

في حيدرآباد

الكتاب

الجزء الثاني

مكتبة دار المعرفه اسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

مسئلة ١- بيع خيار الرؤية صحيح و صورته ان يقول بعثك هذا الثوب الذى فى كمى ، اوفى الصندوق فيذكر جنسه وصفته ، وبه قال مالك ، وهو احد قولى الشافعى ، قال فى القديم و فى الحديث فى الصرف و الصلح و قال فى الام و البويطى لا يصح ، و المسئلة على قولين والذى يختار و نه انه لا يصح و قال ابو حنيفة يصح ذلك وان لم يذكر الجنس مثل ان يقول بعثك مافى كمى اوفى صندوقى او مافى الجراب ، او الذى فى البصرة و ما اشبه ذلك ، فلا يفتقر عنده الى ذكر الجنس انما يفتقر الى تعيين المبيع من غيره ، دليلنا قوله تعالى: «واحل الله البيع وحرم الربوا» ، فاباح ما يتناوله اسم البيع وهذا بيع ، و ايضا روى عنهم عليهم السلام انهم سئلوا عن بيع الجرب الهروية فقالوا الاباس به ، اذا كان لها بارنامج فان وجدها كما ذكرت و الا ردھا ، و روى عن النبي ﷺ: انه قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه

مسئلة ٢- اذا ثبت هذا العقد ، فمتى رأى المشتري المبيع لم يثبت له الخيار الا ان يجده بخلاف الجنس او الصفة ، واما اذا وجده كما عين و وصف فليس له الخيار و قال الشافعى على قوله انه يصح ان له الخيار على كل حال - دليلنا ان جواز الخيار فى ذلك يحتاج الى دليل ، و العقد قد صح فمن ابطله او اجاز الخيار مطلقا فعليه الدلالة .

مسئلة ٣- اذا باع شيئا على ان يسلمه بعد شهر صح العقد ، و قال الشافعى : لا يصح . دليلنا الآية والمنع من ذلك يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤- اذا اشترى شيئاً لم يره حال العقد وكان قدراه قبل العقد صح الشراء وهو مذهب الشافعى ، وبه قال جميع الفقهاء وقال الانما طى من اصحاب الشافعى لا يصح حتى يشاهد المبيع حال العقد - دليلنا - قوله تعالى: « واحل الله البيع » وهذا بيع و المنع يحتاج الى دليل ، وايضا الاصل الاباحة .

مسئلة ٥- اذا اشترى شيئاً كان راه قبل العقد ولم يره فى حال العقد مما يجوز ان يتلف ولا يتلف صح بيعه ، فاذا وجدته كما اشتراه مضى ، وان خالفه كان بالخيار بين امضاء البيع وفسخه ، وبه قال اصحاب الشافعى ، وفيهم من قال لا يصح البيع . دليلنا - الاية ، والاصل الاباحة ، والمنع يحتاج الى دليل .

فى خيار المجلس

مسئلة ٦- البيع ينقذ بوجود الايجاب من البايع ، و القبول من المشتري لكنه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد بل يثبت لهما ولكل واحد منهما خيار الفسخ ، ماداما فى المجلس الى ان يتفرقا او يترا ضيا بالتبايع فى المجلس و روى هذا فى الصحابة عن على عليه الصلوة والسلام وعبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس وابى حريرة وابى بردة (برزة خ ل) الاسلامى وبه قال الحسن البصرى وسعيد بن المسيب والزهرى وعطاء: وفى الفقها الاوزاعى واحمد واسحاق . والشافعى وذهب طائفة الى ان البيع يلزم بمجرد العقد ولا يثبت فيه خيار المجلس بخال ذهب الىه فى التابعين شريح ، والنخعى و فى الفقهاء مالك وابو حنيفة واصحابه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضا لاصل ان لا بيع و ثبوته يحتاج الى دليل فمن ادعى ان بنفس الايجاب و القبول يلزم فعليه الدلالة و ايضا روى عن نافع عن ابن عمر ان النبى ﷺ قال للمتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا (يقترقا خ ل) الا بيع الخيار فاثبت للمتبايعين الخيار بعد تسميتهما متبايعين وكل اسم اشتق من فعل فانه يسمى به بعد وجود ذلك الفعل كالضارب والقاتل وغير ذلك وكذلك المتبايعان انما يسميان بذلك بعد وجود التبايع بينهما فالخبر يقتضى اثبات الخيار لهما فى تلك الحالة وعند المخالف انه لا يثبت .

مسئلة ٧- بيع الخيار عندنا على ثلاثة اضرب : احدها خيار المجلس وهو ان

يكون لكل واحد منهما الخيار وفسخ العقد مالم يتفرقا بالا بدان فان قال بعد انعقاد العقد احدهما لصاحبه اختر الامضاء فاذا اختار ذلك انقطع الخيار و لزم العقد و لم يفترق الى التفرق بالابدان عن المكان ، و الثانى ان بشرط حال العقد لا يثبت بينهما خيار المجلس بعد انعقاد البيع ، فاذا تعاقدوا بعد ذلك صح البيع ، ويكون على ما شرطنا . والثالث ان يشترط في حال العقد مدة معلومة يكون لهما فيها الخيار ماشاء من الزمان ثلاثا او شهرا او اكثر ، فانه ينعقد العقد ويكون لهما الخيار في تلك المدة ، الا ان يوجبه بعد ذلك على انفسهما كما قلناه في البيع المطلق ، وقال ابو حنيفة و مالك : بيع الخيار هو ما يشترط فيه الخيار فيثبت فيه خيار الشرط ، فعند ابي حنيفة ثلاثا ، وعند مالك ماتدعو الحاجة اليه ، فعندهما يبيع الخيار ما يثبت فيه الخيار ، وعند الشافعى يبيع الخيار ما قطع فيه الخيار ، واكثر اصحابه على ما اخترناه اولاً فى القسم الاول ، و فى اصحابه من قال بالقسم الثانى ايضاً ، واما الثالث فلم يقل به احد منهم . وهو ما زاد على الثالث - دليلنا قوله تعالى : « **واحل الله البيع** » وهذا يبيع فمن خصه فعليه الدلالة ، ويدل على خيار المجلس قول النبى ﷺ « **البيعان بالخيار مالم يفترقا** » (يتفرق اخلا) الا يبيع الخيار فان ثبت لهما الخيار قبل التفرق ثم استثنى بيع الخيار الذى لم يثبت فيه الخيار ، وهو ما اشرنا اليه من شرط ارتفاعه عند العقد . ويجابه وابطال الخيار بعد ثبوت العقد ، وايضاً روى عن النبى ﷺ انه قال المسلمون عند شرطهم وهذا شرط صحيح فى مدة الخيار ، ولا حصر فى الخبر للعقد ، فينبغى ان يكون جايزا بحسب الشرط ، وروى ابن عمر ان النبى ﷺ قال المتبايعان بالخيار مالم يفترقا (مالم يتفرقا خلا) ، او يكون بيعهما عن خيار ، فان كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع وهذا نص ، وروى عبد الله بن عمر ان النبى ﷺ قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا عن مكانهما فاذا تفرقا فقد وجب البيع ، وروى نافع عن ابن عمر ان النبى ﷺ قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ، او يقول احدهما لصاحبه اختر ، وروى عطاء بن ابي رباح عن ابن عباس ان النبى ﷺ قال من اشترى بيعاً فوجب له بالخيار ان شاء اخذه ، وان شاء تركه ، مالم يفارقه صاحبه ، فان فارقه فلا خيار له فان ثبت لهما الخيار بعد وجوب البيع و ابو حنيفة لا يثبت لهما الخيار ، والمذهب الذى اخترناه اجماع الصحابة لانه مروى عن

على عليه الصلوة والسلام ، وابن عباس ، وابن عمر ، وابى بردة (برزة خ ل) ، وابى هريرة ، اما على عليه الصلوة والسلام فروى عنه ان جاريته اشترت لحما ثم بدلها ، فاخذ على عليه الصلوة والسلام الدراهم فرده عليها ، و كان ابن عمر اذا اراد ان يعجب البيع مشى قليلا ثم رجع ، وعن ابن عباس مثل ذلك ، وابو بردة (برزة خ ل) قال ما ارى الا تفرقهما وابو هريرة مثل ذلك ولا يخالف لهم .

خيار الحيوان

مسئلة ٨ - يثبت في الحيوان الشرط ثلاثة ايام شرط ذلك ، اولم بشرط ، وقال : جميع الفقهاء حكم الحيوان حكم سائر المبيعات - دليلنا - اجماع الفرقة ، واخبارهم ذكرناها في الكتاب الكبير

مسئلة ٩ - السلم يدخله خيار الشرط ، وعند الشافعي لا يدخله ، - دليلنا - عموم الاخبار الواردة في جواز الشرط في العقود ، وهي عامة الا ما خرجه الدليل من الصرف

مسئلة ١٠ - الصالح اذا كان معاوضة مثل ان يقر له بعين او بدين ، ثم صالحه على ذلك لم يكن له بعد ذلك الرجوع فيه ، وقال الشافعي : هو مثل البيع يدخله خيار الشرط ، و خيار المجلس وان كان صرفاً يدخله خيار المجلس وحده - دليلنا - ما روى عنهم عليهم السلام واتفقت عليه من جواز الشرط في ذلك ومن ادعى دخول الخيار فيه فعليه الدليل وجعل ذلك بيعا يصح وجود الشرط فيه يحتاج الى دليل .

مسئلة ١١ - اذا حال بمال عليه على غيره ، فقبل المحتمل الحوالة جازان يدخلها خيار الشرط ولا خيار للمجلس (مجلس خ ل) فيه ، قال الشافعي لا يدخله خيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان - دليلنا - على جواز خيار الشرط قوله ﷺ "المؤمنون عند شروطهم ، و ما روى عنهم عليهم السلام ، من قولهم كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فانه جائز ، وهذا لا ينافيهما ، فاما خيار المجلس فانه يدخل في البيع وهذا ليس ببيع بل هو ابراء محض فمن اجراه جرى البيع ، فعليه الدلالة .

مسئلة ١٢ - الوكالة ، والعارية ، والقراض ، و الجعالة ، والوديعة ، لا خيار فيها

فى المجلس ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيها ، وقال الشافعى لا يدخلها الخياران دليلنا - على الاول الاجماع فانه لا اختلاف انه لا يدخلها خيار المجلس ، واما الثانى فعموم الاخبار الواردة فى جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة يتناول هذه المسائل ، فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة .

مسئلة ١٣ - اذا ملك الشفيع الشقص بالثمن ، وانتزع من يدى المشتري فليس له خيار المجلس ، وللشافعى فيه وجهان احدهما مثل ما قلناه ، والثانى له الخيار - دليلنا ان خيار المجلس يثبت فى البيع فعلى من الحقه بالبيع الدلالة ، والقياس عندنا لا يجوز مسئلة ١٤ - المساقات لا يدخلها خيار المجلس ويدخلها خيار الشرط ، وقال اصحاب الشافعى لا يدخلها الخياران ، وقال ابو حامد الا سفر ابنى الذى يجىء ، على قوله ان يدخلها خيار المجلس - دليلنا - على الاول اننا قد بينا ان خيار المجلس يختص بالبيع وهذا ليس ببيع فمن الحقه به فعليه الدلالة ، واما خيار الشرط فعموم الاخبار المتناولة فى جواز كل شرط لا يخالف الكتاب يتناول هذا المكان .

مسئلة ١٥ - الاجارة على ضر بين معينة وفى الذمة ؛ وكلاهما لا يدخله خيار المجلس ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه وقال الشافعى الاجارة المعينة لا يدخلها خيار الشرط قولاً واحداً ، واما خيار المجلس فعلى وجهين احدهما لا يدخلها ، والاخر يدخلها والاجارة فى الذمة فيها ثلثة اوجه فقال ابو اسحاق ، وابن خيران ، لا يدخلها الخياران وقال الاصطخرى يدخلها الخياران معا ، والمذهب انه يدخلها خيار المجلس ، دون خيار الشرط ، عكس ما قلناه ، - دليلنا - على الاول انه لا دليل عليه ، وعلى الثانى انه لا مانع يمنع منه وجواز الشرط بين المسلمين وعموم الخبر به فمن منع منه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٦ - الهبة للواهب الخيار والرجوع فيها قبل القبض وبعدها قبض الا ان يتعوض منها ، او يتصرف فيها الموهوب له ، اذ يكون الهبة لولده الصغار (١) وقال الشافعى هو بالخيار قبل الاقباض فاذا اقبض فهو مبنى على ان الهبة هل تقتضى الثواب ام لا ، فاذا

(١) تانى تانياً فى مسئلة ١١ من كتاب الهبة ولكن صرح فيها بعدم الفرق بين الصغار والكبار

قال تقتضى الثواب فعلى وجهين أحدهما يدخلها الخياران معاً والثانى لا يدخلان معاً - دليلنا اجماع الفرقة على التفصيل الذى ذكرناه واخبارهم ذكرناها فى الكتاب المقدم ذكره

مسئلة ١٧ - اذا صدقها وشرط الخيار ثلاثا وما زاد عليه فى النكاح بطل النكاح باختلاف وان شرط فى الصداق الخيار وحده كان بحسب ما يشرط ، وقال الشافعى ، ونقله المزننى عن الام فسد المهر ، وقال فى الاملاء بطل النكاح ، واختلفوا على طريقين فمنهم من قال المسئلة على اختلاف حالتين ، قوله فى الام فسد المهر اذا كان الشرط فى المهر وقوله فى الاملاء بطل النكاح اذا كان الشرط فى النكاح ، ومنهم من قال اذا كان الشرط فى المهر وحده فهل يبطل النكاح على قولين احدهما يبطل ، والاخر لا يبطل ، فاذا قال لا يبطل ففي الصداق ثلثة اوجه ، احدها يصح الشرط والصداق فيهما مثل ما قلناه ، والثانى يبطلان معاولها مهر المثل ، والثالث يبطل الشرط والصداق بحاله ، - دليلنا - ما روى عنهم عليهم السلام من قولهم ان كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جازى فمن ادعى المنع منه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٨ - الخلع على ضربين منجز وخلع بصفة ، فالمنجز قولها طلقنى طلقه بالف ، فقال طلقتك بها طلقه ، فليس له خيار المجلس فى الامتناع من قبض الالف ليكون الطلاق رجعياً ، وللشافعى فيه قولان (وجهان خل) احدهما مثل ما قلناه ، والثانى له الخيار دليلنا - انا قد بينا ان خيار المجلس يختص البيع ، واثباته فى غيره يحتاج الى دليل

مسئلة ١٩ - الخلع المعلق بصفة اما ان يكون عاجلا او آجلا ، فالعاجل ان يقول ان اعطيتنى الفافانت طالق ، والاجل ان يقول متى اعطيتنى الفافانت طالق ، وعلى الوجهين جميعاً لا يصح الخلع ولا الشرط ، وقال الشافعى العاجل على الفررفان اعطته الفادوق الطلاق ، وان لم تعطه ارتفع العقد ولا خياره ، والمؤجل فالخيار اليها فى الاعطاء والامتناع ، وهل يشبث له خيار المجلس فى رفق ما اوجبه لها على وجهين : احدهما لا خيار له وهو المذهب والثانى له خيار المجلس وليس بشىء - دليلنا - اجماع الفرقة على ان الخلع بصفة لا يقع سواء كان مبيناً بنفسه او يحتاج الى ان يتبع بطلاق ، لا يختلفون فى ذلك وعلى من اجاز ذلك الدلالة .

مسئلة ٢٠ - القسمة اذا كان فيهما راد اولم يكن فيهما رد لايدخلها خيار المجلس اذا وقعت القرعة ، وعدلت السهام ، سواء كان القاسم الحاكم ، او الشريكين ، او غيرهما ، و يدخلها خيار الشرط ، وقال الشافعي ان كان فيها رد فهو كالبيع سواء يدخلها الخياران . وان كان مما لا رد فيه فعملت السهام ووقعت القرعة ، فان كان القاسم الحاكم و وقعت القرعة فلا خيار ، وان كان القاسم الشريكين فان قال القسمة افرافلا يدخلها خيار المجلس وان قال يبيع دخله خيار المجلس ولا يدخلها خيار الشرط - دليلنا - انه لا دلالة على دخول خيار المجلس فيه ولا يمنع من دخول خيار الشرط فيه مانع وكل شرط لم يمنع منه مانع فهو جاز ، وخيار المجلس يختص بالبيع ، وهذا ليس ببيع بل هو افراف محض واما خيار الشرط فعموم الاخبار الواردة في جواز كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة .

مسئلة ٢١ - الكتابة ان كانت مشروطة لا يثبت للمولى خيار المجلس ، ولا يمنع من دخول خيار الشرط ، والعبد له الخيار لان له الفسخ او يعجز نفسه فيفسخ العقد وان كانت مطلقة فان ادى من مكاتبته شيئا فقد انعتق بحسابه ؛ ولا خيار لو احدى منهما بحال وقال الشافعي لا خيار للمسيدي الكتابة والعبد له الخيار لانه اذا امتنع كان الفسخ اليه دليلنا - انه لا دليل على ثبوت خيار المجلس للمولى ، وخيار الشرط لا مانع يمنع منه ، و عموم الاخبار في جواز الشرط دال على ذلك ايضاً

بيع الشرط

مسئلة ٢٢ - يجوز عندنا البيع بشرط ، مثل ان يقول بعتك الى شهر ؛ فان رددت على الثمن ، والا كان المبيع لي ؛ فان رد عليه وجب عليه رد الملك ، وان جازت المدة ملك بالعقد الاول ، وقال جميع الفقهاء ان ذلك باطل يبطل به العقد - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله ﷺ الشرط جاز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب ولا سنة ، وعلى من ادعى المنع منه الدلالة .

مسئلة ٢٣ السابق والرماية لا يدخلها خيار المجلس ، ولا يمنع من دخول خيار الشرط فيه وللشافعي فيه قولان احدهما انه مثل الاجارة فحكمه حكمه والثاني انه جعلالة

فحكمه حكمه (١) دليلنا على الاول انه لا دليل عليه ، وعلى الثانى عموم الاخبار فى جواز الشرط بين المسلمين والمنع منه يحتاج الى دلالة.

مسئلة ٢٤- من ابتاع شيئاً معيناً بشمن معين ولم يقبضه ولا قبض ثمنه وفارقه البايع فالمبتاع احق به ما بينه وبين ثلاثة ايام ، فان مضت ولم يحضره الثمن كان البايع بالخيار بين فسخ البيع وبين مطالبته بالثمن ، وان هلك المبيع (مدةخل) فى هذه الثلاثة كان من مال المبتاع ، وان هلك بعدها كان من مال البايع ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك ، دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم

مسئلة ٢٥- من ابتاع شيئاً بشرط الخيار ولم يسم وقتاً ولا اجلا بل اطلقه كان له الخيار ثلاثة ايام ولا خيار بعد ذلك ، وقال ابو حنيفة ان البيع فاسد ، فان اجازة فى الثلاثة جازعنده خاصة ، وان لم يجز حتى مضت الثلاثة بطل البيع ، وقال ابو يوسف ومحمد : له ان يجيز بعد الثلاثة ، وقال الشافعى (مالكخل) ان لم يجعل للخيار وقتاً جاز ، وجعل له من الخيار مثل ما يكون فى تلك الساعة (السعلةظ) وقال الحسن بن صالح بن حى : اذا لم يعين اجل الخيار كان له الخيار ابدًا - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم

فيما ينقطع به خيار المجلس

مسئلة ٢٦- اقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعداً ، وقال الشافعى يرجع فى ذلك الى العادة ، وقسم اقسامًا - دليلنا - عموم الخبر الذى يتضمن ان البيعين بالخيار مالهم يفترقا واذا مشى خطوة فقد افترقا والزائد عليه يحتاج الى الدليل

مسئلة ٢٧- اذا قال احد المتبايعين لصاحبه فى المجلس بعد العقد اختر فان اختار امضاء العقد انقطع بينهما الخيار ، وان سكنت او لم يختار كان الخيار كما كان ، وقال الشافعى يشبث فى حيز الساكت ، وفى حيز الاخر وجهان احدهما يشبث ، والاخر وهو المذهب انه ينقطع خياره وحده ، ولصاحبه الخيار - دليلنا - انا اجمعنا على ان لهما الخيار قبل هذا

(١) الضمير فى حكمه الاول راجع الى السبق والرامية وافراده باعتبار كونهما واحدا

فى الحكم وفى الثانى راجع الى الاجارة وتذكيره باعتبار العقد

القول، فمن ادعى ان خيار احدهما قد زال فعليته الدلالة .

مسئلة ٢٨- ان اشترط اقبل العقد ان لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط ولو زوم العقد ، بنفس الايجاب والقبول ، وللشافعي فيه قولان : احدهما ان ذلك لا يصح ، وعلى ذلك اكثر اصحابه ، ومنهم من قال بصحته مثل ما قلناه - دليلنا - انه لا مانع من هذا الشرط والاصل جوازه ، وعموم الاخبار في جواز الشرط يتناول هذا الموضوع .

مسئلة ٢٩- العقد يثبت بنفس الايجاب و القبول ، فان كان مطلقا فانه يلزم بالافتراق بالابدان ، وان كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط فان كان الشرط لهما او للبايع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم ، وان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع عن الملك بنفس العقد ، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول ، وللشافعي فيه ثلاثة اقوال احدها ينتقل بنفس العقد ، والثاني ينتقل بشرطين العقد وقطع الخيار والثالث مراعى ، فان تم البيع تبينا ان ملكه انتقل بنفس العقد وان فسخ تبينا ان ملكه ما زال ، سواء كان الخيار لهما ، او للبايع وحده ، او للمشتري ، وخيار الشرط فيه وخيار المجلس سواء ، فاما ابو حنيفة فلا يثبت عنده خيار المجلس ويثبت خيار الثلاث بالشرط فان كان البيع (مط) انتقل بنفس العقد ، وان كان بخيار الشرط فان كان الخيار لهما او للبايع لم ينتقل الملك عن البايع فاذا انقضى الخيار ملك المشتري و كان بعقد متقدم ، وان كان الخيار للمشتري ، وحده زال ملك البايع عن الملك بالعقد ، لكنه لم ينتقل الى المشتري فلا يكون له مالك حتى ينقضى الخيار ، فاذا انقضى ملكه المشتري الان - دليلنا - على لزومه بعد انقضاء الشرط والافتراق الاجماع ، فانه لا خلاف فيه بين العلماء ، واما الدليل على ان العقد يحصل بالايجاب والقبول قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ البيعان بالخيار ما لم يفترقا فان ثبتها بتعيين مع ثبوت الخيار لهما ، وايضا خيار المجلس وخيار الشرط انما هو لفسخ العقد فلو كان العقد لم يثبت (مانبت خل) لم يكن افسخه معنى .

مسئلة ٣ - اذا اعتق المشتري في مدة الخيار ثم انقضت مدة الخيار وتم البيع فانه ينفذ عتقه ، وبه قال ابو العباس بن سريج ، وقال باقى اصحاب الشافعي لا ينفذ ، لان ملكه ماتم - دليلنا - ما روى عنهم عليهم السلام من ان المشتري اذا تصرف في

المبيع بطل خياره ، وهذا قد تصرف فيه فينبغي ان يلزمه البيع واذا لزمه نفذ عتقه عند تمام البيع .

مسئلة ٣١ - اذا وطى المشتري فى مدة الخيار لم يكن ماثوما ، ولحق به الولد وكان حراً ، ولزم العقد من جهته وقال الشافعى لا يجوز له وطئها ، فان خالف ووطئها فلا حد عليه ، وان علقته فالنسب للاحق به والولد حر ، وفى لزوم العقد من جهته وجهان : قال الاصطخرى يكون ذلك رضا بالبيع ، وقطع الخياره مثل ما قلناه ، وعليه اكثر اصحابه وقال ابواسحاق لا يكون ذلك قطعاً لخياره بل هو باق بحاله - دليانا - اجماع الفرقة على ان المشتري متى تصرف فى المبيع بطل خياره ، واخبارهم معروفة و ذكرناه فى الكتاب المقدم ذكره وهذا قد تصرف فى المبيع .

مسئلة ٣٢ - اذا وطى المشتري الجارية فى مدة الخيار ثم مضت مدة الخيار ولزم العقد و جاءت بولد كان لاحقابه ، ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، فان فسخ البايع العقد لزمه قيمة الولد و كانت الجارية او ولده اذا انتقلت اليه فيما بعده و يلزمه لاجل الوطى عشر قيمتها ان كانت بكرا و ان كانت ثيباً نصف عشر قيمتها وقال الشافعى ان امضى البايع العقد ففى لزوم المهر و قيمة الولد اقوال ثلاثة ، فاذا قال ينتقل بولد او قال انه مراعى لا قيمة عليه ، و الامة ام ولده لا يجب عليه مهر مثل ما قلناه ، و اذا قال ينتقل بشرطين فعليه قيمة المثل والامة لا تصرف فى الحال ام ولده ، فاذا ملكها فيما بعد فعلى قولين ، قال فى الحرملة تصير ام ولده ، وقال فى الام لا تصير ام ولده ، و اما قيمة الولد فالمذهب ان عليه قيمته ، وفى اصحابه من قال لا قيمة عليه ، وان اختار البايع الفسخ ، فان قال مراعى او ثبت بشرطين فعلى المشتري المهر ولا تصير ام ولده فان ملكها فيما بعد فعلى قولين و عليه قيمة الولد قول واحد ، مثل ما قلناه و اذا قال ينتقل بنفس العقد فعلى قول ابى العباس لا مهر عليه ، وهى ام لده ، ولا يجب عليه قيمة الولد ، وعلى قول الشافعى عليه المهر و لا تصير ام ولده فى الحال ، فان ملكها فيما بعد تصير ام ولده قول واحد - دليانا - على انه لا يلزمه مع نفوذ البيع و تمامة القيمة و المهران الاصل برائة الذمة و ايجاب ذلك يحتاج الى دليل ، و امامع الفسخ فالدليل على

وجوب ما قلناه من قيمة الولد والمهر ، اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط

مسئلة ٣٣ - اذا وطى المشتري فى مدة الخيار لم يبطل خيار البايع ، علم بوطيه اولم يعلم ، وبه قال الشافعى واصحابه ، وفى اصحابه من قال اذا وطى بعلمه بطل اختياره دليلنا - انا قد اتفقنا على ان له الخيار فمن ابطله فعليه الدلالة ولادليل على ذلك .

مسئلة ٣٤ - خيار المجلس يورث اذا مات المتبايعان او احدهما وكذلك خيار الشرط ويقوم الوارث مقام من مات منهما ، فان كان احد المتبايعين مكاتباً قام سيده مقامه ، وبه قال الشافعى فى خيار الشرط ، وقال فى خيار المجلس ان كان البايع مكاتباً فقد وجب البيع ولاصحابه فيه ثلاثة طرق ، منهم من قال ينقطع الخيار ، ويلزم البيع بموت المكاتب ، ولا يلزم بموت الحر - دليلنا - انه اذا كان الخيار حقاً للمشتري جرى مجرى سائر الحقوق التى تورث بظاهر التنزيل ، فمن منع من شىء ، منها فعليه الدلالة .

مسئلة ٣٥ - اذا اكره المتبايعان او احدهما على التفرق بالابدان على وجه يتمكنان من الفسخ والتخاير فلم يفعلا بطل خيارهما ، واخيار من تمكن من ذلك ، والشافعى فيه وجهان فقال ابو اسحاق مثل ما قلناه ، وقال غيره لا ينقطع الخيار دليلنا انه اذا كان متمكناً من الامضاء والفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق بالابدان دل على الرضا بالامضاء ،

مسئلة ٣٦ - خيار الثلاث موروث سواء كان لهما او لاحدهما ، ويقوم الوارث مقامه ولا ينقطع الخيار بوفاته وكذلك اذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة قام وارثه مقامه وهكذا فى خيار الوصية اذا وصى له بشىء ، ومات الموصى كان الخيار فى القبول اليه فان مات قام وارثه مقامه ، ولم ينقطع الخيار بوفاته ، وبه قال مالك ، والشافعى ، وقال ابو حنيفة كل هذا ينقطع بالموت ولا (والا خ ل) يقوم الوارث مقامه ، فقال فى البيع يلزم البيع بموته ولا خيار لو ارثه فيه وبه قال الثورى ، واحمد - دليلنا - ان هذا الخيار اذا كان حقاً للميت يجب ان يرثه مثل ساير الحقوق لعموم الاية (الاخبار خ ل) ومن اخرج شيئاً منها فعليه الدلالة .

مسئلة ٣٧ - اذا جن من له الخيار ، او اغمى عليه صار الخيار الى وليه ، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا ينقطع بالجنون - دليلنا - ان الجنون لا يثبت معه التكليف والاختيار الصحيح

فيجب ان لا يثبت معه الاختيار كالموت، سواء ومن ادعى ثبوته على ما كان فعلية الدلالة وايضاً قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث المجنون حتى يفارق ، يدل على انه لا حكم لاختياره وانه قد زال .

مسئلة ٣٨ - اذا ثبت ان خيار الشرط موروث فان كان قد مضى بعضه ورث الوراثة ما بقى منه اذا كان حاضراً عند موت مورثه ، فان كان غائباً فبلغه الخبر وقد مضى مدة الخيار بطل خياره ، وان بقى منه ورث ما بقى ، وللشافعي فيه وجهان: احدهما انه يبطل خياره والثاني له ما بقى من الخيار - دليلنا - انه اذا كان ذلك حقاله معيناً في ايام معينة ، فاذا مضت وجب ان يبطل الخيار فيما بعدها ، ومن اوجب فيما بعد فعلية الدلالة ، وكذلك من ابطال الخيار في جميعه وقد بقى بعضه فعلية الدلالة ، والاصل بقاء الحق فيها .

مسئلة ٣٩ - اذا كان المبيع حاملاً فان الحمل لاحكم له ، و معناه ان الثمن لا يسقط (١) عليه وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني ان له حكماً والثمن يتقسط عليهما ، كانه اشترى ناقه وفضيلها - دليلنا - ان العقد وقع على الاصل فينبغي ان يكون الثمن متعلقاً به دون الحمل الا ترى انه لو عقد على الفرع منفرداً لم يصح ، وعلى من ادعى انه يتقسط عليهما الدلالة .

مسئلة ٤٠ - من باع بشرط شيء صح البيع والشرط معاً اذا لم يناف الكتاب والسنة ، و به قال ابن شبرمة وقال ابن ابي ليلى يصح البيع ويبطل الشرط ، وقال ابو حنيفة والشافعي يبطلان معاً ، وفي هذا حكاية رواها محمد بن سليمان الذهلي قال حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال دخلت مكة فوجدت بها ثلاثة فقهاء كوفيين ، احدهم ابو حنيفة ، و ابن ابي ليلى وابن شبرمة ، فصررت الى ابي حنيفة ، فقلت ما تقول فيمن باع بيعاً و شرط شرطاً ، فقال البيع فاسد ، و الشرط فاسد ، فاتيت ابن ابي ليلى فقلت ما تقول في رجل باع بيعاً و شرط شرطاً فقال البيع جائز ، و الشرط باطل ، فاتيت ابي شبرمة فقلت ما تقول فيمن باع بيعاً و شرط شرطاً ، فقال البيع جائز و الشرط جائز ، قال فرجعت الى ابي حنيفة فقلت ان صاحبك خالفك البيع فقال لست ادري ما قال حدثني عمر و بن شعيب ، عن ابيه ، عن

(١) لا يسقط غلط ، الصحيح لا يسقط بتقدم القاف على السين

جده ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ثم اتيت ابن ابى ليلى فقلت ان صاحبك خالفك فى البيع فقال ما ادرى ما قال احدثنى هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة انها قالت لما اشترت بريرة جارتى بشرط على مواليها ان اجعل ولائها لهم اذا اعتقتها ، فجاء النبي ﷺ فقال الولاء لمن اعتق ، فاجاز البيع وافسد الشرط فاتيت ابن شبرمة ، فقلت ان صاحبك قد خالفك فى البيع ، فقال لا ادرى ما قال احدثنى مشعر بن محارب بن زياد ، عن جابر بن عبدالله ، قال ابتاع النبي ﷺ منى بغيرا بمكة ، فلما نقدنى الثمن شرطت عليه ان يحملنى على ظهره الى المدينة ، فاجاز النبي ﷺ البيع والشرط ، - دليلنا - ما روى عن النبي ﷺ انه قال المؤمنون عند شروطهم وهذا عام فى كل شرط الا ما اخرج به الدليل من شرط يخالف الكتاب والسنة .

مسئلة ٤١- اذا تبايعا مطلقاً فكان بينهما خيار المجلس ، او تبايعا بشرط الخيار فكان بينهما خيار الشرط جازان يتقابضان فى مدة الخيار ، ويكون الشرط قائماً حتى يتقطع ، وبه قال الشافعى وقال مالك يكره قبض الثمن فى مدة الخيار - دليلنا - ان الاصل جوازها ولا مانع فى الشرع بمنع منه .

مسئلة ٤٢- خيار الشرط يجوز بحسب ما يتفقان عليه من المدة وان كثر ، وبه قال ابن ابى ليلى ، وابو يوسف ، ومحمد ، وقال محمد ومالك ، يجوز بقدر الحاجة فان كان المبيع ثوباً او داراً او نحو هذا جاز يوماً ، ولا يزاد عليه وان كان قرية او مالا ينقلب الا فى مدة جاز الشهر والشهرين ، وقدر الحاجة وقال ابو حنيفة ، والشافعى ، والثورى لا تجوز الزيادة على ثلاثة ايام ، ويجوز اقل من ذلك ، - دليلنا - قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم ، وهذا عام والمنع من ذلك يحتاج الى دليل وايضاً عليه اجماع الفرقة ، واخبارهم متواترة بها ، وايضاً قوله تعالى : «واحل الله البيع وحرم الربوا» فاطلق البيع على كل حال .

مسئلة ٤٣- قد بينا ان ما زاد على الثلاث من الشرط صحيح ، وحكي لنا عن ابى حنيفة و الشافعى ، ان ما زاد عليها باطل ، قالوا فان خالفوا وشرطوا اكثر من ذلك كان البيع فاسداً عند الشافعى ، سواء اتفقا على اسقاطه فى مدة الخيار ، اولم يتفقا على ذلك ، وهكذا اذا شرطوا اجلاً مجهولاً ، كقوله بعتك الى الغيلة (العطاخل) او الى الحصاد ، او جذاذ النخل

كان فاسدا ولا يلحقه الصحة بعد هذا وبه قال زفر ، وقال ابو حنيفة وحده اذا اتفقا على اسقاط ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث صح العقد ، وان سكتا حتى مضى بعد الثلاث جزء من الزمان بطل العقد ، ولا سبيل الى اسقاطه ، وهكذا الاجل اذا اتفقا على اسقاطه صح العقد وان لم يتفقا على ذلك بطل هذه طريقة اهل العراق واصحابهم بخراسان لا يقولون (يقولون لا يقول نخل) العقد فاسد ولكنه مراعى ، فان اسقطا ما زاد على الثلاث قبل انقضاء الثلاث تبين ان العقد وقع صحيحا وان لم يتفقا على ذلك تبين انه وقع فاسدا دليلنا - على صحة المذهب ما قدمناه في المسئلة الاولى ، فاذا ثبت ذلك فهذا الفرع يسقط عنا .

مسئلة ٤٤ - مدة خيار الشرط من حين التفرق بالابدان ، لامن حين حصول العقد وللشافعي فيه وجهان ، احدهما مثل ما قلناه ، والثاني انه من حين العقد ، - دليلنا - ان الخيار يثبت بعد ثبوت العقد ، والعقد لا يثبت الا بعد التفرق ، فوجب ان يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت .

مسئلة ٤٥ - اذا ثبت انه من حين التفرق ، فشرطا انه من حين الايجاب و القبول صح ، وقال الشافعي على قوله انه من حين التفرق فشرطا من حين العقد على وجهين احدهما الايصاح ، والثاني يصح ، - دليلنا - قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم ايضا الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٦ - اذا تباعدنا عنها وشرطناه الى الليل انقطع بدخول الليل ، وان تعاقدا ليلا وشرطناه الى النهار ، انقطع بطولوع الفجر الثاني وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ان كان البيع نهارا كما قلنا ، وان كان ليلا لم ينقطع بوجود النهار ، وكان الخيار باقيا الى عند غروب الشمس ، وهكذا ان قال الى الزوال ، او الى وقت العصر اتصل الى الليل - دليلنا - ان ما قلناه متفق عليه وما ادعاه ليس عليه دليل .

مسئلة ٤٧ - اذا اختار من له الفسخ في مدة الخيار كان ذلك له ، ولم يفتقر الى حضور صاحبه وهكذا فسخه بالعيب لا يفتقر الى حضور صاحبه ، وقبل القبض وبعده سواء ، والوكيل ليس له ان يفسخ بغير حضور موكله ، وكذلك الوصى ليس له ان يعزل نفسه ، وبه (قال)

ابو يوسف ، والشافعي الاثني عشرية قالوا في الوكيل والوصي لهما ذلك بنفوسهما ، من غير حكم حاكم ، وقال ابو حنيفة ، وتجد ، اذا فسح البيع في مدة خياره لم يصح الابطحضور صاحبه واذا كان حاضراً لم يفتقر الى رضاه ، وهكذا فسحه بالعيب قبل القبض ، كالفسخ بخيار الشرط فان كان ذلك بعد القبض فلا يصح الابطراضيهما ، او حكم الحاكم ، واما الوكيل ، فلا يصح حتى يفسخ موكله ، واما الوصي فلا يملك ان يعتزل نفسه ، وانما يعزله الحاكم بالخيانة او بان يقر بالعجز فيعز له الحاكم - دليلنا - على مسئلة الخيار انه اذا ثبت الخيار ؛ فمن ادعى انه يحتاج الى حضور صاحبه ؛ فعليه الدلالة ، واما الوكيل والوصي فان وكالته ووصيته قد ثبتت ، ولادليل على ان لهما الفسخ فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٨ - اذا باع عيناً بشرط الخيار لاجنبي صح ذلك ، وقال تجد في الجامع الصغير ، قال ابو حنيفة لو قال بعتك على ان الخيار لفلان كان الخيار له ، ولفلان ، قال ابو العباس جملة الفقه في هذا انه اذا باعه وشرط الخيار لفلان نظرت ، فان جعل فلاناً وكيلاً له في الامضاء والرذصح قولاً واحداً وان اطلق الخيار لفلان او قال لفلان دوني فعلى قولين احدهما يصح على مباشره ، والثاني لا يصح وهو اختيار المزني - دليلنا - قول النبي ﷺ المؤمنون عند شروطهم ، وهذا عام في جميع المواضع ، وما روى عنهم عليهم السلام من ان شرطاً (كل شرط خل) لا يخالف الكتاب والسنة فانه يتناول هذا المواضع .

مسئلة ٤٩ - اذا ثبت ان ذلك يصح فالخيار يكون لمن شرط ، فان كان للاجنبي وحده كان له ، وان شرط لهما كان لهما ، وان اطلق للاجنبي كان له دونه ، وللشافعي فيه على قوله انه يصح ان ذلك للعاقده على وجهين ، احدهما يكون له فيكون لهما الخيار وهو قول ابي حنيفة ، والثاني يكون على ما شرطها (شرطه خ ل) ، ولا يكون للموكل شيء من هذا - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى فلوجه لاعادته .

مسئلة ٥٠ - اذا باعه بشرط ان يستأمر فلاناً فليس له الرذحتى يستأمره ، وللشافعي فيه وجهان ، احدهما هو ظاهر المذهب مثل ما قلناه والثاني له الرذمن غير استيمار - دليلنا ما قلناه في المسئلة الاولى سواء ، لان الاخبار على عمومها .

مسئلة ٥١ - اذا صح الاستيمار فليس له حداً الا ان بشرط مدة ، قلت ام كثر

وللشافعي فيه وجهان احدهما لا يصح حتى يشرط ، والثاني مثل ما قلناه من انه يمتد ذلك ابدأ - دليلنا - انه قد ثبت صحة هذا الشرط مع الاطلاق ، فتقييده بزمان مخصوص يحتاج الى دليل .

مسئلة ٥٢ - اذا باع عبدین وشرط مدة من الخيار في احدهما فان ابهم ولم يعين من باعه منهما بشرط الخيار فالبيع باطل بلا خلاف لانه مجهول وان عين فقال على ان لك الخيار في هذا العبد دون هذائبت الخيار فيما عين فيه ، وقال ابو العباس : على قولين احدهما يصح ، والاخر لا يصح ، مثل ان يجمع بين بيع : صرف ، فيقول بعثك هذا الثوب وهذا الدرهم بهذين الدينارين ، فانه على قولين - دليلنا - قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط فمن ابطله فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٣ - اذا صح هذا البيع كان لكل واحد منهما بالقسط من الثمن ، وسواء قدر ثمن كل واحد منهما فقال هذا بالف وهذا بالف ، او اطلق فقال بعثكهما بالفين وقال الشافعي الكل على قولين ، وقال ابو حنيفة : ان قدر ثمن كل واحد منهما صح ، وان اطلق بطل - دليلنا - انه اذا ثبت صحة البيع بما قدمناه ولم يتعين بالتقدير فلا بد من التقييد والادى الى بطلان العقد .

مسئلة ٥٤ - روى اصحابنا انه اذا اشترى عبداً من عبدین ، (١) على ان للمشتري ان يختار ايهما شاء انه جاز ، ولم يروا في الثوبين شيئاً ، وقال الشافعي اذا اشترى ثوباً من ثوبين على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يصح البيع ، وكذلك اذا اشترى ثوباً من ثلاثة اثواب على انه بالخيار ثلاثاً ، او ثوباً من اربعة اثواب او اكثر من ذلك لم يصح البيع ، وقال ابو حنيفة يصح ان يشتري ثوباً من ثوبين على انه بالخيار ثلاثاً ، والقياس يدل عليه ، ويجوز ان يشتري ثوباً من ثلاثة اثواب على انه بالخيار ثلاثاً و الاستحسان يدل عليه ، ولا يجوز ان يشتري ثوباً من اربعة اثواب ، والقياس يدل على انه لا يجوز وان باع بثمان من ثلاثة اثمان ، قال ابو بكر الرازي لا يحفظ ذلك عن ابي حنيفة وينبغي ان يجوز لانه لا فرق بين الثمن والمثمن - دليلنا اجماع الفرقة ، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم .

(١) تأتي ثانياً في مسئلة ٣٨ من كتاب السلم ايسطمن هذا.

مسئلة ٥٥- اذا هلك المبيع في مدة الخيار بعد القبض لم ينقطع الخيار وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ينقطع - دليلنا - ان انقطاع الخيار يحتاج الى دليل و الاصل ثبوته .

مسئلة ٥٦ - اذا قال بعنيه بالف ، فقال بعثك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت ، وقال الشافعي يصح وان لم يقل ذلك ، وقال ابو حنيفة ان كان القبول بلفظ الخبر كقوله اشتريت منك ، او ابتعت منك صح البيع ، وان كان بلفظ الامر لم يصح فاذا قال بعني فقال بعثك لم ينعقد البيع حتى يقول المشتري بعدها قبلت - دليلنا - ان ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به ، وما ادعوه لادالة على صحته و الاصل عدم العقد و من ادعى ثبوته فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٧ - اذا قال بعثك على ان تنقدي الثمن الى ثلاث ، فان نقدتني الثمن الى ثلاث ، و الا فلا يصح بيننا صح البيع ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي البيع باطل - دليلنا قول النبي ﷺ «واحل الله البيع و حرم الربوا» وهذا بيع و شرط فيجب ان يصحامعاً للاية والخبر .

مسئلة ٥٨ - اذا قال واحد لاثنين بعثكما هذا العبد بالف ، فقال احدهما قبلت نصفه بحسابه ورد الاخر لم ينعقد العقد ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي ينعقد العقد في حقه ؛ سواء قبل صاحبه او رده - دليلنا - ان قبوله غير مطابق للايجاب وان العقد يحتاج الى دلالة ، و لا دليل على ثبوت هذا العقد

مسئلة ٥٩ - اذا دفع قطعة الى البقلى او الى الشارب ، وقال اعطني بقلا او ماء فاعطاه فانه لا يكون بيعاً وكذلك ساير المحقرات ، وانما يكون اباحة له يتصرف كل واحد منهما فيما اخذه تصرفاً مباحاً من غير ان يكون ملكه ، و فائدة ذلك ان البقلى اذا اراد ان يسترجع البقل او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته ، كان لهما ذلك لان الملك لم يحصل لهما ذ و به قال الشافعي وقال ابو حنيفة : يكون بيعاً صحيحاً وان لم يوجد الايجاب والقبول ، قال ذلك في المحقرات دون غيرها - دليلنا - ان العقد حكم شرعى و لا دلالة في الشرع على وجوده هيئتها ، فيجب ان لا يشبث فاما الاستباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها .

خيار الغبن

مسئلة ٦٠ - اذا اشترى فبان له الغبن فيه ، كان له الخيار اذا كان مما لم تجر العادة بمثله الا ان يكون عالماً بذلك فيكون العقد ماضياً لارجوع له فيه وقال ابو حنيفة والشافعي معا: ليس له الخيار ؛ سواء كان الغبن قليلا او كثيراً وقال مالك: ان كان الغبن دون الثلث فلا خيار له ، وان كان الثلث فما فوقه كان له الخيار ، وبه قال ابو يوسف وزفر دليلنا - ماروى عن النبي ﷺ انه قال: لا ضرر ولا ضرار (اضرار خ ل) وهذا ضرر لانه اذا اشترى ما يساوى عشرة بمائة فان ذلك غاية الضرر ، وقول النبي ﷺ وسلم يبطله ، و ايضا روى عنه ﷺ انه نهى عن تلقي الركبان ، فمن تلقاها فصاحبها بالخيار اذا دخل السوق ، ومعلوم انه انما جعل له الخيار لاجل الغبن

مسائل الربوا

مسئلة ٦١ - بيع درهم بدرهمين ودينار بدينارين نسية لا خلاف في تحريمه ، وبيعه كذلك نقداً وموازنة رباً محرم ، وبه قال جميع الفقهاء والعلماء ، وروى مجاهد بن جبير قال سمعت ثلاثة عشر نفساً من اصحاب رسول الله ﷺ يحرمون ذلك ، وبه قال جميع التابعين وجميع الفقهاء المعروفين: وذهب اربعة انفس من الصحابة الى جواز التفاضل في الجنس نقداً فاجاز وايبيع الدرهم بدرهمين نقداً ، ذهب اليه عبدالله بن عباس ، وعبدالله ابن الزبير ، واسامة بن زيد ، وزيد بن ارقم - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين فان هذا الخلاف قد انقرض وجماع الاعصار حجة

مسئلة ٦٢ - اذا ثبت تحريم التفاضل في الجنس فالفضل بين المضروب بالمضروب والتبر بالتبر ، والمصوغ بالمصوغ ، فان التفاضل فيه نقداً ربا ، وبه قال الشافعي وابو حنيفة وقال مالك: اذا كان وزن الخلخال مائة ، وقيمنه لاجل الصيغة (الصنعة خ ل) مائة وعشرة فباعه بمائة وعشرة جاز ، ويكون المائة بالمائة والعشرة بالصيغة (بالصنعة خ ل) - دليلنا اجماع الفرقة ، و ايضا عموم الاخبار المروية عن النبي ﷺ ، مثل مارواه ابو سعيد

الخدرى ان النبى ﷺ قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل، ولا تشفوا (١) بعضها (بعضاً ل) على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق ، الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها (بعضاً ل) على بعض ولا تبيعوا غائباً (عائياً ل) منها بتأخير . (بناجز كذا فى البخارى ص ف)

مسئلة ٦٣- الرباعندنا فى كل مكيل وموزون سواء كان مطعوماً او غير مطعوم وقال داود واهل الظاهر: الربا فى الاجناس الستة ، الذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير والتمر ، والملح ، وما عدا ذلك فلا ربا فيه، وقال اهل القياس كلهم ان الربا يثبت فى غير الاجناس الستة على اختلاف بينهم ان الربا فيماذا يثبت ، - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم صريحة فى ذلك ذكرناها فى الكتاب المقدم ذكره و طريقة الاحتياط تقتضى ذلك (ما قلناه ل) فاما الاجناس الستة فلا خلاف فيها بين الامة .

مسئلة ٦٤- ما يثبت فيه الربا انما يثبت بالنص لعللة من العلل ، و اختلف اهل القياس فى علة الربا فى الدرهم والدنانير ، فقال الشافعى علة الربا فيها انها ائمان جنس وربما قالوا جنس الائمان ، وعلى القولين غير متعدية الى غيرهما ، وقال ابو حنيفة : العلة موزون جنس ، فالعلة متعدية عنده الى كل موزون كالحديد ، والصفير ، والفضة ، (البيضة ل) والقطن ، والابريسم ، وغير ذلك و اختلفوا فيما عدا الائمان فقال الشافعى فى القديم علة ذات اوصاف ثلاثة ما كول مكيل ، او موزون جنس فعلى هذا كلما يوكل مما لا يكال ولا يوزن كالقش ، والبطيخ ، والسفرجل ، والرمان ، والموز ، والبقول ، لاربا فيها لانها لا تكال ولا توزن ، وقال مالك العلة ذات اوصاف ثلاثة ما كول مقتات جنس فكل ما كول لا يقتات كالقش ، والبطيخ ، وحب الرشاد لاربا فيه لانه لا يقتات ، وقال الشافعى فى الجديد العلة ذات وصفين مطعوم جنس ، فكل ما كول ومطعوم فيه الربا سواء كان مما يكال او يوزن كالحبوب والادهان ، والمحمان ، ولا يكال ولا يوزن كالقش ، والبطيخ ، والرمان والسفرجل ، ونحو هذا فيه الربا قال ابو حنيفة العلة ذات وصفين ايضاً مكيل او موزون جنس فكل مكيل فيه الربا سواء اكل او لم يؤكل كالحبوب والادهان ، و الجص ، و

النورة ، والاشنان ، ومما يوزن ، ما اكل او لم يوه كل ، كاللحم ، و السكر ، والصفير ، و النحاس ، والقطن ، والصفوف ، و قال ربيعة : العلة ذات وصفين جنس تجب فيه الزكاة فاجرى الربا في الحبوب التي تجب فيها الزكاة وفي النعم ايضاً ، وقال ابن سيرين العلة ذات وصف واحد ، وهو الجنس فاجرى الربا في الثياب ، والحيوان ، والخشب ، و كل شىء هو جنس واحد ، وقال سعيد بن جبير ذات وصف واحد ، وهو تقارب المنفعة ، فاجرى الربا في الجنس الواحد لانفاق المنفعة ، وكل جنسين يقارب نفعهما كالتمر والزبيب ، و الجاوس ، والدهن . (الدخن خ ل) - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم و ايضاً فان هذا الخلاف بين القائلين بالقياس ، وعندنا ان القياس باطل ، فمأ هو فرع على ثبوته ساقط عنا .

مسئلة ٦٥ - اذا باع ما فيه الربا من المكيل والموزون مختلف الجنس مثل الطعام والتمر ، جاز بيع بعضه ببعض ، متماثلاً ، ومتفاضلاً ، ويجوز بيع الجنس بعضه ببعض ، متماثلاً ، يداً بيد ويكره نسبية ، فان تفرقا قبل القبض ، لم يبطل البيع ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يبطل البيع ، اذا تفرقا قبل القبض .

دليلنا - ان العقد صحيح بلا خلاف فمن ادعى بطلانه بالتفرق قبل القبض فعليه الدلالة .

مسئلة ٦٦ - الحنطة ، والشعير ، جنس واحد في باب الربوا لا يجوز بيع بعضه ببعض الامثالا بمثل ، وبه قال مالك والليث بن سعد والحكم ، وحماد ، وقال ابو حنيفة والشافعي هما جنسان يجوز بيعهما متفاضلاً يداً ولا يجوز نسبية ، وبه قال سفيان الثوري واحمد واسحاق وابو بردة ، وابو ثور ، والنخعي ، وعطاء .

دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً اجمعنا على جواز بيع بعضها ببعض متماثلاً ، ولادليل على جواز التفاضل فيها (فيهما خ ل) وايضاً قوله تعالى : « اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا » وقوله : « يمحق الله الربا » والربا هي الزيادة ، والاية على عدمها الا ما اخرجها الدليل ، وروى عن معمر بن عبد الله انه بعث غلاماً معه صاع من قمح ، فقال بعه واشتره شعيراً فجاءه بصاع وربع صاع ، فقال رده فان النبي (ص) قال الطعام بالطعام ، مثلاً بمثل ، و طعامنا

يومئذ الشعير ، فثبت ان الطعام يطلق عليهم ما فلذلك رده ، وبه قال عمر وسعد بن ابي وقاص ولا مخالف لهما .

مسئلة ٦٧- الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان، لا يجوز بيع بعضه ببعض ، نسبية متمائلا ولا متفاضلا ، ويجوز ذلك نقداً وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يجوز ذلك نقداً ونسبية وقد روى ذلك ايضاً في اخبارنا ، - دليلنا - انا اجمعنا على جواز ذلك نقداً ولا دليل على جوازه نسبية وطريقة الاحتياط تقتضى المنع منه وروى الحسن (الحسين خ ل) عن سمرة ان النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبية زروى جابر ان النبي (ص) قال الحيوان بالحيوان واحد باثنين لا بأس به نقداً ولا يجوز نسبية ولا يجوز الى اجل .

مسئلة ٦٨- بيع الحيوان بالحيوان جاز متفاضلا متمائلا نقداً سواء كانا كسيرين او صحيحين او احدهما كسير او الاخر صحيحا وبه قال الشافعي واجاز نقداً ونسبية وقال مالك اذا كانا كسيرين لا يصلحان لغير الذبح وكان مما يؤكل لحمه كالنعم ولا ينتفع به بنتاج ولا ركوب ولا يصالح لشيء غير اللحم لم يجز بيع بعضه ببعض - دليلنا - الاية وهى قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربوا » فمن خصصه فعليه الدليل .

مسئلة ٦٩ - الطين الذى يأكله الناس حرام لا يحل اكله ولا بيعه وقال الشافعي يجوز ذلك ولا ربا فيه - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال لعائشة لاتأكلينه يا حميرا فانه يصفر اللون وهذا نهى يقتضى التحريم .

مسئلة ٧٠ - الماء لاربا فيه وللشافعي فيه وجهان: احدهما فيه الربا والثانى لاربا فيه - دليلنا - انه ليس بمكيل ولا موزون فيدخل تحت الاخبار وقد بينا انه لاربا الا فيما يكال او يوزن .

مسئلة ٧١- يجوز بيع الخبز بعضه ببعض مثلاً بمثل اذا كانا من جنس واحد وان كانا مختلفى الجنس جاز متفاضلا سواء كان يابساً ولينا وقال الشافعي ان كان لينا لا يجوز بيع بعضه ببعض لامتماثلا ولا متفاضلا واما اذا جف ودق فالصحيح انه لا يجوز، ذكره فى الام ، و قال فى الحرمة يجوز - دليلنا - قوله تعالى: « واحل الله البيع وحرم الربوا » وهذا بيع فمن منع منه فعليه الدلالة .

مسئلة ٧٢- لاربا في المعدودات ويجوز بيع بعضها ببعض متماثلاً ومتفاضلاً نقداً ونسيئةً وللشافعي فيه قولان: قال في القديم مثل ما قلناه وقال في الجديد: فيه الربا اذا كان مطعوماً مثل السفرجل والرمان والبطيخ وما شبه ذلك فعلى هذا يجوز بيع جنس بجنس غيره متفاضلاً يداً بيد مثل رمانة بسفرجلتين وسفرجلة بخوختين وما شبه ذلك لان التفاضل لا يحرم في جنسين وانما يحرم النسيئة والتفرق قبل القبض واما الجنس الواحد فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلين مثل رمانة برمانتين وسفرجلة بسفرجلتين وخوخة بخوختين وبطيخة ببطيختين وهل يجوز بيع بعضه ببعض متساويين نظريه فان كان مما يبس و يبقى منفعتة يابساً مثل الخوخ والكمثرى فانه لا يجوز بيع الرطب بالرطب حتى يبس وان كان عمالاً يبس مثل القثاوما اشبه ذلك، او كان رطباً لا يصير تمراً او غنبا لا يصير زبيباً ففيه قولان: احدهما لا يجوز بيع بعضه ببعض وانما يباع بغير جنسه وهو مذهب المشهور والقول الثاني يجوز بيع بعضه ببعض - دليلنا - الاية وايضاً الاصل الاباحة والمنع منه يحتاج الى دليل وايضاً عليه اجماع الفرفة واخبارهم تدل على ذلك .

مسئلة ٧٣ - يجوز بيع الطعام بالدقيق اذا كان من جنسه مثلاً بمثل يداً بيد ولا يجوز نسيئة وان كان من غير جنسه يجوز متفاضلاً ومتماثلاً وقال الشافعي لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل ولا متفاضلاً بالوزن ولا بالكيل، وبه قال حماد بن ابي سليمان والحكم والحسن البصري . مكحول والثوري وابو حنيفة واصحابه وقال ابو الطيب بن سلامة من اصحاب الشافعي بجوازه وحكى عن الكرابيسي: انه قال: قال ابو عبدالله يجوز بيع الحنطة بدقيقها وقال (فقال خ ل) ابن الوكيل اراد بذلك الشافعي فصان ذلك قولاً آخر له وسائر اصحابه ذهبوا الى الاول وقالوا انه لم يرد به الشافعي وانما اراد به احمد او مالكان كلاهما يكنى ابا عبدالله وهما مخالفان في المسئلة وذهب مالك وابن شبرمة وزبيدة والليث بن سعد وقتادة والنخعي الى انه يجوز بيع الحنطة بدقيقها كيلا بكيلا متماثلاً وقال احمد واسحاق والاوزاعي يجوز بيع الحنطة بدقيقها وزناً بوزن ولا يجوز كيلا بكيلا (متماثلاً خ ل) وقال ابو ثور الحنطة والدقيق جنسان يجوز بيع احدهما بالآخر متماثلاً ومتفاضلاً دليلنا - ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دلالة وايضاً قوله تعالى: « واحل الله البيع »

وهذا بيع وتخصيصها يحتاج الى دليل ودلالة .

مسئلة ٧٤ - يجوز بيع الحنطة بالسويق (منه خ ل) وبالخبز وبالفالو ذق المتخذ من النشامثلا بمثل وقال الشافعى : لا يجوز ذلك ولا بيع شىء منها بالآخر - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء من الاية ودلالة الاصل وان المنع و التخصيص يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٧٥ - يجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الشعير ودقيق الشعير بدقيق الشعير مثلامثل وقال الشافعى لا يجوز وروى المزنى فى المنشور (المنشور خ ل) انه يجوز و كذلك كل جنس من المطعمومات التى فيها الربوا وقال ابو حنيفة يجوز ذلك اذا تساوى وفى اللبن والخشونة - دليلنا - قوله تعالى « واحل الله البيع » والمنع منه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٧٦ - يجوز بيع الدقيق بالسويق مثلامثلامثلا وبه قال ابو يوسف ومالك الا انهما قالوا يجوز ايضا متفاضلا وقال الشافعى لا يجوز ذلك وبه قال ابو حنيفة الامارواه ابو يوسف عنه من جوازه فى الاصول - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٧٧ - يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب مثلامثلامثلا ولا يجوز متفاضلا وبيع خل التمر بخل التمر وقال الشافعى : لا يجوز ذلك - دليلنا - قوله تعالى « واحل الله البيع » والمنع منه يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٧٨ - يجوز بيع خل الزبيب بخل العنب مثلامثلامثلا ولا يجوز متفاضلا وقال الشافعى لا يجوز ذلك - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٧٩ - يجوز بيع خل الزبيب بخل التمر متماثلامثلامثلا ومتفاضلا وقال الشافعى فيه قولان (قولين خ ل) احدهما يجوز اذا لم يعتبر الربوا فى الماء و الاخر لا يجوز اذا اعتبر الربوا فى الماء - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٨٠ - لا يجوز بيع مكيل بمكيل جزا فاسواء كان ذلك فى الحضرا وفى السفر وبه قال الشافعى و ابو حنيفة وقال مالك اذا كان المبيع فى البد (البيع فى اليد خ ل) ويجوز بيع الصبرة بالصبرة بالتخمين (بالتحرى خ ل) والحرز - دليلنا - ما روى عن النبى ﷺ انه نهى عن بيع الغر وهذا غر وما روى عن ائمتنا عليهم السلام من انه نهى عن بيع الصبرة بالصبرة

ولا يدري ما كيل هذه من كيل هذه وهذا نص .

مسئلة ٨١ - يجوز بيع الشيرج بعضه ببعض متماثلاً يدايد وبه قال جميع اصحاب الشافعي الا ابن ابي هريرة فانه منع منه - دليلنا - الاية و دلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٨٢ - يجوز بيع زيت الزيتون بزيت الفجل متفاضلاً وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه لانهما جنسان والاخر لا يجوز لانهما يجمعهما اسم زيت - دليلنا الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٨٣ - دهن البرز والسمك فيه الربا وقال الشافعي لاربا فيه وفي اصحابه من قال مثل ما قلناه - دليلنا - اجماع الفرقة على ان كل مكيل وموزون فيه الربا وهذا ما ان يكال ويوزن بحسب عادة البلاد فقد دخل تحته وطريقة الاحتياط ايضاً تقتضي المنع منه مسئلة ٨٤ - عصير العنب والسفرجل والتفاح والرمان والقصب وغير ذلك يجوز بيع جنس واحد منه بعضه ببعض مثلاً بمثل نيأ (١) كان او مطبوخاً ولا يجوز متفاضلاً وقال الشافعي : ان كان نيأ مثل ما قلناه وان كان مطبوخاً لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٨٥ - العسل الذي فيه الشمع وهو الشهد يجوز بيع بعضه ببعض مثلاً بمثل وقال الشافعي : لا يجوز ذلك سواء كان الشمع فيهما او في احدهما = دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٨٦ - العسل الذي صفى يجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً سواء صفى بالشمس او بالنار وقال الشافعي ان صفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض مثلاً بمثل وان صفى بالنار نظر فان كان قد اذيب بالنار واخذ اول ما ذاب قبل ان ينعقد اجزائه يجوز ذلك مثلاً بمثل وان ترك حتى انعقد اجزائه وثخن لم يجز بيع بعضه ببعض - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

(١) النىء بكسر النون على وزن النيع: مالم ينضج من اللحم او التمر (بالفارسية خام وناپخته)

مسئلة ٨٧ - يباع العسل بالعسل وزناً دون الكيل مثلاً بمثل وبه قال الشافعي نصاً وقال ابواسحاق المروزي: يباع كيلالان الاصل (اصله خل) الكيل - دليلنا - اناقد اجمعنا على صحة بيعه وزنا ولا دليل على جواز بيعه كيلاً وايضاً فانالو بعناه كيلاللم نأمن فيه التفاضل واذاوزناه امنا ذلك فيه وايضا المرجع في ذلك الى العادة ولم تجر العادة ببيع العسل والسمن الا بالوزن .

مسئلة ٨٨ - يجوز بيع مدمن طعام بمدمن طعام وان كان في احدهما فضل وهو عقد التبن او زوان وهو حب اصغر منه دقيق الطرفين او شيسلم (١) (شيلم خ ل) وهو معروف وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - الاية والامانع يمنع منه .

مسئلة ٨٩ - الالبان اجناس مختلفة فلبن الغنم الاهلي جنس واحد وان اختلف انواعه ولبن الغنم الوحشي وهو الظبا جنس آخر وكذلك لبن البقر الاهلي جنس واحد وان اختلفت انواعه والجوامس منها ولبن البقر الوحشي جنس آخر ولبن الابل جنس بانفراده وان اختلفت انواعه وليس في الابل وحشي زل الشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه والثاني ان الالبان كلها جنس واحد - دليلنا - على اختلاف اجناسها ان الاسم يتناول كل واحد منها ولا يتناول الاخر و لان اصول هذه الالبان اجناس مختلفة فوجب في الالبان مثله .

مسئلة ٩٠ - يجوز بيع اللبن بالزبد متمائلا ولا يجوز متفاضلا وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٩١ - يجوز بيع اللبن الحليب بالدوغ وهو المخيض مثلاً بمثل وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والامانع يمنع منه .

مسئلة ٩٢ - يجوز بيع اللبن بالجبن والمصل والاقط مثلاً بمثل وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - الاية والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٩٣ - بيع الزبد بالزبد يجوز متمائلا ولا يجوز متفاضلا وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

(١) شيسلم غلط، الصحيح شيلم: هو حب اسود يكون في الحنطة .

مسئلة ٩٤ - بيع الجبن بالجبين والاقط بالاقط والمصل بالمصل يجوز وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - ماقلناه في المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٩٥ - الجبن والاقط والسمن (والمصل خ ل) كل واحد منها بالآخر يجوز متماثلاً ولا يجوز متفاضلاً وقال الشافعي : لا يجوز بيع بعضه ببعض على حال - دليلنا الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل ، واما التفاضل فلا يناقدين ان كل موزون ومكيل ففيه الربا اذا كان الجنس واحداً وهذه جنس واحد .

مسئلة ٩٦ - بيع الزبد بالسمن مثلاً بمثل يجوز وقال الشافعي بيع بعضه ببعض لا يجوز (اصلاً خ ل) - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ٩٧ - بيع الزبد بالمخيض يجوز مثلاً بمثل ونص الشافعي على جوازه وقال اصحابه الذي يعىء على قياس مذهبه انه لا يجوز ، - دليلنا - الاية ، ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل .

فى جواز بيع جنس بجنس مثله مع الضميمة وهدم الجواز بالاضميمة شىء آخر

مسئلة ٩٨ - يجوز بيع مدمن تمر ودرهم بمدى تمر ، وبيع مدمن حنطة ودرهم بمدى حنطة ، ومدمن شعير ودرهم بمدى شعير ، وهكذا اذا كان بدل الدرهم فى هذه المسائل ثوب او خشبة ، او غير ذلك مما فيه الربا او مالا ربا فيه ، وهكذا يجوز بيع درهم و ثوب بدرهمين ، وبيع دينار و ثوب بدینارين ، وبيع دينار قاسانى و دينار برىزى بدینارين نيسابورين ، و جملته انه يجوز بيع ما يجرى فيه الربا بجنسه ومع احدهما غير مما فيه ربا اولاربا فيه ؛ وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي ان جميع ذلك لا يجوز - دليلنا - اجماع الفرقة ، واخبارهم التى ذكرناها ، وقوله تعالى : «و احل الله البيع» وقال « الا ان تكون تجارة عن تراض » وهذه الاشياء كلها يبيع وتجارة فيجب ان يكون مباحاً ، لعموم الايتين والتخصيص يحتاج الى دليل .

مسئلة ٩٩ - اذباغ شاة فى ضرعها لبن بلبن كان جايزاً ، وقال الشافعي

لايجوز لان ذلك ربا ، -دليلنا- الاية ، ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٠٠ - اذباغ شاة مذبوحة في ضرعها لبن بلبن كان جايزا وقال الشافعي لايجوز ان كان في ضرعها لبن بيعها بلبن ، وان لم يكن في ضرعها لبن كان جايزاً دليلنا- الاية ، ولامانع يمنع منه .

مسئلة ١٠١ - اذباغ شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن كان جايزاً وقال جميع اصحاب الشافعي لايجوز ، وقال ابو الطيب بن سلمة منهم بجوز -دليلنا- الاية ولامانع يمنع منه مسئلة ١٠٢ - القسمة تميز الحقين وليس ببيع ، وللشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه ، والاخر انه يبيع -دليلنا- على انه ليس ببيع ان لفظ البيع من الايجاب و القبول ليس بموجود فيه ، ولانه لاخلاف ان القرعة تستعمل في ذلك ولا تستعمل في شيء من عقود البيع ، فدل على انه ليس ببيع .

مسئلة ١٠٣- اذ اثبت انه تميز الحقين فاذا كان المال المشترك مكايلا وموزوناً مما يجرى فيه الربا ، او مما لايجرى صح بيع بعضه ببعض ، مثل الرطب ، والعنب ، وسائر الثمار ، وما اشبه ذلك ، فانه يصح القسمة فيه ، وللشافعي فيه قولان اذا قال هو تميز الحقين ، قال مثل ما قلناه ، واذا قال هو يبيع فان كان المشترك مكايلا او موزوناً لم يجز ان يقتسم ما اصله الكيل الاكايلا ولايجوز وزناً ، وما اصله الوزن لايجوز الا وزناً ولا يجوز كيلا وعلى القول الاخر يجوز القسمة كيلا وزناً ، وعلى كل حال وقال ما لايجوز يبيع بعضه ببعض مثل الرطب و العنب وسائر الثمار فان قال انه يبيع لم يجز قسمته واذا قال تميز حق جاز ذلك -دليلنا- انا قد بينا ان ذلك تميز الحقين وليس ببيع فمن منع منه انما يمنع منه لما يؤدي الى الربا وهذا لا يتم مع ارتفاع البيع .

مسئلة ١٠٤ - اذا كانت التمرة على اصولها مشتركة ، يصح قسمتها بالخرص سواء كان فيها العشر اوله يمكن ، وللشافعي فيه قولان اذا قال ان القسمة يبيع لم يجز ذلك لانه لايجوز يبيع ما على رؤس النخل بالتمر ، واذا قال تميز الحقين فان كان ممالا يجب فيه العشر لا يصح فيه القسمة ، لان الخرص لايجوز فيه وان كان مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب ، يجوز لانه يجوز فيه الخرص ليعرف مقدار حق الفقراء ، ويضمنه رب المال

دليلنا. انا قد بينا ان القسمة تميز حق فاذا ثبت ذلك فالاصل جواز القسمة و المنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ١٠٥ - لايجوز بيع الرطب بالتمر فاما بيع العنب بالزبيب او تمره رطبة بياسها مثل التين الرطب بالجاف والخوخ الرطب بالمقدد وما شبه ذلك فالانص لاصحابنا فيه والاصل جوازه لان حملها على الرطب ، قياس ونحن لانقول به وقال الشافعي ان جميع ذلك لايجوز وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والليث بن سعد ، و احمد و اسحاق ، و ابو يوسف ومجل و قال ابو حنيفة :يجوز ذلك كله و اظن ابانور معه -دليلنا- على منع بيع الرطب بالتمر اجماع الفرقة ، و اخبارهم وعلى جواز الباقي الاية ودلالة الاصل و المنع يحتاج الى دليل وحمله على الرطب قياس وهو عندنا فاسد .

مسئلة ١٠٦ - يجوز بيع الرطب ، بالرطب ، وبه قال محمد و ابو يوسف ومالك و المزني ، وقال الشافعي لايجوز ، -دليلنا- الاية ودلالة الاصل ، و المنع يحتاج الى دليل مسئلة ١٠٧ - الرطب الذى لا يصير تمر ايجوز بيع بعضه ببعض مثل الدقل و القدرى (والعمرى خ ل) وغيره وقال الشافعي لايجوز وكذلك قال فى الفواكه التى لا يمكن ادخارها ، وفى اصحابه من قال مثل ما قلنا ، -دليلنا- الاية ، و دلالة الاصل و المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٠٨ - الفجل المغروس فى الارض ، والشلجم والعجز اذا اشترى ورقه بشرط القطع او بغير شرطه او اصله بشرط القطع ، او بشرط التبقية ، فانه يجوز و قال الشافعي انه ان اشترى ورقه بشرط القطع جاز وان لم بشرط ذلك لم يصح ، واما بيع اصله فانه لا يجوز على حال ، -دليلنا- الاية ، و المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٠٩ = اذا اشترى سلعة من غيره ولم يقبضها فهلكت فى يد البايع فانها تهلك من ضمانه ، و يفسخ البيع ولا يجب على المشتري تسليم ثمنها اليه ، وبه قال ابو حنيفة ، و الشافعي الا ان اشترط ان يكون البايع لم يمكنه من التسليم ، ولم اجدهم نصا فى ذلك وقال مالك لا يفسخ البيع ، و يتلف المبيع من ضمان المشتري وعليه تسليم الثمن الى البايع ولا شىء على البايع الا ان يكون طالبه المشتري بتسليمه اليه فلم يسلمه

حتى يتلف ، فيجب عليه قيمته للمشتري و به قال احمد و اسحاق - دليلنا - على انه لا يلزمه الثمن انه لم يتمكن من العوض فلا يلزمه ، لانه في مقابلته فمتى لم يحصل لم يجب عليه ذلك والاصل برائة الذمة ، وعلى المسئلة اجماع الفرقة وعليها تدل اخبارهم .

مسئلة ١١٠ .. الدراهم والدنانير تتعينان بالعقد ، فاذا اشترى سلعة بدراهم او دنانير بعينها لم يجز له ان يسلم غيرها و به قال الشافعي وقال ابو حنيفة: لا يتعينان ويجوز ان يسلم غير ما وقع عليه العقد - دليلنا - ان ما وقع عليه العقد مجمع على جوازه و اقامة البديل مقامه يحتاج الى دليل او تراض وليس هيهنا واحد منهما وايضا روى عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال لا يتبعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق و لا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالمح الاسواء عيناً بعين بدأيد ؛ فقوله صلى الله عليه وآله عيناً بعين يدل على انهما يتعينان ولو كانا لا يتعينان لما كان عيناً بعين .

مسئلة ١١١ - اذا ثبت انهما يتعينان فمتى باع دراهم بدنانير او دنانيراً بدراهم ثم خرج احديهما زايفا بان يكون الدراهم رصاصا او الدنانير نحاساً كان البيع باطلا و به قال الشافعي واكثر اصحابه و قال ابو علي الطبري في الايضاح (الافصح خ ل) من اصحاب الشافعي ومن اصحابنا من قال البيع صحيح ومخير فيه ، قال ابو علي الطبري: وفيه نظر واكثر اصحابه على الاول وهو نص للشافعي - دليلنا - على بطلان العقد ان العقد وقع على شيء بعينه واذا لم يصح بطل والتخير يحتاج الى دليل ، وليس في الشرع ما يدل عليه

مسئلة ١١٢ - اذا وجد بالدراهم عيباً من جنسه مثل ان يكون فضة خشنة او ذهباً خشناً او يكون سكة مضطربة مخالفة لسكة السلطان فهو بالخيار بين ان يرده ويسترجع ثمنه وليس له بدله فان كان العيب في الجميع كان بالخيار بين رد الجميع وبين الرضا به وان كان العيب في البعض كان له رد الجميع لوجود العيب في الصفقة ، وليس له ان يرد البعض ويمسك الباقي و به قال الشافعي الا انه قال اذا وجد العيب في البعض فله ان يرد المعيب دون الصحيح وله في المسئلة قولان: احدهما مثل ما قلناه والثاني ما حكيناه واذا قال له امساكه فهل يمسكه بحصة من الثمن او بجميع الثمن فعلى قولين - دليلنا - ان العيب اذا وجد كان له رد الجميع بالاخلاف وهل له رد البعض دون الجميع يحتاج الى دليل وليس

فى الشرع ما يدل عليه ، وحمله على فريق الصفة قياس ونحن لا نقول به .

مسئلة ١١٣ - اذا باع دراهم بدراهم اودنانير بدنانير ، باعيانها فوجد بعضها عيباً من جنسها كان ذلك عيباً له رده وفسخ العقد وله الرضا به وان كان العيب من غير جنسه كان البيع باطلا وقال ابو الطيب الطبرى من اصحاب الشافعى ، الامر ان سواء عندى والبيع باطل ، فانه باع جيداً ومعيباً بجنسه فينقسم الثمن عليهما على قدر الثمن فيؤدى الى التفاضل ويكون مثل ان يبيع ديناراً جيداً وديناراً ردياً بدنانيرين - دليلنا - على صحة البيع الاية وابطاله يحتاج الى دليل ورد بها بالعيب وفسخ العقد به لا خلاف فيه

مسئلة ١١٤ - اذا باع دراهم بدنانير فى الذمة و تفرقا بعدان تقابضا ثم وجد احدهما بما صار اليه عيباً من جنسه فى الكل كان له رده واسترجاع ثمنه وكان له الرضا به وان اراد ابداله بغير معيب كان له ذلك وبه قال ابو يوسف ومحمد واحمد وهو احد قولى الشافعى وهو اختيار المزنى والقول الثانى ليس له ذلك ويبطل العقد - دليلنا - على ان له ذلك ان ذلك عيب والعيب لا يدل على بطلان العقد وانما يجب للمشتري اما الرضا به او الفسخ وان كان ذلك كذلك كان البيع صحيحاً وله الرضا والفسخ ومن حكم بطلان العقد فعليه الدلالة .

مسئلة ١١٥ - اذا باع مائة دينار جيداً ومائة دينار ردية بمائتي دينار وسط كان ذلك جازياً وقال الشافعى لا يجوز ذلك لان المائة الجيدة تاخذ من المائتين اكثر مما تأخذ الردية فيؤدى الى التفاضل كما قال فى مدى عجوة - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل ، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لا تبعوه الذهب بالذهب الا سواء بسواء وهذا باعه سواء بسواء فيجب ان يكون جازياً .

مسئلة ١١٦ - يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضة بدنانيرين صحيحين وبدنانيرين قراضة ويجوز بيع درهم صحيح و درهم مكسر بدرهمين صحيحين او مكسرين وقال الشافعى لا يجوز ذلك لمثل تعليقه فى مدى عجوة بمدى عجوة واما اذا باع دينارين جيدين او صحيحين بدنانيرين رديين او مكسرين جاز ذلك بلا خلاف بيننا وبين الشافعى لان اجزاء الدينارين الجيدتين متساوية القيمة و اجزاء الدينارين الرديين

متساوية القيمة فاذا قسم احدهما على الاخر على قدر اجزاء المقسوم اخذ كل جزء مثل ماياخذ الجزء الاخر من عوضه، فلا يؤدي الى التفاضل، - دليلنا - الاية، و دلالة الخبر المتناول في جواز بيع الذهب بالذهب سواء بسواء ولم يفصل فمن فعله الدلالة وما اعتبره ضرب من القياس وعندنا لا يجوز.

مسئلة ١١٧ - اذباغ سيفاً محلى بفضة بدرهم، او كان محلى بذهب فباعه بدنانير، وكان الثمن اكثر مما فيه من الذهب او الفضة كان ذلك جازياً، وان كان مثله او اقل منه لم يجز، وقال الشافعي: لا يجوز ذلك على كل حال، - دليلنا - على ذلك الاية ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل، ولانه اذا كان الثمن اكثر كان ما يقابله مثلاً بمثل، و الفاضل ثمن الفضل، والغلافة، مثل ما قلناه فيما تقدم.

مسئلة ١١٨ - فان باع السيف بغير جنس حليته مثل ان يكون محلى بفضة فباعه بدنانير، او يكون محلى بذهب فباعه بدرهم، كان ذلك صحيحاً على كل حال وللشافعي فيه قولان، احدهما مثل ما قلناه، والثاني لا يجوز لانه يبيع وصرف وهما عقداً مختلفان في الاحكام فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد، - دليلنا - الاية، و دلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل و عليه اجماع الفرقة واخبارهم وكذلك المسئلة الاولى.

مسئلة ١١٩ - اذباغ خاتمان فضة (مع فضة نخل) بدرهم اكثر مما فيه من الفضة كان ذلك جازياً، وقال الشافعي لا يجوز على كل حال، - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل.

مسئلة ١٢٠ - فان بيع الخاتم بذهب كان جازياً، وللشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه، والثاني انه لا يجوز لانه يبيع وصرف - دليلنا - الاية ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل.

مسئلة ١٢١ - اذا كان مع انسان دراهم صحاح يريد ان يشتري بها مكسرة اكثر منها وزناً فاشترى بالصحاح ذهباً ثم اشترى بالذهب مكسرة اكثر من الصحاح كان جازياً بعد ان يتقابلاً وبدان، ولا فرق بين ان يكون ذلك مرة او متكرراً منه

وبه قال الشافعي وقال مالك ان كان ذلك مرة جازوا وتكرر ذلك لم يجز لانه يضارع الربا،
دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل وقوله **بِإِذَا** اذا اختلف الجنس ان في بيعوا
كيف شئتم ، وهذا يبيع جنس بغيره فوجب ان يكون جازياً .

مسئلة ١٢٢ - اللحمان اجناس مختلفة وبه قال ابو حنيفة ، و للشافعي فيه قولان
احدهما مثل ما قلناه وهو اختياره ، والصحيح عند اصحابه ، والاخر انها جنس واحد
دليلنا - على انها اجناس انها لحوم اجناس من الحيوان مختلفة مثل الابل والبقر والغنم
وينفرد كل جنس منها باسم وحكم في الزكاة ولا يضم بعضها ببعض ولو كان جنساً واحداً
لضم بعضها الى بعض وذلك باطل بالاجماع .

مسئلة ١٢٣ - قد بينا ان اللحمان اجناس مختلفة والسّمك كلما يختص باسم فهو
جنس مخالف للجنس الاخر ، و على قول الشافعي الذي يقول انها جنس
واحد اختلف قول اصحابه في السمك فنص الشافعي على انها من جنس ساير اللحوم لان
اسم اللحم يجمعها ، وبه قال ابو اسحاق في الشرح ، و ابو حامد المرزى في جامعه وقال
ابو علي الطبري في الافصاح ، من قال ان اللحمان صنف واحد استثنى الحيتان منها لان
لها اسماً اخص من اللحم وهو السمك فيكون الحيتان على هذا القول جنساً واحداً ، و
تكون مثل الالبان جنساً واحداً ولا يدخل في اللحمان وهو اختيار ابي حامد الاسفرايني
في التعليق وهو قوى لما ذكره من تناول اسم له - دليلنا ما قلناه اولاً في المسئلة الاولى
سواء فلا معنى لاعادته .

مسئلة ١٢٤ - يبيع اللحم صنف منه بعضه ببعض جازي مثل ما مثل : سواء كان رطباً
او يابساً ولا يجوز ان يباع الرطب باليابس ، وقال اصحاب الشافعي : اذا قلنا ان اللحم صنف
واحد او قلنا اصناف فباع من الصنف الواحد منها بعضه ببعض اما ان يكون في حال الرطوبة
او في حال اليابس و الجاف فان كان في حال الرطوبة فالذي نص عليه الشافعي
انه لا يجوز ، وذكر ابو العباس بن سريج ان فيه قولاً اخر انه يجوز ، قال الباقر وهذا ليس
بمشهور ، و ان كان في حال اليابس فلا يدخل ان يكون تناهى يبسه او بقيت فيه رطوبة
فان كانت بقيت فيه رطوبة ينقص باليبس فانه لا يجوز يبيع بعضه ببعض وان تناهى يبسه

فلا يخلو من احد الامرين اما ان يكون منزوع العظم ارفيه عظم فان كان منزوع العظم جازقولا واحدا وان يبيع مع العظم ، قال ابو سعيد الاصطخري يجوز ذلك وحكى عن ابي اسحاق انه لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ١٢٥ يجوز بيع لحم مطبوخ بعضه ببعض ، وبيع المشوى بعضه ببعض ، وبيع المشوى بالمطبوخ ، وبيع المطبوخ او المشوى بالنىء (١) ، وقال الشافعى كل ذلك لا يجوز و قال اذا يبس ثم اصابه الندى حتى ابتل . (يبتل خ ل) لم يبيع بعضه ببعض - دليلنا الاية ودلالة الاصل ولا مانع يمنع منه لانه يبيع

مسئلة ١٢٦ - لا يجوز بيع اللحم بالحيوان (لحم الحيوان خ ل) اذا كان من جنسه مثل لحم الشاة بالشاة ولحم بقر بقر ، وان اختلف لم يكن به بأس وبه قال فى الصحابة ابو بكر وهو مذهب مالك والشافعى والفقهآء السبعة من اهل المدينة ، الا ان للشافعى فى بيعه بغير جنسه قولين : احدهما لا يجوز لعموم الخبر ، والثانى يجوز لانه يؤمن فيه الربا ، وقال ابو حنيفة وابو يوسف : يجوز وهو اختيار المزنى ، وقال محمد بن الحسن يجوز على اعتبار اللحم الذى فى الحيوان فان كان اقل من اللحم الذى فى مقابلته يجوز فيكون مبيعا بقدره من اللحم والزيادة فى مقابلته جلد الحيوان والسواقط كما قال ابو حنيفة فى بيع الشيرج بالسمسمة والزيت بالزيتون - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وروى سعيد ابن المسيب ان النبى ﷺ نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية ، وفى بعضها انه نهى عن بيع الحى بالميت وروى هذا الحديث مسندا عن سهل بن سعد الساعدى ، من جهة الزهرى ومن جهة الحسن عن سمرة ، ومن جهة عبدالله بن عمر عن النبى ﷺ انه نهى عن بيع

اللحم بالحيوان ، وايضاً اجماع الصحابة ، وروى عن ابن عباس ان جزورا ، نحررت على عهد ابي بكر فجا رجل بعناق فقال اعطوني جزء بهذه العناق ، فقال ابو بكر لا يصلح هذا ولا يعرف له مخالف .

مسئلة ١٢٧ - اذباغ لحما مذكى بحيوان لا يؤكل لحمه مثل الحمارة والبغل والعبدللم يكن به باس ، وللشافعى فيه قولان : وكذلك اذباغ سمكة بلحم شاة او بقرة او جمل او باع حيوانا بلحم سمك لم يكن به باس ، وللشافعى فيه ايضا قولان - دليلنا

الاية ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل.

