذلك ، لأن الشركة وقعت مطلقة)

والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقاً والكفالة تقتضي المفاوضة. وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل . قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما

عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى ثبت ، وإن لم تذكر الكفالة بمقتضى المفاوضة بدون التصريح .

(والكفالة تقتضي المفاوضة) فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكر (وجه الاستحسان ، أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا) أي لكون العمل مضموناً (مستوجب الأجر) أي مستحق الأجر (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الأجر ، لان الغرم بالغنم ، فإذا كان كذلك (فجرى) أي هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وإنما يقال يجريانه مجرى المفاوضة يهذين الشئين ، لانه فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجراه ، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتاً لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة ، لان التنصيص على مفاوضته لم يوجد ، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة .

(قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما) يعني بوجاهتهما ، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلمة بالنسبة لامانتها ، وقال بعضهم إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه .

وبيعاً ، فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي «رح» ، والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركتنا تقبل . قال وكل واحد منهما وكيل

(وبيعاً) عطف على قوله أن يشترياً (فتصح الشركة على هذا) أي على كونهما مشتريين وجوهما (سميت به) أي شركة الوجوه هي تأويل العقد (لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس) الوجه والجاه بمعنى واحد ، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس . قال الله تعالى ﴿ وكان عند الله وجيباً ﴾ ٦٩ الاحزاب (وإنما) أي شركة الوجوه (تصح مفاوضة) إذا كان الرجلان من أهل الكفالة (لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال) أي الثمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منها نصفه ، ويكون المشتري بينهما نصفين ، ولا بد من التلظظ بلفظ المفاوضة أو ما قام مقامه .

(وإذا أطلقت) أي شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة ، ، إذ الوكالة (تكون عناناً ، لان مطلقه) أي لان مطلق عقد الشركة الضائع (ينصرف إليه) أي إلى العنان ، لكون المعتاد بين الناس (وهي) أي شركة الضائع (جائزة عندنا) وبه قال أحمد «رح» (خلافاً للشافعي «رح») ويقول قال مالك «رح» (والوجه من الجانبين) أي من جانبنا وجانب الشافعي «رح» ، (ما بيناه في قوله المستقبل) وهو أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يعد المال لا تتمعد الشركة ، وقلنا إن الشركة في الربح مسندة إلى العقد شركة إلى آخره .

(قال) أي القدوري «رح» (وكل واحد منهما) أي من الشريكين (وكيل

الآخر فيما يشتره لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الوكالة، فإن شرطاً أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان. فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها،

الآخر فيما يشتره، لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بالوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين (الاول) أي الوكالة (فإن شرطاً) أي الشريكان (أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك) يكون بينهما نصفين (يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أي في الربح فإن شرط لاحدهما الفضل يبطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما.

(وإن شرطاً أن يكون المشتري بينهما أثلاثاً فالربح كذلك) أي يكون أثلاثاً يحمل لما ذكرنا، وهو إشارة إلى المساواة في اشتراط الربح (وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) أشار بهذا إلى أن الاستحقاق يكون بأحد الأمور الثلاثة ثم أوضحها بقوله (فرب المال يستحقه) إلى الربح (بالمال والمضارب^(١)) أي يستحق المضاربة الربح (بالعمل والاستاذ الذي) يجبس الرجل على دكانه وهو تلميذه الذي يعمل له بالأجر، وبعد ذلك (يلقي العمل) من الإلقاء (على تلميذه^(٢)) الذي أجلسه على وكأنه (بالنصف) يعني نصف الربح (بالضمان) يعني يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك العمل فكان العمل مضموناً على الاستاذ والقيد بالنصف اتفاقي فإنه يجوز أن يبلغ بأقل من النصف.

(فلا يستحق بما سواها) أي فلا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة، يعني

(١) والمضارب يستحقه. هامش.

(٢) على التلميذ. هامش.

ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا ، والضمان على قدر الملك في المشتري ، وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة . والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناه من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ، فيلحق بها والله أعلم ..

الاستحقاق لا يكون إلا بواحد من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها ، فإن قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتدائه ومثانة رأيه وتدييره في الأمور العامة والخاصة ، والعمل بالتجارة . أجب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما تجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ما هنا . (ألا ترى) توضيح لقوله فلا يستحق بما سواها (أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني) الثانية المذكورة (واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان) هذا عود إلى البحث لإتمام المطلوب ، يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله إن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز المقدم لتأديته إليه وصار شركة وجوه ، وقيل هذا إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق ... إلى آخره ، والضمان على قدر الملك يقرر هذا أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان .

(والضمان على قدر الملك في المشتري فكان ^(١) الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة) فإنه يصح منها لما ذكرنا من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة (والوجوه ليست في معناها) لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين . وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال (بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما) من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب (يعمل في مال صاحبه) رب المال (فيلحق بها والله أعلم) أي بالمضاربة .

(١) وكان - هامش .

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره ، فلا يصلح نائباً عنه

(فصل في الشركة الفاسدة)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشركة الفاسدة ، وآخر الشركة الفاسدة لانحطاطها شرعاً (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منها أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا) كله لفظ القدوري « رح » وزاد المصنف عليه بقوله على هذا الحكم (الاشتراك) الأخذ (في أخذ كل شيء مباح) كاحتباء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكتوز من المعادن ، ونقل الطين من موضعه لا يملكه أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك وبه قال الشافعي « رح » ، وعند مالك وأحمد « رح » يجوز لأن هذه شركة الإبدان فيجوز كما في الصباغين ، وكذلك إن اشتركا على أن يلبثا من طين غير مملوك أو يطبخا أجراً فإن كان الطين أو التورة أو سهلة الزجاج مملوكاً واشترطا ذلك وطبخا به وببيعا جاز وهو شركة الوجوه (لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح) هذان دليلان على المطلوب تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بموكل به ، وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادق غير محل ولايته ، وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل . أشار إليه بقوله (والوكيل يملكه بدون أمره) أي بدون أمر الموكل ومن ملك شيئاً بدون أمر الموكل . (فلا يصلح) أن يكون (نائباً عنه) أي عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف

وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، فإن أخذه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائيهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فلهما أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف «رح» لا يجاوز به

فما هو ثابت للموكل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت ، فإن قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه أنه يجوز مع أن التوكيل يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ، فعلم أنه لا يشترط بصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل . أجيب بأنه لا يشكّل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب ، لأن التوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغيره سواء في عدم صحة التوكيل في أمر مباح لها .

وقال الاكمل وجوابه أن معناه يملك بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النفس ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء (وإنما يثبت الملك) وبما ذكر أن الشركة لا تصح في الأشياء المذكورة شرع في بيان أن ملك هذه الأشياء بماذا يثبت فقال إنما يثبتها (لها بالأخذ وإحراز المباح) أراد أن سبب تلك المباحات أخذها وحيازتها ، فكل من قاربه بالسبب فإن بها (فإن أخذه معاً) أي فإن أخذ الأشياء المباح مجتمعين (فهو) أي المأخوذ (بينهما نصفان لاستوائيهما في سبب الإستهقاق) وهو الاخذ والحيازة .

(وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب فيه أي في الاخذ وهو الاخذ (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فلهما أجر مثله بالغاً ما بلغ) لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال (عند محمد «رح» ، وعند أبي يوسف «رح» لا يجاوز به

نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه ، قال وإذا اشتركا
ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا
تصح الشركة ، والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل
الراوية ، وإن كان العامل صاحب البغل ، وإن كان صاحب الراوية
فعليه أجر مثل البغل . أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح
وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلان المباح إذا صار ملكاً للحرز
وهو المستقي فقد استوفى

نصف ثمن ذلك) فقوله لا يجوز على بناء المفعول ، ونصف ثمن ذلك بالرفع لانه قائم
مقام الفاعل .

(وقد عرف في موضعه) أي في باب الإجارة الفاسدة وقال الاترازي أي في كتاب
الشركة من المبسوط (وقال) أي القدوري « رح » (وإذا اشتركا ولأحدهما بغل
وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي
استقى وعليه أجر مثل الراوية وإن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية
فعليه أجر مثل البغل) أي هذا كلام القدوري « رح » .

فقال المصنف (أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء) وقد مر أن
الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد ، فإذا فسدت الشركة كان الكسب للمنفى خاصة
كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيدان أخذ وأحمل معنى فيه وهو الأظهر من قول الشافعي
« رح » وعلى قياس قول أحمد ومالك « رح » ينبغي أن تجوز ذكره في المنفي لابن
قدامة ، وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » فيه لأن في قول يصح والثاني أن الكسب
للمستقي ، وقال بعض أصحابه إن كان الماء مملوكاً للبيهقي فالكسب له وعليه أجر ما
حل عليه ، وإن كان مباحاً فالكسب على الشركة .

(وأما جواب الأجر) أي أجر مثل البغل أو الراوية لصاحب البغل ولصاحب
الراوية (فلأن المباح إذا صار ملكاً للحرز) بكسر الراء وهو (وهو المستقي فقد استوفى

في منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره
وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ،
ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما
أن الربح تابع للبذر في المزارعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية
وقد فسدت فبقي الإستحقاق على قدر رأس المال . وإذا مات أحد
الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة

منافع ملك الغير وهو البخل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره (الراوية في الأصل
بغير السقاء لأنه يروي الماء في محله ثم كثر حتى استعمل في المرادة، وهي المرادة هاهنا .
قال أبو عبيدة « رض » المرادة لا تكون إلا من جلدين مقام يجلد ثالث بينهما
للسقي والجمع للراد ومزائد (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط
التفاضل) هذا لفظ القدوري « رح » .

قال المصنف (لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره) أي تقدير الربح بقدر المال
(كما أن الربح) بفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وبالعين المهملة وهو النماء والزيادة
(تابع للبذر في المزارعة) كما عرف في موضعه، وقال الأكمل قوله الربح فيه تابع . . إلى
آخره فيه نظر لأن الربح عندنا فرع العقد كما مر ، وكل فرع تابع وكونه تابعاً للمال إنما
هو مذهب الشافعي كما تقدم ، فكان الكلام متناقضاً ، والجواز أنه تابع للعقد إذا كان
العقد موجوداً وهاهنا قد فسر كيد العقد فيكون تابعاً للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصح
لإضافة الحكم إليها يضاف إلى الشرط .

(والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت) أي التسمية لفساد العقد لكونه
واجب الدفع فصار كالتسمية لم يوجد أصلاً (فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال ، وإذا
مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) هذا لفظ
القدوري « رح » .

لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالاتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

وقال المصنف (لأنها) أي لان الشركة (تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقيق الشركة على ما مر) فيما مضى في هذا الفصل (والوكالة تبطل بالموت) أي بموت الموكل (وكذا) أي تبطل (بالاتحاق) أي التعاق بدار الحرب حال كونه (مرتداً إذا قضى القاضي بلحاظه لأنه) أي إلحاق على الوجه المذكور (بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) أي في باب أحكام المرتدين بقوله ولنا أن باللاحق صار من أهل الحرب لهم أمراة في أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموت .

(ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه) أي لأن الموت (عزل حكمي) لتحويل ملكه إلى وارثه فلا يتوقف حكمه على العلم لثبوته ضمناً، ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به .

(وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة) ومال الشركة دراهم أو دنانير (حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي) أي لأن فسخ أحد الشريكين عزل يقصد فيتمتع العلم لأنه نوع حجر فشرط علمه ثبوت الحجر دفعا للضرر عنه واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، فإذا كان كذلك كانت تابعة لنا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع . وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا تصح الشركة بدونها أشار المصنف إلى ذلك أيضاً بقوله ولا بد منها أي من الوكالة لتحقيق الشركة ، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونها .

فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن ، علم بأداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقال لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه .

(فصل)

أي هذا فصل وقد ذكرنا غير مرة أن لفظ إذا فصل عما بعده لا يكون معرباً لأن من شرط الإعراب التركيب فيكون حكمه مثل أحكام الأسماء المفردة إذا ذكرت بغير تركيب (وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف (لأنه) أي لأن دفع زكاة صاحبه (ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منها لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منها فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة « رح ») .

(وقال لا يضمن إذا لم يعلم) وإن علم ضمن ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة في الزيادات للعتابي لا يضمن وإن علم عندهما وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه كفر الأمر بنفسه ثم كفر المأمور ، وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة وهو إشارة إلى وجوب الضمان (وهذا) على الثاني خاصة (إذا أديا على التعاقب) يعني أحدهما عقب أداء الأمر .

(أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) فان قيل إذا أديا معاً ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة « رح » لعدم السبق ، إذ الموكل لم يقع فعل الوكيل فعلاً قلنا إذا الموكل إن لم يسبقه تحقيقاً فقد سبقه اعتباراً أو تقديراً ، لان يصرف الموكل

وعلى هذا الإختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على
الفقير بعدما أدى الأمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتملك من
الفقير ، وقد أتى به فلا يضمن الموكل وهذا لأن في وسعه التملك لا
وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه ، وصار
كل المأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج
الأمر لم يضمن المأمور علم أولاً . ولا يبي حنيفة « رح » ، أنه مأمور
بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن
المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر
أنه لا يلتزم الضرر

على نفسه أقرب من تصرف الوكيل اليه فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا
باعا وخرج الوكيل مع فقد تبع الموكل دون الوكيل .