مسئلة ١٢٨ - يجوز للمسلم ان يشتري من الحر بي درهمين بدرهم ولا يجوز ان يبيعه درهمين بدرهم ، بل ينبغي ان يأخذ الفضل ولا يعطيه ، و كذلك جميع الاجناس التي فيها الربوا ، وقال الشافعي لا يجوز ذلك والربا في دار الحرب ودار الاسلام في جميع ما يجرى فيه الربا سواء ، ولا فرق فيه بين الدارين ولا فرق بين المسلمين وبين مسلم وحر بي وقال ابو حنيفة اذا باع حر بي من مسلم في دار الحرب درهمين بدرهم او قفيزين من طعام بقفيز جاز ولم يكن ذلك ربا ، وحكى عنه انه قال في رجلين اسلما في دار الحرب لم يخرجا الى دار الاسلام فتبايعا درهما بدرهمين انه يجوز ، ولا يكون ذلك ربا - دليلنا اجماع الفرقة وما روى عنهم عليهم السلام من قولهم ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا ، وروى ذلك عمرو بن جميع عن ابي عبد الله عليه السلام ، عن ابيه قال ، قال رسول الله ﷺ : ليس بيننا وبين اهل حربنا ربا ، نأخذ منهم الف درهم بدرهم ، و نأخذ منهم ولا نعطيهم وهذا نص فيما قلناه .

مسئلة ١٢٩ - من باع نخلا مطعمة فان كان قد ابر الطلعة فالثمرة للبائع ، الا ان يكون المشتري قد اشترطها ، وان لم يكن ابرها فالثمرة للمشتري الا ان يشترط البائع ان تكون له ، وبه قال الشافعي وقال ابن ابي ليلى ؛ الثمرة للمشتري سواء ابرها او لم يؤبرها وقال ابو حنيفة الثمرة للبائع سواء ابرها او لم يؤبرها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضا فان اصل النخل والثمرة للبائع قبل البيع وانتقل النخل الى ملك المشتري بالاجماع ولادليل على انتقال الثمرة وروى سالم عن ابيه عن عبد الله بن عمر ، عن النبي ﷺ وسلم انه قال من باع نخلا من بعد ان يؤبر فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع ، وهذا نص و اخبارنا في هذا المعنى قد اوردناها في الكتاب الكبير .

مسئلة ١٣٠ - اذا ابر بعض ما في البستان مثل نخلة واحدة لم يصر الباقي في حكم المؤبر ، فاذا باع نخل البستان كانت ثمرة النخلة المؤبرة للبائع ، وما لم يؤبر تكون للمشتري وقال الشافعي : اذا كانت واحدة مؤبرة صارت لجميع البائع وقال جميع اصحابه حكم جميع الثمار حكم النخل الا ان خير ان فانه قال : التأبير لا يكون الا في النخل - دليلنا - ظاهر الخبر الذي قد مناه من انه اذا باع نخلا قد ابر فثمرته للبائع ، ما لم يؤبر فللمشتري وذلك

يتناول عين المؤبرة دون غيرها ، ومالم يؤبر يتناول حكم المشتري كذلك اخبارنا
مسئلة ١٣١ - اذبايع نخلامؤبرا فقدقلنا ان الثمرة المباع، والاصل للمشتري
فاذاثبت هذا فلايجب على البايع نقل هذه الثمرة حتى يبلغ ابان الجداد (الجذاذخل)
فى العرف والعادة وكذلك اذبايع ثمرة منفردة بعدبدو والصلاح فيهاوجب على البايع تركها
حتى يبلغ او ان الجذاذ ، وبه قال الشافعى ، وقال ابوحنيفة : يلزمه قطعها و تفرغ النخل
منها ، - دليلنا- على وجوب تبقيته ان المرجع فى ذلك الى العادة ، و العادة جارية ان
الثمار لا تشتري الاعلى ان تؤخذ فى او انها ، فاما قبل او انها فان ذلك لم تجر به العادة
ولان النبى ﷺ قال لا ضرر ولا ضرار و قطعها فى غير وقتها فيه ضرر .

مسئلة ١٣٢ - اذ اقال بعتك هذه الارض ولم يقل بحقوقها ، وفيها بناء وشجر لم يدخل
فى البيع البناء والشجر وللشافعى فيه ثلاثة اقوال : احدها يدخل البناء و الشجر فى البيع
وفى الرهن ، قال لا يدخل فيه الا اذ اقال بحقوقها ، والثانى قال بعض اصحابه : لا فرق بين
البيع والرهن ولا يدخل البناء والشجر فيها الا ان يقول بحقوقها مثل قولنا ومنهم من قال
لا يدخلان فى الرهن الا ان يقول بحقوقها ، ويدخلان فى البيع بمطلق العقد - دليلنا - انه
اذا اطلق البيع فانما تناول العقد الارض دون البناء والشجر فمن قال يدخل فيه البناء والشجر فعليه
الدلالة ولا يلزم مثل ذلك اذ اقال بحقوقها ، فان ذلك مجمع عليه وهو داخل فى حقوقها
مسئلة ١٣٣ - اذبايع دارا وفيها رضى مبنية (مشبته خ ل) وغلق منصوب دخل
الرضى التحتاني والغلق فى البيع بالاخلاف ، وعندنا ان الرضى الفوقانى والمفتاح ايضا يدخلان
فيه وللشافعى فيه وجهان : احدهما مثل ما قلناه و الثانى لا يدخلان فيه لانهما منفصلان .
دليلنا - ان ذلك من حقوق الدار لانها هكذا ينتفع بالرحا وكذلك ينصب الاغلاق فيها (وهما
خل) من حقوقها .

مسئلة ١٣٤ - الماء الذى فى البئر مملوك لصاحب الدار وللشافعى فيه وجهان
احدهما مثل ما قلناه وهو اختيار ابن ابي هريرة والثانى لا يملك وهو اختيار المروزي وابى
اسحاق - دليلنا - على انه يملك انه فى ملكه وله منع الغير منه ومن التصرف فيه فدل على
انه ملكه وقولهم انه ليس بمملوك لان للمستأجر ان يستبيح الماء من غير ان يشتمل عليه

عقد الاجارة باطل لان ذلك معلوم بالعادة لان الانسان لا يوجرد اداً الاو يبيح التصرف فى ماءه افا بطل بذلك ما قالوه .

مسئلة ١٣٥ - معدن الذهب يجوز بيعه بالفضة ومعدن الفضة يجوز بيعه بالذهب وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثانى لا يجوز لانه يبيع وصرّف - دليلنا - قوله تعالى (واحل الله البيع) والاصل ايضا الاباحة والمنع من ذلك يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٣٦ - اذا باع ارضا وفيها حنطة او شعير مطلقا من غير اشتراط الزرع فالزرع للبايع ويلزم المشتري تبقيته فى الارض الى وقت الحصاد ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : يلزمه نقله وتفريغ الارض - دليلنا - ان هذا ضرار (اضرار خل) والنبي ﷺ قال لا ضرر ولا ضرار (اضرار خل) ولا يلزم مثل ذلك المشتري فان (دان خل) عليه ضررا فى التبقية فانه اشترى مع علمه بدخول هذا الضرر عليه .

مسئلة ١٣٧ - يجوز بيع الحنطة فى سنبلها منفردا من الارض ومع الارض ، وبه قال الشافعى فى التقديم وقال فى الجديد لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٣٨ - اذا باع ارضا فيها بذر مع البذر فالبيع صحيح وللشافعى واصحابه فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه والاخر انه يبطل البيع فيهما ، ولذا قول آخر وهو انه يبطل فى الارض دون البذر (١) وبأخذها بجميع الثمن لان البذر مجهول لا يمكن ان يتوسط على الثمن - دليلنا - الاية ولا مانع فى الشرع يمنع منه .

مسائل بيع الثمار

مسئلة ١٣٩ - اذا باع ثمرة منفردة عن الاصل مثل ثمرة النخل او الكرم او ساير الثمار فلا يخلو من احدا من امان ان يكون قبل بدو الصلاح او بعده فان كان قبل بدو الصلاح فلا يخلو البيع من احدا من امان ان يبيع سنتين فصاعداً او سنة واحدة فان باع سنتين فصاعداً فانه يجوز عندنا خاصة وخالف جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ودلالة الاصل يدلان عليه وان باع سنة واحدة فلا يخلو البيع من ثلاثة احوال امان يبيع بشرط

(١) يبطل فى الارض دون البذر غلط ، الصحيح يبطل فى البذر دون الارض

القطع او مطلقا او بشرط التبقية فان باع بشرط القطع في الحال جاز بالاجماع ، وان باع مطلقا او بشرط التبقية لم يصح البيع ، وبه قال الشافعي ومالك واحمد واسحاق ، وقال ابو حنيفة يجوز بشرط القطع ويجوز مطلقا ويجب عليه القطع في الحال ولا يجوز بشرط التبقية فحصل الخلاف في البيع المطلق - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها في الكتاب المذكور ، وايضاً روى عبدالله بن عمر ان النبي (ص) نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (وخل) نهى البايع والمشتري وروى ايضاً عبدالله بن عمر ان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يذهب العاهة فقبل لعبدالله بن عمر متى ذلك قال اذا طلع الشرايا ، وروى انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قيل يا رسول الله وما تزهى قال حتى تحمر وقال رسول الله (ص) ارايت اذا منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه ، وروى جابر بن عبدالله ان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تشح (تشقح خ ل) قيل و ما تشح قال تحمر وتصفر ويؤكل منها ، وروى ابو سعيد الخدري ان النبي (ص) قال : لا تباعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها قيل (قالوا خ ل) وما يبدو صلاحها قال يذهب عاهتها ويخلص طيبها ، وروى ابن عباس ان النبي (ص) نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم وروى انس بن مالك ان النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد .

مسئلة ١٤١ - اذا كانت الاصول لرجل والثمرة لآخر فباع الثمرة من صاحب الاصول فلا يصح ايضاً بيعها قبل بدو الصلاح وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) احدهما مثل ما قلناه وهو القياس عندهم ، والثاني انه يجوز . - دليلنا - عموم الاخبار وتخصيصها يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٤٢ - اذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح صح البيع سواء كان مطلقا او بشرط التبقية او بشرط القطع وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة اذا باع مطلقا جاز وا جبر على القطع واذا باع بشرط القطع جاز واذا باع بشرط التبقية لم يجز ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم والاخبار التي قدمناها من ان النبي (ص) نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها يدل على ان بعد الصلاح يجوز بيعها .

مسئلة ١٤٣ - لاعتبار بطلوع الشرايا في بدو الصلاح في الثمار بل المرعى منه

صلاحها بانفسها بالبلوغ والتلون وقال الشافعي مثل ذلك: وقال بعض الناس: ان الاعتبار بطلوع الثريا لمارواه ابن عمر - دليلنا - الاخبار التي قدمناها من تقييد جواز ذلك حتى تزهي وهي تعارض خبر ابن عمر ، ولان عندهما قلناه يجوز بيعه بلا خلاف عندهم من اجاز بيعه ولم يقد دليل على جواز بيعه عند طلوع الثريا اذا لم يبد صلاحه ، علمي ان قول ابن عمر متى (حتى خ ل) طلع الثريا ليس من قول النبي ﷺ وانما هو من قوله ولا يجب اتباع قوله .

مسئلة ١٤٤ - اذ ابدأ الصلاح في بعض الجنس جاز بيع الجميع مما في البستان من ذلك الجنس وان لم يبد صلاحه ، وكذلك اذ ابدأ صلاح بعض الثمار في بستان واحد ولم يبد صلاح نوع آخر فيه فانه يجوز بيع الجميع ، وان كان ذلك في بستانين او في بساتين فلا يجوز الا ان يبدو الصلاح في كل بستان ، اما في جميعه او في بعضه وقال الشافعي : يعتبر في بعض الثمرة وان قل حتى لو وجد في بسرة واحدة لكان الباقي من ذلك النوع في ذلك البستان تابعاً لها ، وجاز بيع الجميع من غير شرط القطع ، وهل يكون بدو الصلاح في نوع بدو الصلاح في نوع آخر من جنس واحد في بستان واحد؟ فيه وجهان احدهما انه يكون بدو الصلاح فيه ويجوز بيع الجميع ، والثاني لا يكون بدو الصلاح فيه ولا يكون نوعه تابعاً لنوع آخر وهو الصحيح عندهم ، ولا يختلف مذهبهم ان بدو الصلاح في جنس لا يكون بدو الصلاح في جنس آخر ، هذا كله في بستان واحد وما في بستانين فلا يتبع احدهما الاخر ، فاذا بدأ الصلاح في نوع من الثمرة في بستان لا يجوز بيع ذلك النوع في بستان آخر اذا لم يبد فيه الصلاح ، وقال مالك يجوز ، - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم ، وايضاً نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عام في بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، الا ما خصه الدليل .

مسئلة ١٤٥ - اذ باع من البطيخ ، والبادنجان ، والقثاء ، وما اشبه ذلك الحمل الموجود ، وما يحدث بعده من الاحمال دون الاصول كان البيع صحيحاً وبه قال مالك ، وقال الشافعي : يبطل في الجميع ، - دليلنا - قوله تعالى «واحل الله البيع» ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل ، وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ١٤٦ - يجوز بيع الباقي الاخضر فى القشر الاخضر الفوقانى ويجوز بيع الجوز واللوز ، وما شبه ذلك فى القشر الفوقانى الاخضر على الارض ، وعلى الشجر منفرداً عن الشجر ، ومع الشجر ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : كل ذلك لا يجوز ، وقال ابو العباس بن القاص ، وابو سعيد الاصطخرى من اصحابه : يجوز ذلك مثل ما قلناه ، الا انهما قالا : يجوز ذلك اذا كان رطباً ، فاذا جف ذلك القشر فلا يجوز ، - دليلنا - الاية ، ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٤٧ - يجوز بيع الحنطة فى سنبلها ، وبه قال ابو حنيفة ، ومالك والشافعى فى القديم ، وقال فى الجديد لا يجوز بيع الحنطة فى سنبلها ، - دليلنا - الاية ، ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل . وروى انس بن مالك ان النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد ولم يفصل ، وروى عبدالله بن عمر ان النبى ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبض (يبيض خل) ويأمن العاهة ، وروى عن النبى ﷺ انه نهى عن بيع الحب حتى يفرك وهو يبلغ او ان الفرك ، كما يقال احصد اذا بلغ او ان الحصاد .

مسئلة ١٤٨ - اذا باع ثمرة بستان جازان يستثنى اطلاقاً معلومة ، وبه قال مالك وقال ابو حنيفة والشافعى : لا يجوز ذلك لان الثمرة مقدارها مجهول - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل ، وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ١٤٩ - لا يجوز ان يبيع شاة ويستثنى رأسها ، او جلدها ، سواء كان ذلك فى سفر أو حضر ، وعلى كل حال ومتى باع كذلك كان شريكه بمقدار ما يستثنى منه من الثمن وقال ابو حنيفة والشافعى : لا يجوز ذلك على كل حال وقال مالك : ان كان فى حضر لا يجوز وان كان فى سفر يجوز ، - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً فاستثناء الرأس من الشاة استثناء من غير جنسه (وهو خل) غير الحقيقة فمن اجازته فعليه الدلالة .

مسئلة ١٥٠ - اذا باع ثمرة وسلمها الى المشتري ، والتسليم ان يخلى بينها وبينه ثم اصابتها جايحة فهلكت او هلك بعضها فانه لا يفسخ البيع ، وقال الشافعى فى القديم يفسخ البيع ، وقال فى الام لا يفسخ ، وذكر فى الصرف قولين : احدهما يفسخ فى التالف وهو قوله فى القديم ، والثانى لا يفسخ وهو قوله فى الام ، وبه قال ابو حنيفة وهو المشهور

من مذهب الشافعي ، وقال مالك ان كان ذلك فيما دون الثلث فهو من ضمان المشتري وان كان الثلث فصاعدا فهو من ضمان البايع ، - دليلنا - انه قد ثبت العقد فمن فسخه في جميعه اوفى بعضه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٥١- القبض في الثمرة على رأس النخل هو التخلية بينها وبين المشتري وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه، وهو قوله الجديد والثاني قوله القديم : وهو ان القبض فيها النقل مثل ان (ماخل) يكون على وجه الارض ، - دليلنا - على ما قلناه ان العادة في الشجرة انها لا تنقل ولا تحول والثمرة عمادات متصلة بها كانت بمنزلتها ، فيكون القبض فيها التخلية .

معنى بيع المحاقلة

مسئلة ١٥٢ - لا يجوز المحاقلة وهو بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واشتد بحب من جنسه ومن ذلك السنبل، وروى اصحابنا انه ان باع بحب من جنسه من غير ذلك السنبل فانه يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز بيعها بحب من جنسها على كل حال واليه ذهب قوم من اصحابنا وحكى عن مالك انه قال المحاقلة اكراء الارض لزرع بالحب - دليلنا اخبار اصحابنا واجماعهم على ان ما قلناه لا يجوز وان اختلفوا فيما عداه فالاصل فيما عداه الاباحة ، وايضاً روى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ : نهى عن المحاقلة والمزابنة ، والمحاقلة ان يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة ، و المزابنة ان يبيع التمر في رأس النخل بمائة فرق تمرًا .

معنى المزابنة

مسئلة ١٥٣- المزابنة بيع التمر على رأس الشجر بتمر موضوع على الارض وهو محرم بالاخلاف ، ومن اصحابنا من قال ان المحرم ان يبيع ما على الرأس من النخل بتمر منه فاما بتمر آخر فلا بأس به ، والخبر الذي قدمناه يدل على ذلك ، وايضاً روى نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا .

بيع العرايا

مسئلة ١٥٤ - يجوز بيع العرايا وهو جمع العربية و هو ان يكون لرجل نخلة في بستان غيره او دار فشق دخوله بالبستان ، فيشتريها منه بخرصها تمرأبتمر و يعجله له ، و به قال مالك و قال الشافعي : يجوز بيع العرايا وهو بيع التمر على رأس النخل خرصا بمثلها من التمر كيلا ، ويجوز فيما دون خمسة اوسق قولاً واحداً ، وفي خمسة اوسق على قولين . وفيما زاد على خمسة اوسق لا يجوز ؛ واختلف قوله فقيل في الام: الغنى والفقير المحتاج سواء ؛ وقال في اختلاف الاحاديث والاملاء لا يجوز للفقير ، وهو اختيار المزني وقال ابو حنيفة : لا يجوز ذلك في القليل ، والكثير وهو ربا - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وايضاً روى سهل بن ابي خثيمة (ابى خيثمة خ ل) الساعدي ان النبي ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر الا انه رخص في العرايا ان تباع بخرصها تمرأيا كلها اهلها رطباً و هذا نص وما ذكرناه في (من خ ل) تفسير العربية قول ابي عبيدة من اهل اللغة

مسئلة ١٥٥ - اذا كان لرجل نخلة عليها تمر ولاخر نخلة عليها تمر فخرصاهما تمرين فانه لا يجوز بيع احدهما بالآخرى الا ان يكونا عربتين وللشافعي فيه ثلاثة اقوال: احدها انه يجوز ذهب اليه ابن خيران ابو على والثاني ان كانا نوعاً واحداً لا يجوز ، وان كانا نوعين يجوز، ذلك حكى عن ابي اسحاق، والثالث لا يجوز بحال وانما يجوز بيعه بالتمر الموضوع على الارض كيلا حكى عن ابي سعيد الاصطخري - دليلنا - على ما قلناه عموم الاخبار في النهي عن بيع المزبنة ، وانما استثنى من جملتها العرايا .

مسئلة ١٥٦ - اذا فسرنا العرايا (العربية خ ل) بما تقدم ذكره فلا يجوز لاحدان بيع تمره بستانه نخلة نخلة بيع العربية، وقال الشافعي : يجوز ان يبيع نخلة نخلة او نخلتين اذا كان ذلك دون (بقدر خ ل) الخمسة اوساق (اوسق خ ل) - دليلنا - انا قد بينا حقيقة العربية وذلك لا يتأتى في نخل البستان كله .

مسئلة ١٥٧ - العربية لا تكون الا في النخل خاصة ، فاما الكرم وشجر الفواكه فلا عربية فيها ، ولا يمكن ان يقاس على ذلك لبطلان القياس عندنا وقال الشافعي في العنب

عربة مثل ما في النخل قولاً واحداً ، وفي سائر الأشجار له فيها قولان : أحدهما ان فيها عربة ، والثاني لاعربة فيها ، - دليلنا - انا جمعنا على ثبوت العربة في نخل ولادليل على ثبوتها في غيرها من الكرم ، والأشجار والحقا غيرها بالنخل قياس ، وذلك لا يجوز عندنا

مسائل في بيع مالهم يقبض

مسئلة ١٥٨ - يجوز بيع ماعدا الطعام قبل ان يقبض وبه قال مالك وقال الشافعي : لا يجوز بيعه قبل القبض ولا فرق بين الطعام وبين غيره وبه قال عبد الله بن عباس ، وقال احمد ابن حنبل : ان كان مكيلا او موزنا لم يجز بيعه قبل القبض ويجوز في غيرهما وبه قال الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وقال ابو حنيفة و ابو يوسف : ان كان مما ينقل ويحول لم يجز بيعه قبل القبض وان كان مما ينقل ويحول من العقار جاز بيعه قبل القبض - دليلنا - على ما قلناه ان الطعام مجمع عليه ولا دليل على ماعداه ، وظاهر الاية يقتضى جوازه ايضا قول النبي ﷺ من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه فخص الطعام بذلك ولو كان حكمه غيره حكمه لبينة .

مسئلة ١٥٩ - القبض في ماعدا العقار والارضين ، نقل المبيع الى مكان آخر وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : القبض هو التخلية في جميع الاشياء - دليلنا - انما اعتبرناه لاختلاف في انه قبض ، وما ادعوه لادليل على ثبوته قبضاً .

مسئلة ١٦٠ - يجوز بيع الصداق قبل القبض ، و يجوز بيع مال الخلع قبل قبضه وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز - دليلنا - قوله تعالى : «واحل الله البيع» ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ١٦١ - الثمن اذا كان معيناً يجوز بيعه قبل قبضه مالهم بكن صرفا وان كان في الذمة ايضا يجوز وقال الشافعي : في المعين لا يجوز قولاً واحداً ، وفيما في الذمة قولان دليلنا - الاية ، ودلالة الاصل و جواز التصرف والمنع يحتاج الى دليل ، وروى سعيد بن جبير عن ابن عمر انه قال كنت ابيع الابل بالبيع ، فابيع الدنانير و آخذ الدرهم ، و ابيع بالدرهم و آخذ الدنانير ، آخذ هذه من هذه ؟ واعطى هذه من هذه ؟ فقال رسول الله ﷺ

لابأس ان تاخذها تقترقا (تفرقا خل) وبينكما شىء .

مسئلة ١٦٢ - اذا قال لمن اسلم اليه اذهب الى من اسلمت اليه و اکتل منه الطعام لنفسك ، فذهب و اکتاله لم يصح قبضه بالاخلاف و اذا قال احضرا كتيالى منه حتى اکتاله لك فحضر معه و اکتاله لم يجز ايضاً بالاخلاف ، و ان قال احضر معى حتى اکتاله لنفسى ثم تأخذ انت من غير كيل فان رضى باکتاله لنفسه كان عندنا جازباً و لا يجوز ذلك عند الشافعى و اذا اکتاله لنفسه و يترکه و لا يفرغه و يكون ما عليه مكيبالا و احدا فکاله عليه جاز عندنا ، و للشافعى فيد و جهان ، و ان اکتاله المشتري منه و فرغه ثم کاله کيلا مستأنفا على من باع منه كان القبضان جميعا صحيحين بالاخلاف - دليلنا - على المسئلتين اجماع الفرقه و اخبارهم تدل على ان قبضه عنه صحيح ثم يحتسب لنفسه

مسئلة ١٦٣ - اذا كان لرجل على غيره قفيز طعام من جهة السلم و الذى عليه الطعام من جهة السلم له على غيره من طعام جهة القرض فجاء المسلم فطالب السلم اليه بالطعام فاحاله على من ادعاه من جهة القرض كان جازباً ، و كذلك ان كان الطعام الذى له قرضاً و الذى عليه سلمما كان جازباً و قال الشافعى فى المسئلتين : لا يجوز - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك و المنع يحتاج الى دليل ، و ايضاً فان هذه حوالة ليست بيباعاً فلا وجه للمنع منه فمن قال انه يبيع فعليه الدلالة .

مسئلة ١٦٤ - اذا كان الطعامان قرضين يجوز الحوالة بالاخلاف و ان كان سلمين يجوز ايضاً عندنا و عند الشافعى لا يجوز و فى اصحابه من قال لا يجوز ايضاً اذا كانا قرضين و هو ضعيف عندهم - دليلنا - ان الاصل جوازه و المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٦٥ - اذا انقطع المسلم فيه لم يفسخ البيع ، و يبقى فى الذمة ، و للشافعى فيه قولان : احدهما انه يفسخ السلم ، و الاخر له الخيار ان شاء رضى بتأخيره الى قابل و ان شاء فسخه - دليلنا - ان هذا عقد ثابت و فسخه يحتاج الى دليل ، و ليس فى الشرع ما يدل عليه .

مسئلة ١٦٦ - اذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة فلما حل الاجل اخذ بها طعاما جاز ذلك اذا اخذ مثله ، فان زاد عليه لم يجز ، و قال الشافعى : يجوز على القول المشهور

ولم يفصل ، وبه قال بعض اصحابنا ، وقال مالك : لا يجوز ولم يفصل ، - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، ولان ذلك يؤدى الى بيع طعام بطعام ، فالفاضل فيه لا يجوز ، والقول الاخر الذى لاصحابنا قوى لانه بيع طعام بدراهم فى الففيزين معاً ، لا يبيع طعام بطعام فلا يحتاج الى اعتبار المثلية .

مسائل التصريفة

مسئلة ١٦٧ - التصرية تدليس يثبت به الخيار للمشتري بين الرد وفسخ البيع ، و بين الامسك ، وبه قال مالك ، والليث ، وابن ابي ليلى ، والشافعى ، واحمد ، واسحاق ، و هو مذهب عبد الله بن مسعود ذكره البخارى فى صحيحه وبه قال عمر ، وابو هريرة ، وانس ابن مالك ، وقال ابو حنيفة : لا خيار له - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً روى ابو هريرة عن النبى ﷺ انه قال لا تصر والابل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو مخير النظرين بعد ان يحتلبها ان رضيتها امسكها ، وان سخطها ردها وصاعاً من تمر ، وروى محمد بن سيرين عن ابي هريرة ان النبى ﷺ قال من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة ايام ، ان شاء امسكها وان شاء ردها ، وصاعاً من تمر وفى بعضها بتمر (سمر ظ) يريد به حنطة ، وروى عبد الله بن عمر ان النبى ﷺ قال من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة ايام ، فان ردها ردها معها مثل لبنها او مثلى لبنها قمحاً .

مسئلة ١٦٨ - مدة الخيار فى المصراة ثلاثة ايام مثل مدة الخيار فى ساير الحيوان واختلف اصحاب الشافعى فيها فقال ابو اسحاق قدر الثلاثة للوقوف على التدليس ، ومعرفة عيب التصرية ، وقال ابن ابي هريرة ابو على الثلاثة اذا شرط الخيار فيه (فيها خ ل) وخيار التصرية على الفور ، ومنهم من قال اذا وقف على الخيار التصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة ، ذهب اليه ابو حامد المرزى فى جامعه ، وعليه نص الشافعى فى - استلاف ابي حنيفة و ابن ابي ليلى ، - دليلنا - اجماع الفرقة على ثبوت الخيار فى الحيوان ثلاثة ايام شرط اوله بشرط ، وقد تقدم ، وهذا داخل فى ذلك والخبر الذى روينا عن ابي هريرة وابن عمر صريح بذلك .

مسئلة ١٦٩ - عوض اللبب الذى يحلبه صاع من تمر او صاع من برعلى مانص النبى ﷺ ، واختلف اصحاب الشافعى ، فقال ابو العباس بن سريج يرد فى كل بلد من غالب قوته وقال ابو اسحاق المرزى : الصاع من التمر هو الاصل في نظر فى الحنطة ، فان كانت اعلامنه واكثر ثمناجاز ، وان كانت دونه لم يجز وان كان فى موضع لا يوجد فيه التمر وجبت قيمة الصاع من التمر بالمدينة ، وان كان فى بلد يوجد الا ان ثمنه كثير ياتى على ثمن الشاة او على اكثره قوم بقيمة المدينة ، ومنهم من قال التمر هو الواجب وان اتى على ثمن الشاة للسنة وهو الصحيح والبر الذى ثبت انه عوض عنه ، - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم ، و ايضا الاخبار التى قدمناها تضمن التمر والبر ، فمن قال غيره يقوم مقامه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٧٠ - التصرية فى البقرة مثل التصرية فى الناقة والشاة ، وبه قال الشافعى وقال داود : لا يجوز له رد البقر ، - دليلنا - اجماع الفرقة ، و ايضا خبر عبدالله بن عمر عن النبى ﷺ انه قال من اشترى محفلة فهو بالخيار ثلاثة ايام ، وذلك يتناول البقرة والناقة والشاة على حد سواء .

مسئلة ١٧١ - اذاصرى جارية و باعها لم يشبه له الخيار لمكان التصرية ، و للشافعى فيه ثلاثة اوجه : احد ها ان ذلك بمنزل التصرية فى الابل والبقر والغنم وهو الاصح عندهم ، والثانى انه يردها ولا يرد معها صاعا من تمر ، والثالث لا يردھا اصلا دليلنا - ان ثبوت ذلك عيباً فى النعم مقطوع به عليه دلالة قاطعة ولا دليل على ثبوت مثله فى الجارية فمن ادعى الجمع بينهما فعليه الدلالة .

مسئلة ١٧٢ - اذاصرى انانا فلا يثبت فيه حكم التصرية ، وقال اصحاب الشافعى لردھا ، و امارد التمر فمبنى على طهارة لبنها فقال ابو سعيد الاصطخرى : لبنها طاهر ، و قال باقى اصحابه : لبنها نجس فمن قال : طاهر رد بده صاعا من تمر ، ومن قال : نجس لا يرد شيئا - دليلنا - ان ثبوت ذلك عيباً فى النعم مجمع عليه ، ولا دليل على ثبوت ذلك عيباً فى الاتان فاما لبنها فانه طاهر عندنا وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ١٧٣ - اذا اشترى (ها خل) مصراة ثم زال تصريتها وصار اللبن عادة لجودة

المرعى لم يثبت الخيار ، وللشافعي واصحابه فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه وهو الاقوى عندهم مثل العيب اذا زال عنه ، والاخر ان الخيار لا يسقط لانه تدليس وهو ضعيف ، وعندنا ان هذا الوجه قوى لمكان الخبر - دليلنا - على ان ليس له الرد هو انه انما كان له الرد لمكان العيب فلما زال العيب زال خيار الرد لانه تابع له واذا قلنا له الرد فلمكان الخبر لانه لم يفصل بين ان نزول التصرية ، وان لا نزول .

مسائل العيب

مسئلة ١٧٤ - اذا حصل من المبيع فايذة من نتاج او ثمرة بعد القبض ثم ظهر به عيب كان فيه قبل العقد كان ذلك للمشتري ، وبه قال الشافعي وقال مالك : الولد يرد مع الام ولا يرد الثمرة مع الاصول ، وقال ابو حنيفة : يسقط رد الاصل بالعيب - دليلنا - اجماع الفرقة ، وروت عايشة ان النبي ﷺ قضى ان الخراج بالضمان ولم يفرق بين الكسب والولد والثمرة فهو على عمومه .

مسئلة ١٧٥ - اذا اشترى حيواناً حاملاً فولد في ملك المشتري بعد القبض ثم وجد به عيباً كان به قبل البيع ردها ، ورد الولد معها ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه اذا قال للولد قسط من الثمن ، والاخر لا يرد الولد لان الحمل ليس له قسط من الثمن دليلنا - ان عقد البيع قد اشتمل على جارية حامل ، والحمل داخل في الثمن فاذا اراد الرد وجب ان يرد جميع المبيع .

مسئلة ١٧٦ - اذا اشترى جارية حاملاً فولدت في ملك المشتري عبداً مملوكاً ثم وجد بالام عيباً فانه يرد الام دون الولد ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثاني له ان يردهما معاً لانه لا يجوز ان يفرق بين الام وولدها فيما دون سبع سنين والاول اصح عندهم - دليلنا - عموم قوله ﷺ الخراج بالضمان .

مسئلة ١٧٧ - من اشترى جارية فوطئها ثم علم بعد الوطئ ان به عيباً لم يكن له ردها وله الارش ، وبه قال ابو حنيفة ، وسفيان الثوري ، وهو المروى عن علي عليه الصلوة والسلام وقال الشافعي ومالك ، وابو ثور ، وعثمان : التي له ردها ولا يجب عليه مهرها ان كانت

ثيباً وان كانت بكرالم يكن لرددها وقال ابن ابي ليلى: يرددها ويرد معها مهر مثلها ، و روى ذلك عن عمر بن الخطاب - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وقد ذكرنا هافى الكتاب المقدم ذكره ، وايضاً ففبه (ففه خ ل) اجماع الصحابة لانهم بين قائلين قائل يقول بما قلناه ، والثانى يرددها ويرد معها مهر نساءها وقول الشافعى خارج عن اجماع الصحابة ، وذلك لا يجوز لانه لا يجوز احداث قول ثالث اذا اجمعوا على قولين كما لا يجوز احداث قول ثان اذا اجمعوا على قول واحد .

مسئلة ١٧٨ - اذا حدث بالمبيع عيب فى يد البايع كان للمشتري الرد والامساك وليس له اجازة البيع مع الارش ولا يجبر البايع على بذل الارش بالاخلاف فان تراضيا على الارش كان جايزاً ، وبه قال ابن سريج ، وظاهر مذهب الشافعى انه لا يجوز - دليلنا - قوله صلى الله عليه وآله الصلح جايز بين المسلمين الا ما حرم حلالا ، او حلال حراماً .

مسئلة ١٧٩ - اذا اشترى نفسان من انسان عبداً ، او جارية ، وقبضاهنم وجدا بهاعيبا كان لهما الرد بالعيب اجماعاً ، وان اراد احدهما ان يرد نصيبه ، واراد الاخر امساكه لم يكن لمن اراد الرد ان يرد نصيبه حتى يتفقا ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : له ان يرد نصيبه - دليلنا - انا اجمعنا ان لهما الخيار عند الاجتماع ، ولادليل على ان له (لهما خ ل) الرد عند الانفرد وان قلنا له الرد لعموم الاخبار لانه صلى الله عليه وآله لم يفصل كان قوياً .

مسئلة ١٨٠ - اذا اشترى (١) عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا لم يجز له ان يرد المعيب دون الصحيح وله ان يردهما ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : له ان يرد المعيب دون الاخر - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم ، وايضاً فان الصفقة اشتملت عليهما فمن اجاز التبعض فيهما فعليه الدلالة فامارد الكل فعليه اجماع الفرقة على ما قلناه .

مسئلة ١٨١ - اذا قال واحد لثنين بعتكما هذا العبد بالف فقال احدهما قبلت تصفه بخمس مائة ، ورد الاخر لم ينعقد العقد ، وبه قال ابو حنيفة : وقال الشافعى ينعقد العقد فى حقه سواء قبل صاحبه او رد - دليلنا - انه لادليل على ثبوت هذا العقد فى حصته

وقبوله غير مطابق للإيجاب فوجب ان لا يثبت العقد.

مسئلة ١٨٢ - اذا اشترى جارية راى شعرها جعداً ثم وجدته سبطالم يكن له الخيار وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : له الخيار - دليلنا - انه قد ثبت العقد ، واثبات الرد بذلك و جعله عيباً يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٨٣ - اذا ابيض وجهها بالطلا ثم اسمر او احمر خديها بالدمام وهو الكلكون ثم اصفر لم يكن له الخيار ، وقال الشافعى : له الخيار - دليلنا - ما قدمناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٨٤ - اذا اشترى جارية على انها بكر فكانت ثيباً روى اصحابنا انه ليس له الرد ، وقال الشافعى : له الرد - دليلنا - اخبارهم التى روينها ، وايضاً اثبات ذلك عيباً يرد منه يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٨٥ - اذا اشترى عبداً على انه كافر ، فخرج مسلماً لم يكن له الخيار ، و به قال المزنى ، وقال باقى اصحاب الشافعى : له الخيار - دليلنا - ان اثبات الخيار فى ذلك يحتاج الى شرع والاصل صحة العقد .

مسئلة ١٨٦ - اذا اشترى عبداً او امة فوجدهما زانين لم يكن له الخيار ، وقال الشافعى : له الخيار ، وقال ابو حنيفة فى الجارية : له الخيار ، وفى العبد لا خيار له - دليلنا ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٨٧ - اذا اشترى عبداً فوجده انجر ، او الجارية كذلك لم يكن له الخيار وقال الشافعى : له الخيار فيهما وقال ابو حنيفة : يثبت الخيار فى الجارية دون العبد - دليلنا ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٨٨ - اذا كان العبد يبول فى الفراش لا يثبت فيه الخيار ، سواء كان صغيراً او كبيراً ، وقال الشافعى : يثبت الخيار فى الكبير دون الصغير ، وقال ابو حنيفة : يثبت فى الجارية دون العبد - دليلنا - ما قلناه من انه لا دليل على ان ذلك يوجب الرد .

مسئلة ١٨٩ - اذا كان العبد غير مختون فلا خيار فيه صغيراً كان او كبيراً وقال الشافعى : يثبت الخيار فى الكبير دون الصغير ، لانه لا يخاف عليه من قطعه فاما الجارية

فلا خلاف انه لا خيار فيها - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٩٠ - اذا اشترى جارية فوجدها مغنية لم يكن له الخيار ، وبه قال الشافعى وقال مالك : له الخيار - دليلنا - ما قلناه من ان اثبات ذلك عيباً يرد به يحتاج الى دليل ، وايضاً فان العلم بالغنا ليس بمحرم وانما صنعته ، واستعماله حرام ، فلا يثبت بالعلم الرد .

مسئلة ١٩١ - اذا اشترى عبداً فقتله ثم علم انه كان به عيب كان له الرجوع بالارش وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة ليس له ذلك - دليلنا - انه اذا ثبت ان ذلك العيب مما يوجب الارش ، فمن اسقطه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٩٢ - اذا اشترى شيئاً وقبضه ثم وجد به عيباً كان عند البايع ، وحدث عنده عيب آخر لم يكن له رده الا ان يرضى البايع بان يقبله ناقصاً فيكون له رده و يكون له الارش اذا امتنع البايع من قبوله معيباً وبه قال الشافعى ، وقال ابو ثور وحماد بن ابى سليمان اذا حدث عند المشتري عيب ووجد عيباً قديماً كان عند البايع رده ، ورد معه ارش العيب وقال مالك واحمد : المشتري بالخيار بين ان يرد مع ارش العيب الحادث وبين ان يمسكه ويرجع على البايع بارش العيب القديم - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ١٩٣ - اذا اشترى رجل من غيره عبدين او ثوبين او درهمين فوجد باحدهما عيباً لم يكن له ان يرد المعيب منهما وكان بالخيار بين رد الجميع او يأخذ ارش المعيب و للشافعى فيه قولان : احدهما وهو الظاهر من مذهبه مثل ما قلناه انه ليس له رده وقال ابو حنيفة يجوز له رده وفسخ البيع فى المعيب منهما - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضا فانا اجمعنا ان له الخيار فى رد الجميع ولادليل على ان له الخيار فى رد المعيب دون غيره فمن ادعى ان له ذلك فعليه الدلالة .

مسئلة ١٩٤ - اذا اشترى عبدين ووجد بهما عيباً ثم مات احدهما لم يثبت له الخيار فى الباقي ، وكان له الارش وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثانى له رده اذا قال : بتفريق الصفقة ويرده بحصته من الثمن ، وقال بعض اهل خراسان يفسخ العقد على هذا القول فيهما جميعاً ثم يرد الباقي وقيمة التالف و يسترجع الثمن - دليلنا - انا قد بينا

انه اذا حدث عند المشتري عيب آخر لم يكن له الرد وله الارش ، والموت في احدهما من اكبر العيوب فوجب ان لا يثبت له الخيار .

مسئلة ١٩٥ - اذا اراد ان يرده المبيع بالمعيب جاز له فسخ البيع في غيبة البايع وحضرته قبل القبض وبعده وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ان كان قبل القبض يجوز له فسخه بحضوره البايع ، وفي غيبته وان كان بعد القبض فلا يجوز الا بحضوره ورضاه او بحكم الحاكم دليلنا - ان الرد اذا كان حقا للمشتري كان له رده اى وقت شاء ، ومن قال ان له ذلك فى حال دون حال فعليه الدلالة .

مسئلة ١٩٦ - اذا باع ما يكون ما كوله فى جوفه وبعد كسره مثل البيض واللوز والجوز وغير ذلك فليس للمشتري رده ، وله الارش ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً وللشافعى فيه ثلاثة اقوال على ما قاله ابواسحاق فى الشرح احدها انه لا يرده مثل ما قلناه والثانى يرده ولا يرده مع شئ ، والثالث يرده ويرده معه ارش النقص الذى حدث فى يده - دليلنا انه قد تصرف فى المبيع فليس له رده لعموم الاخبار الواردة فى ذلك

مسئلة ١٩٧ - اذا اشترى ثوباً ونشره فوجد به عيباً فان كان النشر ينقص من ثمنه مثل الشاهجانى المطوى على طاقين لم يكن له رده وقال اصحاب الشافعى ان كان مما لا يمكن الوقوف عليه الا بالنشر فعلى الخلاف الذى بينهم ، وفيهم من يسوى بين القليل والكثير وفيه الاقوال الثلاثة التى فى المسئلة الاولى - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء مسئلة ١٩٨ - اذا كان لرجل عبد فجنى فباعه مولاه بغير اذن المجنى عليه فان كانت جنائية توجب القصاص فلا يصح البيع وان كانت جنائية توجب الارش صح اذا التزم مولاه الارش وللشافعى فيه قولان : احدهما يصح بيعه و هو اختيار المزنى و ابى حنيفة ولم يفصلوا والثانى لا يصح ولم يفصل الا ان اصحاب الشافعى قالوا فيه ثلاث طرق : احدها ان فى العمد الذى يوجب القصاص وفى الخطاء الذى يوجب المال قولين فلا فرق بينهما وفيهم من قال القولان فيما يوجب المال ، واماما يوجب القصاص فلا يمنع من صحة البيع قولاً واحداً ، ومنهم من قال القولان فى العمد الذى يوجب القصاص فاماما يوجب

المال فيمنع من صحة البيع (بيعه خ ل) كما لا يمنع الرهن (١) - دليلنا - انه اذا وجب عليه القود فلا يصح بيعه ، لانه قد باع منه ، ما لا يملك لان ذلك حق للمجنى عليه واما اذا وجب عليه الارش فانه يصح بيعه لان رقبته سليمة من العيب ، والجناية ارشها فقد التزمها السيد فلا وجه يفسد البيع .

مسئلة ١٩٩ - اذ باع ذهباً بفضة ومع احدهما عرض ، مثل ان باعه دراهم و ثوباً بذهب او ذهباً و ثوباً بفضة ، فهو بيع و صرف فانهما يصحان معاً ، وبه قال ابو حنيفة وللشافعي فيه قولان : احدهما يصحان والاخر يبطلان - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٠٠ - اذ باع ثوباً و ذهباً بذهب او فضة و ثوباً بدراهم فان كان الثوب مع اقلهما وزناً صح ، وان تساوى النقدان في الوزن لم يصح ، وقال الشافعي يبطلان قولاً واحداً ، دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٢٠١ - اذ قال لعبدك بعتك عبدى هذا ، و كاتبك بالف الى نجمين فالبيع باطل بالاخلاف ، لانه لا يصح بيع عبده من عبده ، وهل تصح الكتابة فعندنا تصح وللشافعي فيه قولان بناء على تفريق الصفة - دليلنا - ما قدمناه من الاية ، ودلالة الاصل وقوله تعالى «فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً» ، وهذا كتابة والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٠٢ - اذ قال بعنى هذا الثوب و تخيطه لى بالف او قال بعنى هذه الحنطة و تطحنها بالف او بعنى هذه القلعة (٢) و تحذوها الى جميعاً بدينار فهو كالكتابة يصح جميع ذلك وللشافعي فيه قولان - دليلنا - ما قلناه في المسائل الاولى سواء و اجماع الفرقة و اخبارهم وردت بمثل هذا

مسئلة ٢٠٣ - اذ قال له زوجتك بنتى هذه و بعتك عبدها هذا جميعاً بالف فهذا بيع

(١) الظاهر زيادة حرف النهى والصحيح يمنع لما باتى في مسئلة ٢٨ من كتاب الرهن

ما حكاه من اصحاب الشافعي من التصريح ببطلان الرهن في الغطاء

(٢) القلعة على ما سمعته من بعض اهل العلم النعل ولكن لا وجه لها فيما عندي من كتب

اللغات وتعرض لهذه المسئلة ثانياً في مسئلة ٣٥ من كتاب السلم .

ونكاح فانهما يصحان ، ويقسط العوض عليهما بالحصنة ، وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني يبطلان - دليلنا - ماتقدم في المسائل الاولة سواء

مسئلة ٢٠٤ - اذا قال ابو هالز زوجها زوجتك بنتى هذه ، ولك هذا الالف بعبدك هذا فالعبد بعرضه مبيع وبعضه مهر ، فعندنا يصحان وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه ويقسط العبد على مهر المثل والالف بالحساب والاخر يبطلان - دليلنا - ماتقدم في المسئلة الاولي سواء .

مسئلة ٢٠٥ - اذا قال لرجل زوجتك بنتى هذه ولك هذا الالف معاً بهذين الالفين من عندك صح البيع ، والمهر معاً ، ويكون صرفاً ونكاحاً وقال الشافعي : يبطل قولوا واحداً وذلك انه فضة وبضع بفضة فهو كمالو باعه ثوباً وفضة بفضة - دليلنا - ما قدمناه في المسائل الاولة سواء ، ولانا بينا ان الاصل الذى بنى عليه غير صحيح عندنا .

مسئلة ٢٠٦ - اذا قال زوجتك بنتى هذه ولك هذا الالف (درهم ظ) بهذا الالف دينار كان صحيحاً ، ويكون نكاحاً وصرفاً ، مع اختلاف الجنس وللشافعي فيه قولان - دليلنا - ماتقدم في المسئلة الاولي سواء .

مسئلة ٢٠٧ - اذا ملك العبد سيده شيئاً ملك التصرف فيه ولا يملكه ، وللشافعي فيه قولان قال فى القديم يملك اذا ملكه سيده ، وبه قال مالك ، و عثمان البتي ، و داود و اهل الظاهر و زاد مالك فقال يملك وان لم يملكه سيده ، و قال فى الجديد : لا يملك ، وبه قال اكثر اهل العلم اهل العراق ، و احمد و اسحاق - دليلنا - على انه لا يملك قوله تعالى « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شئ » وفيه دليلان احدهما انه قال لا يقدر على شئ ، ونحن نعلم انه مانفى القدر على الفعل لانه قادر على الافعال ، فبقى ان يكون ارادانه لا يملكه ، الثانى انه نفى عنه القدرة على كل حال فوجب حمل الاية على عمومها الا ما اخرجه الدليل ، وايضا قوله تعالى « ضرب لكم مثلاً من انفسكم هل لكم مما مملكت ايما نكم من شركاء فيما رزقناكم فاتم فيه سواء » فنفى ان يشاركه احد فى ملكه ، وجعل الاصل العبد مع مولاه فقال اذا لم يشارك عبد احدكم مولاه فى ملكه فيساويه فكذلك لا يشاركنى احد فى ملكى فيساوينى فيه ثبت ان العبد لا يملك ابدأ ، وايضا فلو ملك العبد ادى الى ان تتناقض (لادى الى

تناقض (خ ل) الاحكام لانه اذا ملك السيد عبده ما لا واشترى العبد بذلك المال عبداً ، ثم ملكه ما لا فمضى عبد العبد الى سيد سيده ، فاشترى سيده منه فيصير كل واحد منهما عبداً لصاحبه وهذا تناقض وليس لاحدهما ان يسافر بصاحبه الا وله ان يقول بل اسافر بك فانك عبدى ، واذا افضى الى هذا بطل في نفسه ، واستدل من خالف بما روى سالم عن ابيه ان النبي ﷺ قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، الا ان يشرط المبتاع ، وروى هذا الخبر عن علي عليه الصلوة والسلام وعمر وجابر ، وعائشة وفيه دليلان : احدهما انه اضاف المال الى العبد بلام الملك فقال وله مال وحقيقته يقتضى صحة الملك والثانى قال فماله للبائع فلو لا ان هناك ما يوهم ان يكون بالبيع للعبد فيبقى على ملكه لما قال فهو للبائع ، وايضاً روى نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال من اعتق عبداً وله مال فماله للعبد الا ان يستثنيه السيد ، وروى ان سلمان كان عبداً فأتى النبي ﷺ بشيء فقال : هو صدقة فرده ، فاتاه ثانياً فقال هو هدية فقبله فلو لا انه كان يملكه لما قبله وايضاً قوله تعالى « و انكحوا الايامى منكم و الصالحين من من عبادكم و امائكم ان يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله » ، فين انه يغنيهم بعد فقر فلولم يكن يملك لما كان الامر كذلك ولما تصور فيه الغنى ، والجواب عن الاية اولاً ان معناه يغنيهم بالعتق بدليل ان من كان في يده مال للغير لا يملك منعه منه فليس بغنى وهذه صفة العبد فثبت انه اراد ما قلناه ، والجواب عن الخبر الاول ان اضافة المال الى العبد اضافة محل لا اضافة ملك او اضافة جواز التصرف فيه لاناقد اجزنا ذلك بدلالة انه اضاف المال الى العبد بعد البيع فقال من باع عبداً وله مال ، وايضاً فانه قال فماله للبائع ولا يجوز ان يكون هذا المال لكل واحد منهما ثبت انه اضاف الى العبد مجازاً ولا حقيقة ، وايضاً ذكر انه للبائع لان هناك ما يوهم لان العادة ان احداً لا يبيع عبده وعليه ثياب الا والثياب يأخذها المشتري فاراد ان يزيل هذا الظاهر لئلا يظن انه ليس للبائع اخذ ثيابه واما الحديث الثانى فانه ضعيف روى احمد من اعتق عبداً وله مال فماله لسيدة الا ان يصح حديث عبد الله بن ابي حفص ، وايضاً فقد روى انه قال فمال (مال خ ل) العبد له ، ورووا ايضاً انه قال فماله لسيدة الا ان يجعله له فعارضاً ، واما حديث سلمان ففيه جوابان . احدهما ما كان سلمان عبداً وانما كان مغلوباً على نفسه مسترقاً بغير حق ، و الدليل عليه ان النبي ﷺ قال له سلمه ان

يكاتبوك فلما فعلوا قال النبي ﷺ: استمقذوه وانما يقال هذا فيمن كان مقهوراً بغير حق و
الثاني انه لو كان مملوكاً لاحجة فيه لانه لاخلاف ان هدايا المملوك لا تقبل بغير اذن سيده
فلما قبلها النبي ﷺ ثبت انه كان باذن سيده .

مسئلة ٢٠٨ - اذا كان مع العبد مائة درهم فباعه بمائة درهم لم يصح البيع ، فان باعه بمائة
درهم ودرهم صح وبه قال ابو حنيفة ، والمشافعي فيه قولان - دليلنا - قوله تعالى «واحل
الله البيع» والمنع منه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٠٩ - اذا كان ماله ديناً فباعه وماله صح البيع وقال الشافعي: باطل لان بيع
الديون لا يصح - دليلنا - قوله تعالى: «واحل الله البيع» والمنع يحتاج الى دليل وايضاً فان
بيع الدين عندنا صحيح فما بنى عليه من الاصل غير مسلم .

مسئلة ٢١٠ - اذا باع عبده ومالاً لم علم بالعيب وما حدث به عنده عيب ولا نقص كان
له رده والمال معه وبه قال الشافعي وقال داود يرد له دون المال - دليلنا - على ان له ردهما
انه اشترى عبداً ذاملاً فلا يجوز له رد عبده بالعيب غير ذي مال لانه يرد بغير الصفة فلا
يقبل منه .

مسئلة ٢١١ - من باع شيئاً وبه عيب لم يبينه فعله محظوراً او كان للمشتري الخيار
بين امضاء العقد والرضا بالعيب وبين فسخه وبه قال الشافعي وقال داود: البيع باطل - دليلنا
الاية ودلالة الاصل وابطاله يحتاج الى دليل ، وايضاً روى ابو هريرة ان النبي ﷺ قال :
لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو مخير النظرين (بخير النظرين خل) بعد ان
يحلبيها ان رضيهما امسكها وان سخطها ردها وصاعاً من تمر فنهى عن التدليس وجعل المشتري
بالخيار بين الامساك والرد فلو كان البيع باطلاً ما جعله بالخيار فيه

مسئلة ٢١٢ - من اختلط ماله الحلال بالحرام فالشراء مكروه منه ، وليس بحرام
اذا لم يكن ذلك الحرام بعينه ، سواء كان الحرام اقل او اكثر او متساوياً وبه قال الشافعي
وقال مالك ان كان الحرام اكثر حرم كله وان كان الحلال اكثر فهو حلال - دليلنا - قوله
تعالى: «واحل الله البيع» ومن حكم بتحريم الكل فعليه الدلالة وايضاً روى النعمان بن
بشير قال سمعت رسول الله ﷺ يقول الحلال بين والحرام بين وبين ذلك امور مشتهيات

لا يدري كثير من الناس امن الحلال هي ام من الحرام فمن تركها استبرأء عرضه و دينه فقد سلم ومن واقع شيئاً منها يوشك ان يواقع الحرام كما انه من يرعى حول الحمى يوشك ان يواقعها ، الا وان لكل ملك حمى ، الا وان حمى الله محارمه .

مسئلة ٢١٣ - اذا باع عبداً او حيواناً او غيرهما من المتاع بالبراءة من العيوب صح البيع وبراءة من كل عيب ظاهر أكان او باطناً علمه او لم يعلمه وبه قال ابو حنيفة و الشافعي فيه ثلاثة اقوال : احدها مثل ما قلناه ، والثاني انه لا يبرء من عيب بحال علمه او لم يعلمه بحيوان كان او غيره وهو مذهب الاصطخري ، وبه قال احمد واسحاق ، والثالث انه لا يبرء من عيب بحال علمه او لم يعلمه الا من عيب واحد وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه البايع فاما غير هذا فلا يبرء منه سوا كان بباطن الحيوان يعلمه او بظاهر الحيوان او في غير الحيوان علمه او لم يعلمه ، وبه قال مالك وهو الاظهر عندهم (على مذهبهم خ ل) فان كان المبيع غير حيوان كالثياب والخشب والعقار ففيها قولان احدهما يبرء بكل حال ، والثاني لا يبرء من عيب بحال ، والثالث يستقطلاناه لا باطن لغير الحيوان الاويمكن معرفته ، ولا يمكن ذلك في الحيوان ، وقال غيره من اصحاب الشافعي المسئلة على قول واحد ، فانه لا يبرء الا من عيب واحد ، وهو عيب بباطن الحيوان لم يعلمه ولا يبرء من عيب سوا ، وهذا هو المذهب وقال ابن ابي ليلى : يبرء من كل عيب يعده على المشتري فان وجد به عيباً غير الذي عده البايع عليه كان له رده ، ولا يردد بماعده عليه - دليلنا اجماع الفرقة على ان البرائة من العيوب صحيح ، واخبارهم عامة في ذلك ، فوجب حملها على ظاهرها وتخصيصها بعيب دون عيب يحتاج الى دليل ، وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال : الدؤمون عند شرطهم ، فينبغي ان يكون على ما شرطه .

مسئلة ٢١٤ - اذا اشترى ثوباً فصبغه ثم علم ان به عيباً كان له الرجوع بارش العيب ولم يكن له رده (خ ل) الا ان يشاء البايع ان يقبله مصبوغاً ويضمن قيمة الصبغ ، ويكون المشتري بالخيار بين امساكه بغير ارش (١) او رده وياخذ قيمة الصبغ ، وبه قال الشافعي

(١) العبارة لا يخلو من خلل اما اولان كلمة بغير ارش لا يناسب ما في اول كلامه و آخره

من الرجوع بالارش وثانياً ان ما حكاه عن ابي حنيفة عين ما اثبتته فلم يظهر خلاف في المسئلة مع ٥٦

وقال ابو حنيفة : المشتري بالخيار بين امساكه ويطالب بالارش وبين دفعه الى البايع ويأخذ قيمة الصبغ - دليلنا - انا قد بينا ان من اشترى شيئاً فتصرف فيه ، ثم علم ان به عيباً لم يكن له رده ، وانما له ارشه ، وهذا قد تصرف فيه بالصبغ ، واما اذا قبل البايع الثوب مصبوغاً فلا بد ان يرد على المشتري ثمن صبغه ، لانه عين ماله الا ان يتبرع بتركه .

مسئلة ٢١٥ - اذا اشترى ثوباً فقطعه وباعه ، او صبغه ثم باعه ، ثم علم بالعيب فليس له الا المطالبة بالارش ، و به قال الشافعي و قال ابو حنيفة : ان كان قد قطع الثوب ثم باعه كما قلناه وان كان صبغه ثم باعه كان له الرجوع ، وهذه المسئلة مبنية على الاولى وقد بينا ما فيها .

مسئلة ٢١٦ - اذا وكل وكيلاً لبيع عبد له فباعه فظهر عيب عند المشتري فطالب الوكيل فانكر ان يكون العيب به قبل القبض فالقول قوله ، فان حلف سقط الرد وان نكل رددنا اليمين على المشتري ، فان حلف رده على الوكيل ، فاذا رده عليه لم يكن له رده على الموكل لانه عاداليه باختياره ، و به قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : القول قول الوكيل فان حلف سقط الرد وان لم يحلف حكمنا عليه بالنكول ، و رددنا العبد بذلك وكان له رده على موكله - دليلنا - ما اشترنا اليه من انه عاداليه باختياره ، ونكوله عن اليمين فيه ايجاب على الغير لا يقبل منه .

مسئلة ٢١٧ - اذا ادعى عمر وعبد افي يد زيد ، واقام البيينة انه له ، اشتراه من زيد واقام زيد البيينة انه له وانه هو اشتراه من عمرو ، فالبيينة بينة الخارج وهو عمرو ، و به قال محمد وقال ابو حنيفة ، والشافعي البيينة بينة الداخل - دليلنا - قول النبي ﷺ البيينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والمدعى عليه هيمننا زيد لان العبد في يده

مسئلة ٢١٨ - اذا اشترى رجلان من رجل عبداً صفقة واحدة ، ثم غاب احد المشتريين

ان ظاهره كونه مخالفاً فيها ولكن حكى في كتاب الفقه على المذاهب الاربعة عن الحنفية انهم قالوا اذا اشترى ثوباً فصبغه ثم وجد به عيباً فليس له رده به حتى ولو قال البايع وانا اقبله انتهى فعليه يظهر خلافه فيما لو قال البايع انا اقبله حيث انه يمنع من الرد حتى في هذه الصورة ايضاً واما نحن فلا نمنع فيها وعلى اى حال فالعبارة مختلفة .

قبل القبض وقبل دفع الثمن، فللمحاضر ان يقبض قدر حقه ويعطى ما يخصه من الثمن ، وله ان يعطى كل الثمن نصفه عنه ونصفه عن شريكه فاذا فعل فانماله قبض نصيبه دون نصيب شريكه ، فاذا عاد شريكه كان له قبض نصيبه من البايع ، وليس لشريكه الرجوع عليه بما قضى عنه من الثمن ، وبه قال الشافعى ، واصحابه ، وخالف ابو حنيفة فى المسائل الثلاث فقال: ليس للمحاضر ان ينفر بقبض نصيبه (بدفع نصيبه خل) من الثمن وقال للمحاضر ان يدفع جميع الثمن عن نفسه ، وعن شريكه ، فاذا دفع كان له قبض كل العبد نصيبه ونصيب شريكه قال : واذا حضر الغائب كان للمحاضر ان يرجع عليه بما قضى عنه من الثمن - دليلنا على ان له قبض نصيبه انه حقه فله قبضه ، ومن منع منه احتاج الى دليل ، وقبض نصيب الغير يحتاج الى دليل فى صحته ، والرجوع عليه بما دفع عنه من الثمن مثل ذلك لانه قضى دينه بغير امره (اذنه خل) فيحتاج الى دليل فى صحة رجوعه عليه.

مسائل المستبراء الجارية

مسئلة ٢١٩ - الاستبراء واجب على البايع فى الجارية وعلى المشتري معا وبه قال الثورى والحسن البصرى والنخعى وابن سيرين وقال ابو حنيفة واصحابه والشافعى ومالك: الاستبراء مستحب للبايع واجب على المشتري وبه قال اكثر الفقهاء وقال عثمان البتى: الاستبراء واجب على البايع مستحب للمشتري - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وظاهرها الوجوب وطريقة الاحتياط تقتضيه لان بعد استبراءها يحل وطئها بالاخلاق وقبل ذلك فيها خلاف .

مسئلة ٢٢٠ - اذا حاضت الجارية فى مدة الخيار عند المشتري جازان يعتد به فى الاستبراء ويكفيه ذلك وقال الشافعى : ان كان الخيار للبايع اولها لا يعتد به وان كان للمشتري وحده فمبنى على اقواله الثلاثة فى انتقال الملك فاذا قال انه ينتقل بنفس العقد او مراعى فقد كفاه فى الاستبراء واذا قال بمجموعهما لم يعتد بذلك - دليلنا - ما روى عنهم عليهم السلام : انه اذا اشترى جارية وهى حائض جازان يعتد بذلك فى الاستبراء وهو اجماع بينهم لا اعرف فيه خلافاً .

مسئلة ٢٢١ - الاستبراء يكون عند المشتري سواء كانت جميلة او قبيحة ولا يجب المواضعة وهو جعلها عند عدل حتى تستبرى وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك ان كانت وحشة مثل ما قلناه وان كانت جميلة رابعة (رابعة نخل) وجبت المواضعة عند عدل حتى تستبرى ثم يقبضها المشتري - دليلنا - ان النبي ﷺ اوجب الاستبراء على المشتري ومنع من وطئها ولا يكون ذلك الامع تمكنه من ذلك ومع المواضعة لا يتم ذلك وروى عنه صلى الله عليه وآله انه قال: لا تؤتى حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض .

مسئلة ٢٢٢ - اذا اشترى جارية في حال حيضها احتسب ببقية الحيض وكفاه وقال الشافعي ، لا يحتسب ببقيته وعليه ان يستأنف للاستبراء حيضة اخرى ، وبه قال ابو حنيفة وقال مالك : ان مضى الاقل وبقي الاكثر يحتسب به - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسائل بيع المرابحة

مسئلة ٢٢٣ - يكره بيع المرابحة بالنسبة الى اصل المال ، وصورته ان يقول بعثك برأس مالي وربح درهم على كل عشرة وليس ذلك بمفسد للبيع وبه قال ابن عمر وابن عباس قال ابن عباس: اكره ان يبيع ده يازده وده ودازده لانه يبيع الاعاجم وقال ابو حنيفة والشافعي و مالك واكثر الفقهاء: انه غير مكروه والبيع صحيح ملق، وروى ذلك عن ابن مسعود وعمر وقال احمد واسحاق بن راهويه: بيع المرابحة باطل - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم لا يختلفون في ذلك ومثل قول ابن عباس ورواه في اخبارهم وهي كثيرة ذكرناها في الكتاب الكبير .

مسئلة ٢٢٤ - اذا اشترى سلعة بمائة الى سنة ثم باعها في الحال مرابحة واخبر ان ثمنها مائة فالبيع صحيح بلا خلاف فاذا علم المشتري بذلك كان بالخيار بين ان يقبضه بالثمن حالا ويرده بالعيب لانه تدليس وبه قال اصحاب الشافعي وقالوا : لانص لنا في المسئلة و الذي يجيء على المذهب هذا و قال ابو حنيفة : يلزم البيع بما تعاقدا عليه ويكون الثمن حالا لانه قد صدق فيما اخبر وقال الاوزاعي يلزم العقد ويكون الثمن في ذمة المشتري على الوجه الذي هو في ذمة البائع الى اجل - دليلنا - على ان له الخيار ان هذا تدليس و

عيب لان مايباع بثمن الى اجل لا بد ان يكون زايد أفى ثمنه على مايباع حالاً فلما لم يبين كان ذلك تدليساً وله رده به .

مسئلة ٢٢٥ - اذا قال بعثك هذه السلعة بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة كان الثمن تسعين ، وان كان قال بوضيعة درهم من كل احد عشر درهما كان الثمن تسعين درهماً ودرهما الاجزاء من احد عشر جزء من درهم ، حكى ابو الطيب الطبرى ان هذه المسئلة التى يقول بها ابو ثور ومحمد بن الحسن دون الاخرى التى حكاها التبيديجى (السديجى خ ل) فى تعليقه ، وقال ابو الطيب الطبرى : وهكذا اذا قال بعثك بوضيعة عشر أحد عشرة كان مثل ذلك وان قال بعثكها بمائة مواضة العشرة درهماً اختلف الناس فيها فقال ابو حنيفة واصحابه والشافعى يكون مبلغ الثمن الذى وقع به البيع ووجب للمبايع على المشتري تسعين درهماً ودرهم الاجزاء من احد عشر جزء أمن درهم وقال ابو ثور : الثمن تسعون درهماً وبه قال ابو الطيب الطبرى فى تعليقه وخطأ اباحامد الاسفراينى فيها (فيهما خ ل) لانه لو باعه مرا بحة ربح درهم على كل عشرة كان قدر الربح عشرة وكان مبلغ الثمن مائة وعشرة فاذا قال مواضة درهم من كل عشرة كانت الوضيعة عشرة فيكون المبلغ تسعين - دليلنا - ما ذكره حذاق العلماء وهو ان البيع مرا بحة ومواضة فاذا باعه مرا بحة ربح درهم على كل عشرة كان مبلغ الثمن مائة وعشرة وكان قدر الربح جزء من احد عشر جزء امن الثمن ووجب أن يكون المواضة حط جزء من احد عشر جزء أمن الثمنين فاذا كان الثمن مائة حطت منه جزءاً أمن احد عشر جزءاً أين حطت تسعة من تسعة و تسعين لانها جزء من احد عشر جزء من تسع وتسعين فيكون تسعين ويبقى هناك واحد يحط به جزء من احد عشر جزء من الثمن فيكون المبلغ ما ذكرناه ، وقيل فيه ايضاً قوله وضيعة درهم من كل عشرة معناه يوضع من كل عشرة يبقى له درهم من اصل رأس المال ، وتقديره وضيعة درهم بعد كل عشرة ، فاذا حصل له تسعون من المائة ووضعت لكل عشرة درهماً فتضع تسعة ويبقى درهم تضع منه جزءاً من احد عشر جزء فيكون الثمن تسعين ودرهماً الاجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وعلى هذا ابدأوا : اذا اردت مبلغ الثمن فى ذلك فعقد الباب فيه ان تضيف الوضيعة الى رأس المال للمقابلة ثم تنظر كم قدرهما فما اجتمع فاسقط ذلك القدر من رأس المال و

هو الثمن ، وبابه اذا قال رأس مالى عشرون بعتكها برأس مالى مواضعة العشرة (للعشرة خل) درهمين ونصف فتضيف الى العشرين قدرا الوضعية وهو خمسة دراهم فيصير خمسة وعشرين فتتظر كم خمسة من خمسة وعشرين فاذا هو خمسمها فاسقط من رأس المال وهو عشرون الخمس وهو اربعة يكون الثمن ستة عشر درهماً وعلى هذا ابدأ وقول ابى ثور اقوى عندى لانه اذا قال مواضعة عشرة واحدة اضاف المواضعة الى رأس ماله ورأس ماله مائة فيجب فيه عشرة فيبقى تسعين ولم يصفه الى ما يبقى فى يده ولو قال ذلك لكان الامر على ما قالوه فاما حمل الوضعية على الربح واطافة ذلك الى اصله فهو قياس ونحن لا نقول به

مسئلة ٢٢٦ - اذا قال : هذا على بمائة بعتك بربح كل عشرة درهم فقال اشتريت ثم قال غلطت اشتريته بتسعين كان البيع صحيحا وبه قال ابو حنيفة و ابو يوسف ومحمد وابن ابى ليلى والشافعى قولوا واحداً، وحكى ابو حامد المروزي فى جامعه وجهاً آخر انه لا يجوز وقال مالك البيع باطل - دليلنا - ان المشتري اذا بان له نقصان فى الثمن فقد بان مالى له وذلك لا يفسد البيع ولان الاصل صحته وبطلانه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٢٧ - اذا ثبت ان البيع صحيح فلم يلزمه (مخل) عندنا انه بالخيار بين ان يأخذه بمائة و عشرة او يرد ، والخيار اليه ، وبه قال ابو حنيفة ومحمد واحد قولى الشافعى ، وقال ابن ابى ليلى و ابو يوسف : يلزمه تسعة وتسعون درهماً ، وهو قول الشافعى ، الثانى وهو قولى لانه باعه مرابحة دليلنا - على الاول ان العقد وقع على مائة وعشرة فاذا تبين نقصاناً فى الثمن كان ذلك عيباً له رده به او الرضا به فالخيار (وخل) اليه فى ذلك ، ومن الزمه بدون ذلك فعليه الدلالة ولو قال له بعتك براس مالى وزيادة العشرة واحداً كان القول قول ابى يوسف .

مسئلة ٢٢٨ - اذا باع سلعة ثم حطم من ثمنه بعد لزوم العقد و اراد بيعه مرابحة لم يلزمه حطه و كان الثمن ما عقد عليه قبل الحط وكان الحط هبة للمشتري وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يلحق ذلك بالعقد ويكون الثمن ما بعد العقد - دليلنا - ان الثمن قد استقر فمن قال ان الحط بعد اللزوم يلحق به فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٢٩ - اذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشترى به عشرة فقد ربح خمسة ، فاذا اراد بيعه مرابحة اخبر بالثمن ، الثانى وهو عشرة ولم يجب عليه ان يخبر

بدونه ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : عليه ان يخبر بما قد قام عليه وهو ان يحط الخمسة التي قدر بحها - دليلنا - انه قدم ملك بالثمن الثاني فوجب ان يجوز له ان يخبر به ولا يبني عقد على عقد لانه لا دليل عليه .

مسئلة ٢٣٠ - اذا باع عبد او سلعة وقبض المشتري المبيع ولم يقبض البايع الثمن يجب ، للبائع ان يشتريه منه باى ثمن شاء نقداً ونسيئة وعلى كل حال ، وبه قال الشافعي ، وبه قال فى الصحابة ابن عمر وزيد بن ارقم ، واليه ذهب ابو ثور ، وفى اصحابنا من روى ان ذلك لا يجوز وذهب اليه عايشة وابن عباس ، وفى الفقهاء مالك والا وزاعى وابو حنيفة و اصحابه وتفصيل مذهب ابى حنيفة ان له ان يشتريه منه بمثل ذلك الثمن او اكثر منه فان اشترىه باقل منه لم يخل من أحداً مريم اما ان يكون الثمنان معاً مما فيه الربا او مما لا ربا فيه ، فان لم يكن فيهما الربا اشترىه كيف شاء فلو باعه بشوبين واشترىه بشوب واحد جاز وان كان الثمنان فيهما الربا نظرت فان كان الثمنان جنساً واخذ كالطعامين او دراهم او دنانير لم يجز ان يشتريه باقل من ذلك الثمن كيلا ولا وزناً ولا حكماً فان كان النقص كيلا بمثل ان باعه بمائة قفيز واشترىه بخمسين قفيز لم يجز ، وان كان النقص وزناً مثل ان باعه بمائة درهم واشترىه بخمسين لم يجز والحكم ان يبيعه نقداً ويشترىه بذلك الى سنة او الى سنة ويشترىه الى سنتين كل هذا لا يجوز قال : وان كانا جنسين جاز ان يشتريه باقل الا فى الذهب والورق ، فان القياس يقتضى انه جاز لكن لا يجوز (لكننا لا نجوزه خ ل) استحساناً وهذا انما يتصور فى القيمة فاذا باعه بمائة درهم لم يجز ان يشتريه بدينار قيمته اقل من مائة قال : وكل موضع قلنا لا يجوز ان يشتريه البايع من المشتري فكذلك عبد البايع المأذون له فى التجارة و كذلك مكاتبه ومدبره ومضاربه وكذلك شريكه ان دفع الثمن من مال الشركة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد قال ابو حنيفة وكذلك لا يجوز ان يشتريه ابو البايع ولولده وخالفه ابو يوسف ومحمد ههنا قال فان عاب العبد فى ملك (يدخ ل) المشتري جاز له ان يشتريه منه باى ثمن شاء ، قال : فان خرج العبد عن ملك المشتري نظرت فان خرج عن ملكه يبيع او هبة جاز له ان يشتريه ممن انتقل الملك اليه كيف شاء ، وان خرج عن ملكه بالموت الى وارده لم يجز له ان يشتريه من وارثه ، والخلاف معه فى فصل واحد وهو اذا كان

الجنس واحدا ، فاراد ان يشتريه باقل من ذلك الثمن كيلا او وزناً او حكماً على ما فصلناه - دليلنا - قوله تعالى: « و احل الله البيع » وهذا بيع وقوله « الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » وهذه تجارة عن تراض ومن منع منه فعليه الدلالة واكثر اخبارنا يدل على ما قلناه و احتجوا بما روى ان رجلا باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين ، فسئل ابن عباس عن ذلك فقال دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة ، و روى يونس بن ابي اسحاق السبيعي عن امه عالية بنت ايفع (ابقع خن) قال : خرجت الى الحج انا وام محبة فدخلنا على عايشة فسلمنا عليها فقالت : من اين انتن فقلنا من الكوفة وكانها اعرضت فقالت لها ام محبة : يا ام المؤمنين كانت لى جارياة فبعتها من زيد بن ارقم بثمان مائة درهم الى عطاءه وفي بعضها الى العطاء فاراد ان يبيعهما فاشترىتهما منه بستمائة نقد فقالت : بئس ما شرىت و بئس ما بعت اخبرني زيد بن ارقم انه ابطال جهاده مع رسول الله ﷺ الا ان يتوب فقالت : ارايت ان اخذت رأس مالى قالت فقوله تعالى: « فمن جاء موعدة من ربه » فانتهى فله ما سلف و رواه ابو اسحاق السبيعي عن امرأة قالت : حججت انا وام ولد زيد بن ارقم فدخلنا على عايشة الحديث ، والجواب عن خبر عايشة ان راويه عالية بنت ابقع وام محبة قال الشافعي: هما امرأتان مجهولتان والمجهول اضعف من الضعيف المعروف وقال الطحاوي عالية بنت ابقع امرأة معروفة زوجة ابى اسحاق السبيعي ولها ولدان فقيهان قلنا ليس الكلام على اولادها ، وانما الكلام عليها فاذا كانت مجهولة لم تتعرف باولادها قال الشافعي: واصل الخبر لا يصح من وجه آخر وذلك انه لا يخلو زيدان يكون قال ذلك اجتهاداً او سمع من النبي ﷺ شيئاً مخالفه فان كان الثانى فهذا طعن على الصحابي ولا يقولون (يقول خن) به ، والقول الاول لا يحبط الجهاد مع رسول الله ﷺ لانه صادر عن اجتهاد فعلم بذلك بطلان الخبر ولو صح فابن عمر وزيد بن ارقم يخالفان فيه ، فالمسئلة خلاف من الصحابة على انه لو سلم الخبر من كل طعن لم يكن فيه دلالة لان المرأة اخبرت ان زيد اشترى الجارية الى العطاء ثم باعها : والشراء الى العطاء باطل لانه اجل مجهول والشراء بعد البيع الفاسد باطل ، وكذلك نقول : وكلامنا فيما كان البيع صحيحاً يدل على ذلك قولها بئس ما شرىت و بئس ما بعت يعنى بئس الشراء والبيع معاً .

مسئلة ٢٣١- اذا اشترى سلعتين بثمان واحد فانه لا يجوز ان يبيع احدهما مابحة ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، وبه قال ابو حنيفة في السلعتين واجاز في القفيزين وقال الشافعي : يجوز في الكل - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً فان تقويمه ليس هو الذي انعقد البيع عليه فلا يجوز ان يخبر بذلك شراء لانه كذب .

في تفریق الصفقة

مسئلة ٢٣٢ - اذا باع شيئين صفقة واحدة احدهما ينفذ فيه البيع والاخر لا ينفذ فيه البيع بطل فيما لا ينفذ البيع فيه ، وصح فيما ينفذ فيه ، سواء كان احدهما مالا والاخر ليس بمال ولا في حكم المال مثل ان باع خلا وخمرا او حرا وعبداً او شاة وخنزيراً وما يكون احدهما مالا والاخر في حكم المال مثل ان باع امته وام ولده او عبده وعبداً موقوفاً او كان احدهما ماله والاخر مال لکنه ملك الغير ، الباب واحد ، وقال الشافعي يبطل فيما لا ينفذ فيه البيع قولاً واحداً ، وهل يبطل في الاخر على قولين : اصحهما عندهم ان البيع يصح في احدهما وقال ابو حنيفة : ان كان احدهما مالا والاخر ليس بمال وقال مالك و داود : يبطل فيهما ولا في حكم المال بطل في المال ، وان كان احدهما مالا والاخر في حكم المال ، وان كان احدهما مالا والاخر لغيره ينفذ في ماله وكان في مال الغير موقوفاً ، وقال مالك دليلنا - قوله تعالى « واحل الله البيع » ، وهذا بيع فيما يصح ان ينفذ ببيع فوجب ان يكون صحيحاً : فمن ابطله فعليه الدلالة وعليه اجماع الفرقة ولا يختلفون فيه .

مسئلة ٢٣٣- اذا باع حراً وعبداً (١) بطل البيع في الحر وصح البيع في العبد ، وقال ابو حنيفة : بطل البيع في العبد قولاً واحداً وعند الشافعي لا يبطل في احد القولين - دليلنا « قوله تعالى واحل الله البيع » وهذا بيع وقوله تعالى « الا ان تكون تجارة عن تراض » وهذه تجارة عن تراض فمن ابطله فعليه الدلالة .

خيار تبعض الصفقة

مسئلة ٢٣٤ - قد قلنا انه اذا جمع في الصفقة ما يصح بيعه وما لا يصح فانه ينفذ

(١) المسئلة التي قبلها مشتملة على حكم هذه المسئلة ليت شعري ما وجه الاعادة ثانياً

فيما يصح ويبطل فيه الا يصح، وللشافعي فيه قولان على ماضى فللمشتري الخيار بين ان يرد او يمسك ما يصح فيه البيع بما يخصه من الثمن الذي يتسقط عليه، وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه، والاخر ان له ان يمسكه بجميع الثمن او يرد - دليلنا - ان جميع الثمن انما كان في مقابلتهما ويقسطن على الشئيين معاً، فاذا بطل بيع احدهما سقط عنه بحسابه فمن اوجب الجميع فعليه الدلالة

مسئلة ٢٣٥ - اذا اختار امسكه بكل الثمن فلا خيار للبائع وان اختار امسكه بما يخصه من الثمن فلا خيار له ايضاً عندنا، وللشافعي فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه والاخر له الخيار - دليلنا - ان البيع صح عن جهته فمن اثبت له الخيار فعليه الدلالة، ولانه قد دخل مع العلم بانه لا يسلم له الا بعض الثمن وهو ما قابل العبد دون الحر، فلهذا لم يكن له الخيار

مسائل اختلاف المتبايعين

مسئلة ٢٣٦ - اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعته بالف وقال المشتري: بخمس مائة فالقول قول المشتري مع يمينه ان كانت السلعة تالفة، وان كانت سالمة فالقول قول البائع مع يمينه، وقال الشافعي: يتحالفان وينفسخ البيع بينهما او يفسخ، و سواء كانت السلعة قائمة او تالفة، وانما يتصور الخلاف اذا هلك في يد المشتري، فاما اذا هلك في يد البائع يبطل البيع ولا تحالف (بلا خلاف ص)، وقال الشافعي: رجوع محمد بن الحسن الى قولنا وخالف صاحبه وقال ابو حنيفة وابو يوسف: ان كانت السلعة قائمة تحالف، وان كانت تالفة فالقول قول المشتري لانه غارم، وقال مالك: ان كانت تالفة فالقول قول المشتري، وان كانت قائمة فعنه روايتان: احديهما القول قول المشتري ايضاً الثانية القول قول من في يده السلعة والاخر مدعى عليه فان كانت في يد البائع فالقول قوله، وان كانت في يد المشتري فالقول قوله، والبائع مدعى وقال زفر و ابو ثور: القول قول المشتري سواء كانت السلعة سالمة او تالفة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم، وايضاً روى ابن عباس ان النبي ﷺ قال البينة على المدعى واليمين على من انكر، والمشتري مدعى عليه وهو المنكر لانهما قد اتفقا على العقد وانتقال الملك والمشتري

معترف بذلك ويذكر ان الثمن خمس مائة والبايع يدعى عليه خمسمائة فوجب ان يكون القول قول المشتري ، ولا يلزمنا ذلك مع بقاء السلعة ان القول قول البايع لاننا لو خيلنا وظاهر الخبر لقلنا بذلك، ولكن روى عن امتنا عليهم السلام انهم قالوا القول قول البايع فحملناه على انه مع بقاء السلعة ، فاما ما رواه ابن مسعود ان النبي ﷺ قال اذا اختلف المتبايعان ولا بينة مع واحد منهما والسلعة قائمة تحالفا وترادا فهو خير واحد لان عرفه ولا يلزمنا العمل به وهو معارض بما رواه سفيان بن عيينة عن محمد بن عجلان عن عون بن عبد الله عن عبد الله بن مسعود ان النبي ﷺ قال اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار.

مسئلة ٢٣٧ - اذا اختلفا في شرط يلحق بالعقد يختلف لاجله الثمن مثل ان قال بعته نقداً فقال بل الى سنة او قال الى سنة فقال الى سنتين ، فلا فصل بين ان يختلفا في اصل الاجل او في قدره وهكذا الخيار اذا اختلفا في اصله او في قدره ، وكذلك في الرهن اذا اختلفا في اصله او في قدره ، وكذلك في العين اذا اختلفا في اصله وكذلك الشهادة وهكذا في ضمان العهدة وهو ان يضمن عن البايع الثمن متى وقع الاختلاف في شىء من هذا فالقول قول البايع مع يمينه ، وقال الشافعى : يتخالفان وقال ابو حنيفة : لا يتخالفان ويكون القول قول من ينفى الشرط - دليلنا - عموم الاخبار وانه متى اختلف المتبايعان فالقول قول البايع وحديث ابن مسعود المقدم ذكره ان النبي ﷺ قال اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار ، وهو على عمومه في كل شىء .

مسئلة ٢٣٨ - اذا اختلفا في شرط يفسد البيع فقال البايع بعته الى اجل معلوم وقال المشتري : الى اجل مجهول او قال بعته بdraهم او دنانير فقال اشتريته بخمر او خنزير كان القول قول من يدعى الصحة ، وعلى من ادعى الفساد البيعة ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو على بن ابي هريرة من اصحابه في الافصاح فيه وجهان وصوبه ابو الطيب الطبرى - دليلنا ان الاصل في العقد الصحة فمن ادعى الفساد فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٣٩ - اذا باع شيئاً بثمن في الذمة فقال البايع لا اسلم المبيع حتى اقبض الثمن وقال المشتري لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع فعلى الحاكم ان يجبر البايع على تسليم المبيع او لا ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن بعد ذلك بعد ان يحضر الثمن والمبيع ، وقال الشافعى : فيه ثلاثة

اقوال : احدها يجبر البايع وهو ظاهر كلامه والثاني يجبر كل واحد منهما مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم، والثالث لا يجبر واحد منهما، وقال ابو حنيفة ومالك : يجبر المشتري على تسليم الثمن اولا - دليلنا - على ما قلناه ان الثمن انما يستحق على المبيع فيجب اولا تسليم المبيع فيستحق الثمن فاذا سلم المبيع استحق الثمن فوجب حينئذ اجباره على تسليمه فلا بد اذا مما قلناه .

مسئلة ٢٤٠ - اذا كان البيع عيناً بعين فالحكم فيه كالحكم في المسئلة الاولى سواء وللشافعي فيه ثلاثة اقوال : احدها يجبر كل واحد منهما على احضار ما عليه ، و الثاني لا يجبر واحد منهما وايهما تطوع بالدفع اجبر الاخر على التسليم، والثالث يجبر الحاكم ايها شاء على التسليم ، فاذا سلم اجبر الاخر على التسليم و قال ابو حنيفة : ان كان الثمن دراهم او دنابر فالحكم فيه كما لو كان في الذمة ، لان الاثمان عنده لا تتعين ؛ و ان كان من غيرها فالحاكم يجبر من شاء منهما اولا ، فاذا دفع دفع الاخر ما عليه - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى .

مسئلة ٢٤١ - اذا اختلفا فقال بعتك هذا العبد بألف درهم وقال المشتري بل بعته هذه الجارية بالف و لم تبعني العبد و ليس هناك بينة كان القول قول البايع مع يمينه انه ما باع الجارية، والقول قول المشتري مع يمينه انه ما اشترى العبد ولا يجب على واحد منهما الجمع بين النفي والاثبات، ولا يكون هذا تحالفاً وانما يحلف كل واحد منهما على النفي فاذا حلف البايع انه ما باع الجارية بقيت الجارية على ملكه كما كانت، و جاز له التصرف فيها واما المشتري فانه يحلف انه ما اشترى العبد، فاذا حلف فانه ينظر فان كان العبد في يد المشتري فانه لا يجوز للمبايع مطالبته به لانه لا يدعيه و ان كان في يد البايع فانه لا يجوز له التصرف فيه لانه معترف بانه للمشتري وان ثمنه في ذمته و يجوز له بيعه بقدر الثمن وبه قال ابو حامد الاسفرايني، وقال ابو الطيب الطبري : ذكر ابو بكر بن الحداد في كتاب الصداق نظير هذه المسئلة وقال يتحالفان فقال اذا اختلف الزوجان فقال الزوج مهرتك اباك وقالت مهرتني امي تحالفاً وقال وكذلك اذا قال مهرتك اباك ونصف امك وقالت بل مهرتني امي (نصف ظ) ابي تحالفاً، قال ولا يختلف اصحابنا في ذلك فسقط ما قال

ابو حامد - دليلنا - على ما قلناه ان هيمنادعو بين يجب في كل واحد منهما البينة فاذا اعدمت كان في مقابلتها اليمين فالبايع اذا ادعى ابتياع العبد كان عليه البينة فاذا اعدمها على المشتري اليمين انه ما اشتراه وكذلك اذا ادعى المشتري انه اشترى الجارية كان عليه البينة فاذا اعدمها كان على البايع اليمين ولا وجه للتحالف في شيء واحد ولا دليل عليه

مسئلة ٢٤٢ - اذامات المتبايعان فاختلف ورتتهما في مقدار الثمن او المثلين فالقول قول ورثة المشتري مع يمينهم في مقدار الثمن، وقول ورثة البايع في المثلين مع اليمين وقال الشافعي: يتحالفان وقال ابو حنيفة: ان كان المبيع في يد وارث البايع تحالفا وان كان في يد وارث المشتري كان القول قوله مع يمينه - دليلنا - على ان القول قول ورثة المشتري في مقدار الثمن انهما! قد اتفقا على البيع وادعى ورثة البايع ثمناً اكثر مما يذكره ورثة المشتري فعليه البينة فاذا اعدمت كان على ورثة المشتري اليمين، ودليلنا على ان القول قول ورثة البايع في المثلين ان الاصل ان لا يبيع فمن ادعى البيع في شيء بعينه فعليه الدلالة والاصل بقاء ملك البايع على ورثته

مسئلة ٢٤٣ - اذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة بطل العقد وبه قال ابو حنيفة، والشافعي وقال مالك: لا يبطل - دليلنا - انه اذا باع فانما يستحق الثمن اذا قبض المبيع فاذا تلف تعذر عليه التسليم فلا يستحق العوض.

مسئلة ٢٤٤ - اذا كان الثمن معيناً فتلف قبل القبض سواء كان من الاثمان او غيرها بطل العقد، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: ان كان من غير الاثمان كقولنا و ان كان من الاثمان دراهم او دنانير لم يبطل بناء على اصله ان الثمن لا يتعين بالعقد - دليلنا - انه اذا عين الثمن وعقد عليه العقد كان مثل السلعة الباقية في تعيينه و انما لم يتعين اذا كان بثلث بالذمة فالاصل الذي بنى عليه غير مسلم.

مسئلة ٢٤٥ - اذا كانت له اجمة يحبس فيها السمك فحبس فيها سمكاً و باعه لا يخلو من اعدامه من: اما ان يكون الماء قليلاً صافياً يشاهد فيه السمك و يمكن تناوله من غير مؤنة فالبيع جائز بالاخلاف فانه مبيع مقدور على تسليمه وان كان الماء كدراً بطل البيع لانه مجهول، والامر الاخر ان يكون الماء كثيراً صافياً و السمك مشاهداً الا انه لا

يمكن اخذه الابدونة وتعبت حتى يصطاد فعندنا انه لا يصح بيعه الا بان يبيعه مع ما فيه من القصب او يصطاد شيئاً منه ويبيعه مع ما يبقى فيه، فمتى لم يفعل ذلك بطل البيع، وقال ابو حنيفة والشافعي والنخعي: البيع باطل ولم يفصلوا وقال ابن ابي ليلى جازي، وبه قال عمر بن عبدالعزيز دليلاً - على جواز بيعه مع شيء آخر اجماع الفرقة، وعلى بطلانه منقرداً ايضاً ذلك وروى عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع الغرر وهذا غرر، ولان صحة بيعه تحتاج الى دليل شرعي **مسئلة ٢٤٦** - اذ باع عبداً يبيعاً فاسداً وتقابضاً فاكل البايع الثمن وفلس كان على المشتري رد العبد على البايع، وكان اسوة للغرماء، وبه قال ابو العباس بن سريج، وقال ابو حنيفة: المشتري احق بعين العبد يعني له امساكه على قبض الثمن ويكون ثمنه مائة مائة على الغرماء - دليلاً - انه انما قبضه على انه ملكه فاذا لم يكن ملكاً له فعليه رده الى مالكه فمن قال له امساكه فعليه الدلالة

مسئلة ٢٤٧ - اذا قال لرجل بع عبدك هذا من فلان بخمس مائة على ان على خمس مائة قال ابو العباس بن سريج: يحتمل معنيين احدهما البيع باطل، والثاني يصح، ويكون على الضامن، والذي عندي ان هذا بيع صحيح لانه شرط لا ينافي الكتاب والسنة، والنبي ﷺ قال: **المؤمنون عند شروطهم**

مسئلة ٢٤٨ - اذا قال له بع عبدك منه بالف على ان على فلان خمس مائة فيه مسلتان: ان سبق الشرط العقد وعقد البيع مطلقاً عن الشرط لزم البيع ولم يلزم الضامن شيء، وان قارن العقد فقال بعك بالف على ان فلان اضا من خمسمائة صح البيع بشرط الضمان، فان ضمن فلان ذلك مضى، وان لم يضمن كان البايع بالخيار لانه لم يصح له الضمان، وبه قال ابو العباس وابو الحسن - دليلاً - ما قلناه في المسئلة الاولى سؤاً.

مسئلة ٢٤٩ - اذا اشترى جارية بشرط ان لا خسار عليه اذ باعها او بشرط ان لا يبيعهما او لا يعتقهما او لا يطأها ونحو هذا كان العقد صحيحاً والشرط باطل، وبه قال ابن ابي ليلى والنخعي والحسن البصري، وقال ابو حنيفة والشافعي: الشرط والبيع باطلان وقال ابن شبرمة: البيع جازي والشرط جازي - دليلاً - على صحة البيع قوله تعالى: **«و احل الله البيع»** وهذا بيع، وعلى بطلان الشرط انه مخالف للكتاب والسنة وكل شرط يخالفهما فهو باطل

وايضاً روى ان عايشة اشترت بريرة بشرط المتق ويكون ولائها المواليمها فاجاز النبي ﷺ البيع وابطل الشرط ، فانه صعد المنبر وقال ما بال اقوام بشرطون شرطوا اليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله باطل، كتاب الله احق وشرطه اذيق

مسئلة ٢٥٠ - اذا اشترى جارياً فاسداً ثم قبضها فاعتقها لم يملك بالقبض ولم ينفذ عتقها ولا يصح شيء من تصرفه فيها مثل البيع والهبة والوقف وغير ذلك، ويجب عليه رد هاء على البايع بجميع نمائها المنفصل منها وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يملك بالقبض ويصح تصرفه فيها ويجب على كل واحد منهما فسخ الملك ورد البيع (المبيع خل) على صاحبه دليلنا - على ذلك انه اذا كان البيع فاسداً فملك الاول باق لم يزل واذا لم يزل فكل من تصرف في ملكه بغير اذنه يجب ان لا يصح تصرفه لانه لا دليل على صحته.

مسئلة ٢٥١ - اذا اشترى جارياً يبعها فاسداً فوطئها فانه لا يملكها ويجب عليه رد هاء عليه ان كانت بكر أعشر قيمتها وان كانت ثيباً نصف عشر قيمتها وقال الشافعي: ان كانت ثيباً فمهر مثلها (مثل خل) الثيب، وان كانت بكر فمهر البكر وارش الافتراض - دليلنا - اجماع الفرقه واخبارهم فانهم رويوا ذلك منصوصاً عن الائمة عليهم السلام واجماعهم حجة .

مسئلة ٢٥٢ - اذا حبلت واثت بولد كان الولد حراً بالاجماع ، وعلى الواطى قيمة الولد يوم سقط حياً، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة: يوم التحاكم (المحاكمة خ ل) دليلنا - على ذلك اننا اجمعنا على وجوب قيمته يوم سقط حياً ولا دليل على وجوب قيمته يوم المحاكمة ، والاصل براءة الذمة فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٥٣ - اذا ملك هذه المجارية فيما بعد بعقد صحيح وكانت ولدت منه بالعقد الفاسد فانها تكون ام وولده ، والشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه والثاني انها لا تنصيرام ولده - دليلنا - ان له ولداً منها وثبت له نسب اليه نسباً شرعياً فوجب ان يكون ام ولده، ولان ظاهر اللغة والشرع يقتضيه ومن نفاه فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٥٤ - اذا اشترى من رجل عبداً وشرط البايع على المشتري ان يعتقه كان العقد صحيحاً والشرط صحيحاً وهو الذي نص عليه الشافعي في كتبه، وروى ابو ثور عنه انه قال الشرط فاسد والبيع صحيح، حكاه القاضي ابو حامد عنه و الاول هو المشهور وقال

ابو حنيفة: الشرط فاسد والبيع فاسد - دليلنا - قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم و لانه لا مانع يمنع من كتاب ولا سنة ولا اجماع.

مسئلة ٢٥٥ - اذ باع دارا واستثنى سكنها لنفسه مدة معلومة جاز البيع وثبت الشرط وكذلك اذا باع دابة واستثنى ركوبها مدة او مسافة معلومة صح البيع و الشرط وبه قال الاوزاعي واحمدو (اسحاق خل) ومحمد بن اسحاق بن خزيمة وقال مالك: يجوز في مدة يسيرة كاليوم واليومين، وقال ابو حنيفة والشافعي: لا يصح البيع في جميع ذلك - دليلنا قول النبي صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط و لانه لا مانع يمنع منه في الشرع من كتاب او سنة او اجماع والاصل جوازه، وروى جابر بن عبد الله انه باع من رسول الله صلى الله عليه وآله جملا واشترط حملانه الى اهله بالمدينة وهذا يدل على جوازه.

مسئلة ٢٥٦ - اذا قالت بعتك هذه الدار و آجرتك هذه الدار الاخرى فجمع بين البيع والاجارة في صفقة واحدة كان صحيحاً، وثبت البيع والاجارة وهو اصح قولى الشافعي والقول الاخر انهما يبطلان - دليلنا - ان البيع والاجارة مباحان فمن ابطمهما في حال الاجتماع فعليه الدلالة.

مسئلة ٢٥٧ - اذ باع زرعاً بشرط ان يحصده وكان الزرع مما يجوز بيعه اما ان يكون قصيلاً او يكون قد عقد الحب واشتد وهو شعير لان بيع سنبل الشعير جائز، ولا يجوز بيع سنبل الحنطة، لانه في غلاف كان البيع صحيحاً ووجب عليه ان يحصده له وقال ابو اسحاق المرزى (١) فيه قولان احدهما يبطلان والثاني يصحح لانه بيع واجارة في صفقة واحدة، وقال غيره: لا يصح هذا قولاً واحداً - دليلنا - انه لا مانع يمنع منه في الشرع والاصل جوازه وايضاً قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط.

مسئلة ٢٥٨ - ما يباع كيلاً لا يصح بيعه جزئاً وان شوهد، وقال الشافعي: اذا قال بعتك هذه الصبرة وقد شاهد هابث من معلوم كان صحيحاً - دليلنا - اجماع الفرقة

(١) العبارة فيها اختلال اذ قول ابى اسحاق راجع الى المسئلة السابقة فليس له ارتباط

بهذه المسئلة وهذه المسئلة ايضاً خال عن ذكر الخلاف مع ان وضع الكتاب على ذكره

واخبارهم ولانا اجمعنا على انه اذا باعه كيلاصح البيع ولم يدل دليل على انه اذا باعه جزافاً كان صحيحاً .

بيع الصبرة

مسئلة ٢٥٩ - اذقال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع ،وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح - دليلنا - **«قوله تعالى واحل الله البيع»** والاصل ايضاً جوازه والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦٠ - اذقال بعتك عشرة اقفزة من هذه الصبرة بكذاصح البيع ،وبه قال الشافعي ،وقال داود لا يصح - دليلنا - الآية ولا مانع يمنع منه

مسئلة ٢٦١ - اذقال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم صح البيع اذالم يرد بمن التبعض ،فان اراد التبعض لم يصح لان البعض مجهول وقال الشافعي : لا يجوز ولم يفصل - دليلنا على جواز ما قلناه ان الاصل جوازه والاية تدل عليه ، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦٢ - اذقال بعتك نصف هذه الصبرة او ثلثها او ربعها لا يصح البيع ،وقال الشافعي يصح :- دليلنا - ما قدمناه من ان ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافاً وهذا يصح من غير كيل فوجب ان لا يصح .

مسئلة ٢٦٣ - اذقال بعتك هذه الدار كل ذراع بدينار كان جائزاً ؛ ،وبه قال الشافعي و قال ابو حنيفة : لا يجوز - دليلنا - الآية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦٤ - اذقال هذه الدار مائة ذراع وقد بعتك عشرة اذرع منها بكذا كان جائزاً ،وبه قال الشافعي ،وقال ابو حنيفة : لا يجوز - دليلنا - الآية ودلالة الاصل ولا مانع يمنع منه ولان عشرة اذرع من مائة عشرها فلا فرق بين ان يقول بعتك عشرها وبين ان يقول عشرة اذرع من مائة .

مسئلة ٢٦٥ - اذقال بعتك من هذه الدار عشرة اذرع من موضع معين الى حيث ينتهى كان البيع صحيحاً ، وللشافعي فيه وجهان احدهما مثل ما قلناه والثاني انه لا يصح دليلنا - انه باعه جزء معلوماً من موضع معين فيجب ان لا يمنع منه مانع لانه ليس بمجهول .

مسئلة ٢٦٦ - اذبايع ذراعاً معيناً من ثوب كان البيع صحيحاً مثل ما قلناه في الدار

واختلف اصحاب الشافعى فقال بعضهم مثل ما قلناه واليه ذهب ابن القفال فى التقريب واختاره ابو الطيب الطبرى وقال بعضهم: لا يجوز ذكره ابو العباس بن القاص - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦٧ - اذ قال بعثك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم كان جايزاً وقال الشافعى ان كان وزن كل واحد منهما معلوماً بان يكون الظرف ربعاً او سدساً او غير ذلك كان جايزاً وان لم يكن كذلك بطل العقد لانه اذا باع موازنة يجب ان يكون مقدار السبيع من كل جنس الذى جعل الثمن فى مقابلته معلوماً وهذا مجهول - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦٨ - اذا اشترى من رجل عشرة اقفزة من صبيرة فكأها على المشتري وقبضها ثم ادعى المشتري انه كان تسعة كان القول قول البائع مع يمينه، وللشافعى فيه قولان: احدهما وهو الصحيح مثل ما قلناه، والثانى ان القول قول المشتري مع يمينه - دليلنا ان المشتري قد قبض حقه فى الظاهر وانما يدعى الخطأ فى الكيل فعليه البيعة .

اجارة الفحل للمضرب

مسئلة ٢٦٩ - اجارة الفحل للمضرب مكره وليس بمحذور وعقد الاجارة عليه غير فاسد، وقال مالك يجوز ولم يكرهه وقال ابو حنيفة، والشافعى: ان الاجارة فاسدة والاجرة محظورة - دليلنا - ان الاصل الاباحة فمن ادعى الحظر والمنع فعليه الدلالة فاما كراهية ما قلناه فعليه اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٢٧٠ - بيض ما لا يؤكل لحمه لا يجوز اكله ولا بيعه، وكذلك منى ما لا يؤكل لحمه، وللشافعى فيه وجهان - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم فانها تتضمن ذكر البيض فاما المنى فانه نجس عندنا وما كان نجساً لا يجوز بيعه ولا اكله بلا خلاف .

مسئلة ٢٧١ - بيض ما يؤكل لحمه اذا وجد فى جوف الدجاجة الميتة واكتسى الجلد الفوقانى فانه يجوز اكله وبيعه وللشافعى فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه والثانى لا يجوز دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ودلالة الاصل وقوله تعالى: « واهل الله البيع » والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧٢ - بذرود القز يجوز بيعه وللشافعي فيه وجهان - دليلنا - الاية ودلالة الاصل، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧٣ - يجوز بيع دود القز وبيع النحل اذ اذ آهائم اجتمعت في بيتها وحبسها فيه حتى لا يمكنها ان تطير ثم يعقد البيع عليها ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يجوز بيع دود القز ولا بيع النحل - دليلنا الاية والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧٤ - لا يجوز بيع العبد الا بق منفردا يجوز بيعه مع سلعة اخرى وقال الفقهاء باسره لا يجوز بيعه ولم يفصلوا وحكى عن ابن عمر انه اجازه ، و عن محمد بن سيرين انه قال : ان لم يعلم موضعه لم يجز وان علم موضعه جاز - دليلنا - على منع بيعه منفردا اجماع الفرقة ولانه لا يقدر على تسليمه ولانه يبيع الغرر فاما جوازه مع السلعة الاخرى فاجماع الفرقة و دلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧٥ - اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا (١) وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه ، وبه قال قوم من اصحابنا (٢) - دليلنا اجماع الفرقة ومن خالف منهم لا يعتد بقوله ، ولانه لا خلاف انه ممنوع من التصرف في ملك غيره والبيع تصرف ، وايضا روى حكيم عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع ماليس عنده وهذا نص ، وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال : لا تطلق الا فيما يملك ولا تعلق الا فيما يملك - لا يبيع الا فيما يملك فنفى ﷺ البيع في غير الملك ولم يفصل .

مسئلة ٢٧٦ - لا يجوز بيع الصوف على ظهور الغنم منفردا ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك والليث بن سعد : يجوز - دليلنا - اجماع الفرقة ولانه يبيع الغرر ، و روى ابن عباس ان النبي ﷺ نهى ان يباع الثمرة حتى يتبين صلاحها او يباع صوف

(١) قال في الجواهر من الغريب دعوى الشيخ وابن زهرة الاجماع على ذلك ولم نعرف القائل به غير من عرفت (ابن ادريس والفخر و مال اليه جماعة من المتأخرين بل اظن في المحدث البحراني)

(٢) هذا هو المشهور بل في الجواهر قيل كاد ان يكون اجماعا بل ربما اشعر قوله عندنا في التذكرة بالاجماع عليه كالمحكى عن الكركي في باب الوكالة

على ظهر والنهى يدل على فساد المنهى عنه .

مسئلة ٢٧٧ - المسك طاهر يجوز بيعه وشراؤه ، وبه قال اكثر الفقهاء ، وفي الناس من قال نجس لايجوز بيعه لانه دم- دليلنا- ان النجاسة حكم شرعى ولادلالة فى الشرع على نجاسة المسك و روى ابو سعيد الخدرى ان النبى ﷺ قال اطيب الطيب المسك ولاخلاف ان النبى ﷺ كان يتطيب به ولم يكن يتطيب بالنجاسات .

مسئلة ٢٧٨ - يجوز بيع المسك فى فاره والاحوط (الاجود خل) ان يفتح ويشاهد وبه قال ابن سريج ، وقال باقى اصحاب الشافعى : لايجوز بيعه فى فاره حتى يفتح - دليلنا الاية ودلالة الاصل ، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧٩ - يجوز بيع الاعمى وشراؤه سواء ولد اعمى او عمى بعد صحتة ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى : ان كان ولد اعمى فلايجوز بيعه وشراؤه فى الاعيان بل يوكل وان كان بصير اثم عمى فان باع شيئاً او اشتراه ولم يكن زآء فلايجوز بيعه وشراؤه ، وان كان قدراه فان كان الزمان يسيراً لايتغير فى العادة او كان الشىء مما لا يفسد فى الزمان الطويل مثل الحديد والرصاص جازي بيعه ، فان وجد على ماراه فلا خيار له ، وان وجد متغيراً كان بالخيار ، وان كان الزمان تطاول والشىء مما يتغير مثل أن يكون عبداً صغيراً فكبر او شجرة صغيرة فكبرت فان بيعه لايجوز لان البيع (المبيع خل) مجهول الصفة، هذا اذا قال ان يبيع خيار الرؤية لايجوز ، واذا قال انه يجوز بيع خيار الرؤية ففيه وجهان احدهما لايجوز لان بيع خيار الرؤية يتعلق برؤيته وهذا لا يصح فى الاعمى ، والثانى يجوز ويؤكل من يصفه فان رضيه قبضه وان كرهه فسخ البيع - دليلنا - قوله تعالى «واحل الله البيع» ولم يخص وقوله «واشهدوا اذا تباعتم» ولم يفرق ، وايضاً فان جماعة من الصحابة كفوا ولم يقل احد انهم منعوا من البيع ولو منعوا النقل ذلك .

مسئلة ٢٨٠ - اذا نجش بامر البايع ومواطاته وهوان يزيد فى السلعة ليقتدى به المشتري فيشتريه يصح البيع بالاخلاف ، ولكن للمشتري الخيار ، واختلف اصحاب الشافعى فى ذلك فقال ابو اسحاق المرزى: مثل ما قلناه ومنهم من قال لا خيار له وهو قول ابن ابى هريرة وظاهر قول الشافعى - دليلنا - ان هذا تدليس وعيب وجب ان يثبت

الخيار مثل ساير العيوب وان قلنا انه لا خيار له كان قوباً لان العيب ما يكون بالمبيع و هذا ليس كذلك ، وللبايع والمشتري حكم نفسه فيما يشتره دون حكم غيره فاذا اشترى مضى شراؤه .

مسئلة ٢٨١ - لا يجوز ان يبيع حاضر لباد سواء كان بالناس حاجة الى مامعهم او لم يكن لهم حاجة فان خالف اثم وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وفي اصحابه من قال اذا لم يكن بهم حاجة الى مامعهم جاز ان يبيع لهم - دليلنا - عموم الخبر في النهي عن ذلك من قوله صلى الله عليه وآله لا يبيعن حاضر لباد

واقفي الر كبان

مسئلة ٢٨٢ - تلقى الر كبان لا يجوز ان تلقى واشترى كان البايع بالخيار اذا ورد السوق الا ان ذلك محدود باربعة فراسخ فان زاد على ذلك كان جلبا ولم يكن به بأس وللشافعي فيه قولان احدهما لا يجوز ولم يحده ، والثاني ليس له الخيار - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وروى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن تلقى الجلب فان تلقى متلق فاشتره فصاحب السلعة بالخيار اذا ورد السوق وهذا نص .

مسئلة ٢٨٣ - يكره البيع والسلف في عقد واحد وليس بمحظور ولا فاسد وهو ان يبيع دار على ان يقرض المشتري الف درهم او يقرضه البايع الف درهم وليس ذلك بمحظور وقال الشافعي : ذلك حرام - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم و ايضا الاصل الاباحة و المنع يحتاج الى دليل و ايضا البيع صحيح بالانفراد والقرض صحيح مثله فمن ادعى ان الجمع بينهما فاسد فعليه الدلالة

مسائل القرض

مسئلة ٢٨٤ - من اقرض غيره ما لا على ان يأخذه في بلد آخر ويكتب له به سفتجة (نسخة خ ل) كان جائزاً وقال الشافعي : اذا شرط ذلك كان حراماً - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، و ايضا الاصل الاباحة والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٨٥ - يجوز ان يقرض غيره ما لا ويرد بدله (عليه خل) خيراً أمنه من غير شرط سواء كان ذلك عادة او لم يكن، وبه قال اكثر اصحاب الشافعى، ومنهم من قال: اذا كانت ذلك عادة لا يجوز - دليلنا - ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل وعليه اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٢٨٦ - اذا شرط فى القرض ان يرد عليه اكثر منه او اوجوده فيما لا يصح فيه الربا مثل ان يقول اقرضتك ثوباً بشويين كان حراماً وهو مذهب اكثر اصحاب الشافعى وقال ابو على فى الافصاح : يجوز ذلك كما يجوز فى البيع - دليلنا - اجماع الفرقة ، و ايضاً قوله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر منفعة فهو ربا .

مسئلة ٢٨٧ - اذا لم يجد مال القرض بعينه وجب عليه مثله وعليه اكثر اصحاب الشافعى ، وفيهم من قال يجب عليه قيمته كالمتلف - دليلنا - انه اذا قضى مثله برئت ذمته واذا رد قيمته لم يدل دليل على برائتها ، وايضاً فالذى اخذه عين مخصوصة فمن نقل الى قيمتها فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٨٨ - كلما يضبط بالوصف او يصح السلم فيه يجوز اقرضه من المكمل والموزون والمذروع والحيوان وغيره ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة: لا يجوز القرض فى الثياب ولا فى الحيوان ولا يجوز الا فيما له مثل من المكمل والموزون - دليلنا - عموم الاخبار فى جواز القرض والحث على فعله والتخصيص يحتاج الى دلالة وايضاً الاصل الاباحة والحظر يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٨٩ - يجوز استقرض الخبز وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا يجوز وقال ابو يوسف : يجوز وزناً وقال محمد: يجوز عدداً - دليلنا - عموم الاخبار فى جواز القرض ودلالة الاصل وايضاً هو اجماع فان الناس يستقرضون من عهد النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا الخبز من غير تناكر بينهم فمن خالف خالف الاجماع .

مسئلة ٢٩٠ - ليس لاصحابنا نص فى جواز اقرض الجوارى ولا عرف لهم فتياو الذى يقتضيه الاصول انه على الاباحة ويجوز ذلك سواء كان ذلك من اجنبى او من ذى رحم لها ومتى اقرضها ملكها المستقرض بالقرض ، و يجوز له وطئها ان لم تكن ذات رحم

محرمه وبه قال داود ومحمد بن حرير الطبري وقال الشافعي: يجوز اقرارها من ذى رحمها مثل ابيها واخيها او عمها او خالها لانه لا يجوز لهم وطئها فاما الاجنبى ومن يجوز له وطئها من القرابة لا يجوز قولوا واحدا - دليلنا - ان الاصل الاباحة (١) والحظر يحتاج الى دليل وايضاً الاخبار التى رويت فى جواز القرض والحث عليه عامه فى جميع الاشياء الاماخرجه الدليل ، وايضاً روى عن النبى ﷺ انه قال: الناس مسلطون على اموالهم وقال لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه و قال الله تعالى « او فوا بالعقود » و القرض عقد بالاخلاف .

مسئلة ٢٩١ - المستقرض يملك القرض بالقبض واختلف اصحاب الشافعى فى ذلك فمنهم من قال مثل ما قلناه ومنهم من قال يملك بالتصرف فيه - دليلنا - على انه يملك بالقبض انه اذا قبض جازله التصرف فيه فلو لم يملكه لم يجز له التصرف فيه .

مسئلة ٢٩٢ - يجوز للمستقرض ان يرد مال القرض على المقرض بالاخلاف واما المقرض فعندنا ان له الرجوع فيه ولا صحاب الشافعى فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه ومنهم من قال: ان قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع وان قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف - دليلنا - انه عين ماله (ملكه خ ل) (٢) فكان له الرجوع فيه لان المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٩٣ - من كان له على غيره دين من ثمن متاع حالاً او اجرة او صداقاً فحط منه شيئاً او حط جميعه كان جازراً وان اجله لم يصر مؤجلاً ويستحب له الوفاء به سواء كان ذلك ثمناً او اجرة او صداقاً او كان قرضاً او ارش جنائية وان اتفقا على الزيادة لم يصح وام يثبت وان حط من الثمن شيئاً او حط جميعه كان ذلك ابراءً ولا يباحق بالعقد ويكون ابراء

(١) هذا يجرى فى الاقراض من ذى رحم واما فى غيرهم فيشكل اذا لاهتمام فى الفروج يمنع فى اجراء اصل الاباحة فى عدم نقل الفتوى عن احد ممن تقدم على الشيخ وان ادعى فى الجواهر عدم الخلاف بيننا على الجواز والله العالم
(٢) فيه انه عين مال المقرض لا المقرض لما مر فى المسئلة السابقة من ان المقرض يملكه بالقبض فعليه يحتاج الرجوع الى دليل

في الوقت الذي أبرأ فيه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة التأجيل يثبت في الثمن والاجرة والصداق ويلحق بالعقد وكذلك الزيادة واما الحط فينظر فيه فان كان لبعض الثمن لحق بالعقد وان كان لجميع الثمن لم يلحق بالعقد وكان ابراء من الوقت الذي أبرأ منه قال: واما في الدين من جهة القرض او ارش الجناية فانه لا يثبت فيهما التأجيل ولا الزيادة بحال و قال مالك: يثبت التأجيل في الجميع من الثمن والاجرة والصداق والقرض وارش الجناية وقال في الزيادة مثل قول ابي حنيفة - دليلنا - انه اذا ثبت الحق باحد الاسباب المتفق عليه فالزيادة عليه والحاقها به يحتاج الى دلالة والاصل عدمها .

بيع الصبي

مسئلة ٢٩٤ - لا يصح بيع الصبي وشراؤه سواء اذن له فيه الولي او لم يأذن وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة: ان كان باذن الولي صح وان كان بغير اذنه وقف على اجازة الولي دليلنا - ان البيع والشراء حكم شرعي ولا يثبت الا بشرع وليس فيه ما يدل على ان بيع الصبي وشراؤه صحيحان وايضاً قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ .

مسئلة ٢٩٥ - الولي اذا كان فقيراً اجاز له ان يأكل من مال اليتيم اقل الامرين من كفايته او اجرة مثله ولا يجب عليه القضاء وللشافعي فيه وجهان احدهما مثل ما قلناه والثاني ان عليه القضاء - دليلنا - قوله تعالى «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف» ولم يوجب القضاء .

تصرفات العبد

مسئلة ٢٩٦ - لا يصح شراء العبد بغير اذن مولاه بثمان في ذمته و به قال ابو سعيد الاصطخري عن اصحاب الشافعي وقال ابن ابي هريرة يصح - دليلنا - قوله تعالى «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» والبيع من جملة الاشياء فوجب ان لا يكون قادراً عليه .

مسئلة ٢٩٧ - اذا اذن المولى العبد في التجارة فرب كبه دين فان كان اذن له في

الاستدانة قضي مما في يده من المال وان لم يكن في يده مال كان على المولى القضاء عنه و ان لم يكن اذن له في الاستدانة كان ذلك في ذمته يطالب به اذا اعتق وقال الشافعي: متى اذن له في التجارة فر كبه دين فان كان في يده مال قضي عنه وان لم يكن في يده مال يقضى منه كان في ذمته يتبع به اذا اعتق ولا يباع فيه وقال ابو حنيفة: يباع العبد فيه اذا طال به الغرماء ببيعه - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها، وايضاً فقد ثبت ان العبد لا يملك فاذا اذن له في التجارة فر كبه الدين فلا يجوز ان يباع فيه لانه ملك الغير وايجاب ببيعه و القضاء به يحتاج الى دلالة، والشرع خال منه، والاصل برائة الذمة .

مسئلة ٢٩٨ - اذا اقر العبد على نفسه بجناية توجب القصاص عليه او الحد لا يقبل اقراره في حق المولى ولا يقتص منه مادام مملوكه قال زفر والمزني وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي يقبل اقراره ويقتص منه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً فان اقراره على نفسه يتضمن اقراراً على الغير لانه ملك الغير فاذا اقر بما يوجب القصاص كان ذلك اقراراً باتلاف مال الغير فيجب ان يكون باطلاً.

مسئلة ٢٩٩ - اذا اقر العبد بسرقة توجب القطع لا يقبل اقراره وقال الشافعي: يقبل

اقراره قولاً واحداً وتقطع يده - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٣٠٠ - اذا اقر العبد بمال وقد تلف المال لا يقبل اقراره وقال الشافعي: ان كان

تالفا فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم والثاني يقبل اقراره - دليلنا ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٠١ - اذا اقر العبد بمال في يده لغير سيده لا يقبل اقراره وقال ابن سريج

فيه قولان وفي اصحابه من قال لا يقبل اقراره قولاً واحداً - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

ما يصح بيعه وما لا يصح من الكلاب وغيرها

مسئلة ٣٠٢ - يجوز بيع كلاب الصيد ويجب على قاتلها قيمتها اذا كانت معاملة

ولا يجوز بيع غير الكلب المعلم على حال وقال ابو حنيفة ومالك: يجوز بيع الكلاب مطلقاً

الا انه مكروه فان باعه صح البيع ووجب الثمن وان اتلفه متلف لزمته قيمته وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلاب معلمة كانت او غير معلمة ولا يجب على قاتلها القيمة - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم لا يختلفون فيه ويدل على ذلك ايضاً قوله تعالى « واحل الله البيع » وقوله « الا ان تكون تجارة عن تراض » ولم يفصل وروى جابر ان النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلاب والسنور الا كلب الصيد وهذا نص .

مسئلة ٣٠٣ - يجوز اجارة كلب الصيدواختلف اصحاب الشافعي فمنهم من قال لا يجوز اجارته مطلقا وهو الصحيح عندهم ، ومنهم من قال: يجوز اجارته ذهب اليه ابو العباس ابن القاص في التخليص (التلخيص خل) - دليلنا - انا قد دللنا على جواز بيعه ، وكل من قال بجواز بيعه قال بجواز اجارته .

مسئلة ٣٠٤ - يجوز اقتناء الكلب لحفظ البيوت ، ولاصحاب الشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم حصليهم ، ومنهم من قال: لا يجوز لان السنة خصت كلب الصيد والماشية والزرع - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٣٠٥ - يجوز اقتناء الكلب لحفظ الماشية او الحرث او الصيد ان احتاج اليه وان لم يكن له في الحال ماشية ولا حرث ، ولاصحاب الشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثاني انه لا يجوز ، وقالوا في تربية الجرو وهو فرخ الكلب ايضاً وجهان دليلنا - ظواهر الاخبار ولان الاصل الاباحة، والمنع يحتاج الى دليل.

بيع القرود

مسئلة ٣٠٦ - القرود لا يجوز بيعه ، وقال الشافعي : يجوز بيعه - دليلنا - اجماع الفرقة على انه مسخ نجس ، وما كان كذلك لا يجوز بيعه بالاتفاق .

مسئلة ٣٠٧ - لا يجوز بيع الغراب الا بقع اجماعاً ، والاسود عندنا مثل ذلك سواء كانت كباراً او صغاراً ، وقال الشافعي: الصغار منها على وجهين - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم فانها عامة .

مسئلة ٣٠٨ - لا يجوز بيع شيء من المسوخ مثل القرود والخنزير والذب والثلعلب

والارنب والذئب و الفيل وغير ذلك مما سنينه ، وقال الشافعي : كلما ينفع به يجوز بيعه مثل القرد والفيل وغير ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ان الله تعالى اذا حرم شيئاً حرم ثمنه وهذه الاشياء محرمة اللحم بلا خلاف الا الثعلب فان فيه خلافاً وهذا نص .

عدم امكان تطهير زيت النجس بالغسل

مسئله ٣٠٩ - الزيت النجس لا يمكن تطهيره بالغسل واختلف اصحاب الشافعي فيه فقال ابو اسحاق المرزى وابو العباس بن سريج : يمكن غسله وتنظيفه ، و هل يجوز بيعه؟ فيه وجهان والصحيح عندهم انه لا يجوز ، وقال ابو علي بن ابي هريرة في الافصاح : من اصحابنا من قال لا يصح غسله كالسمن - دليلنا - انا قد علمنا نجاسته بالاتفاق و طريق تطهيره الشرع وليس في الشرع ما يبدل عليه .

مسئله ٣١٠ - سرجين ما يؤكل لحمه يجوز بيعه وقال ابو حنيفة: يجوز بيع السراجين وقال الشافعي : لا يجوز بيعها ولم يفصلا - دليلنا - على جواز ذلك انه طاهر عندنا و من منع منه فانما منع لنجاسته ، ويدل على ذلك بيع اهل الامصار في جميع الاعصار لزروعهم وثمارهم (شايهم خل) ولم نجد احداً ذكره ذلك ولا خلاف (مخالف خل) فيه فوجب ان يكون جازياً ، واما النجس منه فلدلالة اجماع الفرقة ، وروى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انه قال ان الله تعالى اذا حرم شيئاً حرم ثمنه وهذا محرم بالاجماع فوجب ان يكون بيعه محرماً .

بيع الخمر والاختلاف فيه

مسئله ٣١١ - لا يجوز بيع الخمر وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة: يجوز ان يوكل ذمياً ببيعها وشرائها - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً روى عن عايشة انها قالت: ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حرم التجارة في الخمر ، وروى عنه انه قال ان الذي حرم شرابها حرم بيعها ، وروى ابن عباس قال : ان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اتاه جبرائيل فقال : يا محمد ان الله لعن الخمر وعاصرها

ومعتصراها وحاملها والمحمول اليه وشاربها وباعها ومبتاعها وساقياها ، وروى جابر انه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح بمكة يقول: ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ﷺ افرابت شعوم الميتة؟ فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: لا هو حرام ثم قال: قاتل الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعومها حملوها ثم باعوها فاكلوا ثمنها.

مسئلة ٣١٢ - يجوز بيع الزيت النجس لمن يستصبح به تحت السماء، وقال ابو حنيفة: يجوز بيعه مطلقا وقال مالك والشافعي: لا يجوز بيعه بحال - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً قوله تعالى «احل الله البيع وحرم الربا» وقوله ((الا ان تكون تجارة عن تراض)) وهذا بيع وتجارة وايضاً دلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل، وروى ابو علي بن ابي هريرة في الافصاح ان النبي ﷺ اذن في الاستصباح بالزيت النجس وهذا يدل على جواز بيعه للاستصباح وان لغيره لا يجوز اذا قلنا بدليل الخطاب.

مسئلة ٣١٣ - يجوز بيع لبن الادميات وبه قال الشافعي واحمد، وقال ابو حنيفة ومالك: لا يجوز - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ٣١٤ - يجوز بيع لبن الاتن وخالف جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً فقد ثبت عندنا ان لحم الحمار غير محرم بل هو مباح وكل من قال باباحته قال بجواز بيع لبنه.

مسئلة ٣١٥ - اذا اشترى كافر عبداً مسلماً لا ينعقد الشراء ولا يملكه الكافر وبه قال الشافعي في الاملاء وقال في الام يصح الشراء ويملكه ويجبر على بيعه وبه قال ابو حنيفة واصحابه - دليلنا - قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) وهذا عام في جميع الاحكام.

مسئلة ٣١٦ - لا يجوز بيع رباة مكة واجارتها وبه قال ابو حنيفة ومالك، وقال الشافعي: يجوز - دليلنا - قوله تعالى (ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد والمسجد الحرام) اسم لجميع الحرم بدلالة قوله تعالى (سبحان الذي اسرى به عبده ليلا من المسجد

الحرام الى المسجد الاقصى)

وانما اسرى به من بيت خديجة، وروى من شعبا بنى طالب رضي الله عنه فسماه مسجداً فدل على ما قلناه وروى عن عبدالله بن عمر انه قال الحرم كله مسجد، ويدل على ان بيعها واجارتها لا يجوز ما رواه عبدالله بن عمر وبن العاص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام اجرة بيوتها وهذانص، وروى عن علقمة بن نضلة الكندى انه قال: كانت تدعى بيوت مكة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابى بكر وعمر السوايب لا تباع من احتاج سكن، ومن استغنى اسكن، وروى عن النبي انه قال: منى مناخ من سبق، وعليه اجماع الفرقة واخبارهم وهي كثيرة اوردناها في الكتاب الكبير ولا اعرف خلافاً بينهم في ذلك

مسئلة ٣١٧- اذا وكل مسلم كافراً في شراء عبد مسلم لم يصح ذلك وللشافعي فيه قولان - دليلنا - قوله تعالى: (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) وهذا عام في جميع الاحكام .

مسئلة ٣١٨- اذا قال كافر لمسلم اعتق عبدك عن كفارتى فاعتقه لم يصح اذا كان مسلماً وان كان كافراً يصح، وقال الشافعي: يصح على كل حال ويدخل في ملكه ويخرج منه بالعتق ولم يفصل - دليلنا - انا قدينا ان الكافر لا يصح ان يملك المسلم والعتق فرع على الملك فاذا لم يصح ملكه لم يصح عتقه، و اذا كان كافراً جاز ان يملكه فيصح عتقه فينتقل اليه بالملك ثم يعتق.

مسئلة ٣١٩ - اذا استأجر كافر مسلماً للعمل في الذمة صح بلا خلاف، واذا استأجره مدة من الزمان شهراً او سنة ليعمل له عملاً صح ايضاً عندنا، واختلف اصحاب الشافعي ففهم من قال: فيه قولان كالشراء، ومنهم من قال: لا يصح قولاً واحداً - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ٣٢٠ - اذا اشترى رجل من غيره عبداً فقبضه ثم ظهر به عيب فانه يرد به بكل عيب يظهر فيه في مدة الثلاثة ايام من حين العقد ما يظهر بعد الثلاث فانه لا يرد منه الا بثلاثة عيوب الجنون، و الجذام، و البرص، فانه يرد به الى سنة ولا يرد به بعد سنة بشىء من العيوب وقال الشافعي: لا يرد به بشىء من العيوب التي تحدث بعد القبض - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فقد بينا فيما تقدم ان الخيار في الحيوان ثلاثة

ايام شرط اوله يشرط، واذا ثبت ذلك فكل عيب يحدث في مدة الثلاثة للمشتري الخيار فيه ، و ايضاً روى الحسن البصرى عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال : عهدة الرقيق ثلاثة ايام

مسئلة ٣٢١- اذ رهن المبيع قبل قبضه من البايع صبح رهنه، ولاصحاب الشافعى فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه وهو نص الشافعى فى التخليص (التلخيص خج)، والاخر لا يصح الأبعد القبض - دليلنا - انا قد بينا انه يملك بالعقد فاذا ثبت ذلك فلا مانع يمنع من ارضائه ما يملكه ولا دليل عليه .

كتاب السلم

مسئلة ١- يجوز السلم في المعدوم اذا كان مأمون الانقطاع في وقت المحل، وبه قال مالك والشافعي واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة : لايجوز الا ان يكون جنسه موجوداً في حال العقد والمحل وما بينهما، وبه قال الثوري والاوزاعي - دليلنا- اجماع الفرقة واخبارهم وروى عبدالله بن عباس قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فقال النبي ﷺ: من سلف فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم واجل معلوم واقربهم على ما كانوا عليه من السلف في التمر سنتين ونحن نعلم ان التمر ينقطع في خلال هذه المدة.

مسئلة ٢- اذا سلم في رطب الى اجل فلما حل الاجل لم يتمكن من مطالبته لغيبة المسلم اليه اول غيبته او هرب منه او توارى من سلطان وما اشبه ذلك ثم قدر عليه وقد انقطع الرطب كان المسلف بالخيار بين ان يفسخ العقد وبين ان يصبر الى العام القابل وللشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم، والاخر ان العقد يفسخ دليلنا - ان هذا العقد كان ثابتاً بلا خلاف، فمن حكم بانفساخه فعليه الدلالة

مسئلة ٣- السلم لا يكون الا مؤجلاً ولا يصح أن يكون حالاً قصر الاجل ام (اوخل) طال، وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعي: يصح أن يكون حالاً اذا اشترط ذلك او يطلق فيكون حالاً، ومنهم من قال: من شرطه أن يكون حالاً ويكون السلم في الموجود فاما اذا سلم في المعدوم فلا يجوز حالاً ولا مؤجلاً الى حين لا يوجد فيه؛ وانما يجوز الى حين

يوجد فيه غالباً ، وبه قال عطا و ابو ثور ، وهو اختيار ابى بكر بن المنذر، و عن مالك روايتان : احدهما مثل ما قلناه روى عنه ابن عبد الحكم والآخرى لا بد فيه من ايام يتغير فيه الأسواق ، روى عنه ابن القسّم ، وقال الاوزاعى : ان سميت اجلا ثلاثة ايام فهو بيع السلف فجعل اقل الاجل ثلاثة ايام - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً فلا خلاف فى صحة ما اعتبرناه وما قاله المخالف : ليس عليه دليل وروى ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال : من سلف فليسلف فى كيل معلوم ، ووزن معلوم ، و اجل معلوم ، وروى الى اجل معلوم والامر يقتضى الوجوب

مسئلة ٤ - رأس المال ان كان معيناً فى حال العقد ونظر اليه فانه لا يكفى الا بعد أن يذكر مقداره سواء كان مكيلا او موزناً او مذروعاً ولا يجوز جزأً وان كان مما يباع كذلك مثل الجواهر واللؤلؤ فانه يغنى المشاهدة عن وصفه وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه وهو اختيار ابى اسحاق المرزى فى الشرح ، والثانى لا يصح (يجب ص ف خ ل) وهو اختيار المزنى وهو الصحيح عند سائر اصحابه وقال ابو حنيفة : ان كان رأس المال من جنس المكيل او الموزون لا بد من بيان مقداره وضبطه بصفاته ولا يجوز أن يكون جزأً وان كان من جنس المذروع مثل الثياب فلا يجب ذلك ، ويكفى تعيينه ومشاهدته وقال اصحاب مالك : لانعرف لمالك نصاً دليلنا - ان ما اعتبرناه لا خلاف انه يصح معه السلم ولادليل على صحة ما قالوه ، فوجب اعتبار ما قلناه

مسئلة ٥ - كل حيوان يجوز بيعه بجوز السلم فيه من الرقيق والابل والبقر والغنم والحمير والدواب والبغال ، وبه قال مالك والشافعى واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة : لا يجوز السلم فى الحيوان وبه قال الثورى والاوزاعى - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير وايضاً قال الله تعالى «واحل الله البيع» وهذا بيع و روى عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال : امرنى رسول الله ان اجوز جيشاً وليس عندنا ظهر فامر النبي ﷺ ان يبتاع البعير بالبعيرين وبالابرة الى خروج المصدق وهو نص ، وروى ان الحسن بن على بن ابي طالب عليهم الصلوة والسلام باع جمالا يدعى عصفراً (عضف خ ل) بعشرين بعير الى اجل وروى نافع عن ابن عمر ان عبد الله بن عمر اشترى حلة باربعة ابرة يوفيهما صاحبها

بالربذة وروى القسم بن محمدان عبد الله بن مسعود اسلم في وصايف احدهم ابو زائدة مولاة ، وروى عن عبد الله بن عمر انه سئل عن السلم في الوصايف فقال: لا بأس، وبه روى عطا عن عبد الله بن عباس انه لم ير بذلك بأساً وهذا يدل على اجماع الصحابة لانه لم يرو عن احد النكر (النكير خ ل) في ذلك

مسئلة ٦ - من شرط صحة السلم قبض رأس المال قبل التفرق وبه قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : ان تفرقا قبل القبض من غير ان يكون تأخير القبض شرطاً كان جازياً وان لم يقبضه ابداً ، وان كانا شرطاً تأخير القبض فان كان ذلك اليوم واليومين جاز وان كان أكثر من ذلك لم يجز - دليلنا - انا جمعنا على انه متى قبض الثمن صح العقد ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن فوجب اعتباره ما قلناه

مسئلة ٧ - لا يجوز ان يؤجل السلم الى الحصاد والدياس والجذاذ والصرام وبه قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : ذلك جاز - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وايضاً فاذا عين اجلاً معلوماً فلا خلاف في صحة العقد ولادليل على صحته اذا ذكر ما قاله المخالف، وروى عن عبد الله بن عباس انه رضي الله عنه قال: لا يتابعوا الى الحصاد ولا الى الدياس ولكن الى شهر معلوم وهذا نص .

مسئلة ٨ - اذا جعل محله في يوم كذا او في شهر كذا او في سنة كذا جاز ولزمه بدخول الشهر واليوم والسنة ، وبه قال ابن ابي هريرة من اصحاب الشافعي نصاً وباقي اصحابه لا يجوزونه لانه جعل اليوم ظرفاً لحلوله ولم يبين فيصير تقديره يحل في ساعة من ساعاته ووقت من اوقاته وذلك لا يجوز - دليلنا - ان هذا معلوم وليس بمجهول لانه اذا كان اليوم معلوماً واوله معلوماً وهو طلوع الفجر ووجب بطوعه (ع الفجر) فصار الوقت والساعة معلومين وكذلك اذا كان الشهر معلوماً واوله معلوماً فليس ذلك بمجهول فبطل قول المخالف .

مسئلة ٩ - اذا كان السلم مؤجلاً فلا بد من ذكر موضع التسليم فان كان في محله مؤنة فلا بد من ذكره ايضا وللشافعي في ذلك (ذكر خ ل) الموضوع قولان: احدهما يجب شرطه (ذكره خ ل) واليه ذهب ابو اسحاق في الشرح قال فاذا اخل به بطل السلم، والثاني

لا يجب ذكره واليه ذهب القاضى ابو حامد فى جامعه وقال : اولى القولين انه يجب ذكره وهكذا ذكره ابو على فى الافصح واما المؤنة اذا (انخل) كانت فوجب (يجب خل) ذكرها ذكره ابن القاص وقال ابو الطيب الطبرى : الصحيح انه يجب ذكر الموضوع والمؤنة دليلنا - طريقة الاحتمياط لانه اذا ذكر الموضوع والمؤنة صح السلم بالاخلاف واذا لم يذكرهما فلا دليل على صحته .

مسئلة ١٠ يجوز السلم فى الاثمان مثل الدراهم والدنانير اذا كان رأس المال من غير جنسهما مثل الثياب والحيوان او غيرهما ، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: لا يجوز السلم فى الاثمان - دليلنا - عموم الاخبار المتضمنة لذكر السلم مثل قوله عليه السلام من سلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم واجل معلوم ولم يفرق وهى على عمومها وقوله تعالى «واحل الله البيع» وهذا بيع وايضا دلالة الاصل

مسئلة ١١ - اذا سلف دراهم فى دراهم او فى دنانير مطلقا كان باطلا وقال الشافعى اذا طلق كان حالا فان قبضه فى المجلس وقبضه رأس المال جاز وهو اختيار ابى الطيب الطبرى ، وفى اصحابه من قال: لا يجوز - دليلنا - ما قدمناه من ان السلم لا يصح الا مؤجلا فاذا ثبت ذلك لا يصح فى الدراهم مع الدنانير ، والدراهم مع الدراهم لان الصرف لا يجوز فيه التأخير اصلا بالاجماع.

مسئلة ١٢ - لا يجوز السلم فى اللحوم ، وقال الشافعى: يجوز على اختلافها اذا ذكر جنسها (او صافها خل) - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ولان ذلك لا يمكن ضبطه بالصفة من السمن والهزال لانه لا ينحصر وذلك يؤدى الى كونه مجهولا .

مسائل الاقالة

مسئلة ١٣ - الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين سواء كان قبل القبض او بعده وفى حق غيرهما ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك : الاقالة بيع وقال ابو حنيفة: فى حق المتعاقدين فسخ وفى حق غيرهما بيع وفايده فى وجوب الشفعة بالاقالة فعند ابى حنيفة يجب الشفعة بالاقالة وعندنا وعند الشافعى لا تجب ، وقال ابو يوسف : الاقالة فسخ قبل القبض وبيع

بعده الاقاة العقار فان الاقالة يبيع فيها سواء كان قبل القبض او بعده ، لان يبيع العقار جازي
 قبل القبض وبعده عنده - دليلنا - ماروى ابو صالح عن ابى هريرة عن النبي ﷺ انه قال: من
 اقال نادماً في يبيع اقاله الله نفسه يوم القيامة واقالة نفسه هي العفو والترك فوجب أن يكون الاقالة
 فى البيع هي الترك والعفو ايضاً فلو كان الاقالة يبعأ لوجب أن يكون الى المتبايعين نقصان
 الثمن وزيادته والتأجيل والتعجيل فلما أجمعنا على ان الاقالة لا يصح فيها شىء من
 ذلك دل على أنها ليست ببيع ، وايضاً لو كانت الاقالة بيعاً لم يصح الاقالة فى السلم لان
 البيع فى السلم لا يجوز قبل القبض فلما صحت الاقالة فيه اجماعاً، دل على انها ليست ببيع
 وايضاً فقد اجمعنا على ان رجلاً لو اشترى عبدين فمات أحدهما ثم تقايلا صحت الاقالة فلو
 كانت بيعاً لوجب ان لا يصح لان بيع الميت مع الحي لا يصح .

مسئلة ١٤ - اذا قاله باكثر من الثمن او باقل او بجنس غيره كانت الاقالة فاسدة
 والمبيع على ملك المشتري كما كان وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة: يصح الاقالة ويبطل
 الشرط - دليلنا - ان كل من قال بان الاقالة فسخ على كل حال قال بهذه المسئلة فالفرق
 بين الامرين خارج عن الاجماع

مسئلة ١٥ - تصح الاقالة فى بعض السلم كما تصح فى جميعه ، وبه قال الشافعى و
 ابو حنيفة وسفيان الثورى ، وبه قال عطاء وطاوس و عمرو بن دينار والحكم بن عيينة وفى
 الصحابة عبد الله بن عباس، وقال: لا بأس به وهو من المعروف وهو اختيار ابى بكر بن المنذر و
 قال مالك وربيعة والليث بن سعد وابن ابى ليلى: لا يجوز ذلك وكره احمد بن حنبل ذلك ، و
 قال ابو بكر بن المنذر: هو قول ابن عمر والحسن البصرى وابن سيرين و النخعى - دليلنا
 مارويناه عن ابى هريرة عن النبي ﷺ انه قال: من اقال نادماً في يبعه اقاله الله نفسه يوم القيامة
 وهذا اقالة وروى عن ابن عباس انه قال: لا بأس بذلك وهو من المعروف ولا يخالفه
 مسئلة ١٦ - اذا اقاله اجازان يأخذ مثل ما اعطاه من غير جنسه مثل ان يكون اعطاه دنانير

فياًخذ درهم او عرضاً فياًخذ درهم وما شبه ذلك، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: لا يجوز ان يأخذ
 بدله شيئاً آخر استحساناً - دليلنا - قوله تعالى ((واحل الله البيع)) وقوله (او فوا بالعقود)
 وهذا عام وقول النبي صلى الله عليه وآله اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ولم يفرق

فهو على عمومه .

مسئلة ١٧ - اذا سلف فى شىء فلا يجوز ان يشرك فيه غيره ولا ان يولىه بالشركة وهو ان يقول له رجل شاركنى فى نصفه بنصف الثمن والتولية ان يقول ولنى جميعه بجميع الثمن او ولنى نصفه بنصف الثمن فلا يجوز ، وبه قال ابو حنيفة و الشافعى ، وقال مالك : يجوز ذلك - دليلنا - ان جواز ذلك يحتاج الى دليل ، وروى عن النبى ﷺ انه نهى عن بيع مالم يقبض وروى ابن عمر ان النبى ﷺ قال: من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه وروى ابو سعيد الخدرى ان النبى ﷺ قال: من اسلم فى شىء فلا يصرفه الى غيره و التولية و الشركة بيع قبل القبض و صرف للمسلم فيه قبل قبضه فوجب ان لا يصح لعموم الخبر .

مسئلة ١٨ - اذا قال المسلم للمسلم اليه عجل لى حقى وانا آخذ دون ما استحققة او ادلى منه (اروى خل) بطيبة من نفسه كان جائزاً و قال الشافعى: لا يجوز - دليلنا ان الصلح و التراضى بين المسلمين جائز و الممنوع منه يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٩ - لا يجوز السلم فى الجوز و المبيض الا وزناً ، وبه قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة: يجوز عدداً - دليلنا - ان ذلك يختلف بالصغر و الكبر و يختلف ثمنه بذلك فلا يضبط بالصفة فوجب ان لا يصح السلف فيه لذلك فاما البطيخ فلا يجوز السلم فيه اجماعاً .

مسئلة ٢٠ - لا يصح السلف فى الرأس سواء كانت مشوية او نية اما المشوية فلا خلاف فيها مثل اللحم المطبوخ فانه لا خلاف انه لا يجوز السلم فيه، واما النية فللشافعى فيه قولان: احدهما يجوز، و به قال مالك و الثانى لا يجوز و به قال ابو حنيفة - دليلنا - ان ذلك يختلف و لا يمكن ضبطه بالصفة فيجب ان لا يجوز .

مسئلة ٢١ - اختلف روايات اصحابنا فى السلم فى الجلود فروى انه لا بأس به اذا شاهد (شف خ ل) الغنم، وروى انه لا يجوز، و قال الشافعى : لا يجوز ولم يفصل - دليلنا - على جوازه قوله تعالى ((واحل الله البيع)) ولم يفصل و الاخبار المرورية فى هذا المعنى مؤكدة

له وايضاً الاصل الجواز ولا مانع في الشرع يمنع منه .

مسئلة ٢٢ - اذا السلم مائة درهم في كرم من طعام و شرط خمسين نقداً وخمسين ديناً له في ذمة المسلم اليه صح السلم فيما نقده بحصته من المسلم فيه ولا يصح في الدين وبه قال ابو حنيفة وقال اصحاب الشافعي : لا يصح في الدين كما قلناه وهل يصح في النقد؟ قولان بناء على تفريق الصفقة - دليلنا - قوله تعالى ((واحل الله البيع)) وايضاً اجمعنا على فساد العقد في الدين ومن ادعى فساد في النقد فعليه الدلالة.

مسئلة ٢٣ - اذا السلم في جنسين مختلفين في حنطة وشعير صفقة واحدة او اسلم في جنس واحد الى اجلين او آجال فان السلم صحيح وهو الاظهر من قولى الشافعي وله قول آخر انه لا يصح - دليلنا - الاية ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ٢٤ - اذا اختلفا في قدر المبيع او قدر الاجل كان القول قول البايع مع يمينه * وان اختلفا في قدر الثمن كان القول قول المشتري مع يمينه اذا لم يكن مع احدهما بينة ، و قال الشافعي : يتحالفان في جميع ذلك - دليلنا - ان كل واحد منهما مدعى عليه فيما اوجبنا عليه فيه اليمين فيجب ان يكون صحيحاً مع فقد البينة .

مسئلة ٢٥ - اذا خالف انسان اهل السوق بزيادة سعر او نقصانه فلا اعتراض لاحد عليه ، وبه قال الفقهاء اجمع الاما لكافانه قال : يقال له اما ان تبيع بسعر اهل السوق و اما تنزل - دليلنا - ان النبي ﷺ امتنع من التسعير بالاخلاف فيه ولم يسئل عن السعر هل هو من الجماعة من اهل السوق او من بعضهم؟ بل اخبر ان ذلك من جهة الله تعالى ، وايضاً فانه مالك لا يجوز لاحد الاعتراض عليه الا بدليل ولا دلالة في الشرع على ذلك .

مسئلة ٢٦ - اذا السلم في تمر فاتاه بزيب او اسلم في ثوب قطن فاتاه بكتان و ترا ضيابه كان جايزاً ، وقال الشافعي : لا يجوز - دليلنا - قوله ﷺ الصلح جايز بين المسلمين الا ما حرم حالاً او حلال حراماً : ، و ايضاً الاصل جوازه و المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧ - اذا السلم في زيب رازقي مثلاً فاتاه بزيب خراساني او اسلم في ما عز فاتاه

بضان وتراضيا به كان جازياً ، وللشافعي فيه وجهان احدهما لا يجوز وبه قال ابو اسحاق والثاني يجوز وبه قال ابن ابي هريرة ، ومنهم من قال : في الزيب خلاف هذا وانما هو في الاجبار على فعله وجهان ويجوز التراضي وجهاً واحداً - دليلنا - قولنا بِإِذْنِ اللَّهِ الصلح جازين بين المسلمين .

مسئلة ٢٨ - من كان له عند غيره سلم لا يخاف عليه ولا هو مما يحتاج الى موضع كبير (كثير خ ل) يحفظه فيه فاتاه به قبل محله لم يلزمه قبوله ولا يجبر عليه وقال الشافعي : يجبر عليه وذلك مثل الحديد والرصاص وما اشبه ذلك - دليلنا - انه يجوز ان يكون له غرض في تأخيره واخذه في محله وان لم يظهر لنا ذلك لان اجباره على ذلك يحتاج الى دليل وعليه اجماع الفرقه فانها منصوصة لهم .

مسئلة ٢٩ - اذا شرط عليه مكان التسليم واعطاه في غيره وبذل له اجرة الحمل و تراضيا به كان جازياً وقال الشافعي : لا يجوز ان يأخذ العوض عن ذلك - دليلنا - انه لا مانع يمنع منه والاصل الاباحة .

مسئلة ٣٠ - اذا أخذ المسلم السلم وحدث عنده فيه عيب ثم وجد به عيباً كان قبل القبض لم يكن له رده وكان له المطالبة بالارش وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ليس له الرجوع بالارش - دليلنا - انه اذا ثبت انه انما يستحقه بريئاً من العيب فاذا اخذه معيباً كان له ارش عيبه فاما الرد فليس له اجماعاً .

مسئلة ٣١ - اذا جاء المسلم اليه بالمسلم فيه اجود مما شرط من الصفة ، وقال خذ هذا واعطني بدل الجودة دراهم لم يجز ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يجوز - دليلنا ان الجودة صفة لا يمكن افرادها بالبيع ولادليل على صحة ذلك .

مسئلة ٣٢ - اذا سلم جارياً صغيرة في جارياً كبيرة كان جازياً او قال ابو اسحاق المروزي : لا يجوز وقال باقي اصحاب الشافعي يجوز مثل ما قلناه - دليلنا - «قوله تعالى واحل الله البيع» ودلالة الاصل والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٣٣ - استصناع الخفاف والنعال والوانى من الخشب والصفير والرصاص والحديد لا يجوز ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يجوز لان الناس قد اتفقوا على ذلك

دليلنا - على بطلانه انا جمعنا على انه لا يجب تسليمها و انه بالخيار بين التسليم ورد الثمن والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك، ولان ذلك مجهول غير معلوم بالمعينة ولا موصوف بالصفة في الذمة فيجب المنع منه

مسئلة ٣٤- يجوز ان يشتري قلعة بدارهم على ان يجعلها مشتركة، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي : لا يجوز - دليلنا- اجماع الفرقة و اخبارهم تدل عليه وايضاً فالاصل جوازه والمنع يحتاج الى دلالة ، وايضاً فالناس يفعلون هذا من عهد النبي ﷺ الى يومنا هذا وما انكر ذلك احدنا منهم .

مسئلة ٣٥- اذا قال اشترت منك هذه القلعة واستأجرتك على ان تتركها او تحذوها (١) كان جائزاً ، واختلف اصحاب . الشافعي فمنهم من قال فيه قولان لانه يبيع في عقد اجارة ، ومنهم من قال: لا يجوز قولاً واحداً لانه استأجره في العمل فيما لا يملك دليلنا- ان البيع والاجارة جميعاً جائزان على الانفاذ بلا خلاف فمن منع الجمع بينهما وحكم بفساده فعليه الدلالة .

مسئلة ٣٦- اذا اذن لمملوك غيره أن يشتري نفسه له من مولاه بكذا فاشتره به لا يصح ذلك ، ولاصحاب الشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه والثاني انه يجوز دليلنا - ما ثبت ان العبد لا يملك شيئاً وليس له التصرف في نفسه واذ ثبت ذلك لم يجوز ان يكون وكيلاً لغيره الا اذا اذن له مولاه فيه

مسئلة ٣٧- اذا اشترى العبد نفسه من مولاه لغيره فصدقه ذلك الغير اولم يصدقه لم يكن البيع صحيحاً ولا يلزمه شيء ، وقال الشافعي: على قوله بصدقه ذلك ان صدقه لزمه الشراء وان كذبه حلفه (حلف خ ل) وبرى، وكان الشراء للعبد فيملك نفسه وينعتق ويكون الثمن في ذمته يتبعه السيد فيطالبه - دليلنا - اننا قد بينا ان بيعه فاسد، واذ كان كذلك فالنتفيع عليه فاسد.

(١) القلعة بمعنى النعل كما مر في مسئلة ٢٠٢ من كتاب البيوع واما اشراكها وهو ان يجعل لها شركاً (بالفارسية بند) وحذوها يقال حذوت النعل بالنعل اذا قدرت كل واحدة من طاقاتها على صاحبته ليكونا سواء

مسئله ٣٨ - اذا قال اشتريت منك احدهذين العبدین بكذا او احدهؤلاء العبيد الثلاثة بكذا لم يصح الشراء وبه قال الشافعی، وقال ابو حنیفة: اذا شرط فيه الخيار ثلاثة ايام جاز لان هذا غير ريسير ، واما في الاربعة فما زاد عليها فلا يجوز - دليلنا - ان هذا بيع مجهول فيجب ان لا يصح ولانه يبيع غرر لاختلاف قيم العبيد، ولانه لا دليل على صحة ذلك في الشرع ، وقد ذكرنا هذه المسئلة في البيوع وقلنا ان اصحابنا رووا اجواز ذلك في العبدین فان قلنا بذلك تبغنا فيه الرواية ولم نقس غيرها عليها

كتاب الرهن

مسئلة ١ - يجوز الرهن في السفر والحضر، وبه قال جميع الفقهاء، وقال مجاهد: لا يجوز الا في السفر، وحكى ذلك عن داود - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم، وايضاً روى انس ان النبي ﷺ رهن درعاً له بالمدينة عند يهودى و اخذ منه شعيراً و هذا نص .

مسئلة ٢ - يجوز اخذ الرهن في كل حق ثابت في الذمة ، وبه قال جميع الفقهاء وحكى عن بعضهم ولم يذكر اسمه لندوره (لشذوذه خ ل) انه قال: لا يجوز الرهن الا في السلم دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان هذا الخلاف قد انقرض و لان النبي ﷺ رهن درعاً عند يهودى في المدينة و أخذ شعيراً لأهله وايضاً قوله تعالى: **ديا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل الى قوله** (نمقبوضة) وكان اول الاية عاماً في جميع الاحوال فكذلك آخرها.

مسئلة ٣ - اذا قال انسان لغيره من رد عبدى فله دينار لم يجز له أخذ الرهن عليه الا بعد رد العبد وبه قال ابن ابي ليلى وابن ابي هريرة من اصحاب الشافعى في الافصاح واختاره ابو الطيب الطبرى ، وقال: وهو الصحيح عندى، وفي اصحابه من قال: يجوز ذلك لانه يؤل الى اللزوم - دليلنا - انه لم يستحق قبل الرد شيئاً فلا يجوز له اخذ الرهن على ما لا يستحقه .

مسئلة ٤ - لا يجوز شرط الرهن ولا عقده قبل الحق، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة

يبطله فمن ادعاه فعليه الدلالة

مسئلة ١٠ - اذا غلب على عقل المرتهن فولى الحاكم عليه رجلا لزم الراهن تسليم الرهن اليه و لا يفسخ الرهن ؛ وقال الشافعى : يكون الراهن بالخيار - دليلنا - ناقدين ان الرهن يجب اقباضه بالايجاب والقبول فمن قال بذلك قال بما قلناه .

مسئله ١١ - اذا اذن الراهن للمرتهن فى قبض الرهن ثم رجع عن الاذن ومنعه لم يكن له ذلك و قال الشافعى : له ذلك - دليلنا - ما ذكرنا فى المسئلة الاولى لان هذا فرع عليها .

مسئلة ١٢ - اذا اذن له فى قبض الرهن ثم جن او اغمى عليه جاز للمرتهن قبضه ، و قال الشافعى ليس له ذلك - دليلنا - انه قد ثبت ان اذنه صحيح قبل جنونه واغمائه فمن ابطله فيما بعد فعليه الدلالة .

مسئلة ١٣ - اذارهنه وديعة عنده فى يده واذن له فى قبضه ثم جن فقد صار مقبوضاً و قال الشافعى : اذا لم يأت عليه زمان يمكن فيه قبضه لم يصر مقبوضاً بعد جنونه - دليلنا ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٤ - اذارهنه شيئاً ثم تصرف فيه الراهن بالبيع او الهبة او الرهن عند آخر قبضه او لم يقبضه او قبضه البايع ولم يقبضه او صدقه امرأته لم يصح جميع ذلك وكان باطلا ، وقال الشافعى : يكون ذلك فسخاً للرهن وان زوجها لم يفسخ الرهن - دليلنا - ان القول بفسخ الرهن بذلك يحتاج الى دليل والاصل صحته .

مسئلة ١٥ - لا يجوز للوصى ان يشتري من مال اليتيم لنفسه وان اشتراه بزيادة ، و به قال الشافعى وقال ابو حنيفة : يجوز ذلك - دليلنا - ان جواز ذلك يحتاج الى دليل وايضا فانه متهم فى ذلك فيجب ان لا يجوز .

مسئلة ١٦ - اذا كان له فى يدرجا مال دية او اجارة (اعارة خ ل) او غصباً فجعله رهناً عنده بدين له عليه كان الرهن صحيحاً بلا خلاف ويصير الرهن مقبوضاً باذنه فيه ، وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثانى يصير مقبوضاً وان لم يأذن له فيه - دليلنا - ان الشيء اذا كان فى يده فاذن له فى قبضه من الراهن (عن الرهن خ ل) كان ذلك قبضاً

واغنى عن النقل وايضا اذا اذن له صار قبضاً (مقبوضاً خـل) بالاجماع وان لم ياذن له فليس على كونه قبضاً دليل .

مسئلة ١٧ - اذا غضب رجل من غيره عيننا من الاعيان ثم جعلها المغصوب منه رهنا في يد الغاصب بدين له عليه قبل ان يقبضها منه ، فالرهن صحيح بالاجماع ولا يزول ضمان الغصب ، وبه قال الشافعى ، ومالك ، وابو نوز ، وقال ابو حنيفة والمزنى : ليس عليه ضمان الغصب - دليلنا - انا جمعنا على ان عليه ضمانه قبل الرهن فمن ادعى براءته منه بعد الرهن فعليه الدلالة وروى عن النبي ﷺ انه قال على اليد ما اخذت حتى ترده او حتى تؤدى .

مسئلة ١٨ - اذا رهن جارية وقد اقربوطئها فولدت لسته اشهر من وقت الوطى فصاعداً الى تمام تسعة اشهر فالولد لاحق به ، وعند الشافعى الى اربع سنين ولا ينفسخ الرهن فى الام عندنا ، وقال الشافعى فى الجارية : لها ثلاثة احوال : اما ان يكون اقرب بالوطى فى حال العقد او بعد العقد وقبل القبض او بعد القبض فان كان فى حال العقد فان المرتهن اذا علم باقراره ودخل فيه فقد رضى بحكم الوطى وما يؤدى اليه فعلى هذا يخرج من الرهن ولا خيار للمرتهن ان كان ذلك شرطاً فى عقد البيع ، وان كان اقرب بذلك بعد عقد الرهن وقبل القبض فكذلك لانه لما علم باقرار الراهن بوطئها وقبضها مع العلم بذلك كان راضياً به ، وان كان اقرب بذلك بعد القبض فهل يخرج من الرهن ؟ فيه قولان : احدهما يقبل اقراره والثانى لا يصح اقراره - دليلنا - ما ثبت عندنا من ان ام الولد مملوكة يجوز بيعها على ما سندل عليه فيما بعد ، واذا (فاذخل) ثبت ذلك لم ينفسخ الرهن سواء كان الوطى (الاقرار كذا فى نسختين خ ل) قبل العقد او بعده وقبل القبض او بعده وعلى كل حال .

مسئلة ١٩ - اذا وطى الراهن جاريته المرهونة وحملت وولدت فانها تصير ام ولده ولا يبطل الرهن فان كان موسراً لزم قيمة الرهن من غيرها لحرمة ولدها و يكون رهنا مكانها وان كان معسراً كان الدين باقياً و جاز بيعها فيه ، وللشافعى فيه ثلاثة اقوال احدها يفرق بين الموسر والمعسر فان كان موسراً صارت ام ولده فان اعتقها عتقت ووجب عليه قيمتها يكون رهناً مكانها او قضاها من حقه وان كان معسراً لم تخرج من الرهن

وتباع في حق المرتهن هذا نقله المزني ، والثاني تصيرام ولد وتعتق سواء كان موسراً او معسراً ولكنه يوجب قيمتها على الموسر يكون رهنها مكانها ، الثالث لا تخرج من الرهن وتباع في دين المرتهن سواء كان موسراً او معسراً و قال ابو حنيفة : تصيرام ولد وتعتق سواء كان موسراً او معسراً فان كان موسراً لم يكن رهنه قيمتها يكون رهنها مكانها وان كان معسراً تستسعى الجارية في قيمتها ان كانت دون الحق ويرجع بها على الراهن - دليلنا - ما ثبت من كونها مملوكة واذ ائبت ذلك جازيها الا ان يمنع من بيعها اذا كان موسراً لمكان ولدها مادام ولدها حياً ، وان مات جازيها على كل حال وسندل على ذلك فيما بعدو عليه اجماع الفرقة واخبارهم تدل عليه .

مسئلة ٢٠ - لا يجوز للراهن ان يطاء الجارية المرهونة سواء كانت ممن تحبل اولات تحبل واختلاف اصحاب الشافعي فقال ابن ابي هريرة : مثل ما قلناه وقال المروزي : يجوز له وطئها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم تدل على ذلك لانها عامة في المنع من وطئها و لم يفرقوا .

مسئلة ٢١ - اذا وطئ الراهن الجارية المرهونة باذن المرتهن لم يفسخ الرهن سواء حملت اولم تحبل لان عندنا لا يزول ملكه بالحمل فان اعتقها باذنه انفسخ ، و قال الشافعي : اذا وطئ الراهن الجارية المرهونة باذن المرتهن فاحبلها فانها تخرج من الرهن ، ولا يجب على الواطئ قيمتها لانه اذن في فعل ينافي الرهن وبطل الرهن كما اذا اذن في البيع فباعها او اذن في الاكل فيما يؤكل - دليلنا - ما ثبت عندنا من ان ملكه باق لم ينزل واذا ثبت فالرهن بحاله فمن ادعى زواله فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٢ - اذا وطئ المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر و للشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والاخر يجب دليلنا - ان الاصل براءة الذمة وليس في الشرع ما يدل على وجوبه عليه .

مسئلة ٢٣ - اذا ائبت هذه الجارية الموطوءة باذن الراهن بولد كان حراً لاحقاً بالمرتهن بالاجماع ولا يلزمه عندنا قيمته ، وللشافعي فيه قولان : احدهما يجب عليه قيمته ، وبه قال المروزي ، والاخر لا يجب - دليلنا - ما قلناه من ان الاصل براءة الذمة ، و

وجوب القيمة يحتاج الى دليل.

مسئلة ٢٤- اذا بيعت هذه الجارية ثم اشتراها المرتهن فانها تكون ام ولده، وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني لا تصير ام ولده - دليلنا - ان الاشتقاق تقضى ذلك لان الولد اذا كان لاحقا به وهذه امه فينبغي ان تسمى ام ولده .

مسئلة ٢٥- اذا اذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بشرط أن يكون ضمن الرهن رهناً كان صحيحاً وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه والثاني يبطل البيع - دليلنا قوله تعالى « و احل الله البيع » وايضا قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم .

مسئلة ٢٦- اذا قال المرتهن للراهن بيع الرهن بشرط ان تجعل ثمنه من ديني قبل محله فاذا باع الراهن صح البيع ويكون الثمن رهناً الى وقت حلوله ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل لانه لا دليل على ذلك وللشافعي فيه قولان: احدهما ان البيع باطل وهو المنصوص عليه وقال المزني: يصح ويكون ثمنه رهناً كانه - دليلنا - قوله تعالى : « و احل الله البيع » ودلالة الاصل ايضا والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٧ - رهن ارض الخراج وهي ارض سواد العراق وحده (١) من القادسية الى حلوان عرضاً ومن الموصل الى عباد ان طولاً باطل ، وللشافعي فيه قولان احدهما ان عمر قسم بين الغانمين فاستغلوها (فاشتغلوا بها ص ل) سنتين او ثلاثاً ثم رأى من المصلحة ان يشتريها منهم لبيت المال فاستنز لهم عنها، فمنهم من انزل عنها بعوض ، ومنهم من ترك حقه فلما حصلت لبيت المال لاما لك لها معين وقفها على المسلمين ثم آجرها منهم باجرة ضربها على الجربان فجعل على كل جريب نخلة عشرة دراهم، وعلى كل جريب كرم ثمانية دراهم وعلى جريب شجر ستة دراهم، وعلى جريب الحنطة اربعة ، وعلى الشعير درهمين ، و به قال الاصطخري، والماخوذ من القوم اجرة باسم الخراج وقال ابو العباس: ما وقفها ولكن باعها من المسلمين بثمن مضروب على الجربان فالماخوذ من القوم ثمن، فعلى قول ابي العباس الرهن والبيع فيها صحيح وعلى قول الشافعي والاصطخري باطل، و قال ابو حنيفة : ان عمر اقر هذه

(١) قدمر في مسئلة ٧٩ من كتاب الزكوة وتأتى ايضاً في مسئلة ١٩ من كتاب

الارضين في يدار بابها المشر كين وضرب عليهم الجزية ، هذا القدر ، فمن باع منهم حقه على مسلم او اسلم كان المأخوذ منه خراجاً ولا يسقط ذلك الجزية باسلامه ، فهي طلق تباع وتورث و ترهن - دليلنا - اجماع الفرقة على ان ارض الخراج لا يصح بيعها ولا هبتها (رهنها خ ل) لانها ارض المسلمين قاطبة لا يتعين ملاكها ومن ادعى احد الاحكام التي ذكرنا فعليه الدلالة ، وكونها ارض الخراج وانها لجميع المسلمين على ما نقوله او ملك الغانمين على ما يقول المخالف لا خلاف فيه ، فمن ادعى انتقالها عنهم فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٨ - اذا جنى العبد جنابة ثم رهنه بطل الرهن سواء كانت الجنابة عمداً او خطأ او توجب القصاص او لا توجهه ولا صاحب الشافعي فيه ثلاثة طرق فقال ابو اسحاق : المسئلة على قولين عمداً كانت او خطأ احدهما يصح والآخر لا يصح ، ومنهم من قال : ان كانت عمداً صح قولاً واحداً ، وان كانت خطأ : فعلى قولين ، ومنهم من قال ان كانت خطأ بطل قولاً واحداً وان كانت عمداً فعلى قولين ، قالوا وهذا القول الاخير هو المذهب - دليلنا - على بطلانه انه اذا كان عمداً فقد استحق المجنى عليه العبد و ان كان خطأ تعلق الارش برقبته فلا يصح رهنه .

مسئلة ٢٩ - اذا رهن عنده رهناً على الف وقبضه الرهن ثم اقترض الفاً آخر على ذلك الرهن بعينه كان ذلك صحيحاً ويكون الرهن بالالفين ، الف متقدمة والف متأخرة ، وبه قال الشافعي في القديم ، وهو اختيار المزني واليه ذهب ابو يوسف وقال في الجديد : لا يجوز ، و به قال ابو حنيفة و محمد - دليلنا - قوله تعالى « فرهان مقبوضه » ولم يفرق و الاخبار المروية في جواز الرهن تدل عليه من غير تفصيل .

مسئلة ٣٠ - اذا قر ان عبده جنى على غيره ثم رهنه وانكر المرتهن ذلك او اقرانه كان غضبه من فلان ثم رهنه ، او باعه منه ثم رهنه ، او انه اعتقه ثم رهنه وانكر ذلك المرتهن كان اقراره لمن اقر له به صحيحاً في حقه . ويلزمه ولا يلزم ذلك في حق المرتهن . وللشافعي فيه قولان : احدهما لا ينفذ اقراره وهو اصح القولين ، وبه قال ابو حنيفة ، والثاني ينفذ - دليلنا ان اقرار العاقل على نفسه جائز ، فمن منع منه في موضع فعليه الدلالة .

مسئلة ٣١ - اذا بر عبده ثم رهنه بطل التسديرو صح الرهن ان قصد بذالك

فسخ التدبير وان لم يقصد بذلك فسوخ التدبير لم يصح الرهن وللشافعي فيه ثلاثة اقوال: أحدها مثل ما قلناه اذا قال انه وصية، والثاني ان التدبير عتق بصفة فينفذ التدبير ويبطل الرهن لانه لا يصح الرجوع فيه الا بالبيع والهبة، فاما بالقول فلا يصح بان يقول قد فسخت التدبير ومنهم من قال: الرهن باطل سواء قلنا التدبير وصية او عتق بصفة دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم على ان التدبير بمنزلة الوصية والوصية له الرجوع فيها بلا خلاف. وكذلك التدبير فاما اذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه ولا دلالة على صحة الرهن، فينبغي ان يكون باطلا وان قلنا انه يصح التدبير والرهن معاً لانه لا دلالة على بطلان واحد منهما كان قوياً، وبه قال قوم من اصحاب الشافعي، واختاروه وهو المذهب عندهم لأن ما جاز بيعه جاز رهنه، ويصح المدبر جازبم بالاختلاف عندنا وكذلك عندهم وهذا قوي.

مسئلة ٣٢ - اذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه كان الرهن صحيحاً والعتق باطل، سواء كان حلول الحق قبل حلول الشرط او بعده او لا يدري أيهما سبق، وقال الشافعي واصحابه: فيها ثلاث مسائل احديها يحل الحق قبل العتق مثل ان علق عتقه بصفة الى سنة ثم رهنه بحق يحل بعد شهرين فالرهن صحيح، والثانية يوجد الصفة قبل محل الحق، مثل ان قال انت حر بعد شهر ثم رهنه بحق يحل الى سنة فالرهن باطل، والثالثة اذا لم يعلم أيهما السابق مثل ان يقول اذا قدم زيد فانت حر ثم رهنه بحق يحل الى سنة ولا يعلم متى يقدم زيد فهذه على قولين: احدهما يصح والثاني باطل - دليلنا - اجماع الفرقة على ان العتق بصفة لا يصح واذا لم يصح ذلك كان الملك باقياً وصح رهنه.

مسئلة ٣٣ - اذا رهنه عبد اتم دبره كان التدبير باطلا، وبه قال الشافعي واصحابه وحكى الربيع فيها قولاً آخر ان الرهن صحيح والتدبير صحيح - دليلنا - اجماع الفرقة على ان الراهن لا يجوز له التصرف في الرهن بغير اذن المرتهن والتدبير تصرف فيجب أن يكون باطلاً.

مسئلة ٣٤ - اذا كان الرهن شاة فما ت زال ملك الراهن عنها وا نفسح الرهن اجماعاً فان اخذ الراهن جلدتها فدبغها لم يعد ملكه فقال الشافعي: يعود ملكه قولاً واحداً

وهل يعود الرهن؟ على وجهين؛ وقال ابن خيران: يعود الرهن، وقال ابو اسحاق: لا يعود دليلنا. اجماع الفرقة على ان جلد الميتة لا يطهر بالدباغ واذ اثبت ذلك لم يعد المالك اجماعاً لأن من خالف في ذلك خالف في طهارته، وبدل عليه ايضاً قوله تعالى «حرمت عليكم الميتة» وذلك على عمومه.

مسئلة ٣٥- اذا اشترى عبداً بالف ورهن به عصيراً وقبضه واختلف فقال الراهن: اقبضتكَ عصيراً او قال المرتهن اقبضتني خمر أفلى الخيار كان القول قول المرتهن مع يمينه، وبه قال ابو حنيفة والمزني وهو احد قولى الشافعى، والثانى القول قول الراهن وهو اختيار الاسفراينى - دليلنا - ان هذا الاختلاف فى القبض لانه اذا ادعى المرتهن انه قبضه خمر أو قبض الخمر كالا قبض فصار كانه اختلاف فى القبض، وفى اختلاف القبض القول قول المرتهن لانه يكون فائدته ان المرتهن يقول ما قبضت رهنأ والراهن يقول قبضت رهنسا فمن يدعى القبض فعلا - به البينة وعلى من ينكره اليمين، والقول الاخر ايضاً قوى لانهما اتفقا على القبض، وانما يدعى المرتهن انه قبض فاسد فعليه البينة الدلالة (خل) والاصل الصحة.

مسئلة ٣٦- الخمر ليست بمملوكة ويجوز امساكها للتخليل (والتخلييل) وقال الشافعى ليست بمملوكة ولا يحل امساكها ويجب اراقتها، وقال ابو حنيفة: هى مملوكة كالعصير ولا يجب عليه اراقتها ويجوز له امساكها للتخليل او التخلييل - دليلنا - اجماع الفرقة على نجاسة الخمر وعلى تحريمها الاجماع فمن ادعى صحة انه يملكها (انها مملوكة) ص ف لـخ) فعليه الدلالة واما التخليل والتخلييل فلا خلاف بين الطائفة فيه فلاجل ذلك لم نتشغل به ولانه لو صار خلاتنا ولته الظواهر المتأولة لباحة الخل فمن خصص ذلك فعليه الدلالة.

مسئلة ٣٧- اذا رهن نخلا مطلقاً ولم يشرط ان يكون الطلع رهنأ لم يدخل الطلع فى الرهن وللشافعى فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه وهو قوله الجديد، والثانى يدخل فيه وهو قوله القديم - دليلنا - ان الاصل عدم كونه رهنأ فمن ادعى دخوله فى الرهن لدخول النخل فيه فعليه الدلة.

مسئلة ٣٨ - اذا رهن ما يسرع اليه الفساد ولم يشرط انه اذا خيف هلاكه بعه (بيع ظ)

كان الرهن فاسداً ، وللمشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه والثاني يصح الرهن ويجبر على بيعه - دليلنا - انه لا دليل على انه يجبر على بيعه ، واذالم يكن عليه دلالة لم ينتفع المرتهن بهذا الرهن اصلاً فيجب أن يكون باطلاً .

مسئلة ٣٩ - اذارهن عند غيره شيئاً وشرط للمرتهن اذا حل الحق ان يبيعه صح شرطه، ويجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن، وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعي: لا يصح شرطه زلاتو كيله الا ان يحضره (بحضره خ) الراهن فان حضره الراهن صح بيعه، ومنهم من قال: لا يجوز على كل حال - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك فمن منع منه فعليه الدلالة . ايضاً قال النبي ﷺ المؤمنون عند شروطهم و ذلك عام .