(وعلى هذا الإختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى
الأمر بنفسه لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنه مأمور بالتملك من الفقير وقد
أتى به) أي بما أمر به (فلا يضمن للموكل . وهذا) أي عدم ضمانه للموكل (لأن في
وسعه التملك) من الفقير (لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل ، وإنما يطلب منه ما في
وسعه) والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن الثاني ، وإن لم يقع ما
أداه زكاة .

(وصار) أي المأمور هنا (كل المأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار
وحج الأمر لم يضمن المأمور علم أولاً ، ولا يبي حنيفة « رح » انه مأمور بأداء الزكاة
والمؤدى) بفتح الدال المهمة (لم يقع زكاة فصار) أي المأمور (مخالفاً وهذا) أي كونه
مخالفاً (لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر انه لا يلتزم
الضرر) بيانه أن زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل سبل الزكاة عند ذلك

الإلّ دفع الضرر ، وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء
المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي ، وأما
دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فرق ،
ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول
الإحصار ، وفي مسألتنا الأداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه
دون دم الإحصار . قال وإذا أذن أحد المتفاوضين

وبقاؤه في عهدة الواجب أيضاً ضرر وهو لم يلزم ضرر دفع الوكيل ماله .

(إلّ دفع ضرر آخر) وهو إسقاط الواجب عن ذمته ، لان المقصود من الأمر بأداء
الزكاة إخراج النفس عن عهدة الواجب (وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور
عنه) أي عن المقصود (فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي) فلا حاجة إلى
العلم (وأما دم الإحصار) جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار (فقد قيل
هو هل هذا الخلاف) يعني يضمن عند أبي حنيفة « رح » فهذا جواب هل سبيل المنع ،
ثم أجاب بطريق التسليم بقوله (وقيل بينهما فرق) يعني ولئن سلمنا لا يضمن بالاتفاق ،
لكن قيل إن بينهما فرق أشار إلى الفرق بقوله :

(ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه) يعني أن دم الإحصار ليس بواجب لا محالة لأنه
لو يصبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار وهو معنى قوله (فإنه يمكنه أن
يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا) وهي مسألة الزكاة (الأداء) أي أداء الزكاة
(واجب فاعتبر الإسقاط) أي إسقاط الواجب (مقصوداً فيه) وقد حصل هذا المقصود
بأداء الأمر نفسه فعرى فعل المأمور من المقصود فضمن (دون دم الإحصار) لأنه ليس
بواجب البتة كما ذكرنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية

لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل . فهي له بغير شيء
 عند أبي حنيفة « رح » . وقال يرجع عليه بنصف الثمن
 لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ، فيرجع عليه
 صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ، وهذا لان الملك
 واقع له خاصة ، والثمن بمقابلة الملك ، وله أن الجارية دخلت
 في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة ، إذ هما
 لا يملكان تغييره

فيطؤها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « رح » وقال يرجع عليه (أي على المأمور) بنصف
 الثمن ، لأنه) أي لأن المأمور (أدى ديناً عليه) أي على نفسه (خاصة من مال مشترك
 فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة) تحقيق هذا أن الحاجة إلى
 الوطاء من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد
 الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة إلى الطعام فإنها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط ثم
 بالتصريح على الوطاء التحق بحاجة الطعام ، فوقع شراء الجارية لشركة المشتري خاصة .
 (وهذا) بيان بقوله أدى ديناً عليه خاصة (لأن الملك واقع له خاصة) بدليل حل وطنها
 (والثمن بمقابلة الملك) فكان الدين عليه خاصة (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن
 الجارية دخلت في الشركة على البتات) بعصبة عقد المعاوضة وأدى المشتري ثمنها من مال
 الشركة وكلما دخل في الشركة فأدى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع على صاحبه
 بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الإذن ، وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه
 بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله (جرياً على مقتضى الشركة) أي شركة المعاوضة ،
 فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بشيء كالطعام والكسوة بحقها وشربة الجارية ليس بشيء
 فيدخل تحتها .

(إذ هما لا يملكان) أي الشريكان (تغييره) أي بغير مقتضى شركة مع بقائها

فأشبه حال عدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لان الوطاء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بيننا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد ، فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة ، وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بيننا ، وللبياع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق ، لانه دين وجب بسبب التجارة ، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

(فأشبه حال عدم الإذن) أي صار كما لو اشتراها بغير إذن الشريك ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه أما من قوله فأشبه حال عدم الإذن فكانه توم أن يقال كيف يشبه حال عدم الإذن ، وهناك لم يحل وصيها ، وبعد الإذن يحل أشار إلى ذلك بقوله (غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطاء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بيننا أنه يخالف مقتضى الشركة) إشارة إلى قوله جرياً على مقتضى الشركة (فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن) فكانه قال : إشر جارية بيننا وقد وهبت نصيبى منها لك ، فجازت الهبة في السابع لأن الجارية مما لا ينقسم .

(بخلاف الطعام والكسوة) حيث تقع للمشتري خاصة (لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له) أي للمشتري ، وإنما رجع للضمير إليه وإن لم يذكر لظهور فهمه لأن الشهوة قائمة مقام الذكر (خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة ، وفي مسألتنا) أي فيما اشترى أحد المتعاضين الجارية للوطاء بإذن الآخر (قضى ديناً عليها لما بيننا) أنها دخلت في الشركة .

(وللبياع أن يأخذ بالثمن أيهما) أي الشريكين (شاء بالإتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة) فيطالب المشتري إن شاء وإن شاء يطالب شريكه لأنه كفيل (فصار كالطعام والكسوة) أي فصار حكم الجارية المشتراة للوطاء بالإذن كالطعام والكسوة المشترك يطالب البياع أيهما شاء ، فإذا استعقت الجارية فعلى الواطيء المقر بأخذ المستحق بالفقر أيهما شاء ، والله أعلم .

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به
الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا .

(كتاب الوقف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوقف ، وقال الشراح كلهم مناسبة ذكر الوقف بعد
الشركة هي أن المقصود بكل منها الانتفاع بما يزيد على أصل المال وليس بموجبة كما يبين
الوقف في اللغة الحبس من قولهم وقفت الدابة إذا تبعته في السير .

وقال ابن دريد الوقف مصدر وقفت الدابة أوقفه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا
يتعدى ، ومنه وقف الأرض على ولده لأنه جنس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف تسمية
بالمصدر وتجمع على أوقاف كوقت يجمع على أوقات ، وقالوا لا يقال فيه أوقفه إلا في لغة
مردية فلسه كذا في الصحاح .

وقال شمس الأئمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التملك من الغير وسيجيء
مشروحاً (قال أبو حنيفة «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو
يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا) هذا كلام القدوري «رح» غير أن
المصنف «رح» قدم ذكر لفظ أبي حنيفة «رح» ولفظ القدوري «رح» لا يزول ملك الواقف عن
الوقف عند أبي حنيفة «رح» إذا مت فقد وقفت داري على كذا ، هذا كلام غير المصنف
والباقي مثله ، وفي المحيط لشمس الأئمة الحلواني بشرط جواز الوقف على قول أبي حنيفة
وزفر «رح» أن يكون موسى به حتى لو لم يوصى به لا يصح وتبقى على ملكه جواز له
بيعه ، ولو ورث عنه إلا أن يخبر الورثة فيصير جائزاً أو يتأبد الوقف .

وقال أبو يوسف «رح» يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد «رح» لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه . قال «رح» الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة «رح» حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية

(وقال أبو يوسف «رح» يزول الملك بمجرد القول ، وقال محمد «رح» لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه) هذا أيضاً لفظ القدوري ، وهذا يدل على أن الوقف عندهما جائز في حال الصحة أو المرض ، إلا أنها اختلفا فيما بينها ، قال أبو يوسف «رح» يجوز مشاعاً كان أو منوعاً سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه شرط التأييد أو لم يشرطه ، وقال محمد «رح» لا يجوز إلا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة أن يكون مقسوماً مخرجاً من يده سلماً إلى المتولي وإن شرطاً فيه التأييد وهو أن يجعل آخره إلى سبيل خير لا ينقطع أبداً كذا قال في الاسيحياتي .

(قال) أي المصنف «رح» (الوقف لغة) أي من حيث لغة العرب (هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى) أي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مقتضى (وهو) أي الوقف (في الشرع عند أبي حنيفة «رح» حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) على الفقهاء أو على جهة من سبيل الخيرات (بمنزلة العارية) يعني جواز الوقف عند أبي حنيفة «رح» جواز العارية فيرجع فيه ويبيع ، وفي شرح الطحاوي الوقف عند أبي حنيفة «رح» على ثلاثة أوجه في وجه لا يجوز وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحة فلا يجوز وإن اشترط التأييد وسلمه إلى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثاً عن الواقف وفي وجه يجوز ، وهذا إذا وقفه في حال حياته وجعل وصيه بعد وفاته فإنه يجوز من ثلث ماله ، وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو ما إذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته . وروى الطحاوي عن أبي حنيفة «رح» أنه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاته ، وقيل الوقف جائز عند أبي حنيفة «رح» لكن ليس بلازم حتى تجوز اعادته إلى يده ، ولو

ثم قيل المنفعة معدومة والتصديق بالمعلوم لا يصح ، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو الملقوظ في الأصل ، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث .

قضى القاضي بلزومه يلزم بالإجماع لأنه مجتهد فيه ، وعندهما «رح» لازم على كل حال وهو قول الشافعي «رح» .

(ثم قيل المنفعة معدومة والتصديق بالمعوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (وهو الملقوظ في الأصل) يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملقوظ في المبسوط فإنه قال عنه ، فإن أبا حنيفة «رح» لا يجيز ذلك .

وقال قاضي خان وظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف ، وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة واجماع الصحابة رضي الله عنهم إلا عند أبي يوسف ومحمد «رح» وعامة الفقهاء «رح» إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك ، فيلزم ولا يملك وهو الأصح عند الشافعي وأحمد «رح» وقال الشافعي في قول وأحمد «رح» في رواية ينتقل إلى مال الموقوف عليه إن كان أهلاً للملك لامتناع السابمة ، وعند مالك «رح» هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال أبو العباس «رح» من أصحاب الشافعي «رح» وهذا قول آخر للشافعي وأحمد «رح» لأنه ~~يؤيد~~ حبس الأصل وسأل الثمرة .

(والأصح) أي أن الوقف (أنه جائز عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية) فإنها جائزة غير لازمة ، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الوقف فله أن يرجع ويحوز بيعه ، ويورث عنه (وعندهما حبس العين) أي الوقف حبس العين (على حكم ملك الله ، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث) حاصل

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل. لها قول النبي ﷺ لعمر رضي
الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها ،
لا يباع ولا يورث ولا يوهب

هذا أن تقدير الوقف عندهما أن يقول إزالة العين عن ملكي إلى الله عز وجل وجعلته
محبوساً في ملكه ، ومنفعته للعباد ، وإذا كان تقدير الوقف هذا عندهما أصح ولو لم يكن
يوصي به فيلزم ولا يباع ولا يورث .

(واللفظ ينتظمهما) أي لفظ الوقف ينتظم أي يتناول ما قال أبو حنيفة «رح» وهو
حبس العين على ملك الواقف ويتناول ما قال أصحابه وهو حبس العين على ملك الله
(والترجيح بالدليل) أي ترجيح أحد المذهبين على الآخر بالدليل وشرع بعد ذلك في بيان
الدليل فقال :

(لها) أي لأبي يوسف «رح» وعمد «رح» قوله عليه السلام .
(قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ
تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة «رح»
كلهم عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر رضي الله عنه بخيبر
أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به
قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر رضي الله عنه أنه لا يباع أصلها
ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقريبى ، وفي سبيل الله ، والمصنف «رح» لاحتاج على
من وليها أن تأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير مشمول ، وفي رواية البخاري أن
هذا المال عما كان نخلاً .

وأخرج الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه استشار النبي
ﷺ في أن يتصدق بماله فسمع فقال رسول الله ﷺ تصدق به تقسم ثمره ويحبس أصله لا
يباع ولا يوهب .. انتهى .

وفيه نص ﷺ أن الوقف لازمة الفروع خلافاً لمن يبطله جملة وهو قول شريح «رح»
وفيه أن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته ، ولا يكون ميراثاً ، وفيه أن الوقف يجوز بلفظ حبسه
بل الأصل فيه هذا اللفظ لأن معنى الوقف في اللغة الحبس ، وفيه أن يقسم الموقف له أن

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام،
وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله الله تعالى إذ له نظير
في الشرع وهو المسجد

يتناول من عليه الوقف بالمعروف ولا يتناول أكثر من حاجته هذا إذا لم يعين له الواقف
شيئاً معيناً .