مسئلة ٤٠ - اذارهن عند غيره رهناً (شيئاً خ) وشرط أن يكون موضوعاً على يد عدل صح شرطه فاذا قبضه العدل لزم الرهن ، وبه قال جميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح قبضه - دليلنا - اجماع الامة وخلاف ابن ابي ليلى قد انقرض وايضاً قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم .

مسئلة ٤١ - اذاعزل الراهن العدل عن البيع لن تنفسح وكالته ، وجازله بيع الرهن وقال الشافعي: تنفسح وكالته ولا يجوز له بيعه - دليلنا - انه قد ثبت وكالته بالاجماع فمن ادعى انفساخها فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٢ - اذاعزل المرتهن العدل لم ينعزل ايضاً ، وللمشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه وفي اصحابه من قال ينعزل - دليلنا - ان الاصل ثبوت الوكالة ، و ثبوت العزل بعدها يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٣ - اذ اراد العدل بيع الرهن فلا بد من اذن المرتهن ولا يلزم اذن الراهن وللمشافعي في اذن الراهن وجهان احدهما مثل ما قلناه والثاني لا بد من اذنه - دليلنا - انه قد اذن له في بيعه في حال التوكيل فهو (وخل) يملك الاذن فيه فلا يحتاج الى تجديده ولانه لا دلالة عليه، ولانه يؤدي الى ان لا يباع الرهن اصلاً ان امتنع من الاذن ابداً .

مسئلة ٤٤ - لا يجوز للمعدل ان يبيع الرهن الا بئمن مثله حالاً ويكون من نقد البلد اذا اطلق له الاذن فان شرط له جواز ذلك كان جائزاً ، وبه قال الشافعي ، وقال

ابو حنيفة: يجوز له بيعه باقل من ثمن مثله وبنسيئة حتى قال لو وكله في بيع ضيعة تساوى ماء الف دينار فباعها بدانق نسيئة الى ثلاثين سنة كان جازياً - دليلنا - انا قد اتفقنا انه اذا باعه بما قلناه كان المبيع ماضياً ولا دليل على ان ما قاله صحيح .

مسئلة ٤٥ - اذا باعه بثمان مثله او بما يتغابن الناس في مثله ثم جاءه الزيادة للراهن في حال خيار المجلس او خيار الشرط فان قبلها كان له فسخ العقد ، وان لم يقبلها لم يفسخ البيع ، وللشافعي فيه قولان فالذى نص عليه انه يفسخ البيع على كل حال والثاني لا يفسخ لمكان الزيادة اذا لم يفسخ - دليلنا - ان العقد ثبت بلا خلاف وانفساخه على كل حال يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٦ - الرهن غير مضمون (١) وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة: مضمون باقل الامرين - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، ولانه لا دلالة على كونه مضموناً والاصل برأة الذمة .

مسئلة ٤٧ - اذا باع العدل الرهن وقبض ثمنه فهو من ضمان الراهن حتى يقبضه المرتهن لانه بدل الرهن فاذا تلف الثمن لم يسقط من دين المرتهن شيء ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يسقط من حق (دين خل) المرتهن اذا تلف ثمن الرهن - دليلنا - انا قد بينا ان الرهن نفسه غير مضمون واذا كان كذلك ف ضمان قيمته اولى بذلك ، وايضاً الاصل برأة الذمة ومن جعله مضموناً فعليه الدلالة ، وايضاً ثبت الدين في ذمة الراهن ولا دليل على برأة ذمته بهلال ثمن الرهن فيجب أن يكون باقياً على اصله ، وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه ، وعليه غرمه يعنى ضمانه من صاحبه الذى رهنه .

مسئلة ٤٨ - اذا باع العدل الرهن بتوكيل الراهن وقبض الثمن وضاع في يده واستحق المبيع من يد المشتري فان المشتري يرجع على الوكيل ، والوكيل يرجع على الراهن . وكذلك كل وكيل باع شيئاً فاستحق وضاع الثمن في يد الوكيل فان المشتري يرجع على الوكيل ، والوكيل يرجع على الموكل ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي: في جميع هذه

(١) تعرض لهذه المسئلة ثانياً في مسئلة ٦٦ من هذا الكتاب بسط من ذلك

المسائل : يرجع على الموكل دون الوكيل ، فاما اذا كان الوكيل صيباً او باع الحاكم على اليتيم او امين الحاكم فانه يرجع على الموكل اجماعاً - دليلنا - ان الوكيل اذا كان هو العاقد للمبيع فيجب أن يكون هو الضامن للدرك، ومن قال ان الموكل ضامن من غير واسطة فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٩ - اذا غاب المترهنان وازان العنل رد الرهن لغير عذر به لم يجز له رده الى الحاكم ومتى رده الى الحاكم كانا ضامنين، وقال الشافعي: ان كان سفره الى موضع يجوز له التصير فيه (بحيث يجب فيه التصير) و هي ستة عشر فرسخاً عنده جازله أن يرد له الى الحاكم، و جازله ان يقبضه منه وان نقص عن هذا المقدار كانا بحكم الحاضرين - دليلنا انه قد ثبت الرهن عنده بقبوله باختياره ولادليل على جواز دفعه الى الحاكم فيجب ان لا يجوز ذلك له .

مسئلة ٥٠ - اذا شرط ان يكون الرهن عند عدلين فاراد أحدهما أن يسلم الى الآخر حتى ينفرد بحفظه لم يكن له ذلك ، وللشافعي فيه قولان قال ابو العباس بن سريج : فيه وجهان أحدهما لا يكون له ذلك، والثاني يجوز - دليلنا - انه لا دليل على جواز ذلك والاصل لزوم كون الرهن عندهما، وايضاً فان الراهن لم يرض بامانة احدهما، وانما رضى بامانتهما جميعاً فلا يجوز لاحدهما ان ينفرد بحفظه .

مسئلة ٥١ - لا يجوز للعدلين ان يقتسما بالرهن اذا كان مما يصح قسمته من غير ضرر مثل الطعام والشيرج وغير ذلك ، وللشافعي فيه وجهان مثل المسئلة الاولى سواء، دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٥٢ - اذا استقرض ذمي من مسلم ما لورهن عنده بذلك خمر أو يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها واتى بشمها جازله أن يأخذه ولا يجبر عليه ولا صاحب الشافعي في الاجبار عليه وجهان أحدهما مثل ما قلناه والثاني يجبر عليه - دليلنا - انه لا دليل على اجباره عليه ، وله ان يطالب بما لا يكون من ثمن محررم فلا وجه للاجبار .

مسئلة ٥٣ - اذا اقر العبد المرهون بجناية توجب القصاص او جناية الخطاء فاقراره باطل في الحالين ، وقال الشافعي: ان اقر بما يوجب القصاص قبل اقراره لانه لا يثبت على نفسه

وان اقر بجناية خطأ لم يقبل اقراره لانه اقرار على المولى - دليلنا - اجماع الفرقة على ان اقرار العبد لا يقبل على نفسه بجناية ، ولان في الحالين يتضمن اقراراً على الغير لانه اقر بجناية العمد فلو وجب عليه القصاص كان في ذلك اتلاف مال السيد فهو اقرار عليه .

مسئلة ٥٤ - اذا كره المولى عبده المرهون على جناية توجب القصاص فلا قصاص على المكره وانما القصاص على المكره ، وقال الشافعي : المكره يلزمه القصاص وفي المكره قولان : احدهما يجب القصاص والاخر لا يجب للشبهة - دليلنا - قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس » الاية ونحن نعلم انه اراد النفس القاتلة فمن اوجب على غير القاتلة القصاص فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٥ - اذا عفى على مال عن هذا العبد المكره فان المال يتعلق برقبة العبد جميعه لانه الجاني ، وقال الشافعي : يتعلق نصفه برقبة السيد ونصفه برقبة العبد ، يباع منه بقدر نصف الارش . ويقدم على حق المرتهن - دليلنا - ان العبد هو الجاني فيجب ان يلزمه المال في رقبته دون المولى لانه لا دليل عليه والاصل براءة الذمة ، وايضاً فقد بينا ان القصاص يجب على المكره وكل من قال بذلك قال بما قلناه .

مسئلة ٥٦ - اذا باع شيئاً بثمن معلوم الى اجل معلوم وشرطهناً مجهولاً فان الرهن فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : يصح ويجبر على ان يأتي برهن قيمته بقدر الدين دليلنا - انه لا دلالة على صحته فمن ادعى صحته فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٧ - اذا اختلف المتراهنان في عبيدين فقال المرتهن رهنتني عبيدين وقال الراهن رهنتك احدهما ، وكذلك ان اختلفا في مقدار الحق فقال الراهن رهنتك بخمس مائة ، وقال المرتهن بالف كان القول قول الراهن مع يمينه ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : القول قول من شهد له قيمة الرهن فان كان الحق الفأ قيمة كل واحد من العبيدين الفأ كان القول قول الراهن مع يمينه ، لان الظاهر أن أحد العبيدين رهن وان كان قيمتهما جميعاً الفأ ، وقيمة احدهما خمس مائة كان القول قول المرتهن لان الظاهر ان العبيدين رهن وكذلك اذا كان الخلاف في قدر الحق الذي فيه الرهن اذا كانت قيمة الرهن تشهد لقول احدهما كان القول قوله - دليلنا - ان الاصل عدم الرهن وما قرله الراهن فقد اتفقا عليه

وما زاد عليه فالمرتبه من مدع فعليه البينة والافعلى الراهن اليمين ، وكذلك القول في مقدار الحق لان الاصل برائة الذمة وما قرب به وجب عليه ، وما زاد عليه يحتاج الى بينة والا فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٨ - منفعة الرهن للراهن دون المرتبه وذلك مثل سكنى الدار و خدمة العبد و ركوب الدابة و زراعة الارض ، وكذلك نماء الرهن المنفصل عن الرهن لا يدخل في الرهن مثل الثمرة ، والصوف والولد واللبن ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : منفعة الرهن تبطل فلا تعجل للراهن و لا للمرتبه و اما النماء المنفصل فانه يدخل في الرهن مثل الثمرة والولد والصوف واللبن وما أشبه ذلك ويكون حكمه حكم الاصل ، وقال مالك يدخل الولد ولا يدخل الثمرة لان الولد يشبه الاصل والثمره لاتشبهه - دليلنا - انه لا دليل على بطلان هذه المنفعة ولا على دخوله في الرهن ، فيجب أن يكون للراهن لان الاصل له ، و روى ابو هريرة عن النبى ﷺ انه قال : الرهن محلوب و مر كوب فائت للرهن منفعة الحلب و الركوب و لا خلاف انه ليس ذلك للمرتبه ثبت انه للراهن ، و ايضا روى عن النبى ﷺ انه قال : الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه و عليه غرمه و نماءه غنمه فيجب أن يكون له فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة .

مسئلة ٥٩ - ليس للراهن أن يكرى داره المرهونة او يسكنها غيره الا باذن المرتبه فان اكرها و حصلت اجرتها كانت له و قال الشافعى : له ان يوجرها و يسكنها غيره و هل له ان يسكنها بنفسه لهم ؟ فيه وجهان - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم و لانه لا دليل على جواز ذلك

مسئلة ٦٠ - اذا زوج الراهن عبده المرهون او جاريتيه المرهونة كان تزويجه صحيحاً و به قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح تزويجه - دليلنا - قوله تعالى « وانكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم و اما نكحكم » ولم يفصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدلالة

مسئلة ٦١ - اذا شرط فى حال عقد الرهن شروطاً فاسدة كانت الشروط فاسدة و لم يبطل الرهن و لا البيع الذى كان الرهن شرطاً فيه ، وقال الشافعى : ان كان الشرط ينقص من حق المرتبه فانه يفسد الرهن قولاً واحداً و ان زاد فى حق المرتبه ففيه قولان :

احد هما يفسده و الاخر لا يفسده فاذا قال يفسد الرهن فهل يبطل البيع؟ فيه قولان
 احدهما يبطل وهو الصحيح عندهم والثاني لا يفسد البيع و اذا قال البيع صحيح كان البايع
 بالخيار بين ان يجيزه بالرهن وبين ان يفسخه لانه لم يسلم له الرهن - دليلنا - ان فساد
 الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن ولا الى فساد البيع لان تعديه اليهما يحتاج الى دليل و
 لا دليل على ذلك.

مسئلة ٦٢ - اذا كان له على غيره الف فقال اقرضني الفاً آخر حتى ارهن عندك هذه
 الضيعة بالالفين صح ذلك ولم يمنع منه مانع، وقال الشافعي: لا يصح الرهن ولا القرض الثاني
 دليلنا - ان فساد ذلك يحتاج الى شرع وليس في الشرع ما يبدل عليه.

مسئلة ٦٣ - اذا كانت المسئلة بحالها الا ان من عليه الف قال للذي له الف بعني عبدك
 هذا بالف درهم على ان اُرهنك داري هذه بهذا الف وبالف الاخر الذي على قباعه
 صح البيع، وقال الشافعي: لا يصح - دليلنا - ان البيع والرهن جميعاً جازان على الانفراد
 فمن حكم بفسادهما عند الاجتماع فعليه الدلالة.

مسئلة ٦٤ - اذا رهن نخلا او ماشية على ان ما نمرت او نتجت يكون رهناً معه كان
 الشرط صحيحاً والرهن صحيحاً والبيع الذي يكون هذا شرطاً فيه صحيحاً وللشافعي
 فيه اربعة اقوال: اولها مثل ما قلناه والثاني ان الثلاثة فاسدة والثالث ان الشرط فاسد و
 الرهن والبيع صحيحان ويكون البايع بالخيار والرابع يكون الرهن والشرط فاسدين
 والبيع صحيحاً - دليلنا - انه لا دلالة على فساد ذلك والاصل جوازه وايضاً قوله كل شرط
 لا يخالف الكتاب والسنة فهو جاز، وقوله المؤمنون عند شروطهم.

مسئلة ٦٥ - اذا قال رهنك هذا الحق بما فيه لا يصح الرهن فيما فيه بلا خلاف

للمجهول بما فيه ويصح عندنا في الحق وللشافعي في الحق قولان بناء على تفريق الصفة
 دليلنا - انه لا دلالة على بطلانه في الحق فوجب أن يصح.

مسئلة ٦٦ - الرهن غير مضمون عندنا فان تلف من غير تفريط فلا ضمان على المرتهن
 ولا يسقط دينه عن الراهن وبه قال (هو مذهب خل) على عليه السلام فانه روى عنه انه قال: الرهن امانة
 وروى انه قال اذا تلف الرهن بالجائحة فلا ضمان على المرتهن وهو مذهب عطاء بن ابي
 رباح واليه ذهب الشافعي واحمد بن حنبل والاوزاعي وابوعبيد وابونور وهو اختيار

أبي بكر بن المنذر وذهب ابو حنيفة وسفيان الثوري الى ان الرهن مضمون باقل الامر بن من قيمته اذ الدين، وبه قال عمر بن الخطاب، وذهب شريح والشعبي والنخعي و الحسن البصرى الى ان الرهن مضمون بجميع الدين فاذا تلف الرهن فى يد المرتهن سقط جميع الدين وان كان اضعاف قيمته وقالوا الرهن بما فيه - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ذكرناها فى الكتاب المذكور وما روينا عن على عليه السلام لا يعلق (يعلق خل) الرهن والرهن من صاحبه ابن المسيب عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لا يعلق (يعلق خل) الرهن والرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه وفيه دليلان: احدهما انه قال له غنمه وعليه غرمه والثانى انه قال الرهن من صاحبه يعنى من ضمان صاحبه ومعنى قوله لا يعلق الرهن اى لا يملكه المرتهن، وايضاً قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم الخراج بال ضمان وخراجه للرهن بلا خلاف فوجب ان يكون من ضمانه .

مسئلة ٦٧ - اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن قبل قوله مع يمينه سواء ادعى هلاكه بامر ظاهر مثل الغرق والحرق والنهب او بامر خفى مثل التلصص و السرقة الخفية و الضياع وبه قال الشافعى وقال مالك: ان ادعى هلاكه بامر ظاهر قبل قوله مع يمينه واذا حلف لاضمان عليه واذا ادعى هلاكه بامر خفى لم يقبل قوله الا بيينة فان لم يكن له بيينة وجب عليه الضمان - دليلنا - اجماع الفرقة وعموم الاخبار التى اوردناها فمن ادعى تخصيصها فعليه الدلالة

مسئلة ٦٨ - اذا كاتب عبده على نجمين واخذ به رهنأ صح الرهن وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى: لا يصح - دليلنا - قوله تعالى «فرهان مقبوضة» ولم يفرق فهو على عمومه

كتاب التفليس

مسئلة ١- المفلس فى الشرع من ركبته الديون وماله لا يفى بقضائها فاذا جاء غرماءه الى الحاكم وسألوه الحجر عليه فانه يجب على الحاكم ان يحجر عليه الامقدار نفقته اذا ثبت عنده دينهم وانه حال غير مؤجل وان صاحبهم مفلس لا يفى ماله بقضاء دينهم فاذا ثبت جميع ذلك عنده فلسه وحجر عليه، وتعلق بحجره ثلاثة احكام: احدها انه يتعلق ديونهم بعين المال الذى فى يده والثانى انه يمنع من التصرف فى ماله وان تصرف لم يصح تصرفه والثالث ان كل من وجد من غرماءه عين ماله عنده كان أحق به من غيره وقد روى انه يكون اسوة للغرماء ويتعلق دينه بذمته والصحيح الاول وان مات هذا المديون قبل ان يحجر الحاكم عليه فهو بمنزلة مالهو حجر عليه فى حال الحياة ، يتعلق بماله الاحكام الثلاثة التى ذكرناها، وبه قال على عليه الصلاة والسلام وعثمان بن عفان وابو هريرة وفى الفقهاء احمد واسحاق والشافعى و قال ابو حنيفة: لا يجوز للغرماء ان يسألوا الحاكم الحجر عليه فان سألوه و ادى اجتهاده الى الحجر عليه فان ديونه لا تتعلق بعين ماله بل تكون فى ذمته و يمنع من التصرف فى ماله كما قلناه لان حجر الحاكم عنده صحيح ، ولا يجوز لمن وجد من الغرماء عين ماله ان يفسخ البيع ، وانما يكون اسوة للغرماء بينهم رويناه فى بعض الاخبار وكذلك الحكم اذا مات ، وقال مالك : مثل قولنا اذا حجر عليه الحاكم ، ما بعد الموت فانه قال يكون اسوة للغرماء ولا يكون صاحب العين أحق بهامن غيره - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد وردنا فى الكتابين وبيننا الوجه فى الرواية التى تخالفها، و روى ابو هريرة قال : قضى

رسول الله ﷺ وسلم أياما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه و
 روى غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه
 ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص ، فإن أبى باعه فقسمه بينهم يعني ماله ، وروى اسحاق
 بن عمار عن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم
 يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص ، فإن أبى باعه فقسم بينهم يعني ماله ، فاما المسئلة الثالثة
 يدل عليها ما رواه حماد بن عيسى عن عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل
 يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده قال : لا يحاصه الغرماء .

مسئلة ٢- اذامات المديون عليه فكل من وجد من غرمائه عين ماله كان أحق
 بها إذا كان خلف وفاء للباقيين ، وإن لم يخلف إلا الشيء بعينه كانوا سواء ، ولم يكن واحداً منهم
 أحق من غيره بعين ماله ، وقال أبو سعيد الاصطخري : كل من وجد من غرمائه عين ماله
 فهو أحق به سواء خلف وفاء أو لم يخلف ، وقال الباقر من أصحاب الشافعي : إذا خلف وفاء
 للديون لم يكن لاحداً يأخذ عين ماله ، وإن ماله ذلك إذا لم يخلف غيره عكس ما قلناه
 دليلنا - اجماع الفرقة ، وإيضاً روى محمد بن علي بن محبوب عن أحمد بن محمد عن الحسن بن
 محبوب عن أبي ولاد قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات
 المشتري قبل أن يحل ماله وأصاب البايع متاعه بعينه أله أن يأخذه إذا تحقق له ؟ قال : فقال :
 إن كان عليه دين وترك نحواً من مقدار ماعليه فليأخذ إن تحقق له فإن ذلك حلال له و
 إن لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل
 له على المتاع .

مسئلة ٣- إذا باع شقصاً من أرض أو دار ولم يعلم شريكه بالبيع حتى فليس المشتري
 فلما سمع جاء يطالبه بالشفعة فإنه يستحق الشفعة يؤخذ من الشقص منه فيكون بينه وبين
 الغرماء الباقيين ، وللشافعي فيه ثلاثة أقوال : أحدهما وهو الصحيح عند أصحابه مثل ما
 قلناه ، والثاني أن البايع أحق بعين ماله ولاحق للشفيع والساير الغرماء ، والثالث أن
 الشفيع يأخذ الشقص بالشفعة ويؤخذ منه الثمن فيخص به شريكه البايع ، ولاحق للغرماء
 فيه - دليلنا - إن المشتري إذا فلس انتقل الملك عنه إلى حق الغرماء فلم يكن المبيع قائماً

مسئلة ٨ - اذا قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر فان الحاكم ينتقض القسمة ويشاركهم هذا الغريم فيما اخذوه ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك : لا ينتقض الحاكم القسمة ، وانما يكون دين هذا الغريم فيما يظهر للمفلس من المال بعد ذلك دليلنا - عموم الاخبار التي رويناها في ان المال يقسم بين الغرماء وذلك عام فيمن حضر ومن لم يحضر فينبغى أن يكون مستحقاً للقسمة و اذا قسم في غيره يبطل قسمته لانه لا دليل عليه .

مسئلة ٩ = عندنا ان للمحاكم ان يحجر على من عليه الدين وبه قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة : لا يجوز له الحجر عليه بحال بل حبسه ابدأ الى ان يقضيه - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد اوردناها فيما مضى .

مسئلة ١٠ - يجوز للمحاكم أن يبيع مال المفلس ويقسمه بين الغرماء ، و به قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ليس له يبيعه وانما يجبره على يبيعه فان باعه ، و الاحبسه الى ان يبيعه ولا يتولاه بنفسه من غير اختياره - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد اوردناها فيما مضى ، وايضاً روى كعب بن مالك ان النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دينه وهذا يقتضى انه باعه بغير اختياره ، وايضاً روى عن عمر بن الخطاب انه خطب الناس وقال الان اسيفع جهينة قدرضى من دينه وامانته بان يقال قد سبق الحاج (اى غلب عليه خ ل) فادان معرضاً فاصبح وقد دين به فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فانا بايعوا ماله وقاسموه بين نرمايه ، ولا يعرف له مخالف .

مسئلة ١١ - اذا أفلس الرجل وحجر عليه الحاكم ثم تصرف في ماله اما بالهبية او البيع او الاجارة او العتق او الكتابة او الوقف كان تصرفه باطلاً ، وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلنا وهو اختيار المزنى وهو الصحيح عندهم ، والثانى ان تصرفه موقوف ويقسم ماله

(١) اسيفع مصغر اسفع رجل جهينة بضم جيم اسم قبيلة اذ ان بفتح الهمزة من باب الافعال او بكسر الهمزة وتشديد الدال من باب افعال بمعنى اقترض معرضاً بمعنى عن اداء الدين ، دين به اى غلب عليه من دان عليه اى غلبه وقد تعرض لهذه الخطبة في القاموس في مادة عرض و ايسط منه في مادة سفع وتأتى ايضاً في مسئلة ٣٨ من كتاب القضاء

سوى ماتصرف فيدين غرمائه، فإن كان وفالهم صح تصرفه، وإن لم يف بطل تصرفه - دليلنا - ظاهر الخبر انه كان يفلس الرجل فاذا ثبت ذلك فمن خالف امر الامام او النائم عنه كان تصرفه باطلا، و لانه كان يؤدي الى انه لا فائدة للحجر متى فرضنا ان تصرفه يكون صحيحاً .

مسئلة ١٢ - اذا قرر المحجور عليه بدين لغيره وزعم ان كان عليه قبل الحجر اقراره وشارك الغرماء وهو اختيار الشافعي وقال: وبه اقول، وله قول آخر وهو ان يكون في ذمته يقضى من الفاضل من دين غرمائه - دليلنا - ان اقراره صحيح واذا ثبت صحته فالخبر على شؤمه في قسمة ماله بين غرمائه فمن خصه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٣ - من كان عليه ديون حالة و مؤجلة و حجر عليه الحاكم بسبب الديون الحالة لا يصير المؤجلة حالة ، و به قال المزني ، وهو الصحيح من احد قولي الشافعي عند اصحابه، وقوله الاخر انها تصير حالة، وبه قال مالك - دليلنا - ان الاصل كونها مؤجلة ولادليل على انها تصير غير مؤجلة فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة .

مسئلة ١٤ - من مات وعليه دين مؤجل حل عليه بموته وبه قال ابو حنيفة و الشافعي ومالك و اكثر الفقهاء الا الحسن البصري فانه قال : لانصير المؤجلة حالة با لموت فاما اذا كانت له ديون مؤجلة فلاتحل بموته بالاخلاف الاروائية شاذة رواها اصحابنا انها تصير حالة - دليلنا - على بطلان مذهب الحسن اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان خلافه قد انقرض و لانه واحد لا يعتد به لشذوذه .

مسئلة ١٥ - اذا فلس من عليه الدين وكان مافى يده لا يفى بقضاء ديونه فانه لا يؤا جبر ليكتسب ويدفع الى الغرماء ، و به قال ابو حنيفة و الشافعي و مالك و اكثر الفقهاء ، وقال احمد واسحاق وعمر بن عبد العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار بن عبد الله القاضي : انه يؤا جبر و يؤخذ اجرته فتقسم بين غرمائه - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة و لادليل على وجوب اجارته و تكسبه، وايضا قوله تعالى : «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولم يأمر بها لكسب .

مسئلة ١٦ - المفلس اذا ماتت زوجته و جب أن يجيزها من ماله، وللشافعي فيه قولان : أحدهما يجب عليه تجهيزها ونفقتها، والثاني لا يجب ذلك عليه - دليلنا - اجماع

الفرقة وأخبارهم على ان كفن المرأة على زوجها وذلك عام في كل موضع .
مسئلة ١٧ - لا يجب على المفلس بيع داره التي يسكنها ، ولا خادمه الذي يخدمه
وقال الشافعي : يجب عليه ذلك ، وبه قال باقي الفقهاء - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم
ولانه لا دليل على وجوب بيع ذلك عليه .

مسئلة ١٨ - المفلس اذا ادعى على غيره الا ولم يقيم له بينة فرد عليه اليمين ، فلم يحلف
لا يرد على الغرماء اليمين ، وللشافعي فيه قولان : احدهما قاله في الجديد مثرو قولنا
والثاني قاله في القديم انه يرد على الغرماء ، فاذا احلفوا استحقوا المال وقسموه بينهم
دليلنا - ان الاصل براءة الذمة من الايمان وايجاب رد اليمين على الغرماء يحتاج
الى الدلالة .

مسئلة ١٩ - اذا باع الوكيل على رجل ماله او الولي مثل الاب والجد والحاكم وامينه و
الوصي ثم استحق المال على المشتري فان ضمان العهدة يجب على من يبيع عليه ماله فان كان حياً
كان في ذمته ، وان كان ميتاً كانت العهدة في تركته ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يجب على
الوكيل وقال في الحاكم وامينه : انه لا يضمنان - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة ، ولا دليل على
لزوم ذلك للوكيل او هولا ، فيجب ان يلزم الموكل والالم يكن من يستحق عليه .

مسئلة ٢٠ - اذا كان للمفلس دار فبيعت في دينه وباعها امين القاضى وقبض الثمن
فهلك في يده واستحققت الدار فان العهدة تكون في مال المفلس فيوفى المشتري جميع
الثمن الذي وزنه في ثمن الدار ، وبه قال الشافعي على ما نقله المزني ، وروى حرمله عنه
انه : قال يكون المشتري كاحد الغرماء فيضرب معهم بما وزن من الثمن ويأخذ ما يخصه
من المال ، وقال اصحابه : هذه المسئلة على قولين وعنهم من قال على طريقين - دليلنا - ان
المال أخذ منه ببيع لم يسلم له فوجب ان يرد عليه الثمن وليس هذا ديناً له على المفلس
فيكون كاحد الغرماء ومن الحقه بهم فعليها الدلالة .

مسئلة ٢١ - تقبل البيعة على اعسار الانسان (الرجل خل) وبه قال ابو حنيفة والشافعي
وقال مالك : لا تقبل الشهادة على الاعسار سواء كان الشهود من اهل المعرفة الباطنة به
اذ لم يكونوا - دليلنا - ان هذه الشهادة ليست على مجرد النفي و انما يتضمن اثبات

صفة في الحال وهي الاعسار فوجب أن تكون مقبولة مثل ساير الحقوق و الصفات، وروى عن النبي ﷺ انه قال لقيصة بن مخارق المسئلة حرمت الا في ثلاث رجل: يحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل اصابته فاقة وحاجة حتى يشهد او يحكم ثلاثة من قومه من ذوى الحجى أن به فاقة وحاجة فحلت له المسئلة حتى يصيب سدادامن عيش او قواماً من عيش وهذا نص في اثبات الفقر بالبينة.

مسئلة ٢٢ - اذا قامت البينة على الاعسار ووجب سماعها في الحال وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يحبس المفلس شهرين هذا رواية الاصل و قال الطحاوى : يحبس شهراً و روى اربعة اشهر ثم يسمع البينة - دليلنا - اجماع الفرقة داخبارهم مثل ما روى عن على عليه الصلوة والسلام انه كان يحبس فى الدين فاذا تمين افلاسه خلى سبيله

مسئلة ٢٣ - اذا قام البينة من عليه الدين على اعساره وسأل الغرماء يمينه كان لهم ذلك وللشافعى فيه قولان روى الربيع ان هذه اليمين استظهار والظاهر من رواية حرملة انها ايجاب - دليلنا - ان الشاهدين يشهدان على ظاهر الحال و يجوز أن يكون له مال يقف عليه احد فيتوجه عليه اليمين و الاحتياط يقتضيه و لا يؤدي الى تكذيب الشهود لان الشهود يشهدون على ظاهر الحال دون الباطن.

مسئلة ٢٤ - اذا ثبت اعساره و خلاه الحاكم لم يجز للغرماء ملازمته الى ان يستفيد مالا وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يجوز لهم ملازمته فيمشون معه ولا يمنعونه من التكسب والتصرف فاذا رجع الى بيته فان اذن لهم فى الدخول معه دخلوا وان لم يأذن لهم منعه من دخوله وبيته برأعهم - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة من ذلك والمنع منه ومن اوجب ذلك فعليه الدلالة؛ و ايضاً قوله تعالى «وان كان ذو عسرة فنظرة الى هيسرة ولم يذكر الملازمة وروى ابو سعيد الخدرى ان رجلا اصيب فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال النبي ﷺ عليه السلام: تصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي ﷺ خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك، وهذا يدل على انه ليس لهم ملازمته وليس لهم الا ما وجدوه.

مسئلة ٢٥ - اذا فك حجرة فادعى الغرماء ان له مالا سئله الحاكم فان اقرب به ولم يكن المال وفاء لذيونهم وحدث ديان آخر بعد فك الحجر سوى فى قسمته بين الغرماء

الذين حدثوا بعد فك الحجر منه وبين الأولين و به قال الشافعي، و قال مالك: يختص به الغرماء الذين حدثوا بعد فك الحجر - دليلنا - ان هذه ديون تساوت في الثبوت والذمة خالية من الحجر فيجب ان تتساوى في القسمة لان تخصيص قوم دون قوم يحتاج الى دليل

مسئلة ٢٦ - من كان له على غيره مال مؤجل الى شهر و اراد من عليه الدين السفر الى موضع بعيد مدة سنة لم يكن لصاحب الدين منعه منه و لامطالبته بالكفيل، و به قال الشافعي و ابو حنيفة و قال مالك: له مطالبته بالكفيل - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة من المطالبة بالكفيل فمن اوجب عليه فعليه الدلالة

مسئلة ٢٧ - اذا كان سفره الى الجهاد فليس له ايضاً منعه منه و هو ظاهر قول الشافعي، و به قال المزني من اصحابه، و في اصحابه من قال له المطالبة بالوثيقة او منعه من الجهاد - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء و يدل على المسئلتين ايضاً ان هذا المدعى لا يستحق على صاحبه شيئاً في الحال فكيف يطالبه باقامة كفيل في الحال

كتاب الحجر

مسئلة ١ - الانبات دلالة على بلوغ المسلمين والمشر كين و قال ابو حنيفة الانبات ليس بدلالة على بلوغ المسلمين ولا المشر كين ولا يحكم به بحال وقال الشافعى: هو دلالة بلوغ المشر كين وفي دلالة على بلوغ المسلمين قولان - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم من غير تفصيل، وايضاً ما حكم به سعد بن معاذ في بنى قريظة فانه قال: حكمت بان يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريتهم و امر بان يكشف عن عورتهم (ما تزد هم خل) فمن نبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت فهو من الذراري، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال لقد حكم سعد بحكم الله من فوق سبع سموات وروى سبعة اربعة .

بيان اصحاب البلوغ من المعنى وغيره

مسئلة ٢ - راعى فى حد البلوغ فى الذكور بالسن خمس عشرة سنة. و به قال الشافعى و فى الاناث (النساء خل) تسع سنين، وقال الشافعى: خمس عشرة سنة مثل الذكور وقال ابو حنيفة: الانثى تبلغ باستكمال سبع (تسع صف) عشرة سنة وفى الذكور عنه روايتان احدهما يبلغ باستكمال تسع عشرة سنة و هى رواية الاصل والاخرى ثمان عشرة سنة و هى رواية الحسن بن زياد اللؤلؤى و حكى عن مالك انه قال: البلوغ بان يغلظ الصوت وان ينشق الغضروف و هو رأس الانف و اما السن فلا يتعلق به البلوغ وقال داود: لا يحكم بالبلوغ بالسن - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وقد اوردنا هافى الكتاب الكبير، وروى انس

ابن مالك ان النبي ﷺ قال: اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه و اخذت منه الحدود ، وروى عبدالله بن عمر انه قال : عرضت على رسول الله ﷺ عام (يوم نخل) بدر وانا ابن ثلاث عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت و عرضت عام احد وانا ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت و عرضت عام الخندق و انا ابن خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة فنقل الحكم وهو الرد والاجازة وسببه وهو السن .

علامه الرشيد

مسئلة ٣ - لا يدفع المال الى الصبي و لا يفك حجره حتى يبلغ باحد ماقد مذكوره ويكون رشيداً وحده أن يكون مصلحاً لماله عدل في دينه فاذا كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه او كان عدل في دينه غير مصلح لماله فانه لا يدفع اليه ماله ، وبه قال الشافعي و قال ابو حنيفة: اذا كان مصلحاً لماله ومدبراً له وجب فك الحجر عنه سواء كان عدل في دينه مصلحاً له او لم يكن - دليلنا - قوله تعالى :

((فان آنتم منه رشداً فادفعوا اليهم اموالهم))

فاشترط الرشيد ومن كان فاسقاً في دينه كان موصوفاً بالغى ومن وصف بالغى لا يوصف بالرشيد لان الغى والرشيد صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما و لانه اذا كان عدل في دينه مصلحاً لماله فلا خلاف في جواز دفع المال اليه وليس على جواز الدفع مع انفراد احدى الصفتين عن دليل وروى ابن عباس انه قال في قوله تعالى .

((فان آنتم منهم رشداً) هو ان يبلغ اذا وقار وحلم وعقل و يدل ايضاً على ذلك قوله تعالى ((ولاتوءتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياءاً))

والفاسق سفيه والاخبار التي نتفرد بر وايتها كثيرة في هذا المعنى ذكرناها في كتابنا الكبير .

مسئلة ٤ - اذا بلغ من وجد فيه الرشيد فك حجره وان لم يونس منه الرشيد لم يفك حجره الى ان يصير شيخاً كبيراً وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة: اذا بلغ خمساً وعشرين

سنة فك حجر معلى كل حال ولو تصرف في مال قبل بلوغ خمس وعشرين سنة صح تصرفه بالبيع والشراء والاقرار - دليلنا - قوله تعالى:

((فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم))

وهذا لم يونس منه الرشد وقوله تعالى (ولا توءتوا السفهاء اموالكم) وهذا سفيه فيجب ان لا يؤتى المال.

مسئلة ٥ - اذ بلغت المرأة وهي رشيدة دفع اليها مالها و جاز لها ان تتصرف فيه سواء كان لها زوج او لم يكن وبه قال الشافعي وقال مالك ان لم يكن لها زوج لم يدفع اليها مالها وان كان لها زوج دفع اليها لكن لا يجوز لها ان تتصرف فيه الا باذن زوجها دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى «حتى اذا بلغوا النكاح» وانما المعنى وقت النكاح وايضاً قوله تعالى.

فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم و لم يشرط الزوج فمن ادعى فعليه الدلالة.

مسئلة ٦ - اذا كان لها زوج فتصرفها لا يفتقر الى اذن زوجها و روى ان ذلك يستحب لها وبه قال الشافعي وقال مالك: لا يجوز لها التصرف الا باذن زوجها - دليلنا فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم

ولم يشرط الزوج ولا اذنه فمن ادعاه فعليه الدلالة وروى ان ام الفضل ارسلت الى رسول الله ﷺ قد حأمن لبن رهو واقف بعرفة فشر به ولم يسئل عن اذن زوجها وروى ان اسماء بنت ابي بكر قالت يا رسول الله ﷺ اتنتى امى راغبة (راعية خل) اصلها؟ فقال النبي ﷺ نعم ولم يعتبر اذن زوجها الزبير.

مسئلة ٧ - اذ بلغ الصبي واونس منه الرشد ودفع اليه ماله ثم صار مبذراً مضياً لماله في المعاصي حجر عليه، وبه قال الشافعي و مالك واحمد واسحاق و الاوزاعي وابو ثور و ابو عبيدة (عبيد خل) وغيرهم وهو مذهب ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة وزفر لا يحجر عليه وتصرفه نافذ في ماله وحكى ذلك عن النخعي وابن سيرين - دليلنا - قوله تعالى

فان كى الذى عليه الحق سفيهاً او ضعيفاً او لا يستطيع ان يمل هو فليمل
وليه بالعدل»

وقيل: السفية المبذر والضعيف الصغير و(اوخل) الشيخ الكبير والذى لا يستطيع
ان يمل المغلوب على عقله فدل هذا على ان المبذر يحجر عليه وايضاً قوله تعالى (ولا توءموا
السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياماً)

والمبذر سفيه فوجب ان لا يدفع اليد المال ، وروى تفسير هذه الاية عن ابن عباس ان
لا يدفع الانسان ماله الى امرأته والى من يلزمه نفقته ولكن يحفظه بنفسه وينفق عليه منه
بالمعروف ، وايضاً قال الله تعالى « ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين » فذم المبذر
فوجب المنع ولا يصح المنع الا بالحجر ، وروى عن النبي ﷺ انه قال اقبضوا على ايدى
سفهاءكم ولا يصح القبض الا بالحجر ، وروى عن النبي ﷺ انه قال: ان الله كره لكم ثلاثاً
قيل وما هي؟ قال: كثرة السؤال واضاعة المال، وما يكرهه الله تعالى لا يكون الامحراً ويجب
المنع منه ، وروى عروة بن الزبير ان عبدالله بن جعفر ابتاع بيعاً فأتى الزبير فقال له : انى قد
ابتعت بيعاً وان علياً يريد ان يأتى عثمان ويستله الحجر على فقال الزبير انا (فاناخ) شريكك
فى البيع ثم أتى على عثمان فقال له: ان ابن جعفر ابتاع بيع كذا فاحجر عليه ، فقال الزبير :
انا شريكه فى البيع فقال عثمان : كيف احجر على رجل شريكه الزبير ، ولم يقل عثمان ولا
احدان الحجر على العاقل لا يجوز ، وروى أبو بكر بن المنذر ان عثمان مر بسبخة فسأل
عنها فقالوا لفلان اشتراها عبدالله بن جعفر بستين الفاً فقال ما يسرنى انها لى بنعلى هذا
ثم لقي علياً فقال له الا تأخذ على بدا بن اخيك اشترى سبخة بستين الفاً ما يسرنى انها لى بنعلى
وهذا يدل على ان الحجر جائز باجماع من الصحابة لان احداً منهم لم ينكره وانما دفعه
الزبير بالمشاركة وامتنع عثمان لكون الزبير شريكه .

مسئلة ٨ - واذا صار فاسقاً الا انه غير مبذر فالاحوط ان يحجر عليه ، وللشافعى فيه
وجهان: احدهما مثل ما قلناه وهو اختيار ابو العباس بن سريج والثانى لا يحجر عليه وهو
اختيار المزنى - دليلنا .. قوله تعالى « ولا توءموا السفهاء اموالكم » وروى عنهم
عليهم السلام انهم قالوا شارب الخمر سفيه فوجب ان يمنع دفع المال اليه .

مسئلة ٩ - المحجور عليه اذا كان بالغاً يقع طلاقه ، وبه قال جميع الفقهاء الا ابن
أبي ليلى فانه قال: لا يملك طلاقه - دليلنا - قوله تعالى « الطلاق مرتان » الى قول-ه
(فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره)
ولم يخص و آيات الطلاق كلها كذلك وايضاً فهي مسئلة اجماع وابن أبي ليلى لا يعتد
به اذا كان الاجماع بخلافه .

كتاب الصلح

مسئلة ١ - الصلح على الانكار جازي ، وبه قال ابو حنيفة ومالك وقالوا : لا يكون الصلح الامع الانكار ، وقال الشافعي : لا يجوز الصلح على الانكار قال وصورة المسئلة ان يدعى رجل على غيره عيناً في يده او ديناً في ذمته فانكر المدعى عليه ثم صالحه منه على مال يتفقان عليه ام يصح الصلح ولم يملك المدعى المال الذي قبضه من المدعى عليه ، وله ان يرجع فيطالبه به ، ووجب على المدعى رده عليه و كان على دعواه كما كان قبل الصلح وان كان قد صرح بابراءه مما ادعاه عليه واسقاط حقه عنه لانه ابرأه ليسلم له ما قبضه فاذا لم يسلم ماله ام يلزمه ما عليه ، وعندنا وعند ابى حنيفة ومالك يملك المدعى المال وليس للمدعى عليه مطالبته به - دليلنا - قوله تعالى : « والصلح خير » ولم يفرق بين الاقرار والانكار ، وقوله ﷺ الصلح جازي بين المسلمين ولم يفرق ، وروى عنه ﷺ انه قال : كل مال وقى الرجل به عرضه فهو صدقة فيجب أن يكون ما بذله المدعى عليه جازياً ويكون صدقة لانه قصد به وقاية عرضه .

مسئلة ٢ - اذا اخرج من داره روضناً الى طريق المسلمين وكان عالياً لا يضر بالماراة ترك ماله يعارضه فيه واحد من المسلمين فان عارض فيه واحد منهم وجب قلعه ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجب قلعه اذا لم يضر بالماراة وترك ، وبه قال مالك و الاوزاعي ، احمد واسحاق وابو يوسف ومحمد - دليلنا - ان طريق المسلمين حق اجمعهم فاذا انكر واحد منهم ذلك لم يجز أن يغصب على حقه ، ومتى طالبه بقلعه كان له ذلك كساير

الحقوق ، وايضاً لاخلاف انه لا يجوز ان يملك شيئاً من القرار والهواء (والبناء خل) تابع للقرار ، وايضاً فاقوسقط ذلك فوق على انسان فقتله او على مال فاتفله لزمه الضمان بالاخلاف فلو كان ذلك جائزاً لم يلزمه ضمان .

مسئلة ٣ - معاقد القمط (١) وهي مشاد الخيوط من الخص اذا كان الى احد الجانبين و كان الخلف في الخص قدم دعوى من العقد اليه ، وبه قال ابو يوسف وزاد بخوارج الحايط و انصاف اللين ويقدم بهما ، وقال ابو حنيفة : والشافعي لا يقدم بشيء من ذلك - دليلنا اجماع الفرقة لان الخبر الذي رووه مجمع عليه لا يدفعه احد عنهم ، وروى عمر ابن (ان خل) حارثة التميمي عن ابيه ان قوماً اختصموا الى رسول الله ﷺ في خص كان بينهم فبعث عبدالله بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه (بليه خل) القمط ثم رجع الى رسول الله ﷺ فاخبره بذلك فقال اصبت واحسنت .

مسئلة ٤ - اذا تنازع في جدار بين ملكيهما وهو غير متصل ببناء احدهما وانما هو مطلق ، ولا احدهما عليه جذوع فانه لا يحكم بالحايط لمن الجذوع له ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : يحكم بالحايط لصاحب الجذوع اذا كان أكثر من جذع واحد فان كان واحداً فلا يقدم به بالاخلاف - دليلنا - قوله ﷺ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولم يفرق ، وايضاً فان هذا الحايط قبل طرح الجذوع عليه كان بينهما نصفين بلا خلاف فمن قال بطرح الجذوع يتغير الحكم فعليه الدلالة بل يقال لصاحب الجذوع اقم البينة على انك وضعت هذه الجذوع فيه بحق فان اقامها ، والا كان على حاله قبل وضعها فيه ، وايضاً فان وضع الجذوع بجوزان يكون عارية لان في الناس من يوجب اعادة ذلك وهو مالك فانه قال يجبر على ذلك لقوله ﷺ لا ينعن احدكم جاره ان يضع خشبة على جداره .

مسئلة ٥ - اذا تنازع اثنان دابة احدهما راكبها والاخر اخذ بلجامها ولم يكن مع احدهما بيعة جعلت بينهما نصفين ، وبه قال ابو اسحاق المرزى وقال ابو حنيفة وباقي الفقهاء : يحكم بذلك للراكب - دليلنا - انه لا دلالة على وجوب تقديمه على الاخر فمن

(١) القمط بالكسر جبل تشدبه الاخصاص، مشاد محل الشد الخص بالضم البيت

ادعى تقديمه فعليه الدلالة .

مسئلة ٦ - اذا كان حايط مشترك بين نفسين لم يجز لاحدهما ان يدخل فيه خشبة خفيفة لاتضر بالحايط ضرراً كثيراً الا باذن صاحبه ، وبه قال الشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : يجوز ذلك وبه قال مالك - دليلنا - انه قد ثبت ان الحايط مشترك بينهما فلا يجوز له مع ذلك التصرف فيه الا باذن صاحبه وشريكه ومن (فمن خل) ادعى جواز ذلك فعليه الدلالة ، وروى عن النبى ﷺ انه : قال لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه وهذا الحايط فيه ملك لشريكه فلم يحل لاحدهما الا بطيب نفس من الاخر على ظاهر الخبر .

مسئلة ٧ - اذا كان حايط مشترك بين نفسين فاذا احدهما لصاحبه ان يضع عليه خشباً يبني عليه فبني عليه ثم انهدم السقف او وقع فليس له ان يعيدها الا باذن جدد و هو احد قولى الشافعى ومالك ، والقول الاخر انه يجوز ذلك له - دليلنا - ان اعادته يحتاج الى دليل و الاصل ان لا يجوز له ان يضع الا باذنه وليس الاذن فى الاول اذ بنا فى الثانى

مسئلة ٨ - اذا كان لرجل بيت وعليه غرفة لاخر و تناز عافى سقف البيت الذى عليه الغرفة ولم يكن لاحدهما بينة أقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به ، وان قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزاً ، وقال الشافعى : يحلف كل واحد منهما فاذا حلفا جعل بينهما نصفين ، وقال ابو حنيفة : القول قول صاحب السفلى وعلى صاحب العلوى البينة ، وقال مالك : القول قول صاحب العاوى وعلى صاحب السفلى البينة - دليلنا اجماع الفرقة (الطائفة خل) على ان كل مجهول يستعمل فيه القرعة وهذا من الامر المشته .

مسئلة ٩ - اذا كان بين رجلين حايط مشترك وانهدم و اراد احدهما ان يبنيه وطالب الاخر بالانفاق معه فانه لا يجبر على ذلك ، وكذلك ان كان بينهما نهر او بئر وطلب احدهما بالنفقة لا يجبر عليها ، وكذلك ان كان بينهما دواب يحتاج الى العمارة وطالب شريكه بالنفقة لا يجبر عليه وكذلك ان كان السفلى لواحده والعلوى لاخر فانهدم فلا يجبر صاحب السفلى على اعادة الحيطان التى يكون عليها الغرفة ، وللشافعى فى هذه المسائل قولان : احدهما مثل ما قلنا وهو قوله فى الجديد ، وبه قال ابو حنيفة و الاخر قوله فى القديم يجبر عليه ، وبه قال مالك و قال فى

مسئلة الغرفة انه يجبر صاحب السفلى على النفقة منفر دأ ولا يلزم صاحب العلوشياً، والثانى لا يجبر عليه - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة فمن ادب اجباراً على النفقة فعليه الدلالة وايضاً قول النبى ﷺ لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه فيجب ان لا يجبر شريكه على الانفاق الا بطيب نفس منه .

١٠ - اذا تلف رجل على غيره ثوباً يساوى ديناراً فاقر له به وصالحه على دينارين لم يصح ذلك ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : يجوز ذلك - دليلنا - انه اذا تلف عليه الثوب وجب فى ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبة بقيمته ، ويجبر صاحب الثوب على أخذها فاذا ثبت ان القيمة هى الواجبة فى ذمته فالقيمة هي هنا دينار واحد فلو اجزنا ان يصالحه على أكثره من دينار كان بيعاً للدينار باكثر منه وذلك ربا لا يجوز .

١١ - اذا ادعى عليه مالا مجهولاً فاقر له به وصالحه منه على مال معلوم صح الصلح ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يصح - دليلنا - قول النبى ﷺ الصلح جائز بين المسلمين الا ما حل حراماً أو حرم حلالاً ولم يفرق وقوله تعالى : « والصلح خير » ولم يفرق .

مسئلة ١٢ - اذا كان لرجل داران فى زقاقين غير نافذين و ظهر كل واحدة منهما الى الاخرى فاراد ان يصنع بين الدارين باباً حتى ينفذ كل واحدة منهما الى الاخرى كان له ذلك ، وبه قال ابو الطيب الطبرى عن اصحاب الشافعى ، وقال باقى اصحابه : ليس له ذلك قال ابو الطيب : ولا عرف خلافاً فيه - دليلنا - انه لا يمنع من التصرف فى ملكه الا بدليل ولا دليل على ذلك ، وايضاً فلا خلاف انه يجوز ان يجعل الدارين داراً واحدة فيرفع الحاجز بينهما ويكون البابان فى الزقاقين على حالهما ، وهذا يدل على صحة ما قلناه .

كتاب الحوالة

مسئلة ١ - المحتمل هو الذى يقبل الحوالة فلا بد من اعتباره رضاه ، وبه قال جميع الفقهاء الا داود فانه قال: لا يعتبر رضاه، ومتى (ماخل) احواله من عليه الحق على غيره لزمه ذلك دليلنا - انا جمعنا على أنه اذا رضى صحت الحوالة وليس على صحتها مع عدم رضاه دليل، وقول النبي ﷺ اذا حيل احدكم على ملى فليحتل ، المراد به الاستحباب لانه اذا اراد ان يحيله على غيره استحب له أن يجيبه اليه لما فيه من قضاء حاجة اخيه و اجابته الى ما يتبعه .

مسئلة ٢ - المحال عليه يعتبر رضاه ، وبه قال المزنى فى اختياره ، واليه ذهب ابو سعيد الاصطخرى، وذكر ابن سريج فى التخليص ان الشافعى ذكر ذلك فى الاملاء ، والمشهور من مذهب الشافعى انه لا يعتبر رضاه - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء من اجماع الامة على انه اذا رضى صحت الحوالة ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل .

مسئلة ٣ - اذا احواله على من ليس له عليه دين وقبل الحوالة صحت الحوالة، وقال الشافعى اذا احواله على من ليس له عليه دين فالمنه ان ذلك لا يصح (يجوز خ ل) لانه اذا لم تجز الحوالة عليه بجنس آخر غير الذى عليه فالاولى أن لا تجوز اذا لم يكن عليه الحق - دليلنا ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤ - اذا احواله رجلا على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت تحوّل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وبه قال جميع الفقهاء: الا زفر بن الهذيل فانه قال: لا يتحول

الحق عن ذمته كما لا يتحول عن ذمة المضمون عنه - دليلنا - ان الحوالة مشتقة من التحويل فينبغي ان يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق والمعنى، اذا حكم الشرع بصحته فاذا اعطيناه حقه وجب أن ينتقل الحق من المحيل الى المحال عليه .

مسئلة ٥ - اذا انتقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقى المحال عليه على غناه حتى اداه او جرده حقه وحلف عند الحاكم او مات مفلساً او افلس وحجر عليه الحاكم ، وبه قال الشافعي وهو المروي عن علي عليه الصلاة والسلام ، وقال ابو حنيفة : له الرجوع عليه بالحق اذا جرده المحال عليه او مات مفلساً او افلس وحجر عليه الحاكم ، وبه قال الشافعي وهو المروي عن علي عليه الصلاة والسلام وقال ابو حنيفة له الرجوع عليه بالحق اذا جرده المحال عليه ، وقال ابو يوسف ومحمد : يرجع عليه في هذين الموضعين و اذا افلس (١) وحجر عليه الحاكم وبه قال عثمان - دليلنا - انه قد ثبت انتقال الحق عن ذمته ولادليل على انتقاله ثانياً اليه فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة ، فينبغي ان يلزمه الاحتيال ولا يكون له الرجوع ، ولانه شرط الملائمة في الحوالة فلو كان له الرجوع عند الاعسار لم يكن لشرط الملائمة فائدة .

مسئلة ٦ - اذا شرط المحتال في الحوالة الملائمة المحال عليه فوجده معسراً لم (اولم يشترط فوجده معسراً) ل) تصح الحوالة تصرف وقال الشافعي اذا شرط المحتال ملائمة المحال عليه فوجده معسراً ولم يشترط فوجده معسراً أصحت الحوالة، وقال ابن سريج (ابو العباس) الذي يقتضيه اصول الشافعي أن يكون له الرجوع اذا شرط الملائمة فوجده بخلافه والاول قول المزني وهو الذي صححه باقي اصحابه - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم يعتبرون ملائمة النبي ﷺ ايضاً قول النبي ﷺ اذا حيل احدكم على ملي فليحتل فامر بالاحتيال اذا كان ملياً دون أن يكون معسراً .

مسئلة ٧ - اذا اشترى رجل من غيره عبداً بالف درهم ثم أحال البائع المشتري بالالف على رجل للمشتري عليه الف درهم وقبل البائع الحوالة تصحت الحوالة ثم ان المشتري وجد بالعبد عيباً فرد به وفسخ البيع فهل تبطل ام لا؟ الصحيح انها تبطل ، وبه قال المزني و

(١) في نسخة قدم (وبه عثمان) على (واذا افلس) ح ط .

ابو اسحاق ، وقال ابو علي الطبري : ذكر المزنى في الجامع الكبير ان الحوالة صحيحة واختاره هو قال ابو حامد المروزي : طلبت في عدة نسخ من الجامع الكبير فلم اجده دليلنا - ان الحوالة انما صحت عن ثمن العبد فاذا انفسخ العقد سقط ثمن العبد فيجب أن تبطل الحوالة .

مسئلة ٨ - اذا اُحال رجل على رجل بحق (بحوالة تخل) له عليه واختلفا فقال المحيل انت وكيلي في ذلك وقال المحتمل انما اُحلتنى لاخذ ذلك لنفسى على وجه الحوالة بمالى عليك واتفقا على أن التقدر الذى جرى بينهما من اللفظانه قال اُحلتك عليه بمالى عليه من الحق ، وقبل المحتمل ذلك كان القول قول المحيل ، وبه قال المزنى واكثر اصحاب الشافعى وقال ابن سريج : القول قول المحتمل - دليلنا - انهما قد اتفقا على ان الحق كان للمحيل على المحال عليه وانتقاله الى المحتمل يحتاج الى دليل لانه ليس فى احوالة المحيل بذلك دليل على انه اقر له به واحاله بحق له عليه ، وان شئت قلت: الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه ، وبقاء حق المحتمل على المحيل والمحال يدعى زوال ذلك والمحيل ينكره فكان القول قوله مع يمينه .

فى ان الحوالة عقد وليست ببيع

مسئلة ٩ - الحوالة عند الشافعى بيع وليس لاصحابنا فى ذلك نص والذى يقتضيه المذهب أن نقول أنه عقد قائم بنفسه لانه لا دليل على انه بيع وليس من الفاظ البيع ، والحاق به قياس لا يجوز عندنا لبطالان القول بالقياس .

مسئلة ١٠ - يجوز الحوالة بما لا مثل له من الثياب والحيوان اذا ثبت فى الذمة بالقرض ، ويجوز اذا كان فى ذمته حيوان وجب عليه بالجنابة مثل أرض الموضحة وغيرها يصح الحوالة فيها ، وكك يصح أن يجعلها صداقاً لامرأة ، واختلف اصحاب الشافعى فيه فقال بعضهم لا يجوز ، وانما يجوز فيما له مثل ، وقال ابن سريج: يجوز فيما ثبت فى الذمة وهو معلوم ، و اذا كان فى ذمته حيوان فهل يصح الحوالة به اياه و جهان - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك ومن منع منه فعليه الدلالة ، ومن قال لا يجوز قال لانه مجهول وليس الامر على ذلك لانه لا بد

أن يكون معلوماً بوصفه وسنه وجنسه ، فان لم يكن كذلك لم تصح الحوالة به .
 مسألة ١١ - اذا حال لزيد على عمر وبالف درهم فقبله عمر وصحت الحوالة في ذلك
 وللمشافعي فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا يجوز لان الحوالة بيع و المعدوم
 لا يجوز بيعه - دليلنا - انه اذا قبله فقد أقرب لزوم ذلك المال في ذمته فيجب عليه الوفاء به
 ومن قال لا يصح فعليه الدلالة ، على ان قد بينا ان الحوالة ليست ببيع فالاصل الذي بنى
 عليه غير مسلم .

كتاب الضمان

مسئلة ١ - ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له او المضمون عنه، وللشافعي فيه ثلاثة اوجه: احدها مثل ما قلناه، والثاني ان من شرطه معرفتهما، والثالث ان من شرطه معرفة المضمون له دون المضمون عنه - دليلنا - ما روى ان علياً عليه الصلاة والسلام وابتاقتاده لما ضمنا الدين عن الميت لم يستلهمما النبي ﷺ عن معرفتهما لصاحب الدين ولا الميت فدل على انه ليس من شرطه معرفتهما .

مسئلة ٢ - ليس من شرط صحة الضمان رضاهما ايضاً ، وان قيل: ان من شرطه رضا المضمون له كان أولى، وقال الشافعي: المضمون عنه لا يعتبر رضاه والمضمون له فيه قولان فقال : ابو علي الطبري من شرطه رضاه مثل الثمن في المبايعات وقال ابن سريج : ليس ذلك من شرطه لان علياً عليه السلام وابتاقتاده لم يستل المضمون له - دليلنا - ضمان علي عليه السلام وابي قتادة فان النبي ﷺ لم يستل عن رضا المضمون له واما رضا المضمون عنه فكان غير متمكن (ممكن خ ل) لانه كان ميتاً يدل انه لا اعتبار برضاهما، واذا اعتبرنا رضا المضمون له فالانه اثبات حق في الذمة ، فلا بد من اعتبار رضاه كسائر الحقوق والاول اليق بالمذهب لان الثاني قياس ونحن لانقول به .

مسئلة ٣ - اذا صح الضمان فانه ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ولا يكون له ان يطالب احداً غير الضامن ، وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود، وقال الشافعي وباقي الفقهاء : ان المضمون له مخير في ان يطالب ايمها شاء ، والضمان

لا ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن - دليلنا - ان النبي ﷺ قال لعلي عليه الصلاة والسلام لما ضمن الدرهمين عن الميت: جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك، فدل على ان الميت قد انتقل الحق من ذمته، وقال النبي ﷺ لا يبي قتادة لما ضمن الدينارين: هما عليك و الميت منهما برى، قال: نعم فدل على ان المضمون عنه يبرء من الدين بالضمن .

مسئلة ٤ - ليس للمضمون له ان يطالب الا الضامن ، وقال مالك : لا يجوز له ان يطالب الضامن الا عند تعدد المطالبة عن المضمون عنه اما بغيبته او بافلاسه او بجهوده وقال الشافعي وباقي الفقهاء : هو بالخيار في مطالبة ايهما شاء - دليلنا - ما ذكرناه في المسئلة الاولى سواء من ان الضمان ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن، فاذا ثبت ذلك فليس له ان يطالب الا من ثبت المال في ذمته.

مسئلة ٥ - اذ ضمن بغير اذن المضمون عنه وادى بغير امره فانه يكون متبرعا ولا يرجع به عليه ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك واحمد : يرجع به عليه - دليلنا - ان عليا عليه السلام و اباقتادة ضمنا الدينين من الميتين بغير اذن احد فلو كان لهما ان يرجعا عليهما اذا ديا الدينين لم يكن لضمانيهما فائدة وكان (ولكان نخل) الدين باقيا على الميت كما كان

مسئلة ٦ - اذا ضمن عنه باذنه وادى بغير اذنه فانه يرجع عليه ، واختلف اصحاب الشافعي في ذلك فقال ابو علي بن ابي هريرة : بمثل ما قلناه وهو اختيار ابي الطيب الطبري وقال ابو اسحاق: ان ادى عنه مع امكان الوصول اليه واستيذانه لم يرجع عليه، وان ادى مع تعذر ذلك رجع عليه - دليلنا - ان اباقتادة بنفس الضمان انتقل المال الى ذمته فلا اعتبار باستيذانه في القضاء ومن قال بالخيار ونصر ما قلناه قال اذنه له في الضمان اذن له في القضاء فلا يحتاج الى استيذانه ثانيا .

مسئلة ٧ - يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة له، والمشافعي فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه والثاني لا يصح ضمانه - دليلنا - قوله تعالى «ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم» وهذا نص وقول النبي ﷺ الزعيم غارم وهذا عام الا ما اخرجه الدليل .

مسئلة ٨ - يصح ضمان مال المسابقة، وقال الشافعي: ان جعلناه مثل الاجارة صح ضمان ذلك وان جعلناه مثل الجعالة فعلى وجهين - دليلنا - قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم وهو على عمومه .

مسئلة ٩ - اذا جنى على حر فاستحق بالجنابة بالاصح ضمانها ، وللشافعي فيه قولان بناء على القولين فى بيعها وصادقتها - دليلنا - قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم و هذا زعيم ولانه لمانع يمنع من صحة ذلك والاصل جوازه .

مسئلة ١٠ - نفقة الزوجة اذا كانت مستقبلة لا يصح ضمانها ، وللشافعي فيه قولان : اذا قال يلزم النفقة بنفس العقد صح ضمانها ، وان قال تجب بالتمكين من الاستمتاع قال لا يصح - دليلنا - ان النفقة انما تلزم بالتمكين من الاستمتاع بدلالة انها متى نشزت سقطت نفقتها واذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل فى المستقبل فلا يجب به النفقة

مسئلة ١١ - يصح ضمان الثمن مدة الخيار وللشافعي فيه طريقان: احدهما مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم ، والثانى لا يصح لانه مثل مال الجعالة و هو على قولين دليلنا - ان هذا مال يؤل الى اللزوم فيصح ضمانه وايضاً قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم .

مسئلة ١٢ - يصح ضمان عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقاً اذا كان قد سلم الثمن الى البايع ، وبه قال أكثر الفقهاء ، والمشهور من مذهب الشافعي ، وقال ابو العباس بن سريج و ابو العباس بن القاص : لا يجوز ذلك - دليلنا - قوله صلى الله عليه وآله الزعيم غارم ولم يفصل والاصل جواز ذلك والمنع منه يحتاج الى دلالة ، وايضاً فان الاستيثاق من الحقوق جائز فلا يخلو من أن يكون بالشهادة او بالرهن او الضمان فلا فائدة فى الشهادة لانها ليست وثيقة ، والرهن لا يجوز فى هذا الموضوع بلا خلاف لانه كان يؤدى الى أن يتعطل الرهن ابدأ فلم يبق بعده هذا الا الضمان والاخلاق المال من الوثيقة .

مسئلة ١٣ - لا يصح ضمان المجهول سواء كان واجباً او غير واجب ، ولا يصح ضمان ما لا يجب سواء كان معلوماً او مجهولاً ، وبه قال الشافعي ، وسفيان الثورى وابن ابي ليلى والليث بن سعد واحمد بن حنبل ، وقال ابو حنيفة ومالك : يصح ضمان ذلك - دليلنا - ما روى عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر و ضمان المجهول غرر لانه لا يدري كم قدره من المال عليه ، وايضاً فلادليل على صحة ذلك فمن ادعى صحته فعليه الدلالة .

مسئلة ١٤ - يصح الضمان عن الميت سواء خلف وفاء او لم يخلف ، وبه قال الشافعى ومالك وابو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة وسفيان الثورى : لا يصح الضمان عن الميت اذ لم يخلف وفاء بمال او ضمان ضامن وان خلف وفاء بمال او ضمان صح الضمان عنه - دليلنا خبر على عليه الصلاة والسلام و ابي قتادة وضمانهما عن الميت واجازة النبى ﷺ ذلك مطلقا من غير فصل فدل على ان الحكم لا يختلف ، وروى عن انس بن مالك انه قال من استطاع منكم ان يموت وليس عليه دين فليفعل فانى رأيت رسول الله ﷺ وقد اتى بجنائز يصلى عليها فقال: هل عليه دين فقالوا : نعم فقال: ما تنفعه صلوتى وهو مرتين بدينه فلوقام احدكم فضمن عنه فصليت عليه كانت تنفعه صلوتى وهذا صريح فى جواز ابتداء (ابتغاء خ ل) الضمان بعدموت المضمون عنه .

مسئلة ١٥ - اذا ضمن العبد الذى لم يؤذن له فى التجارة بغير اذن سيده لم يصح ضمانه ، وبه قال ابو سعيد الاصطخرى ، وحكى ذلك عن ابن سريج ، وقال ابن ابي هريرة فى تعليقه : يصح ، وحكى ذلك عن ابي اسحاق المرزى - دليلنا - قوله تعالى « عبيداً مملوكا لا يقدر على شىء » والضمان شىء فوجب ان لا يصح لانه تعالى انما نفى حكم ذلك لانفس القدر تعالىه .

كفالة الابدان

مسئلة ١٦ - كفالة الابدان تصح وبه قال من الفقهاء ابو حنيفة وغيره وهو المشهور من مذهب الشافعى ، وله قول آخر ذكره المرزى فى تعليقه انها لا تصح - دليلنا - قوله تعالى : « لتأتنى به الا ان يحاط بكم » فطلب يعقوب منهم كفيلا ببدنه ، وقال اخوة يوسف ليوسف « ان له اباً شيخاً كبيراً فخذ احداً لنا مكانه » وذلك كفالة بالبدن ، وروى ابو اسحاق السبيعى عن حارثة بن مضرب انه قال صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله واثنى عليه وقال اما بعد فوالله لقد بت البراحة الى آخر الجمعة (الخطبة خ ل) فقال استتبهم وكفلهم عشايرهم فاستتا بهم فتابوا وكفلهم عشايرهم وهذا يدل على اجماعهم على ان الكفالة بالبدن صحيح وروى المخالفون لنا ان عبد الله بن عمر كان له دين على على عليه الصلاة والسلام فكفلت به ام كلثوم ابنته زوجة

عمر بن الخطاب .

مسئلة ١٧ - اذا تكفل ببدن رجل فغاب المكفول به غيبة يعرف موضعه الزم الكفيل احضاره ويمهل مدة ارضان ذهابه ومجيئه لاحضاره فان لم يحضره بعد انقضاء هذه المدة المذكورة حبس ابدأ حتى يحضره ويموت ، وبه قال جميع من اجاز الكفالة بالبدن وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال ولا يمهل لان الحق قد حل عليه - دليلنا - ان من شرط الكفالة امكان تسليمه والغايب لا يمكن تسليمه في الحال فوجب ان يمهل حتى يمضى زمان الامكان .

مسئلة ١٨ - اذا تكفل ببدن رجل فمات المكفول به زالت الكفالة وبرء الكفيل ولا يلزمه المال الذي كان عليه ، وبه قال جميع الفقهاء الذين اجازوا كفالة الابدان ، و قال مالك: يلزمه ما عليه واليه ذهب ابن سريج - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليها الدلالة ، وايضاً فانه تكفل ببدنه دون ما في ذمته فلا يلزمه تسليم مالم يتكفل به ولم يضمه .

مسئلة ١٩ - اذا رهن شيئاً ولم يسلمه فتكفل رجل بهذا التسليم صح ، وقال الشافعي : لا يصح - دليلنا - اننا قد بينا ان الرهن يجب عليه تسليم الرهن فصحت الكفالة عنه ، والشافعي بناه على انه لا يجب عليه تسليمه وقد بينا خلافه .

كتاب الشركة

مسئلة ١ - شركة المسلم لليهودى والنصرانى وسائر الكفار مكروهة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال الحسن البصرى : ان كان المتصرف المسلم لا يكرهه ، وان كان المتصرف الكافر اوهما كرهه - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع الامة لان خلاف الحسن لا يعتد به ، ومع ذلك قد (فقد خ ل) انقرض ، وروى عن عبدالله بن العباس انه قال : اكره أن يشارك المسلم اليهودى او النصرانى ، ولا يعرف (اعرف خ ل) له مخالف.

مسئلة ٢ - لاتنعد الشركة الا فيما بين مثلين فى جميع صفاتهما ويخلطان وبأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه فى التصرف فيه ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : تنعد الشركة بالقول وان لم يخالط (يخالط خ ل) هما بان يعينا المال ويحضراه ويقولوا قد تشار كنا فى ذلك صحت الشركة ، وقيل : هذه شركة العنان واذا اخرج أحدهما دراهم والاخر دنانير انعقدت الشركة بينهما - دليلنا - ان ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به ، وليس على انعقادها بما قاله دليل فوجب بطلانه .

مسئلة ٣ - العروض التى لها امثال مثل المكيالات و الموزونات تصح الشركة فيها ، واختلف اصحاب الشافعى فيه فقال ابواسحاق المروزى : مثل ما قلناه وقال غيره : لا تصح - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك ، والمنع يحتاج الى دليل ولادليل فى الشرع

مسئلة ٤ - اذا اخرج أحدهما دراهم والاخر دنانير لم تنعد الشركة ، وبه قال

الشافعي ، وقال ابو حنيفة: تصح - دليلنا - انهما مالان متميزان ولا يختلطان ، ومن حق الشركة اختلاط المالين فوجب أن تبطل ، ولان ما اعتبرناه لاختلاف في عقد الشركة به وما ذكره لادليل على صحته .

مسئلة ٥ - شركة المفاوضة باطلة ، وبه قال الشافعي قال: ولها حكم في اللغة دون الشرع ، وقال صاحب اصلاح المنطق : شركة المفاوضة ان يكون مالهما من كل شيء ، بما كانه بينهما وواقفه على ذلك مالك واحد و اسحاق و ابو ثور ، و قال ابو حنيفة: هي صحيحة اذا صحت شرائطها وموجباتها فشرائطها ان يكون الشريكان مسلمين حريين ، فاذا كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً او كان أحدهما حراً والآخر مكاتباً لم تجز الشركة ، ومن شروطها أن يتفق قدر المال الذي تنعقد الشركة في جنسه وهو الدراهم والدنانير فاذا كان مال أحدهما أكثر لم تصح هذه الشركة ، او اخرج احدهما من الشركة من ذلك المال أكثر مما أخرج الآخر لم تصح ، واما موجباتها فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يكتسبه قل ذلك او أكثر ، وفيما يلزمه (م خ ل) من غراماته (غرمائه خ ل) بغصب وكفالة بمال (له خ ل) فهذه جملة ما يشترطونه من الشرائط والموجبات ، وبه قال سفيان الثوري والاوزاعي - دليلنا - انه لادليل على صحة ذلك و انعقاد الشركة حكم شرعي يحتاج الى دلالة شرعية ، وايضاً هذه الشرائط التي ذكرها من اكتساب المال والغرامة باطلة فلا يصح معها الشركة ، وايضاً روى عنه صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر وهذا الغرر (غرر خ ل) لانه يدخل في العقد على ان يشاركه في جميع ما يكسبه وما يضمنه بعد ، من غصب و ضمان وكفالة ، وقد يلزمه غرامة فيحتاج أن يشاركه فيهما على حسب ما دخل عليه في العقد ، وهذا غرر عظيم . شركة الأبدان

مسئلة ٦ - شركة الأبدان عندنا باطلة ، وهي ان يشترك الصانعان على ان ما يرتفع لهما من كسبهما فهو بينهما (لها م خ ل) على حسب شرطهما سواء كانا متفقين الصفة كالنجارين والخبازين او مختلفي الصنعة كالنجار والخباز ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها ، ولا يجوز في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاعتنات ، وقال مالك : يجوز الاشتراك مع اتفاق الصنعة ولا يجوز مع اختلافها

وقال احمد :يجوز الاشتراك في جميع الصنایع، وفي الاحتشاش والاحتطاب و الاصطياد والاعتنام، -دليلنا- اجماع الفرقة و اخبارهم و ايضا العقود الشرعية تحتاج الى ادلة شرعية وليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة، وايضاً نهى النبي ﷺ عن الغرر وهذا غرر بدلالة ان كل واحد منهما لا يدري ايكسب صاحبه شيئاً، ام لا يكسب؛ و كم مقدار ما يكسبه؟ .

مسئلة ٧- شركة الوجوه باطله و صورتها ان يكون رجالان و جيهان في السوق و ليس لهما مال ينعقد ان الشركة على ان يتصرف كل واحد منهما بجاهه في ذمته و يكون ما يرتفع بينهما، و به قال الشافعي، و قال ابو حنيفة :انها تصح فاذا عقداها كان ما يرتفع لهما على حسب ما شرطاه بينهما -دليلنا- ما قدمناه في المسئلة الاولى من ان العقود الشرعية تحتاج الى ادلة شرعية، و ليس في الشرع ما يدل على صحة هذه الشركة فيجب ان تكون باطله .

مسئلة ٨- لافرق بين ان يتفق المالان في المقدار او يختلفا فيخرج احدهما اكثر مما اخرجه الاخر، و به قال اكثر اصحاب الشافعي، و قال ابو القاسم الانماطى من اصحابه : اذا اختلف مقدار المالين بطلت الشركة -دليلنا- انه لا دلالة على بطلان هذه الشركة و الاصل جوازها، و قوله المؤمنون عند شروطهم

مسئلة ٩- لا يجوز ان يتفاضل الشريكان في الربح مع التساوى في المال، و لان يتساوى فيه مع التفاضل في المال، و متى شرط خلاف ذلك كانت الشركة باطله، و به قال الشافعي، و قال ابو حنيفة لا يجوز ذلك -دليلنا- ان ما قلناه مجمع على جوازه و ليس على حواز ما ذكره دليل

مسئلة ١٠- اذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة ثم اصابا به عيباً كان لما ان يرداه و كان لما امساكه فان اراد احدهما الرد و الاخر الامساك كان لهما ذلك و به قال الشافعي و قال ابو حنيفة : اذا امتنع احدهما ، من الرد لم يكن للاخر ان يرد -دليلنا- ان المنع من الرد بالعيب يحتاج الى دليل و الاصل جوازه، و ليس ههنا ما يدل

على المنع منه.

مسئلة ١١- اذا باع احد الشريكين عبداً بالف فاقر البايع على شريكه بالقبض وادعى ذلك المشتري وانكره الشريك الاخر الذى لم يبيع لم يبرء المشتري من الثمن، وبه قال الشافعى: وله فى اقرار الوكيل على موكله بقبض ما وكله فيه قولان: احدهما يقبل وبه قال ابو حنيفة ومحمد، والاخر لا يقبل ذلك، وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن: ان اقرار الشريك مقبول على شريكه بناء منهما على ان اقرار الوكيل مقبول على موكله بقبض ما وكله فيه - دليلنا - على ذلك أن الخمس مائة التى للمبايع لا تبرء منها لانه يقول ما اعطيتنى ولا اعطيت من وكلته فى قبضها وانما اعطيتها اجنياً ولا تبرء من حقى بذلك واما الخمس مائة التى للذى لم يبيع فلا يبرء منها لانه يزعم انها على المشتري لم يقبضها بعد، وانما البايع هو الذى يقر بقبضه وهو وكيل الذى لم يبيع فى قبض حقه، والوكيل اذا أقر على موكله بقبض الحق الذى وكله فى استيفائه لم يقبل قوله عليه الا انه ان شهد مع البايع شاهد آخر او امرأتان او يمين المشتري فانه يحكم على الشريك الذى لم يبيع بقبض حقه، وان لم يكن توجهت عليه اليمين لا غير.

مسئلة ١٢ - اذا كان مال بين شريكين فغصب غاصب احد الشريكين نصيبه وباع مع مال الشريكه مضى العقد فى مال الشريك، ويبطل فيما للغاصب، ولاصحاب الشافعى فيه طريقان: منهم من قال المسئلة مبنية على تفريق الصفقة فيبطل البيع فى القدر المغصوب، و هل يبطل فى حصة الشريك البايع؟ على قولين اذا قال لا تفرق الصفقة بطل فى الجميع، واذا قال تفرق يصح فى حصة الشريك البايع، ويبطل فى الباقي، ومنهم من قال المسئلة على قول واحد كما قال الشافعى: لان هذا البيع صفقتان لان فى طرفيه عاقدين فاذا جمع بين الصفقتين فى العقد فبطلت احديهما لم تبطل الاخرى، وانما تبنى المسئلة على تفريق الصفقة اذا كانت الصفقة واحدة وهو الصحيح عندهم، فاما اذا غصب احد الشريكين من الاخر وباع الجميع بطل فى نصيب شريكه وفى نصيبه قولان: واذا وكل الشريك الذى لم

يغصب الغاصب في بيع حصته فباع الغاصب جميع المال واطلق البيع بطل في القدر المغصوب ، وهل يبطل في حصة الموكل على قولين بناء على تفريق الصققة ، ولا خلاف بينهم اذا طلق ذلك البيع ، وان لم يطلق واخبر المشتري انه وكيل فهو على الخلاف الذي مضى - دليلنا - على انه لا يبطل في الجميع قوله تعالى : «واحل الله البيع» وهذا بيع صادق ملكا واما ما لا يملك فلا خلاف انه لا يمضى البيع فيه .

مسئلة ١٣ - اذا كان لرجلين عبدان لكل واحد منهما عبدان فباعاهما من رجل واحد بثمان واحد لا يصح البيع ، وللشافعي فيه قولان : احدهما يصح والاخر لا يصح وهو الاصح عندهم - دليلنا .. ان هذا العقد بمنزلة العقدين لانه لعاقدين و ثمن كل واحد منها مجهول لان ثمنهما (ثمنيهما مخل) يتوسط على قدر قيمتهما واذك مجهول والثمن اذا كان مجهولا يبطل العقد ولا يلزم اذا كانا جميعاً لو احدث فباعهما بثمان معلوم لان ذلك يكون عقداً واحداً ، وانما يبطل (بطل خ ل) الاول من حيث كانا عقدين .

مسئلة ١٤ - اذا عقد اشركة فاسدة اما بان يتفاضل المالان ويتساوى الربح او يتساوى المالان و يتفاضل الربح وتصرفا و ارتفع الربح ثم تفاضلا كان الربح بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله بعد اسقاط القدر الذي يقابل عمله في ماله ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا يرجع واحد منهما على صاحبه بأجرة مثل عمله (عمل خ ل) لان هذه الاجرة لما لم تثبت في الشركة الصحيحة فكذلك في الفاسدة - دليلنا - ان كل واحد منهما قد شرط في مقابلة عمله جزء من الربح ولم يسلم له لنفسه العقد وقد تعذر عليه الرجوع الى المبدل فكان له الرجوع الى قيمته كما لو باع منه سلعة بيعاً فاسداً وسلمها اليه وتلفت في يد المشتري رجوع عليه بقيمتها لان المسمى لم يسلم له ، وقد تعذر عليه الرجوع في السلعة بتلفها فكان له الرجوع في قيمتها ويفارق ذلك الشركة الصحيحة لان المسمى قد سلم له فيها وفي الفاسدة لم يسلم له المسمى وقد تعذر عليه الرجوع الى المبدل فيرجع الى عوض المثل .

مسئلة ١٥ - اذا كان بينهما شيء فباعاه بثمان معلوم كان لكل واحد منهما ان

يطالب المشتري بحقه ، فاذا أخذ قدر حقه شاركه فيه صاحبه ، وللشافعي فيه قولان :
أحدهما مثل ما قلناه ، والآخر وهو الأظهر عندهم انه لا يشاركه فيه - دليلنا - اجماع الفرقة
فان هذه المسئلة منصوصة لهم ورواياتهم واردها ، وايضاً فان المال الذي في ذمة المشتري غير
متميز فكل جزء يحصل من جهته فهو بينهما

كتاب الوكالة

مسئلة ١ - يجوز وكالة الحاضر ويلزم الخصم مخاصمة الوكيل وله ان يوكل ايضاً كذلك ، و به قال الشافعى وابن ابى ليلى وابو يوسف ومحمد : وقال ابو حنيفة : وكالة الحاضر تصح غير انها لاتلزم خصمه الا ان يرضى بها ومتى ابى ذلك كان على خصمه أن يخاصمه بنفسه وأجبر على ذلك ان امتنع - دليلنا ان الاخبار الواردة فى جواز التوكيل عامة فى الحاضر والغايب ، فمن خصص فعلية الدلالة ، وايضاً الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢ - ليس من شرط سماع البينة على الوكالة من الوكيل احضار خصم من خصومه او غريم من غرمائه ، و به قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : من شرطه ذلك فاذا حضره وادعى حق الموكل على خصمه أو غريمه وتوجه الجواب على المدعى عليه (فح) يسمع الحاكم بينة الوكيل فجوز سماع الدعوى بتقبل ثبوت الوكالة و الزم الخصم الجواب ، وجعل تقديم الدعوى شرطاً فى سماع البينة بناء منه على اصله لان عنده لا يلزم (يلزمه خ ل) وكالة الحاضر الا برضا الخصم ولا يجوز القضاء على الغايب وهذا عندنا جائز على ما بيناه لاننا لانعتبر رضا الخصم ويجوز القضاء على الغايب ، وقد مضى الكلام فى جواز وكالة الحاضر وان لم يرض الخصم ، وسيجىء الكلام فى القضاء على الغايب فى موضعه .

مسئلة ٣ - اذا عزل الموكل وكيله عن الوكالة فى غيبة من الوكيل (فلا خ ل) لاصحابنا فيه روايتان: احدهما انه يعزل فى الحال ، و ان لم يعلم الوكيل و كل تصرف

تصرف فيه الوكيل بعد ذلك يكون باطلا وهو احد قولى الشافعى واوحد وجهيه والثانية انه لا ينعزل حتى يعلم الوكيل ذلك ، وكلما يتصرف فيه يكون واقعا وموقعا الى ان يعلم وهو قول الشافعى الاخر ، وبه قال ابو حنيفة : - دليلنا على ذلك أخبار الطائفة وهى مختلفة وقد ذكرناها فى الكتابين المتقدم ذكرهما ومن راعى العلم استدلى على ذلك بان قال ان النهى لا يتعلق به حكم فى المنهى الا بعد حصول العلم به وهكذا ابواب نواهى الشرع كلها و لهذا لما بلغ أهل قبا ان القبلة قد (تحوم خل) حولت الى الكعبة وهم فى الصلوة داروا وبنوا على صلاتهم ولم يؤمروا بالاعادة فكذلك نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغى ان لا يتعلق به حكم فى حق الوكيل الا بعد العلم ، وهذا القول أقوى من الاول ، وقد رجحناه فى الكتابين .

مسئلة ٤ - اذا وكل الرجل (رجل خ ل) رجلا فى الخصومة عنه ولم يأذن له فى الاقرار فاقر على موكله بقبض الحق الذى وكل فى الخصومة فيه لم يلزمه اقراره عليه بذلك سواء كان فى مجلس الحكم أو فى غيره ، وبه قال مالك و الشافعى و ابن ابى ليلى وزفر ، وقال ابو حنيفة ومحمد : يصح اقراره على موكله فى مجلس الحكم ولا يصح فى غيره وقال ابو يوسف : يصح فى مجلس الحكم وفى غيره - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن الزمه باقرار وكيله فعليه الدلالة .

مسئلة ٥ - اذا اذن له فى الاقرار عنه صح اقراره ولزم الموكل ما قر به فان كان معلوما لزمه ذلك وان كان مجهولا رجع فى تفسيره الى الموكل دون الوكيل وللشافعى فيه قولان ، وفى اصحابه من قال مثل ما قلناه ، وقال ابن سريج : لا يصح من الوكيل الاقرار عن الموكل بحال ولا يصح الوكالة فى ذلك - دليلنا - انه لا مانع من ذلك و الاصل جوازه وايضا قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ان المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط ان يلزمه ما قر به الوكيل فيجب ان يكون ذلك جازيا .

مسئلة ٦ - اذا وكل رجل رجلا فى تثبيت حدا للقذف او القصاص عند الحاكم او اقامة البيعة عليه فالتوكيل صحيح ، وبه قال جميع الفقهاء الا ابو يوسف فانه قال لا يصح التوكيل فى تثبيت الحد بحال - دليلنا - عموم الاخبار فى جواز التوكيل و الاصل ايضا جوازه والمنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٧- يصح التوكيل في استيفاء الحدود التي للادميين وان لم يحضر الموكل واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة طرق، فذهب ابو اسحاق المروزي الى ان الصحيح ما ذكره في كتاب الجنائيات من ان التوكيل يصح مع غيبة الموكل، ومنهم من قال ان الصحيح ما ذكره ههنا من اعتبار حضور الموكل، ومنهم من قال المسئلة على قولين و اختار ابو الطيب الطبرى قول المروزي، وقال ابو حنيفة: لا يجوز استيفائها مع غيبة الموكل - دليلنا ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دلالة، ومن قال لا يجوز الامع حضور الموكل استدلل بقول النبي ﷺ ادروا الحدود بالشبهات قال: وفي استيفاء هذا الحد شبهة لانه لا يدزى الوكيل هل عفى عن هذا القصاص الموكل فيه اولم يعف، وما ذكرناه اولي.

مسئلة ٨ - اذا وكله في تصرف سماه له ثم قال: وقد اذنت لك ان تصنع ماشئت كان ذلك اذناً في التوكيل، وللشافعي فيه وجهان: أحدهما مثل ما قلناه، والثاني ليس له ذلك لانه ما صرح بالاذن فيه - دليلنا - انه اذا قال اذنت لك أن تعمل ماشئت دخل فيه التوكيل لانه من جملة ما يشاء فحمل قوله على عمومه اولي.

مسئلة ٩- جميع من يبيع مال غيره ستة انفس: الاب والجد ووصيهما والحاكم و امين الحاكم والوكيل. لا يصح لاحد منهم ان يبيع المال الذي في يده من نفسه الا لانين، الاب والجد، ولا يصح لغيرهما، وبه قال مالك والشافعي، وقال الاوزاعي: يجوز ذلك للجميع، وقال زفر: لا يجوز لاحد منهم ان يبيع من نفسه شيئاً، وقال ابو حنيفة: يجوز للاب والجد والوصى الا انه اعتبر في الوصى ان يشتريه بزيادة ظاهرة مثل أن يشتري ما يساوى عشرة بخمس عشرة فان اشتراه بزيادة درهم لم يمض ذلك البيع، قاله استحساناً - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم على انه يجوز للاب ان يقوم جازية ابنه الصغير على نفسه ويستبيح وطئها بعد ذلك، وايضاً روى ان رجلاً اوصى الى رجل في بيع فرس له فاشتراه الوصى لنفسه، واستفتى عبدالله بن مسعود فقال: ليس له ذلك ولا يعرف له مخالف، فان قيل عندكم ان المبيع من صحة انعقاده التفرق بالابدان ولا يتصور ذلك بين الانسان و بين نفسه قيل اجيب عن ذلك بجوابين: احدهما ان البيع قديلمزم من غير التفرق، وهو ان يقول بعد العقدا اجزت (اخترت خ ل) هذا البيع، او امضيته فانه يلزم، ولا يحتاج الى التفرق، والثاني

انه اذا عقد الاب او الجده هذا العقد فانه يقوم من موضعه حتى يلزم العقد ويمضى، فيكون ذلك بمنزلة افتراق المتبايعين.

مسئلة ١٠- اذا اطلق الوكالة في البيع فاطلاقها يقتضى أن يبيع بنقد ذلك البلد بضمن المثل حالاً، فان خالف في ذلك كان البيع باطلاً، وبه قال مالك والشافعى، وقال ابو حنيفة: لا يقتضى الاطلاق الحلول، ولا نقد البلد، ولا عوض المثل فاذا باعه بخلاف ذلك صح حتى قال: لو ان السلعة تساوى الوفا فباعها بدائق الى أجل صح البيع - دليلنا انه اذا باع بما وصفناه صح بيعه بلا خلاف واذا خالف ما يدل دليل على جواز بيعه فوجب المنع منه.

فيما اذا اختلف الخياط وصاحب الثوب في قطعه

مسئلة ١١- اذا اختلف الخياط وصاحب الثوب فقال صاحب الثوب اذنت لك في قطعه قميصاً، وقال الخياط اذنت لى في قطعه قباء وقد فعلت فالقول قول الخياط، وللشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه، والثانى ان القول قول صاحب الثوب، وبه قال ابن ابى ليلى - دليلنا - على ما ذهبنا اليه ان صاحب الثوب مدع بذلك ارش القطع على الخياط فعليه البيئته، والا فعلى الخياط اليمين

مسئلة ١٢- اذا كان لرجل على غيره دين فجاء آخر فادعى أنه وكيله فى المطالبة (الفاخل) نكر ذلك الذى عليه الدين، فان كان مع الوكيل بيئته اقامها وحكم له بها وان لم يكن معه بيئته وطالب من عليه الدين باليمين لا يجب عليه، فان ادعى عليه علمه بذلك لم يلزمه ايضاً اليمين، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يلزمه اليمين بناء منه على اصله انه لو صدقه اجبر على التسليم اليه ونحن نبنى على اصلنا انه لو صدقه من عليه الدين فى توكيله لم يجبر على التسليم اليه - دليلنا - الاصل براءة الذمعة، واجاب اليمين عليه يحتاج الى دليل شرعى، ولا دليل فى الشرع يدل عليه.

مسئلة ١٣- اذا صدقه من عليه الدين فى توكيله لم يجبر على التسليم اليه، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة: ان كان ذلك ديناً اجبر على الدفع اليه، وان كان عيناً فالمشهور من مذهبه أنه لا يجبر عليه، وعنه رواية اخرى شاذة انه يجبر عليه - دليلنا - انه لا دليل

على اجباره على ذلك ولان ذمته مرتبهة بالوديعة والدين وغيره، ولا يقطع على برائتها بالدفع الى الوكيل المدعى له ذلك، وتصديقه اياه لان لصاحبه ان يكذب بهما فيجب (فينبغي خل) ان لا يجب عليه التسليم.

مسئلة ١٤- اذا وكل رجلا في كل قليل وكثير لم يصح ذلك، وبه قال جميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال: يصح ذلك- دليلنا- ان في ذلك غرر أعظيما لانه ربما الزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به، وما يؤدي الى ذهاب ماله مثل ان يزوجه باربع حراير ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف مهورهن ثم يتزوج باربع اخر، ثم على هذا ابداً ويشترى له من الارضين والعقارات وغيرها ما لا يحتاج اليه، وفي ذلك غرر عظيم فيما يؤدي اليه فهو باطل، وايضاً فانه لا دليل على صحة هذه الوكالة في الشرع.

مسئلة ١٥- يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم، ولم يكره ذلك أحد من الفقهاء دليلنا- اجماع الفرقه وانه (لانه خل) لا دليل على جوازه.

مسئلة ١٦- اذا وكل رجلا في بيع ماله فباعه كان للوكيل والموكل المطالبة بالثمن وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: للوكيل المطالبة به، وليس ذلك للموكل- دليلنا- ان الثمن قد ثبت انه للموكل دون الوكيل، ويدخل في ملكه في مقابلة المبيع الذي زال ملكه بالعقد، واذا كان الثمن ملكا له كان له المطالبة به، ولان المطالبة بالثمن من حقوق العقد لا من شرايطه مثل خيار المجلس والتفرق بالابدان، فان ذلك من شرط العقد فلاجل ذلك يتعلق بالعقد دون الموكل.

مسئلة ١٧- لا يصح ابراء الوكيل من دون الموكل من الثمن الذي على المشتري وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يصح ابراء الوكيل بغير اذن موكله- دليلنا- ان الا براء تابع للملك، واذا كان الوكيل لا يملك الثمن فلا (لاخل) يصح منه الا براء، وانما قلنا انه لا يملك لانه لا يملك هبته بلاخلاف، فلو ملكه لصح منه هبته.

مسئلة ١٨- اذا وكل رجلا في شراء سلعة فاشتراها بضمن مثلها فان ملكها يقع للموكل من غير ان يدخل في ملك الوكيل، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يدخل او لا في ملك الوكيل ثم ينتقل الملك الى الموكل- دليلنا- انه لو وكله في شراء من يعتق عليه لم يعتق

عليه، فلو كان الملك قد انتقل اليه لوجب ان يعتق عليه، فلما اجمعنا على انه لا يعتق على الوكيل لو اشترى من يعتق عليه، اذا اشتراه لنفسه دل ذلك على انه لا ينتقل الملك الى الوكيل.

مسئلة ١٩- اذا وكل مسلم ذمياً في شراء خمر لم يصح الوكالة فان ابتاعه الذمي لهم يصح البيع، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يصح التوكيل ويصح البيع، وعنده ان المسلم لا يملك الخمر اذا تولى الشراء بنفسه، ولا يصح ذلك، ويملكه بشراء الوكيل الذمي - دليلنا ان عقود البيع تحتاج الى دلالة شرعية ولا دليل في الشرع على صحة هذا العقد فوجب أن يكون باطلاً، على اننا في المسئلة الاولى ان شراء الوكيل يقع لموكله فاذا كان كذلك فوجب (وخل) ان لا يصح شرائه كما لو اشتراه بنفسه .

مسئلة ٢٠- اذا وكله في بيع فاسد مثل ان يوكله في البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدوم الحاج وادراك الثمار لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة: يملك بذلك البيع الصحيح، فاذا باع واشترى الى اجل معلوم صح البيع والشراء - دليلنا - انه لم يوكله في هذا العقد فيجب أن لا يصح، وانما وكله في غيره فاذا فسد فيجب فساد الوكالة.

مسئلة ٢١- اذا وكل صبياً في بيع او شراء او غيرهما لم يصح التوكيل، وان تصرف لم يصح تصرفه، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يصح توكيله، واذا تصرف صح تصرفه اذا كان يعقل ما يقول، ولا يفتقر ذلك الى اذن وليه - دليلنا - قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رفع القلم عن ثلاثة (ثلاث خ ل) عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ (يتبته خ ل) ورفع القلم يقتضى أن لا يكون لكلامه حكم وان (لانه خ ل) لا دلالة على صحة هذه الوكالة فيجب بطلانها.

مسئلة ٢٢- اذا وكله في شراء شاة بدينار أعطاه فاشترى به شاتين يساوي كل واحدة منهما ديناراً، فبان الشراء يلزم الموكل فيكون الشاتان له، وبه قال أكثر اصحاب الشافعي، وقال الشافعي في كتاب الاجارات: ان احديهما تلزمه بنصف دينار وهو بالخيار في الاخرى انشاء امسكها بالنصف الاخرى

وان شاء ردها ويرجع (رخ ل) على الوكيل بنصف دينار . وقال الطبري لوجه هذا القول الآن يكون بناء على ما حكى عنه من انه يجوز بيع الموقوف ، وحكى المروزي في الكتاب الجامع عن الشافعي انه قال : اذا وكله في بيع سلعة فباعها بما لا يتغابن الناس بمثله كان له أن يرد ، وهذا أيضاً بناء على ما ذكرناه من ذلك القول ، قال ابو الطيب الطبري والمذهب الصحيح الاول ، وقال ابو حنيفة : يلزم الوكيل البيع في احدى الشاتين بنصف دينار ولا يلزم الموكل في الاخرى بنصف دينار ، ويرجع الموكل عليه بنصف دينار دليلنا . ان شراء الشاتين وقع للموكل بماله ، وقد بينا ان عقد الوكيل للموكل فيجب ان يكون شراؤه ماله ، وايضاً روى عن النبي ﷺ انه عرض له جلب فاعطى عروة البارقي ديناراً لمشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما بدينار فجاء الى رسول الله ﷺ وسلم بشاة ودينار فقال : هذه الشاة وهذا ديناركم فقال النبي ﷺ : كيف صنعت فذكر له ما صنع ، فقال له النبي ﷺ : بارك الله لك في صفقة يمينك .

مسئلة ٢٣ - اذا قال ان قدم الحاج اوجاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع فان ذلك لا يصح ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يصح - دليلنا - انه لا دليل على صحة هذا العقد ، وعقد الوكالة يحتاج الى دليل

كتاب الاقرار

مسئلة ١ - اذا قال :له عندى مال جليل ، او عظيم ، او نفيس او خطير لم يتقدر ذلك بمقدار ، و اى مقدار فسر به كان مقبولا قليلا كان او كثيراً ، و به قال الشافعى ، وان قال :له عندى مال كثير فانه يكون اقراراً بثمانين على الرواية التى تضمنت بان الوصية بالمال الكثير وصية بثمانين ، ولم يعرف تفسير كثير بما قلناه احد من الفقهاء واختلف اصحاب ابى حنيفة فى الالفاظ الاولية ، فمنهم من قال : لا يقبل منه باقل من عشرة دراهم و هى مقدار نصاب القطع عندهم ومنهم من قال : لا يقبل منه اقل من مائتى درهم وهو (هى خ ل) مقدار نصاب الزكوة ، وكان ابو عبد الله الجرجاني من اصحاب أبى حنيفة يقول نص ابى (ابو خ ل) حنيفة على ذلك وقال : اذا اقر باموال عظيمة يلزمه ست مائة درهم وقال مالك يقبل منه ثلاثة دراهم فما فوقها وهى نصاب القطع عنده ، وقال الليث : بن سعد : يلزمه اثنان و سبعون درهماً - دليلنا - على ذلك انه لا دليل على مقدار مقطوع به ، وما يفسره به مقطوع به فوجب الرجوع اليه وان (لان خ ل) الاصل برائة الذمة ، واما تفسير الكثير فعليه اجماع الطائفة و روى فى تفسير قوله تعالى «لقد نصركم الله فى مواطن كثيرة فقالوا انما كانت ثمانين موطناً ، و هذه الاية دليل الليث بن سعد غير انه قال : اثنين وسبعين ، فانه ذكر انها كانت اثنين وسبعين موطناً و روى عن النبى ﷺ أنه قال : لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه ، وهذا المقر اذا فسر اقراره بمقدار ما وجب ان لا يطالب باكثر منه لظاهر الخبر ، وليس لاحد ان يقول : بان دانقاً لا يسمى عظيماً و ذلك

انه قد يكون ذلك عظيماً في حال الضرورة ، ويحتمل أن يكون اراد عظيماً بالاصافة الى ما هو دونه ، ويحتمل أن يكون اراد عظيماً عند الله لانه يستحق العقاب بجموده قال تعالى «وتحسبونه هيناً وهو عند الله عظيم وقوله تعالى وان كان مثقال حبة من خردل آتينا بها وكفى بنا حاسبين»

وروى عن عايشة انها قالت: كان رسول الله ﷺ ينهانا عن المحقرات و يقول ان لها من الله طالباً ، وروى عن ابن عباس انه قال: كلماءصى الله به كان عظيماً (فهو عظيم خل) و اذا احتمل هذه الوجوه وجب الرجوع الى تفسيره بما اراد .

مسئلة ٢ - اذا قال لفلان على مال أكثر من مال فلان الزم مقدار مال الذى سماه وقيل منه تفسيره فى الزيادة قليلاً كان او كثيراً وان فسر الكل بمثل ماله لم يقبل ذلك منه وقال الشافعى : يقبل منه اذا فسره بمثل ماله من غير زيادة - دليلنا - ان هذه اللفظة موضوعة فى اللغة للزيادة لان امثلة افعل من كذا تفيد مساواته له و الزيادة عليه واما من غير زيادة لا يقال انه اكثر منه ، والرجوع فى مثل ذلك يجب ان يكون الى اللغة فاما حمل اكثر على ان المراد به أنفع او ابرك فانه ترك للظاهر .

مسئلة ٣ - اذا قال له: على دراهم فانه يلزمه ثلاثة دراهم ، وان قال: دراهم عظيمة او كثيرة او خطيرة فعلى ماضى من الخلاف وقال الشافعى: نلزمه ثلاثة على الاحوال كلها وفى الناس من قال يلزمه درهمان - دليلنا - ان اقل الجمع ثلاثة على ما بيناه فى اصول الفقه و ابطلنا قول من يقول ان اقله اثنان .

مسئلة ٤- اذا قال له على: الف و درهم لزمه درهم و يرجع فى تفسير الالف اليه و كذلك ان قال مائة و درهم او عشرة و درهم او الف و دينار او الف و عبد ، فان جميع ذلك كالالف و به قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ان عطف على الالف من المكيل او الموزون كان ذلك تفسيراً للالف ، وان عطف عليها غير المكيل و السوزون لم يكن تفسيراً لها - دليلنا - انه صريح فيما زاد على الالف و الالف بهم (مبهمه خ ل) فيجب ان يرجع اليه فى تفسيره و لان الاصل برائة الذمة ، وما يفسره مقطوع به ، وما لم يصرح به يحتاج الى دليل فاما اذا قال له عندى مائة و خمسون درهماً فانه يكون الكل دراهم لان الخمسين افادة للزيادة

ولم تفد التفسير والتميز ، وقوله درهماً في آخر الكلام يفيد تفسيراً و تميزاً فوجب أن يكون تميزاً أو تفسيراً لجميع العدد، ومن الناس، من قال: ان المائة تكون مبهمه وقوله و خمسون درهماً يكون قوله درهماً تفسيراً للخمسين دون المائة لانها جملة اخرى والصحيح هو الاول، وبه قال اكثر اصحاب الشافعي، والثاني قال ابو علي بن خيران و ابو سعيد الاصطخري ، وقوله الف و درهم مفارق لذلك لان قوله و درهم لا يكون مفسراً للالف لان فيه و او العطف ، والمفسر لا يكون بواو العطف.

مسئلة ٥ - اذا قال: لفلان على الف و درهمان كان مثل قوله الف و درهم ، و قد مضى وان قال : الف و ثلاثة دراهم كان ذلك مفسراً للالف لان فيه و او العطف ، وكذلك اذا قال : له الف و خمسون درهماً او الف و مائة درهم او مائة و ثلاثة دراهم او مائة و خمسون درهماً او مائة و خمسة عشر درهماً او خمسون و الف درهم و خمسون و مائة درهم ، او خمسة و عشرون درهماً في كل ذلك يكون مفسراً للجميع ، وبه قال ابو اسحاق المرزى و أكثر اصحاب الشافعي ، وقال ابو علي بن خيران و ابو سعيد الاصطخري : ان التفسير يرجع الى ما وليه و الاول على ابهامه، وعلى هذا قالوا: لو قال بعتك بمائة و خمسين درهماً كان البيع باطلا لان بعض الثمن مجهول ، وعلى قول ابى اسحاق يصح البيع لان الجميع معلوم ، و هذا هو الصحيح - دليلنا - ان الزيادة الثانية معطوفة بالواو و على الاولى فصارت بمنزلة جملة واحدة فاذا جاء بعد ذلك التفسير والتميز و جب أن يكون راجعاً الى الجميع و يفارق ما قلناه في الف و درهم و الف و درهمان لان تلك زيادة وليس بتفسير ، فلا يجوز أن يجعل الزيادة في العدد تفسيراً ، على أنا بينا أن التفسير لا يكون بواو العطف فلا يصح ذلك فيه .

مسئلة ٦ - اذا قال: لفلان على درهم و درهم الا درهماً فانه يلزمه درهم واحد و قال الشافعي: نصاً انه يلزمه درهمان ، وفي اصحابه من قال انه يصح الاستثناء و يلزمه درهم واحد وكذلك اذا قال: أنت طالق طلقة و طلقه الا طلقة يقع طلقة واحدة ، وعلى قول الشافعي وقعت طلقتان - دليلنا - ان الجملتين اذا كان بينهما حرف العطف كانتا بمنزلة الجملة الواحدة ، فهو بمنزلة أن يقول لفلان على درهمان الا درهم ، او أنت طالق طلقتين الا

طلقة فانه يكون اقراراً بدرهم، وتقع طلقة واحدة فكذا هي هنا .

مسئلة ٧ - اذا قال غصبتك ثوبافى منديل كان اقراراً بغصب الثوب دون المنديل و به قال الشافعى، وقال أبو حنيفة : يكون اقراراً بهما - دليلنا - أنه يحتمل أن يكون اراد فى منديل لى فلا يلزمه الا الثوب كما لو قال: له عندى ثوب فى منديل او تمر فى جراب او قال غصبتك دابة فى اصطبل او نخلا فى بستان ، او غنماً فى ضيعة ولا فرق بينهما

مسئلة ٨ - اذا قال لفلان عندى كذا درهماً فانه يكون اقراراً بعشرين درهماً و به قال محمد بن الحسن ، وقال الشافعى : يكون اقراراً بدرهم واحد - دليلنا - ان ذلك اقل عددين نصب الدرهم بعده فيجب حمله عليه .

مسئلة ٩ - اذا قال: له عندى كذا كذا درهماً يلزمه أحد عشر درهماً ، و به قال محمد ابن الحسن ، وقال الشافعى: يلزمه درهم واحد وانما كرر - دليلنا - ان ذلك أقل عددين ركبا و نصب بعدهما الدرهم فوجب حمله عليه .

مسئلة ١٠ - اذا قال له عندى (على خل) كذا و كذا درهماً يلزمه واحد و عشرون درهماً و به قال محمد بن الحسن و للشافعى فيه قولان : أحدهما أنه يلزمه درهم واحد الثانى انه يلزمه درهماً - دليلنا - أن ذلك اقل عددين عطف احدهما على صاحبه و نصب بعدهما الدراهم فوجب حمله عليه .

مسئلة ١١ - اذا قال له على كذا درهم يلزمه مائة درهم ، و به قال محمد بن الحسن و قال الشافعى : يلزمه اقل من درهم واحد ، ويفسره بسأشاء و فى اصحابه من قال: يلزمه درهم واحد ، وهو غلط عندهم - دليلنا - ان ذلك أقل عدد يخفض بعده الدرهم فوجب حمله عليه .

مسئلة ١٢ - اذا أقر بدين فى حال صحته ثم مرض فاقربدين آخر فى حال مرضه نظر ، فان اتسع المال لهما استوفيا معاً ، وان عجز المال قسم الموجود على قدر الدينين و به قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : اذا ضاق المال قدم دين الصحة على دين المرض ، فان فضل شىء صرف الى دين المرض - دليلنا - قوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها او دين» ولم يفضل احد الدينين على الاخر فوجب ان يتساويا فيه و ايضاً فانهما دينان ثبتا

فى الذمة فوجب أن يتساويا فى الاستيفاء لان تقديم أحدهما على الآخر يحتاج الى دليل
مسئلة ١٣ - يصح الأقرار للوارث فى حال المرض، وبه قال ابو عبيدة (عبيد خ ل) و ابو نور
والحسن وعمر بن عبد العزيز البصرى وهو احد قولى الشافعى ، والقول الاخر انه لا يصح
وبه قال مالك و ابو حنيفة وسفيان الثورى واحمد، وقال ابو اسحاق المروزى : المسئلة
على قول واحد وهو انه يصح اقراره - دليلنا - انه لا مانع يمنع منه و الاصل جوازه
وايضاً قوله تعالى .

(كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على انفسكم او الوالدين والاقربين .
و الشهادة على النفس هو الأقرار ، و ذلك عام فى جميع الاحوال لكل احد ، و
التخصيص يحتاج الى دلالة ، وايضاً قوله تعالى : (قالوا اقررونا قال فاشهدوا) .
وهذه ايضا عامة وعلى المسئلة اجماع الفرقة .

مسئلة ١٤ - اتاقدينا ان الأقرار للوارث يصح وعلى هذا الفرق بين حال الأقرار
وبين حال الوفاة فانه يشبث الأقرار ، وكل من قال لا يصح الأقرار للوارث فانما اعتبر حال
الوفاة كونه وارثاً لاحال الأقرار حتى قالوا لواقر لاختيه ، وله ابن ثم مات الابن ومات
هو بعده لا يصح اقراره لاختيه ، ولواقر لاختيه ، وليس له ولد ثم رزق ولد أصح اقراره له لانه
حال الموت ليس بوارث ، وقال عثمان البتى : الاعتبار بحال الأقرار ، فان اقر لاختيه وليس
له ابن لم يصح اقراره وان رزق ولد أبعد ذلك ثم مات لانه كان فى التقدير وارثاً حال الأقرار
وان اقر لاختيه وله ابن صح الأقرار له ، وان مات ابنته قبله ثم مات هو وهذا الفرع ساقط عنا
لما قدمناه من ان الأقرار للوارث يصح على كل حال بل الوصية للوارث عندنا صحيحة على
ما سنينيه فيما بعد ، وعلى ذلك اجماع الطائفة (الفرقة المحقة خ ل) .

مسئلة ١٥ - اذا كانت له جارية ولها ولد فاقر فى حال مرضه بان ولدها ولد له
منها وليس له مال غيرها قبل اقراره والحق الولد به ، سواء طلق ذلك او بين كيفية الاستيلاء
لها فى ملكه او فى ملك الغير بعقد او شبهة ، و اما الجارية فانها تصير ام ولده على
كل حال ايضا ، الا انها تباع فى الدين اذا لم يخلف غيرها فان خلف غيرها شيئاً قضى منه
الدين و انعتقت هى على الولد ، وان بقى شىء من الدين استسمعت فيما بقى من الدين

وقال الشافعي : لا يخلوان (اماخل) يبين كيفية الاستيلاء او يطلق فان بين ففيه ثلاثة اقوال : أحدها ان يقول استولدتها في ملكي فعلى هذا (القول خل) يكون الولد حر الاصل ، ولا يكون عليه ولاء ويشبث نسبة وتصير الجارية ام ولده ، وتعقق بموته من رأس المال ، فان كان هناك دين قدم عليه لانه لو ثبت بالمينة لتقديم عليه، فكذلك اذا ثبت بالاقرار، وان قال استولدتها في ملك الغير بشبهة فان الولد حر الاصل ، وهل تصير الجارية ام ولده؛ على قولين وان قال استولدتها بنكاح فان الولد قد انعقد مملوكا وعققت عليه لماملكه ، ويشبث عليه الولاء والجارية لا تصير ام ولده خلافاً لابي حنيفة ، وان اطلق ولم يعين حتى مات فالولد حر في جميع الاحوال ولا ولاء عليه والجارية فيها خلاف بين اصحابه، منهم من قال : لا تصير ام ولده دليلنا - اجماع الفرقة على ان اقراره جائز ، وان الولد يلحق بالحرية على كل حال وعلى انها تباع في الدين وانها تمنعت على الولد اذا ملكها ، وذلك يأتي على التفصيل الذي ذكرناه .

مسئلة ١٦ - اذا اقر لحمل (بحمل خل) واطلق فان اقراره باطل على ما قاله الشافعي في كتاب الاقرار والمواهب وهو قول ابي يوسف ، وذكر في كتاب الاقرار ان الحكم (بالحكم خل) الظاهر انه يصح، وبه قال مجمل واصحاب ابي حنيفة ينصرون قول ابي يوسف ، فالمسئلة على قولين على مذهب الشافعي ، والاولى ان نقول انه يصح اقراره لانه يحتمل أن يكون اقراره من جهة صحيحة مثل ميراث او وصية ، ويحتمل أن يكون من جهة فاسدة ، والظاهر من الاقرار الصحة فوجب عمله عليه .

مسئلة ١٧ - اذا اقر العبد بما يجب عليه (به خل) الحدم مثل القصاص والقطع والجلد لم يقبل اقراره ، وقال جميع الفقهاء يقبل اقراره - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، و قد ذكرناها في الكتاب الكبير .

مسئلة ١٨ - اذا اقر العبد بالسرقه لا يقبل اقراره ولا يقطع ، وعند الفقهاء يقبل و يقطع ولا يباع في المال المسروق ، وعند الشافعي فيه قولان - دليلنا - ما قد مناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٩ - اذا اقل لفلان على الف درهم فجاء بالف فقال (دخل) هذه التي اقرت

لك بها كانت لك عندي ودبعة كان القول قوله ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : يكون ذلك للمقر له ، وله ان يطالبه بالالف التي اقر بها - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة ولا يعلق عليها شيء الابدليل ، وايضاً قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة (بطيب خل) من نفسه يدل عليه فان قيل : لفظه على تقتضى الايجاب فى الذمة بدلالة انه اذا قال الف الذى على فلان على كان ذلك ضمناً فدل على انها تقتضى الايجاب فى الذمة فاذا كان كذلك فقد الزم نفسه فى الذمة ما لا فجا بمال آخر فأنم يسقط ما الزم فى الذمة كما لو اقر بشوب فاتاه بعبد فان العبد يكون له ، وله المطالبة بالشوب قيل لهم : لفظه على وان كانت تقتضى الايجاب فقد يكون الحق فى الذمة فيجب عليه تسليمه باقراره ، وقد يكون فى يده فيجب عليه رده وتسلمه الى المقر له باقراره فبما يفسره كان مقبولاً كما اذا (لو خل) قال على ثوب فلان كان له (عليه خل) ان يعينه من اى نوع شاء فاذا عينه كان القول قوله فيه ، ألا ترى انا اجمعنا على انه اذا قال فلان على الف درهم ودبعة قبل ذلك منه فلو كان قوله فلان على الف يقتضى الذمة لوجب أن لا يقبل تفسيره بالودبعة لانه اقر بالف ثم عقبه بما يسقطه ، فلما اجمعنا على قبول تفسيره بذلك دل ذلك على ما ذكرناه على ان حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض بدلالة قوله تعالى :

((ولهم على ذنب فاخاف ان يقتلون)) يعنى عندي وقوله ((ولا صلبنكم فى جذوع النخل))

يعنى على جذوع النخل ، فيجوز أن يكون قوله على يريد به عندي ، واما قول القائل الف التى على فلان على فانما جعلناه ضمناً فى الذمة لانه يقصد (يعقد خل) به اثبات المال فى ذمته على نفسه وذلك لا يثبت الاعلى وجه الضمان فكان ذلك دليلاً على أنه قصد به الالتزام فى الذمة وليس فى مسئلتنا قرينة تدل على ذلك .

مسئلة ٢٠ - اذا قال لفلان على قفيز لابل قفيزان او درهم لابل درهمان لزمه قفيزان ودرهمان ، وبه قال الشافعي وقال زفر وداود يلزمه ثلاثة اقفرة وثلاثة دراهم دليلنا - ان قوله لابل للاضراب عن الاول والاقتصار على الثانى واستدراك للزيادة (زيادة خل) على الاول فان (فاذا خل) كان من جنسه لم يلزمه الا ما استدركه كما لو قال لفلان على درهم لابل اكثر فانه لا يلزمه الا درهم بلا زيادة (بزيادة خل) (١) ولا يلزمه درهم ودرهم بزيادة ويفارق

(١) كلمة بلا زيادة غلط. الصحيح ان يكتب بزيادة.

اذا قال قفيز حنطة لابل قفيز شعير لانه استدرك جنساً آخر فلم يسقط الجنس الذي اقر به اولاً .

مسئلة ٢١ - اذا اقر لرجل يوم السبت بدرهم ثم قال يوم الاحد له على درهم لم يلزمه الا درهم واحد ويرجع اليه في التفسير ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة . يلزمه درهمان - دليلنا - انه يحتمل أن يكون ذلك تكراراً و اخباراً عن الدرهم المتقدم ، و الاصل براءة الذمة فلا يلزم ما لا دليل عليه ، ولان هذا يؤدي الى ان يكلف المقر على نفسه بمال اذا اراد ان يشهد على نفسه ان يجمع الشهود فيقر دفعة واحدة ، لانه اذا اشهد دفعتين لم تنفق الشهادة على مقدار واحد ، لان الاقرار كلاماً تكرر عند شاهد أو جب الزيادة على ما تقدم وهذا يدل على بطلان قولهم .

مسئلة ٢٢ - اذا قال له على من درهم الى عشرة لزمته (مه خل) تسعة ، وبه قال بعض اصحاب الشافعي ، ومنهم (فيهم خل) من قال . يلزمه ثمانية ، وبه قال زفر : قالوا لانه جعل الاول والعاشر حداً واحداً لا يدخل في المحدود ، ومنهم (فيهم خل) من قال يلزمه العشرة لان من للابتداء وهو داخل ، والعاشر حد وهو داخل في المحدود - دليلنا - ان من للابتداء كما اذا قال سرت من الكوفة الى البصرة والحد هو العشرة ، ويحتمل أن تكون داخله فيه و يحتمل أن لا يكون كذلك فلا يلزم الا اليقين لان الاصل براءة الذمة .

مسئلة ٢٣ - اذا قال له عندي ما بين الواحد الى العشرة لزمته (مه خل) ثمانية وبه قال أكثر اصحاب الشافعي ، وقال ابو العباس بن القاسم : يلزمه تسعة وبه قال محمد بن الحسن ، لان عندهما ان الحد يدخل في المحدود ، وقد قلنا ان ذلك محتمل ، ولا يلزم مع الاحتمال .

مسئلة ٢٤ - اذا قال له على الف درهم من ثمن مبيع ثم قال لم اقبضه لم يلزمه عين المبيع اولم يعينه ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : اذاعينه قبل منه وصل او فصل ، وان أطلقه لم يقبل منه ولزمه الالف لانه مبيع مجهول (١) والمبيع اذا كان مجهولاً لم يشبث الثمن

(١) هذا التعليل عليه لان الابهام في مقام الاقرار لا يلازم الجهالة في مقام الاتباع حتى يقع باطلاً اذ يمكن أن يبتاعه بثمن معين و لكن تعلق غرضه له با بهامه في مقام الاقرار .

في مقابلته كما لا يثبت في مقابلة الخمر والخنزير فاذا ثبت ذلك فقد فسد اقراره بما لا يقبله (يقبل خل) فلم يصح - دليلنا - انه أقر بحق في مقابلة حق لا ينكأ أحدهما عن الآخر فاذا لم يسلم ماله لم يلزمه ماعليه كما لو عين المبيع ، هذا دليل الشافعي ودليلنا ان الاصل برائة الذمة ولادليل على انه يلزمه .

مسئلة ٢٥ - اذا شهد له عليه رجل بالف وشهد آخر بالفين ولم يضيفاه الى سببين مختلفين او اضافاه الى سبب متفق أو اضاف احدهما الى سبب ، وأطلق الآخر مثل أن يقول أحدهما الف من ثمن عبد ويقول الآخر بالفين ففي هذه المسائل الثلاث تنفق الشهادة على الف فيحكم له بالف بشهادتهما ، ويحصل له بالالف الآخر شاهد واحد فيحلف معه ، ويستحق به ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا يكون ذلك اتفاق شهادة على شيء من الالوف ولا يحكم له بالف (به خل) - دليلنا - (١) ان الالف الذي شهد به أحدهما داخله في الالفين فلا اختلاف بينهما فيثبت (فيتفق خل) الشاهدان على الف و يبقى شاهد الالف (الالفين خل) منفرداً بالالف فوجب أن يحكم له به .

مسئلة ٢٦ - قدمضى لنا ان شرط الخيار يصح في الكفالة والضمنان (٢)، وقال ابو حنيفة والشافعي : لا يصح فان شرط اختلفا ، فقال الشافعي : يبطل العقد والشرط ، وقال ابو حنيفة . يبطل الشرط ويصح العقد - دليلنا - ما قدمناه من انه لا مانع من ذلك في الشرع فوجب أن يصح .

مسئلة ٢٧ - اذا اقر بكفالة او ضمن بشرط الخيار صح اقراره ، ولا يقبل دعواه في شرط الخيار و يحتاج الى بينة ، وللشافعي فيه قولان: احدهما يقبل اقراره ولا يلزمه شيء ، وهو اختيار المزني وابي اسحاق ، والثاني يبعث اقراره فيلزمه العقد ويسقط الشرط الذي ادعاه دليلنا - انه اقر بالكفالة والضمنان وادعى شرط الخيار فلا يقبل الابينة .

(١) في نسخة بعد قوله دليلنا هكذا ان هذه الشهادة متفقة فيثبت له الالف بشهادة الشهود لان من شهد بالفين شهد بالف وزيادة فقد اتفقا ويستحق الالف الثاني اذا حلف لان النبي (ص) حكم بشاهد ويمين وعليه اجماع الفرقة المحقة :
(٢) اقول ما وجدت ذلك لافي كتاب الكفالة والضمنان ولا في باب شروط البيع .

مسئلة ٢٨ - اذقال: له على الف درهم الى وقت كذا يلزمه (لزمه) الالف ويحتاج في ثبوت التأجيل الى بيينة ، وبه قال ابو حنيفة وللشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ماقلناه والاخر يثبت التأجيل فيلزمه الالف مؤجلا ، ومنهم من قال فيها قول واحد في ثبوت التأجيل - دليلنا: أنه اقر بالالف (بالف خل) وادعى ثبوت التأجيل فكان عليه البيينة فيما ادعاه .

في انه اذا اقر احداً لا بينين باخ ثالث وانكره الاخر

مسئلة ٢٩ - اذامات رجل وله ابنان فاقرا أحدهما باخ ثالث وانكره الاخر لاختلاف انه لا يثبت نسبه ، وانما الخلاف في انه يشاركه في المال ام لا؟ فعندنا انه يشاركه ويلزمه ان يرد عليه ثلث ما في يده، وبه قال مالك وابن ابي ليلى، وقال ابو حنيفة : يشاركه بالنصف مما في يده لانه يقرانه يستحق من المال ما يستحقه فيجب أن يقاسمه المال ، وقال الشافعى: لا يشاركه في شىء مما في يده ، وقال ابو الطيب الطبرى: هذا في حكم الظاهر فاما فيما بينه وبين الله فان كان سمع الاب يقر به او بانه ولد على فراشه فانه يلزمه تسليم حقه اليه كما قال مالك ، وحكى ذلك عن قوم من أصحابه وبه قال محمد بن سيرين - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً فانه يقر بانه يستحق من التركة ثلثها وهو ثلث ما في يده وما زاد عليه فللذى اقر له به فوجب تسليمه اليه ، ولان الاقرار قايم مقام البيينة ولو قامت البيينة لم يلزمه اكثر من ثلث ما في يده

مسئلة ٣٠ - اذا كان الوارث جماعة فاقرا ثمان رجلان او رجل وامرأتان بنسب وكانوا عدولاً، يثبت النسب ويقاسمهم الميراث، وبه قال ابو حنيفة الا انه لم يعتبر العدالة في المقرين ، وقال الشافعى : اذا اقر جميع الورثة بنسب مثل أن يكونوا بينين فيقر وانسب أخ فانه يثبت نسبه ويثبت له المال ، ولا فرق بين أن يكون من يرث المال جماعة او واحداً ذكر أو كان او انثى وفي الناس من قال لا يثبت النسب باقرار الورثة (الوارث خل) - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فان اقرار الشاهدين على نفوسهما جاز و شهادتهما على غيرهما لا مانع منه وقوله تعالى «ولا تكتنموا الشهادة و من يكتنمها فانه آثم قلبه»

يدل عليه ايضاً لان هذه شهادة فيما يتعلق بحق الغير .

مسئلة ٣١ - اذا أقر ببنة صبي لم يكن ذلك اقراراً بزوجة امه سواء كانت مشهورة الحرية او لم تكن، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة: ان كانت معروفة الحرية كان ذلك اقراراً بزوجيتها، وان لم تكن معروفة الحرية لم يثبت زوجيتها قال: لان انساب المسلمين واحوالهم ينبغي ان تحمل على الصحة فاذا اقر ببنة الصبي فوجه الصحة ان يكون ذلك الولد بنكاح ، واذا كان بنكاح ثبتت زوجية امه - دليلنا - انه يحتمل ان يكون الولد من نكاح صحيح كما قال، ويحتمل ان يكون من نكاح فاسد او من وطى شبهة فاذا احتمل الوجوه لم يحمل على الصحيح دون غيره وقوله لها ببنة اخيه باطل (١).

مسئلة ٣٢ - اذا دخلت امرأة من دار الحرب الى دار الاسلام ومعها ولد فاقرجل في (من خ ل) دار الاسلام انه وولد و يمكن أن يكون كما قال بان يجوز دخوله الى دار الحرب او مجيء المرأة الى دار الاسلام الحق به، وان علم انه لم يخرج الى دار (بلد دخل) الحرب ولا المرأة دخلت الى بلد (دار خ ل) الاسلام لا يلحق به وقال الشافعي: يلحق به اذا امكن ذلك وان كان الظاهر انه ما دخل الى بلد الكفر ولا المرأة دخلت الى بلد الاسلام لانه يجوز أن يكون انفذ اليها بماءه (بالماء خ ل) في قارورة فاستدخلته فخلق منه الولد وهذا بعيد جداً - دليلنا - ان الذي اعتبرناه لا خلاف انه يلحق به الولد، وما ادعوه لادليل عليه.

مسئلة ٣٣ - اذا كان لرجل جاريتان و لهما ولدان فاقران احد الولدين ابنة ولم يعين و مات و لم يعين الوارث استخرجناه بالقرعة ، فمن خرج اسمه الحقناه به و ورثناه ، و قال الشافعي: يعرض على القافة كما يعرض الولد الواحد اذا تنازعه اثنان غير انه قال: يلحق النسب لاجل الحرية ، و لا يورث عليه و (اما خ) الميراث

(١) في العبارة او في فهمي قصور ويحتمل أن تكون العبارة هكذا (و القياس على

بنوة اخيه باطل) وجه البطالان بناء على ان المراد الاخ الابي كونه مع الفارق اذ لا ينفك بنوة اخيه من بنوته وهذا بخلاف زوجية امه فانها تنفك عنها كما ذكره .

له فيه قولان : احدهما يوقف الميراث و به قال المزني و قال باقى اصحابه : لا يوقف و يقسم المال الورثة لانه لا طريق الى نفيه (تعيينه خل) و قال ابو حنيفة : يعتق من كل واحد منهما نصفه - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم و قد ذكرناها فى الكتاب الكبير .

مسئلة ٣٤ - اذا كانت له جارية ولها ثلاثة اولاد فاقرا ن احدهم ابنه يسأل التعيين فان عين الحق به ويكون الاثنان مملوكين ، سواء كان الذى عينه الاكبر او الاوسط او الاصغر فان لم يعين سئل الورثة ، فان عينوا كان مثل ذلك سواء وان لم يعينوا او الورثة له ومات اقرع بينهم ، فمن خرج اسمه الحق به ويثبت حرته و ورث ويكون الاثنان مملوكين له سواء كان من خرج اسمه الاكبر او الاوسط او الاصغر على كل حال ، وقال الشافعى : ان عين هو ، او الورثة الاصغر ثبت حرته ويكون الاوسط والاكبر مملوكين ، وان عين الاوسط كان حرأ و كان الاكبر رقيقاً ، وفى الاصغر وجهان ، وان عين الاكبر كان حرأ و الاثنان على الوجهين (وجهين خل) وان مات ولم يعين ولا عين الورثة عرض على القافة ، فان عينوا واحداً كان حكمه حكم من يعينه (عينه خل) الوالد او الورثة و حكم الباقيين مثل ذلك سواء ، وان لم يكن قافة او اختلفوا اقرع بينهم فمن خرج اسمه حرر ولا يورث وهل يوقف ام لا؟ على قولين ، قال المزني : يوقف وقال الباقيون : لا يوقف و حكم الباقيين على ما رتبناه فيمن تعين بتعيين المقر او الورثة سواء - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، وقال المزني قول الشافعى يقرع بين الثلاثة خطأ لان الاصغر حر على كل حال لانه ان خرج اسمه فهو حر وان خرج اسم الاوسط فالاصغر حراً ايضاً لانها صارت فراشاً بالوسط والحق الاصغر به ، وان خرج الاكبر الحق الاوسط والاصغر به لانها صارت فراشاً بالاول ، وهذا لازم له غير انه لا يصح على مذهبنا لان الامة ليست فراشاً عندنا بحال ، وانما القول قول المالك فى الحاق من يلحق به وانكار من ينكره .

مسئلة ٣٥ - اذا شهد شاهدان على نسب لميت يستحق به ميراثاً وقال الا نعرف له وارثاً غيره قبلت شهادتهما ، وبه قال الشافعى ، وقال ابن ابى ليلى : لا يحكم بها حتى

يقولون: لا وارث له غيره لانهما اذا قالوا : لانعلم له وارثاً غيره فما نفيا أن يكون له وارث لانه يجوز أن يكون له وارث ولا يعلمانه، فعدم علمها لا يخرجها من أن يكون له وارث - دليلنا - ان ذلك لا يمكن العلم به لانه لا طريق اليه وما لا طريق اليه لا يجوز اقامة الشهادة عليه .

كتاب العارية

مسئلة ١ - العارية امانة غير مضمونة الا ان يشترط صاحبها الضمان فان شرط ذلك كانت مضمونة والا فلا الا ان يتعدى فيها فيجب عليه حينئذ ضمانها، وبه قال قتادة وعبيد الله بن الحسن العنبري ، وابو حنيفة ومالك والنخعي والشعبي والحسن البصري الا انهم لم يضمنوها بالشرط ، وقال ربيعة العواري : مضمونة الاموت الحيوان فانه اذا استعاره ثم مات في يده لم يضمنه ، وقال الشافعي : هي مضمونة شرط ضمانها اولم بشرط ، تعدى فيها اولم يتعد ، وبه قال ابن عباس وابو هريرة وعطا واحمد واسحاق - دليلنا - اجماع الطائفة و أخبارهم فانهم لا يختلفون في ذلك ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : ليس على المستعير غير المغل (١) (المغل خل) ضمان وهذا نص .

مسئلة ٢ - اذا رد العارية الى صاحبها او وكيله برى من الضمان ، وان ردها الى ملكه مثل أن تكون دابة فيرد (فردها ص ف) الى اصطلب صاحبها وشدها (يشد خل) فيعلم يبره من الضمان ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يبرء لان العادة هكذا جرت في رد العواري الى الاملاك فيكون بمنزلة المأذون من طريق العادة - دليلنا - أن كون ذلك رداً او ابراء الذمة به من العارية يحتاج الى دليل ولا دليل على ذلك ، والاصل شغل ذمته بالعارية

اختلاف صاحب الدابة والراكب في الاقارة والاكراه

مسئلة ٣ - اذا اختلف صاحب الدابة والراكب فقال الراكب : أعرنتنيها ، وقال

(١) بضم الميم والفتن المعجمة : بمعنى الخائن

صاحب الدابة: اكريتكها بكذا كان القول قول الراكب مع يمينه، وعلى صاحبها البينة و المشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني ان القول قول صاحبها - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة، وصاحب الدابة مدعى الكراء فعليه البينة .

مسئلة ٤- اذا اختلف الزارع وصاحب الارض (١) فقال الزارع اعرتنيها وقال صاحبها: اكريتكها كان القول قول الزارع مع يمينه ، و المشافعي فيه قولان مثل المسئلة الاولى سواء - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء ، واختار المزني في المسئلتين قولنا .

مسئلة ٥ - اذا اختلفا فقال صاحب الدابة: غصبتها وقال الراكب: بل اعرتنيها فالقول قول الراكب ، وبه قال المزني ، وقال اصحاب الشافعي : هذه المسئلة والتي قبلها سواء على قولين ، ومنهم من قال على طريقين ، ومنهم من قال على قول واحد وهو ان القول قول المستعير وذهب ابو اسحاق الى ان الجواب في هذه المسئلة مرجوع عنه و القول في ذلك قول صاحبها قولاً واحداً - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء من ان الاصل برائة الذمة و المدعى للغصب يحتاج الى بيينة لانه يدعى ضمان الدابة ولزوم الاجرة ان كان ركبها

مسئلة ٦ - اذا تعدى المودع في اخراج الوديعة من حرزها فانتفع بها ثم ردها الى موضعها فان الضمان لا يزول بذلك ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة: يزول لانه مأمور بالحفظ في جميع هذه الاوقات ، فاذا خالف في جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظ كان متمسكاً به على الوجه المأمور به فينبغي ان يزول عنه الضمان - دليلنا - ان بالتعدى قد ثبت عليه الضمان بلا خلاف فمن ازال ضمانه بالرد الى موضعه فعليه الدلالة .

مسئلة ٧ - اذا برأه صاحبها من الوديعة بعد تعديه فيها من غير ان يبرأها اليه اولى وكيله فقد سقط عنه الضمان ، و المشافعي فيه وجهان : أحدهما يبرأ وهو ظاهر قوله والثاني لا يبرأ قال: لان البراء لا يصح عن القيمة لانها لم تجب بعد ، ولا يصح البراء من العين لانها في يده باقية فكيف يصح البراء منها - دليلنا - ان الضمان اذا كان من حقه فله التصرف فيه بالبراء والمطالبة ، و اذا أسقط وجب سقوطه ، و من منع من ذلك

(١) تأتي هذه المسئلة ثانياً في مسئلة - ١١ - من كتاب المزارعة وحكمها هناك بالقرعة

وان قوى بعده تقديم قول الزارع كما هنا

فعلية الدلالة .

مسئلة ٨ - اذا عاره ارضاً ليبنى فيها وليغرس فيها فلا يجوز له أن يخالف فيغرس في ارض البناء ، ولأن يبنى في ارض الغراس ، وللمشافعي فيه قولان (وجهان خل) أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني له ذلك لان ضررهما متقارب - دليلنا ان ما قلناه متفق على جوازه وتجويز خلافه يحتاج الى دلالة ولا دليل .

مسئلة ٢٩ - اذا طالب المعير المستعير بقلع ما اذن له في غراسه من غير أن يضمن له أرش النقصان وأبى ذلك صاحب الغراس لم يجبر عليه ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يجبر على ذلك وان لم يضمن - دليلنا - قول النبي ﷺ ليس لعرق ظالم حق وهذا ليس بظالم فيجب أن يكون له حق ، وروت عايشة ان النبي ﷺ قال : من بنى في رباع قوم باذنهم فله قيمته و عند ابى حنيفة يجبر على القلع ولا يجعل له قيمة بنائه و لان مع ضمان النقصان أجمعنا على أن له قلعه ، وليس على جواز قلعه مع عدم ذلك دليل .

كتاب الغصب

مسئلة ١ - من غصب شيئاً يضمن بالمثلية فاعوز (فان اعوز خ ل) المثل ضمن بالقيمة، فان لم يقبض القيمة بعد الاعواز حتى مضت مدة يختلف فيها القيمة كان له المطالبة بقيمته حين القبض لاحقين الاعواز ، وان حكم الحاكم بالقيمة عند الاعواز لم يؤثر حكمه فيه ، وكان له المطالبة بقيمته يوم القبض ولا يلتفت الى حكم الحاكم به، وبه قال ابو حنيفة والشافعي ' وقال تجل وزفر : عليه قيمته يوم الاعواز دليلنا. ان الذى ثبت فى ذمته هو المثل وحكم الحاكم عليه بالقيمة لا ينقل المثل الى القيمة بدلالة انه متى زال الاعواز قبل القبض طواب بالمثل . و اذا كان الذى ثبت فى الذمة هو المثل اعتبر بدل مثله حين قبض البديل، ولا ينظر الى اختلاف قيمته بعد الاعواز ولا قبل الاعواز .

مسئلة ٢ - اذا غصب ما المثل له ، ومعناه لا يتساوى قيمة اجزائه من غير جنس الاثمان كالثياب والحطب والخشب والحديد والصفير والرصاص والعقار وغير ذلك من الاوانى وغير هافانها تكون مضمونة بالقيمة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال عبيد الله بن الحسن العنبرى البصرى يضمن كل هذا بالمثل - دليلنا - مارواه ابن عمر ان النبى ﷺ قال : من أعتق شقصاً له من عبد قوم عليه فأوجب عليه الضمان بالقيمة دون المثل ولانه لا يمكن الرجوع فيه الى المثل لانه ان ساواه فى العدد (القدر خ ل) خالفه فى الثقل وان ساواه فيهما خالفه من وجه آخر وهو القيمة فاذا تعذرت المثلية كان الا اعتبار بالقيمة .

مسئلة ٣ - اذا جنى على حمار القاضى كان مثل جنبايته على حمار الشوكى سواء فى ان الجنباية اذالم يسر الى نفسه يلزمه ارش العيب ، وبه قال ابو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : ان كان حمار القاضى فقطع ذنبه ففيه كمال قيمته لانه اذا قطع ذنبه فقد اتلفه عليه لانه لا يمكنه ركوبه لان القاضى لا يركب حماراً مقطوع الذنب و يفارق حمار الشوكى لانه يمكنه حمل الشوك على حمار مقطوع الذنب ولم يقل هذا فى غير ما يركبه القاضى من البهايم (من بهائم القاضى خل) مثل الثور وغيره وكذلك لو (ان خل) قطع يد حماره - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة وقد مر اوجبناه مجمع على لزومه والزايد عليه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤ - اذا قلع عين دابة كان عليه نصف قيمتها وفى العين جميع القيمة ، وكذلك كل ما فى البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمة وفى الواحد نصفها ، وقال ابو حنيفة : فى العين الواحدة ربع القيمة ، وفى العينين نصف القيمة وكذلك فى كلما ينتفع بظهره ولحمه وقال الشافعى ومالك : عليه الارش ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وروى عن عمر انه قضى فى عين الدابة ربع قيمتها وروا ذلك عن على عليه الصلاة والسلام ، وهذا يدل على بطلان قول من يدعى الارش ، فاما قولنا فدليله اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط .

مسئلة ٥ - اذا قتل عبداً كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته دية الحر عشرة الف درهم وكذلك ان كانت امة ما لم تتجاوز قيمتها خمسة الاف (الف خل ل) درهم دية الحر وان كان دون الدية لم يلزمه أكثر من ذلك ، وبه قال ابو حنيفة الا انه قال : ان كان قيمته عشرة الاف (تبلغ دية كاملة خل ل) نقص منه عشرة دراهم ، وكذلك فى دية الملوكة ، وقال الشافعى : يلزمه قيمته بالغام بلخ - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، فانهم لا يختلفون فى ذلك ، وايضاً الاصل براءة الذمة ، وما قلناه لازم له بالاجماع (التزام خل ل) والزايد يحتاج الى دليل .

فى انه اذا مثل بمملوك غيره

مسئلة ٦ - اذا مثل بمملوك غيره لزومه قيمته وانعتق ، وبه قال مالك ، وقال الشافعى : لا ينعق والتمثيل أن يقطع انفه او اذنه - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وروى

عمر و بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: من مثل بعبده عتق عليه .

مسئلة ٧ - كل جنابة مقدرة من الحر بحساب ديبته فهي مقدرة من العبد بقيمته مثل اليد والرجل والانف والعين والموضحة والمنقلة وغير ذلك، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : في ذلك ارش ما تنقص الا في اربعة مواضع : الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة فان فيها المقدر كما قلناه - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم .

مسئلة ٨ - الحارصة والباضعة مقدرة في الحر وكذلك في العبد بحساب قيمته، وقال جميع الفقهاء : فيهما الارش لانهما غير مقدرة في الحر - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم وسنبين ذلك في الجنائيات .

مسئلة ٩ - اذا جنى على ملك غير جنابية لها ارش ، قال الشافعي : فالملك يمسكه لانه ملكه ويطالب الجاني بارشها بكل حال قليلا كان ارش الجنابة او كثيراً ، سواء ذهب بالجنابة منفعة مقصودة او غير مقصودة ، وسواء وجب بالمقصودة كمال قيمة المجنى ودون ذلك ، وقال ابو حنيفة : ينظر فيه ان لم يذهب بالجنابة منفعة مقصودة مثل ان يحرق (يخرق خ ل) يسيراً من الثوب او قطع اصبعاً من العبد او جنى عليه حارصة او دامية او باضعة فانه يمسك ملكه ويطالب بالارش على ما قال الشافعي ، وان ذهب بهامنفعة مقصودة مثل أن خرق الثوب بطوله أو قطع يداً واحدة من العبد، فالسيد بالخيار بين أن يمسك العبد ويطالب بالارش الجنابة وبين أن يسلمه العبد برهته ويأخذ منه كمال قيمته قال : وان وجب بالجنابة كمال قيمة الملك ، وهذا انما يكون في الرقيق خاصة مثل أن يقطع يديه أو رجليه أو يقلع عينيه أو يقطع لسانه ، أو أنفه فالملك بالخيار بين أن يمسكه ولا شيء له على الجاني ، وبين أن يسلمه الى الجاني ويأخذ كمال قيمته ، وقال ابو يوسف ومحمد في هذا الفصل : السيد بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ كمال قيمته وبين أن يمسكه ويأخذ من الجاني ما تنقص بالقطع ويسقط التقدير (التخيير خ ل) والذي تقتضيه اخبارنا ومذهبنا انه اذا جنى على عبد جنابة تحيط بقيمة العبد كان بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ قيمته وبين أن يمسكه ولا شيء له ، وما عدا ذلك فله الارش امام مقدراً او حكومة على ما مضى القول فيه ، وما عدا المملوك من الاملاك اذا جنى عليه فليس لصاحبه الارش الجنابة

دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وقد ذكرنا هافي الكتاب الكبير المقدم ذكره .
 مسألة ١٠ - اذا غضب جارية فزادت في يده بسمن او صنعة او تعليم قران فزاد بذلك
 ثمنها ثم ذهب عنها ذلك في يده حتى عادت الى الصفة التي كانت عليها حين الغضب كان
 عليه ضمان ما نقص في يده ، وهكذا لو غضب حاملاً او حايلاً فحملت في يده ضمنها وحملها
 في الموضوعين معاً ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا يضمن شيئاً من هذا اصلاً ويكون
 ما حدث في يده أمانة ، فان تلف بغير تفریط فلا ضمان ، وان فرط في ذلك مثل أن جحد
 ثم اعترف او منع ثم بذل فعليه ضمان ذلك - دليلنا - ان هذا النماء انما حدث في ملك
 المغصوب منه لان ملكه لم يزل عنه واذا حدث في ملكه لزمه الغاصب (ضمانه نصف ل) ذلك
 اذا حال بينه (بين ملكه خل) ، وبينه .

مسألة ١١ - المنافع تضمن بالغضب كالأعيان مثل منافع الدار والدابة والعييد
 والياب ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا تضمن المنافع بالغضب بحال فان غضب
 أرضاً فزرعها ببذره كانت الغلة له لولا اجرة عليه الا ان تنقص الارض بذلك فيكون
 عليه نقصان ما نقص ، و زاد على هذا فقال : لو آجرها و اخذ اجرها ملك الاجرة
 دون مال الكاه - دليلنا - قوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
 والمثل مثلان : مثل من حيث الصورة ، ومثل من حيث القيمة ، فلما لم يكن للمنافع مثل من
 حيث الصورة وجب ان يلزم من حيث القيمة ، و على المسئلة اجماع الفرقة ، و اخبارهم
 تدل عليها .

مسألة ١٢ - المقبوض ببيع فاسد لا يملك بالعقد ولا بالقبض ، وبه قال الشافعي
 وقال ابو حنيفة : يملك بالقبض - دليلنا انه لا دليل على انه يملك بهذا القبض فمن ادعاه
 (ذلك خ ل) كان عليه الدلالة لان الاصل انه على ملك مالكة .

مسألة ١٣ - اذا غضب جارية حاملاً ضمنها وضمن ولدها ، وبه قال الشافعي
 وقال ابو حنيفة : يضمها وحدها دون حملها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ولان ذمته
 قد اشتغلت بالغضب ولا تبرء قطعاً الا بضمان الجارية وولدها فوجب عليه ذلك لتبرء ذمته
 بيقين .

مسئلة ١٤ - ذاغصب ثوباً قيمته عشرة فبلغت عشرين لزيادة السوق ثم عاد الى عشرة او دونها ثم هلك قبل الرد كان عليه قيمته اكثر مما كانت من حين الغصب الى حين التلف، وبه قال الشافعي عليه قيمته يوم الغصب - دليلنا - انه اذا ادى ما قلناه برئت ذمته بالاخلاف، واذا ادى ما قاله لم يدل دليل على برأتها فالاحياط يقتضى ما قلناه .

مسئلة ١٥ - اذا لم يتلف الثوب وكان قائماً بحاله رده ولا يرد ما نقص من القيمة، وبه قال جميع الفقهاء الا ابانورفانه قال: يرد، وما نقص من قيمته، فان كانت قيمته يوم الغصب عشرة ثم بلغت عشرين ثم عاد الى عشرة رده ومعه عشرة - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليه الدلالة .

مسئلة ١٦ - اذا اكره امرأة على الزنا وجب عليه الحد ولا حد عليها ولو كانت هي زانية وهو واطى بشبهة كان عليها الحد ولم يكن عليه الحد ولا يلزمه المهر في الموضوعين، وقال الشافعي: متى وجب عليه الحد ودونها لزمه المهر، وقال ابو حنيفة: متى سقط عنه الحد ودونها لزمه المهر - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة، فمن علق عليها المهر فعليه الدلالة، وقول النبي ﷺ عن مهر البغي دليل على ابي حنيفة، واستدل الشافعي على ما قاله بقوله عَلَى ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل وان (فان خ ل) مسها فلها المهر بما استحل من فرجها فواجب المهر وهذا ليس بصحيح لان ذلك يتناول العقد دون الاكراه .

مسئلة ١٧ - السارق يقطع ويغرم ما يسرقه، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: الغرم والقطع لا يجتمعان فان غرم لم يقطع وان قطع لم يغرم - دليلنا - قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » ولم يفرق .

مسئلة ١٨ - يصح غصب العقار ويضمن بالغصب وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة و ابو يوسف: لا يصح غصب العقار ولا يضمن بالغصب - دليلنا قوله تعالى: « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » والمثل مثلان مثل من حيث الصورة ومثل من حيث (طريق خل) القيمة فلما لم يكن للعقار مثل من طريق الصورة وجب أن يكون له مثل من طريق القيمة .

مسئلة ١٩ - اذاغصب ثوباً فصبغه كان للغاصب قلع الصبغ بشرط أن يضمن ما ينقص من (منه خل) قيمة الثوب، وبه قال الشافعي واصحابه، وقال المزني : ليس للغاصب قلع الصبغ لانه لا منفعة له فيه سواء كان الصبغ اسود او ابيض ، وقال ابو حنيفة : ان كان مصبوغاً بغير سواد فرب الثوب بالخيار بين ان يسلمه الى الغاصب ويأخذ منه قيمته ابيض وبين أن يأخذ الثوب هو ويعطيه قيمة صبغه وان كان مصبوغاً بالاسود فرب الثوب بالخيار بين أن يسلمه الى الغاصب ويأخذ منه قيمته ابيض وبين أن يمسكه مصبوغاً ولا شيء عليه للغاصب ، قال انطحاوى : فان نقص الثوب بالصبغ قال ابو حنيفة : لا ضمان على الغاصب ، قال الطحاوى : والذي يجيىء على قوله ان عليه ما نقص ، وقال ابو يوسف : الصبغ بالسواد وغيره سواء - دليلنا - ان الصبغ عين مال الغاصب فله قلعه ويلزمه قيمة ما نقص من الثوب لانه بجنابته حصل .

مسئلة ٢٠ - اذاغصب شيئاً ثم غير ه عن صفته التي هو عليها ولم يغيره مثل ان كانت نقرة فضر بها دراهم او حنطة فطحنها ودقيماً فعجنه وخبزه واشاة فذبحها وقطعها لحمياً وشواها او طبخها لم يملكه وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : اذا غير الغصب تغيير أزال به الاسم والمنفعة المقصودة بفعله ملكه فاعتبر ثلاث شرايط ان يزول به الاسم والمنفعة المقصودة وان يكون ذلك بفعله فاذا فعل هذا ملك لكن يكره له التصرف فيه قبل دفع قيمة الشيء ، وحكى ابن جرير عن ابي حنيفة : انه قال : لو ان لصاً نقب فدخل دكان رجل فوجد فيه بغلا وطعاماً ورحى فصمد (فضمك خل) البغل وطحن الطعام ملك الدقيق ، فان انتبه صاحب الدكان كان للصوص قتاله و دفعه عن دقيقه فان اتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص دليلنا - أنه ثبت ان هذا الشيء قبل التغيير كان ملكه فمن ادعى انه زال ملكه بعد التغيير فعليه الدلالة ، وروى قتادة عن الحسن عن سمره ان النبي ﷺ قال : على اليد ما اخذت حتى تؤدى ، وقال النبي ﷺ لا يحل مال امرأ مسلم الا عن طيب نفس منه (بطيب من نفسه خ ل) وما طابت نفس صاحب الحنطة بطحنها فوجب ان لا يحل ولا يملكها .

مسئلة ٢١ - اذاغصب منه عصيراً فاستحال خمراً ثم صار خالارده على صاحبه وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : اذا صار خالاملكه وعليه قيمته فاما اذاغصب منه خمراً

فاستحال خلايرد الخل بلاخلاف- دليلنا - أن زوال ملكه يحتاج الى دلالة ، وهذا عين ماله التي كان يملكها. وانما تغيرت صفته .

مسئلة ٢٢- اذاغصب ساجة فبنى عليها اوفى مجنبها اولوحاً فادخله في سفينة كان عليه رده سواء كان فيه قلع ما بناه في ملكه، اولم يكن فيه قلع ما قد بناه في ملكه، وبه قال الشافعي، وحكيه محمد في الاصول انه متى كان عليه ضرر في ردها لم يلزمه ردها فظاهر هذا انه لا يلزمه ردها متى كان عليه في ردها ضرر سواء بنى عليها اوفى مجنبها، وقال الكرخي (أن خل) مذهب ابي حنيفة ان (انه خل) لم يكن في ردها قلع ما بناه في حقه مثل ان بناها على بدن الساجة فقد لزمه، وان كان في ردها قلع ما بناه في حقه مثل ان كان البناء مع طرفيها ولا يمكنه ردها الا بقلع هذا لم يلزمه ردها، والمناظرة على ما حكاه محمد . وتحقيق الكلام معهم هل ملكها بذلك ام لا؟ فعنده قد علمكها كما قال اذاغصب شاة فذبحها وشواها او حنطة فطحنها، وعندنا وعند الشافعي ما ملكها- دليلنا- ما قلناه في المسئلة الاولى سواء من ان السعلة (الساجة خل) كانت في ملكه قبل البناء عليها فمن ادعى زواله بالبناء فعليه الدلالة وروى سمرقان النبي ﷺ قال: على اليد ما اخذت حتى تؤديه وهذه يدك اخذت، ساجة فعليها ان تؤديها وايضاً قوله ﷺ لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه (من نفسه خ ل) يدل عليه لانه ما طابت نفسه بالبناء على ساجته ، وروى عنه ﷺ انه قال لا يأخذن احدكم متاع اخيه جاداً ولا لاعباً، من اخذ عصا احد فليردها عنه ﷺ انه قال : ليس لعرق ظالم حق ولم يرد حقيقة العرق وانما اراد به كل شيء وضع عليه ظلماً وهذا داخل فيه .

مسئلة ٢٣ - اذاغصب طعاماً فاطعم مالكه فاكله مع الجهل بانه ملكه فانه لا تبرء ذمة الغاصب بذلك وهو المنصوص للشافعي ، قال الربيع : وفيها قول آخر ان ذمته تبرء ، وبه قال اهل العراق- دليلنا - انه ثبت اشتغال ذمته بالغصب فمن ادعى برائتها بعد ذلك فعليه الدلالة وليس هي من ادليل على انه اذا اطعمه تبرئت ذمته .

مسئلة ٢٤ - اذاحل دابة او فتح قفصا وفيه طائر و وقفائم ذهباً كان عليه الضمان وبه قال مالك ، وقال ابو حنيفة: و ظاهر قول الشافعي نص عليه في اللفظ وهو قوله في القديم انه لا ضمان عليه قولوا واحداً- دليلنا - ان هذا كالسبب في ذهابها لانه لو لم يحل اولم

يفتح القفص لئلا يمكنهما الذهاب فوجب عليه ضمانهما .

مسئله ٢٥ اذ حل الدابة او فتح القفص فذهب اعقب الفتح والحل من غير وقوف كان عليه الضمان ، وبه قال مالك وهو احد قولى الشافعى ، وقال فى القديم : و هو الاصح عندهم انه لا ضمان عليه و به قال ابو حنيفة : - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سوا .

مسئله ٢٦ - اذ غصب دابة او عبداً او فرساً فابق العبد او شرد الفرس او نذ البعير كان عليه القيمة فاذا اخذها صاحبها ملك القيمة بلا خلاف ولا يملك هو المقوم فان رد انفسخ ملك المالك عن القيمة وعليه ردها الى الغاصب وتسلم العين منه ، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة اذ ملك صاحب العين قيمتها ملكها الغاصب بها ، وكانت القيمة عوضاً عنها فان عادت العين الى يد الغاصب نظرت فان كان المالك اخذ القيمة بتراضيهما او بينة تثبت عند الحاكم وحكم الحاكم بهالم يكن للمالك سبيل الى العين ، وان كان المالك قد اخذ القيمة بقول الغاصب مع يمينه لانه هو الغارم نظرت ، فان كانت القيمة قيمة مثلها او أكثر فلا سبيل للمالك عليها و ان كان اقل من قيمتها فللما لك رد القيمة و استرجاع العين لان الغاصب ظلم المالك فى قدر ما اخبر به من القيمة فالخلاف فى فصلين : أحدهما ان الغاصب يدفع القيمة للمالك ام لا ؟ عندنا ما ملك ، وعندهم قد ملك ، والثانى اذا ظهرت العين صاحبها أحق بها ترد عليه ، وعند ابى حنيفة لا ترد - دليلنا - انه قد ثبت ان العين كان ملكا (ملكها خ ل) لملكها فسن ادعى زواله الى ملك غيره فعليه الدلالة وايضاً اخذ القيمة لا يخلو من احد امرين : اما أن يكون (ذلك خ ل) عوضاً عن العين او لاجل الحيولة كما قلناه فبطل ان يقال عوضاً يملكها به الغاصب من وجوه ثلاثة : احدها لو كانت عوضاً يملك به لكان بيعاً يتعلق به خيار الشرط والشفعة ، والثانى لو كان بيعاً لم يجر ان ينجز للمالك تلك القيمة بدلا عن العين (العبد خ ل) الفاتنة بالاتلاف لان البيع عندنا باطل وعندهم يقف حتى اذا عاد العبد تسلمه المشتري وان لم يعد رد البايع الثمن فلما ثبت ان ملكا يتعجل للمالك هيئنا والعبد باقى بطل أن يكون بيعاً او عوضاً ، والثالث لو كان بيعاً لوجب ان يكون للغاصب الرجوع بالقيمة (فى القيمة خ ل) متى تعذر عليه الوصول الى العبد فلما

ثبت ان الغاصب لا يرجع بالقيمة على المالك وان تعذر عليه ان يصل الى العبد الا بق بطل
أن يكون هذا عوضاً عنها (عنه خ ل) وثبت ان الاخذ لاجل الحيوان .

مسئلة ٢٧ - اذ باع عبداً وقبضه المشتري اولم يقبضه فادعى مدع ان العبد
له فصدقه البايع وكذبه المشتري فانه لا يقبل اقرار البايع على المشتري لانه اقرار على
الغير وللمدعى أن يرجع على البايع بقيمة العبد وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما
قلناه، والاخر انه لا ضمان عليه، ومنهم من قال: يلزمه القيمة قولاً واحداً كما قلناه - دليلنا
انه اذا صدقه البايع فقد اقر بانه باع ما لا يملك واتلف ملك الغير ببيعته اياه فيلزمه قيمته .

مسئلة ٢٨ - اذا كان في يد مسلم خمر او خنزير فاتلفه متلف فلا ضمان عليه بالاخلاق
مسلماً كان المتلف او مشركاً، وان كان ذلك في يد ذمي فاتلفه متلف مسلماً كان او ذمياً فعليه
ضمانه وهو قيمته عند مستحليه، وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعي: لا ضمان عليه - دليلنا
اجماع الفرقة واخبارهم، وقال ابو حنيفة: ثم ينظر فان كان المتلف مسلماً فعليه قيمة ذلك خمرأ
كان او خنزيراً ولا يضمن المسلم الخمر بالمثل، وان كان المتلف ذمياً فعليه قيمة الخنزير وعمل
الخمر، وقال الطحاوي: وان اسلم المتلف وكان ذمياً قبل أن يؤخذ منه مثل الخمر سقط عن ذمته
وان اسلم قبل ان يؤخذ منه قيمة الخنزير لم يسقط عن ذمته باسلامه، وعندنا يضمن الخمر
والخنزير بقيمتيهما عند مستحليهما بدليل اخبارنا واجماع الفرقة على ذلك .

مسئلة ٢٩ - اذا غصب ماله مثل كالحبوب والادهان فعليه مثل ما تلف في يديه
ويشتره باى ثمن كان بالاخلاق، وان كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فعليه أكثر
ما كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة:
عليه قيمة (قيمته خ ل) يوم الغصب ولا اعتبار بما زاد بعد هذا او نقص - دليلنا - ان كل
زمان يأتى عليه وهو فى يده فانه مأمور برده على مالكه وكل حال كان مأموراً برده الغصب
فيها لزمته قيمته فى تلك الحال مثل حال الغصب .

في انه اذا غصب شيئاً و كان قيمياً كان عليه اكثر ما كانت قيمته

يوم الغصب الى حين التلف

مسئلة ٣٠ - اذا غصب ما لا يبقى كالفواكه الرطبة مثل التفاح والكمثرى والموز والرطب ونحوها فتلف في يديه وتأخرت المطالبة بقيمته فعليه اكثر ما كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف، ولا يراعى ما وراء ذلك، وبه قال الشافعي، وقال ابو يوسف: عليه قيمته يوم الغصب فجرى على ذلك القياس في غير الاشياء الرطبة، وقال ابو حنيفة: عليه قيمته يوم المحاكمة وقال محمد: عليه قيمته في الوقت الذي انقطع عن ايدي الناس - دليلنا ما قلناه في المسئلة الاولى سواء فاما بعد التلف قبل المحاكمة فليس بمأمور برده بعينه وانما هو مأمور برده بقيمته فلا اعتبار الا برده بقيمته (بقيمه خ) حين توجه الامر اليه بالاباحة (بالردخل) دون حال المحاكمة .

مسئلة ٣١ - ان غصب ما يجرى فيه الربا مثل الاثمان والمكيل والموزون وجنى عليه جنائية استقر أرشها مثل ان كان الغصب دنائير وسبكها او طعاماً قبله فاستقر نقصه فعليه رده بعينه وعليه ما نقص، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: المالك بالخيار بين ان يسلم العين المجنى عليه الى الغاصب ويطالبه بالبدل وبين ان يمسكها ولا شيء عليه له، فان اراد الامساك والمطالبة بارش النقصان لم يكن له - دليلنا - ان الخيار الذي اثبتته ابو حنيفة يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يبدل عليه والاصل بقاء عين ملكه وحصول الجناية عليها .

مسئلة ٣٢ - اذا غصب جارية (فاخل) واتت بولد مملوك ونقصت قيمتها بالولادة فعليه ردها وارش نقصها و (فاخل) ن كان الولد قائماً رده وان كان تالفاً رده بقيمته، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: ان كان الولد تالفاً فعليه ارش النقص، وان كان الولد باقياً جبرت الارش بقيمة الولد، فان كان (قيمة خ ل) الارش مائة وقيمة الولد مائة فلا شيء عليه وان كان قيمة الولد أقل مثل ان كانت قيمة الولد خمسين وارش النقص مائة يرد الولد ويضمن خمسين درهماً باقى الارش - دليلنا - ان هذا النقص (نقص خ ل) حصل

فى يد الغاصب فوجب عليه ضمانه كما لو مات الوادولانه اذا ضمن ماقلناه برئت ذمته بلا خلاف فالاحوط ضمانه .

مسئلة ٣٣ . اذا غصب مملوكا امرد فنبتت لحيته فنقص ثمنه ، او جاريةنا هذا فسقطت ثدياها ، او رجلا شاباً فايضت لحيته فعليه ما نقص فى هذه المسائل كلها ، و به قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة فى الناهد والشاب : مثل قولنا (ما قلناه خل) وقال فى الصبى : اذا نبتت لحيته فلا ضمان عليه - دليلنا - ان هذا نقصان حصل فى يد الغاصب فوجب عليه الضمان ولان بالتزام ذلك تبرء ذمته بيقين فالاحوط التزامه .

مسئلة ٣٤ - اذا غصب عبداً ومات العبد فاختلفا فقال الغاصب رددته حياً ومات فى يدك ايها المالك وقال المالك : بل مات فى يدك ايها الغاصب واقام كل واحد منهما البينة بما ادعاه سقطتا وعدنا الى الاصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم انه رده ، و به قال الشافعى ، وقال ابو يوسف : تقدم بينة المالك ويأخذ البدن لان الاصل بقاء الغصب وقال محمد : تقدم بينة الغاصب لان الاصل براءة ذمته - دليلنا - ان كل واحد منهما مدعى (مدع خل) موت العبد عند صاحبه وتكافئا ، ولا ترجح فسقطتا وبقي الاصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم انه رده ، وان عمانا فى هذه المسئلة على القرعة كان ايضاً جازراً .

مسئلة ٣٥ - اذا غصب ماله مثل مثل الادهان والحبوب والانمان ونحوها فجنى عليه (عليها خل) جنابة واستقر ارشها فعليه رد العين ناقصة وعليه (ارشها خل) ارش النقصان لا غير ، و به قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : نظر فيه فان كان الارش فى يده المالكه مثل ان كان فى يده زيت فصبت غيره الماء فيه ، او كان فى يده دينار فكسره غيره وهو فى يده فرب المال بالخيار بين ان يمسك ماله ناقصاً ولا شىء له ، وبين ان يسلمه الى الجانى ويأخذ منه كمال قيمته ، قال : فان غصب الزيت او لاصب فيه الماء فنقص فالمالك بالخيار بين ان يأخذ عين ماله ولا شىء له لاجز النقص ، وبين ان يترك ماله على الغاصب ويأخذ منه مثل زيتيه ففرق بين ان يغصب اولاً فيصوب فيه الماء عنده ، وبين ان يصب فيه الماء وهو فى

يدمالكه فارجب المثل اذاغصب ، والقيمة اذالم يغصب - دليلنا - على انه ليس عليه غير الارش قد مضى ودليلنا على انه لا يضمن بالقيمة هو ان العين اذا كان لها مثل فلا معنى لايجاب القيمة مع القدرة على مثلها .

مسئلة ٣٦ - اذا غصب عبداً قيمته ألف فزاد في يده فبلغ الفين فقتله قاتل في يد الغاصب فللمسيدان يرجع بالالفين على من شاء منهما ، فان رجح على القاتل بها لم يرجع القاتل على الغاصب لان الضمان استقر عليه ، وان رجح على الغاصب رجح الغاصب على القاتل لان الضمان استقر عليه ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ان رجح على القاتل فالحكم على ما قلناه ، وان ضمن الغاصب فليس له ان يضمنه اكثر من الف و هو قيمة العبد حين الغصب ثم يأخذ الغاصب من القاتل الفين : الف منهما لنفسه بدل ما اخذ السيد منه ، والالف الاخر يتصدق بها - دليلنا - على ان له مطالبة الغاصب انه قتل العبد في يديه و قيمته الفان وهو مأمور برده على مالكة ، فاذا اهلك في يده استقر ضمانه عليه .

مسئلة ٣٧ - اذاغصب الف درهم من رجل والفأمن آخر فخلط الالفين فالالفان شركة بين المالكين يردهما عليهما ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يملك الغاصب الالفين معاً ويضمن لكل واحد منهما بدل الفه (الف خل) بناء على اصله في تغيير الغصب في يد الغاصب - دليلنا - ما تقدم من ان انتقل ذلك الى ملكه وزواله عن ملك مالكة يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٣٨ - اذا غصب حباً فزرعه ، او بيضة فاحتضمتها الدجاجة فالزرع و الفروخ للغاصب ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي : هما معا للمغصوب منه ، وقال المزني : الفروخ للمغصوب منه والزرع للغاصب - دليلنا - ان عين الغصب قد تلفت واذا تلفت فلا يلزم غير القيمة ، ومن يقول : ان الفروخ هو عين البيض وان الزرع هو عين الحب مكابر بل معلوم خلافه .

مسئلة ٣٩ - اذا غصب عبداً فمات في يده (يديه خل) فعليه قيمته سواء كان قنأ او مدبراً او ام ولد وسواء مات بسبب ازمات حتف أنفه ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : في

غيرام الولد بقولنا، وإمام الولد فان مات بسبب مثل ان لدعتها عقرب او سقط عليها حايط
كقولنا، وان ماتت حتف أنفها فلا ضمان عليه - دليلنا - انه مضمون بالقيمة فاذا تلف في
يد الغاصب فعليه ضمانه كالعبد القن، هذا دليل الشافعي، ودليلنا طريقة الاحتياط لانه
اذا ضمنها برئت ذمته بيقين، وان لم يضمها فليس على براءة ذمته دليل.

مسئلة ٤٠ - اذا غصب حراً صغيراً فتلف في يده فلا ضمان عليه، وبه قال الشافعي
وقال ابو حنيفة: ان مات حتف أنفه كقولنا، وان مات بسبب مثل ان لزعته عقرب او حية
او أكله سبع او سقط عليه حايط فعليه الضمان - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن شغلها
فعليه الدلالة، وان قلنا بقول ابي حنيفة كان قوياً، ودليله طريقة الاحتياط على ما بيناه

كتاب الشُّعْعة

مسئلة ١- لاشععة فى السفينة وكل ما يمكن تحويله من الثياب والحبوب والسفن والحيوان وغير ذلك عند أكثر أصحابنا وعلى الظاهر من رءاياتهم ، وبه قال الشافعى و ابو حنيفة ؛ وقال مالك : اذا باع سهماً من سفينة كان لشريكه فيها الشععة فاجر اهما جرى الدار، وحكى عنه ان الشععة فى كل شىء من الاموال والثياب والطعام والحبوب والحيوان، وفى أصحابنا من قال بذلك وهو اختيار المر تضى رضوان الله عليه - دليلنا - الاخبار المعتمدة التى ذكرناها فى تهذيب الاحكام، وايضاً روى جابر قال: انما جعل رسول الله ﷺ الشععة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شععة ، ولفظة انما موضوعه لاشتمال ما تناوله اللفظ ، ونفى ما عداه. فكان الظاهر انه لا شععة الا فيما يقع فيه الحدود وتصرف له الطرق فمن اوجبها فى غير هذا فقد خالف فى ذلك ، وروى جابر ان النبى ﷺ قال: لاشععة الا فى ربع او حايط، ولان ايجاب الشععة حكم شرعى وما ذكرناه مجمع عليه و ليس على ما قالوه دليل .

مسئلة ٢- اذا باع زرعاً او ثمرة مع الاصل بالشرط كانت الشععة ثابتة فى الاصل دون الزرع والثمرة، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : تجب فى الزرع و الثمار مع الاصل - دليلنا - ان ما قلناه مجمع عليه و ليس على ما قالوه دليل ، وايضاً روى جابر قال: انما جعل رسول الله ﷺ الشععة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شععة فالظاهر انها تجب فيما يقع فيه الحدود وتصرف له الطرق فمن اوجبها فى

غير هافقد ترك الخبر المذكور .

مسئلة ٣- لا تثبت الشفعة بالجوار و انما تثبت للشريك المخالط ، و به قال فى الصحابة عمر و عثمان و فى التابعين عمر بن عبد العزيز و سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و يحيى بن سعيد الانصارى ، و فى الفقهاء ربيعة و مالك و الشافعى و أهل الحجاز و الأوزاعى و أهل الشام و احمد و اسحاق و ابو ثور و تثبت عندنا زائداً على الخلطة بالاشترك فى الطريق ، و به قال سوار بن عبدالله القاضى و عبيد الله بن الحسن العنبرى فانهما اوجباها بالشركة فى المبيع و الطريق دون الجوار كما نقوله نحن ، و ذهب أهل الكوفة الى انها تثبت بالشركة و الجوار لكن الشريك أحق فان ترك فالجار أحق ذهب اليه ابن شبرمة ، و الثورى ، و ابو حنيفة ، و أصحابه ، و عبدالله بن المبارك ، و لابي حنيفة تفصيل قال : الشفعة تجب باحد اسباب ثلاثة : الشركة فى المبيع و الشركة فى الطريق و ان شريكا فى الطريق اولى من الجار اللازق ثم (باخ ل) الجوار . بيان هذا ان (فان خل) كان شريكا فى المبيع فهو أحق من الشريك فى الطريق ، و ان كان شريكا فى الطريق فهو أحق ، و ان لم يكن شريكا فى المبيع مثل ان كان الدرب لا ينفذ و فيه دور كثيرة فان الطريق مشترك بين اهله ، فان باع صاحب الصدر داره و ذلك فى آخر الدرب ، فالشفعة لذى يليه فان ترك فللذى يليه بدأ من الجانبين كذلك الى آخر الدرب فان لم يبق فى اهل الدرب من يريد الشفعة كانت للمجار اللزيق الذى ليس بشريك فى الطريق و هو الذى فى ظهر داره الى دار غير هذا الدرب ، فان ترك هذا الشفيع الشفعة فلا شفيع هناك ، و ان كان الدرب نافذاً فالشفعة للمجار اللزيق فقط سواء كان باب داره فى هذا الدرب او فى غيره ، فاذا كان محاذياً فى درب نافذ و عرض الطريق ذراع فلا شفعة ، و هي هنا قال الشافعى منعت من بينك و بينه ذراع و اعطيت من هومنه (منك ظ ل) على الف ذراع ، و هذا التفصيل يبين (فيه خ ل) مواضع المعانى دليلنا - اخبارنا التى ذكرناها فى كتابنا الكبير و اجماع الفرقة عليها ، و ايضاً فما قلناه مجمع على ثبوت الشفعة فيه و ما قالوه ليس عليه دليل ، و روى جابر ان النبى ﷺ قال الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، و روى ابو هريرة قال: قضى رسول الله

بالشفعة فيمالم يقسم ، و اى مال قسم وارفع عليه فلاشفعةفيه ومعنى ارفعليه اى اعلم عليه قال ابو عبيد : يقال ارفتها تاريخا اى اعلمت عليها علامات وهى لغة اهل الحجاز واما الذى يدل على ان الشفعة بالطريق تثبت فاجماع الفرقة ، وروى جابر بن النبى رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: الجار احق بشفعة جاره ينتظر به اذا (ان خ ل) كان غائبا وان كان طريقهما واحداً .