فإذا عينه له أن يأخذ ذلك قليلاً أو كثيراً ، قوله ثم بفتح التاء المثلثة وسكون
الميم ، وبالعين المعجمة وهي بقعة على نحو سبيل من المدينة ، ويسمى كعب لها فقال البكري
مع لقاء المدينة كان فيها مال لعمير رضي الله عنه فخرج إليه يوماً ففاته صلاة العصر ،
فقال اسعدين تمنع عن الصلاة .. أشهدكم أنها صدقة .

وقال الاترازي « رح » وقد وقع سماعنا هنا بلاتونين ، وقد أثبت في كتب غرائب
الحديث المصححة عند الثقات منسوباً وغير منسوب ، كما في وعد ، وقال الكاكي « رح »
ونسخة مولانا حافظ الدين بغير تنوين للملمية والتأنيث .. انتهى .

قلت سبحان الله هذا الكلام منها كلام من لم يميز بالنحو ، وقد ثبت فيه الأمل هذا
يحوز فيه الوجهان عدم الصرف للعتين المذكورتين ، وجواز الصرف بسكون وسطه فإنه
يقاوم أحد العتين فبقي الاسم بعة واحدة ، فلا يمنع من الصرف (ولأن الحاجة ماسة إلى
أن يلزم الوقف منه) أي من الوقف (ليصل ثوابه إليه) أي إلى الواقف (على الدوام ،
وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله الله تعالى) يمكن يكون هذا جواباً عما يقال
كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا إلى مالك وتقدير الجواب أنه يمكن أن يدفع
حاجة الواقف عن ملكه بإسقاط عنه ، وجعله الله تعالى فإذا جعل الله تعالى يلزم ،
ويدوم ويصل إليه ثوابه .

(إذ له نظير في الشرع) هذا أيضاً جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا
يدخل في ملك أحد وهو محال ، وتقدير الجواب أن هذا له نظير في الشرع (وهو
المسجد) فإن اتحاد المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراج الملك من المنفعة ، وهو مالك ، ولا
يدخل في ملك أحد ، وكالعبد المشتري لخدمة الكعبة ، فإنه يصح ولا يدخل في ملك

فيجعل كذلك ، ولأبي حنيفة « رح » قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى

في المبسوط ، ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادتهم كسائر الخانات والرباطات ، واتخاذ المقابر ، ويسدلون بالعتق أيضاً ، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك ، وصح ذلك على قدر التقرب .

(فيجعل كذلك) أي فيجعل الوقف كالمسجد ، وفي فتاوى قاضي خان ، ولم يأخذ ، والقول قول أبي حنيفة « رح » للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أو لها وقف خليل الرحمن صلوات الله عليه فهي باقية إلى اليوم ، وكذا أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم بمكة والمدينة .

(ولأبي حنيفة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا حبس عن فرائض الله تعالى) هذا أخرجه الدارقطني في مسنده في الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا حبس عن فرائض الله وعبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان ، ورواه ابن أبي شيبه في مصنفه موقوفاً على علي رضي الله عنه فقال حدثنا هشام عن اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله تعالى إلا إن كان من سلاح أو كراع .

وعن شريح جاء محمد ﷺ بببيع الحبس هذا رواه ابن أبي شيبه في مصنفه في البيوع ، حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن سعد بن عون عن شريح قال جاء محمد ﷺ بببيع الحبس ، وأخرجه البيهقي . قوله لا حبس عن فرائض الله تعالى ، أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوجلة والحاسي ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكننا نقول النكرة في موضع النفى تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه الدليل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زادة « رح » الحبس ما كانوا يفعلونه في الإبتداء قبل سورة النساء كانوا مجنون العين على ملكهم ، ويتصدقون باللغة ويرون أن بيع الأصل ممتنعاً لمكان

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ، ولأن الملك باق فيه ،
بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك ، والملك فيه
للووقف ، ألا ترى أن له ولاية

الصدقة بالعة فجاء محمد ﷺ ونسخ هذا وجوز بيعه ، والمعنى هذه المسألة أن هذا تصدق
بالعة المدومة لا بالعين فلا يمنع البيع ولا الارث إذا لم يكن موسى به قياساً على ما لو
قال تصدقت بعة هذه الأرض على الفقراء والمساكين أبداً .

وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم لأنه إنما يستقيم
هذا إذا تعلق به حق الوارث ، فأما إذا كان الوقت قبل التعلق فليس حبس عن فرائض
الله كالتصدق بالمنقولات ، فإن قلت قال ابن حزم « رح » قولهم لا حبس عن فرائض الله قول
فاسد لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الموت ، فكل هذا
سقط لفرائض الله .

قلت لا نسلم أن هذه الأشياء سقطت فرائض الورثة ، أما الهبة والصدقة فإنها يكونان
في حياة الرجل ، ففي ذلك الوقت وفرائض للورثة وأما الوصية فإنها لا تنعد إلا عن
الثالث ، ففرائض الورثة في الثلثين ، فإن قلت هذا الحديث ضعيف كما مر من جهة أبي
حنيفة « رح » وآخر فكيف يستدل به لأبي حنيفة « رح » .

قلت أخرجه الطحاوي بأتمه بإسناد صحيح ، فقال حدثنا سليمان بن شعيب عن أبي
يوسف « رح » عن عطاء بن السائب « رح » قال سألت شريحاً الحديث ، وفيه لا حبس عن
فرائض الله ، فإن كان الذي روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ضعيف فهذا الذي روي .
(وعن شريح) صحيح ، ومع هذا جاء عنه أيضاً (جاء محمد عليه الصلاة والسلام
ببيع الحبس) كما ذكرنا وشريح هو ابن الحارث الكندي وهو قاضي عمر وعثمان وعلي
رضي الله عنهم الخلفاء الراشدين المهديين ، ومعنى جاء محمد ﷺ جاء شرعه ببيع الحبس .
(ولأن الملك باق فيه) أي في الوقف (بدليل أنه يجوز الانتفاع به) أي بالوقف
(زراعة وسكنى وغير ذلك) نحو إسكانه وإجارته كما يشفع بالملوكات (والملك فيه
للووقف) بدليل تصرفه فيه بالأشياء المذكورة ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن له ولاية

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها ، إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف ، وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ،

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيه (بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم بالأمر ، والضمير في مصارفها يرجع إلى الغلات ، وفي منصب القوام فيها إلى المصارف .

(إلا أنه) أي للواقف (يتصدق بمنافعه فصار) أي الوقف (شبيه العارية) من حيث أن ملك الغير قائم فيها والغير ينتفع بمنافعها (ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائماً) فاستدعى دوام ملك الواقف وهو معنى قوله (ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه) وفي بعض النسخ إلا بالبقاء على ملكه .

(ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه) أي مع بقاء ملكه (كالسائبة) وهي الناقصة التي تسبب لنذر كان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقني سائبة ، ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حين أن العين لا يخرج من أن يكون مملوكاً له منتفعاً به فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف داره أو أرضه .

(بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان أزال الملك لا إلى ملك غير مشروع لما جاز العتق ، فلأنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تملك لأحد فأجاب عنه بقوله (لأنه إتلاف) أي إسقاط صفة المملوكية (وبخلاف المسجد) وجواب عن قياسه الوقف على المسجد فأجاب عنه بقوله (لأنه جعل خالصاً لله تعالى) أي لأجل أنه جعل خالصاً لله تعالى .

ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى . قال «رح» قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه ، وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه ، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه ، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم ، والمراد بالحاكم

(ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا) أي لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها ، والأصل في الشرع وهو الكعبة ، فانها محرزة عن ملك العباد فألحقت سائر المساجد بها ، والموقف ليس باحالة إلى الله تعالى كما ذكرنا ، وههنا يعني في الوقف (لم ينقطع حق العبد عنه ، فلم يصر خالصاً لله تعالى فقال) أي المصنف رحمه الله (قال في الكتاب) أي القدوري «رح» في مختصره (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته) إلى هنا لفظ القدوري «رح» غير أن فيه لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة فأسقط المصنف «رح» ذكر أبي حنيفة «رح» .

ثم قال (وهذا) أي هذا الذي ذكره القدوري (في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه) صورة الحكم إن سلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه .

(أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة «رح» فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول ، وهو الصحيح لأن الوقف يصدق بالعمة وهو ما لا يستدعي زوال أصل الملك .

وقال المصنف «رح» (إلا انه تصدق بمنافعه مؤبد) يعني دائماً (فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم حينئذ ^(١) ، والمراد من ^(٢) الحاكم) والذي ذكره القدوري «رح»

(١) و (٢) كذا الأصل .

المولى ، فأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ «رح» ولو
وقف في مرض موته . وقال الطحاوي «رح» هو بمنزلة
الوصية بعد الموت ،

(المولى) بفتح اللام الذي ولاء الإمام عمل القضاء (فأما المحكم) بتشديد الكاف المفتوحة
الذي ينفذ عليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين (فمعه ^(١) اختلاف المشايخ)
قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى ، وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر
المجتهدات ، والأصح أن ينفذ ، لكن لا يفتى به ... كذا ذكر في الأفضية .
وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم إذا قضى عليه المحكمين فظاهر الجواب أنه
ينفذ وجواب فتاوى السمرقندى أنه لا يبعد زجراً لهم عن ذلك وإني أقول لا يجز لأحد
أن يفعل ذلك ، يعني في اطلاق المصارف ولا يفتى على هذا ، وحكي عن شمس الأئمة
الحلواني «رح» أنه قال مسألة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به ، وكان يقول ظاهر المذهب
أنه يجوز ، إلا أن القاضي الإمام الأستاذ «رح» أبا علي البيهقي كان يقول يكتم هذا
الفعل ولا يفتى به لئلا يتطرف الجهال إلى هذا فيؤدى إلى هدم مذهبنا ، فأما المذهب فرق
الأول، إلى هنا لفظ كتاب فتاوى الصغرى .

(ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي «رح» هو) أبو جعفر أحمد بن محمد بن
سلامة الأزدي «رح» ثم الحجري البصري الطحاوي ونسبه إلى طحا قرية من أعمال
الأشمونين بالصعيد الأدنى ، الإمام المحدث الفقيه الحنفي ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين
ومات ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين . وثلاثمائة . بمصر ، ودفن
بالقراية ، (هو) أي الوقف (بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب
أبي حنيفة «رح» بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ، ثم قال الطحاوي «رح»
في مختصره وقد روى محمد «رح» عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا
يجوز في صحته ، ثم قال وهو الصحيح على أصوله .

(١) «ففيهم» - هامش .

والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة «رح» وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف «رح» وهو قول الشافعي «رح» بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك عنه، وعند محمد «رح» لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التملك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ

حكمه فينزل بمنزلة

(والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة «رح» وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف «رح») أي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقلت (وهو قول الشافعي «رح») وبه قال مالك «رح» وأكثر أهل العلم ، وفي التيممة والفتوى على قول أبي يوسف «رح» ، وفي المحيط السرخسي «رح» ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف «رح» ترغيباً للناس في الوقف ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد «رح» .

(بمنزلة الإعتاق) حيث يزول ملك الممتق بمجرد قوله اعتقت عبدي (لأنه) أي لأن الإعتاق (إسقاط الملك عنه) عن الملك (وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه) أي في الوقف (في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التملك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً) فيأخذ الملك من الله تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض ، وقوله وهو مالك الأشياء جملة معترضة بين اسم إن وخبرها .

(وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه) أي قد يكون التملك تبعاً لغيره أي ضمناً لأن التملك من الله قصداً لا يثبت لغادكم من شيء ، بل يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً فيأخذ التملك من الله حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (فينزل بمنزلة

الزكاة والصدقة . قال وإذا صح الوقف على اختلافهم ، وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه ، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه ، قال «رح» وقوله

الزكاة والصدقة (يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير .

(قال) أي القدوري «رح» (وإذا صح الوقف على اختلافهم) أي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند أبي حنيفة «رح» على رواية الأصل خلافاً لصاحبه (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري «رح» (وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) خلافاً للشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية .

(لأنه) أي لأن الوقف (لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه) أي على ملكه ، وجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه وهو معنى قوله (بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه) أي كما ينفذ تصرفه في سائر أملاكه ، ومع هذا لا يجوز لعدم دخوله في ملكه (ولأنه لو ملكه) دليل بأن في عدم دخوله في ملكه أي ولأن الموقوف عليه لو ملك الموقوف (لما انتقل عنه بشرط المالك الأول) الواقف يعني ما كان ينتقل إلى من بعده ممن شرط الوقف بقوله بعد هذا الموقوف عنه إلى الفقراء رعاية لشرطه ، لكن ليس له ذلك بالإتفاق يدل على أنه لا يدخل في ملك الموقوف عليه (كسائر أملاكه) أي كسائر أملاك الموقوف عليه .

(قال) أي المصنف «رح» (وقوله) أي وقول القدوري «رح» في مختصره

خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره . قال ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح » لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ، فكذا تتمته ، وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به ،

(خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره) (١١) يعني أن الوقف عندهما حسب العين على ملك الله تعالى ، وبزوال ملك الواقف عنه إلى الله تعالى ، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قوله خرج على ملك الواقف قولها بخلاف قول أبي حنيفة « رح » ، فإن بالوقف عنده حسب العين على ملك الواقف ، والتصديق بالنفقة .