مسئلة ٤ - مطالبة الشفيع على الفور فان تركها مع القدرة عليها بطلت شفعتها ، به قال ابو حنيفة وهو اصح أقوال الشافعى وهو الذى نقله المزنى ، وله ثلاثة أقوال آخر غير هذا احدها الذى يرويه الطحاوى عن المزنى عنه ان الشفيع بالخيار ثلاثاً فان مضت ثلاثة بطل خياره وبه قال ابن ابي لمبلى والثورى ، ونص فى التقديم على قولين احدهما خياره على التراخى لا يسقط الا بصرح العفو فيقول عفوت او يلوح به بان يقول للمشتري بعنى الشقص او هبه لى فان فعل شيئاً من هذا ، والا كان للمشتري ان يرافعه الى الحاكم فيقول اما أن تأخذ أو تدع وهو ظاهر قول مالك لانه قال : له الخيار مالهم بتناول الوقت فقول : له اذا مضت سنة فقد تناول الوقت فقال : ما ظنه تناول ، والثانى انه على التأييد كالقصاص حتى قال لا يملك المشتري (اذا خ ل) مرافعته الى الحاكم بل الخيار اليه ولا اعتراض عليه قال ابن المنذر : و بهذا القول قال جماعة من اهل العلم فيكون على القول الثالث يملك عطالبة الشفيع بالشفعة (١) او الاخذ وعلى الرابع لا يملك - دليلنا - على ما قلناه اجماع الفرقة انه يملك فيه المطالبة وماعده ليس عليه دليل .

مسئلة ٥ - الشفعة لا تبطل بالغيوبة بل للغائب شفعة وبه قال جميع الفقهاء وحكى عن النخعى انه قال : الشفعة تبطل بالغيبة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ولان ابطالها بالغيبة يحتاج الى دلالة وليس فى الشرع ما يدل عليه .

مسئلة ٦ - اذا اختلف المشتري والشفيع فى الثمن ومع كل واحد منهما بينة قبلت بينة المشتري ، وبه قال الشافعى وابو يوسف ، وقال ابو حنيفة ومحمد : البينة

(١) الظاهر ان بالشفعة غلط والصحيح بترك الشفعة اى يملك المشتري ان يطالب الشفيع

اما بترك الشفعة او باخذها

بينه الشفيع لانه الخارج- دليلنا- ان المشتري هو المدعى للثمن والشفيع ينكره والبينة على المدعى .

مسئلة ٧ - اذا كان الشراء بثمان له مثل كالحبوب والامان كان للشفيع الشفعة بالاخلاف وان كان بثمان لاهل كالثياب والحيوان ونحو ذلك فلاشفعة له، وبه قال الحسن البصرى وسوار القاضى ، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعى : له الشفعة يأخذها بقيمة الثمن والاعتبار بقيمة (١) حين العقد لاجل اخذ بالشفعة على قول الشافعى، وعلى قول مالك بقيمة حين المحاكمة - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، ولان ايجاب الشفعة فى مثل هذا يحتا الى دليل .

مسئلة ٨- اذا تزوج امرأة وادهرها شقصاً لا يستحق الشفعة عليها، به قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعى : الشفعة تجب بمهر المثل ، وبه قال الحارث العجلي وقال مالك وابن ابي ليلى : تجب الشفعة لكنه يأخذ بقيمة الشقص لا بمهر المثل- دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ولان اثبات الشفعة فى مثل هذا يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٩ - اذا اشترى شقصاً بمائة الى سنة كان للشفيع المطالبة بالشفعة ، وهو مخير بين أن يأخذه فى الحال ويعطى ثمنه حالا وبين أن يصبر الى سنة ويطالب بالثمن الواجب عندها والمشافعى فيه ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلناه ، والثانى ان (انه خل) يأخذه بمائة الى سنة كما اشتراه ، وبه قال مالك غير ان مالك قال: ان كان الشفيع غير ملى كان للمشتري مطالبته بضمين ثقة يضمن له الثمن الى محله ، وهذا قوى، ايضا ذكرناه فى النهاية واليه ذهب قوم من أصحابنا ، والثالث قال فى الشروط: يأخذه بسبعة تساوى مائة الى سنة- دليلنا ان الشفعة قد وجبت بنفس الشراء والذمم لا تتساوى فوجب عليه الثمن حالا او يصبر الى وقت الحلول فيطالبه بالشفعة مع الثمن .

مسئلة ١٠ - اذا مات وخلف ابنين وداراً فهى بينهما نصفين ، فان مات أحدهما وخلف ابنين كان نصف ابيهما بينهما نصفين، وعمهما النصف ولكل واحد منهما الربع ، فان

(١) قوله قده والاعتبار بقيمة حين العقد الخ حكى عن ابن سر يرح قول ثالث وهو ان الاعتبار

بقيته يوم استقرار العقد وهو زمان انقضاء الخيار. حطباطبائى

باع أحدهما نصيبه من أجنبي فلاشفعة لاحد ، وللشافعي في ان الشفعة لآخيه وحده ام لا قولان : احدهما لآخيه وحده دون عمه و به قال مالك ، والثاني لآخيه وعمه سواء . و به قال ابو حنيفة واصحابه وهو اختيار المزني ، ومن قال من اصحابنا : ان الشفعة على عددالرؤس كذا يجب أن يقول به - دليلنا - الاخبار التي ذكرناها في الكتاب الكبير ولان الشريك اذا كان واحداً فالشفعة ثابتة بلا خلاف وان كانوا اكثر فليس على ثبوتها دلالة وهذه فرع على ذلك .

مسئلة ١١ - عندنا ان الشريك اذا كان أكثر من واحد بطلت الشفعة فلا يتصور الخلاف في ان الشفعة على قدرالرؤس ، به قال اهل الكوفة النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو احد قولى الشافعي وهو اختيار المزني ، والقول الاخر انه على قدر الانصاء وهو الاصح عندهم واختاره أبو حامد الاسفرايني ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصري وعطاء مالك وهو قول اهل الحجاز ، وبه قال احمد واسحاق - دليلنا - على المسئلة الاولى انه اذا كان الشريك واحداً فلا خلاف في ثبوت الشفعة واذا كانوا أكثر من ذلك فلا دليل على ثبوت الشفعة لهم ، واخبار اصحابنا التي يعتمدونها ذكرناها في الكتاب الكبير فنصرة القول الاخر اخبارنا رويت في هذا المعنى ، والاقوى عندي الاول .

مسئلة ١٢ - المنصوص لاصحابنا ان الشفعة لاتورث و به قال أبو حنيفة وأصحابه وقال قوم من اصحابنا : انها تورث مثل سائر الحقوق وهو اختيار المرتضى رضوان الله عليه و به قال الشافعي ومالك وعبيد الله بن الحسن العنبري البصري - دليلنا - على أنها لاتورث ان كونها ميراثاً يحتاج الى دليل ، ولادليل في الشرع ، واخبارنا في ذلك ذكرناها في الكتاب الكبير ، ومن نصر ما حكيناه من انها تورث قال : اذا كان ذلك حقاً للحق ثابتاً له يملك المطالبة به فورثته يقومون مقامه في جميع املاكه وهذا من جملة ذلك ، ودليل الاول ايضاً انه لا يخلو اما ان تملك (تكون ملكوها ل) بما تجدد لهم من الملك لان ذلك لا يملك به شيء وبطل ان تكون ملكوها بما تجدد لهم من الملك لان ذلك لا يملك به شيء وبطل ان يكون ملكوها بملك المورث لان الانسان لا يستحق الشفعة بملك غيره وبطل أن يكون

للمشيع لان ملكه زال عنه فلم يبق الا انها بطلت والقول الاخر استدلل على صحته بقول الله تعالى: « و لكم نصف ما ترك ازاوجكم » وهذا من جملة ما ترك ، وطعن على هذا باننا لانسلم انها تركت لان حقها بطل بالموت .

مسئلة ١٣ - اذا شترى دارا ووجب للمشيع فيها الشفعة فأصابها هدم او غرق او ما أشبه ذلك فان كان ذلك بامر سماوى فالشفيع بالخيار بين ان يأخذها بجميع الثمن او يترك ، وان كان بفعل آدمى كان له أن يأخذ العرصة بخصتها من الثمن ، وبه قال ابو حنيفة ، وللشافعى فيدقو لان ، وأصحابه على خمس طرق أحدها مثل ما قلناه وهو اضعفها عندهم و الثانية اذا انتقض البناء و انفصل فالشفيع يأخذ العرصة بالشفعة ، وما اتصل بها من البناء دون المنفصل عنها على قولين : احدهما ياخذ المتصل بكل الثمن ، او يتركه (والقول الاخر انه ياخذ في ص ف) او بخصه من الثمن او يدع وهو اصح القولين عندهم ، وثالثها ان كان البعض (النقص ل) الذى لحقه عيب مثل شق الجيطان وتغير السقف وميل الحايط فان المشتري بالخيار بين أن يأخذ بكل الثمن او يرده وان كان النقص انتقاض البناء والاله لم يؤخذ النقص (يدخل النقص ص ف) فى الشفعة وبكم يأخذ الشفيع ما عدا على القولين ؛ وما انفصل لا يدخل فى الشفعة كما قال الاول ، و يأخذ ما عدا بالخصه من الثمن قولاً واحداً وهو مانص عليه فى القديم ، ورابعها انه اذا انتقض البناء وكانت الاعيان المنهدمة موجودة دخلت فى الشفعة وان كانت منفصلة عن العرصة لانه يتسلمها بالثمن الذى وقع البيع به والاستحقاق و يجب له حين البيع وان كانت الاعيان مفقودة يأخذ بخصته من الثمن ، وخامسها انه اذا كانت العرصة قائمة بحالها اخذ بجميع الثمن سواء كانت الاعيان المنفصلة موجودة او مفقودة ، وان كان بعض العرصة هلك بالغرق اخذ بالخصه من الثمن - دليلنا - مارواه جابر ان النبى ﷺ قال : الشفعة فى كل شترى ربع او حايط ولا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه ، فان باعه فشرى به احق به بالثمن فيثبت انه يأخذ بذلك الثمن فمن قال ببعضه فقد ترك الخير .

مسئلة ١٤ - اذا شترى شيئاً وقاسم وغرس وبنى ثم طالب الشفيع بالشفعة ولم يكن قبل ذلك عالماً بالشراء كان له اجباره على قلع الغراس والبناء اذ ارد عليه ما نقص من الغراس

والبناء بالقلع ، وبه قال الشافعي ومالك والنخعي والاوزاعي واحمد واسحاق ، وقال الثوري و ابو حنيفة واصحابه : له عطالته بالقلع ولا يعطيه ما نقص بالقلع - دليلنا - ان المشتري غرس ملكه في ملكه فلم يكن متعدياً واذالم يكن متعدياً وجب ان يرد عليه ما نقص من غرسه بالقلع ، ولانه اذا رد عليه ما نقص به من الغراس فلا خلاف ان له مطالته بالقلع ، وان لم يرد فليس على وجوب القلع دليل ، وايضاً قول النبي صلى الله عليه وآله لا ضرر ولا ضرار (اضرار خ ل) في الاسلام يدل على ذلك لانه متى لم يرد عليه قيمة ما نقص دخل عليه في ذلك الضرر .

مسئلة ١٥ - اذا اشترى النخل والارض وشرط الثمرة كان للمشفيع ان يأخذ الكل بالشفعة ، وبه قال ابو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي : له ان يأخذ الكل دون الثمرة و به قال عبيد الله بن الحسن العنبري - دليلنا - عموم الاخبار التي رويناها في وجوب الشفعة في المبيع ، والمنع منه يحتاج الى دليل ، و ابو حنيفة ومالك ادعيا ان هذه مسئلة اجماع .

مسئلة ١٦ - اذا باع شقصاً من مشاع لا يجوز قسمته شرعاً كالحمام والارحية والدور الضيقة والعضايا الضيقة فلا شفعة فيها ، وبه قال أهل الحجاز وريبعة ومالك والشافعي وهو قول عثمان بن عفان ، وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري وأبو العباس بن سريج : تجب الشفعة فيه (فيها خ ل) - دليلنا - ما رواه ابو هريرة وجابر ان النبي ﷺ قال الشفعة في كل مال يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال جابر : انما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل مال يقسم فاذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة ، فوجه الدلالة انه ذكر الشفعة بالالف واللام وهما للمجنس فكان تقدير الكلام جنس الشفعة في ما لم يقسم يعني ما يصح قسمته وما لا يصح قسمته لا يدخل تحته ، ولان ايجاب (اثبات خ ل) الشفعة حكم يحتاج الى دلالة شرعية ، وايضاً قول النبي ﷺ انما الشفعة في ما لم يقسم ، ولفظة انما تفيد معنى لا فكانه قال : لا شفعة فيما لا يقسم فاذا ثبت هذا فان تقدير الدلالة ان قوله ما لم يقسم انما تفيد ما يقسم الا انه لم يفعل فيه القسمة لانه لا يقال فيما لا يقسم ما لم يقسم وانما يقال فيما يقسم فلما قال ما لم يقسم دل على

ماقلناه يؤيد ذلك قوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة فقد تقدرا نه لاشفعة فيما لا يقسم شرعاً، وروى ابان بن عثمان بن عفان انه (عن ابيه خ ل) قال: لاشفعة في نخل ولا بئر، والارف (١) يقطع كل الشفعة وأراد ابار الحجاز فان اعتمادهم بالسقي عليها، ولا مخالف له في أصحابه.

مسئلة ١٧ - اذالم ينقص (ينتقص خ ل) القيمة ولا الانتفاع بالقسمة قسم بالاخلاف واذانقص (انتقص خ ل) الانتفاع والقيمة فلا يقسم بالاخلاف وما فيه الخلاف قال (فقال خ ل) ابو حنيفة كل قسمة لا ينتفع الشريك بحصة بهما كان فهي قسمة ضرر ولا يقسم وهو ظاهر مذهب الشافعي وهو الصحيح عندى، وقال أصحاب الشافعي كلهم واختاره ابو حامد الا سغراينى: ان القسمة اذا نقصت القيمة دون الانتفاع فانها غير جائزة - دليلنا ان ماقلناه مجمع عليه، و انما ادعوا ان ما فيه نقصان القيمة يمنع من القسمة، فعلى من ادعى ذلك الدلالة.

مسئلة ١٨ - الصبى والمجنون والمهجور عليه لشفعة لهم الشفعة، ولوليمهم ان يأخذ لهم الشفعة، والولى هو الاب او الجد او الوصى من قبل واحد منهما، او امين الحاكم اذالم يكن اب، وللولى أن يأخذ بالشفعة، ولا يجب ان ينتظر بلوغ الصبى وشاده، وبه قال جميع الفقهاء، وقال ابن ابي ليلى: لاشفعة للمهجور عليه، وقال الاو زاعى: ليس للولى الاخذ لكنه يصبر حتى اذا بلغ ورشد كان له الاخذ والترك - دليلنا - خبر جابر بن ابي هريرة ان النبى ﷺ قال الشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ولم يفصل وعليه اجماع الفرقة المحقة

مسئلة ١٩ - اذا كان للصبى شفعة وله فى اخذها الحظ ولم يأخذ الولى عنه بالشفعة لم يسقط حقه، وكان اذا بلغ له المطالبة بها او تركها، وبه قال الشافعي و محمد بن الحسن وزفر، و قال ابو حنيفة وابو يوسف: تسقط شفعتهم وليس له أخذها - دليلنا - انه قد ثبت انها حقه، وليس على سقوطها دلالة، وترك الولى الاخذ ليس بمؤثر فى اسقاط حقه كما لا يستقط

(١) بضم الهمزة جمع ارفة كالعرف جمع غرفة بمعنى الحد بين الارضين (بالفارسية

ديونه كلها و حقوقه .

مسئلة ٢٠- اذا كان للمصبي شفعة الحظ له تر كهافتر كهالولى وبلغ الصبى ورشد فان له المطالبة بالآخذ ، وله تر كه ، و به قال قح و زفر و هو احد قولى الشافعى و هو ضعيف عندهم وله قول آخر و عليه أكثر أصحابه انه ليس له المطالبة و سقط حقه ، و به قال ابو حنيفة و ابو يوسف - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سوا (١) ، و ايضا جميع الاخبار التى وردت فى وجوب الشفعة يتناول هذا الموضوع و لا دلالة على اسقاطها بترك الولى .

مسئلة ٢١ - اذا باع شقصاً بشرط الخيار فان كان الخيار للبايع اولهما فلا شفعة للشفيع ؛ وان كان الخيار للمشتري فانه يجب الشفعة للشفيع وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار ، و به قال ابو حنيفة و هو المنصوص للشافعى ، و قال الربيع : فيها قول آخر انه ليس له الاخذ قبل انقضاء الخيار ، و به قال مالك و هو اختيار ابى اسحاق المرزى - دليلنا ان الملك قد ثبت بالعقد و انتقل فوجب الشفعة للشفيع على المشتري لانه ملكه (ملك نحل) فمن قال: لا شفعة له فعليه الدلالة ، فان قالوا: لا نسلم انه ملك بالعقد بل يملك بهما او هو مراعى فقد دللنا على بطلان ذلك فى البيوع (٢).

مسئلة ٢٢ - اذا اشترى شقصاً و سيفاً ، او شقصاً و عبداً ، او شقصاً و عرضاً من العروض كان للشفيع الشفعة بحصته من الثمن و لاحق له فيما يبيع معه ، و به قال ابو حنيفة و الشافعى و لآبى حنيفة رواية شاذة انه يأخذ الشقص و السيف معاً بالشفعة ، و قال مالك: لو باع شقصاً من ارض فيها غلمان يعملون له كان له أخذ الشقص و الغلمان معاً بالشفعة - دليلنا - ان

(١) فيه ان ترك الولى هنا لاجل مصلحة اذا المفروض ان حظه فى الترك فمعه ليس للمصبي ان يأخذها بعد البلوغ بخلاف المسئلة الاولى فان المفروض ان مصلحته فى الاخذ فحينئذ يكون ترك الولى خلافاً لمصلحته و له احراز مصلحته بعد البلوغ بأخذها فليس الحكمان فى المسئلتين على جهة واحدة ليكون دليلهما واحداً و اما تملكه بالاخبار التى وردت فى وجوب الشفعة ففيه انه قد مضى فى مسئلة (٤) ان مطالبة الشفيع على الفور فان تركها مع القدرة عليه بطلت شفعته فهنا ترك الولى مع قدرته عليه لمصلحة المولى عليه فلازمه بطلان شفعته

(٢) فى مسئلة ٢٩- من كتاب البيوع

ما أوجبناه مجمع عليه ، وما ادعوه ليس عليه دليل .

مسئلة ٢٣ - اذا أخذ الشفيع الشقص من المشتري او البايع قبض المشتري او لم يقبض فان دركه وعهدته على المشتري دون البايع ، وبه قال مالك و الشافعى ، و قال ابو حنيفة : ان أخذها من البايع فالعهد على البايع و ان أخذها من المشتري فكما قلناه ، وقال ابن ابى ليلى وعثمان البتي عهددة المبيع على البايع دون المشتري سواء أخذها من يد البايع أو يد المشتري لان المشتري كالسفير - دليلنا - ان المشتري ملك و اذا ملك فانما يأخذ الشفيع منه ملكه به بحق الشفعة فيلزمه در دكه كما لو باعه .

مسئلة ٢٤ - لا يأخذ الشفيع الشفعة عن البايع ابداً ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة له أخذها منه قبل القبض - دليلنا - ان الشفيع انما يستحق الاخذ بعد تمام العقد و ازومه بدليل انه لو كان الخيار للبايع او لهم ما لم يستحق الشفعة فاذا كان الاستحقاق بعد تمام العقد ولزومه فالملك للمشتري فوجب أن يكون الاخذ من مالكة من غيره .

مسئلة ٢٥ - اذا تبايعا شقصاً فاضمن الشفيع الدرك للبايع عن المشتري او للمشتري عن البايع فى نفس العقد او تبايعا بشرط الخيار على ان الخيار للشفيع فانه يصح شرط الاجنبى ، و ايها كان لا تسقط شفيعته ، وبه قال الشافعى ، وقال أهل العراق : تسقط الشفعة لان العقد ماتم الابيه كما اذا باع بعض حقه لم يجب له الشفعة على المشتري - دليلنا - انه لا مانع من جواز شرط الاجنبى و لا دليل على اسقاط حق الشفيع .

مسئلة ٢٦ - اذا كان داربين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه و اشتراه أحد الاخرين استحق الشفعة الذى لم يشتر على قول من يقول الشفعة على عدد الرؤس وهو احد وجهى الشافعى ، وقال ابو حنيفة : واحد وجهى الشافعى يستحق الشفعة الذى اشتراه مع الذى لم يشتر بينهما نصفين - دليلنا - هو انه لا يستحق الانسان الشفعة على نفسه وقد بينا ان الشفعة تستحق على المشتري

مسئلة ٢٧ - اذا كان الشفيع و كى لافى بيع الشقص الذى يستحق بالشفعة ام بسقط بذلك شفيعته ، سواء كان و كى ل البايع فى البيع او و كى ل المشتري فى الشراء ، وبه قال الشافعى

وقال أهل العراق : ان كان وكيل البايع لم يسقط شفعته وان كان وكيل المشتري سقطت شفعته بناء على اصله ان الوكيل في الشراء ينقل الملك عن البايع اليه ثم عنه الى الموكل فلو أخذ بالشفعة استحق على نفسه ، وقد دللنا نحن على فساد ذلك وبيننا ان شراء الوكيل يقع عن الموكل وينقل الملك الى الموكل دون الوكيل ، واما دليلنا في هذه المسئلة هو انه لا مانع من وكالته ، ولادلالة على سقوط حقه من الشفعة .

مسئلة ٢٨ - اذا حط البايع من الثمن شيئاً بعد لزوم العقد واستقرار الثمن لم يلحق ذلك بالعقد ولا يثبت للشفيع بل هو هبة مجددة للمشتري من البايع ، وبه قال الشافعي سواء كان الحط الكل او البعض ، وقال ابو حنيفة : ان حط بعض الثمن لحق العقد وسقط عن الشفيع ، وان حط كله لم يلحق العقد وقد مضت في البيوع - دليلنا - ان الثمن اذا استقر فالشفيع انما يأخذ الشقص بذلك الثمن ، فما حط كله بعد ذلك فهو هبة مجددة لادلالة على لحوقها بالعقد فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٩ - اذا زاد في الثمن زيادة بعد استقرار العقد فهي هبة من المشتري للبايع ولا يلزم الشفيع ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : هذه الزيادة تلحق العقد ولا تلحق بالشفيع - دليلنا - انه لا دليل على لحوق هذه الزيادة بالعقد فمن ادعى ذلك فعليه الدلالة ولم (لا ظ) يجدها .

مسئلة ٣٠ - اذا كانت دار بين نصفين فادعى أجنبي على احدهما ما مافى يده من النصف فصالحه على الف صح صالحه ، سواء صالحه على انكار او صالحه على اقرار ، ولا يستحق به الشفعة لانه ليس ببيع ، وقال الشافعي : ان كان الصلح عن اقرار فهو بيع يستحق به الشفعة ، وان كان على انكار فالصلح باطل لا يستحق به الشفعة - دليلنا - ان ما يستحق به الشفعة البيع ، وهذا ليس ببيع فمن الحقه (بالبيع خ) به فعليه الدلالة .

مسئلة ٣١ - فان كانت الدار بينهما نصفين فادعى أجنبي على أحدهما الف درهم فصالحه على نصفه من الدار لا يستحق به الشفعة سواء كان صلح اقرار او صلح انكار ، و قال الشافعي : ان كان صلح اقرار فهو بيع يستحق به الشفعة ، و ان كان صلح انكار فهو باطل لا يستحق به الشفعة - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٢- اذا أخذ الشفيع الشقص فالاختيار للمبايع ، وللمشترى خيار المجلس
بلاخلاف وهل يثبت للمشيع خيار المجلس ام لا ؟ عندنا انه لا خيار له ، وللشافعي فيه قولان :
أحدهما مثل ما قلناه لانه لازالة الضرر فهو مثل الرد بالعيب ، والاخر ان له الخيار مثل
المشترى نص عليه في اختلاف العراقيين - دليلنا - انه لا دليل (دلالة) على أن له الخيار ومن
أحقه بالبيع فعليه الدلالة لان القياس عندنا باطل

مسئلة ٣٣ - اذا ذهب شقصاً لغيره سواء كان فوqe او دونة أو نظيره فانه لا يستحق به
الشفعة ، وقال الشافعي : ان كانت الهبة لمن هو مثله او لمن هو دونه فانه لا يستحق به
الشفعة لان الهبة للنظير تودد ، ولمن دونه استعطف فلا يستحق بهما العوض وان كانت لمن
فوقه فهل يشاب عليها على قولين : قال في الجديد : لا ثواب فيه ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال في
القديم : يقتضى الثواب ، وبه قال في بعض كتبه الجديدة وهو قول مالك ، فاذا قال : لا يقتضى
الثواب فلا شفعة ، واذا قال : يقتضى الثواب اما بشرط او بغير شرط فانه تثبت فيه (فيها خ ل)
الشفعة - دليلنا - انه لا دليل على ثبوت الشفعة بالهبة ومن ادعى انها تثبت بها فعليه الدلالة
وايضاً عليها اجماع الفرقة فانها منصوصة .

مسئلة ٣٤ - اذا كانت دار بين نفسين (شريكين) فادعى أحدهما انه باع نصيبه من
أجنبي وأنكر الأجنبي أن يكون اشتراه فانه تثبت الشفعة للشريك ، وبه قال عامة أصحاب
الشافعي وهو تفريع المزني ، وقال ابو العباس : لا شفعة لانها انما تثبت بعد ثبوت المشتري
دليلنا - ان المبايع أقر بحقين : أحدهما حق المشتري ، والثاني حق الشفيع ، فاذا رد المشتري
ثبت حق الشفيع كما لو اقر بدار لرجلين فرده أحدهما ثبت (يثبت خ ل) للآخر حقه

مسئلة ٣٥ - على قول من قال من أصحابنا : ان الشفعة على عدد الرؤس اذا كانت دار بين
ثلاثة شركاء اثلاثاً فاشترى أحدهم نصيب أحد الاخرين استحق الشفعة المشتري مع
الاخر بينهما نصفين ، وبه قال ابو حنيفة و أصحابه ومالك وعامة أصحاب الشافعي وهو
الذي نقله المزني ، ومن أصحابه قال : يأخذ الشفيع بالشفعة ولاحق للمشترى فيه ، وبه قال
الحسن البصري وعثمان البتي قالوا : لانه عشتري فلا يستحق الشفعة على نفسه وهو الذي نصرناه
فيما تقدم غير ان هذا القول الاخر اقوى - دليلنا - انها تساوي في الشركة الموجودة حين
الشراء فوجب أن لا ينفرد أحدهما بالشفعة لانه لا دليل على ذلك الا انه يكون أحدهما

ملك نصفه بالعقد، والآخر بالشفعة يملك نصفه، فعلى هذا سقط دليلهم
مسئلة ٣٦ - اذا شح غيره موضحة عمداً او خطأ، فصولح عنها على شقص صح الصلح
اذا كانا عالمين بارش الموضحة ولا يستحق الشفيع اخذها بالشفعة وقال الشافعي و
أصحابه: ان كانت الابل موجودة فهل يصح الصلح ام لا؟ على (فعلى خ ل) قولين و ان كانت
معدومة فعلى قولين في انتقال الارش الى القيمة او الى مقدر (مقداره خل) وعلى الوجهين
جميعاً يصح الصلح اذا علمنا القيمة او المقدار فكل موضع يصح الصلح تجب الشفعة وكل
موضع لا يصح الصلح لا تجب الشفعة - دليلنا - ان الشفعة انما تستحق بعقد الشراء، و الصلح
ليس بعقد الشراء، فمن الحق به فعليه الدلالة

مسئلة ٣٧ - اذ باع ذمي شقصاً من ذمي بخمر او خنزير و تقابضا و استحق عليه
الشفعة اخذ الشفيع بمثل ثمن الخمر او الخنزير عند عمله، وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعي:
لا شفعة هيهنالان الخمر ليس بمال - دليلنا - ان عندهم ذلك مال وقدامنا أن قرهم على
ما يرونه وهم يرون ان لذلك ثمناً فوجب اقرارهم عليه، وايضاً الاخلاف في صحة هذا البيع
و اذا كان البيع صحيحاً تجب الشفعة .

مسئلة ٣٨ - لا يستحق الذمي الشفعة على المسلم سواء اشتراه من مسلم او ذمي و
على كل حال، وبه قال الشعبي واحمد بن حنبل، وقال ابو حنيفة وأصحابه ومالك و
الاوزاعي: يستحق الذمي الشفعة على المسلم مثل المسلم سواء وقال الحسن بن صالح ابن
حي: لا شفعة له عليه في الامصار وله الشفعة في القرى - دليلنا - قوله تعالى: «و لن يجعل
الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» وذلك عام في جميع الاحكام الا ما خصه الدليل
وروى انس عن النبي ﷺ انه قال: لا شفعة للذمي على مسلم وهذا نص وعليه اجماع الفرقة
المحقة فانهم لا يختلفون فيه.

مسئلة ٣٩ - اذا اشترى شقصاً من داروبنى مسجداً قبل ان يعلم الشفيع كان
للمشفيع ابطال تصرفه ونقض المسجد اخذ بالشفعة، وبه قال الشافعي وجميع الفقهاء
والابي حنيفة روايتان: احدهما مثل ما قلناه وبه قال ابو يوسف، والثانية لا ينقض
المسجد - دليلنا - ان حق الشفيع سابق لتصرفه لانه يستحقه حين العقد و اذا تصرف

بعد ذلك فيه فقد تصرف فيما يستحقه غيره وذلك لا يصح .

مسئلة ٤٠ - اذ باع في مرضه المخوف شقصاً وحابى فيه من وارث، صح البيع ووجب به الشفعة بالثمن الذى وقع عليه البيع . وعند الفقهاء يبطل البيع لان المحاباة هبة ووصية ، ولا وصية لو ارث ويبطل البيع فى قدر المحاباة، ويكون الشفيع بالخيار بين ان يأخذه او يترك وارثا كان او غير وارث - دليلنا - أن هذا بيع صحيح فمن جعل المحاباة فيه وصية فعليه الدلالة ، ولو صح انها وصية لكانت الوصية عندنا تصح للموارث على ما سنبينه فيما بعد فما يبنى على فساده يجب ان لا يبطل على حال .

مسئلة ٤١ - اذا جبه له الشفعة فصالحه المشتري على تر كهابعوض صح وبطلت الشفعة، وعند الشافعى لا يصح، وهل تبطل الشفعة على وجهين - دليلنا - قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصلح جازى بين المسلمين وهذا عام وتخصيصه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٢ - اذا جبت الشفعة فسار الى المطالبة فلم يأت المشتري فيطالبه ولا الى الحاكم بل مضى الى الشهود واشهد على نفسه بانه مطالب بالشفعة لم تبطل شفيعته، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى: تبطل - دليلنا - انه قد وجب له الشفعة، وابطالها يحتاج الى دليل ولا دليل يدل على ذلك

مسئلة ٤٣ - اذ بلغ الشفيع ان الثمن دنانير فعفى فكانت دراهم او حنطة فكانت شعيراً لم تبطل شفيعته ، وبه قال جميع الفقهاء الا زفر فانه قال: ان كان الثمن دنانير فبان دراهم سقطت شفيعته وان كان حنطة فبان شعيراً لم تسقط كما قلناه - دليلنا - انه قد ثبت شفيعته وبطلانها يحتاج الى دلالة.

كتاب القراض

مسئلة ١ - لايجوز القراض الا بالانمان التي هي الدراهم و الديناير ، وبه قال ابوحنيفة ومالك و الشافعى، وقال الاوزاعى وابن ابي ليلى: يجوز بكل شىء يتمول فان كان مما له مثل كالحبوب والادهان رجع (يرجع خل) الى مثله حين المفاصلة والربح بعده بينهما نصفين، وان كان مما لا مثل له كالشباب والمتاع والحيوان كان رأس المال قيمته والربح بعد بينهما - دليلنا- ان ما اخترناه مجمع على جواز القراض به ، وليس على جواز ما قالوه دليل .

مسئلة ٢ - القراض بالفلوس لايجوز ؛ وبه قال ابوحنيفة وابو يوسف والشافعى ، و قال مجل : هو القياس الا انى اجيزه استحسانا لانها ثمن الاشياء فى بعض البلاد - دليلنا أن ما قلناه (ذكرنا دخل) مجمع على جواز القراض به وما ذكره ليس عليه دليل والاستحسان عندنا باطل.

مسئلة ٣ - لايجوز القراض بالورق المغشوش سواء كان الغش اقل او اكثر او سواء وبه قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة: ان كان سواء او كان اقل جازوان كان الغش اكثر لم يجز بناء (١) على اصله فى الزكاة وقد مضى الكلام عليه - دليلنا- ما قلناه

(١) قدم فى مسئلة -٨٨- من كتاب الزكاة من انه لا زكاة فى الدراهم المغشوشة حتى تبلغ ما فيها من الفضة ما تى درهم، و قال ابوحنيفة ان كان الغش دون النصف سقط حكم الغش و كانت كالفضة الخالصة هذا هو اصله فى الزكاة ولكن الغش ان كان مساوياً مع الفضة الحقه هناك بالمغشوش و هنا بغيره

في المسئلة الاولى سوآء .

مسئلة ٤ - اذا كان القراض فاسداً استحق العامل اجرة المثل على ما يعمل به سواء كان في المال ربح اولم يكن ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : ان كان في المال ربح فله اجرة مثله ، وان لم يكن ربح فلا شيء له - دليلنا - انه عمل باذن صاحب المال فاذا لم يصح له ما قاله (قارضه خ ل) عليه كان له اجرة المثل لانه دخل على أن يكون له المسمى في مقابلة عمله .

مسئلة ٥ - ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير اذن رب المال . وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة ومالك : له ذلك ، وللشافعي في البويطي ما دل على ذلك قال اصحابه لا يجيء ذلك على مذهبه ، وبني ابو حنيفة ومالك ذلك على الوديعة وان له ان يسافر بها وعندنا انه ليس له ذلك في الوديعة ايضاً - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً الاصل انه ليس له ذلك لانه تصرف في مال الغير ، واثبات ذلك واجازته يحتاج الى دليل والى اذنه ولم يوجد .

مسئلة ٦ - اذا سافر باذن رب المال كان نفقة السفر من الماكول والمشروب والملبوس من مال القراض وللشافعي فيه ثلاثة أوجه : احدثهما لا ينفق كالحضر والثاني ينفق كمال نفقته كما قلناه والثالث ينفق القدر الزايد على نفقة الحضر لاجل السفر - دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٧ - اذا أعطاه الفين او قال ما رزق الله تعالى من الربح كان لي ربح الف (الالف خ ل) و لك ربح الف (الالف خ ل) كان جابزاً (١) وبه قال ابو حنيفة و ابو ثور ، وقال ابو العباس بن سريج : هذا غلط لانه شرت لنفسه ربح الف (الالف خ ل) لا يشار كنه العامل فيه وكذلك العامل فيه فكان باطلا كما لو تميز الاثمان - دليلنا - انه لا مانع

(١) سيأتي في المسئلة الثامنة عشر منه قده اختيار البطلان في نظيرها او عينها و

حكاها هناك عن الشافعي واصحابه فراجعها . ح طباء

(١) يأتي في مسئلة ١٨ - تصريحه بالبطلان او لانهم تقوية جوازه ثانياً مستدلاً بانه

لا فرق بين اللفظين كما استدلل به هنا .

من ذلك ، و الاصل جوازه و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم يدل عليه وايضاً فالافرق بين أن يقول ربح الالفين وبيننا وبين أن يقول ربح الف (الالف خل) و ربح الف (الالف خل) لك لانهما غير متميزين ومن حمل ذلك على المتميزين كان قايساً ، و ذلك لا يجوز عندنا .

مسئلة ٨ - اذ ادفع اليه مالا قراضاً فقال (وخل) له اتجر به أو قال له : اصنع ما ترى او تصرف كيف شئت فانه يقتضى أن يشتري بثمان مثله نقداً بنقد البلد ، وبه قال الشافعى ، وخالفه ابو حنيفة فى الثلاثة وقال : له ان يشتري بثمان مثله وبأقل وبأكثر ونقداً و نسيه و بغير نقد البلد - دليلنا - ان ما ذكرناه مجمع على جوازه ، وما ذكره ليس على جوازه دليل ، و الاصل المنع منه لا نه تصرف فى ملك الغير .

مسئلة ٩ - اذا اشترى العامل فى القراض اياه بمال القراض فان كان فى المال ربح انعتق منه بقدر نصيبه من الربح ، واستسعى فى باقى ذلك لرب المال و ينسخ القراض اذا كان معسراً ، وان كان موسراً قوم عليه بقيته لرب المال ، وسواء كان الربح ظاهراً او يحتاج الى ان يقوم ليعلم ان فيه ربحاً ، والشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه انه ينعتق بمقدار نصيبه ، ويلزم شراء الباقى ان كان موسراً قال وان كان معسراً يبقى بقيته رقاً لرب المال ، و القول الثانى ان الشراء باطل - دليلنا - اجماع الفرقة المحقة واخبارهم

مسئلة ١٠ - اذا فسخرب المال القراض وكان فى المال نسيء (المال نسيئاً خل) فباعه العامل باذن رب المال نسيئة لزمه ان يجيبه سواء كان فيه ربح او لم يكن فيه ربح ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ان كان فيه ربح كما قلناه ، وان لم يكن فيه ربح لم يلزمه - دليلنا - ان على العامل رد المال كما أخذه و اذا أخذه ناضاً و جب عليه ان يرد مثله

مسئلة ١١ - اذا أعطاه الفأقراضاً على أن يكون الربح بينهما فحال الحول وهو الفان فعند أكثر أصحابنا لازكاة على واحد منهما لانه لازكاة على (فى خل) مال التجارة وفى أصحابنا من قال يجب فيه الزكاة ، وعلى قول الاذلين فيه الزكاة استحباباً فعلى القولين الفائدة لاتضم الى الاصل بل يراعى الحول منفرداً فى الفائدة كما يراعى فى الاصل فعلى هذا لازكاة فى الفائدة على واحد منهما ، و زكاة الاصل على رب المال ، و خالف جميع

الفقهاء في ذلك على ما مضى في كتاب الزكاة، و قالوا في مال التجارة: الزكاة والفائدة تضم الى الاصل، و على من تجب الزكاة، وللشافعي فيه قولان: أحدهما تجب زكاة الكل على رب المال اذا قال أن العامل لا يملك الربح بالظهور وانما يملكه بالمقاسمة، وبه قال أكثر أهل العراق، واختاره المزني وهما ضعف القولين، والقول الثاني ان على رب المال زكاة الاصل زكاة حصته من الربح، وعلى العامل زكاة ما يخصه من الربح - دليلنا - اجماع الفرقة ولان الاصل برائة الذمة، و ايجاب الزكاة في الذمة او المال يحتاج الى دليل.

مسئلة ١٢ - اذا قال: خذ هذا المال قراضاً على أن يكون الربح كله لي كان ذلك قراضاً فاسداً ولا يكون بضاعة، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: يكون هذا بضاعة - دليلنا - أن لفظ القراض يقتضى أن يكون الربح بينهما فاذا شرط الربح لنفسه كان فاسداً كما لو شرط الربح للعامل.

مسئلة ١٣ - اذا كان العامل نصرانياً فاشتري بمال القراض خمراً او خنزيراً او باع خمراً مثل ان كان عصيراً فاستحال خمراً فباعه كان جميع ذلك باطلاً، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: البيع والشراء صحيحان، وقال ابو يوسف ومحمد: الشراء صحيح، والبيع باطل والفصل بينهما أن الوكيل يملك ولا عندهم ثم ينتقل المال عند الوكيل، فاذا كان العامل نصرانياً صح أن يملك الخمر فصح الشراء وليس كذلك البيع فان (لان خ ل) الملك ينتقل عن الموكل الى المشتري ولا يملك الوكيل شيئاً في الوسط فلماذا لم يصح - دليلنا - أن هذه الاشياء محرمة بالاخلاق، وجواز التصرف في المحرمات يحتاج الى دلالة، وروى عن النبي ﷺ انه قال: ان الله تعالى حرم الكلب وحرم ثمنه وحرم الخمر وحرم ثمنها.

مسئلة ١٤ - اذا قال اثنان لواحد: خذ هذا المال قراضاً ولك النصف من الربح ثلثه من مال هذا، وثلثاه من مال الاخر، والنصف الباقي بيننا نصفين، قال الشافعي: القراض فاسد وقال ابو حنيفة وابو ثور: يصح ويكون على ما شرطاه لانهما قد جعلاه نصف جميع المال فكان الباقي بينهما على ما شرطاه، وقال أصحاب الشافعي: هذا غلط لان أحدهما اذا شرط الثلث والاخر الثلثين بقي نصف الربح لهما وهو تسعة مثلاً، وكان من سبيله أن يكون

لأحدهما منه ستة وللآخر ثلاثة، فإذا شرطاه نصفين أخذ أحدهما فضلاً عن شريكه بحق ماله سهماً ونصف سهم لأنه كان يستحق ثلاثة من تسعة و(فأخول) أخذ أربعة ونصف سهم من تسعة وهذا لا يجوز ، والذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يمنع من صحة هذا الشرط مانع والنبي ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم ولأن الأصل جوازه ، والمنع يحتاج إلى دليل .

مسئلة ١٥ - إذا دفع إليه الفأل للقراض فاشتري به عبداً للقراض فهل لك الالف قبل أن يدفعه في ثمنه اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب: فقال أبو حنيفة ومحمد (أبو يوسف خول) يكون المبيع لرء المال وعليه ان يدفع إليه الفأغير الأول ليقضى به دينه، ويكون الالف الأول، والثاني قراضاً وهما معاً رأس المال، وقال مالك: رب المال بالخيار بين أن يعطيه الفأغير الأول ليقضى به الدين ويكون الالف الثاني رأس المال دون الأول ولا يدفع إليه شيئاً فيكون المبيع للمعامل والتمن عليه ، ونقل البويطي عن الشافعي ان المبيع للمعامل والتمن عليه ولا شيء على رب المال ، وهو اختيار ابي العباس وهو الذي يقوى في نفسه ، وفي أصحابه من قال : بمثل قول أبي حنيفة الا انه قال: كلما دفع إليه الفأ وهلكت لزمه أن يدفع إليه الفأ آخر وأبو حنيفة قال : اذا هلكت الالف الثانية لم يلزمه شيء آخر - دليلنا - انه لا يخلوا أن يكون الالف تلف قبل الشراء وبعده فان كان التلف قبل الشراء وقع الشراء للمعامل لانه اشتراه بعد زوال القراض، وان كان التلف بعد الشراء فالبيع وقع لرب المال ، وعليه أن يدفع الثمن من ماله الذي سلمه إليه فاذا هلك المال تحول الملك الى المعامل وكان الثمن عليه لان رب المال انما فسح للمعامل في التصرف في الفأ ما أن يشتريه به بعينه او في الذمة ، وينقد منه ولم يدخل على أن يكون له في القراض أكثر منه .

مسئلة ١٢ - ليس للمعامل أن يبيع بالدين الاباذن رب المال ، وبه قال الشافعي ، و قال أبو حنيفة : له ذلك - دليلنا - ان الأصل انه لا يجوز له ذلك لانه تصرف في مال الغير فاجازته تحتاج الى دليل .

مسئلة ١٧ - لا يصح القراض اذا كان رأس المال جزافاً ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يصح القراض ويكون القول قول المعامل حين المفاصلة، وان كان مع كل واحد منهما بينة قدمت بينة رب المال - دليلنا - ان القراض عقد شرعي يحتاج الى دليل شرعي

وليس في الشرع ما يدل على صحة هذا القراض فوجب بطلانه .

مسئلة ١٨- اذا قال هذا القراض على ان لك نصف ربحها صحح بالاخلاق، وان قال على

ان لك ربح نصفها كان باطلا ، و به قال الشافعي وأصحابه ، وقال ابو نور : هو جاز

وحكى ذلك ابو العباس عن ابي حنيفة - دليلنا ان ما قلناه مجمع على جوازه ولادليل

على جوازه ما قالوه ، وان قلنا بقول ابي نور كان قويا لانه لا فرق بين اللفظين

كتاب المسابقات

مسئلة ١- المسابقات جازية ، و به قال فى الصحابة أبو بكر وعمر ، وفى التابعين سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر، وفى الفقهاء ومالك والشافعى و الاوزاعى وابو يوسف ومحمد واحمد واسحاق، وانفرد ابو حنيفة بان المسابقات لاتجوز قياساً على المخابرة - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ولان الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل ، وروى احمد بن حنبل عن يحيى بن سعيد عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر ان رسول الله ﷺ عامل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر او زرع، وروى محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر عن أبيه قال: ساقى رسول الله ﷺ خيبر على تلك الاموال وذلك بالشطر وسهامهم (سهما خ ل) معلومة قال: اذا شئنا اخر جناكم، وروى ميمون بن مهران عن مقسم (عن ميسم خ ل) ابن عباس قال افتتح رسول الله ﷺ خيبر فاشترط عليهم ان له الارض وكل صفراء وبيضاء ، فقال اهل خيبر : نحن اعلم بالارض منكم فاعطيناها ولكم نصف الثمرة ولنا النصف من ذلك، فزعم انه اعطاهم على ذلك فلما كان حين تصرم النخيل بعث اليهم عبد الله بن رواحة فحرض عليهم النخيل وهو الذى تسميه اهل المدينة الخرص فقال فى (ذه): كذا وكذا فقالوا اكثرت علينا يا بن رواحة قال فاننا (فانى خ ل) اتى جذاذ النخل واعطيكم نصف الذى قلت قالوا: هذا هو الحق وبه تقوم السماء والارض وقد (فقد خ ل) رضينا ان تأخذ به الذى قلت: وقال ابن الزبير: سمعت جابراً يقول خرصها ابن رواحة اربعين الفوسق، وزعم ان اليهود لما خيروهم ابن رواحة اخذوا الثمر وعليهم عشرون الفوسق فدلت هذه الاخبار على

جواز المسافات لانه قال في الاول، عامل أهل خمير بشرط ما يخرج من نمر ووزرع، وفي الثاني قال : ساقى بالشرط، وفي الثالث قال : طلبوا منه ان يعطيهم ليكون بينهم نصفين فاجابهم الى ذلك ، وروى نافع عن ابن عمر انه قال: دفع رسول الله ﷺ خمير إلى أهلها بالشرط فلهم نزل في ايديهم حياة رسول الله ﷺ وحياة ابي بكر وحياة عمر ثم بعث بي عمر اليهم لاقسم عليهم فسخروني فتكوعت (١) (فسخروني فتكوعت خ ل) يدي فانتزعتها من ايديهم فثبت في هذا سنة رسول الله ﷺ واجماع الصحابة فان ابا بكر اقرها في ايديهم وكذا عمر وانما انتزعتها (عت خ ل) من ايديهم بحضايه كانت منهم فان كانت مسئلة يدعى فيها الاجماع فهذه مسئلة ٢- يجوز المسافات في النخيل (النخل خ ل) و الكرم وبه قال كل من أجاز المسافات وخالف داود، وقال: لا يجوز الا في النخل خاصة لان الخبر به ورد - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم، ولان الامة بين قائلين قائل أجازها في الجميع ومانع منع (منعها خ ل) منها في الجميع ، فمن فرق بينهما فقد خالف الاجماع .

مسئلة ٣- يجوز المسافات في ماعدا النخل والكرم من الاشجار، والمشافعي فيه قولان قال في القديم: يجوز ذلك، وبه قال اكثر من اجاز المسافات مالك وابو يوسف وحماد، وزاد ابو يوسف فقال تجوز المسافات على البقل الذي يجر جزء بعد جزء، وكذلك تقول، وقال في الجديد لا يجوز المسافات على ماعدا النخل والكرم - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا الاصل جوازها والمنع يحتاج الى دليل ، وروى نافع عن ابن عمر قال: عامل رسول الله ﷺ أهل خمير بالشرط مما يخرج من النخل والشجر ، وهذا عام في ساير الاشجار .

مسئلة ٤- يجوز ان يعطى الارض غيره ببعض ما يخرج منها بأن يكون منه الارض والبذر، ومن المتقبل القيام بها بالزراعة والسقى ومراعاتها ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، واجاز الشافعي في الارض اليسير اذا كان بين ظهراني نخل (كثير خ ل) فيساقى على النخل ويخاير على الارض - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم، ولان الاصل جواز ذلك والمنع من جوازه يحتاج الى دليل ، وروى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : عامل رسول الله ﷺ أهل خمير بشرط ما يخرج من نمر ووزرع، وما روى من نهى النبي ﷺ

(١) تكوعت يده اصا بها الكوع اي الاعوجاج .

عن المخابرة بحمله على اجارة الارض ببعض ما يخرج منها وذلك لا يجوز .
مسئلة ٥- اذا كانت نخلا انواعاً (انواع خل) مختلفة معقلى وبرنى و سكر فساقى
من المعقلى على النصف، ومن البرنى على الثلث، ومن السكر على الربع كان جازياً، وبه
قول الشافعى ، وقال مالك: لا يصح حتى يكون الحصاص سواء فى الكل - دليلنا - عموم الاخبار
ولان الاصل جوازه و المنع يحتاج الى دليل ، و قوله صلى الله عليه وآله المؤمنون عند شروطهم
يدل عليه .

مسئلة ٦- اذا شرط فى حال العقد على العامل ما يجب على رب النخل او بعضه او
شرط على رب المال ما يجب على العامل عمله او بعضه لم يمنع ذلك من صحته اذا
بقى للعامل عمل ولو كان قليلاً ، و قال الشافعى : يبطل ذلك العقد - دليلنا
ان الاصل جوازه و المنع يحتاج الى دليل ، وقوله المؤمنون عند شروطهم و
هذا عام فى كل شرط .

مسئلة ٧- اذا ساقاه بعد ظهور الثمرة كان جازياً اذا كان قد بقى للعامل عمل وان
كان قليلاً ، وللشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثانى لا يجوز - دليلنا - أن
الاصل جوازه ولان الاخبار عامة فى جواز المسابقات ، ولم يفرقوا بين حال ظهور الثمرة
و عدم ظهورها و المنع ، يحتاج الى دليل .

مسئلة ٨- يجوز أن يشترط المساقى على رب المال ان يعمل معه غلام لرب المال ، و
للشافعى فيه قولان : أحدهما يجوز بلا اجر و الاخر لا يجوز - دليلنا - ما قدمناه فى المسئلة
الاولى سواء .

مسئلة ٩- اذا ثبت ان ذلك جازى فلا فرق بين أن يكون الغلام موسوماً بعمل هذا
الحايط او بعمل غيره من حوائط صاحبه ، وبه قال الشافعى على قوله الذى يجوز ذلك ،
وقال مالك : لا يجوز الا الغلام الذى هو موسوم بهذا الحايط فحسب - دليلنا - ما قدمناه
فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٠- اذا شرط على المساقى نفقة الغلام جازولاً يلزم أن تكون مقدرة
بل الكفاية على موجب العادة ، و به قال الشافعى ، و قال محمد: لا بد من أن

تكون مقدرة لانها كالأجرة - دليلنا - أن الاصل جوازه ولا دليل على وجوب تقديرها .

مسئلة ١١- اذا اختلف رب النخل والعامل فقال رب النخل: شرطت على ان لك ثلث الثمرة وقال العامل: على ان لى نصف الثمرة - كان القول قول رب النخل مع يمينه ، وقال المزني واصحاب الشافعي: يتحالفان. دليلنا ان الثمرة كلها لصاحب النخل لانها مائة اصله و انما يثبت للعامل بالشرط فاذا ادعى شرطاً فعليه البينة فاذا عدمها كان القول قول رب النخل مع يمينه .

مسئلة ١٢- اذا كان مع كل واحد منهما بينة بما يدعيه قدمنا بينة العامل ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما تسقطان والاخر تستعملان فاذا استعملها فقيه ثلاثة اقوال (١) : احدها يوقف و الاخر يقسم و الثالث يقرع وليس هيئنا غير القرعة فمن خرج اسمه قدمت بينته وهل يحلف معها على قولين - دليلنا - اننا قد بينا ان العامل هو المدعى واذا كان هو المدعى فبينته تقدم لان النبي ﷺ قال : البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه و رب المال مدعى عليه كان عليه اليمين .

مسئلة ١٣- اذا ظهرت الثمرة وبلغت الاوسق التي يجب فيها الزكاة كان الزكاة على رب المال والعامل معاً، فاذا بلغ نصيب كل واحد منهما خمسة اوسق وجبت فيه الزكاة و ان نقص نصيب كل واحد منهما عن ذلك لم يجب على واحد منهما الزكاة و ان بلغ نصيب احدهما النصاب ونقص نصيب الاخر وكان على من تمت حصته الزكاة ولا تلزم الاخر، و المشافعي فيه قولان : أحدهما ان الزكاة تجب على رب النخل دون العامل والاخر انها على كل واحد منهما ، فاذا قال على رب النخل وبلغ خمسة اوسق كان عليه الزكاة ، ومن اين يخرج له؟ فيه وجهان: أحدهما من ماله، والثاني من مالهما معاً، واذا قال تجب عليهما نظرت فان كان نصيب كل واحد منهما النصاب و جبت الزكاة ،

(١) قوله ففيه ثلاثة اقوال الخ اى فى مسئلة تعارض البينتين بقول مطلق لا فيما نحن فيه

وان لم يبلغ نصيب كل واحد نصابا بل بلغ الحقان نصاباً فهل فيه الزكاة على قولين في الخلطة ان قال لا خلطة في غير الماشية فلا زكاة ، واذا قال: تصح الخلطة في غير الماشية وجبت الزكاة دليلنا - انه اذا كانت الثمرة ملكا لهما فوجبت الزكاة على كل واحد منهما، فمن أوجب على أحدهما دون الآخر كان عليه الدليل ، و اما الخلطة فقد بينا فسادها في كتاب الزكاة وانالا نعتبرها لافي الماشية ولا في غيرها لان الاصل برائة الذمة ولا دليل على ان مال الخلطة تجب فيها الزكاة فيجب أن يبقى على الاصل .

كتاب الاجارة

مسئلة ١- كلما جازان يستباح بالعارية جازان يستباح بعقد الاجارة، و به قال عامة الفقهاء الاحكاية تحكى عن عبدالرحمان (عبدالله خل) الاصم فانه قال: لا يجوز الاجارة اصلا- دليلنا - الكتاب و السنة و الاجماع فالكتاب (اما الكتاب خل) قوله (فقول: دخل) تعالى «فان ار ضمن لكم فاتوهن اجورهن» فالاجارة على الرضاع تجوز بلا خلاف، ومن الناس من قال العقد يتناول اللبن والخدمة، والحضانة تابعة. ومنهم من قال يكون العقد متناولا للخدمة والحضانة واللبن تابع، وايضاً قوله تعالى: «يا ابت استأجره ان خير من استأجرت القوي الامين قال انى ار يدان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثمانى حجج» وقوله تعالى «لو شئت لاتخذت عليه اجراً» لما استضافوهم فأبوا، واما السنة روى ابو هريرة ان النبي ﷺ قال اعطوا الاجير اجرته قبل ان يجف عرقه، وروى ابو سعيد الخدرى وأبو هريرة ان النبي ﷺ قال: من استأجر أجيراً فليعلمه اجره، وروى ابن عمر ان النبي ﷺ قال ثلاثة انا خصمهم يوم القيمة: رجل باع حراً فاكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً واستوفى منه ولم يوفه اجره، ورجل أعطاني صفتة ثم غدر، وروت عايشة ان النبي ﷺ وابابكر استأجرا رجلا من قبيلة الدليل للمهداية الى المدينة، ومن الاجماع هو قول على عليه الصلاة والسلام وابن عباس وعبدالله بن عمر وعبدالرحمان بن عوف و رافع بن خديج، فاما على عليه السلام فأجر نفسه من يهودى يسقى له الماء كل دلو بتمرة وجمع المرات وحملها الى النبي ﷺ فأكله وعبدالله بن عباس وابن عمر، فروى عنهما انهما قالوا فى تاريخ

قوله تعالى «ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم» قال: معناه ان يحج و يؤاجر نفسه و (فاما نخل) عبدالرحمان بن عوف فانه استأجر أرضاً فلما حضرته الوفاة أمر ليعطى مابقى عليه من الورق والذعب فقال ابنه: كنت أراها أن تكون ملكاله لطول ما مكثت في يده، واما رافع بن خديج فانه قال: يجوز اجارة الارض بالورق و الذهب وأجمع المسلمون على ذلك وخلاف الاصم قد انقض.

مسئلة ٢- عقد الاجارة من العقود اللازمة متى حصل لم يكن لاحد ما فسخ الاجارة الا عند وجود عيب بالثمن، او فاس المستأجر فحينئذ يملك المورج الفسخ، او وجود عيب بالمستأجر مثل غرق الدار وانهدامها على وجه يمنع من استيفاء المنفعة فانه يملك المستأجر الفسخ فاما من غير ذلك فلا، وبه قال الشافعي ومالك والثوري و ابو ثور، و قال ابو حنيفة وأصحابه: ان الاجارة يجوز فسخها عند قالوا: اذا اكترى الرجل جملا ليحج به ثم بداله من الحج أو مرض فلم يخرج كان له أن يفسخ الاجارة، وكذلك اذا اكترى دكانا ليتجر فيه وبييع ويشترى فذهب ماله و افلس فانه يجوز له أن يفسخ الاجارة قال: وبمثل هذه الاعذار لا يكون للمكري الفسخ، فاذا كرى جماله من انسان ليحج بهانم بداله من ذلك لم يملك فسخ الاجارة، وكذلك اذا آجر داه او دكانه و اراد السفر ثم بداله من ذلك لم يملك فسخ الاجارة الا ان صاحبه يقولون للمكري فسخ الاجارة لعذر كالمكترى سواء ولا يبينون الموضوع الذي يكون له الفسخ - دليلنا - ان العقد قد ثبت، و من ادعى ان لهما او لا حدهما الفسخ فعليه الدلالة، و ايضا قوله تعالى « او فوا بالعقود » فامر بالوفاء بالعقود والاجارة عقد فوجب الوفاء به.

مسئلة ٣- من استأجر داراً او دابة او عبداً فان المستأجر يملك تلك المنفعة والمورج يملك الاجرة بنفس العقد حتى ان المستأجر أحق عندنا بملك المنفعة من مالكةا، وبه قال الشافعي، وذهب ابو حنيفة الى ان المورج يملك الاجرة بنفس العقد والمستأجر لا يملك المنفعة وانما تحدث في ملك المكري ثم يملك المكترى من المكري حين حدوثة في ملكه، فعنده المنفعة غير مملوكة، وانما المكري يملك حدونها و المكترى يملك من المكري بعد ذلك، و على مذهبنا المكترى يملك المنفعة بنفس العقد - دليلنا - اجماع

الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٤ - اذا اطلق عقد الاجارة ولم بشرطاً تعجيل الاجرة ولا تأجيله فانه يلزم الاجرة عاجلاً ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك : انما يلزم أن يسلم اليه الاجرة جزء فجزء ، فكلام استوفى جزء من المنفعة لزمه أن يوفيه ما فى مقابلته من الاجرة ، وقال ابو حنيفة وأصحابه : القياس ما قال مالك ولكن يشق ذلك فكلاماً (فهما خ ل) استوفى منفعة يوم فعلية تسليم ما فى مقابلته ، وقال الثورى : لا يلزمه تسليم شىء من الاجرة ما لم تنقض مدة الاجارة كلها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير ، وايضاً قوله تعالى «فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن» وانما ارد فان بذلن لكم الرضاع فاتوهن اجورهن بدليل انه قال فى آخرها «وان تعاسرتم فسترضع له اخرى» و التعاسران لا ترضى المرضعة باجرة مثلها فاخبر انها متى لم ترض باجرة (ذلك خل) المثل فانه يؤجر غيرهما ليرضعه .

مسئلة ٥ - اذا قال : آجرتك : هذه الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة ، و به قال ابو حنيفة وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وفى أصحابه من قال هذه اجارة باطله دليلنا - انه لا دليل على بطلان ذلك والاصل جوازه .

مسئلة ٦ - اذا استأجر داراً او عبداً سنة فتلف المقود عليه بعد القبض قبل استيفاء المنفعة فانه تنفسخ الاجارة ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى ، وقال ابو ثور : لا تنفسخ الاجارة ، والتلف من ضمان المكترى قال : لان هذه المنفعة صارت فى حكم المقبوض كالعين - دليلنا - ان المعقود عليه المنفعة فاذا تعذرت وجب ان ينفسخ الاجارة مسئلة ٧ - الموت يبطل الاجارة سواء كان موت المور او المستأجر ، وبه قال

أبو حنيفة واصحابه والليث بن سعد والثورى ، وقال الشافعى : الموت لا يفسخ الاجارة من ايهما كان ، وبه قال عثمان البتى ومالك واحمد واسحاق وابو ثور ، وفى اصحابنا من قال موت المستأجر يبطلها ، وموت المور لا يبطلها - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فان ما حكيناه عن بعضهم شاذ لا معمول عليه ، وايضاً فان المكترى دخل على (عليه خ ل) ان يستوفى المنفعة من ملك المكترى فكيف يستوفى من ملك غيره وقد زال

ملك المكري .

مسئلة ٨- اذا كرى دابة من بغداد الى حلوان فركبها الى همدان فانه يلزمه اجرة المسمى من بغداد الى حلوان، ومن حلوان الى همدان اجرة المثل وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة لا يلزمه اجرة التي تعدى فيها بناء على أصله أن المنافع لا تضمن بالغصب، وقال مالك: ان كان قد تجاوز بها شيئاً يسيراً فانه كما قلنا وان تعدى فيها شيئاً كثيراً فان المكري بالخيار ان شاء اخذ منه اجرة المثل لذلك التعدى أو يأخذ منه الدابة - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم، وايضاً فان الاحتياط يقتضى ذلك لان من أدى ما قلنا برئت ذمته بالاجماع ومتى لم يفعل لم يبرء ذمته بيقين لان فيه الخلاف .

مسئلة ٩ - ويضمن الدابة بتعديده فيها من حلوان الى همدان بلاخلاف اذا لم يكن صاحبها معها، فان ردها الى حلوان فانه لا يزول معه ضمانه عندنا، فان ردها الى بغداد الى يد صاحبها زال ضمانه، وعليه اجرة المثل فيما تعدى على ماضى ويكون عليه ضمانها من وقت التعدى الى حين التلف لامن يوم اكراها، و قال الشافعى: لا يزول ضمانه اذا ردها الى حلوان، و بد قال ابو حنيفة و ابو يوسف، قال ابو يوسف: وكان ابو حنيفة يقول: لا يزول الضمان بردها الى هذا المكان ثم رجع فقال: ينفك (بزوال خ) الضمان عنه، و قال زفر و محمد: انه يزول الضمان عنه كمالو تعدى فى الوديعه ثم ردها الى مكانها كما كانت - دليلنا - انه قد ثبت انه ضمنها بالتعدى بلاخلاف، ومن قال يزول ضمانه بردها الى موضع التعدى فعليه الدلالة، وعلى المسئلة اجماع الفرقة وأخبارهم تدل عليها

مسئلة ١٠ - يجوز الاجارة الى اى وقت شاء وبه قال أهل العراق، و للشافعى فيه قولان: أحدهما لا تجوز المدة فى الاجارة أكثر من سنة، والثانى مثلما قلناه، و له قول آخر انه يجوز ثلاث سنين وقال: يجوز المساقات سنتين - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً الاصل جواز ذلك، والمنع يحتاج الى دليل، وايضاً قوله تعالى «على ان تاجرني ثمانى حجج فان اتممت عشراً فمن عندك يدل (تدل ذلك خ ل) على جواز الاجارة اكثر من سنة

مسئلة ١١ - اذا ستأجر داراً او غيرها من الاشياء و أراد ان يوجرها باقل مما استأجرها او أكثر منه او مثله جاز ذلك اذا احدث فيها حدثاً كيف ما اراد، و سواء آجرها

من الموجر اذ من غيره كل ذلك جائز؛ وبه قال الشافعى الا انه لم يراع احداث الحدث وقال أبو حنيفة: ان أجرها من المكبرى بمثل الاجرة او اقل منها فانه يجوز ، وان أجرها باكثر منه فانه لا يجوز كما قال فى البيع ، وان أجرها من غير المكبرى كما قلناه - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم ، ولان عند احداث الحدث لا خلاف فى جوازه ، وقبل ذلك لم يقم مسئله ١٢ - الاجارة لا تخلو من أحد أمرين : اما ان تكون معينة او فى الذمة ، فان كانت معينة مثل ان قال استأجرت منك هذه الدار وهذا العبد سنة فانه لا يمتنع دخول خيار الشرط فيها وان كانت فى الذمة فكذلك ، وبه قال ابو حنيفة ، لان عنده يجوز ان يستأجر أرضاً او داراً بعد شهور (شهر خل) وقال الشافعى : ان كانت الاجارة معينة لا يجوز ان يدخلها خيار الشرط لان من شرط هذه الاجارة ان تكون المدة متصلة بالعقد فيقول آجرتك سنة من هذا اليوم فان شرط خيار الثلاث بطلت ، لان هذه المدة لا يمكن ان ينتفع بها المكبرى فلا يخلو ان تحتسب على المكبرى اوعلى المكبرى ، ولا يجوز ان تحتسب على المكبرى لانه انما آجر شهرأ فلو احتسبنا عليه هذه المدة لزدنا عليه ولا يجوز ان تحتسب على المكبرى لانه استأجر شهرأ فلا ينقص عن مدته فدل ذلك على انه لا يجوز ، واما خيار المجلس فهل يشبه أم لا؟ فيه وجهان : وعندنا أنه لا يمتنع ذلك اذا شرط وان لم يشرط فلا خيار للمجلس - دليلنا - قوله المؤمنون عند شروطهم ، وايضاً الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٣ - اذا قال : آجرتك هذه الدار شهرأ ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لا يجوز ، وكذلك اذا آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لا يجوز ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة : اذا اطلق الشهر جاز ويرجع الاطلاق الى الشهر الذى يلى العقد ويتعقبه ، و اذا آجره شهرأ مستقبلاً جاز ذلك - دليلنا - ان عقد الاجارة حكم شرعى ولا يشبه الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ما قاله دليل فوجب ان لا يكون صحيحاً .

مسئلة ١٤ - اذا آجره شهرأ من وقت العقد ولم يسلمها اليه حتى مضت ايام انفسخت الاجارة فى مقدار ماضى وتصح فى الذى بقى ، وقال الشافعى : تنسخ فيما مضى وفيما بقى على طريقتين ، ومن أصحابه من قال على قولين ، ومنهم من قال تصح قولاً واحداً مثل ما قلناه - دليلنا - ان انفساخها فيما مضى مجمع عليه ، وفيما بعد يحتاج الى دلالة وليس على

ذلك دلالة .

مسئلة ١٥ - اذا اكرتري دابة (بهيمة خ ل) ليركبها الى النهران مثلاً او يقطع بها مسافة معلومة فسلمها المكري اليه: امسكها مدة يمكنه المسير اليها (فيها خ ل) فلم يفعل استقرت عليه الاجرة و به قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة: لا تستقر عليه الاجرة (حتى يسيرها في بقاع تلك المسافة خ ل) - دليلنا - انه عقد على بهيمة وممكنه منها فاذا لم يستوف المنفعة فقد ضيع حقه والاجرة لازمة له لانها وجبت بالعقد كما لو سيرها في بقاع السفر ولم يركبها فانه يلزمه الاجرة بالاخلاف .

مسئلة ١٦ - اذا استأجر عرضة مدة من الزمان بنفقتها وكسوتها ولا يعين المقدار لم يصح العقد ، و به قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يصح دليلنا - انه اذا عين مقدار الاجرة صححت الاجارة بالاخلاف . وليس على قول من قال بصحته من غير تعيين الاجرة دليل .

مسئلة ١٧ - اذا استأجر امرأة لترضع ولد دفمان واحد من الثلاثة بطلت الاجارة وقال الشافعي : ان ماتت المرثمة بطلت الاجارة ، وان مات الاب لا تبطل ، وان مات الصبي ففيه قولان - دليلنا - عموم الاخبار التي وردت في ان الاجارة تبطل بالموت وهي تتناول هذا الموضوع .

مسئلة ١٨ - اذا آجرت نفسها للرضاع او لغيره باذن زوجها صححت الاجارة بالاخلاف ، وان آجرتها بغير اذنه لم تصح الاجارة ، وللشافعي فيه وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني يصح الاجارة غير انه يشبه له الخيار فله أن يفسخ الذي عقده - دليلنا انه لا دليل على صحة هذه الاجارة وايضاً فان المرأة معقودة على منافعها لزوجها بعقد النكاح فلا يجوز لها أن تعقد لغيرها فيدخل ذلك بحقوق زوجها

مسئلة ١٩ - اذا وجد الاب من يرضع ولده بدون أجره المثل او وجد من تطوع برضاعه وام الصبي لا ترضى الاب اجرة المثل كان له أن ينتزع الصبي منها ويسلمه الى غيرها ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني الام اولى - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ولان كونها اولى مع زيادة الاجرة يحتاج الى دليل ولا دليل .

مسئلة ٢٠ - اذ باع رقبة المستأجرة لم تبطل الاجارة سواء باعها من المستأجر او من غيره ثم ينظر، فان علم المشتري بالاجارة لم يكن له الخيار، وعليه أن يمسك حتى يمضى مدة الاجارة، وان لم يعلم كان له الرد بالعيب، والخيار اليه، وللشافعي فيه قولان : أحدهما أن البيع باطل، والثاني صحيح، ويقول مثل ما قلناه اذا كان على اجنبى، فاما اذ باعها من المستأجر فالبيع صحيح قولاً واحداً، وقال ابو حنيفة: يكون البيع موقفاً على رأى المستأجر فان رضى به بطلت اجارته وصح البيع، وان لم يرض به ورده بطل البيع وبقيت الاجارة - دليلنا - عموم الاخبار التى وردت فى أن البيع لا يبطل الاجارة، وهى مجمع عليها عند الطائفة المحقة ولان كون البيع مبطل للاجارة التى نبتت صحتها يحتاج الى دليل شرعى .

مسئلة ٢١ - اذا آجر الاب او الوصى الصبى او شيئاً من ماله مدة صحت الاجارة بلا خلاف، فان بلغ الصبى قبل انقضاء المدة كان له ما بقى ولم يكن للصبى فسخه، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه، والثانى له ذلك - دليلنا - ان العقد على عين الصبى او على ماله وقع صحيحاً بلا خلاف فمن ادعى ان له الفسخ بعد البلوغ (بلوغه خل) عليه الدلالة .

مسئلة ٢٢ - اذا استأجر رجلاً ليمسك له شيئاً بعينه أو يشتري له شيئاً موصوفاً فان ذلك يجوز عندنا، وقال الشافعي مثل ما قلناه وقال ابو حنيفة: لا يجوز - دليلنا - ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل وليس فى الشرع ما يبدل على المنع منه فوجب جوازه .

مسئلة ٢٣ - يجوز اجارة الدفاتر سواء كان مصحفاً وغيره مالم يكن به كفر، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لا يجوز اجارة شيء من ذلك - دليلنا - ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ٢٤ - لا يجوز اجارة حايط مزوق (١) او محكم المنظر اليه والتفرج به و

(١) زوق وزاوق الزيق والمزوق المنتقش والمزين والاصل فيه انه يجعل الزاوق

التعلم منه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يجوز ذلك اذا كان فيه غرض من الفرجة او التعلم منه - دليلنا - ان ذلك عبث و التعلم منه قبيح و اذا لم يجز التعلم منه فاجارته قبيحة .

الكلام فى تضمين الاجراء

مسئلة ٢٥ - اذا انفرد الاجير بالعمل فى غير ملك المستأجر فتلغ الشيء الذى استوجر فيه بتقصير منه او بشئ من افعاله او بنقصان من صنعة فانه يلزمه و يكون ضامناً سواء كان الاجير مشتركاً او منفرداً ، وقال ابو حنيفة فى الاجير المشترك: مثل ما قلناه ، و ذلك مثل أن يدق القصار الثوب فينخرق او يقضه فيتمزق (فيتفرد خ ل) فيكون عليه الضمان ، وبه قال احمد و اسحاق ، وقال ابو يوسف و محمد : ان تلغ بامر ظاهر لا يمكن دفعه كالحرقيق المنتشر و اللهب (الملهب خ ل) الغالبة فانه لا يضمنه و ان تلغ بامر يمكن دفعه ضمنه و (فاخ ل) ما الاجير المنفرد فلا ضمان عليه عندهم و للشافعي فيه قولان: أحدهما أنه اذا انفرد بالعمل فى غير ملك المستأجر فانه يكون ضامناً متى تلغ بأى شئ تلغ بالسرقة او بالحرقيق (ق خ ل) او شئ من فعله او غير فعله و هو قون مالك و ابن ابى ليلى و الشعبي ، و الاخر انه لا ضمان عليه سواء كان منفرداً او مشتركاً و [او خ ل] قبضه قبض امانة و هو قول عطا و طاوس و قال الربيع: كان الشافعي يعتقد انه لا ضمان على الصناع دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم و ايضاً فان الاصل براءة الذمة و ما ذكرناه مجمع عليه . و ما روى عن على عليه السلام من انه كان يضمن الاجير محمول على انه اذا كان بفعله .

مسئلة ٢٦ - الختان و البيطار و الحجام يضمنون ما يجنون بافعالهم و لم اجد أحداً من الفقهاء ضمنهم بل حكى المزنى ان احداً لا يضمنهم - دليلنا - اجماع الفرقة المحقة.

يجمع الذهب فيطلع به فيدخل فى النار فيطير الزاوق و يبقى الذهب ثم قيل لكل منقش و مزين: مزوق.

مسئلة ٢٧ - اذا حبس حرراً او عبداً مسلماً فسرقت ثيابه لزمه ضمانها وقال الشافعى : ان حبس حرراً فلا ضمان على حابسه اذا سرقت ثيابه ، وان كان عبداً لزمه ضمانها دليلنا - ان الحبس بالمكان (كان خل) سبب السرقة بدلالة انه لو لم يحبس (بحبسه خل) لم تسرق فوجب عليه الضمان .

مسئلة ٢٨ - الراعى اذا أطلق له الرعى حيث شاء فلا ضمان على ماتلفه (يتلف خل) من الغنم الا اذا كان هو السبب فيه وللشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والاخر عليه الضمان مثل القول فى الصناعات سواها - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن شغلها فعليه الدلالة .

مسئلة ٢٩ - اذا اكرت دابة فركبها او حمل عليها فضر بها او كبحها بالجماع على ماجرت به العادة فى التسيير فتلفت فلا ضمان عليه ؛ وان كان ذلك خارجاً عن العادة لزمه الضمان وهو قول الشافعى وابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة : عليه الضمان فى الحالين دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فعلى من شغلها بشىء الدلالة .

مسئلة ٣٠ - اذا سلم مملوكاً الى معلم فمات حتف أنفه او وقع عليه شىء من السقف فمات من غير تعد من المعلم فلا ضمان عليه ، وللشافعى فيه قولان لمثل ما قال فى الودعة - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليه الدلالة .

مسئلة ٣١ - اذا عزز الامام رجلاً فادى الى تلفه لم يجب عليه الضمان وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى يجب فيه الضمان ، وابن يجب ؛ فيه قولان : أحدهما فى بيت المال والاخر على عاقلته ، واذا قال على عاقلته فالكفارة فى ماله واذا قال فى بيت المال فالكفارة على قولين : أحدهما فى بيت المال ايضاً والثانى فى ماله - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فلا يعلق عليها شىء الا بدليل . وايضافته فعل من التعزير ما امر الله به فلا يلزمه الضمان كما ان الحدود اذا أقامها فتلف المحدث ولم يلزم الضمان بلا خلاف .

مسئلة ٣٢ - اذا سلم الثوب الى غسال ، وقال له ، اغسله ولم يشرط الاجرة ولا عرض له به فغسله لزمته الاجرة . وان لم يأمره بغسله فغسله لم تكن له اجرة ، وبه

قال المزني ، والذي نص الشافعي عليه انه اذا لم يشرط ولم يعرض لاجرة له ، وفي اصحابه من قال ان كان الرجل معروفاً باخذ الاجرة على الغسل وجبت له الاجرة ، وان لم يكن معروفاً بأخذ الاجرة على الغسل لم تجب له الاجرة ومنهم من قال ان كان صاحب الثوب هو الذي سأل ان يغسله لزمته الاجرة وان كان الغسال هو الذي طلب منه الثوب ليغسله فلا أجر له ومنهجه ما نص عليه الشافعي (وخل) انه اجرة له - دليلنا - طريقة الاحتياط لانه اذا أعطاه الاجرة برئت ذمته بالاخلاف ، واذا لم يعطه لم تبرء ذمته بذلك .

مسئلة ٣٣ - اجارة المشاع جايزة ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا تجوز دليلنا - ان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٣٤ - اذا سلم الى الخياط ثوباً فقطعه الخياط قباء ثم اختلفا فقال رب الثوب امرت ان تقطعه قميصاً فخالفت وقال الخياط : بل قلت اقطع قباء وقد فعلت ما امرت فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه ، وبه قال ابو حنيفة وهو الذي اختاره الشافعي على ما حكاه ابو اسحاق والقاضي ابو حامد ونقله المزني في جامعته عن الشافعي حكاية قوليهما يعني ابا حنيفة وابن ابي ليلى : وقال : و كلاهما مدخول ، وقال ابو علي في الافصاح : ان الشافعي ذكر في موضع من كتبه انهما يتحالفان واختلف اصحابه في ترتيبهما فمنهم من قال المسئلة على قولين : أحدهما القول قول الخياط والاخر القول قول رب الثوب (المال خل) والثاني انهما يتحالفان ، ومنهم من قال يتحالفان قولاً واحداً - دليلنا - ان المالك رب الثوب و الخياط مدعى للاذن في قطع القباء فعليه البينة فاذا فقدتها فعلى المالك اليمين : ولانهما لو اختلفا في اصل القطع لكان القول قول رب الثوب فكذلك في صفة القطع وكنا قلنا فيما تقدم في هذه المسئلة ان القول قول الخياط لانه غارم وان رب الثوب يدعى عليه قطعاً لم يأمره به فيلزمه بذلك ضمان الثوب فكان عليه البينة ، فاذا فقدتها وجب على الخياط اليمين وهذا ايضاً قوى .

مسئلة ٣٥ - اذا كثرى منه بهيمة ليقطع بهامسافة فأمسكها قدر قطع المسافة ولم يسيرها فيها استقرت عليه الاجرة وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : لا تستقر عليه حتى يسيرها في بقاع تلك المسافة - دليلنا - مادللنا عليه من ان مال الاجارة يلزم

بنفس العقد و التمكين من التسيير قد حصل فوجب عليه الأجرة فمن استقطها فعليه
الدلالة .

مسئلة ٣٦- اذا استأجر داراً على أن يتخذها مسجداً يصلى فيه صحت الأجرة وبه قال

الشافعي وقال ابو حنيفة : لا تصح - دليلنا - ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ٣٧- اذا استأجر داراً ليتخذها ما خورا (حانوقا خل) يبيع فيها (فيه خل)

الخمرا وليتخذها كنيسة او بيت نار فان ذلك لا يجوز والعقد باطل وقال ابو حنيفة العقد
صحيح ويعمل فيه غير ذلك من الاعمال المباحة دون ما استأجره له ، وبه قال الشافعي
دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فهذه الاشياء محظورة بلا خلاف ، فلا يجوز
الاستيجار لها .

مسئلة ٣٨- اذا استأجر رجلاً لينقل له خمراً من موضع الى موضع ام تصح الأجرة

وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة تصح كما لو استأجره لينقل الخمر الى الصحراء ليربقه
دليلنا - (مثل خل) ، قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٩- اذا استأجر دليخيط له ثوباً بعينه وقال ان خطت اليوم فلك درهم وان خطته

غداً فلك نصف درهم صح العقد فيهما فان خاطه في اليوم الاول كان له الدرهم ، وان
خاطه في الغد كان له نصف درهم . وقال ابو حنيفة : ان خاطه في اليوم الاول بمثل ما قلنا
وان خاطه في الغد له أجره المثل وهو ما بين النصف المسمى الى الدرهم فلا يبلغ درهماً
ولا ينقص عن نصف درهم ، وقال الشافعي : هذا عقد باطل في اليوم والغد - دليلنا - ان
الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المؤمنون عند شروطهم وفي
أخبارهم ما يجري مثل هذه المسئلة بعينها منصوصة وهي (هو خل) ان يستأجر منه دابة
على أن يوافي به يوماً معيناً على اجرة معينة فان لم يوافي به ذلك اليوم كان اجرتها أقل من
ذلك ؛ وان هذا جائز وهذه (ايضاً خل) ، مثلها (بعينها خل) سواء .

مسئلة ٤٠- اذا استأجره لخيطة ثوب وقال ان خطته روميأ وهو الذي يكون بدرزين

فلك درهم وان خطته فارسياً وهو الذي يكون بدرز واحد فلك نصف درهم صح العقد
وبه قال ابو حنيفة ؛ وقال الشافعي لا يصح - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤١- يجوز اجارة الدراهم والدنانير، وللشافعى فيه وجهان(قولان نخل) أحدهما مثل قلنا، والاخر انه لايجوز- دليلنا- ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ولانه ينتفع بهامع بقاء عينها مثل ان (ينثر هاص فل) يودعها ويسترجعها او يضعها (بفضها ص فل) بين يديه ليجمع (فيجمع نخل) بها وغير ذلك .

مسئلة ٤٢ اذا استأجر دراهم او دنانير وعين جهة (وجه نخل) الانتفاع بها كان على ما شرط وصحت الاجارة وان لم يعين بطلت الاجارة وان كانت (نخل) قرضاً ، وبه قال ابو حنيفة و قال الشافعى ان لم يعين جهة الانتفاع لم يصح العقد ولا يكون قرضاً دليلنا - ان العادة فى دراهم الغير ودنانيره ان لا ينتفع بها الا على وجه القرض ، فاذا اطلق له الانتفاع رجعت الاطلاق الى ما يقتضيه العرف .

مسئلة ٤٣ يصح اجارة كلب الصيد (١) للصيد وحفظ الماشية والزرع ، وللشافعى فيه وجهان احدهما مثل ما قلناه ، والاخر انه لايجوز ذلك - دليلنا - ان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ، ولان يبيع هذه الكلاب يجوز عندنا وما يبيع ببيع اجارته بلا خلاف ،

مسئلة ٤٤ اذا استأجره لينقل له ميتته على أن يكون له جلد هالم يصح بلا خلاف و ان استأجره ليسلخ له مذكى على ان يكون له جلد ه كان جائزاً عندنا ؛ وقال الشافعى لايجوز ذلك لانه مجهول - دليلنا - ان الاصل جوازه ، والمنع يحتاج الى دليل ، و ايضاً فانه ليس بمجهول لانه مشاهد .

مسئلة ٤٥- اذا استأجره ليطحن له دقيقاً على أن يكون له صاع منه صح ، و قال الشافعى : لا يصح لانه مجهول لانه لا يدري هل يكون ناعماً او خشنا - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

(١) فى المبسوط اجارة الكلب للصيد وحراسة الماشية والزرع صحيحة . حطباطبائى

(١) قدم فى مسئلة ٣٠٣ من كتاب البيوع جواز اجارة كلب الصيد واعادة المسئلة لعله

بمنظور دفع التوهم اذ يمكن ان يتوهم ان جواز اجارته مختص بالصيد فأراد دفعه بالتصريح

بتعميمه الصيد وحفظ الماشية والزرع لو كان صالحاً لها

مسئلة ٤٦- اذا استأجر رجلان جملاً للعقبة صحت الاجارة سواء كان في الذمة او معيناً ، وبه قال الشافعى ، وقال المزنى : ان كان معيناً لم يجزلانه اذا سلم الى احدهما تأخر التسليم الى الاخر فيكون ذلك عقداً قد شرط فيه تأخير التسليم ، وقد تناول عينا فام بجز دليلنا- هو أن الاصل جوازه ، والمنع يحتاج الى دليل ، وليس فيه تأخر التسليم لانه يسلم الجمل اليهما معاً يتناوبان بعد التسليم على ما يتفقان عليه .

كتاب المزارعة

مسئلة ١- المزارعة بالثلث والرابع والنصف أو أقل أو أكثر بعد أن يكون بينهما مشاعاً جائزة ، وبه قال في الصحابة على عليه الصلاة والسلام ، و عبد الله بن مسعود و عمار بن ياسر و سعد بن أبي وقاص و خباب بن الارت ، وفي الفقهاء ابن أبي ليلى و أبو يوسف و محمد و احمد و اسحاق وقال قوم : انها لا تجوز ذهب اليه ابن عباس و عبد الله بن عمرو و بوهريرة ، و به قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أبو ثور - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم فانهم لا يختلفون في ذلك ، وايضاً الاصل جوازه ، والمنع يحتاج الى دلالة ، وايضاً روى ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من ثمر اوزرع ، و روى مقسم عن ابن عباس ان النبي ﷺ دفع خيبر أرضها و نخلها الى اهلها مقاسمة على النصف ، و روى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت انه قال : يغفر (يرحم) الله لرافع بن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه انما اتاه رجالان من الانصار اقتتلا فقال رسول الله ﷺ : ان كان هذا شأنكم فلا تكرروا المزارع ، وهذا يدل على أن النهي ليس بنهي تحريم لانه قال على وجه المشورة و طلب الصلاح .