فإذا كان محبوساً على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف ، وعلى مذهب وقال الكاكي « رح » قوله يجب أن يكون قولها مطلقاً لا يستقيم أجيب عنه قال وإذا صح الوقف الصحة عن اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالة والمضاربة فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قوله إذا حكم به فحينئذ خروجه قول الكل .

(قال) أي القدوري « رح » (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح ») وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (لأن القسمة من تمام القبض) لأن القبض للخياره وتام الخياره مما يقسم بالقسمة (والقبض عنده) أي عند أبي يوسف (ليس بشرط فكذا تتمته) وهي القسمة وهو كونه مقسوماً مقررأ، وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق، والشيوخ لا يمنع العتاق فلا يمنع الوقف أيضاً يؤيده حديث عمر رضي الله عنه أنه أصاب ما بينه وبينها من خير ، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره عليه السلام بوقفها .

(وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به) أي ما

(١١) ذكره . هامش .

وهذا فيما يحتمل القسمة ، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضاً عند أبي يوسف « رح » ، لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما

يتم به القبض وهو كونه مقسوماً ، وقال الولوالجي في فتاوى مشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ومشايخ بخارى « رح » ، أخذوا بقول محمد « رح » ، ثم قال وبه يفتى ثم قال فإن رفع إلى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لأنه مختلف فيه فيصير متفقاً عليه باتصال القضاء ، وقال في خلاصة الفتاوى ولو وقفت نصف الحمام جاز يعني بلا خلاف من أبي يوسف ومحمد « رح » ، لأنه لا يحتمل القسمة فصار كسهم المشاع فيما لا يحتمل القسمة .

(وهذا) أي وهذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد « رح » (فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى ونحوهما (فيجوز عند ^(١) الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه) أي لأن محمداً (يعتبره) أي الوقف بالنوع (بالهبة) أي لجواز الهبة المشاعة (والصدقة المنفذة) وهي التي سلمت إلى الفقير وجعلت مملوكة له ، وفيه لا يمنع الشيوع ، وكذا في الصدقة الموقوفة ، وهي التي لم يملكها الموقوف عليه إلا إذا تصدق عليه بمنفعتها (إلا في المسجد والمقبرة) استثناء من قول أبي يوسف « رح » ، يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة أيضاً بأن كان الموضع صغيراً لا يصلح بما أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة ، لأن المسجد خالص لله تعالى ، والشيوع بناء في الخلوص ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾ ١٨٤ الجن . (فإنه لا يتم) أي فإن الوقف لا يتم (مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف « رح » ، لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى) كما ذكرناه (ولأن المهايأة فيهما)

(١) مع - هامش -

في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف ، لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة ، ولو وقف الكل ثم استحق جزءاً منه بطل في الباقي عند محمد «رح» لأن الشيوخ يقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض ، وقد وهب أو وقف في مرضه ، وفي المال ضيق ،

أي في المسجد والمقبرة (في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت بخلاف الوقف) أي وقف المشاع ، فإنه لا قبح فيه .
(لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة) بين مستحق الوقف وبين صاحب الملك (ولو وقف الكل) ذكر هذا تقريباً لمسألة القدوري «رح» وهو أنه وقف عقاراً كله (ثم استحق جزءاً منه) بأن مالكة مستحقاً في النصف أو الثلث أو الربع ونحوهما (بطل) أي الوقف (في الباقي) بعد الاستحقاق (عند محمد «رح» لأن الشيوخ يقارن) للقبض ، لأن حق المستحق كان ثابتاً في الموقوف حال الوقف فلم يتم القبض ، وهو شرط عند محمد «رح» فبطل في الباقي لانتفاء الشرط .

(كما في الهبة) المشاعة لمقارنة الشيوخ فيه عند القبض (بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض) في النصف مثلاً بعد قبض الموهوب له (أو رجع الوارث في الثلثين) بأن وهب في مرض موته فمات ورجع الوارث (بعد موت الواهب^(١)) وقد وهب أو وقف في مرضه (والحال أن الواهب وهب في مرضه أو الواقف وقف في مرضه (وفي المال ضيق) أي والحال أن في المال ضيقاً ، يعني لا مال سواه لا يسع المال الهبة ولا الوقف ، وأصله أن حكم هبة المريض حكمه الوهب حتى يصير خروجها من الثلث ، وكذلك الوقف ، ثم إن الوارث لما أبطله فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحاً ، لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت ، فإبطاله بعد الموت في القدر الذي بطل فيقدر على ذلك الوقف ولا يتمين الوقف في الجزء الشائع .

(١) المريض - هامش .

لأن الشيوع في ذلك طارئ ، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ، ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة . قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً . وقال أبو يوسف « رح » إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه

(لأن الشيوع في ذلك طارئ) وهذا مجرى الرجوع في الهبة ظاهراً ، وكذا في رجوع الورثة ، لأن حقهم يثبت في المال ثم سد فيكون طارئاً (ولو استحق جزء مميز) يعني في المسألة المذكورة (لم يبطل) أي الوقف (في الباقي لعدم الشيوع) لأن المفسد هو الشيوع وهو منتف هنا .

(ولهذا جاز في الابتداء) أي ولكون استحقاق جزء معين في المكان غير مانع جاز الوقف في ابتداء الأمر لعدم الشيوع المفسد (وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة) أي للفقير ، يعني إذا استحق جزءاً معيناً لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي (قال) أي القدوري « رح » ، ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) مثل أن يقول علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجدوا .

(وقال أبو يوسف « رح » إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها) أي بعد تلك الجهة (للفقراء وإن لم يسمهم) مثل أن يثبت على كذا وكذا وعلى أمهات أولاده جاز ، صار بعدها للفقراء (لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك) يعني لا إلى ملك (وأنه) أي وأن زوال الملك بدون التملك (يتأبد كالعتق) فإنه زوال الملك وهو متأبد .

(فإذا كانت الجهة) التي عينها الواقف (يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه) أي على

مقتضاه ، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كان التوقيت في البيع .
ولأبي يوسف « رح » أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو
موفر عليه ، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة
تنقطع ، ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين ،

الوقف (مقتضاه) وهو التأبید (ولهذا كان التوقيت) في الوقف (مبطلاً له) أي
للوقف كما إذا وقف داره عشرين سنة فلا يجوز (كالتوقيت في البيع) إلى عشرة أيام
مثلاً ، فإن قيل كيف يستقيم قوله إنه زوال الملك بدون التمليك على قول أبي حنيفة « رح »
فإن عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ، ولم يزل ملكه ، وهذا تناقض أوجب
بأن في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرها جعل زوال الملك بشرط التأبید قول محمد
« رح » خاصة قول أبي حنيفة « رح » .

فعلى ما ذكر في الكتاب جاز أن يكون عند أبي حنيفة « رح » روايتان أو أراد
هنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالإتفاق وفرع أبو حنيفة على قول
من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة .

(ولأبي يوسف « رح » أن المقصود) من الوقف (هو التقرب إلى الله تعالى)
بالتصدق بالنفقة (وهو موفر عليه) أي بالتقرب إلى الله تعالى موفر على جعل الوقف
بجهة تنقطع وبجهة لا تنقطع (لأن التقرب تارة يكون في التصرف إلى جهة تنقطع ومرة
في المصرف ^(١) إلى جهة تتأبد) يعني لا تنقطع (فيصح في الوجهين) فعلى هذا إذا انقطعت
الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حياً ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً .

ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف « رح » لأنه قال
وصار بعدها للفقراء فإن لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبید شرط ، والجواب أن المروي
عن أبي يوسف « رح » أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبید أصلاً والثاني أنه
يشترط ، لكن لا يشترط ذكره باللسان .

والمصنف « رح » أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب ، واستدل

(١) بالصرف - هامش .

وقيل إن التأييد شرط بالاجماع إلا أن عند أبي يوسف «رح» لا يشترط ذكر التأييد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه لما بينا أن إزالة الملك بدون التملك كالتق ، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد «رح» ذكر التأييد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأييد فلا بد من التنصيص .

قال ويجوز وقف العقار

عليه بقوله (وقيل إن التأييد شرط بالاجماع ، إلا أن عند أبي يوسف «رح» لا يشترط ذكر التأييد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه) أي عن التأييد (لما بينا) فيما مضى (أنه) أي أن الوقف (إزالة الملك بدون التملك كالتق ، ولهذا قال في الكتاب) أي قال في المختصر القدوري (في بيان قوله) أي قول أبي يوسف «رح» (وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم) أي الفقراء .

(وهذا) أي كون التأييد شرطاً ، وذلك عند غير أبي يوسف «رح» (هو الصحيح ، وعند محمد «رح» ذكر التأييد شرط لأن هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأييد ولا بد من التنصيص) على التأييد ، وفي الذخيرة والأسرار لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفاً بالاجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفاً في قول عامة من يميز الوقف ان الصدقة تثبت مؤبدة لأنها تحتمل الفسخ بالإعتاق ، وإذا انقطعت الجهة تصرف إلى المساكين ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ، والشافعي «رح» في قول ، وقال الشافعي «رح» في قول يصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية عن أحمد بوضع في بيت المال .

(قال) أي القدوري «رح» (ويجوز وقف العقار) هذا لفظ ، وقال المصنف «رح»

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ، ولا يجوز وقف ما ينقل ، ويحول . قال « رح » ، وهذا على الإرسال قول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بيقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ،

(لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه) أي العقار وقد مر أن عمر رضي الله عنه وقف أرضاً تسمى ثنع ، وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده فهي إلى اليوم ، وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه عند المروة على ولده فهي إلى اليوم وتصدق علي رضي الله عنه بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بربعه عند المروة وداره بالمدينة وداره في مصر على ولده ، فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضي الله عنه تصدق بدومة فهي إلى اليوم وعمرو بن العاص « رح » بالوهط بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وإلا يحضر في كثير .

(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) هذا لفظ القدوري « رح » (قال) أي المصنف « رح » (وهذا على الإرسال) أي على الإطلاق ففي قوله في الكتاب ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقاً من غير ذكر خلاف (لقول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح » إذا وقف ضيعة بيقرها وأكرتها) معوما وأكرها بفتح الكاف والرجع الأكار وهو الفلاح (وهم عبيده) أي عبد الواقف (جاز وكذا سائر آلات الحراثة) أي وكذا يجوز وقف آلات الحراثة مع البقر .

(لأنه) أي لأن المذكور من هذه الأشياء (تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود) وهو الغلة (وقد ثبت من الحكم تبعاً) أي بطريق التبعية (ما لا يثبت مقصوداً) أي من حيث القصد (كالشرب في البيع) أي لجواز الشرب في بيع الأرض (والبناء في الوقف)

ومحمد «رح» معه فيه لأنه لما جاز أفراد بعض المنقول بالوقف عنده
فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . وقال محمد «رح» يجوز حبس
الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف «رح»
معه فيه على ما قالوا

أي لجواز بناء الوقف تبعاً للأرض ، ولا يجوز وقفه مقصوداً (وأبو يوسف «رح» معه)
أي مع محمد «رح» (فيه) أي في جواز وقف المنقول .

(لأنه لما جاز إقرار بعض المنقول بالوقف عنده) أي عند محمد «رح» فيما يتعارف
الناس وقفه كالنشار والفأس والجنازة والمصحف لقراءة القرآن والقدر والمراجيل ، وما
لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه كوقف الثياب وغيرها من الأمتعة وقال الشافعي
«رح» ومالك «رح» وأحمد «رح» يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه وعن
مالك في الكراع والسلاح روايتان ، وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب
والفضة والمأكول والمشروب فقبل جائز في قول عامة الفقهاء ، وأهل العلم إلا ما حكى عن
مالك والأوزاعي «رح» أن وقف الطعام يجوز ، ولم يحكمه أصحاب مالك «رح»
وليس بصحيح ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بجلي ، أما الحلي فيصح
وقفه عند أحمد والشافعي «رح» وعن أحمد «رح» لا يصح وقفها .

(فلأن يجوز الوقف فيه) أي في المنقول (تبعاً) أي من حيث التبعية (أولى) بالجواز
(وقال محمد «رح» يجوز حبس الكراع) أي الخيل ، قال في ديوان الأدب الكراع
الخيل ، وكذا فسر المصنف «رح» على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، والكراع
من البعير والبقر والغنم ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع .. كذا
في الصحاح ، والمراد الأول (والسلاح) أي وحبس السلاح أيضاً ، وقال المصنف (معناه)
معنى قول محمد «رح» يجوز حبس الكراع والسلاح (وقفه في سبيل الله عز وجل ،
وأبو يوسف معه) أي مع محمد (فيه) أي في الجواز حبس الكراع والسلاح (على ما
قالوا) أي المشايخ .

وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل ، وجه
الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام وأما خالد
فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ، وطلحة
رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ، ويروى وأكراعه

(وهذا) أي جواز حبس الكراع والسلاح (استحسان) أي بطريق الاستحسان
(والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل) أي من حبس شرط التأيد ، لأن المنقول لا
يتحقق فيه التأيد لعدم بقائه (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في جواز حبس
الكراع والسلاح (منها) أي من الآثار (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ .

(وأما خالد رضي الله عنه فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى) هذا
الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه
قال بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل رضي الله
عنه وخالد بن الوليد رضي الله عنه والعباس رضي الله عنه فقال رسول الله ﷺ ما
ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد رضي الله عنه فإنه تظلمون خالداً
رضي الله عنه فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله .. الحديث .

قوله أعتاده جمع قلة عتاد بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق وهو ما أعده
الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده ، وقال
الدارقطني قال أحمد بن حنبل « رح » قال علي بن حفص « رح » وأعتاد وأخطأ فيه
وصحفه ، وإنما هو أعتده الأدرع جمع درع وهي الزرورية ، وقال ابن الأثير وجاء في
رواية واعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد ، وقال الكاكي وروي أن خالداً جمع ثلاثمائة
فرس في خلافة عمر رضي الله عنه مكتوب على لمآذه حبس في سبيل الله .

(وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى) هذا غريب جداً ليس له أصل
(ويروى وأكراعه) والرواية غير صحيحة من وجهين أحدهما أنها لم ينقل عن أحمد « رح » من
الرواة الثقات والآخر من جهة اللفظ لأن كراعاً عليه وزن فعال ، ولم يسمع جمعه على أفعال .

(١) أمر - هامش .

والكرع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها، وعن محمد «رح» أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف ، وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ، ومحمد «رح» يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء .

(والكرع الخيل ويدخل في حكمه الإبل ، لأن العرب يجاهدون عليها) .
وقال الأنباري كان القياس أن يقول في حكمها لأن الكراع مؤنث سماعي ، قلت يجوز في المؤنث السماعي التذكير بالنظر إلى ظاهر اللفظ (وكذا السلاح يحمل عليها) أي كما يقوى عليها محمد عليه السلام أيضاً فيحبس كذلك (وعن محمد «رح» أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر) بفتح الميم وتشديد الراء هو الآلة التي يعمل بها في الطين (والقدوم) بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير ، وجمعه قدم قاله ابن ذرين وهي التي فتحت بها .

(والمنشار) بكسر الميم الآلة التي ينشر بها الخشب (والجنازة) بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت (وثيابها) أي ثياب الجنازة ، وهي التي تغطي بها الجنازة (والقدور) جمع قدرة (والمراجل) بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحاس ، كذا في ديوان الادب . وقال ابن دريد المرجل بمعروف عربي صحيح ، قلت الفرق بين القدرة والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس ، فالقدرة قد تعمل من طين ويسمى المبيرام . (والمصاحف) جمع مصحف وهو مشهور (وعند أبي يوسف «رح» لا يجوز لأن القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه) أي على النص (ومحمد «رح» يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء) أي في وقف هذه الأشياء المذكورة كالفأس والمر إلى آخره .

وعن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف ، وهذا صحيح
لأن كل واحد تمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة ، وأكثر فقهاء
الأمصار على قول محمد « رح » وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه ،
وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ،

(وعن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف) أي لأجل إلحاق وقف
الكتب يجوز وقف المصاحف ، وقال صاحب التحفة ، وعن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه
على أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال في النوازل سئل أبو نصر عن رجل وقف الكتب
قال كان محمد بن سلمة « رح » لا يجيزه وكان نصر بن يحيى يجيزه وقد وقف كتبه وقال
الفقيه ، وكان أبو جعفر يخبر ذلك وبه يأخذ ، إلى هنا لفظ كتاب النوازل ، ونصر بن
يحيى من كبار علمائنا في بلغ مات سنة ثمان وستين ومائتين ، وكان تلميذاً للحسن بن زياد ،
ومات الحسن سنة أربع ومائتين ، وهو تلميذ أبي حنيفة ومحمد بن سلمة « رح » مات في
شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين ، وأبو نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة وأبو
جعفر الهنداوي مات ببخارى سنة ست وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان
استاذ الفقيه أبي الليث كان أبو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعاً ، وهما تلميذا عصام
ابن يوسف القاضي ومات عصام ببلغ سنة خمس عشرة ومائتين .

(وهذا صحيح) أي قول نصر بن يحيى صحيح (لأن كل واحد) أي من الكتب
(بمسك) على صيغة المجهول (للدين) أي لأجل مصالح الدين معلماً أي من حيث (تعليماً
وتعلماً) أي من حيث التعليم (وقراءة) أي من حيث القراءة (وأكثر فقهاء الأمصار على
قول محمد « رح ») في جواز وقف الأشياء المذكورة ، وفي فتاوى قاضي خان اختلف
المشايع في وقف الكتب وجوزها الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى .

(وما لا تعامل فيه) أي والذي لا يتعامل الناس فيه الوقف من المنقولات كالثياب
والحيوان (لا يجوز وقفه عندنا ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء
أصله) احترز به عن الدرهم والدنانير ، فإن الإنتفاع الذي خلفته الدرهم والدنانير لأجله

ويجوز بيعه ويجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبهه العقار والكراخ
والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه ، فصار
كالدرهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا
من حيث التعامل فبقي على أصل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد
والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القرية فيهما أقوى

وهو الثمنية لا يمكن سهماً مع بقاء أصله في ملك .

(ويجوز بيعه) إحترز به عن حمل الناقه والجارية فإنه لا يجوز بيعه ، فكذا وقفه
عنده أيضاً ، وقوله (ويجوز وقفه) خبر قوله كلما يمكن (لأنه يمكن الإنتفاع به ،
فأشبهه العقار والكراخ والسلاح) ووجه أن الأصل لا يجوز وقف الكراخ والسلاح ، أي
فأشبه ما ينتفع به مع بقاء أصله العقار في صحة وقفه (ولنا أن الوقف فيه) أي في
النقول التي ذكره .

(لا يتأبد منه) أي والحال لا بد من التأبید ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه (على ما
بيناه) فيما حق من اشتراط التأبید (فصار) أي كل ما ينتفع به مع بقاء أصله (كالدرهم
والدنانير) في عدم الجواز (بخلاف العقار) فإن فيه التأبید وإن لم يذكر ولم يشترط (ولا
معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبهه العقار والكراخ والسلاح أيضاً كالدرهم
والدنانير كونه يعارض وأرجح من حيث السمع .

(ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الأصل في الكراخ والسلاح معارض من
حيث السمع وهو ليس بوجود في المرد القدم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيد على
ذلك ووجه أن لها معارض من حيث التعامل وليس بوجود في صورة النزاع كالبييد
والإماء والثياب والبسط وأماها (فبقي على أصل القياس وهذا) استظهار على أن
إلحاق غير العقار والكراخ بها غير جائز فقال (لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين) أي
معظم الدين لأنه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف .

(فكان معنى القرية فيهما) أي في الكراخ والسلاح (أقوى) لأن الكراخ آلة الجهاد ،

فلا يكون غيرهما في معناهما . قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف «رح» فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته، أما امتناع التملك فلما بينا .
وأما جواز القسمة فلأنها تميز وإفراز

الذي هو فرض كفاية ، والقربة بسائر المنقولات تطوع (فلا يكون) في معناه فلا يكون (غيرهما) أي غير الكراع والسلاح (في معناهما) يقولها ولم ينكر التعامل اعتماداً على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك في العبد ، قال صاحب المحيط وقف مائة وخمسين ديناراً على مرضى الوصية تصح وتدفع الذهب إلى إنسان بمضاربة يتعلمها يستعملها ويصرف الربح ، وفي المحيط ، وكذلك وقف الدراهم ، والمكيل والموزن ، قال تاج الدين «رح» لا يجوز صرف الأودية الموقوفة في الماشان إلى الغنى ، ولا يجوز وقف الأودية فيه إلا إذا ذكر الفقراء ، ولو قال على الفقراء والأغنياء يجوز ، وتدخل الأغنياء تبعاً .

(قال) أي القدوري (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف «رح» فيطلب الشريك القسمة ، فيصح مقاسمته) إلى هنا لفظ القدوري «رح» ، وقال المصنف «رح» (أما امتناع التملك فلما بينا) أشار به إلى ما ذكر في أوائل الكتاب من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدقاً بأصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لها أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وهذا قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد «رح» حتى يجعل آخره لجهة لا يقطع أبداً ، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلى آخره ، وقوله إلا أن يكون مشاعاً استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه يبيع الساعة .

(وأما جواز القسمة فلأنها) أي فلأن القسمة (تميز وإفراز) أي تميز للحقوق ، وإفراز

غاية الأمران الغالب في غير المكييل والموزون يكون بمعنى
المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف ،
فلم يكن بيعاً وتمليكاً ، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو
الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى
وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له ، فالذي يقاسمه القاضي أو
يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه
لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ومقاسماً ، ولو كان في القسمة
فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ،
وإن أعطى الواقف جاز

كل نصيب منه والمنوع التمليك لا الإفراز (غاية الأمران الغالب في غير المكييل والموزون
يكون بمعنى المبادلة) وهي في العقار والمروض والحيوانات للتفاوت المكييل والموزون
والعددي الذي لا يتفاوت ، فإن الإفراز هو الغالب منها .

(إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف) في حق الفقراء (فلم
يكن) القسمة فيه (بيعاً وتمليكاً) قرع المصنف على مسألة القدوري فقال (ثم إن وقف
نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه) لأن القاضي (لأن الولاية إلى الواقف
وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع)
أي الواقف (نصيبه الباقي) من العقار وهو النصف (من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري
ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً) بكسر السين (ومقاسماً)
بفتح السين ، لأن القسمة تجرى بين اثنين ، فلا يتأتى في واحد .

(ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل
بأن الجودة دراهم (إن أعطى) أي المشتري (الواقف ذلك) أي فضل دراهم (لا يجوز
لامتناع بيع الوقف) لان الاخذ للدرهم إذا كان الواقف يصير بئساً بعض الوقف ، فلا
يجوز بيع الوقف (وإن أعطى الواقف) أي وإن أعطى الواقف الشريك (جاز) لان

ويكون بقدر الدراهم شراء . قال والواجب أن يتبدى من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان

الواقف مشتري لا بائع ، فكانه اشترى بعض نصيب شريكه لوقفه (ويكون بقدر الدراهم شراء) أي يكون للمشتري وليس بوقف ، كذا في الفتاوى الظهيرية والسكافي ، وفي النهاية ويصير الواقف مشترياً بمقابلة الدراهم وقفاً أي كذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز .

(قال) أي القدوري (والواجب أن يتبدى من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) إلى هنا كلام القدوري ثم قال المصنف (لان القصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط) الواقف والعمارة اقتضى ضرورة التصديق وأياً (ولان الخراج بالضمان) معناه الغلة سبب أن ضمننت وقد مر بيانه في أول كتاب اللقيط يعني لما كان صلة الوقف للموقوف عليهم كانت للعمارة أيضاً عليهم .

وقال الاكمل رحمه الله قوله الخراج بالضمان لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لإجراء معارضة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مرة مقابلة منفعته ، ومعناه ما ذكرناه الآن ولم يبين أصلاً الحديث فنقول حديث أبو عبيدة رضي الله عنه في كتاب غريب الحديث عن مروان المراري عن ابن أبي ذيب عن ممة بن حفاق « رح ، وعن عروة رضي الله عنه ، وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فعله ثم لحديد غنياً كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالميب ، ويرجع بالثمن فيأخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت له الغلة لأنه كان ضامناً للعبد ، ولو فات من مال المشتري لأنه في يده إلى هنا لفظ أبي عبيد .

وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ، فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر لهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي ماله شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما تبقى الموقوف على الصفة الذي وقفه ، وإن خرب يبني على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه ، والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها

إلى شيء آخر

(وصار) أي حكم (كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها) أي فإن نفقته (على الموصى له بها) أي بالخدمة ، لأن الغرم بإزاء الغنم والخراج بالضمان (ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر بهم) أي بالفقراء والظفر الفوز ، وإنما لا يظفر بهم لأنهم لا يحصون .
(وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها) أي فتجب العمارة في الغلة (ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهي) أي العمارة (في ماله شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة) أي لا يؤخذ منها صاحبها لأنه قال في مال أي مال شاء ، وهذه الغلة أيضاً من ماله ، فلولا يفد بذلك فمقتضى كلامه قاله الأكل .

(لأنه) أي لأن الموقوف عليه معنى (معين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب) أي الوقف (يبني على ذلك الوصف) أي الذي كان الواقف وقفه عليه (لأنها) أي لأن العمارة (بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك) أي على الوصف الذي وقف الواقف بذلك الوصف .

(فليست) أي الزيادة (بمستحقة) أي على الموقوف (عليه والغلة مستحقة له) أي للموقوف عليه (فلا يجوز صرفها) أي صرف ما يستحقه (إلى شيء آخر) من زيادة

إلا برضاه . ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض
وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة
ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على
سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان
على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته . فإن امتنع من ذلك
أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى
من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب
السكنى لأنه لو لم يعمرها تقوت السكنى أصلاً والأول أولى
ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف

العمارة (إلا برضاه) أي برضاء الموقوف عليه (ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك)
أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها (عند البعض) أي
بعض المشايخ .

(وعند الآخرين يجوز ذلك) أي ما يعمل من الزيادة (والأول) أي عدم جواز
الزيادة في البناء (أصح) مما قاله البعض (لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا
ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن
الخراج بالضمان على ما مر) عن قريب (وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته) نفقته تجب
عليه لأن الغرم بالغرم .

(فإن امتنع) أي ولده (من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا
عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب
السكنى لأنه لو لم يعمرها) أي القاضي (تقوت السكنى أصلاً والأول) أي عمارة القاضي
الوقف بالأجرة (أولى) من البطالة ، لأنه يفضي إلى استيصال حق السكنى .
(ولا يجبر الممتنع) أي عن العمارة من الوقوف عليهم (على العمارة لما فيه من إتلاف

ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك . قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ،

ماله) بالنفقة على العمارة فله الامتناع من الضرر وهو إتلاف ماله (فأشبه امتناع) حال هذا الممتنع (صاحب البذر في المزارعة) بأن عقد اثنان عقد الزراعة وما في عليه البذر ، ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لثلا يلزم الضرر ، وهو إتلاف ماله .
(ولا يكون امتناعه) من العمارة (رضا منه ببطلان حقه ، لأنه في حيز التردد) أي في ناحية التردد ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون امتناعه لعدم القدرة بعدم النفقة ، ويحتمل أن يكون لرجائه إصلاح القاضي ومؤتمته ، ويحتمل أن يكون لإبطال حقه بالنزول عنه ، فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك .

(ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك) للمين لأن الإجارة تملك المنافع بعوض ، والتملك إنما يتحقق من المالك ، وهنا من له السكنى ليس بمالك للسكنى ، وإنما تجب منفعة السكنى ليسهل الثواب الواقف ، ونوقض بالمستأجر فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها ، وأجيب بأنه مالك المنفعة ، ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لثلا يلزم تملك المنفعة المدومة ، ومن له السكنى أقيمت له النفقة ، ولهذا لم يقيم العين مقام المنفعة في ابتداء العقد مقام المنفعة في ابتداء الوقف ، ولا يلزم من جواز تملك المالك جواز تملك غيره .

(قال) أي القدوري (ومن هدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالمعطف على النبي بمعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن يلي خشب الوقف ، وقيد ويحتمل أن يكون مرفوعاً بالمعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة (صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ،

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العماره ليبقى على التأييد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعين و صرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل . ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه ، وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العماره ليبقى أي الوقف (على التأييد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه) أي إلى أن يعمر الوقف (في الحال صرفها) أي إلى ما انهدم من البناء وآلته (فيها) أي في العماره (وإلا أمسكها) أي إن لم يمس الحاجة إلى العماره في الحال سلمها (حتى لا يتعذر عليه) أي على الحاكم .

(ذلك) أي الصرف (أو ان الحاجة) أي وقت الاحتياج (فيبطل المقصود) من الوقف (وإن تعذر إعادة عينه) أي عين ما انهدم (إلى موضعه بيع) أي باعه القاضي (و صرف ثمنه إلى المرمة) أي إلى الإصلاح ، يقال رم البناء يرمه وما ومرمه إذا أصلحه (صرفاً للبدل) وهو الثمن (إلى مصرف المبدل) وهو الوقف (ولا يجوز أن يقسمه) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف (يعني النقض) بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض ، وهو اسم للبناء المنقوض (بين مستحقي الوقف) من تمة كلام القدوري ، والنون فيه سقطت الإضافة .

(لأنه) أي لأن النقض (جزء من العين) أي من عين الوقف (ولا حق للموقوف عليهم فيه) أي في النقض (وإنما حقهم) أي المستحقين (في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم) لما فيه من الظلم ، فلا يجوز .

قال وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف ، قال « رض » ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه ، أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف « رح » ، ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » ، وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي « رح » ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ،

(قال) أى القدورى « رح » (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف « رخ ») وبه قال أحمد « رح » وابن أبي ليلى الزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي « رح » (قال) أى المصنف « رح » (ذكر) أى القدورى (فصلين) أحدهما هو (شرط الغلة لنفسه) والآخر هو قوله (وجعل الولاية إليه) أما الأول وهو جعل الغلة لنفسه (فهو جائز عند أبي يوسف « رح ») وقال الولوالجي « رح » في فتاواه ومشايخ بلخ « رح » أخذوا بقول أبي يوسف « رح » والصدر الشهيد « رح » أيضاً كان يفتي به أيضاً ترغيباً للناس في الوقف .

(ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » وهو قول هلال الرازي « رح » وبه قال الشافعي « رح ») وبه قال مالك وهلال الرازي هو هلال الرازي وأضيف هلال إلى الرازي لكونه من أصحاب الرازي ، وفي المغرب الرازي تصحيف . قلت ما وقع في نسخ الهداية إلا الرازي ، والصواب ما قاله صاحب المغرب وهو هلال بن يحيى البصرى هو من أصحاب يوسف بن خالد السمني البصرى « رح » وهو من أصحاب أبي حنيفة « رح » ووصية أبي حنيفة « رح » مشهورة يجب حفظها لكل فقيه ، وقيل إن هلالاً أخذ الفقه عن أبي يوسف « رح » وزفر « رح » أيضاً .

(وقيل إن الاختلاف بينهما) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز) يعنى عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذلك خلافاً لمحمد ، فلا جرم أبو يوسف « رح » صح شرط الغلة لنفسه لأنه لا يشترط القبض

وقيل هي مسألة مبتدأة، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأهيات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل يجوز بالاتفاق، وقد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح، لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد «رح» أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض أو الكل

والإفراز ومحمد «رح» لم يصححه لأنه لا بشرطها (وقيل هي مسألة مبتدأة) يعني الخلاف واقع فيها ابتداءً، وقال الهندواني ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد «رح» إلا شيء ذكره في كتاب الوقف قال إذا وقف على أهيات أولاده جاز لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لأن ما يكون لأم ولده حال حياته يكون له.

(والخلاف) أي بين أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» (فما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو وقف وشرط البعض أو الكل) أي بعض العلة أو كلها (لأهيات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين، فقد قيل يجوز بالاتفاق، وقد قيل هو على الخلاف أيضاً) عند أبي يوسف «رح» يجوز وعند محمد «رح» لا يجوز.

(وهو الصحيح) احترازاً عن القول الأول هو القول بالجواز بالاتفاق، ولكنه مخالف لرواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان، فإن فيها جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق (وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه) أشار به إلى قوله لا بد من التسليم إلى المتوسط (فاشترط البعض) أي بعض العلة (أو الكل)

لنفسه يبطله ، لأن التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد بنفسه ، ولأبي يوسف « رح » ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ، والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

أو اشتراطه كل الغلة (لنفسه يبطله لأن التملك من نفسه لا يتحقق) لأنه جعل فقه ملك فقه لنفسه .

(فصار) أى حكم هذا (كما في الصدقة المنفذة) فإنه لا يجوز أن يسلم قدرأ من ماله على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له ، فهذا الشرط باطل (وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بالجر عطفاً على الصدقة المتعدرة بأن وقف مسجداً وشرطه أن يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا غير جائز .

(ولأبي يوسف « رح » ما روى ان النبي ﷺ كان يأكل من صدقته) هذا غريب ليس له أصل النعم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة « رح » ، حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجة الدرري قال صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف (والمراد منها صدقته الموقوفة) بمعنى معنى قوله كان من صدقته الموقوفة وصحة هذا المعنى على صحة هذا الحديث المذكور فلم يصح ، وقد قال الأترابي « رح » وجه قول أبي يوسف « رح » ما رواه زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه .. انتهى .

قلت هذا لا يفني شيئاً في الاستدلال على المدعي (ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط) لأن أكل الواقف لا يخلو من أحد الأمرين إلا أن يكون شرطاً أولاً ، والثاني لا يحل بالإجماع فتعين الأول (فدل على صحته) أي صحة الشرط (ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

على وجه القرية على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه ، وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة ، وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القرية ، وفي التصرف إلى نفسه ذلك . قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز

على وجه القرية على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ، ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تقطع أبداً بقوله لها إن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وإلى قوله لابي يوسف أن المقصود هو المعتبر فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القرية .

(فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله) أي في الخان (أو يشرب منه) أي من السقاية (أو يدفن فيه) أي في المقبرة ويذكر الضمير في الموضعين باعتبار المذكور .

(ولأن مقصوده) أي مقصود الواقف (القرية وفي التصرف إلى نفسه ذلك) أي حصول التقرب (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (نفقة الرجل على نفسه صدقة) هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث لغدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال ما من كسب الرجل كسباً أطيب من عمل بدنه وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وروى ابن حبان عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال أيما رجل كسب مالا من حلال فأطعمه لنفسه أو كساها فمن دون خلق الله تعالى فإن له به زكاة ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(ولو شرط الواقف أن يستبدل به) أي بوقفه (أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز)

عند أبي يوسف «رح» وعند محمد «رح» الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف «رح» وعند محمد «رح» الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا ، وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف «رح» وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب ، وذكر هلال في وقفه ، وقال أقوام إن شرط الواقف

والشرط باطل وبه قال الشافعي وأحمد «رح» والقياس لا يجوز الوقف والشرط وبه قال الشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية ، وفي الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استدلال الوقف باطل لا رواية .

(عند أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف «رح») كما هو مذهب في التوسع في الوقف ، وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار صدقة حتى لو كانت بمهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف «رح» أيضاً ، وفي النوازل قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسألة وقال إذا وقف على أنه بالخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقفا أو لم يبين ، وروي عن أبي يوسف «رح» أنه قال يبين للخيار وقتاً معلوماً جاز الوقف والشرط ، وإن لم توقت وقتاً فالوقف والشرط باطلان .

(وعند محمد «رح» الوقف باطل) وبه قال هلال (وهذا) أي الخلاف المذكور (بناء على ما ذكرنا) أشار به إلى أن جمل عليه الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف «رح» فإنه لما جاز أن بنى الواقف الغلة لنفسه ما قام حياً فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لرأى النظر فيه (وأما فضل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدر في فضل الولاية بالجواز (على قول أبي يوسف «رح» وهو قول هلال أيضاً ، وهو ظاهر المذهب ، وقال هلال (١) في وقفه ، وقال أقوام «رح») أي بعض المشايخ (إن شرط الواقف

(١) وذكر بلال - هامش .

الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا
الأشبه أن يكون هذا قول محمد « رح » لأن من أصله أن التسليم
إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن
المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له
الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هذا
الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارة
ونصب المؤذن فيه ،

الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الأشبه أن يكون
هذا قول محمد « رح ») أن الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان تكون الولاية للواقف إذا
شرط والا فلا .

(لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه)
فان قلت مذهب محمد « رح » ان التسليم إلى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه هنا في
التسليم فما وجهه قلت لا تسلم المناقاه لان شرط الولاية سابق ، والتسليم لاحق بعد ذلك
هل يكون له الولاية ام لا ، قال اذا وجد الشرط اولا كانت له الولاية والا فلا .

(ولنا ان المتولي انها يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه فيستحيل ان لا تكون له
الولاية ، وغيره يستفيد الولاية منه) قوله ولنا الى آخره استدلال لأبي يوسف « رح »
وعبر عنه بقوله اشارة الى انه المختار (ولانه) اي ولان الوقف (اقرب الناس الى هذا
الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارة ونصب المؤذن فيه)
وقال أبو نصر العمارة للباني وأما نصب المؤذن والإمام لاهل المحلة ، ولا يكون للباني منهم
بذلك ، وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصيبها من غيره كما العمارة كالكاضي ، وقال
ابو الليث وبه نأخذ الا أن يريد الثاني اماماً ومؤذناً والقوم يريدون أصلح فلهم أن يفعلوا
ذلك ، كذا في النوازل .

وكنم أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

فصل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس بالصلاة فيه ،

(وكنم أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها) أى الولاية (من يده نظراً للفقراء كما له) أى للقاضي (أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكذا) أى للقاضي أن يخرجها (إذا شرط أن ليس للسلطان ، ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل) لأن الشرع أطلق للقاضي إخراج من كان متبهاً دفماً للضرر من الفقراء ، ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف وأن الواقف إخراجهم فذلك ، ولو شرط أن ليس له إخراج القيم بطل شرطه لأنه مخالف لحكم الشرع أن لازمة وكالة وهي ليست بلازمة ، ولو جعلت الولاية إليه في حياته وبعد مماته كان جائزاً وهو وكيل في حياته ووصى بعد وفاته . فرع لو قال أرضى موقوفة ان شئت أو أجيب كان الوقف باطلاً لأن تعليقه بالشرط باطل ... وكذا لو قال أرضى صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت وكان الوقف باطلاً ، ولو قال شئت وجعلها صدقة موقوفة صح لأنها ابتداء وقف له .

(فصل)

لما كان أحكام هذا الفصل غير الأحكام التي قبله فصل ذلك بفصل على حدة (وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ، ويأذن للناس بالصلاة فيه ،

فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة «رح» عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة «رح» وكذا عن محمد «رح» ، لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد «رح» أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب .

فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة «رح» (هذا كله لفظ القدوري ، وقال المصنف رحمه الله (أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ويشترط تسليم نوعه) أى يشترط تسليم كل شيء على ما لا يلبق به .

(وذلك في المسجد بالصلاة فيه) وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه (أو لانه لما تعذر القبض) لعدم نقص حقيقته يعلم (يقام تحقق المقصود) وهو الصلاة فيه (مقامه) أى مقام القبض (ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه) أى في المسجد (في رواية عن أبي حنيفة «رح» وكذا عن محمد «رح» في رواية لأن فعل الجنس) وهو صلاة الكل (متعذر فيشترط أدناه) أى أدنى فعل الجنس وهو صلاة الواحدة لتعذر فعل الكل ، فان الواحد عن الكل فيما هو حقهم ، وفي المبسوط المسجد موضع المسجد ، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة .

(وعن محمد «رح» انه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب) أى قبل الصلاة بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عن أبي حنيفة ومحمد «رح» ، وإذا

وقال أبو يوسف «رح» يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط للملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد، وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل .
قال ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه

صلى فيه واحد أو جماعة وأحدانا قبل يكون قبضاً فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه عن أبي حنيفة «رح» روايتان في رواية لا يكون قبضاً وفي رواية يكون قبضاً، وقال فخر الإسلام «رح» في شرح الجامع الصغير وإن صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم فيه عند محمد «رح» أيضاً، وقال في الذخيرة عن محمد «رح» أنه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل حينئذ عن محمد «رح» روايتان أيضاً، هذا إذا صلى فيه، أما إذا لم يصل فيه لكنه دفع إلى المتولي فهل يكون ذلك قبضاً على قولها فيه اختلاف المشايخ «رح» ذكره شيخ الإسلام قبل بأنه قبض لأن المسجد له خادم يكبر ومغلق الباب والتسليم إليه قبض كما في سائر الأوقات، وقيل له يقبض لأن المسجد ليس لها متولى كما يكون كسائر الأوقات، واختلف المشايخ إذا جعل أرضه مقبرة، ودفعها إلى المتولي ولم يذكر محمد «رح» في المبسوط فقال بعضهم إنه قبض كما في الحان والسقاية .

وقال بعضهم ليس بقبض لأن المقبرة لا يكون لها متولى، وإنما ذكر محمد «رح» في المقبرة أنه إذا دفن فيها واحد أو اثنان فإنه يصير قبضاً (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط للملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى في سقوط حق العبد، وصار كالإعتاق) لأنه إسقاط للملك، وبه قالت الثلاثة (وقد بيناه من قبل) أشار به إلى قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» بقوله لها إن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأكد كالمعتق .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن جعل مسجداً تحته سرداب) بكسر السين معرب سرورية وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وهي معروفة سردابه (أو فوقه)

بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ،
 وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ،
 ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ،
 وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفلى مسجداً وعلى ظهره
 مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك يتحقق في السفلى
 دون العلو ، وعن محمد « رح » على عكس هذا ، لأن المسجد معظم ،
 وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل ، يتعذر تعظيمه ،

أي فوق المسجد (بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه)
 أي لا يكون مسجداً (وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
 متعلقاً به) والمسجد ما يكون خالصاً لله تعالى .

(ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس) لأنه حينئذ لا يكون
 السرداب مملوكاً لاحد كما أن سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لاحد (وروى الحسن
 « رح » عنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (انه قال إذا جعل السفلى مسجداً وعلى
 ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك) أي التأبد (يتحقق في السفلى
 دون العلو) فإنه لا يتأبد فيه .

(وعن محمد « رح » على عكس هذا) أي روى عن محمد « رح » عكس هذا بأن
 جعل العلو مسجداً أصح ، وإذا جعل السفلى لا يصح (لأن المسجد يعظم ^(١)) ، وإن كان
 فوقه يسكن ^(٢) (أو مستغل) أي يكرى للاستغلال (يتعذر تعظيمه) وعن بعض المشايخ
 إذا كان العلو مسجداً والسفلى حوانيت موقوفة على المسجد أو على الغلب لا بأس به لأن
 الكل منقطع عن حقوق العباد ، ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول من يجوز

(١) معظم - هامش .

(٢) مسكن - هامش .

وعن أبي يوسف «رح» أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة، وعن محمد «رح» أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا. قال وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه، يعني له أن يبيعه، ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع، وإذا كان ملكه محيط بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى بطريق نفسه فلم يخلص لله تعالى، وعن محمد «رح»

اتخاذ العلو مسجداً قبل لا يجوز قياساً على الحوض الحاض وقيل يجوز.

(وعن أبي يوسف «رح» أنه جوز في الوجهين) يعني إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت (حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة، وعن محمد «رح» أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا) أي للضرورة، وإنما أعاد ذكر قول محمد «رح» بهذا الطريق ولم يقله عن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء لهالة ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص، ولزيادة القيم التعليم بلفظ الكل، وكذلك عطف على قوله، ومن جعل مسجداً تحته سرداب فله أن يبيعه.

(قال وكذلك) أي يبيعه (ان اتخذ وسط داره مسجداً، وأذن للناس بالدخول فيه) وهذه من مسائل الجامع الصغير، وقوله (يعني له أن يبيعه) من كلام المصنف «رح» ولقوله وسط بسكون السين إذ المراد غير معين، وقال الكاكي «رح» هذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين (ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع، وإذا كان ملكه محيط بجوانبه) أي بجوانب المسجد (كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى، وعن محمد «رح») أي روى

أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر مسجداً ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » ، أنه يصير مسجداً لأنه لما رضى بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ، قال ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز عن حق العباد فصار خالصاً لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ، ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً

عنه في هذه المسألة انه قال (أنه) أي ان هذا المسجد (لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره) أي محمد « رح » (مسجداً ، وهكذا) أي روى (عن أبي يوسف « رح » انه يصير مسجداً لانه لما رضى بكونه مسجداً ، ولا يصير مسجداً الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل) أي الطريق (في الإجارة من غير ذكر) بمعنى وان لم يذكر ويدخل فيه الطريق ، فصار مستحقاً .

(ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز) أي مخلص (عن حق العباد ، فصار خالصاً لله تعالى) لكن هذا إذا سلم إلى المتولى أو صلى فيها بجماعة ، أما إذا لم يصل فيه بجماعة ، ولم يؤخذ التسليم لا يصح الوقف لأن التسليم أو الصلاة بجماعة شرط عند أبي حنيفة « رح » ، ومحمد « رح » في الصلاة وحداناً اختلاف الرواية .

(وهذا) توضيح لقوله (لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله) وهو كونه لله تعالى (فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق) فإنه لما أحرز مملوكه رجع إلى أصله وهو الرقة فانقطع حقه عنه (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على صيغة المجهول أي استغنى أهل الحلة عن الصلاة فيه (يبقى مسجداً) على حاله

عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه
وعند محمد « رح » عاد إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته
لأنه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصار كحصير المسجد أو
حشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصر
والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر . قال ومن بنى سقاية للمسلمين
أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة

(عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد « رح » يعود إلى
ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته ، وقد انقطعت)
أي القرية .

(و صار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف « رح » يقول في
الحصر والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر) وكذا فندبله إذا خرب المسجد يعود إلى
ملك مسجده ، وكما لو كفن ميتاً فافتقره سبع عاد إلى ملك مالكة وكالحصر إذا بعث
الهدى ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع يديه ما شاء ، وقال أبو العباس
الناطقي « رح » في الأجناس قال محمد « رح » في النوادر هشام إذا خرب المسجد حتى لا
يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه ، وكذلك الفرس إذا جعله حبساً
في سبيل الله فصار لا يستطيع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن
لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى أهل المسجد آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في
مكمل المسجد الآخر فلا بأس بذلك ، ثم نقل الناطقي عن كتاب الصلاة مسجد بأوائله
وعطلت الصلاة فيه ولم يجوز الآخر أن يهدمه ، ولا يجبر به منزلاً ولا يبيعه ذلك قال
الناطقي هذا عند قول أبي يوسف « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل
أو رباطاً) وهو الموضع الذي يربط فيه ناس أيام السفر بإزاء العدو (وجعل أرضه مقبرة

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة «رح» ، لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص الله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف «رح» يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم ، وعند محمد «رح» إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط ، والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ،

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة «رح» ، لأنه لم ينقطع عن حق العبد ، ألا ترى أن له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص الله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف «رح» يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد «رح» إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه (لان كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى ، وفي الرباط بالنزول ، وفي السقاية بالشرب ، وفي المقبرة بدفنهم) وذلك بما ذكرناه (أى التسليم يحصل بالاستسقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة) ويكتفى بالواحد (أي باستسقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد) لتعذر فعل الجنس كله (يعني لتعذر استسقاء جميع الناس من السقاية ، وسكن الجميع في الخان والرباط وكذا دفن الجميع .

وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض، ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى ما يكنسه ويعلق بابه، فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً، وقيل هي بمنزلة السقاية والحان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح، وإن كان بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الحكم المذكور (البئر الموقوفة والحوض) أي حكم البئر والحوض الموقوفات على الحكم المذكور (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها) أي في السقاية والحان والرباط والمقبرة (لأنه) أي المتولى (نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب) وهو القبض (كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى من يكنسه ويعلق بابه، وإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً) أي في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه.

(وقد قيل هي بمنزلة السقاية والحان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى) أي لان الواقف لو نصب المتولى على المقبرة (يصح) فإذا صح يعتبر قبضه (وإن كان) أي نصب المتولى على المقبرة (بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى) وهو اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى الماء في قوله أسائر اتهجرون (والمعتمرين) أي والمعتمرين (أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

نغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ، ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة يحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير ، والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم الأغنياء ، ولأن الحاجة تشتمل الغني والفقير في الغرب والنزول ، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب .

نغر من الثغور (الثغر موضع المخافة بروج البلدان (سكنى للغزاة والمرابطين) جمع مرابط يقال رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو ومرابطه ورباطا .

(أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا) إشارة به إلى قوله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، فإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

(إلا) هذا الاستثناء لبيان الفرق بين جعل غلة الأرض للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله (إن في الغلة) أي غلة الأرض (يحل للفقراء دون الأغنياء) إلا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى إلى آخر ما يذكره ، أشار إليه بقوله (وفيما سواه) أي فيما سوى المذكور (من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق) بين هذا وبين الذي قبله (وهو العرف بين ^(١) الفصلين) فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء (وفي غيرها) أي وفي الغلة المستوية أي يريدون (التسوية بينهم) أي بين الفقراء وبين الأغنياء ، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول ، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه (أي لقيام الغني فانه مستغنى بهال نفسه من صدقة غيره .

(١) في - هامش .

لا مستغنى عن الحال للنزول ، وعن المقبرة للدفن ، وعن الماء للشرب منه ، إذ كل واحد لا يقدر أن يشتري في كل منزل موضعاً ولا يستصحب الماء لنفسه في كل مكان فتحت للفني والفقير والله أعلم .

فروع : وفي فتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف إذا تعطلت وتعذر اشتغالها هل للمتولى ثبتها ويشترى مكانها أخرى قال نعم وبه قال أحمد « رح » وقد يجوز قبل أن يتعطل ، ولكن يأخذ ثمنها ما هو خير منها ، ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وبه قال الشافعي ومالك « رح » وكذا لم يجوز الإبتداء بها هو خير منها وهكذا حكى عن شمس الأئمة قال أبو يوسف يجوز الاستبدال ، وعن محمد « رح » أنه قال إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين وللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، ولو سكن دار الوقف بغير أجره باذن المتولى أو بغير إذنه يجب عليه أجر المثل سواء كانت بعدة الاشتغال أو لا وعليه الفتوى ، وفي الاجناس حانوت وقف صحيح احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفية وكذا الرباط إذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثاً .

ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، وفي العمينة^(١) قال تاج الشريعة «رح» مبادلة دار الوقف بدار أخرى، إنما يجوز إذا كانتا في في محلة واحدة أو تكون محلة المملوك جزء من محلة موقوفة ، وعلى عكسه لا يجوز ، وإن كانت المملوكة أكبر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة رغبات النفس فيها والله الموفق للصواب .

* * *

(١) القنيه - هامش .