مسئلة ٢- يجوز اجارة الارضين للزراعة و به قال جميع الفقهاء ، و حكى عن الحسن و طاوس أنهما قالا : لا يجوز ذلك ، و حكى ابو بكر بن المنذر عنهما أنهما جوزا المزارعة - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان هذا الخلاف قد انقرض ، ولان الاصل جوازه ، والمنع يحتاج الى دليل ، و روى سعد بن ابى وقاص قال : كنا نكرى الارض

بما على السواقي فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وأمرنا أن نكريها بذهب اوفضة .
مسئلة ٣- يجوز اجارة الارض بكل ما يصح أن يكون ثمناً من ذهب اوفضة
او طعام ، وبه قال الشافعي وغيره ، وقال مالك : لا يجوز اكرائها بالطعام ، وبكل ما يخرج
منها - دليلنا - اجماع الفرقة لا (فاخل) : هم لا يختلفون فيه الا أن يشرط الطعام منها فان
ذلك لا يجوز ، فاما الطعام في الذمة فانه يجوز على كل حال .

مسئلة ٤- اذا اكره أرضا ليزرع فيها طعاماً صح العقد ، ولا يجوز له أن يزرع
غيره ، وبه قال داود ، وقال ابو حنيفة ، والشافعي وعامة الفقهاء : انه اذا عين الطعام بطل
الشرط والعقد ، وللشافعي في بطلان الشرط قول واحد ، وفي بطلان العقد وجهان
دليلنا - قوله تعالى « او فوا بالعقود » والايفاء بالعقدان يزرع ما سمي ، وماتنا وله العقد ،
وقوله رَبِّهِمْ المؤمنون عند شرطهم يدل عليه ايضاً .

مسئلة ٥- اذا اكرى ارضاً للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها صح العقد وله ان يزرع
ما شاء ، وان كان ابلغ ضرراً ، وعليه أكثر أصحاب الشافعي ، وقال ابو العباس لا يجوز ذلك
لان انواع الزرع تختلف وتباين فلا بد من التعيين - دليلنا - ان الاصل جوازه ، والمنع
يحتاج الى دليل ؛ ولان الزراعة و ان اختلفت فاختلفت فيها متقارب فجرى (يجرى خل)
مجرى النوع الواحد .

مسئلة ٦- اذا اكرى ارضاً للغراس وأطلق جاز ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ،
وقال ابو العباس : لا يجوز ذلك لانه يختلف - دليلنا - ما قلناه (قدمناه خل) في المسئلة الاولى
سواء .

مسئلة ٧- اذا اكره أرضاً على أن يزرع فيها ويغرس ولم يعين مقدار كل واحد
منهما لم يجز ، وبه قال المزني وأكثر أصحاب الشافعي ، وقال ابو الطيب بن سلمة : يجوز
ويزرع نصفه ويغرس نصفه ، وقال الشافعي : نصاً انه يجوز ، وقال أصحابه : انما أراد
بذلك التخيير بين أن يزرع كلها أو يغرس كلها ، فاما من النوعين بلا تعيين فلا يجوز
دليلنا - ان ذلك مجهول ، وضررها ما يختلف ، فاذا لم يعين بطل العقد .

مسئلة ٨- اذا اكره ارضاً سنة للغراس فغرس في مدة السنة ثم خرجت السنة

لم يكن للمكبرى المطالبة بقلع الغراس الا بشرط أن يغرم قيمته فإذا غرم قيمته أجبر على أخذه وصار الارض بما فيها له، وبين أن يجبره على القلع ويلزمه ما بين قيمتها ثابتة ومقلوعة وبه قال الشافعي وأصحابه ، وقال أبو حنيفة والمزني : له ان يجبره على القلع من غير أن يغرم له شيئاً - دليلنا - قوله عَلَيْهِ تَالَهُ ليس لعرق ظالم حتى فدل على ان العرق اذا كان غير (غير خـل) ظالم له حق ، وروى عايشة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال : من غرس في ربيع قوم باذنهم فله القيمة ، ومثل هذا رواه أصحابنا ، وعليه اجماعهم .

مسئلة ٩- اذا استأجر داراً وارضاً اجارة صحيحة او فاسدة مدة معلومة ومضت المدة استقرت الاجرة على المستأجر انتفع او لم ينتفع ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ان كانت الاجارة صحيحة مثل ما قلنا ، وان كانت فاسدة لم تستقر الاجرة عليه حتى ينتفع المستأجر ، فاما اذا مضت المدة لم ينتفع به فان الاجرة لا تستقر عليه - دليلنا - ان هذه المنافع تلفت في يده فلزمه (فيلزمه خـل) ضمانها وان لم ينتفع بها كمالوا تنتفع بها .

مسئلة ١٠- اذا اختلف المكترى والمكبرى في قدر المنفعة او قدر الاجرة قال

الشافعي : يتحالفان مثل المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو المثل فان كان لم يمض من المدة شيء رجع كل واحد منهما الى حقه ، وان كان بعد مضى المدة في يد المكترى لزمه اجرة المثل ، ويجب ، على مذهب ابي حنيفة انه اذا كان ذلك قبل مضى المدة يتحالفان وان كان بعد مضى المدة في يد المكترى لم يتحالفا ، وكان القول قول المكترى كما قال في البيع : ان القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة ، والذي يليق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به ، لاجماع الفرقة على أن كل مشتبه يرد الى القرعة .

مسئلة ١١- (١) اذا زرع أرض غيره ثم اختلفا فقال الزارع : اعرتنيها وقال رب الارض :

بل اكر يتكها وليس مع واحد منهما بينة حكم بالقرعة ، وللشافعي فيه قولان : احدها (وعليه أكثر أصحابه خـل) ان القول قول الزارع وكذلك في الراكب اذا ادعى ان صاحب الدابة اعاره اياها وهو الذي يقوى في نفسى ، والقول الثاني ان القول قول رب الارض

ورب الدابة ، وحكى أبو على الطبرى أن فى اصحابه من حمل المسئلتين على ظاهرهما وفرق بينهما بان العادة جرت باعادة الدواب ، وفى الارض بالاجارة دون العارية - دليلنا على ماقلناه اولاجماع الفرقة على أن كل مجهول مشتبه فيه القرعة ، وهذا مثل ذلك، واما على ماقلناه ثانياً هو أن الاصل براءة الذمة ، وصاحب الدابة والارض يدعى الاجرة فعليه البيئنة ، فاذا عدما كان على الراكب ، والزراع اليمين تم كتاب المزارعة بتمامه .

كتاب احياء الموات

مسئلة ١ - الارضون الغامرة في بلاد الاسلام التي لا يعرف لها صاحب معين للامام خاصة ، وقال أبو حنيفة : انها تملك بالاحياء اذا اذن الامام في ذلك ، وقال الشافعي : لا تملك - دليلنا - اجماع الفرقة على أن تكون ارض الموات للامام خاصة و(فاخل) نها من جملة الانفال ، ولم يفصلوا بين ما يكون في دار الاسلام وبين ما يكون في دار الحرب .

مسئلة ٢ - الارضون الغامرة في بلد الشرك التي لم يجر عليها ملك احد للامام خاصة ، وقال الشافعي : كل من أحيها من مشرك ومسلم فانه يملك بذلك - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣ - الارضون الموات للامام خاصة لا يملكها أحد بالاحياء الا ان يأذن له الامام ، وقال الشافعي : من أحيها ملكها أذن له الامام أو لم يأذن ، وقال ابو حنيفة : لا يملك الا باذن وهو قول مالك وهذا مثل ما قلناه الا انه لا يحفظ عنهم انهم قالوا : هي للامام خاصة ، بل الظاهر أنهم يقولون : لا مالك لها - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وهي كثيرة ، وروى عن النبي ﷺ انه قال : ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ، وانما تطيب نفسه اذا أذن فيه .

مسئلة ٤ - اذا اذن الامام للذمي في احياء ارض الموات في بلاد الاسلام فانه يملك بالاذن ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يجوز للامام أن يأذن له فيه ، فان أذن له (فيه خل) فأحيها لم يملك - دليلنا - قوله ﷺ من أحيها رضاً ميتة فهي له ، وقوله من أحاط

حائطاً على الارض فهي له وهذا عام في الجميع .

مسئلة ٥ - اذا احيى أرضاً مواتاً بقرب العامر الذي هو لغيره باذن الامام ملك بالاحياء ، وبه قال الشافعى ، غير انه لم يعتبر اذن الامام ، وقال مالك : لا يملكه لان في ذلك ضرر : على هذه العامر - دليلنا - قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ من احيى أرضاً ميتة فهي له ، وكذلك الاختبار الاخر تدل على ما قلناه لعمروها ، وروى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اقطع الدور بالمدينة فقال : حتى من بنى عذرة يقال لهم بنو عبد بن زهرة نكب (زكب خل) عنا ابن ام عبد فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فلم يبعثنى (ابتعثنى خل) الله اذن والله لا يقدر امة لا يؤخذ للضعيف فيهم (منهم خل) حقه .

مسئلة ٦ - للامام المعصوم الذى نذهب الى امامته أن يحمى الكلاء لنفسه و لعامة المسلمين : وقال الشافعى : ان اراد لنفسه لم يكن له ذلك ، وان حمى لعامة المسلمين فيه قولان : أحدهما ليس له ذلك ، والثانى أن له ذلك وهو الصحيح عند أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة - دليلنا - انه قامت الدلالة على عصمته فاذا ثبت ذلك فكل ما يفعله المعصوم يكون صواباً وحجة ، ولاننا قد بينا أن الموات ملك للامام واذا ثبت انها ملك له فله أن يحميها لان كل من له ملك له أن يحمى ما فيه بالاخلاف . وروى ايضاً أنه قال عَلَيْهِ السَّلَامُ لا حرمي الا لله ولرسوله ولائمة المسلمين .

مسئلة ٧ - للامام أن يحمى للخيل المعدة في سبيل الله ونعم الجزية ونعم الصدقة والضوال ، وبه قال الشافعى اذا قال له أن يحمى وقال مالك : لا يحمى الا للخيل التى للمجاهدين دليلنا - انا قد بينا أن الموات ملك له واذا كان ملكه فله أن يحمى لما يشاء ، ولان ما ذكرناه مصلحة عامة للمسلمين فيجب أن يجوز لها (له خل) الحمى .

مسئلة ٨ - ما حماه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فانه لا يجوز حمله ولا نفضه لاحد بعده ، وقال الشافعى : ينظر فان كان السبب الذى حماه له باقياً لم يجز نقضه ، وان كان السبب قد زال فيه وجهان : أحدهما يجوز لان المعنى الذى له حدى قد زال ، والثانى وهو الصحيح عندهم انه لا يجوز - دليلنا - هو أنه قد ثبت ان فعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حجة فى الشرع يجب الاقتداء به فيها فلا يجوز خلافه مثل قوله ، ومقطوع ايضاً انه لمصلحة المسلمين وما قطع بانها لمصلحة المسلمين لا يجوز نقضه .

مسئلة ٩ - ما حماء الامام يجرى عندنا مجرى ما حماء النبي ﷺ فان غيره هو او غيره من الائمة القاهمين مقامه او غيره غير الامام باذنه جاز ذلك فاعاغيرهم فلايجوز له ذلك بحال وقال الشافعى: ينظر فان غير ذلك هو او غيره من الائمة او احياء رجل من الرعية باذن الامام صح ذلك وملكه بالاحياء ، فاما اذا احياء رجل من الرعية بغير اذنه فهل يملك فيه قولان وقيل وجهان: أحدهما لا يملك والثانى يملك - دليلنا انه قد ثبت ان فعله حجة ومقطوع على صحته وما كان كذلك فلايجوز خلافه.

مقدار حریم البئر والعيين

مسئلة ١٠ - حریم البئر اربعون ذراعاً وحریم العين خمس مائة ذراع وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى: على قدر الحاجة اليه ولم يحدده بل قال على ما جرت به العادة - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير، وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال: حریم البئر اربعون ذراعاً ومن قال ان ذلك ليس على جهة التحديد فعليه الدلالة لان ظاهره التحديد.

مسئلة ١١ - اذا سبق نفسان الى المعادن الظاهرة اقرع بينهما الامام فمن خرج اسمه قدمه لياخذ حاجته، وللشافعى فيه ثلاثة أقوال: أحدها مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم، والثانى انه مخير يقدم من شاء منهما، والثالث يقيم غيرهما فى أخذ ما فيه ويقسمه بينهما - دليلنا - اجماع الفرقة على ان كل امر مجهول فيه القرعة وهذا من المشتبه فوجب الرجوع فيه اليها.

مسئلة ١٢ - لايجوز للامام ان يقطع احداً شيئاً من الشوارع والطرق ولارحاب (والارحاب خل) الجوامع وقال الشافعى: للسلطان ان يقطع ذلك - دليلنا - ان هذه المواضع لا يملكها أحد بعينه بل الناس فيهما مشتركون واذا لم يملكها احد فمن أثبت للسلطان اقطاعها فعليه الدلالة .

مسئلة ١٣ - اذا ملك البئر بالاحياء وخرج ماؤها فهو احق بماءها من غيره بقدر حاجته وحاجة ماشيته وما يفضل عن ذلك يجب (وجب خل) عليه بذله لغيره لحاجته

اليه المشرب له ولما شئته ولا يجب عليه بذله لسقى زرعه بل يستحب له ذلك وبه قال الشافعي ، وقال ابو عبيد بن خربوز : يستحب له ذلك لسقى غيره وسقى مواشيه وسقى زرعه ولا يجب على حال ، وفي الناس من قال : يجب عليه بذله بلاعوض لشرب الماشية وسقى الزرع ومنهم (فيهم خ ل) من قال يجب عليه بالاعوض فاما (وخ ل) بلاعوض فلا دليلنا مارواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته يوم القيامة وفيه ادلة : احدها انه توعد على المنع فدل على وجوب البذل ، والثاني انه يجب عليه البذل بلاعوض ، والثالث دل على ان الفاضل هو الذي يجب بذله دون ما يحتاج اليه لنفسه وما شئته وزرعه ، والرابع انه دل على انه انما يجب ذلك للماشية دون غيرها ، وروى عن ابن عباس ان النبي (عن النبي انه خ ل) ﷺ قال : الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلاء ، وروى جابر بن عبد الله ان النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء ولا يمكن حمل ذلك الاعلى هذا الموضع .

كتاب الوقوف والصدقات

مسئلة ١ - اذا تلفظ بالوقف فقال : وقفت او حبست او تصدقت او سبلت وقبض

الموقوف عليه او من يتولى عنهم لزم الوقف ، وبه قال جميع الفقهاء الشافعى وغيره وهو قول أبى يوسف ومحمد ، غير انه لم يعتبر منهم أحد القبض غيرنا وغير محمد ، و روى عيسى بن ابان ان أبابؤسف لما قدم بغداد كان على قول ابى حنيفة فى بيع الوقف فحدثه اسماعيل بن ابراهيم بن عليه عن ابن عوف عن نافع عن ابن عمر فقال : هذا لا يبيع احداً خلافه ولو تناهى الى ابى حنيفة لقال به ، ومنع حينئذ من بيعه ، وقال ابو حنيفة : ان حكم الحاكم بالوقف لزم ، وان لم يحكم لم يلزم وكان الواقف بالخيار ، ان شاء باعه ، وان شاء وهبه ، وان مات ورثه وان اوصى بالوقف لزم فى الثلث فناقض ، لانه جعل الوقف لازماً فى ثلثه اذا اوصى به ولم يجعله لازماً فى حال مرضه المخوف اذا انجزه ولم يؤخره ولا لازماً فى جميع ماله فى حال صحته - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم لا يختلفون فيه ، واجماعهم حجة و روى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب ملك مائة سهم من خيبر اشتراها فلما استجمعها قال يا رسول الله انى اصبحت مالاً لم اصب قط مثله ، وقد اردت ان أتقرب به الى الله فقال النبى ﷺ حبس الاصل وسبل الثمرة ، ويدل على ذلك اجماع الصحابة لان علياً (ع) و ابابكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير وانس بن مالك و ابا الدحداح وعبدالرحمان بن عوف وفاطمة عليها السلام وغيرهم وقفوا ووراء أو آباراً وبساتين ولم ينقل عن احدانه رجوع فى وقفه فباع منه شيئاً ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلافهم فلم يفلو كان ذلك جائزاً لنقل عن أحد منهم

الرجوع فيه .

مسئلة ٢ - من شرط لزوم الوقف عندنا القبض، وبه قال محمد بن الحسن وقال الشافعي

والباقون : ليس من شرط لزومه القبض .

دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا فاذا قبضه لا (فلا خل) خلاف في لزوم الوقف وليس على لزومه قبل القبض دليل

مسئلة ٣ - اذواق دارا او ارضا او غيرها فانه يزول ملك الواقف وعليه أكثر

اصحاب الشافعي وخرج ابن سريج قول آخر انه لا يزول ملكه لقول النبي ﷺ حسب الاصل وسبل الثمرة وتحبيس الاصل يدل على بقاء الملك - دليلنا - اجماع الفرقة، ولانه لا خلاف انه يقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة وهو المعنى بزوال الملك مثل البيع والعتق ومعنى التحبيس الذي ذكره عمر في خبره هو انها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث فرجع معنى التحبيس الى ذلك دون ما ذكره ابن سريج

في حرمة الصدقة المفروضة على بنى هاشم من ولد

ابيطال وغيره

مسئلة ٤ - تحرم الصدقة المفروضة على بنى هاشم (١) من ولد ابيطال عليه السلام العقبين

والجعافرة والعلويين وولد العباس بن عبد المطلب وولد ابى لهب وولد الحارث بن عبد المطلب ولا عقب لهاشم الامن هؤلاء ولا يحرم على ولد المطلب ونوفل وعبد شمس بن عبد مناف وقال الشافعي : تحرم الصدقة المفروضة على هؤلاء كلهم وهم جميع ولد عبد مناف - دليلنا اجماع الفرقة المحقة ولان ما قلناه مجمع عليه وما ذكره ليس عليه دليل

مسئلة ٥ - لا تحرم صدقة بنى هاشم (٢) بعضهم على بعض وانما تحرم صدقة غيرهم عليهم

(١) تأتي ثانياً في مسئلة - ٢٦ - من كتاب قسمة الصدقات وتأتي في مسئلة - ٩١ -

من كتاب الايمان عن ابى حنيفة حرمة صدقة التطوع على النبي (ص)

(٢) تأتي ثانياً في مسئلة - ٢٨ - من كتاب الصدقات الا انه نسب الخلاف هناك الى

وأطلق الشافعي تحريم الصدقة المفروضة عليهم من غير تفصيل فإما صدقة التطوع فلا خلاف أنها تحل لهم - دليلنا - اجماع الفرقة و قوله تعالى: «انما الصدقات للفقراء و المساكين» وذلك عام في جميع الناس وانما اخرجنا من اخرجناه بدليل وبقي الباقي على عمومه .

مسئلة ٦ - يجوز وقف الارض والعقار والدور الرقيق والسلاح وكل شئ يبقى بقاء أمتضالا ويمكن الانتفاع به، وبه قال الشافعي وقال ابو يوسف : لا يجوز الا في الاراضي والدور والكراع والسلاح والغلمان تبعا للضيعة الموقوفة فاما على الانفراد فلا - دليلنا - عموم الاخبار في جواز الوقوف (الوقف خل) من قولهم عليهم السلام الوقف على حسب ما يشرط الواقف ذلك على عمومه فمن خصه فعليه الدلالة وايضا روى ان م عقل جاءت الى النبي فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحته في سبيل الله واني اريد الحج افا ركبه؟ فقال النبي ﷺ اركبه فان الحج والعمرة من سبيل الله .

مسئلة ٧ - يجوز وقف المشاع ، و به قال الشافعي ، وقال محمد : لا يجوز لان من شرط اللزوم القبض والمشاع لا يجوز (لا يصح خل) قبضه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضا فانه يصح قبض المشاع كما يصح قبضه في البيع لان القبض هو التمكين من التصرف فيه ولان النبي (ص) قال لعمر : حبس الاعل وسبل الثمرة وكان ذلك شاعا لانه ملكه كذلك لان النبي صلى الله عليه وآله ما قسم خيبر خيبرا وانما عدل السهام .

مسئلة ٨ - الفاظ الوقف الذي يحكم بصريتها قوله وقفت وحبست وسبلت وما عداها يعلم بدليل او باقراره انه اراد به الوقف وذلك مثل قوله تصدقت وحرمت وابدت ولا بد في جميع ذلك من اعتبار القصد والنية، وقال الشافعي : الفاظ الوقف ستة : وقفت و تصدقت وسبلت وحبست وحرمت وابدت، فالوقف صريح و تصدقت مشتركة، وحبست وسبلت صريحان، وحرمت وابدت فيه وجهان : احدهما انها صريحان والاخر انها كنايةتان دليلنا - ان ما ذكرناه مجمع عليه (على خل) انه صريح بنعقد به الوقف وما ذكره ليس عليه دليل، ولان هذه الالفاظ محتملة للوقف و لغيره فلا يحمل على بعض ما يحتمله

الابدليل

مسئلة ٩ - اذا وقف على من يصح انقراضه في العادة مثل أن يقف على ولده وسكت على ذلك فمن اصحابنا من قال : لا يصح الوقف، ومنهم من قال: يصح فاذا انقض الووقف عليه رجع الى الواقف ان كان حياً، وان كان ميتاً رجع الى ورثته وبه قال أبو يوسف، وللشافعي فيه قولان : احدهما لا يصح والاخر يصح فاذا انقضوا رجع الى ابواب البر ولا يعود اليه ولا الى ورثته - دليلنا - ان عوده الى البر بعد انقراض الموقوف عليهم يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يدل عليه ، و الاصل بقاء الملك عليه او على ولده .

مسئلة ١٠ - اذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد او حمل لم يوجد او رجل مجهول وما أشبه ذلك ثم بعد ذلك على اولاده الموجودين في الحال، وبعدهم على الفقراء والمساكين بطل الوقف فيما بدء بذكره لانه لا يصح الوقف عليهم، وصح في حيز الباقي لانه يصح الوقف عليهم وللشافعي فيه قولان بناء على تفريق الصفة فاذا قال : بتفريق الصفة قال مثل ما قلناه واذا لم يقل بذلك ابطال الوقف في الجميع - دليلنا - انه ذكر نوعين احدهما لا يصح الوقف عليه، والاخر (يصح خ ل) فاذا ابطال في حيز من لا يصح الوقف عليه صح في حيز من يصح الوقف عليه لانه لا دليل على ابطاله ولا مانع يمنع منه فيه .

مسئلة ١١ - اذا وقف (وقفه خ ل) مطلقاً لم يذكر الموقوف عليه. مثل أن يقول وقتت هذه الدار او هذه الضيعة ثم يسكت ولا يبين على من وقفها عليه لا يصح الوقف، وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه والثاني انه يصح ويصرفه الى الفقراء و المساكين ويبدء بفقراء اقاربه لانه اولى - دليلنا - ان صحة الوقف يحتاج الى دليل شرعي ولا دليل يدل على صحة هذا الوقف ، و لانه ايضاً مجهول و لو وقف على مجهول كان باطلا فهذا أكد .

مسئلة ١٢ - اذا وقف وقفاً شرط ان يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان ، وبعضه في الحج والعمرة لانهم امن سبيل الله

وبه قال أحمد ابن حنبل وقال الشافعي: يصرف جميعه الى الغزاة الذين ذكرناهم - دليلنا اجماع الفرقة وايضاً فان سبيل الله عام في جميع ذلك فوجب صرفه اليهم بدلالة ما قدمناه من كلام (خبر نخل) ام معقل وان رسول الله ﷺ قال لها اركبيه فان الحج والعمرة من سبيل الله .

مسئلة ١٣- يجوز الوقف على أهل الذمة اذا كانوا أقاربه ؛ وقال الشافعي يجوز ذلك مطلقاً ولم يخص - دليلنا - اجماع الفرقة ؛ وايضاً فان ما قلناه مجمع على جوازه وما ذكره لادليل عليه .

مسئلة ١٤- اذا وقف على مولاه وله مولى من فوق ومولى من أسفل ولم يبين انصرف اليهم او للشافعي فيه ثلاثة اوجه: احدها مثل ما قلناه وهو الصحيح عندهم . و الثاني ينصرف الى المولى من فوق لانه اكد لانه يرث، وقف عنى مجهول- دليلنا- ان اسم المولى تناولها (بتنا نخل) فوجب صرفه اليهما كما واطلق الوقف على الاخوة انصرف اليهم وان كانوا مفترقين (مفترقين نخل) وليس ذلك بمجهول كما ان الوقف على الاخوة ليس بمجهول .

مسئلة ١٥ اذا وقف على اولاده واولاد اولاده دخل اولاد البنات فيه ويشتركون فيه مع اولاد البنين الذكر والانثى فيه سواء كلهم وبه قال الشافعي وقال اصحاب ابى حنيفة: لا يدخل اولاد البنات فيه وحكى أن عيسى بن ابان كان قاضى البصرة فاخرج من الوقت اولاد البنات وبلغ ذلك اباحاذم وكان قاضياً ببغداد فقال اصاب في ذلك وقد نص محمد بن الحسن على انه اذا عقد الامان لولده وولد ولده دخل فيه ولد ابنه دون ولد بنته ومنهم من يقول أن أصحابنا يختلفون منهم من يقول يدخل فيه اولاد البنات ومنهم من يقول لا يدخل فيه - دليلنا - اجماع المسلمين على ان عيسى بن مريم من ولد آدم وهو ولد بنته لانه ولد من غير اب وايضاً دعا رسول الله ﷺ ابنه وهو ولد بنته فقال لا تزر مواليك الا لا تقطعوا عليه بوله وكان قد بال في حجره فهموا باخذه فقال لهم ذلك فاما استشهادهم بقول الشاعر: بنونا بنوا بنائنا وبناتنا بنوهن ابنا الرجال الاباعد

(١) يأتي حديث دخول اولاد البنات فى الاولاد فى مسئلة ٢- من كتاب الفريض ايضاً

فانه مخالف لقول النبي ﷺ و اجماع الامة و المعقول فوجب ردده على انه انما اراد الشاعر بذلك الانتساب لان اولاد البنت لا ينتسبون الى اهلهم وانما ينتسبون الى ابيهم و كلامنا في غير الانتساب و اما قولهم ان ولد الهاشمي ، من العامية هاشمي فالجواب عنه ان ذلك في الانتساب وليس كلامنا فيه بل كلامنا في الولادة وهي متحقة من جهة الام .

مسئلة ١٦ - اذا قال وقف هذاعلى فلان سنة بطل الوقف ، وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه ، والثاني يصح ، فاذا مضت سنة صرف لى الفقراء والمساكين ويبدء بقراباته لانهم اولى بصدقته - دليلنا - ان من شرط صحة الوقف التأيد فاذا وقف سنة لم يجعله مؤبداً فوجب أن يبطل لانه لم يعلقه بما لا ينقرض ، وعلى المسئلة اجماع الفرقه و اخبارهم .

مسئلة ١٧ - اذا وقف على بنى تميم أو بنى هاشم صح الوقف ، وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا يصح الوقف لانهم غير محصورين فهو مجهول - دليلنا انهم معينون مثل الفقراء والمساكين و لا خلاف ان الوقف على الفقراء والمساكين يصح و ان كانوا غير محصورين ، و ما روى عنهم عليهم السلام من ان الوقف بحسب ما يقفه الواقف يدل عليه .

مسئلة ١٨ - اذا وقف على نفسه ثم على اولاده ثم على الفقراء والمساكين لم يصح الوقف على نفسه ؛ و به قال الشافعي ، وقال ابو يوسف وابن ابي ليلى وابن شبرمة : يصح وقفه على نفسه و به قال ابن سريج والزهرى - دليلنا - ان الوقف تملك ولا يصح ان يملك الانسان نفسه ما هو ملكه كالبيع لانه لا خلاف انه لا يصح ان يبيع من نفسه وايضاً صحة الوقف حكم شرعى وليس فى الشرع ما يدل على ان وقفه على نفسه صحيح

مسئلة ١٩ - اذا حكم الحاكم بصحة الوقف على نفسه لم ينفذ الحكم ونقض حكمه وقال الشافعي : ينفذ حكمه ولا يجوز نقضه لانها مسئلة اجتهادية - دليلنا - ان عندنا ان الحق فى واحد الاجتهاد باطل فى الاحكام فلا يصح هذا الحكم بالاجتهاد الباطل ووجب نقضه

مسئلة ٢٠ - اذا بنى مسجد اذن للناس فصلوا فيه او عمل مقبرة و اذن فى الدفن

فيها فدفنوا فيه ولم يقل انه وقف لم يزل ملكه وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة : اذا صلوا فيه دفنوا فيه زال ملكه - دليلنا - ان الاصل بقاء الملك وزواله يحتاج الى دليل

مسئلة ٢١ - اذا وقف مسجداً ثم انه خرب وخربت المحلة او القرية لم يعد الى ملكه وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن : يعود المسجد الى ملكه كالكفن اذا ذهب الميت بالسييل او اكله السبع - دليلنا - ان ملكه زال بلا خلاف وعوده الى ملكه يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يبدل عليه

مسئلة ٢٢ - اذا خرب الوقف ولا يرجى عوده في اصحابنا من قال : يجوز بيعه واذ لم يخطر (يخطر خ ل) لم يجوز وبه قال احمد بن حنبل وقال الشافعي : لا يجوز بيعه على حال دليلنا - الاخبار المروية عن الائمة

مسئلة ٢٣ - اذا انقلعت نخلة من بستان وقف او انكسرت جاز بيعها وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) : احدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا يجوز لانه لو جاز بيعه بعد الاختلال لجاز قبل الاختلال و ذلك لا يجوز - دليلنا - انه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة الاعلى هذا الوجه لان الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده .

في انه اذا آجر الوقف البطن الاول وانقرضوا

قبل انقضاء المدة فالاجارة تبطل في حق البطن الثاني

مسئلة ٢٤ - اذا وقف على بطون فاكرى البطن الاول الوقف عشر سنين فانقرضوا الخمس سنين فان الاجارة تبطل في حق البطن الثاني ولا تبطل في حق البطن الاول وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) احدهما مثل ما قلناه والثاني لا تبطل لان الموت لا يبطل الاجارة - دليلنا - ان انا قد دللنا (بيننا خ ل) ان الموت يبطل الاجارة ، وايضاً فاننا نبين انهم تصرفوا في حق الغير فيجب ان يكون تصرفهم باطلا .

كتاب الهبة

مسئلة ١- الهبة لاتلزم الا بالقبض ، و قبل القبض للواهب الرجوع فيها وكذلك الرهن عندهم و العارية وكذلك الدين الحال اذا اجله لايتأجل وله المطالبة به في الحال ، و به قال في الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وابن عمرو وابن عباس ومعاذ القاري وانس وعائشة ولا نعرف لهم مخالفاً و به قال الشافعي وقال مالك يلزم ذلك كله بنفس العقد ولا يفتقر الى القبض ، ويتأجل الحق بالتأجيل ، ويلزم الاجل ، واما ابو حنيفة فقد وافقنا الا انه قال الاجل في الثمن يلزم ويلحق بالعقد - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم و أيضاً فان ما قلناه مجمع على لزومه وما ذكره ليس على صحته دليل ، و روى موسى بن عقبة عن امه ام كلثوم وان النبي ﷺ قال لام سلمة اني اهديت الى النجاشي اواقى من مسك وحلة واني لاراه يموت قبل ان يصل اليه واني لارى الهدية الاسترد على (الى خل) فان ردت على فمولى^١ ، فكان كما قال ﷺ مات النجاشي قبل ان تصل اليه فردت الهدية اليه فاعطى كل امرأة من نساءه اوقية من ذلك المسك ، و اعطى سايره ام سامة و اعطاها الحلة ، و هذا نص :

مسئلة ٢- اذا قبض الموهوب له الهبة بغير اذن الواهب كان القبض فاسداً ووجب عليه رده ، و به قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ان قبضه في المجلس صح و امكن بغير اذنه وان قام من مجلسه لم يكن له القبض وان قبض كان فاسداً ووجب عليه رده - دليلنا - انه اذا قبض باذنه صح القبض بلا خلاف وليس على قول من قال بصحته بغير اذنه دليل .

مسئلة ٣ - هبة المشاع جائزة سواء كان ذلك مما يمكن قسمته او لا يمكن وبه قال مالك والشافعي واحمد واسحاق وابوثور وداود وسائر الفقهاء وقال ابو حنيفة : هبة المشاع فيما لا يمكن قسمته مثل الحيوان والجواهر والحمامات والرحم وغيرها يصح فاما ما ينقسم فلا يجوز هبته والهبة بهذا التفصيل يختص على مذهبه لانه يسوى (سوى خل) بين ما ينقسم (ينقسم خل) وما لا ينقسم (ينقسم خل) في المواضع التي يمنع فيها النفقة على المشاع مثل الرهن وغيره - دليلنا - عموم الاخبار الواردة في جواز الهبة ، وابقاً الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ، وروى عن النبي ﷺ انه اشترى سراويل باربعة دراهم وقل للوزان : زن وارجح . قوله ﷺ وارجح هبة وهو مشاع فدل على صحة هبة المشاع ، وروى جابر ان النبي ﷺ اشترى من رجل بعيراً فوزن له وارجح ، وروى عن النبي ﷺ انه قال يوم خيبر مالي مما افاء الله عليكم الا الخمس (والخمس خل) مردود فيكم فردوا الخيوط والمحيط فان الغلول يكون على اهل عاراً يوم القيامة و ناراً وشاراً فقام رجل في يده كبة من شعر (١) فقال : اخذت هذه لاصالح برذعة (٢) بعيرى فقال : اما ما كان لى ولبنى عبدالمطلب فهو لك ، فقال : اما اذ بلغت ما لى فلارب لى فيها ونبذها كانت حصه النبي ﷺ فى الكبة مشاعاً فدل على جوازها مشاعاً .

مسئلة ٤ - العمرى عندنا جائزة ، ومعناها اذا قال الرجل لغيره : اعمرتك هذه الدارمدة حياتك ارمدة حياتى او اسكنتك او جعلت لك هذه الدارفى حيوتك فان هذه الالفاظ اذا اتى بواحدة منها وا قبضه فقد لزم العمرى ولهذاتسمى (سمى خل) عمرى وتسمى عندنا ايضاً سكنى ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكى عن قوم انهم قالوا : العمرى غير جائزة دليلنا - على ما ذكرناه اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ قال : العمرى جائزة ؛ وروى عبدالله بن محمد بن عقيل عن محمد بن على بن الحنفية من معوية بن ابى سفيان عن النبي ﷺ انه قال : العمرى جائزة لاهلها ، وروى جابر ان النبي ﷺ قال : قال عمرى لمن وهبته له ، وروى عروة عن جابر ان النبي ﷺ قال : من اعمر عمرى

(١) الكبة بالضم : اللفيفة (بالفارسية گرهمان)

(٢) برذعة وبرذعة : (بالفارسية پلاس زير بالان شتر)

فهى له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه وهذا نص .

مسئلة ٥ - اذا قال : اعمرتك ولعقبك فان هذه عمرى صحيحة ويملك المعمر له المنفعة دون الرقبة فان قال : اعمرتك فاذا مات هو عاد (يعود خ ل) اليه وان قال ولعقبك فاذا مات عقبه عاد اليه ؛ وبه قال مالك و الشافعى فى القديم على قول ابى اسحاق وعندنا ان قال اعمرتك مدة حياتى فانها له مدة حيوته فان مات المعمر او لا كان لورثته الى أن يموت المعمر فاذا مات عادالى ورثته ، وان مات المعمر او لا بطل العمرى وقال الشافعى فى الجديد : اذا جعلها عمرى لا تعود اليه ولا الى ورثته بحال ؛ وبه قال ابو حنيفة :- دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وقال ابو الطيب الطبرى : قوله القديم أشبه بالشبهة (بالسنة ظ خ ل) ، وقوله الجديد أقيس .

مسئلة ٦ - اذا قال اعمرتك واطلق لم تصح العمرى وكان باطلا وقال الشافعى فى الجديد يكون عمرى صحيحة ويكون له ، فاذا مات يكون لورثته ؛ وقول فى القديم : ان العمرى تبطل كما قلناه ، وبه قال ابو حنيفة ؛ وقال مالك العمرى صحيحة ؛ ويكون المنفعة له فاذا مات رجع وقال ابو اسحاق فى الشرع : مثل قول مالك فصارت المسئلة على قولين : احد هما تبطل كما قلناه والاخر تصح - دليلنا - ان هذه اللفظة محتملة (مجملة خ ل) لانه يجوز ان يراد بها تمليك الرقبة ؛ ويجوز ان يراد بها مدة حيوته ، و اذا احتملت ولم يعلم المراد وجب بطلانها لان الاصل بقاء المملك .

مسئلة ٧ - اذا قال اعمرتك على انك ان مت أنت رجع الى كان هذا صحيحاً عندنا فاذا مات عاداليه ؛ وللشافعى فيه قولان مثل المسئلة الاولى سواء ، قال فى الجديد : هى عمرى صحيحة ؛ وقوله على انك ان مت أنت يلغى هذا القول ويكون (فيكون خ ل) كما لو اطلق والثانى يبطل - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ؛ وروى عن جابر انه قال : انما العمرى التى اجازها رسول الله أن يقول هى لك ولعقبك : فاما اذا قال : هى لك ماعشت فانها ترجع اليه ففسر جابر ما قال النبي ﷺ ونفسير الرواى للخبر اولى من تفسير غيره لانه اعرف بهم اذ النبى ﷺ

مسئلة الرقيبى

مسئلة ٨ - الرقيبى جازية وهى والعمرى سواء وانما تخالفها فى اللفظ فانه يقول ارقبتك هذه الدار مدته حيوتك او مدته حيوتى؛ وقال الشافعى حكاه احكم العمرى؛ ومعناه اذا قال: اعمرتك على ان امت ابافهى لك ولورنتك وان امت انت رجعت الى؛ قال المزنى: الرقيبى اذا جعل لمن يتاخر موته ولهذا سمي رقيبى لان كل واحد منهما يترقب موت صاحبه؛ وقال ابو حنيفة: العمرى جازية والرقيبى باطلة لان صورتهما ان يقول ارقبتك هذه الدار فان امت قبلك كانت الدار لك وان امت قبلى كانت راجعة الى وباقية على ملكى كما كانت؛ وهذا تمليك بصفة كما قال اذا جاء رأس الشهر فقد وهبت لك دارى فان ذلك لا يصح - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً خبر جابر فانه روى ان النبى ﷺ قال يا معشر الانصار امسكوا ذلك عليكم امواكم لا تعمروها ولا ترقبوها فمن امر شيئاً اذ رقبه فهو له ولورنته فجمع بين العمرى والرقيبى وجوزهما معاً وروى جابر ان النبى ﷺ قال العمرى جازية لاهلها والرقيبى جازية لاهلها وقولهم انه تمليك بصفة ليس كذلك وانما هو تمليك فى الحال لانه ملك الدار فى الحال على انه اذا مات قبله رجعت اليه، وان مات هو فهمى للمرقب وهذا تمليك فى الحال .

فى انه يستحب التمسوية بين الاولاد اذا اعطاهم شيئاً

مسئلة ٩ - اذا اعطى الانسان ولده يستحبه ان لا يفضل بعضهم على بعض سواء كانوا ذكوراً او اناثاً وعلى كل حال، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى وابو يوسف وقال احمد بن حنبل واسحاق ومحمد بن الحسن: يفضل الذكور على الاناث على حسب التفضيل فى الميراث، وبه قال شريح - دليلنا - الاخبار المروية عن النبى ﷺ والائمة عليهم السلام، وروى ابن عباس ان النبى ﷺ قال: سووا بين اولادكم فى العطية ولو كنت مفضلاً احد الفضلت الاناث وهذا نص ورزى الشعبي عن النعمان بن بشير انه قال نحلنى ابي نخلاروى غلاماً فقالت امى عمرة (عمرة خ ل) بنت رواحة ايت رسول الله ﷺ فأتى النبى ﷺ فذكر ذلك له فقال لك ولد سواه؟ قال نعم قال افلكم اعطيته مثل ما اعطيت

النعمان ؟ فقال لا، فقال هذا جور، وروى فاشهد على هذا غيرى وروى اليس يسرك أن يكونوا لك في البر واللطف سواء؟ قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى وروى ان لهم عليك من الحق ان تعدل بينهم كما ان لك عليهم من الحق ان يسرك (يبروك خل) وفي رواية الشافعي انه قال اليس يسرك أن يكونوا لك في البر اليك سواء؟ قال نعم قال فارجه وروى فاررده ووجه الدلالة من ذلك ان النبي ﷺ امره بالتسوية بين اولاده في العطية فدل على انه هو السنة .

مسئلة ١٠ - اذا خالف المستحب ففضل بعضهم على بعض وقعت العطية موقعها و جازله ان يسترجعها ويسوى بينهم اذا كانوا كباراً ، وقال الشافعي : يصح استرجعها على كل حال ولو (ان خل) لم يسترجعها فلا شيء عليه ، وقال طاوس واسحاق وهجاهد : لا يصح تلك العطية وتكون باطلة فيكون ميراثاً بينهم على فرايض الله تعالى اذا مات ، وقال احمد بن حنبل وداود بن علي : يجب عليه ان يسترجعها اذا خالف المستحب - دليلنا انه لا دليل على وجوب استرجعها ولا على بطلان العطية واجماع الفرقة دليل يقطع ، به وكذلك اخبارهم .

مسئلة ١١ - اذا وهب الوالد لولده وان علا الوالد و الام لولدها وان علمت و قبضوا ان كانوا كباراً او كانوا صغاراً لم يكن لهما الرجوع فيه ، وبه قال ابو حنيفة وقال ايضاً : مثل ذلك في كل ذي رحم محرم بالنسب ليس له الرجوع فيما وهب له ، وكذلك في كل شخصين لو كان احدهما ذكراً والاخر انثى لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالآخر ، و ذلك مثل عم الرجل وخاله واخيه وابيه ، وهذا عندنا مستحب والواجب للولد (الولد خل) فقط ، وقال الشافعي : للوالد والوالدة ان يسترجعا هبتهما على كل حال من الولد وذي الرحم ذكراً كان او انثى ، وقال مالك : ان كان الولد قد انتفع بالهبة مثل أن يكون قد زوج الرجل بالمال الذي وهب له لم يجز له الرجوع فيه وان كان لم ينتفع بعد كان له الرجوع فيه - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ؛ وايضاً قوله ﷺ العائد في هبته كالعائد في قيمه يدل عليه ايضاً لان التقيء حرام بلا خلاف .

مسئلة ١٢ - اذا وهب لاجنبي وقبضه اولدى رحم غير الولد كان له الرجوع ،

فيه ويكره الرجوع في الهبة لذي رحم؛ وقال ابو حنيفة يجوز له الرجوع فيما به - لاجنبى
ولكل قريب اذا لم يك ذارحم محررم منه بالنسب على ماضى من تفسيره؛ واجرى الزوجية
مجرى الرحم المحرم بالنسب و قال اذا ذهب احد الزوجين للاخر لم يكن للواهب
الرجوع فيها، وقد روى ذلك قوم من اصحابنا فى الزوجين وقال الشافعى : اذا ذهب لغير الولد
وقبض لزم ولا رجوع له بعد ذلك فيها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم، وروى ابو هريرة عن
النبي ﷺ ان قال الواهب أحق بهبته مالم يشب منها وروى عن على عليه الصلاة والسلام
انه قال : الرجل أحق بهبته مالم يشب منها - وروى مثل ذلك عن عمر وفضالة
بن عبيد

مسئلة ١٣ - الهبات على ثلاثة ضرب: هبة لمن فوقه وهبة لمن دونه وهبة لمن هو مثله ؛
وكلها يقتضى عندنا الثواب وقال جميع الفقهاء : انها اذا كانت لمن فوقه او لمن هو مثله لا تقتضى
الثواب واذا كانت لمن هو دونه اختلفوا فقال ابو حنيفة : لا تقتضى الثواب؛ وبه قال الشافعى
فى احد قوليه فى الجديد ونص عليه فى الشفعة وقال فى القول الاخر وهو قوله القديم : انها تقتضى
الثواب وبه قال مالك - دليلنا - عموم الاخبار التى رواها أصحابنا أن الهبة تقتضى الثواب ولم
ينصوا فيها نوعاً دون نوع وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير وروى ابو هريرة عن النبي ﷺ انه قال
الواهب أحق بهبته مالم يشب للواهب حق الرجوع قبل أن يشب واسقط حقه من الرجوع بالثواب
وجعله نواباً على الحقيقة ، وروى عن عائشة انها قالت كان رسول الله ﷺ يسلم يقبل
الهبة (الهبة ويشيب فى خ ل) ويشب عليها وهو قول على عليه الصلاة والسلام وعمر وفضالة
بن عبيد فروى عن على عليه السلام انه قال : من وهب هبة يرجو ثوابها (باخ ل) فهى رد على صاحبها
مالم يشب عليها ؛ وروى مثله عن عمر ، وروى أن رجلين اختصما الى فضالة بن عبيد فقال
أحدهما : وهبت لهذا بازى فلم يشبني عليه فقال : رد عليه بازه وانبه عنه ولا يعرف لهم مخالف .
مسئلة ١٤ - اذا ثبت ان الهبة تقتضى الثواب (١) فلا يخلوا اما ان يطلق او يشترط

الثواب ، فان اطلق فإى ثواب يقتضى منه فانه يعتبر ثواب مثله على ما جرت به العادة ، و للشافعى فيه ثلاثة اقوال على قوله انها تقتضى الثواب : احدها مثل ما قلناه والثانى يشبهه حتى يرضى الواهب والثالث يشبهه بقدر قيمة الهبة ومثلها (١) - دليلنا - ان اصل الثواب انما اثبتناه فى الهبة بالعادة فكذلك مقدارها وان قلنا انه لا مقدار فيها اصلا و انما هي ما يثاب عنها قليلا كان او كثيراً كان قوياً لعموم الاخبار واطلاقها .

مسئلة ١٥ - اذا شرط الثواب فان كان مجهولاً صح لانه وافق ما يقتضيه الاطلاق وان كان معلوماً كان ايضاً صحيحاً لانه لا مانع يمنع منه ، وللشافعى فيه قولان : احدهما يصح لانه اذا صح مع الجاهل فمع العلم اولى والثانى لا يصح - دليلنا - قوله كَيْفَ يَكُونُ الْمُؤْمِنُونَ عند شروطهم ولم يفصل ، وايضاً الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل

مسئلة ١٦ - اذا تلف الموهوب فى يد الموهوب له بطل الثواب ، ولا يرجع عليه بمثله ولا قيمته ، وللشافعى فيه وجهان : احدهما مثل ما قلناه والاخر يرجع عليه بقيمته دليلنا - ان التلف والنقصان وجدافى ملك الموهوب له وما حصل فى ملكه لا يرجع به عليه وايضاً الاصل براءة الذمة ويجاب القيمة يحتاج الى دليل

مسئلة ١٧ - اذا وُهب ثوباً خاماً (٢) لمن له الرجوع فى هبته كالاجنبى على مذهبنا والولد على مذهب الشافعى فقصره الموهوب له لم يكن للواهب الرجوع فيه وللشافعى فيه قولان : ان قال القصار بمنزلة الزيادة المتميزة كان الواهب شريكاً للموهوب له بقدر القصار ، وان قال القصار بمنزلة الزيادة المتصلة فالثوب للواهب بقصاراته ، ولا حق للموهوب له فيه - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم على انه اذا تصرف الموهوب له فى الهبة لم يكن للواهب الرجوع فيها وهذا قد تصرف ، ولان اثبات الرجوع فى هذا يحتاج

(١) الفرق بين الاول والثالث هو ان فى الاول يعتبر ثواب مثله على ما جرت به العادة سواء كان مجرى العادة بقدر قيمة الهبة او اكثر منها او اقل واما فى الثالث فالمتبرع بقدر قيمة الهبة فلا يجب الاكثر سواء جرت به العادة ام لا ولا يكفى الاقل كذلك

(٢) الخام من الثوب الذى لم يقصر

الى دليل .

مسئلة ١٨ - الداران مستأجرة يصح هبتها وبيعها لغير المستأجر وللشافعي في صحة بيعها وهبتها قولان : احدهما يصحان والاخر بطلان - دليلنا - اجماع الفرقة على ان يبيع المستأجر يصح وكل من قال بصحة بيعها قال بصحة هبتها ، والشافعي بنى صحة الهبة وفسادها على صحة البيع وفساده ، وقد بينا ان ذلك صحيح .

مسئلة ١٩ - اذا وهب له شيئاً من حلى ذهباً او فضة فانابه في المجلس قبل التفرق او بعد التفرق بجنسه من النقود او بغيره بمثله او بما زاد عليه او نقص قبل التصرف او بعده كان ذلك جائزاً ولا يفسد وقال الشافعي : حكم ذلك حكم الصرف فما صح في الصرف صح هبهنا وما افسده الصرف افسد هبهنا - دليلنا - ان احكام الصرف مراعى في الصرف والبيع و ليس الهبة بيعاً و لا صرفاً ، فمن قال انها لاحقة بالبيع فعليه الدلالة ،

مسئلة ٢٠ - اذا كان له على غيره حق جازله بيعه ، ويكون مضموناً ويجوز هبته ورهنه ، ولا يلزمان الا بالقبض ، وللشافعي فيه ثلاثة اوجه : احدها يصح بيعه من غيره ويصح هبته وتلزم الهبة بنفس العقد ولا يشترط القبض في لزومها ولا يصح رهنه لانه لا يزيل الملك ، والثاني انه يصح البيع والهبة ، ولا يلزم الهبة الا بالقبض ، ويصح الرهن ولا يلزم الا بالقبض وهذا مثل قولنا ، والثالث لا يصح بيعه ولا هبته ولا رهنه ، لانه غير مقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء - دليلنا - اجماع الفرقة على جواز بيع الديون والامانع يمنع من هبته ولا رهنه ، وعموم الاخبار يقتضى جوازهما .

في انه اذا وهب شيئاً في مرضه المخوف واقبضه

ثم مات لزمت الهبة

مسئلة ٢١ - اذا وهب في مرضه المخوف شيئاً واقبضه ثم مات فمن اصحابنا من قال

قال ، لزمت الهبة في جميع الموهوب ولم يكن للمورثة فيها شيء ، و منهم من قال : يلزم في الثلث ويبطل فيما زاد عليه ، وبه قال جميع الفقهاء - دليلنا - على الاول اخيار الطائفة المروية في هذا الباب والرجوع اليها هو الحجة في هذه المسئلة.

كتاب اللقطة

مسئلة ١- اللقطة على ضربين: لقطعة الحرم ولقطعة غير الحرم ، فلقطة الحرم سيجيء
الخلافاً فيها، وبقطة غير الحرم يعرفها سنة ثم هو مخير بعد السنة بين ثلاثة اشياء: بين أن
يحفظها على صاحبها، وبين أن يتصدق عنه ويكون ضامناً ان لم يرض صاحبها، وبين ان
يتملكها ويتصرف فيها ، وعليه ضمانها اذا جاء صاحبها سواء كان غنياً او فقيراً او ممن
يحل له الصدقة او ممن لا تحل له الصدقة ، وقال الشافعي : اذا كان بعد السنة هو بالخيار
بين أن يحفظها على صاحبها وبين ان يتملكها وياكلها ويضمن ثمنها بالمثل ان كان
له مثل او القيمة ان لم يكن له مثل ، سواء كان غنياً او فقيراً او ممن تحل له الصدقة او ممن
لا تحل له الصدقة ، وقال ابو حنيفة ، في الفقير : وقيل حول الحول مثل قول الشافعي ، و
ان كان بعد الحول فانه لا يخلوا اما أن يكون فقيراً او غنياً فان كان فقيراً فهو مخير بين
الثلاثة الاشياء التي ذكرناها نحن سواء من الحفظ على صاحبها او اكلها او التصديق بها مع
شرط الضمان ان لم يرض ، وان كان غنياً فهو مخير بين شيئين بين أن يحفظها على صاحبها
وبين ان يتصدق بها عن صاحبها بشرط الضمان ، وليس له أن يأكلها على كل حال ، و
قال مالك: يجوز للمغني أن يأكلها ولا يجوز للفقير أكلها بعكس ما قاله ابو حنيفة - دليلنا
اجماع الفرقة واخبارهم ، وهي اكثر من أن تحصى ، وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ قال
لا تحل اللقطة فمن التقطها فليصدق بها ، وهذا امر يدل على بطلان قوله ان الصدقة
لا تجوز ، وروى ابي بن كعب قال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، وروى ثمانون فاتيتم

النبي ﷺ بها فقال أعرف عددها ووكائها ثم عرفها سنة قال : فجئت اليه السنة الثانية فقال عرفها فجئت اليه السنة الثالثة فقال استمتع بها ، وهذا يدل على جواز الاستمتاع بالاكل والبيع والهبة ، بخلاف ما يقول ابو حنيفة في الغنى لان ابياً كان غنياً .

مسئلة ٢ - كلما يمتنع من الابل والبقر والبعال والحمير فليس لاحداخذه ، وبه قال الشافعي : وقال ابو حنيفة : من وجد له أخذته مثل سائر الضوال من الغنم - دليلنا - ان جواز ذلك يحتاج الى دليل ، وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال حين سأله السائل عن الابل الضوال فقال مالك : ولها معها حذاؤها وسقائها يعني خفها وكرشها .

مسئلة ٣ - روى اصحابنا ان اخذ اللقطة مكرهه وبه قال مالك وللشافعي فيه قولان : احدهما يجب عليه أخذها اذ كان اميناً ويخاف ضياعها ، والاخر لا يجب غير انه مستحب ، وان كان غير امين لا يجوز له أخذها على حال لانها امانة ولا يؤتمن غير امين - دليلنا - الاخبار التي رواها اصحابنا فانهم رروا ان الناس كلهم لوتر كوها لجاها صاحبها واخذها ، وروى عن ابن عمر انه قال دع خيرها بشرها ، وايضاً فانها ملك الغير واخذها لا يجوز الا باذن .

مسئلة ٤ - يستحب لمن وجد اللقطة أن يشهد عليها ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والاخر انه يجب عليه الاشهاد ، وقال ابو حنيفة ان اشهد فانه يكون امانة ، وان لم يشهد يكون مضموناً عليه في يده - دليلنا - انه لا دليل على كونه مضموناً عليه والاصل برائة الذمة ولا دليل ايضاً على وجوب الاشهاد واستحبابه مجمع عليه .

مسئلة ٥ - اذا عرفها سنة واكلها بعد ذلك كان ضامناً ان كان لها مثل يضمن مثلاً وان لم يكن لها مثل فبالقيمة وبه قال جميع الفقهاء ، واهل العلم ، وذهب قوم من اهل الظاهر داود وغيره الى انه ان اكلها بعد الحول لا يضمن ولا يلزمه رد المثل ولا القيمة - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى عطاء بن ابي يسار عن علي عليه الصلاة والسلام انه وجد ديناراً فامر به النبي ﷺ أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمر أن يغرمه وهذا نص وروى عمرو بن شعيب عن ابيه ان النبي ﷺ قال : اعرف عقاصها ووكائها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك : فان جاء صاحبها يوماً من الدهر فادها وهذا نص .

مسئلة ٦ - اذا وجد كلبا للصيد وجب ان يعرفه سنة ، فاذا مضت سنة جازله ان يصطاد به فان تلف كان ضامنا ، وقال الشافعي : لا يضمن بناء منه على قوله ان الكلب لاقيمة له ، وعندنا ان كلب الصيد له قيمة وقد مضت هذه المسئلة . (١)

مسئلة ٧ - اللقطة اذا كان قيمتها درهما فصاعداً وجب تعريفها ، وان كان دون ذلك لا يجب تعريفها وقال الشافعي يجب تعريفها قليلا كان او كثيرا الا ما لا يبهيه الناس ، وقال الطبري : سمعت الماسر خسي يقول من اصحابنا من قدر ذلك بدينار ، وقال ابو حنيفة ان كان قيمتها ما يقطع فيه وجب تعريفها ، وان كان دون ذلك لا يجب تعريفها ، وبه قال مالك غير ان ابا حنيفة قال : لا يجب القطع الا في عشرة دراهم قيمتها دينار ، وعند مالك يجب في ربع دينار ومالك يقول لا يعرفها اصلا ، ابو حنيفة : يقول يعرفها اقل من سنة - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وروى جابر بن عبد الله ان النبي ﷺ رخص في العصا السوط والحبل و اشباهها يلقطها وينتفع بها ، وروى ابن عمر رأى كسرة في الطريق وكان معه غلام و اخذها ومسحها واكلها ، فقال ما صنعت بها فاخبره بما صنع فقال انت حر ، اني استحيى ان استعبد من هو مغفور له لانى سمعت رسول الله ﷺ يقول (قال خنل) من راي كسرة فاخذها و اكرمها ومسحها واكلها اغفر له (الله خنل) ما تقدم من ذنبه ، وروى عن عايشة انها قالت : لا بأس بما دون الدرهم ان ينتفع به .

مسئلة ٨ - العبد اذا وجد لقطة جازله ان يلقطها ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه والثاني ايس له أن يلقطها - دليلنا - عموم الاخبار الواردة في هذا الباب تنخصيصها بالاحرار يحتاج الى دليل .

مسئلة ٩ - من أخذ لقطة ثم ردها الى مكانها لم يجز له و كان ضامنا ، وبه قال الشافعي و قال أبو حنيفة : يزول ضمانه - دليلنا - انه ضمن بلا خلاف فمن ادعى زواله فعليه الدلالة .

مسئلة ١٠ - اذا عرفها سنة لا تدخل في ملكه الا باختياره بان يقول هذا قد اخترت ملكها ، وللشافعي فيه أربعة أوجه : أحدها وهو أصحابها مثل ما قلناه ، والثاني انه

بمضى السنة عليه يملكها بغير اختياره ، والثالث بمجرد القصد دون التصرف ، والرابع بالقول والتصرف - دليلنا - انه (قدخل) ثبت انه ملك الغير وما قلناه مجمع على تملكه به ، وما قاله ليس عليه دليل .

مسئلة ١١ - يكره للفاسق أخذ اللقطة فان أخذها فعل ما يفعله الامين، وللشافعي فيه قولان : احدهما ينتزع من يده ويدفع الى امين الحاكم ، والثاني تضام الى يده يداخرى دليلنا - عموم الاخبار الواردة في احكام اللقطة فمن خصصها (خصها نخل) بامين دون فاسق فعليه الدلالة ، وكراهة أخذها (هال نخل) مجمع عليه ، ووجوب انتزاعها من يده يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٢ - لقطة الحرم يجوز أخذها ويجب تعريضها سنة ثم بعد ذلك يكون مخير أذالم يجى صاحبها بين أن يتصدق بها بشرط الضمان أو يحفظها على صاحبها ليس له أن يملكها (اخذها ليملكها نخل) وقال الشافعي : من وجد مكنة لقطة فلا يخلو اما أن يكون أخذها ليعرفها ويحفظها على صاحبها أو أخذها ليملكها فان أخذها ليعرفها ويحفظها على صاحبها كان جائزاً بالاخلاف في هذا وان اخذها ليملكها فعنده أنه ليس له أن يلتقطها ليملك لقطة مكة واليه ذهب عامة اهل العلم ، وذهب بعض الناس الى انه يجوز التقاط لقطة مكة ، واليه ذهب بعض اصحاب الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لقطة الحرم حكمها حكم لقطة غير الحرم - دليلنا - اجماع الفرقة : اخبارهم وايضاً روى عن النبي ﷺ انه قال : في مكة لا ينفر صيدها ولا يعصد شجرها ولا يختلي خلاها ولا يحل لقطتها الا لمنشد يعنى لعرف ، وروى عنه صلى اله عليه وآله انه نهى عن لقطة الحاج ، وايضاً قوله تعالى « او لم يروا انا جعلنا حراماً ما امنناً او يتخطف الناس من حولهم اقبابا باطل يؤمنون » فاذا وصفه تعالى بانه حرم فلا يجوز التقاط ما يسقط فيه .

مسئلة ١٣ - يجوز للمكاتب أخذ اللقطة ، وللشافعي في قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثاني انه مثل العبد وله في العبد قولان - دليلنا - عموم الاخبار وقد بينا ان العبد ايضاً يجوز له أخذها بمثل ذلك .

مسئلة ١٤ - العبد اذا كان نصفه حر أو نصفه مملوكاً جازله أخذ اللقطة ، وللشافعي فيه قولان : احدهما وهو الذي نص عليه مثل ما قلناه ، وقال بعض أصحابه : تخريجاً ليس له أخذه - دليلنا - عموم الاخبار وتخصيصها يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٥ - من وجد لقطة فجاء رجل آخر فوصف عقاصها ووكائها ووزنها وعددها وجنسها وحليتها وغلب في ظنه انه صادق جازله أن يعطيها ولا يجب عليه ذلك الابينة ، وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي ، وقال احمد بن حنبل واهل الظاهر : انه يجب عليه دفعها اليه ، وبه قال مالك على ما حكاه الاسفرايني عن رواه من اصحاب مالك يقول ذلك - دليلنا - انه ليس هينها ما يدل على وجوب الدفع اليه ، والخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال ، ان جاء صاحبها والافشأ نك بها يدل على ذلك لانه لا يعلم بوصفها (بوصفه خ ل) انه صاحبها .

مسئلة ١٦ - الذمي اذا وجد لقطة في دار الاسلام جازله أخذها ، وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) احدهما مثل ما قلناه ، والثاني ليس له ذلك لانه ليس بموضع امانة دليلنا - عموم الاخبار والمنع يحتاج الى دلالة .

مسئلة ١٧ - لم ينص اصحابنا على شيء من جعل اللقط والضوال الاعلى اباق العبد فانهم رووا أنه ان رده من خارج البلد استحق الاجرة اربعين درهماً قيمتها اربعة دنانير و ان كان من البلد فعشرة دراهم قيمتها دينار وما عدا ذلك يستحق الاجرة بحسب العادة ، وقال الشافعي : لا يستحق شيئاً من الاجرة على شيء من ذلك الا ان يجعله (له خ ل) الجاعل سواء كانت قيمته قليلاً او كثيراً معروفاً كان برد الضوال او لم يكن من بعيد رده او من قريب ، وقال مالك : ان كان معروفاً برد الضوال ومن يستاجر لذلك فانه يستحق الجعل وان لم يكن معروفاً فلا يستحق الجعل وقال ابو حنيفة : ان كان ضوالاً او لقطة فانه لا يستحق شيئاً و ان كان آبقاً فرده من مسيرة ثلاثة ايام وكان ثمنه اربعين درهماً وزيادة استحق اربعين درهماً وان نقص أحد الشرطين فان جاء به من مسيرة اقل من ثلاثة ايام فيحسابه فان كان من مسيرة يوم نك الاربعين وان كان من مسيرة يومين نكثي الاربعين وان كان قيمته اقل من اربعين ، فقال ابو حنيفة : ومحمد بن قيس من قيمته درهم ويستحق الباقي ان كان قيمته اربعين فيستحق

تسعة وثلاثين وان كان قيمته ثلاثين يستحق تسعة وعشرين وقال ابو يوسف: يستحق أربعين وان سوى عشرة دراهم، والقياس انه لا يستحق شي، لكن اعطيناه استحساناً هكذا حكاه الساجي دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى ابن ابي مليكة ان النبي ﷺ جعل في جعل الابق يوجد (بؤ - سد خل) خارج الحرم عشرة دراهم، وروى عن (ابن خلد) عمر ان قال: من رد آبقافله دينار، وروى عن ابن مسعود انه سئل هل يستحق من رد آبقاً الاجرة فقال: له من كل رأس اربعون درهماً .

مسئلة ١٨ - اذا اختلفا فقال صاحب العبد الابق: شار طتك على رده بنصف دينار ، وقال الذي رد شار طتنى على دينار ، فالقول قول الجاعل مع يمينه انه لم يجعل له ديناراًم يستحق عليه اجرة المثل وقال الشافعى يتحالفان ويستحق اجرة المثل - دليلنا انه مدعى عليه فكان عليه اليمين ، ولزمه اجرة المثل لانه رد عليه ما بق منه .

فى انه اذا اسلمت الام يتبعها الولد الغير البالغ وكذا حملها

مسئلة ١٩ - اذا اسلمت الام وهى حبلى من مشرك وكان لها منه ولد غير بالغ فانه يحكم للمولد والحمل بالا سلام ويتبعانها ، وبه قال اهل العراق والشافعى ، وقال مالك: الحمل يتبعها و الولد لا يتبعها - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم و قوله تعالى «والذين امنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم» فحكم بان ذرية المؤمن ينحون بهم والولد ذرية مثل الحمل سواء ، وايضاً قول النبي ﷺ كل موالود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه.

الاختلاف فى من على امير المؤمنين عليه السلام

وقت تصديقه لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

مسئلة ٢٠ - المراهق اذا اسلم حكم باسلامه فان ارتد بعد ذلك حكم بارتداده ، وانام يتب قتل ولا يعتبر اسلامه باسلام ابويه، وبه قال ابو حنيفة و ابو يوسف ومحمد غير انه قال: لا يقتل ان ارتدان هذا الوقت ليس بوقت التعذيب حتى يبلغ ، وقال الشافعى لا يحكم

باسلامه ولا بارتداده ويكون تبعاً لأبويه غير انه يفرق بينه وبينهما كيلاً يفتناه، وبه قال زفر: وفي أصحابه من قال: يحكم باسلامه ظاهراً فاذا بلغ ووصف الاسلام يكون مسلماً من هذا الوقت - دليلنا - ما رواه اصحابنا ان الصبي اذا بلغ عشر سنين اقيمت عليه الحدود التامة واقتص منه و نفذت وصيته و عتقه و ذلك عام في جميع الحدود و ايضاً قوله صلى الله عليه وآله كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يعرب عنه لسانه فاما شاكر أو كفور أو هذا عام الامن اخرجه الدليل ، و استدل اصحاب ابى حنيفة باسلام على عليه الصلاة والسلام، وكان غير بالغ وحكم باسلامه بلاخلاف ، واجاب اصحاب الشافعى عن ذلك بان قالوا حكمنا باسلامه لانه يجوز أن يكون بالغاً لان أقل البلوغ عند الشافعى تسع سنين ، وعند أبى حنيفة احدى عشرة سنة واختلف الناس في اسلام على عليه السلام فمنهم من قال اسلم وله عشر سنين ، ومنهم من قال: تسع سنين ، ومنهم من قال احدى عشرة سنة وقال الواقدى: واصح ما قيل انه ابن احدى عشرة سنة ، وروى عن محمد بن الحنفية انه قال قتل على عليه الصلاة والسلام السابع والعشرين من شهر رمضان وكان ابن (له خ ل) ثلاث وستين (ستون خ ل) سنة ولاخلاف انه قتل سنة اربعين من الهجرة فلما هاجر النبي صلى الله عليه وآله الى المدينة كان لعلى عليه السلام ثلاث وعشرون سنة واقام النبي صلى الله عليه وآله بمكة دون ثلاث عشرة سنة ثم هاجر الى المدينة فبان بهذا انه كان لعلى عليه السلام احدى عشرة سنة قال ابو الطيب الطبرى وجدت في فضائل الصحابة لاحمد بن حنبل ان قتادة روى عن الحسن ان علياً عليه الصلاة والسلام اسلم وله خمس عشرة سنة قال واما البيت الذى ينسب اليه من قوله «غلاماً ما بلغت اوان حلمى» فليس بثابت عنه ويحتمل ان يكون قال غلاماً قد بلغت اوان حلمى .

مسئلة ٢١ - اذا مات المقيط ولم يخلف وارثاً فميراثه لميت المال وبه قال جميع الفقهاء ، وقال قوم: ميراثه لم يلقطه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وهذا لم يعتق ودليله ان من لم يعتق لا ولاء له .

مسئلة ٢٢ - اذا ادعى اجنيبان اللقيط بانه ولدهما وكان مع كل واحد منهما مينة فتعارضتا اولائنه معهما اصلاً اقرع بينهما فمن خرج اسمه الحق به ، وللشافعى اذا

تعارضت بينتاهما قورلان: أحدهما مثل ما قلناه من القرعة ، والثاني انهما يسقطان كانه ليس هناك بينة وراى القافة ، فان قالت هو ابن لاحدهما الحق به وان لم يكن قافة او اشكل عليهم او قالوا: هو ابنتهما اوليس بابن لهما فالاربع مسائل، واحدة يوقف حتى يبلغ ويختار ايها شاء - دليلنا - اجماع الفرقة على أن كدل مجهول فيه القرعة وهذا داخل فيه.

مسئلة ٢٣- اذا ادعى نفسان لقيطا ويدهما عليه واقام جميعاً البينة حكم بالقرعة وقال الشافعى: تعارضت البينتان وقد مضى قوله فيهما، وقال ابو حنيفة: ان وصفه احدهما بشيء على بدنه فانه يحكم له لانه اذا وصفه دل على يد سابقة - دليلنا - ما قد منا في المسئلة الاولى سواء، والوصف لا يحكم به، لانه يجوز أن يكون شاهده او سمعه ولان من وصف لقطه لم يجب دفعها اليه كذلك اللقيط .

مسئلة ٢٤- اذا ادعى ذمى لقيطا وقال هذا و لدى قبل اقراره فان اقام بينة على قوله الحق به وحكم بكفره، وان لم يقم بينة قبل دعواه والحق به ايضاً، وللشافعى فيه قولان: اذا اقام البينة، احدهما يقبل قوله فى النسب ولا يحكم بكفره، و الثانى يحكم بكفره، وان لم يقم البينة الحق النسب، وهل يحكم بكفره على قولين - دليلنا قوله تعالى «الحقنا بهم ذريتهم» (١) واذا ثبت نسبه بالاخلاف حكمنا بكفره لان ولد الكافر يكون كافر او الحكم باسلامه يحتاج الى شرع .

مسئلة ٢٥- الحر والعبد والمسلم والكافر فى دعوى النسب سواء، لامزية لاحدهم على الاخر، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة: الحر اولى من العبد والمسلم اولى من الكافر دليلنا - عموم الاخبار فيمن ادعى النسب ولم يخصوا كافر من مسلم ولا عبداً من حر.

مسئلة ٢٦- اذا ادعت امرأة لقيطا بانه ولدها فاقامت بينة بذلك الحق بها و بالزوج بالاخلاف وان ادعته ولم تقم بينة فانه يقبل اقرارها عندنا على نفسها سواء كان معها زوج او ام يكن، وللشافعى فيه ثلاثة أوجه: أحدها يرد قولها ولا يقبل الابينة، وبه

(١) الاستدلال بالاية الشريفة من باب الجدل والافلاية فى المؤمنين فلا يعم غيرهم

قال ابو حنيفة ومالك: وسواء كان معها زوج اول لم يكن، والثاني انه يقبل قولها ويلحق بها سواء كان معها زوج اول لم يكن ولا يلحق بالزوج الا باليمينه او باقراره والثالث انه ان كان له زوج لا يقبل اقرارها، وان لم يكن لها زوج يقبل اقرارها، والخلاف في الامة مثل الخلاف في الحره سواء - دليلنا - الاخبار المروية، في ان اقرار العاقل على نفسه جائز، وهي على عمومها في الرجل والمرأة والعبده والامة والحر والحره والكافر والمسلم و تخصيصها يحتاج الى دليل .

كتاب الخرائض

مسئلة ١- ميراث من لا وارث له (١) ولا مولى نعمة، لامام المسلمين سواء كان مسلماً او ذمياً، وقال جميع الفقهاء: ان ميراثه لميت المال وهو لجميع المسلمين- دليلنا- اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٢- اختلف الناس في توريث ستة عشر نفساً، اولاد البنات واولاد الاخوات واولاد الاخوة من الام وبنات الاخوة من الاب والعممة و اولادها والحالة و اولادها ، و النخال و اولاده والعم اخو الاب للام و اولاده وبنات انعم و اولادهم . والجذاب الام ، والجدة ام الام فعندنا ان هؤلاء كلهم يرثون على الترتيب الذى ذكرناه فى النهاية ، ولا يرث مع واحد منهم مولى نعمة ، ويحجب بعضهم بعضاً على ما قلناه ، وسنذكره فيما بعد ، وبه قال على عليه الصلاة والسلام وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود ، و معاذ بن جبل وابو الدرداء واحدى الرايتين عن عمر انه قال: العممة كالاب والخاله كالام وشريح والحسن وابن سيرين و جابر بن زيد وعلقمة وعبيدة والاسود وطاوس ومجاهد والشعبي واهل العراق وقال قوم ان ذوى الارحام يرثون الا انه يقدم المولى ومن يأخذ بالرد عليهم يقولون اذا مات وترك بنتاً وعمة فالمال للبنت النصف بالفرض ، و النصف الاخر بالرد كما نقول غير انهم يقدمون المولى على ذوى الارحام ويوافقونا فى ان من يأخذ بالرد اولى من ادلى

(١) تعرض لهذه المسئلة ثانياً ابسط من ذلك فى مسئلة -١٤- من هذا الكتاب وثالثاً

الارحام ، ويقولون اذالم يكن هناك مولى ولا من يرث بالفرض و لا بالرد كان لذوى الارحام فخالفونا فى توريث المولى معهم والباقي وفاق ذهب الى هذا ابو حنيفة واصحابه وليس معهم احد من الصحابة الا رواية شاذة عن علي عليه الصلاة والسلام وذهب الشافعي الى انهم لا يرثون ولا يحجبون بحال ان كان للميت قرابة فالمال له وان كان مولى كان له وان لم يكن مولى ولا قرابة فميراثه اميت المال ، ويدقل فى الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر و احدى الروايتين عن عمر انه قال عجباً للمعة تودث ولا نورثها ، وبه قال فى التابعين الزهري وفى الفقهاء مالك واهل المدينة ، وحكى عن مالك انه قال الامر المجمع عليه والذى ادركت عليه عامة علماء بلدنا ان هؤلاء يرثون (لا يرثون ظ ل) ، و به قال الاوزاعي واهل الشام وابو ثور - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم فانهم لا يختلفون فيما قلناه و ايضا قواه تعالى : « يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » فجعل تعالى الميراث للمولد وولد البنات ولد ويسمى ابناً بدلالة اجماع المسلمين على ان عيسى (١) بن مريم من ولد ادم وهو ابن مريم لانه لا اب له ، وروى عن النبي ﷺ انه قال : ابناى هذان سيدا شباب اهل الجنة ، وقال ان ابني هذا سيد يصلح الله به بين فئتين من المسلمين فسماه ابنا مع انه ابن فاطمة عليها السلام و قال لا تزرموا على ابني هذا بوله اى لا تقطعوا عليه و كان بال فى حجره ﷺ فارادوا اخذه فقال هذا القول و قال تعالى : « واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض » و هؤلاء من ذى الارحام و قوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الاقربون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الاقربون » و لم يفرق و هؤلاء من الرجال و النساء و روى عمر و عايشة و مقدم بن معد يكرب الكندى ان النبي ﷺ قال : الخال وارث من لا وارث له ، وروى ابو هريرة ان النبي ﷺ ورث الخال ، وروى واسع بن حسان (حيان خ ل) ان ثابت بن د (الد خ ل) حد اح توفى و لم يخلص له نسيباً (نسبا خ ل) فدفن رسول الله ﷺ ماله الى خاله و اخبرنا ابن ابى الفوارس عن عمرو بن محمد بن (حبوب خ ل) (جوية خ ل) حسوه قال حدثنا على بن العبد قال حدثنا ابو داود قال حدثنا حفص بن عمير

(عمر خ ل) قال حدثنا شعبة عن بديل (بن خ ل) عن علي بن ابي طلحة عن راشد بن سعد (عن خ ل) عن ابي عامر عن ابي المقدم، قال: قال رسول الله ﷺ: من ترك كالا (١) فالى ، ومن ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل ماله وارثه والخال وارث من لا وارث له اعقل ماله وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ، وبهذا الاسناد عن ابي داود قال حدثنا سلمان (سليمان خ ل) بن حرب فى آخريين قال حدثنا حماد عن بديل عن علي بن ابي طلحة عن راشد بن سعد عن ابي عامر الهودى عن المقدم الكندى قال: قال رسول الله ﷺ: انا اولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً اوضيعة فالى ، ومن ترك مالا فلورثته وانا مولى من لا مولى له ارث ماله وافك عاينه ، والخال مولى من لا مولى له يرث ماله ويفك عاينه .

مسئلة ٣- اذامات وخلف بنتا واختا وغيرهما ممن له سهم وزوجا او زوجة فللمنت او الاخت النصف بالتسمية ، وللزوج او الزوجة سهمهما والباقي يرد على بنت اولى الاخت ولا يرد على الزوج والزوجة بحال وليس للعصبة والمولى معهم ما شىء على حال وروى ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام وعبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود وابو حنيفة واصحابه ، هذا مذهبهم لا يخلفون فى الرد ، لكن اختلفوا فى تخصيص بعضهم دون بعض فذهب على عليه السلام الى انه يرد على هؤلاء الا للزوج والزوجة ، ولا يرد على بنت الابن مع بنت الصلب كما نقول ولا يرد على الاخت من الاب مع الاخت للاب والام ، وكذلك نقول ولا على الجد مع ذى سهم ولا على ولد الام مع الام وهذا لا خلاف (بخالف خ ل) فيه ، وقال الشافعى للمنت النصف والباقي للعصبة فان لم تكن عصبة فالمولى وان لم يكن مولى فلبنت المال ، قال ابو حامد : وهذه المسئلة مثل مسئلة ذوى الارحام لكن من قال يقدم (يتقدم خ ل) ذوى الارحام هناك على المولى فهميها (خ) قدم (٢) على الراد المولى ومن قال (خ) هناك يقدم المولى على ذوى الارحام

(١) الكل بفتح الكاف الثقل والعيال

(٢) رايت ثلاث نسخ من قوله فهميها الى قوله المولى كان فى واحدة منها ومن قوله ومن قال

الى قوله الارحام كان فى اثنين منها فلذا علمت على الاول (خ) وعلى الثانى (خ) ح طبا

فهيهنا يقدم المولى على الرد لكن يقدم الرد على ذوى الارحام - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وقوله تعالى : « واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض » وهذه (هذا خل) اقرب فان قيل قوله تعالى : « بعضهم اولى ببعض » لم يقل فيما ذا اولى و اذا لم يكن فى صريحه جازلنا ان نحمله على انه اولى بدفنه والصلاة عليه و غسله ، قلنا ذلك تخصيص يحتاج الى دليل ، ونحن نحمله على عمومه فان قيل : فقد (قد دخل) بين بقوله فى كتاب الله « من المؤمنين والمهاجرين » وانما (انه ظ) اراد فسخ التوارث بالمواخاة الاولى ، قيل و هذا ايضاً تخصيص يحتاج الى دليل ، وليس اذا كان آخر الاية مخصوصاً يجب تخصيص اولها ، فان قالوا يحمل على ان بعضهم اولى ببعض الذين بينهم فى اية الفرائض فى سورة النساء لا قال فى كتاب الله ، قيل : وهذا ايضاً تخصيص بلا دليل وقوله فى كتاب الله يعنى حكم الله وذلك عام فى جميع ما قلناه ، وروى رائلة بن الاسقع ان النبى ﷺ قال تحوز المرأة ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها و ولدها الذى لاعنت عليه ، و روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى ﷺ جعل ميراث ولد الملائنة لأمه ، وفى بعض الاخبار والعصبة بعدها ، وروى عن النبى ﷺ انه قال ولد الملائنة امه ابوه وامه فجعل امه اباه فينبغى ان تأخذ الميراث بالابوة والامومة وروى ان النبى ﷺ دخل على سعد ليعوده فقال سعد يا رسول الله انما ترثنى ابنتان لى افوضى بمالى؟ فقال : لا فقال افوضى بنصف مالى؟ فقال : لا قال : (فقال خل) افوضى بثلث مالى؟ فقال الثلث و الثلث كثير و فى بعض الاخبار و الثلث كبير. فوجه الدلالة من هذا ان سعداً قال ابنتاى تحوز ان المال ولم ينكر النبى ﷺ فدلى على انها تحوزان

مسئلة ٤ - اختلف من قال بتوريث ذوى الارحام فعندنا انه يقدم الاقرب فالاقرب وينزل كل واحد منزلة الوارث الذى يمته (يتقرب خل) به فيكون ولد البنات والاخوات بمنزلة امهاتهم و بنات الاعمام والعمات بمنزلة آبائهم وامهاتهم والخال و الخالات و آباء الام بمنزلة الام و الاعمام للام و العمات لها بمنزلة الاب و به قال اكثرهم و هو المحكى عن على عليه الصلاة و السلام و عمرو ابن مسعود و عن على عليه السلام انه انزل الاعمام للام و العمات لها بمنزلة الاعمام للاب و الام و كان الثورى

ومحمد بن سالم وابوعبيدة (عبيد خ ل) ينزلون العمات للاب بمنزلة الجدمع وادالاخوات وبنات الاخوة، ونزلوا كل من يمت بذي سهم او عصبة بمنزلة من يمت به ومن سبق الى وارث في التنزيل كان أحق بالمال ممن هو ابعد الى الوارث فهذا (وخ ل) مثل ما قلناه سواء الامراعات العصبة فانالانرا عيها، وروى عن محمد بن سلام (سالم خ ل) والثورى والحسن بن صالح بن حى انهم ورثوا من قرب ومن بعد اذا كانا من جهتين مختلفتين، وقالوا فى ثلاث حالات متفرقات (مفتر خ ل) نصيب الام بينهن على خمسة لانهن اخوات لسلام مفترقات وفى ثلاث عمات متفرقات نصيب الاب بينهن على خمسة لانهن اخوات مفترقات (مفتر خ ل) للاب، ومن نزل العمات المفترقات بمنزلة الاعمام المفترقين فالمال كله للعمة للاب والام، وقال نعيم بن حماد: نصيب الاب بينهن على ثلاثة لكل واحدة منهن سهم وكذلك نصيب الام بين الاخوال والخالات المفترقين بالسوية وكذلك فى الدالاخوال والخالات المفترقين والاعمام والعمات الا انه يقدم ولد الاب والام على ولد الاب وولد الاب على ولد الام - دليلنا - اجماع الفرقة وقديناه فى النهاية وتهذيب الاحكام مشروحا.

مسئلة ٥ - قدينان ميراث ذوى الارحام الاقرب اولى من الابد ولو كان بينهما درجة اتفقت اسبابهم (انسابهم خ ل) او اختلفت فان اولاد الصلب وانزلوا ذكورا كانوا اوانائا اولى من اولاد الاب ومن اولاد الام وان لم ينزلوا، وان اولاد الاب والام وان نزلوا اولى من اولاد الجدمنهما وان لم ينزلوا، وان اولاد الابوين وان نزلوا يقاسمون الجد والجدة من قبل الابوين، وكذلك اولاد الجد والجدة من جهتهما وانزلوا اولى من اولاد جد الاب وجد الام وان لم ينزلوا، وعلى هذا التدريج كل من كان أقرب كان أولى، وكان ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد بن يورثون ذوى الارحام على ترتيب العصابات فيجعلون ولد الميت من ذوى ارحامه احق من ساير ذوى الارحام ثم ولد ابى الميت ثم ولد جدته ثم ولد ابى الجد الا ان اباحنيفة قدم اب الام على ولد الاب وذكر عنه انه قدمه على ولد الميت ايضا، وكان ابو يوسف ومحمد يقدمان كل أب على اولاده او من كان فى درجة اولاده

ويقدمان عليه ولد اب ابعدمنه ومن في درجاتهم - دليلنا - ما تقدم وتكرر من اجماع الفرقة واختيارهم .

مسئلة ٦ - ثلاث خالات مفترقات (متفرخ ل) و ثلاثة اخوال مفترقين (متفرخ ل) ياخذون نصيب الام للمخال و الخالة من الام الثلث بينهما بالسوية و الباقي للمخال و الخالة من قبل الاب والام بينهما ايضاً بالسوية ، و في اصحابنا من قال بينهما للمذكور مثل حظ الانثيين ، ويسقط المخال و الخالة من قبل الاب ، و قال . من تقدم ذكره للمخال و الخالة من الاب والام المال كله فان لم يكن للمخال و الخالة من قبل الاب وان لم يكن للمخال و الخالة من قبل الام - دليلنا - ما تقدم ذكره .

مسئلة ٧ - العمات المفترقات (المتفرقات ياخذن خ ل) ياخذون نصيب الاب يقسم بينهم (بينهن خ ل) قسمة الاخوات المفترقات بالسواء و قال من تقدم ذكره يقدم من كان للاب و الام فان لم يكن فالتي للاب و ان لم يكن فالتى للام - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الادلى .

مسئلة ٨ - بنات الاخوة المفترقين (المتفرخ ل) ياخذن نصيب آباءهن على ترتيب الاخوة المفترقين ، و كذلك اولاد الاخوات المفترقات ، و قال ابو يوسف في الفريقين : المال لمن كان للاب و الام ثم لولد الاب ثم لولد الام ، و كان محمد يورث بعضهم من (مع خ ل) بعض بعد أن يجعل عدداً من يدلى باخت اخوات ، و عدد من يدلى باخ اخوة ثم يورثهم على سبيل ميراث الاخوات المفترقات و الاخوة المفترقين كما نقول ، لكن لانراعى نحن العدد ، و روى عن ابى حنيفة مثل قول ابى يوسف و محمد جميعاً ، و كانوا يورثون الاخوال و الخالات من الام و اولادهما للمذكور مثل حظ الانثيين ، و كذلك الاعمام للام و العمات و اولادهما للمذكور مثل حظ الانثيين ، و كان اهل التنزيل لا يفضلون ذكورهم على اناتهم و أجمعوا على أن ولد الاخوة و الاخوات من الام لا يفضلون ذكورهم على اناتهم ، و كان ابو عبيدة (عبيد خ ل) لا يفضل الذكر على اخته في جميع ذوى الارحام - دليلنا - اجماع الفرقة على ما تقدم ذكره .