تمّ الجزء السادس من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء السابع مبتدئاً بكتاب البيوع

فهرس الجزء السادس

صفحة		صفحة
٦٥	(باب اليمين في الخروج والايان	٣ ﴿ كتاب الايمان ﴾
٦٢	والركوب وغير ذلك) .	٤ تعريف بين التموس .
٦٤	الفرق بين الاييان والذهاب	٧ تعريف بين اللغو .
	والخروج .	١٤ (باب ما يكون يمينا وما لا
٦٧	من حلف لا تخرج امرأته إلا	يكون يمينا) .
	بإذنه فأذن لها مرة .	١٩ حروف القسم .
٧٣	(باب اليمين في الأكل والشرب)	٢٣ القسم بلفظ القسم أو الحلف .
٧٥	فما إذا حلف على شيء فتحول	٢٥ الحلف بغير الله .
	إلى شيء آخر .	٢٥ الحلف بالفارسية .
٧٩	من حلف لا يأكل لحما فأكل	٣١ فصل في الكفارة .
	سمكا .	٣٣ الخلاف في الترتيب والتخير في
٨٤	من حلف لا يأكل من الخنطة .	الأشياء الثلاثة .
٨٨	لو حلف لا يأكل الشواء	٣٧ من حلف على معصية .
	أو البطيخ .	٤٠ من حلف على تحريم الحلال .
٩١	على ما يقع إذا حلف لا يأكل	٤٤ من قال ان فعلت كذا فعلي
	فاكته ؟ .	حجة أو صوم سنة أو
٩٤	فيما يكون إداما وما يكون .	صدقة مال .
٩٧	في وقت الفداء والعشاء	٤٧ (باب اليمين في الدخول
	والسحور .	والسكنى) .
١٠١	فيمين حلف لا يشرب من دجلة	٥٢ إذا حلف لا يدخل الدار
	فشرب منها بائنا والخلاف بين	فخرت ثم بنيت أخرى .
	العلماء .	٥٣ من حلف لا يدخل هذه الدار
١٠٩	(باب اليمين على الكلام)	فوقف على سطحها .
١١٤	اليمين على الطلاق .	

صفحة	صفحة
١٩٠ ﴿ كتاب الحدود ﴾ .	١١٩ اليمين على العبد .
١٩٢ سؤال الإمام الشهود .	١٢٣ فصل في بيان مسائل متعلقة
١٩٨ في الاقرار على النفس وما	بالباب .
يشترط فيه .	١٢٥ في الحلف باستعمال الحين والزمان .
٢٠٢ الرجوع عن الإقرار .	١٢٩ في الحلف باستعمال الجمع
٢٠٤ فصل في كيفية الحد وإقامته .	والسنين .
٢٠٧ إن امتنع الشهود عن مباشرة	١٣٢ (باب اليمين في العتق
الحد .	والطلاق) .
٢٠٨ إذا كان مقراً ابتداء الإمام	١٣٦ من قال كل عبد بشرفي بولادة
ثم الناس .	فلانة فهو حر .
٢١٠ ماهية سوط الحد .	١٤٦ باب اليمين في البيع والشراء
٢١١ ما ينزع عن المحدود من الثياب .	والتزوج وغير ذلك) .
٢١٢ مكان الجلد .	١٤٩ إن حلف لا يضرب عبده أو لا
٢١٦ ما ينزع عن المرأة من الثياب	يذبح شاته فأمر غيره .
والحفر لها .	١٥٤ من قال هذا العبد حر إن بعته
٢١٨ الخلاف في إقامة المولى الحد	فباعه على أنه بالخيار .
على عبده .	١٥٨ (باب اليمين في الحج والصلاة
٢٢١ إحصان الرجم ، ومن يكون	والصوم) .
محصناً ؟	١٦٨ (باب اليمين في لبس الثياب
٢٢٧ الخلاف في الجمع بين الرجم	والحلي وغير ذلك) .
والجلد في المحصن .	١٧٣ (باب اليمين في القتل والضرب
٢٣٧ (باب الوطء الذي يوجب الحد	وغيره) .
والذي لا يوجب) .	١٧٩ (باب اليمين على تقاضي الدرهم) .
٢٣٩ أنواع الشبهة .	١٨٥ مسائل متفرقة .

- ٢٤٣ من نكح مطلقة المتوتة في العدة .
- ٢٤٥ الخلاف فيمن نكح مطلقة بالكناية .
- ٢٥٥ في الذي اتى امرأة في الوضع المكروه .
- ٢٥٩ الحكم للذى وطىء بهيمته .
- ٢٦١ حكم الزنا في دار الحرب أو في دار البغي .
- ٢٦٦ إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته .
- ٢٦٩ من أكرهه السلطان حق زنى ، ومن أكرهه غير السلطان .
- ٢٧١ من أقر انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني .
- ٢٧٦ (باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها) .
- ٢٨٠ الاختلاف في حد التقادم .
- ٢٨٢ شرطية وجود المدعي في السرقة .
- ٢٨٥ إن اختلف الشهود في تحديد المكان .
- ٢٩٠ الحكم فيما إذا نقص عدد الشهود عن أربعة .
- ٢٩٢ إن وجد من الأربعة من لا يعتد بشهادته .
- ٢٩٦ إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع أحد الشهود .
- ٢٩٩ على من يكون الحد إذا رجع المزكين عن تزكيتهم .
- ٣٠٩ (باب حد الشرب)
- ٣١٦ الحكم فيمن وجدت فيه رائحة الخمر أو تقيأها .
- ٣٢٠ إذا رجع المقر بشرب الخمر لم يحد .
- ٣٢٦ (باب حد القذف)
- ٣٢٨ ما ينزع من ثياب المحدود .
- ٣٢٩ ما يكون به محصناً .
- ٣٣٣ ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القذف في نسبه بقذفه .
- ٣٣٩ حق العبد وحق الشرع في القذف .
- ٣٤٠ العفو في القذف .
- ٣٤٤ من قال لغيره زناً في الجبل .
- ٣٥٣ إذا وطىء وطئاً حراماً لم يحد قاذفه .
- ٣٥٨ من قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد .

صفحة	صفحة
٤٣٣ في تكرار السرقة مع إقامة الحد .	٣٦٣ فصل في التعزير .
٤٣٦ إذا كانت أحد أطراف السارق شلاء .	٣٦٣ فيمن يعزر شاتمهم .
٤٤٢ وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم .	٣٧٠ في ضم الحبس للتعزير .
٤٤٧ إذا رد السارق السرقة على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم .	٣٧٢ ومن حده الإمام أو عزره فمات .
٤٥١ إذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه .	٣٧٤ ﴿ كتاب السرقة ﴾
٤٥٨ إذا قطع السارق والعين قائمة في يده ، أو استهلكته .	٣٧٦ فيما تعتبر به السرقة .
٤٦٥ (باب ما يحدث السارق في السرقة) .	٣٨٢ القلع بالإقرار .
٤٧١ (باب قطع الطريق)	٣٨٤ الشهادة على السرقة .
٤٧٧ في الصلب .	٣٨٧ (باب ما يقطع فيه ومالا يقطع) .
٤٨٢ إذا أراد الأولياء العفو بعد القتل .	٣٩١ ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد .
٤٨٤ إذا كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع .	٣٩٤ الخلاف في قطع سارق المصحف المحلى .
٤٨٩ ﴿ كتاب السير ﴾	٣٩٦ ولا قطع في سرقة الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد .
٤٩٣ من لا يجب عليهم الجهاد .	٤٠٠ في سرقة الكلب والفهد .
٤٩٤ في الجمل على القتال .	٤٠٤ الخلاف في قطع النباش .
	٤٠٩ من سرق عيناً فقطع ثم ردها ثم سرقها .
	٤١٢ فصل في الحرز والأخذ منه .
	٤٣١ فصل في كيفية القطع وإثباته .

صفحة	صفحة
٥٧٨ من لا يسهم لهم .	٤٩٧ (باب كيفية القتال)
٥٨٣ كيفية قسمة سهم ذى القربى .	٥٠٠ ولا يجوز قتال من لم يلقه
٥٨٦ الخلاف في سهم الرسول .	الدعوة إلى الإسلام .
٥٩١ فصل في التنفيل .	٥٠٣ الخلاف في نصب المجانيق .
٦٠٠ (باب استيلاء الكفار)	٥٠٦ الحكم في إخراج النساء
٦٠٧ في اسر العبد .	والمصاحف مع المسلمين .
٦١١ إذا ابق عبيد مسلم لمسلم فدخل	٥٠٩ الخلاف في قتل المرأة والصبي
إلى أهل الحرب .	والشيخ ومن لا يجوز قتلهم .
٦١٨ (باب المستأمن)	٥١٤ (باب الموادعة ومن يجوز
٦٢٤ فصل في بيان حكم المستأمن	أمانه) .
من أهل الحرب .	٥٢٠ فيما إذا حاصر العدو المسلمين
٦٢٧ إن دخل حربي دارنا بأمان	وطلبوا الموادعة على مال .
ثم عاد إلى دار الحرب وترك	٥٢٣ فصل في أحكام الأمان .
وديعة عند مسلم .	٥٣٣ (باب الغنائم وقسمتها)
٦٣٢ حكم أهل الحربى إذا أسلم في	٥٣٧ حكم الأسارى .
دارنا .	٥٤١ إذا اسلم الأسير في أيدي
٦٣٨ إذا قتل المستأمن خطأ .	المسلمين .
٦٤٠ (باب العشر والخراج)	٥٤٣ في مكان قسمة الغنيمة .
٦٤٣ الحكم في الأرض التي فتحت	٥٥٣ في بيع الغنائم قبل القسمة .
عنوة او اسلم أهلها .	٥٥٧ هل يسترق الذى أسلم في دار
٦٤٧ حكم أرض البصرة .	الحرب .
٦٥٢ القول في نهاية الطاقة .	٥٦٤ فصل في كيفية القسمة .
٦٥٤ إن غلب على أرض الخراج الماء	٥٦٦ الخلاف في أسهم الفارس .
او اصطلم الزرع .	٥٧٤ إذا نفق فرس الفارس في دار
	الحرب .

صفحة	صفحة
٧٥٢ ﴿كتاب اللقيط﴾	٦٥٧ جواز شراء المسلم ارض الخراج
٧٥٦ القول فيما إذا ادعى اللقيط اثنان.	من الذمي .
٧٦٥ ﴿كتاب اللقطة﴾	٦٦٢ (باب الجزية)
٧٦٩ الإشهاد على اللقطة والتعرف بها.	٦٦٧ على من تكون الجزية .
٧٧٠ في المدة التي يجوز بعدها التصرف باللقطة والخلاف فيها .	٦٧٠ ولا يسترق مشركوا العرب ولا عبدة الأوثان عندنا .
٧٧٨ في الإنفاق على اللقطة فيما به بقاؤها .	٦٧٣ عن من تسقط الجزية ؟
٧٧٣ قول الشافعي في تعريف اللقطة حتى يجيء صاحبها .	٦٨٣ فصل في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا في بيعهم وكنائسهم .
٧٨٧ انتفاع الملتقط باللقطة .	٦٨٧ ما يحظر عليهم في مظهرهم .
٧٩٢ ﴿كتاب الآبق﴾	٦٨٩ وينقض امانهم إذا سبوا النبي .
٧٩٣ الجمل لمن رد الآبق .	٦٩١ فصل في بيان احكام نصارى بني تغلب .
٨٠١ الإشهاد في أخذ الآبق لرده على صاحبه .	٦٩٧ (باب أحكام المرتدين)
٨٠٦ ﴿كتاب المفقود﴾	٦٩٨ في عرض الإسلام على المرتد قبل قتله .
٨١٧ متى يحكم بموت المفقود .	٧٠٠ كيفية توبة المرتد .
٨٢٣ ﴿كتاب الشركة﴾	٧٠٩ الخلاف في قتل المرتدة .
٨٢٥ شركة الأملاك .	٧١١ والمرتدة كسبها لورثتها .
٨٢٦ شركة العقود .	٧١٢ حكم كسب الردة .
٨٢٧ أوجه شركة العقود .	٧١٤ حكم التصرف في اموال وقت رده .
٨٢٧ تعريف شركة المفاوضة وحكمها والخلاف فيها .	٧١٧ هل يرث المرتد من مسلم ؟
	٧٣٥ (باب البغاة)

- ٨٣٥ فيما تنعقد به شركة المفاوضة .
- ٨٤٢ إن ورث أحد الشريكين مالا
تصح فيه الشركة .
- ٨٤٣ فصل فيما يصلح من الأموال
للشركة والخلاف فيه
- ٨٥١ فيما إذا اختلفا جنساً فخلطاً .
- ٨٥٢ ما يفعلان إذا أرادا الشركة
بالعروض .
- ٨٥٤ شركة العنان .
- ٨٥٦ الخلاف في التفاضل في المال .
- ٨٥٩ الخلاف في اشتراك أحدهما
بالدينير والآخر بالدرهم .
- ٨٦٠ إذا هلك مال الشركة أو أحد
المالين .
- ٨٦٤ فيما إذا اشتركا ولم يخلطوا المال .
- ٨٧٠ شركة الصنائع « التقبل »
حكما والخلاف فيها .
- ٨٧٣ ما يتقبله كل واحد منهما يلزمه
ويلزم شريكه .
- ٨٧٤ شركة الوجوه حكما والخلاف
فيها .
- ٨٧٨ فصل في الشركة الفاسدة
- ٨٨٣ فصل في استئذان أحد
الشريكين الآخر وعدمه
- ٨٨٨ ﴿ كتاب الوقف ﴾
- ٨٩١ الخلاف في بيع وهبة وتوريث
الوقف .
- ٨٩٦ كيفية زوال ملك الواقف .
- ٩٠٠ حكم وقف المشاع والخلاف فيه .
- ٩٠٣ كيف يكون تمام الوقف عند
الأئمة .
- ٩٠٥ وقف العقار والخلاف فيه .
- ٩٠٨ وقف الكراع والسلاح الخلاف فيه
- ٩٢٥ فصل في مسائل مختلفة
- ٩٣١ فيمن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً
أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة .
- ٩٣٥ فروع .