مسئلة ٩ - اختلاف اهل العلم من اهل العراق في اعمام الام و عماتها و اخوالها و خالاتها

وأجدادها وجداتها (الذين يرثون خ) اللاتي يرثن بالرحم وفي احوال الاب وعماته و
اجداده وجداته الذين يرثون بالرحم ، فروى عنهم عيسى بن ابان ان نصيب الام لقرابتها
من قبل ابيها ونصيب الاب لقرابته من قبل ابيه، وروى ابو سليمان الجوزجاني واللوه لوه ان نصيب
الام ثلثاه لقرابتها من قبل ابيها وثلثه لقرابتها من قبل امها، وان نصيب الاب ثلثاه لقرابته من قبل
ابيه، وثلثه لقرابته من قبل امه فاذا اجتمع قرابتا الاب والام وكان بعضهم اقرب بدرجة فالمال
كله لاقربها مثل ام ابى ام وام ابى ام اب فالمال كله لام اب الام ، وهذا هو الصحيح الذى
نذهب اليه - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٠ - اختلف من ورث ذوى الارحام اذا كان معهم زوج او زوجة مثل أن يخلف
الميت زوجاً وبنت وبنت وبنت اخت فعندنا للزوج سهمه الربع ، والباقي لبنت البنت وتسقط بنت
الاخت ، وكان الحسن بن زياد و ابو عبيدة (عبيد خ) يعطيان الزوج فرضه النصف ، ويجعلان
النصف الباقي لبنت البنت نصفه ونصفه لبنت الاخت لانهما بمنزلة بنت واحدة واخت ، و
كان يحيى بن آدم و ابو نعيم يحجبان الزوج ويعطيانه الربع ، ولابنة البنت النصف سهمان
من اربعة والباقي لبنت الاخت ثم يرجعان فيعطيان الزوج النصف ويجعلان باقى المال بين
بنت البنت وبنت الاخت على ثلاثة ثلثاه لبنت البنت وثلثه لبنت الاخت : على قدر سهمها مهمافى
حال الحجب وتصح من ستة - دليلنا - ما تقدم ذكره من اجماع الفرقة ، وايضاً فبنت البنت
بنت يتناولها الظاهر ، وقد بينا ايضاً ان ولد الاب لا يرث مع ولدا لصلب وان نزل .

مسئلة ١١ - عم لاب مع ابن عم لاب وام المال لابن العم للاب والام دون العم للاب وخالف
جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم لا يختلفون فى ذلك ، ويقولون ان
امير المؤمنين عليه السلام كان اولى من العباس لوجازان يرثان مع البنت لان القول بالعصبة
باطل عندهم ،

مسئلة ١٢ - لا يرث المولى مع ذى رحم قريباً كان او بعيداً ، وبه قال على عليه
الصلاة والسلام وعمر وابن مسعود وابن عباس وابو الدرداء ومعاذ وعلمة والاسود وعبيدة
والشعبي وشريح ومجاهد ، وكان زيد يورث ذاللسهم سهمه ويجعل الباقي للمولى ويورثه

دون ذوى الارحام الذين لا سهم لهم ، واليه ذهب الحسن البصرى والاوزاعى ومالك والشافعى وابن ابى ليلى وابو حنيفة واهل العراق ، وروى عن على عليه السلام القولان معاً - دليلنا - اجماع الفرقة و ايضاً قوله تعالى : « واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض » وقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون » وذوى الارحام من جملة الرجال والنساء

مسئلة ١٣ - الابن والاب والجد وابن الاخ والعم وابن العم والمولى كلهم يأخذون بآية اولى الارحام دون التعصيب و المولى يأخذ بالولاء ، وقال الشافعى : يأخذ هؤلاء كلهم بالتعصيب و به قال باقى الفقهاء - دليلنا - اجماع الفرقة على بطلان القول بالتعصيب وسندل على ذلك فيما بعد انشاء الله ، و المولى يأخذ بالولاء اجماعاً فان سموا ذلك تعصياً فهو خلاف فى عبارة .

مسئلة ١٤ - ميراث من لا وارث له (١) لا ينقل الى بيت المال وهو للإمام خاصة ، وعند جميع الفقهاء ينقل الى بيت المال ويكون للمسلمين ، وعند الشافعى يرثه المسلمون بالتعصيب وعند ابى حنيفة فى احدى الروايتين عنه ، وفى الرواية الاخرى بالموالات دون التعصيب دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وايضاً فلا خلاف ان للإمام ان يخصص به قوماً دون قوم فلو لانه لم يجز ذلك ، ولانه لو كان ميراثاً لكان للذكر مثل حظ الانثيين كالميراث فلما لم يفضل ذكر على اشي دل على انه ليس بميراث ، فاما الذمى اذ مات ولا وارث له فان ماله لبيت المال فيئاً بالاخلاف بينهم ، وعندنا انه للإمام مثل الذى للمسلم سواء - دليلنا - عليهم - واحد وهو اجماع الفرقة .

مسئلة ١٥ - كل موضع وجب المال لبيت المال عند الفقهاء للمسلمين ، وعندنا للإمام ان وجد الامام العادل سلم اليه بالاخلاف ، وان لم يوجد وجب حفظه له عندنا كما يحفظ سائر أمواله التى يستحقها ، واختلف اصحاب الشافعى فمنهم من قال : اذا فقد الامام العادل سلم الى ذوى الارحام لان هذه المسئلة (مسئلة خل) اجتهادية فاذا بطل احدى الجهتين

(١) مرت فى اول هذا الكتاب وياتى ايضاً فى مسئلة - ٨٧ - من كتاب الجنائيات

ثبتت الاخرى ، ومنهم من قال : هذا لا يجوز لانه حق لجميع المسلمين فلا يجوز دفعه الى ذوى الارحام لكن يفعل به ما يفعل بزكاة الاموال الظاهرة والانسان بالخيار بين ان يسلمه الى الامام الجائر وبين ان يضعه فى مصالح المسلمين وبين ان يحفظه حتى يظهر امام عادل كذلك هيئتنا - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً فاذ دفعه الى الامام العادل برئت ذمته بالاخلاف ، وليس على براءة ذمته اذا دفعه الى الجائر او صرفه فى مصالح المسلمين دليل .

مسئلة ١٦ - لا يرث الكافر المسلم بالاخلاف ، وعندنا ان المسلم يرث الكافر قريباً كان او بعيداً ، وبه قال فى الصحابة على رواية اصحابنا على عليه السلام ، وعلى قول المخالفين معاذ بن جبل ومعوية بن ابى سفيان ، وبه قال مسروق وسعيد وعبد الله بن معقل ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي الباقر عليهما السلام واسحاق بن راهويه ، وقال الشافعى : لا يرث المسلم الكافر وحكى (حكوا خ ل) ذلك عن علي عليه السلام وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت و الفقهاء كلهم دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الاسلام يعلمو ولا يعلمى عليه ، وروى معاذ بن جبل قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الاسلام يزيد ولا ينقص ، ومارواه المخالفون من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يتوارث اهل ملتين صحيح لان ذلك لا يكون الا بشبوت التوارث بين كل واحد منهما من صاحبه ، وذلك لان قوله ويدل على صحة ما قلناه قوله تعالى «يوصيكم الله فى اولادكم للذكور مثل حظ الانثيين» وقوله تعالى «ولكم نصف ما ترك ازواجكم» وقوله «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون» فهو على عمومه الا ما اخرجه الدليل .

مسئلة ١٧ - الكفر ملة واحدة فالذمى يرث من الذمى كما ان المسلم يرث من المسلم ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى والثورى واصحاب ابى حنيفة ، وذهب قوم الى ان الكفر ملل ولا يرث الذمى من الذمى ، وبه قال شريح والزهري ، وربيعة وابن ابى ليلى واحمد واسحاق - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى اسامة بن زيد ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فجعل الكفر ملة واحدة .

مسئلة ١٨ - اذا سلم الكافر قبل قسمة الميراث شارك اهل الميراث فى ميراثهم ،

وان كان بعد قسمته لم يكن له شيء ، وبه قال عمر وعثمان والحسن وقتادة وجابر بن زيد وعكرمة واحمد واسحاق وقالوا : كان على عليه الصلاة والسلام لا يورث من أسلم على ميراث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وطاوس واهل العراق ومالك والشافعي - دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم ، وايضاً ظواهر القرآن كلها تتناولها ، وانما منعناه الميراث في حال كفره بالاجماع .

مسئلة ١٩ - المملوك لا يورث عنه بلا خلاف لانه لا يملك وهل يرث ام لا ؛ فيه خلاف فعندنا ؛ انه ان كان هناك وارث فانه لا يرث الا ان يعتق قبل قسمة المال فانه يقاسمهم المال وان لم يكن هناك مستحق اشترى المملوك بذلك المال او بعضه (ببعضه خ ل) واعتق واعطى الباقي وان لم يسع المال ثمنه سقط ذلك وكان لميت المال وقال ابن مسعود : يشتري بهذا المال فما بقي يرثه ولم يفصل ، وقال طاوس يرثه كالوصية ، وقال باقي الفقهاء ابو حنيفة والشافعي ومالك انه لا يورث ، وروى ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام وعمر - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وجهيع ظواهر القرآن يتناول عمومها هذا الموضوع ، وانما نخصها بدليل في بعض الاحوال .

مسئلة ٢٠ - العبد اذا كان بعضه حراً وبعضه مملوكا فانه يرث بحساب الحرية ويحرم بحساب الرق ، وخالف الفقهاء كلهم في ذلك وقالوا احكمه حكم العبد القن سواء - دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم (الاية خ ل) تدل على ذلك ، وليس هي هنا مخصص لها .

مسئلة ٢١ - متى اكتسب هذا العبد ما لافاته يكون بينه وبين سيده اما بالمهاينة او بغير المهاينة فانه يورث عنه ما يخصه ولا يكون لسيده ؛ وللشافعي فيه قولان : أحدهما يورث والثاني لا يورث لان كل معنى اسقط ارثه اسقط الارث له كالارتداد - دليلنا - اجماع الفرقة وظواهر (ظاهر خ ل) الايات وانما نخصها بدليل .

مسئلة ٢٢ - القتال اذا كان عمداً في معصية فانه لا يرث المقتول بلا خلاف وان كان عمداً في طاعة فانه يرثه عندنا وفيه خلاف ، وان كان خطأ فانه لا يرث من دينه ؛ ويرث ما سواها وفيه خلاف ، وروى مثل مذهبناعن عمر ووافقنا عليه جماعة من الفقهاء عطاء وسعيد بن المسيب ومالك والاوزاعي ، وذهب قوم الي انه يرث من ماله ودينه ، وقال الشافعي القتال لا يرث

سواء كان صغيراً او كبيراً مجنوناً او عاقلاً كان او خطأ لمصلحة او لغير مصلحة مثل أن يسقيه دواء او يطلبي (بطجرحه خل) جراحة فمات، وسواء كان قتل مباشرة او بسبب جنائية او غير جنائية ، وسواء كان حاكماً شهد عمده بالقتل او بالزنا و كان محصناً او اعترف فقتله عادلاً او باغياً فرماه وقتله (فقتله خل) في المعركة و به قال في الصحابة على عليه الصلاة والسلام على ما رواه عنه عبد الله بن عباس ، وفي التابعين عمر بن عبد العزيز ، وفي الفقهاء ، احمد اطلقوا بان القاتل لا يرث بحال ، و من اصحاب الشافعي من قال انكاف جنائية لا يرثه مثل أن يكون قتل العمد الذي يوجب القود والكفارة او قتل الخطأ الذي يوجب الدية والكفارة، او قتله مسلم في دار الحرب فوجب الكفارة ، وقال ابو اسحاق: ان كان موضع التهمة فانه لا يرثه مثل أن يكون حاكماً فيشهد (فشهد خل) عنده بقتل ابنه (ايه خل) عمداً او بالزنا و كان محصناً فقتله فانه لا يرثه فان هيهنا تهمة التزكية لان اليه تزكية العدل: ف ما اعترف فانه يرثه فاننا ليس بهتهم قول ابو حامد: وهذا ليس بشيء و اختلفوا في قاتل الخطاء فكان على عليه السلام على ما رواه عنه عمرو بن زيد و ابن عباس لا يرثونه و به قال الشافعي والنخعي والثوري و ابو حنيفة و اصحابه الا ان من قول ابي حنيفة ان المجنون والمغلوب على عقله، والصبي والعاقل اذا قتل الباغى و رثوا من المال والدية معاً ، و كان عطا ومالك والزهرى و اهل المدينة يرثون قاتل الخطاء من المال دون الدية ، و كان اهل البصرة يرثونه من المال والدية معاً ، و قال ابو حنيفة : ان كان القتل بالمباشرة فانه لا يرثه الا في ثلاثة الطفل و المجنون و العادل اذا رمى في الصف فقتل واحداً من المقاتلة، فاعا بالسبب مثل أن لو حفر بئراً فوق وقع فيها انسان او نصب سكيناً فعثر به انسان فمات او ساق دابة ارقادها فرست فقتلت (فقتله خل) فانه يرثه فاما ان كان راكباً على الدابة فرسها ، وقتلت انساناً فانه لا يرثه ، وقال ابو يوسف و محمد : يرث من الذي قتله الدابة وان كان راكباً - دليلنا اجماع الفرقة ، و روى محمد بن سعيد قال الدار قطنى وهو ثقة: عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وآله قال : لا يوارث اهل الملتين بشيء. ترث المرأة من مال زوجها ومن دية

ويرث الرجل من مال ومن ديتها ما لم يقتل احدهما صاحبه فان قتل أحدهما صاحبه عمداً فلا يرث من ماله ولا من ديته ، وان قتله خطأ ورث من ماله ولا يرث من ديته وهذا نص ، وكلما يروى من الاخبار في ان القتال لا يرث و يتعلق بعمومه لنا ان نخصه بهذا الخبر .

في ميراث المهذوم عليه والغرقى

مسئلة ٢٣- المهذوم عليهم والغرقى اذالم يعرف تقدم موت بعضهم على بعض فانه يورث بعضهم من بعض من نفس ماترك دون ما يرثه من صاحبه ، وبه قال على عليه السلام و هو احدى الروايتين عن عمر وبه قال شريح و اياس بن عبدالله والحسن البصرى والشعبى وسفيان الثورى وابن أبى ليلى كلهم ذهبوا الى ان الميراث يرث من الميت ، وقال اشافعى : من غرق او انهذم عليه او يقتل فى الحرب ولم يعرف موت أحدهم سبق موته اذا كانوا جماعة فانه ان كان يعرف ان احدهم سبق موته فان الميراث يكون للباقي ، وان عرف السابق لكن نسي أيهم كان فان الميراث يكون موقوفاً رجاء ان يذكر ذكرأنا قصاً او تاماً ، و ان كان احدهما اسبق ولم يعرف عينه فان ميراثه يكون لورثته (لوارثه الحي بخ ل) الاحياء ولا يرث الموتى عنه وبه قال ابو بكر وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وزيد بن ثابت وابن عمر وهو احدى الروايتين عن عمرو معاذ بن جبل لا يرث الموتى من الموتى ، وبه قال ابو حنيفة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وروى اياس بن عبدالله ان النبى صلى الله عليه وآله نهي عن بيع الماء و سئل عن قوم انهذم عليهم بيت فقال يورث (يرث خ ل) الموتى من الموتى .

مسئلة ٢٤- القتال والمملوك والكافر لا يحجبون ، وبه قال جميع الفقهاء وجميع الصحابة الا بين الله بن مسعود فانه انفرد بخمس مسائل هذه اولها فانه قال : القتال و المملوك والكافر يحجبون خجماً مقيداً ، والمقيد ما يحجب من فرض الى فرض - دليلنا اجماع الفرقة بل اجماع الامة ، وابن مسعود قد انقرض خلافه .

مسئلة ٢٥ - اولاد الام يسقطون مع الابوين ومع الاولاد ذكوراً كانوا او اناناً ومع ولد الولد ذكوراً كانوا او اناناً سواء كانوا اولاد بن او اولاد بنت ولا يسقطون مع الجد ، وقال الشافعى : يسقطون مع اربعة مع الاب والجدوان علا ، ومع الاولاد ذكوراً كانوا او اناناً ، ومع اولاد الابن ذكوراً كانوا او اناناً - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، ودليلنا على انهم لا يسقطون مع الجد بعد اجماع المذكور انهم يتساوون فى القربى ، والجد يرث عندنا بالرحم لا بالتعصيب ، واما سقوطهم مع ولد البنت فلان ولد البنت ولد على الحقيقة على ما دللنا عليه .

بيان الاختلاف فى معنى الكلالة

مسئلة ٢٦ - كلاله الام هم الاخوة والاخوات من قبل الام ، وكلاله الاب هم الاحوة والاخوات من قبل الاب والام او من قبل الاب ، وبه قال الشافعى ، وبه قول فى الصحابة على عليه الصلاة والسلام و ابو بكر وعمر وزيد بن ثابت وجابر بن عبدالله ، وقال القتيبي الكلاله الوالدان وقال ابو عبيدة الكلاله الوالدان والمولودون ، قال الساجى : قال اهل البصرة : الكلاله انما هو الميت ، وقال اهل الحجاز و اهل الكوفة الكلاله الورثة ، وعلى هذا اهل اللغة - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى . (وان كان رجل يورث كلاله او امرأة) وقراءة ابن مسعود وسعد بن ابى وقاص « كلاله او امرأة و له اخ او اخت من ام) ، ولانه تعالى قال : فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثالث) وهذا حكم يختص بولد الام بالاخلاف واما كلاله الاب فقوله تعالى «يستفونك قل الله يفتيكهم فى الكلاله ان امرء هلك ليس له ولد وله اخ او اخت فيها نشفه سترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد» فنص على الكلاله اذا لم يكن ولد و اضمر الوالدين لانه جعل ميراث الاخوت كله له اذا لم يكن له ولد ، والاخ لا يرث الامع عدم الوالدين فكاه تعالى قال : ان امرء هلك ليس له ولد ولا والدان يكون ورثته كلاله ، وعلى المسئلة اجماع لانه روى عن ابى بكر انه قال : الكلاله اذا لم يكن له ولد ولا ولد ، وروى عن عمر انه قال : انى استحيى أن أخالف أبابكر فى الكلاله ، وروى عن على عليه السلام ، وسميت الكلاله كلاله لانه ليس معه (معها خل)

وعلو لا نزول لا يعلو ولا ينزل وهو (هم خل) الوسط ، قال ابو عبيدة : الكلالاة اذا لم يكن معه طرفاه ، وقال ابو عبيدة : يقال تكلمة النسب اذا احاط به ، و من هذا سمي الاكليل اكليلا لانه يحيط بالرأس لا يصعد ولا ينزل ، قال الشاعر ورتتم قناة الملك لاعن كلالاة عن ابن منافع عبد شمس وهاشم . وقال الشاعر وكيف باطرافى اذا ما شتمتني * وما بعد شتم الوالدين صفوح * قال ابو عبيدة : وهذا يدل على انه اذا سقط طرفاه سمي (يسمى خل) كلالاة .

مسئلة ٢٧- الاخوة والاخوات من الاب والام او من الاب كلالاة ، وهم يسقطون بثلاثة بالاب وبالابن ، ويسقطون بابن الابن بلاخلاف ، ويسقطون بالبنت وبنت الابن وبجميع ولد الولد وان نزلوا سواء كانوا اولاد ابن او اولاد بنت ، وقال الشافعى لا يسقطون بهؤلاء . ولاخلاف انهم لا يسقطون بالجد - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا انما قلنا : انهم يسقطون بهؤلاء لان الله تعالى جعل لهم الميراث بشرط ان لا يكون هناك ولد لانه تعالى قال : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالاة ان امرء هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك » فسمى لها النصف مع عدم الولد ثم عطف الاختين والاخوة والاخوات بعد ذلك والبنت وبنت الابن ولد فيجب أن يسقطوهم .

مسئلة ٢٨- تسقط ام الام بالاب ، وعند الفقهاء انها لا تسقط لانها تدلى بالام لا بالاب - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا فان الاب أقرب بدرجة واحدة ، وان لم تدل بالاب و ادلت بالام فقد بعدت بدرجة فوجب أن لا تترك لقلوله واولو الارحام بعضهم اولى ببعض .

مسئلة ٢٩- ام الاب لا تترك مع الاب ، وبه قال فى الصحابة على عليه الصلاة والسلام وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وزبير بن العوام وسعد بن ابى وقاص ، وفى الفقهاء ابو حنيفة واصحابه والشافعى ومالك ، وذهب قوم الى انها تترك مع الاب وهو قول ابى بكر وعمر و عبد الله بن مسعود و ابى موسى الاشعري وعمران بن حصين وشريح والشعبي واحمد واسحاق ومحمد بن جرير الطبرى ، وقال اصحابنا : اذا خلف ابوين وجدة قام ابيه فللام الثلث وللاب الثلثان ، ويؤخذ السدس من نصيب الاب ، ويعطى الجدة التى هى امه على وجه الطعمة

لا الميراث - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٣٠ - اذ خلف ام الام وام الاب مع الاب فالمال كله عندنا للاب ، ويؤخذ منه السدس طعمة فيعطى ام الاب ولاشى لام الام ، وقال الشافعى : ومن ذكرناه فى المسئلة الاولى لاترت ام الاب مع الاب شيئاً على ما قلناه ، ولا يشارك عند الشافعى ، ومن وافقه فى المسئلة الاولى ام الام ام الاب ، وعندنا الفهم السدس بينهما اعنى ام الاب وام الام - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، ومارواه عبد الله بن مسعود و - عبد الله بن عباس ان النبى ﷺ ورث جده وابنها حى .

حجب الام بالاخوة و الاخوات

مسئلة ٣١ - لاتحجب الام عن الثلث الاباخوان او باخ واختين او اربع اخوات ولا تحجب باختين ، وقال جميع الفقهاء : انها تحجب باختين ايضاً ، وقال ابن عباس ، لاتحجب باقل من ثلاثة اخوة وهذه فى جملة الخمس مسائل التى انفرد بها (١) - دليلنا - اجماع الفرقة ولان ما ذكرناه مجمع على وقوع الحجب به الاقول ابن عباس و وقوع الحجب باختين ليس عليه دليل ، فاما قوله تعالى «فان كان له اخوة» وان كان لفظه لفظ الجمع فنحن نحمله على الاثنين بدلالة اجماع من الفرقة على أن فى الناس من قال : اقل الجمع اثنان فعلى هذا قد وفى الظاهر حقه .

مسئلة ٣٢ - لا يقع الحجب بالاخوة والاخوات اذا كانوا من قبل الام ، وخالف جميع الفقهاء ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة ، ولان ما اعتبرناه مجمع على وقوع الحجب به وليس على ما قاله دليل ؛ وقوله تعالى «فان كان له اخوة» فنحن نخصه بكلالة الاب بدلالة اجماع الفرقة على ذلك

مسئلة ٣٣ - زوج وابوان عندنا للزوج النصف وللأم ثلث الاصل والباقى و هو

(١) يأتى فى مسئلة - ١٥٢ - افراد ابى عباس بخمس مسائل ولكن فى تلخيص الخلاف

بثلاث ولعله الصحيح اذ لم يذكر هناك الاثلاث مسائل

السدس للاب، وبه قال عبدالله بن عباس واليه ذهب شريح ، وروى عن علي عليه الصلاة والسلام مثله في المسئلتين ، وقال جميع الفقهاء : للام ثلث ما يبقى - دليلنا - اجماع الفرقة و ايضا قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث » فاطلقها لها الثلث ، مع عدم الولد سواء كان زوجا لم يكن فمن قال ثلث ما يبقى فقد ترك الظاهر ، وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ٣٤ - زوجة ابوان للزوجة الربع بلاخلاف ، وللأم ثلث جميع المال ، وما يبقى فللاب ، وبه قال ابن عباس ، وقال جميع الفقهاء : لها ثلث ما يبقى مثل المسئلة الاولى سواء ، وقال ابن سيرين في المسئلة الاولى بقول الفقهاء ، وفي هذه المسئلة بقولنا - دليلنا - الآية واجماع الفرقة ، فاما فرق ابن سيرين فانه يسقط بالاجماع لان من خالف الاجماع في مسئلة مثل من فرق بين مسئلتين على السواء في انه مخالف للاجماع .

مسئلة ٣٥ - زوج واخت لاب وام للزوج النصف ، وللأخت النصف الاخر بلاخلاف ، فان كان زوج واختان لاب وام اولاب فللزوج النصف من اصل المال والباقي للاختين ولا عول ، وعند الفقهاء انها تعول الى سبعة - دليلنا - اجماع الفرقة على ذلك ، وايضا فاذا ثبت بطلان العول ثبت هذه المسئلة لان احد الاقوال بهامع بطلان العول .

مسئلة ٣٦ - زوج وام واختان لاب وام للزوج النصف والباقي للام ولا يرث معها الاختان ، وعند الفقهاء انها تعول الى ثمانية (١) - دليلنا - اجماع الفرقة ولان الله تعالى جعل للام الثلث مع عدم الولد ، وكل من قال ان لها ثلث جميع المال قال هي هنا ان لها الباقي بالرد .

مسئلة ٣٧ - زوج واختان لاب وام واخ لام للزوج النصف ، والباقي للام ولا شيء للاختين ولا للاخ من الام معها ، وعند الفقهاء انها تعول الى تسعة - دليلنا - ما

(١) عولها الى ثمانية يبين على حاجبية الاختين للام عن الثلث الى السدس مع عدم شرطية وجود الاب في الحجب كما هو مذهبهم وكذلك عولها الى تسعة في مسئلة ٣٧ - وعولها الى عشرة في مسئلة ٣٨ - مبني على مذهبهم في الحجب

قلناه (١) في المسئلة (المسئلتين خل)(الاولتين خل) الاولى سواء .

مسئلة ٣٨ - زوج واختان لام واب واختان لام وام للزوج النصف و الباقي للام ، وعند الفقهاء انه يعول الى عشرة ؛ وهذه المسئلة يقال لها ام الفروخ . دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٩ - زوج و بنتان وام للزوج الربع ، وللأم السدس و الباقي للمبتنتين ولاعول ، وعند الفقهاء انها تعول من اثني عشر الى ثلاثة عشر - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٠ - زوج وابوان و بنتان للزوج الربع وللأبوين السدسان و الباقي للمبتنتين ، وعندهم يعول الى خمسة عشر - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤١ - زوج وابوان و بنت للزوج الربع و للأبوين السدسان و الباقي للبنت ، و عند الفقهاء انها تعول الى ثلاثة عشر - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٢ زوجة واختان من اب وام وام للزوجة الربع وللأم مابقي ، و عند الفقهاء تعول من اثني عشر الى ثلاثة عشر - دليلنا - ما قدمناه قلناه خل) في المسئلة (المسايل خل) الاولى (الاول خل) سواء .

مسئلة ٤٣ - فان كان معهم اخ من ام كان للزوجة الربع و الباقي للام ؛ و عندهم تعول الى خمسة عشر - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٤ - فان كان معهم اخ آخر فمثل ذلك ، و عندهم تعول الى سبعة عشر دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٥ بنتان و ابوان (اب وام خل) و زوجة ، للزوجة الثمن و لأبوين السدسان و الباقي للمبتنتين ، و عندهم تعول من اربعة و عشرين الى سبعة و عشرين دليلنا - ما قلناه سواء و هذه المسئلة يقال لها المنبرية (٢) التي قال فيها صار

(١) هذه المسئلة الثالثة التي انفرد بها من جملة الخمس مسائل (٢) القائل على عليه السلام في المنبر

منها تسعاً .

مسئلة ٤٦ - للبنتين فضاء الثلثان ، وبه قال عامة الفقهاء ، و رويت رواية شاذة عن ابن عباس ان للبنتين النصف و للثلاث فما فوقها (قهن خ ل) الثلثان دليلنا - اجماع الفرقة و اجماع الامة في عصرنا لان خلاف ابن عباس قد انقض ، و قوله تعالى : « فان كن نساء فوق اثنتين » لا خلاف انها نزلت بسبب البنتين ، لا يجوز ان تنزل الآية على سبب ، ولا يدخل السبب فيها وايضاً قيل : قوله فوق صلة مثل قوله تعالى « فاضربوا فوق الاعناق » والمعنى اضربوا الاعناق ، و روى جابر ان امرأة اتت النبي ﷺ ومعها ابنتان فقالت : هاتان بنتا سعد بن ربيعة قتل يوم احد معك وان عمهما اخذ جميع مالهما وميراثهما فترى والله لا تنكحان ولا مال لهما فقال النبي ﷺ : يقضى الله في ذلك فزول قوله تعالى « يوصيكم الله في اولادكم للذكور مثل حظ الانثيين » الى قوله « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك » فقال النبي ﷺ : يا جابر ادع الى المرأة وصاحبها قال : فدعوتهما فقال ﷺ اعطهما الثلثين ، والام الثمن ، وما يبقى فلك ، ووجه الدلالة انهما كانتا اثنتين فقال اعطهما الثلثين .

مسئلة ٤٧ - بنت و بنت ابن و عصبه المال للبنات النصف بالتسمية والباقي رد عليها و قال الفقهاء : للبنات النصف و لبنت الابن السدس تكملة الثلثين و الباقي للعصبة - دليلنا اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى : « و اولو الارحام بعضهم اولى ببعض » و البنت اولى لانها أقرب ؛ والقول بالعصبة باطل على ما سنبينه فيما بعد .

مسئلة ٤٨ - بنت و بنت ابن و عصبه للبنات النصف بالفرض والباقي رد عليها ، و قال الفقهاء لها النصف و السدس لبنت الابن و الباقي للعصبة - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الادلى سواء .

مسئلة ٤٩ - بنتان و بنت ابن و عصبه للبنتين الثلثان بالتسمية والباقي رد عليهما و قال الفقهاء : للبنتين الثلثان و تسقط بنت الابن و الباقي للعصبة - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الادلى سواء .

مسئلة ٥٠ - بنتان وبنت ابن ومعهما ابن ابن للبنتين الثلثان والباقي رد عليهما، وقال جميع الفقهاء : لهما الثلثان والباقي بين بنت الابن واخيها «للمذكر مثل حظ الانثيين» وقال عبدالله بن مسعود : للبنتين الثلثان والباقي لابن الابن ، و تسقط بنت الابن و هذه المسئلة الثانية التي انفرد بها من جملة الخمس مسائل - دليلنا ما قدمناه (قلناه خ ل) في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٥١ - زوج وابوان وبنت وبنت ابن للزوج الربع وللابوين السدسان والباقي للبنت، وليس لبنت الابن شيء، وقال جميع الفقهاء: هذه عن اني عشر تعول الى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة، وللابوين السدسان اربعة، وللبنت النصف ستة، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين سهما - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولي سواء .

مسئلة ٥٢ - بنت وبنت ابن وابن ابن للبنت النصف بالتسمية والباقي لها بالرد وقال الفقهاء : الباقي لبنات الابن مع اخيهم « للمذكر مثل حظ الانثيين » وقال ابن مسعود بنات الابن يدفع اليهن ما هو اضر بهن من السدس و المقاسمة ، (او خ ل) فان كانت المقاسمة اضر بهن فلهن المقاسمة وان كان السدس اضر بهن من المقاسمة فلهن السدس بناء على اصله ان البنات اذا استكملن الثلثين وكان هناك بنت ابن وابن ابن فان الباقي لابن الابن لان عنده بعد تكملة الثلثين لا ترث بنات الابن ، وان كان معهن أخ فلهن السدس اضر بهن لانه اذا كان بنات الابن أكثر من بنى الابن فالسدس اضر بهن و ان كانوا بنوا الابن أكثر فالمقاسمة اضر بهن - دليلنا - ما قدمناه (قلناه خ ل) في المسائل الاول .

مسئلة ٥٣ - بنتان وابن ابن وبنت ابن للبنتين الثلثان بالفرض والباقي رد عليهما ويسقط الباقيون ، وقال الفقهاء : الباقي لابن الابن وتسقط بنت ابن الابن لان العصبه من الادلاد يسقطون من هوانزل منهم ، الا ترى ان الابن يسقط ابن الابن والاخ يسقط ابن الاخ - دليلنا - ما قدمناه في المسائل الاول .

مسئلة ٥٤ - بنتان وبنت ابن وابن ابن ابن للبنتين الثلثان والباقي رد عليهما ويسقط الباقيون ، وقال الفقهاء : الباقي بين بنت الابن وابن ابن الابن « للمذكر مثل حظ الانثيين » و

قال ابن مسعود : الباقي لابن ابن الابن وسقط بنت الابن ، وممن يقول الباقي بينهما من خالف غيرها وهو الاصم فقال الباقي لابن ابن الابن ولا يعصب هذا (١) لابن بنت ابن دليلنا - ما تقدم وتكرر

مسئلة ٥٥ - بنتان واخت لاب وام اولاب للبنتين الثلثان فرضاً والباقي رد عليهما وقال الفقهاء : الباقي للاخت لان الاخوات مع البنات عصبية - دليلنا - ما قدمناه في المسائل الاول وايضاً قوله تعالى : «ان امرء هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك ففرض لها النصف مع عدم الولد وهيئنا ولدوهى البنت ، فمن اعطاها مع وجود الولد فقد خالف الظاهر .

مسئلة ٥٦ - بنت واحدة واخت لاب وام اولاب للبنت النصف بالفرض والباقي رد عليها ؛ وقال الفقهاء : الباقي للاخت بالتعصيب - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٥٧ - ولد الولد يقوم مقام الولد ويأخذ كل واحد نصيب من يتقرب به ، فولد البنت يقوم مقام البنت ذكراً كان او انثى ، و ولد الابن يقوم مقام الابن ذكراً كان او انثى فاذا (و خ ل) اجتمعا اخذ كل واحد نصيب من يتقرب به مثال ذلك بنت ابن و ابن بنت ، ، لبنت الابن الثلثان ولابن البنت الثلث ، ثم الاقرب يمنع الا بعد ، والاعلى يمنع الاسفل ، فعلى هذا لا يجتمع الاعلى مع من هو انزل منه ذكراً كان او انثى ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : ولد الولد يقوم مقام الولد ومعناه لو كانوا (لم يكن خ ل) ولد الصلب لورثوا (ث خ ل) ميراث ولد الصلب فولد البنت لا يرث على مذهب الشافعى ، وقد مضى الخلاف فيه ، وبنت الابن تأخذ النصف ، وان كان معها اخوها كان للمذكر مثل حظ الانثيين ، وبنتا الابن لهما الثلثان ، وبنت الابن مع بنت ابن الابن تجزيان مجرى البنت للصاب مع بنت الابن ، وقد مضى الخلاف ، ثم على هذا التنزيل (الترتيم خ ل) للبنت العليا النصف وللمتى تليها تكملة الثلثين ويسقط من هو انزل منها

الان يكون معها أخوها فيكون الباقي بينهما المذكور مثل حظ الانثيين - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٥٨ - بنوا الاخ برنون مع العجد وان نزلوا ويقومون مقام ابيهم ، و خالف جميع الفقهاء فى ذلك ، وقالوا (هم خ ل) يسقطون مع العجد - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٥٩ - اخت من اب وام واخت من اب وعصبة للاخت من الاب والام النصف بلاخلاف ، والباقى عندنا رد (يردخ ل) عليها لانها تجمع السببين ، وقال جميع الفقهاء للاخت للاب السدس تكامه الثلثين والباقى للعصبة - دليلنا - اجماع الفرقة وقيام الدليل على بطلان القول بالعصبة لان الاخت من الأب والام تجمع السببين ، والاخت من الاب لها سبب واحد فهى اولى بالباقى ، و قوله تعالى : «وانكنا اثنتين فلهما الثلثان» لا يتناولهما لانه لو تنازلهما لكان ذلك بينهما بالسوية .

مسئلة ٦٠ - اخت من أب وام وأخوات من أب عصبة ، للاخت من الاب والام النصف بلاخلاف والباقى عندنا ردعليها ، وعند الفقهاء للاخوات من الاب السدس تكملة الثلثين والباقى للعصبة - دليلنا - ما قلناه (قدمناه خ ل) فى المسئلة الادلى سواء .

مسئلة ٦١ - اختان من أب وأم واخت من أب وابن أخ من أب للاختين الثلثان بلاخلاف ، والباقى عندنا ردعليهما ويسقط الباقيون ، وقال جميع الفقهاء : الباقى لابن الاخ من الاب لانه عصبة ، ولا شىء للاخت من الاب - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء و لان الاخت للاب والام مع انهما تجمع السببين أقرب بدرجته فهى اولى .

مسئلة ٦٢ - اختان من ام وأب واخت واخ من اب للاختين الثلثان بلاخلافى و الباقى عندنا ردعليهما وقال جميع الفقهاء : الباقى للاخ والاخت من الاب .

(المذكور مثل حظ الانثيين) وقال ابن مسعود : الباقى للاخ وتسقط الاخت للاب بناء

على اصله فى البنتين وبنت ابن وابن ابن - دليلنا - ما قدمناه فى المسائل الاولى .

مسئلة ٦٣ - اخت من اب وام واخ واخوات من اب للاخت من الاب والام النصف ، بال
 خلاف ، والباقي عندنارد عليها ، وقال الفقهاء : الباقي للاخ والاخوات « للذكر مثل حظ
 الانثيين » وقال ابن مسعود : يكون للاخوات من الاب ما يكون اضربهن ، فان كان
 السدس اضربهن فلهن السدس وان كانت المقاسمة اضربهن فيتقاسم (فيقاسمهم
 اخوهم ص فل) بينهم بناء على اصله على ما مضى دليلنا - ما قدمناه في المسائل
 الاولى سواء .

مسئلة ٦٤ - ثلاث اخوات متفرقات وعصبة للاخت من الاب والام النصف ؛
 وللأخت من الام السدس والباقي رد على اخت من الاب والام ، ومن اصحابنا من قال :
 يرد عليهما لانهما ذر سهم وتسقط الأخت من الاب ، وقال جميع الفقهاء للاخت من
 الاب السدس تكملة الثلثين والباقي للعصبة - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة (المسائل
 خ) الاولى سواء .

مسئلة ٦٥ - ثلاث أخوات متفرقات مع احديهن نظرت فان كان مع الأخت للام
 فان لهما الثلث ؛ وللأخت من الاب والام النصف ؛ و الباقي رد عليها ، و تسقط الأخت
 من الاب ، وقال الفقهاء : للاخت من الاب السدس تمام الثلثين ، وان كان الاخ مع الأخت
 للاب والام يكون للاخت من الام السدس والباقي للاخت من الاب والام مع اخيها ، و
 تسقط الأخت من الاب بلاخلاف ، وان كان الاخ مع الأخت للاب كان للاخت للام السدس
 للاخت للاب والام النصف ، و الباقي رد عليها ، وقال الفقهاء : للاخت من الاب
 (الام ص ف) السدس ، والباقي للاخ والأخت من قبل الاب « للذكر مثل حظ الانثيين
 دليلنا - ما قدمناه في المسائل الاولى .

مسئلة ٦٦ - ثلاث اخوات متفرقات مع كل واحدة منهن اخ فان للاخ والأخت
 من الام الثلث ، والباقي للاخ والأخت من قبل الام والاب « للذكر مثل حظ الانثيين »
 بلاخلاف ويسقط الاخ والأخت من قبل الاب - دليلنا - اجماع الفرقة ، ودليلهم ما
 رواه ابو اسحاق عن الحرث عن علي بن ابي طالب ان النبي ﷺ قال اعيان بنى الام يرنون

دون بنى العلات يرث الرجل اخاه من ابيه وامه دون أخيه من أبيه .

مسئلة ٦٧ - لا يرث مع البنات واحدة كانت او ننتين أحد من الاخوات ، وقال الفقهاء : بنت واخت و بنت واخوة و اخوات من قبل اب (الاب والام خ ل) او من قبل اب (الاب خ ل) للبنات النصف ، والباقي للاخت او الاخوة والاخوات لان الاخوات مع البنات عسبة ، وقالوا : فى بنت و بنت ابن واخت للبنات النصف ، ولبنات الابن السدس والباقي للاخت ، وقال عبدالله بن مسعود : لا ترث الاخت لان الاخوات لا يرث ، مع البنات ولا يكن عسبته مع البنات ، وبه قال ابن عباس وهذا مثل قولنا - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى « ان امرء هلك ليس له ولد وله اخات فلها نصف ما ترك » و هيهنا له ولد ' وايضاً ما رووه عن النبي ﷺ انه قال : الحقوا الفرائض باهلها فما تركت : وفى بعضها فما ابقت فلرجل (فالأولى عسبة خ ل) ذكر وفى بعضها فللذكر .

مسئلة ٦٨ - أبوان واخوة للام السدس والباقي للاب بلاخلاف الاماروى عن ابن عباس برواية شاذة انه قال : السدس الذى حججوا به الام يكون للاخوة - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى : « وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس فاضاف الميراث الى الابوين ، ثم جعل سهم الام الثلث والباقي حصل للاب كما يقول القائل ساقيتك على ان لك ثلث الثمرة فيكون الباقي لرب النخل ، ثم قال : فان كان له اخوة فلامه السدس فجعل لها السدس مع الاخوة ، والباقي يكون للاب لانه اضاف المال اليهما ثم أخرج الثلث ثم أخرج السدس على صفة فلا يكون للام مع تلك الصفة الا السدس والباقي للاب .

مسئلة ٦٩ - بنت وأب للاب السدس وللبنت النصف والباقي رد عليهما على قدر سهامهما ، وقال الفقهاء : الباقي يرد (رد خ ل) على الاب بالتعصيب - دليلنا - اجماع الفرقة وقيام الادلة على بطلان القول بالتعصيب ، وانما الرد بالقربى ، والقربى من الجهتين واحدة فيجب ان يرد عليهما على قدر نصيبهما .

مسئلة ٧٠ - بنتان واب لهما الثلثان ، ولاب السدس ، والباقي رد عليهم على قدر اسامهم ، (سهامهم خ ل) وقال الفقهاء : الباقي للاب - دليلنا - ما قلناه فى

المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٧١- بنت وبنت ابن واب للمبنت للصلب النصف وللاب السدس والباقي رد عليهما وتسقط بنت الابن معهما ، وقال الفقهاء : للاب السدس (و-لمبنت الصلب النصف ولمبنت الابن تكملة الثلثين خ) و للمبنتين الثلثان والباقي للاب بالتعصيب -دليلنا ماقلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٧٢- لآثر واحد من الجدات مع اولاده ، وقال جميع الفقهاء : للمجدة السدس مع الولد-دليلنا- اجماع الفرقة واخبارهم ، وقوله تعالى : « واولوالارحام بعضهم اولى ببعض »

مسئلة ٧٣- للمجدة من قبل الام نصيب الام اذا لم يكن غيرها الثلث المسمى للام ، و الباقي يردها كما يردها على الام ، وان اجتمعت جدتان جدة ام وجدة اب كان للمجدة من قبل الام الثلث ، وللمجدة من قبل الاب الثلثان ، وكل واحدة تأخذ نصيب من تتقرب به وقال ابن عباس : جدة الام لها الثلث نصيب الام كما قلناه ، وقال الفقهاء كلهم : لها السدس فان اجتمعتا كان السدس بينهما نصفين - دليلنا - اجماع الفرقة على ذلك واخبارهم .

مسئلة ٧٤- ام الام ترث وان علت بالاجماع ؛ وام اب الام ترث ايضا عندنا اذا لم يكن هناك من هو اقرب منها ، وتقاسم من هو في درجاتها ، وعندهم انها لا ترث بالاجماع وام ام الاب ترث وان علت بالاجماع ، وام اب الاب ترث عندنا الا أن يكون هناك من هو اقرب منها ، والمشافعي فيها قولان : احدهما أنها ترث وهو الصحيح عندهم ، وبه قال في الصحابة على عليه السلام وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت ، وفي الفقهاء اهل البصرة والحسن البصرى وابن سيرين واهل الكوفة وابو حنيفة وأصحابه ، والقول الثانى وهو الضعيف انها لا ترث ، وبه قال فى الصحابة سعد بن أبى وقاص واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وأهل الحجاز ومالك وربيعة-دليلنا- اجماع الفرقة وقوله تعالى : « واولوالارحام بعضهم اولى ببعض » وهؤلاء كلهم من اولى الارحام فيجب أن يرثوا ومن منع منه فعليه الدلالة .

مسئلة ٧٥- ام امام هي ام اب اب، صورتها كان لها ابن ابن ابن ، وبنت بنت بنت فتزوج ابن ابن ابنا بنت بنت بنت فجاءت بولد فهي ام امام وام اب اب ، فاذا مات المولود تراث بالسبيين معاً عندنا على حسب استحقاقهما وفي أصحاب الشافعي من قال: تراث بالسبيين معاً نلنى السدس وهو قول ابن عباس (ابى العباس خـل) وبه قال الحسن بن صالح بن حى و محمد وزفر، قالوا : تراث ميراث جدتين ، وكما اذات بقراية توارث بمثلها ورثت مع الجدات الاخر بعدد قراياتها فى السدس ، و مذهب الشافعي انها لا تراث بمثلها ورثت مع قال ابو يوسف - دليلنا - ما قدمناه فى المسائل الاول من اجماع الفرقة ، وآية اولو الارحام.

مسئلة ٧٦- ام اب الام تراث عندنا، وبه قال ابن سيرين، وقال جميع الفقهاء: لا تراث دليلنا- ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ، وايضاً فان اسم الجدة يتنا ولها فتدخل تحت ظواهر الاخبار .

مسئلة ٧٧- ام اب اب لا تسقط بام اب، وعند الشافعي تسقط لانها جهة واحدة وعن ابن مسعود روايتان: احدها مثل قول الشافعي، والثانية مثل قولنا- دليلنا- ان درجتها واحدة فوجب أن لا تسقط احديهما بالآخرى ، ومن اسقطها فعليه الدلالة .

مسئلة ٧٨ - اذا كانت قريى وبعدى من جهة واحدة مثل أن تكون ام وام ام او ام اب وام اب فان القريى تحجب البعدى بالاخلاف ، واذا اختلفت جهات الجدات مثل أن تكون من جهة الام ، ومن جهة الاب فانها تسقط البعدى بالقريى عندنا وان تساوى بال تسقط احديهما مثل ام وام او ام اب او ام اب وام ام فانها تسقط القريى البعدى ، واختلفت الصحابة فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فذهب على عليه الصلاة والسلام الى انه تسقط البعدى بالقريى سواء كانت من قبل الام او من الاب مثل ما قلناه ، وبه قال أهل العراق ، وقال ابن مسعود : (١) يتشاركون فيه القريى والبعدى من قبل الاب ومن قبل الام ، والثالث مذهب زيد بن ثابت انه قال : ان كن من قبل الام فان البعدى تسقط بالقريى ، وان كن من قبل الاب ففيه روايتان

(١) هذه المسئلة الخامسة من المسائل الخمس التي انفرد بها وتأتى ثانيا

إحداهما لا تسقط ويشرك بينهما في السدس ، وبه قال مالك وأكثر أهل الحجاز (و خ ل)
 للشافعي فيه قولان : احدهما انه تسقط البعدي بالتقريب والثاني انهما انكنا (نتا خ ل) من
 قبل ام فان القريب تسقط البعدي ، وان كانا (نتا خ ل) من قبل أب فعلى قولين مثل قول زيد
 دليلنا - اجماع الفرقة ، ايضاً قوله تعالى « **واولو الارحام بعضهم اولى ببعض** »
 واذا كانت احديهما أقرب فهي اولى بالميراث ، ومن سوى بينهما فعليه الدلالة .

مسئلة ٧٩ - ام الام لانث عندنا مع الاب ، وقال الشافعي مع باقى الفقهاء : لها
 السدس - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى « **واولو الارحام بعضهم اولى ببعض** »
 وهذه قد بعدت لانها تدلى بالام والام تدلى بنفسها والاب يدلى بنفسه ، فلا يجوز أن
 يشاركه من يدلى بغيره ، وايضاً ليس فى القرآن ولا فى السنة انها ترث مع الاب فيجب
 (فوجب خ ل) ان لانث معه .

بطلان القول بالعصبة

مسئلة ٨٠ - القول بالعصبة باطل عندنا ، ولا يورث بهافى موضع من المواضع ،
 وانما يورث بالفرض المسمى او القريبى او الاسباب التى يورث بها من الزوجية والولاء .
 وروى ذلك عن ابن عباس لانه قال فيمن خلف بنتا وختا : ان المال كله للبنات دون الاخت ،
 ووافق جابر بن عبد الله فى ذلك ، وحكى الساجى ان عبد الله بن الزبير قضى بذلك ، وحكى
 الطبرى مثل ذلك ، وروى موافقة بن عباس عن ابراهيم النخعى وروى عنه الاعمش ولم يجعل
 داود الاخوات مع البنات عصبة ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك واثبتوا العصبات من جهة
الاب والابن - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير ، منها ما
 رواه عبد الله بن بكير عن حسين الرزاز (البزاز) قال : امرت من يسأل ابا عبد الله عليه السلام المال
 لمن هو ؟ للاقرب او العصبة (للعصبة خ ل) فقال : المال للاقرب ، والعصبة فى فيه التراب ،
 وروى حكيم بن جابر عن زيد بن ثابت انه قال : من قضاء الجماعة ان يورث الرجال دون
 النساء ، واستدل اصحابنا على ذلك ايضاً بقوله تعالى « **للرجال نصيب مما ترك الوالدان و**
الاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه او كثر نصيباً

مفروضاً ، فذكر تعالى ان للنساء نصيباً مما تركه الوالدان والاقرابون كما ان
للرجال نصيباً في مثل ذلك ، ولئن جاز لقاتل أن يقول ليس للنساء نصيب جاز أن يقول آخر
ليس للرجال نصيب ، ويدل أيضاً على بطلانه قوله تعالى : « واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
في كتاب الله » فحكم ان ذوى الارحام بعضهم اولى ببعض ، وانما اراد بذلك الاقرب
فلا اقرب بلا خلاف ، ونحن نعلم أن الميت اقرب من ابن ابن ، ومن ابن العم ، ومن العم
ايضاً نفسه لانها تتقرب بنفسها الى الميت ، وهؤلاء يتقربون بغيرهم وبمن بينه وبينهم درج
كثيرة ، واستدل المخالفون بخبر روه عن وهيب عن ابن طاوس عن ابيه عن ابن عباس عن
النبي ﷺ انه قال : الحقوا الفرائض فما ابقت الفرائض فلا ولي عصبه ذكر ، وبخبر
روه عن عبدالله بن محمد بن عقيل عن جابر ان سعد بن الربيع قتل يوم احد وان النبي ﷺ
راى امرأة فجاءت بابنتي سعد فقالت يا رسول الله ان اباهما قتل يوم احد واخذ عمهما المال
كله ولا تنكحان الاولهما مال فقال النبي ﷺ : سيقضى الله في ذلك فانزل الله تعالى
« يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » حتى ختم الاية فدعى النبي ﷺ
عمهما وقال : اعطى الجاريتين الثلثين واعطاهما الثمن وما يبقى لك واستدلوا بقوله تعالى
(واني خفت الموالي من ورائي وكانت امراتي عاقراً فهب لي من لدنك ولياً يرثني)
وانما خاف ان يرثه عصبه فستل الله تعالى ان يرزقه (يهب له خل) ولياً يرثه دون عصبه ولم
يسأل وليه فترث ، وقد طعن في هذه الاخبار بما يرجع الى سندها بان قبل هذا خبر رواه
زيد بن هارون عن سفيان عن ابن طاوس عن ابيه عن النبي ﷺ مرسل ولم يذكر فيه ابن
عباس وانما ذكر فيه ابن عباس وهيب ، وسفيان اثبت من وهيب ، واحفظ منه ومن غيره ، وهذا
يدل على أن الرواية غير محفوظة ، هذا الذي ذكرناه ذكره الفضل بن شاذان ؛ وليس هذا
طعن لأن هذه الرواية قد رويت مسندة من غير طريق وهيب ، روى ابو طالب الانباري عن
الغرياني والصاغاني جميعاً قالا : حدثنا ابو كريب عن علي بن سعيد الكندي عن علي بن
عباس عن ابن طاوس عن ابيه عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال الحقوا بالاموال الفرائض فما
ابقت الفرائض فلا ولي عصبه ذكر والذي يدل على بطلان هذه الرواية أنهم روى ابن طاوس
خلاف ذلك وانه تبرء من هذا الخبر ، وذكر انه شئ ، القاه الشيطان على السنة العامة روى

ذلك ابوطالب الانباري قال : حدثنا محمد بن أحمد البربري قال : حدثنا بشر بن هارون قال :
حدثنا الحميري قال : حدثنا سفيان عن ابي اسحاق عن قاربه بن مضرب قال : جلست الى ابن
عباس وهو بمكة فقلت يا بن عباس حديث يرويه اهل العراق عنك وطاوس مولاك يرويه ان
ما بقى الفرائض فلاولى عصبة ذكر قال : امن اهل العراق انت ؟ قلت نعم قال : ابلغ من
وراك انى اقول ان قول الله عز وجل « ابائكم وابنائكم لا تذرون ايهم اقرب لكم نفعاً
فريضة من الله » وقوله (واولوا الارحام بعضهم اولي ببعض في كتاب الله)
وهل هذه الافريضة ان ؟ وهل اقبيا شيئاً ؟ ما قلت : هذا واطاوس ، يرويه على ، قال قاربه
بن مضرب : فلقيت طاوس فقال : لا والله ما رويت هذا عن على بن عباس قط ، وانما الشيطان
الفاه على السننهم قال سفيان : اراه من قبل ابنه عبدالله بن طاوس فانه كان على خاتم سليمان
بن عبد الملك وكان يعمل على هولاء القوم حملاً شديداً يعنى بنى هاشم ثم لا خلاف بين
الامة ان هذا الخبر ليس على ظاهره لان ظاهره يقتضى ما اجمع المسلمون على خلافه ،
الاترى ان رجال لومات وخلف بنتاً واخاً واختاً فمن قولهم اجمع ان للبننت النصف ، وما بقى
فللاخ والاخت « لئلا كرم مثل حظ الانثيين » والخبر يقتضى ان ما بقى للاخ لانه الذكر ،
وكذلك لو ان رجالات وترك بنتاً وابنة ابن وعماً ان يكون النصف للبننت ، وما بقى للعم
لانه اولى ذكر ، ولا تعطى بنت الابن شيئاً وكذلك فى اخت لاب واخت لاب وام ، وابن عم ، انه
لا تعطى الاخت للاب شيئاً بل تعطى التى من قبل الاب والام النصف ، وما بقى لابن العم لانه
اولى ذكر ، وكذلك فى بنت وابن ابن وبنت ابن ، وكذلك فى بنت ابن واخوة واخوات لاب
وام وامثال ذلك كثيرة جدا ، فان قالوا : جميع ما ذكر تموه لا يلزمنا منه شىء لاننا نقل فى
هذه المواضع الالطواهر دلت عليه صرفتنا عن استعمال الخبر فيه ، الاترى ان البننت مع بنت
الابن والعم انما اعطينا بنت الابن السدس لان الظواهر تقتضى ان للبننتين الثلثين ، واذا علمنا
ان للبننت من الصلب النصف علمنا ان ما بقى وهو السدس لبننت الابن ، وكذلك القول فى
الاخت والاب والام والاخت للاب والعم ، وكذلك فى بنت وبنت ابن ، وابن ابن ، لان للاختين
الثلثين وقد علمنا ان للاخت من قبل الاب والام النصف علمنا ان ما يفضل وهو السدس للاخت
من قبل الاب ، وكذلك قوله « يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين

يقضى ان بنت الصلب وبنت الابن وابن الابن المال بينهم « للذكر مثل حظ الانثيين » واذا علمنا ان للبنات من الصلب النصف علمنا ان ما يبقى للباقيين على ما فرض الله قيل : لهم هذا باطل (تمل خل) لان الموضوع الذى تناولنا للاختين الثلثين اقتضى ان لكل واحدة منهما مثل نصيب صاحبتهما ، وليس فرض كل واحدة منهما مع الانضمام فرضها مع الانفراد ، وكذلك القول فى البنت للصلب مع بنت الابن ، فان كان الظاهر يتناولهما فوجب ان يقتضى ان لكل واحدة منهما مثل نصيب صاحبتهما ، فاذا لم يقولوا ذلك علمنا انهم مناقضون ، وكذلك القول فى المسائل الاخر على ان هذا انما الزمناهم على اصولهم ، وناقضناهم على مذاهبهم لان عندنا ان هذه المسائل كلها الامر فيها بخلاف ذلك ، لان مع البنت للصلب لا يرث احد من الاخوة والاخوات على حال ، ولا يرث معها احد من ولد الولد ، ولا مع الاخ للاب (ومن خل) الام يرث العم ولا الاخت من الاب لقوله تعالى « واولو الارحام بعضهم اولى ببعض » وان البنت للصلب اولى واقرب من جميع من ذكره ، فقد بينا انهم تاركون لظاهر الخبر ، واذا تركوا ظاهره الى ما قالوه جازلنا ان نحمله على ما نقوله بان نقول هذا الخبر على تسليمه يحتمل اشياء ، منها ان يكون مقدر افى رجل مات وخلف اختين من قبل الام ، وابن اخ ، وبنت اخ لاب وام واخاً لاب ، فللاختين من قبل الام الثلث فرضهما ، وما بقى فلاولى ذكر ، وهو الاخ للاب ، وفى مثل امراة وخال وخالة وعم وعمة وابن اخ فللمراة فرضتها الربع وما بقى فلاولى ذكر وهو ابن الاخ ، ويسقط الباقيون ، فان قيل : ليس ما ذكرتموه صحيحاً لانه انما ينبغي ان يبينوا ان اولى ذكر يحوز الميراث مع التساوى فى الدرجه فاما اذا كان احدهما اقرب فليس بالذى تناوله الخبر ، قلنا ليس فى ظاهر الخبر ان ما ابقت الفرائض فلاولى عصبه ذكر مع التساوى فى الدرجه بل هو عام فى المتساويين ، وفى المتبايعين واذا حملناه على شىء من ذلك برئت عهدهما ، على انه لو كان المراد به مع التساوى لم يجوز لهم ان يورثوا ابن العم والعم مع البنت لان البنت اقرب منهما ، ولا محيص عن ذلك الا بالتعلق بعمومه ، على انه يمكن ذلك مع التساوى فى الدرجه بان نقول هذا مقدر فى رجل مات وخلف زوجة واخا لاب وام واختا لاب فللزوجة سهمها المسمى الربع ، والباقى للاخ للاب والام ولانورث (ترث خل)

معها الاخوت من قبل الاب وفي مثل امرئ مائت وخلفت زوجاً وعماً من قبل الاب والام وعمه من قبل الاب، فللزوجة النصف سهمه المسمى ، وما بقى فللمعلم للاب والام ولا يكون للعمه من قبل الاب شيء ، وهذا وجه صحيح وليس يلزمنا ان تناول الخبر على ما يوافق الخصم عليه لانه لو كان كذلك لما جاز تأويل شيء من الاخبار المخالفة من يخالف في ذلك وقد ائتم القائلون بالعصبة من الاقوال الشنيعة ما لا يحصى ذكرنا بعضها في تهذيب الاحكام، من ذلك ان يكون الولد الذكر المصلب اضعف سبباً من ابن ابن العم بان قيل لهم اذا قدرنا ان رجالات وخلف ثمانية وعشرين بنتاً وابناً كيف يقسم المال فمن قول الكل ان للابن جزئين من ثلثين، ولكل واحدة من البنات جزء من ثلثين، وهذا بلا خلاف فقيل لهم: فلو كان بدل الابن ابن ابن العم فقالوا: ان لابن ابن العم عشرة اسهم من ثلثين سهماً وعشرين جزء الثمانية، وعشرين بنتاً وهذا على ما ترى تفصيل للبعيد على الولد للمصلب ، وفي ذلك خروج من العرف والشريعة وترك لقوله تعالى: « و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض » وما يجري هذا المجرى من الازمات والمعارضات فمن ازادها وجدها هناك ، واما الكلام على الخبر الثاني فقيل ان روايه رجل واحد ، وهو عبدالله بن محمد بن عقيل وهو عندهم ضعيف ، ولا يحتجون بحديثه وهو منفرد بهذه الرواية ومع هذا فهي معارضة لظاهر القرآن ، واما ما تعلقوا به من قوله تعالى: « و انى خفت الموالي » فانما هو تأويل على خلاف الظاهر ، وذلك انه لم يكن له بنو العم فيرثوه بسبب ذوى الارحام لا بسبب العصبة لانه لو لم يكن بنو العم وكان بدلهم بنات العم لورثته بسبب ذوى الارحام فليس في هذا ما يدل على العصبة ، واما قولهم انه سأل ولياً ولم يسئل عليه فانما ذلك لان الخلق كلهم يرغبون في البنين دون البنات فهو عليه صلى الله عليه وآله انما سئل ما عليه طبع البشر ولو كان يعلم انه لو ولد له انشى لم يكن يرث العصبة البعدى مع الولد الاقرب ، لكن رغب فيما يرغب الناس كلهم فيه ، على ان الاية دالة على ان العصبة لا ترث مع الولد الا انشى لقوله تعالى « و كانت امراتي عاقراً » والعاقرة هي التي لا تلد فلولم تكن امرأته عاقراً وكانت تلد لم يخف الموالي من ورائه لانها متى ولدت ولداً كان ذكراً او انشى ارتفع عقرها ، واحرز الولد الميراث ، ففي الاية دلالة واضحة على ان العصبة لا ترث

مع احد من الولد ذكرا كان او انثى، على ان الانسليم ان ذكر يا سئل الذكر دون الانثى بل الظاهر تقتضى انه طلب الانثى كما طلب الذكر الا ترى الى قوله تعالى (و كفلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا قال يا مريم اني لك هذا قالت هو من عند الله ان الله يرزق من يشاء بغير حساب هنالك دعاز كريات به قال رب هب لى من لدنك ذرية طيبة انك سميع الدعاء) فانما طلب زكريا حين راى مريم على حالها ان يرزقه الله تعالى مثل مريم لما راى من منزلتها عند الله فرغب الى الله فى مثلها و طلب الى الله عز وجل ان يهب له ذرية طيبة مثل مريم فاعطاه الله تعالى افضل مما سئل فامر زكريا بحجة عليهم فى ابطال ما يتعلقون به

فى بطلان العول

مسئلة ٨١ - العول عندنا باطل فكل مسئلة تعول على مذهب المخالفين فالقول عندنا فيها بخلاف ما قالوه ، وبه قال ابن عباس، فانه لم يعول المسائل وادخل النقص على البنات وبنات الابن و الاخوات للاب و الام ، اوللاب ، وبه قال محمد بن الحنفية و محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابيطالب عليهم الصلاة والسلام وداود بن علي ؛ واعالها جميع الفقهاء ، مثال ذلك زوج واخت ، للزوج النصف ، وللأخت النصف بالاخلاف فى هذه المسئلة زوج واختان للزوج النصف والباقى للاختين ؛ وعندهم تعول الى سبعة معهم ام للزوج النصف ، والباقى للام وعندهم تعول الى ثمانية معهم أخ من ام تعول الى تسعة معهم أخوان من ام تعول الى عشرة ؛ ويقال لهذه المسئلة ام الفروخ لانها تعول بالوتر وتعول بالشفع ايضا ، ومثل مسئلة المنبرية وهى زوجة ابوان و بنتان ؛ للزوجة الثمن ، وللأبوين السدسان ، والباقى للبنتين ؛ وعندهم للبنتين الثلثان تعول من اربعة وعشرين الى سبعة وعشرين ووافقنا فى ادخال الضرر على البنتين (البنين خل) داود بن علي - دليلنا - اجماع الفرقه فانهم لا يختلفون فى ابطال (بطلان خل) العول ، وايضا روى الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة (عبيد خل) بن مسعود انه قال التقيت انا وزفر بن اوس البصرى فقلنا نمضى الى ابن عباس نتحدث (فنتحدث خل) عنده فمضينا فتحدثنا فكان مما نتحدث ذكر

الفرائض والمواريث فقال ابن عباس : سبحان الله العظيم اتروت ان الذى أحصى رمل
عالمج عدداً جعل في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً، ذهب النصفان بالمال فابن الثلث انما جعل
الله نصفاً ونصفاً وثلاثاً وأرباعاً ، وايم الله لو قدموا من قدمه الله واخروا من اخره الله لما
عالت الفريضة قط ، قلت : من الذى قدمه الله ؛ ومن الذى اخره الله؟ قال : الذى اهبه
الله من فرض الى فرض فهو الذى قدمه الله ، والذى اهبه من فرض الى ما بقى فهو الذى
اخره الله فقلت : من اول من اعاد الفرائض ؟ قال : عمر بن الخطاب قلت : هلا اشرت
به عليه قال : هبته وكان امره (اميرأخ) مهيباً قال الزهرى : لولائه تقدم ابن عباس امام
عدل وحكم به واهضاه وتابعه الناس على ذلك لما اختلف على ابن عباس ايمان، فكان الزهرى
مال الى ما قاله ابن عباس، ووجه الدليل من وجهين : احدهما قال الذى يعلم عدد الرمل
لا يعلم ان المال لا يكون له نصف ونصف وثلاث، ويستحيل ان يكون كذلك ، و الثانى انه
قال : لو قدموا من قدمه الله وأخروا من اخره الله، قال للزوج النصف اذا لم يكن له ولد وله
الربع مع الولد ، وللزوجة الربع ولها الثمن مع الولد ، وللام الثلث ولها مع الولد السدس
وللبنت اذا كانت وحدها النصف وهكذا الاخت لها النصف ، واذا كان مع البنت ابن ومع
الاخت أخ فان لهما ما يبقى ، للذكر مثل حظ الانثيين ، فالزوج والزوجة يهبطان من فرض
الى فرض ، والبنت والاخت يهبطان الى ما بقى فوجب ان يكون النقص يدخل على من يهبط
من فرض الى ما بقى لا على من يهبط من فرض الى فرض ، فان قيل : اذا اجتمع ذوو السهام
وعجز المال عن توفية سهامهم ما الذى تعملون فيه فان ادخلتم النقص على الكل فهو
الذى اردناه وان اردتم نقصان بعض فلا بعض بذلك اولى من بعض ، قيل : نحن ندخل
النقص على من اجتمع المسلمون على دخول النقص عليه ولا ندخل النقص على من اختلفوا
فى دخول النقص عليه ، مثال ذلك اذا اجتمع زوج وابوان و بنتان فانما تعطى الزوج الربع
كمالا ، وللابوين السدسان كمالا، ويدخل النقص على البنيتين فانهما منقوصتان بلا خلاف
فنحن نقول : جميع النقص داخل عليهما وهم يدعون ان النقص داخل عليهما وعلى غيرهما
فقد حصلنا بالاجماع منقوصتين ، والزوج والابوان ما اجمع المسلمون على دخول
النقص عليهما، ولا قام دليل عليه فوفيناهم حقوقهم على الكمال.

استدلال المخالفين للعول

واستدلوا على صحة مذهبهم بقياس ذوى السهام على الديون اذ اجزت التركة عنها

وانه يدخل النقص على جميع الغرماء، وكذلك بوصايا كثيرة يعجز الثلث عنها، وانه

يدخل النقص على الجميع، فكذلك ذوى السهام، وقد تكلمنا على ذلك فى تهذيب الاحكام

وبينان مذهبنا فى الوصية مخالف لمذهب القوم وهو ان النقص يدخل على من ذكر اخيراً

فلا يلزمنا ما قالوه، واما الديون فلا تشبه ما نحن فيه لانها باقية فى ذمة الميت فاذا

قضى بعضها بقى الباقي فى ذمته، وليس كذلك ذوى السهام لانهم يستحقون من التركة ما

ما يصيب (نصيب كل واحد منهم فاذا نقصوا عما سمي لهم لم يبق لهم شئ، هناك فبان الفرق

بين ذلك والوصية والدين، وذكرنا هناك ما يلزم القائلين بالعول من المحال و

الاقوال الشنيعة ما يكفى فلا نطول بذكره ههنا، واستدلوا ايضاً بخبر رواه

عبيدة السلماني عن علي (امير المؤمنين خ ل) عليه الصلاة والسلام حين (حيث خ ل)

سئل عن رجل مات وخلف زوجة وابوين وابنتيه فقال عليه السلام: صار ثمنها تسعاً قالوا: و

هذا صريح بالعول لانكم قلتهم انها لا تنقص عن الثمن، وقد جعل عليه السلام ثمنها تسعاً، والجواب

عن ذلك من وجهين: احدهما ان يكون خرج مخرج النقية لانه كان يعلم من مذهب

المتقدم عليه القول بالعول، وتقرر ذلك فى نفوس الناس فلم يمكنه اظهار خلافه كما لم

يمكنه المظاهرة بكثير من مذاهبه، ولاجل ذلك قال لقضاته وقد سئلوه به (وما خ ل): احكم

يا امير المؤمنين؛ فقال: اقضوا بما (كما خ ل) كنتم تقضون حتى يكون الناس جماعة او

اموت كما مات اصحابي وقد روينا شرح هذا فى كتابنا الكبير، وماروى من تصريح

امير المؤمنين عليه الصلاة والسلام بمذهبه لعمر وانه لم يقبل ذلك وعمل بما اراده، والوجه

الاخر ان يكون ذلك خرج مخرج النكير لا الاخبار، والاحكام كما يقول الواحد منا اذا

احسن الى غيره وقابله بالذم والاساءة فيقول قد صار حسنى قبيحاً وليس يريد بذلك

الخبر بل يريد الانكار حسب ما قدمناه، والكلام فى هذه المسئلة مستوفى حيث

ذكرناه.

مسئلة ٨٢ - بناءً على أحدهما أخ من أم للاخ من الأم السدس بالتسمية بلاخلاف، والباقي يرد (ردخل) عليه عندنا لأنه أقرب من ابن العم، وقال الشافعي وباقي الفقهاء: الباقي بينهما نصفان بالتعصيب، ورووا ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام، وعن زيد بن ثابت، وبه قال من الفقهاء مالك والاوزاعي وابو حنيفة وأهل العراق وأهل الحجاز، وذهب عمر بن مسعود إلى أن الاخ من الأم يسقط وبه قال شريح والحسن وابن سيرين، وروى عن علي عليه السلام انه قال: رحم الله ابن مسعود انه كان فقيهاً لو كنت انا لجمعت لابن الاخ (للاخظ ل) للام السدس والباقي بينهما، وذكرين يديه شريح وانه يقول به، فقال علي عليه الصلاة والسلام: ادعوا الى العبد فجاءوا به فقال له (ع) في اي كتاب الله وجدت هذا فقال: قوله (واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض) فقال لهذا قلت معناه وانه ضعيف اى حجة ضعيفة، وبه قال الحسن البصرى - دليلنا - اجماع الفرقة وقيام الدلالة على بطلان القول بالعصبة، واذ اثبت ذلك ثبت ما قلناه لان أحدا لا يقول سوى ذلك، وايضاً ما رواه أبو اسحاق عن الحارث عن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله قال: اعيان بنى الأم أولى من بنى العلات، وذلك عام فى جميع المواضع.

مسائل الولاء

مسئلة ٨٣ - الولاء لا يثبت به الميراث مع وجود واحد من ذوى الانساب قريباً كان أو بعيداً، ذاسهم كان او غير ذى سهم، عصبه كان او غير عصبه، او من يأخذ بالرحم، وعلى كل حال، وقال الشافعي: اذا لم يكن له عصبه مثل الابن والاب والجد والعم وابن العم الذين يأخذون الكل بالتعصيب او الذى يأخذ بالفرض جميع المال وهو الزوج والاخت او من يأخذ بالفرض والتعصيب مثل بنت وعم وابنت وابن عم وبنت واخ، فان ام يكن اولئك فالمولى يرث، والمولى له حالتان: حالة (لخل) يأخذ كل المال وحالة (لخل) يأخذ النصف، وذلك اذا كان معه واحد ممن يأخذ النصف مثل الاخت والبنت والزوج، فان لم يكن مولى فعصبه المولى، فان لم يكن عصبه المولى فعولى المولى، فان ام يكن مولى المولى فعصبه مولى المولى، فان لم يكن عصبه مولى المولى فلبيت المال - دليلنا اجماع الفرقة و ثبوت القول ببطلان التعصيب على ما مضى، و ثبوت التوريث لذوى

الارحام .

مسئلة ٨٤ - الولاء يجرى مجرى النسب ويرثه من يرث من ذوى الانساب على حد واحد الا اخوة و الاخوات من الام او من يتقرب بهما من الجد والجدة والخال والخالة و اولادهما ، وفي اصحابنا من قال : انه لا ترث النساء من الولاء شيئاً وانما يرثه الذكور من الاولاد والعصبة ، وقال الشافعى : اولى العصبات يقدم ثم الاولى فالاولى بعد ذلك على ما ذكر فى النسب سواء ، وعند ابن اولى من الاب واخو منه بالتعصيب ثم الاب اولى من الجد ثم الجد اولى من الاخ ثم الاخ اولى من ابن الاخ ، وابن الاخ اولى من العم ، والعم اولى من ابن العم ، وبه قال اكثر الفقهاء ولا يرث أحد من البنات ولا الاخوات مع الاخوة شيئاً ، وقال الشعبي وابو يوسف واحمد واسحاق : يكون للاب السدس ، والباقى يكون لابن كما يكون فى النسب مثل ما نقول ، وقال سفيان الثورى : يكون بينهما نصفين ، وكان طائس يورث بنت المولى من مال مكاتبه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله صلى الله عليه وآله الولاء لحمه كحمة النسب لا يباع ولا يوهب ، وفى النسب يكون للاب السدس والباقى لابن فكذلك يجب فى الولاء مثله .

مسئلة ٨٥ - ابن الابن لا يرث الولاء مع الابن للمصلب ، وبه قال الشافعى وأكثر الفقهاء وقال شريح : يرث ابن الابن مع الابن (العم خ ل) - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى و اولو الارحام بعضهم اولى ببعض وايضاً فان ابن الابن يسقط فى السيرات مع الابن للمصلب وكذلك فى الولاء .

مسئلة ٨٦ - المعتق اذا كان امرأة فولاء مولاها لعصبتها دون ولدها سواء كانوا ذكوراً أو انثى ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٨٧ - الجد والاخ يستويان وهما بمنزلة أخوين فى الولاء يتقاسمان المال و هو احد قولى الشافعى ، وبه قال الاذراعى وابو يوسف و محمد واحمد واسحاق ، غير انه اذا قال يستويان فالجد اولى والقول الاخر الاخ اولى ، ويسقط الجد ، وبه قال مالك ، وقال ابو حنيفة الجد اولى من الاخ فى الميراث بالنسب والولاء - دليلنا - اجماع الفرقة ، وقول النبى صلى الله عليه وآله

الولاء لجمحة كل جمحة النسب بداً ايضاً عليه لان في النسب يقاسم الجد الاخ على ما ندل عليه ولانه يدلان بالاب فوجب ان يستويا فيه ، وقال الشافعي : الا قيس أن الاخ اولى ولولا الاجماع لقلت باسقاط الجد مع الاخ في النسب لكن ذلك لم يقله أحد وفي الولاء ما أجمعوا عليه ولا اجل هذا قلت باسقاط الجد مع الاخ في الولاء .

مسئلة ٨٨ - اذا خلف المولى اخوة وأخوات او اخاً واختاً فان الولاء يكون بينهم "لذ كرمثل حظ الانثيين" وبه قال شريح وطاوس ، وقال الشافعي وعامة الفقهاء : المال المذكور عنهم دون الاناث ، وفي اصحابنا من قال بذلك - دليلنا - قول النبي ﷺ الولاء لجمحة كل جمحة النسب وفي النسب "لذ كرمثل حظ الانثيين" فكذلك يجب في الولاء .

مسئلة ٨٩ - ان (اذا خل) ترك ابناً لمولاه وابن ابن له فالمال لابن دون ابن الابن ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال شريح وطاوس المال بينهما كل واحد منهما ما يأخذ من الاب - دليلنا اجماع الفرقة ، وايضاً فان الابن أقرب من ابن الابن ولا يأخذ البعيد مع القريب ، وايضاً قوله ﷺ الولاء لجمحة كل جمحة النسب ، وفي النسب الابن اولى من ابن الابن ، وروى عن علي عليه الصلاة والسلام وعمر وعثمان انهم قالوا : لولاء للاكبر (للكبير خل) وروى عن ابن مسعود انه قال : الولاء لابن دون ابن الابن .

مسئلة ٩٠ - مولى مات وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحد البنين وخلف ابنين ثم مات الثاني وخلف ثلاثة بنين ومات الثالث وخلف خمسة بنين ثم مات المعتقد فان الولاء بينهم اثلاثا لاولاد كل واحد من البنين الثلث نصيب أيهم ، وقال جميع الفقهاء : المال بينهم لان جميعهم يشتركون في أن الولاء له (لهم خل) وليس الولاء لباةم فانهم اموات - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله ﷺ الولاء لجمحة كل جمحة النسب ، ولومات الاب كان يأخذ ولد كل ابن نصيب ابيه (ايهم خل) بلاخلاف فكذلك في الولاء لان حكمه حكم النسب .

مسئلة ٩١ - اذا مات المعتقد وخلف المعتقد فانه لا يرثه المعتقد ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال شريح وطاوس : يرث كل واحد منهما من صاحبه - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله ﷺ الولاء لمن اعتق وهذا ما اعتق .

مسئلة ٩٢ - رجل زوجه من عبدهم اعتقها فجات بولد فان الولد حر بلاخلاف

ويكون ولاء ولدها لمن اعتقها، فإن اعتق العبد جر الولاء الى مولى نفسه ، وبه قال فى الصحابة على عليه الصلاة والسلام وعمر وعثمان وعبدالله بن مسعود والزبير بن العوام وزيد بن ثابت والحسن وابن سيرين ، وفى الفقهاء ابو حنيفة واصحابه ومالك والشافعى وأحمد واسحاق والاوزاعى ، وذهب طائفة من التابعين الى انه لا ينجر الولاء ، وهم : الزهرى ومجاهد و عكرمة وجماعة من اهل المدينة ، وبه قال رافع بن خديج - دليلنا - اجماع الفرقة و لانه قول جميع الصحابة وله قصة روى ان الزبير قدم خيبر فلقى فتية لعباً فأعجبه طرفهم فسأل عنهم فقيل له : هم موالى رافع بن خديج قد اعتق امهم وأبوهم مملوك لال حرقة فاشترى الزبير اباهم فاعتقه فقال الزبير : انتسبوا الى فانامولىكم قال رافع بن خديج : الولاء لى انا اعتقت امهم ، فتخاصموا الى عثمان فقضى للزبير وانبت الولاء له ولم ينكره أحد فدل على انه اجماع .

مسئلة ٩٣ - عبدتزوج بمعتقة قوم فجاءت بولد حكمنا بالولاء لمولى الام، فان كان هناك جد فاعتق الجد والاب حى فهل ينجر الولاء الى مولى هذا الجد من مولى الام؟ عندنا انه ينجر اليه ، فان اعتق بعد ذلك الاب انجر الى مولى الاب من مولى الجد ، وبه قال مالك والاوزاعى وابن ابى ليلى وزفر ، وقال ابو حنيفة واصحابه : لا ينجر الولاء الى الجد واصحاب الشافعى فيه وجهان ذكرها الاسفر ابني: أحدهما مثل قولنا، والثانى مثل قول ابى حنيفة - دليلنا - ان الجد يقوم مقام الاب فى جميع الامور فاذا منع مانع من الاب لا يتعدى الى الجد ، الا ترى انه لو قتل الاب ابنه فحرم الميراث فان كان له أب أخذ الميراث الجد ولم يحرم لمكان تحريم الاب ، وكذلك لو كان الاب كافراً أو الجده مسلماً يحكم باسلام الولد تبعاً للجده فكذلك هنا .

مسئلة ٩٤ - حررتزوج بامة وجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً فانه لا يشب الولاء لاحد عليه ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ان كان الرجل عربياً فلا يشب الولاء ، و ان كان أعجمياً ثبت عليه الولاء بناء على أصله حيث يقول : ان عبدة الاوثان لا يسترقوق اذا كانوا من العرب - دليلنا - ان الاصل عدم الولاء ، وانباته يحتاج الى دليل ولانه (ص) قال : الولاء لمن اعتق وهذا ما اعتق .

مسئلة ٩٥ - عبد تزوج بمعتقة رجل فجاءت (فانت خل) بولد فانه يكون حرأ، ولمولى الام عليه الولاء فاعتق العبد (فان عتق خل) زمت الولد فان الولاء ينجر الى مولى الاب فان لم يكن مولى الاب فعصبة مولى الاب فان لم يكن عصبة فمولى عصبة مولى الاب ؛ فان لم يكن مولى ولا عصبة كانت (ن خل) لبيت المال على ماضى من الخلاف بيننا وبينهم وبه قال جميع الفقهاء ؛ وقال ابن عباس : يكون الولاء لمولى الام لان الولاء كان له فلما جر مولى الاب كان له فلما لم يكن عصبة المولى عاد اليه - دليلنا - انا جمعنا على انتقاله عنه . وعوده اليه يحتاج الى دليل (دلالة خل) وليس فى الشرع ما يدل عليه .

مسئلة ٩٦ - عبد تزوج بمعتقة رجلا فاستولدها بنتين فهما حرتان ؛ وولاء هما لمولى الام فاشترتا أبا هما فانه ينعق عليهما كل ذلك بلا خلاف . مات الاب للبنتين الثلثان بحق النسب والباقي يرد (ردخل) عليهما وقال الفقهاء : الباقي لكل واحدة منهما نصف الثلث بحق الولاء لانها هولاته ان ماتت احدى البنتين للشافعى فيه قولان حكى الربيع والبويطى ان لهذه البنت سبعة أثمان ؛ والباقى يرجع الى مولى الام ؛ وبه قال محمد بن الحسن وزفر ونقل المزنى ان لها ثلاثة ارباع ، والرابع الباقى لمولى الام ، وبه قال مالك ، وعلى ما قدرناه (قرناه خل) هذا الفرع وامثاله يسقط عننا لان احدأ من ذوى القربى قريبا كان او بعيدا ابا كان أو أم أو غير ذلك لا يجتمع له الميراث بالنسب والولاء لان الولاء عندنا انما يثبت اذا لم يكن هناك ذونسب ، فاما اذا كان هناك ذونسب فلا ميراث بالولاء على حال ، وهذا اصل فيما يتعلق بهذا الباب فلاجل هذا لم نذكر المسائل المتفرعة عليه لانه لا فائدة فى ذكرها .

مسئلة ٩٧ - الاخوة من الام مع الجد للاب يأخذون نصيبهم الثلث المفروض والباقى للجد ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك ، وقالوا : المال للجد ويسقطون - دليلنا اجماع الفرقة وايضا قوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فللكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » ولم يفرق فمن اسقطهم مع الجد فقد خالف نص القران

مسئلة ٩٨ - الجد والجدة من قبل الام بمنزلة الاخ والاخت من قبلها يقاسمان

الاخوة والاخوات من قبل الاب والام أو من قبل الاب والاخوة والاخوات من قبل الام ، و
 خالف جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم
 مسألة ٩٩ - اذا كان مع الجد للاب اخوة من الاب (للاب خ ل) والام واخوة من
 الاب فانهم يرثون معه ويقاسمونه ، واختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين : فذهب قوم
 الى انهم لا يسقطون مع الجد ويرثون وحكوا ذلك عن علي عليه السلام وعمر و عثمان وابن مسعود
 وزيد بن ثابت ، وفي التابعين جماعة ، وفي الفقهاء مالك بن انس وأهل الحجاز والاوزاعي
 وأهل الشام وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي وأحمد بن حنبل ، وذهب طائفة الى ان
 الاخوة للاب والام اول الاب لا يرثون مع الجد ويسقطون ، روى ذلك عن أبي بكر وابن عباس
 وعشرة من مهاجري الصحابة مثل ابي بن كعب وعائشة وأبي الدرداء وغيرهم ، وفي الفقهاء
 أبو حنيفة وعثمان البتي وداود والمزني من اصحاب الشافعي ومحمد بن جرير الطبري و
 اسحاق بن راهويه - دليلنا - اجماع الفرقة (واخبارهم خ ل) ، وايضاً فان قرابة كل واحد
 منهم على حد واحد ، لان الاخ يدلى بالاب وكذلك الجد يدلى بالاب ، فقد اتفقوا فيجب أن
 يشتر كافي الميراث ، وايضاً قوله تعالى : «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون و
 للنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون» والاخوة والاخوات من قبل الاب من
 الرجال والنساء .

مسألة ١٠٠ - ابن الاخ يقوم مقام الاخ في مقاسمة الجد اذا عدم الاخ ، و خالف
 جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة (واخبارهم خ ل).

مسألة ١٠١ - الجد يقاسم الاخوة ويكون كواحد منهم بالغاً ما بلغوا ، وقال
 الشافعي : يدفع الى الجد ما هو خير له من المقاسمة أو ثلث جميع المال ، وبه قال في الصحابة
 ابن مسعود وزيد بن ثابت وروى (رووا خ ل) عن علي عليه السلام ثلاث روايات : إحداهما أنه يدفع الى
 الجد السدس والمقاسمة ، فان كانت المقاسمة خيراً له من السدس فالمقاسمة والافالسدس ،
 والثانية للجد المقاسمة او السبع ، والثالثة المقاسمة او الثمن ، وروى عنه انه قال في
 سبعة اخوة وجد : هو كاحدهم ، وهذه الرواية تدل على مذهبن لانها مثل ما روينا عنه
 عليه السلام ، وروى عنه عليه السلام انه فرض للجد مع البنات والاخوة والاخوات السدس ، و

جعل التعصيب للاخوة والاحوات ، وذهب ابو موسى الاشعري وعمران بن الحصين الى ان للجد المقاسمة او نصف السدس - دليلنا - اجماع الفرقة (واخبارهم خل) .

مسئلة ١٠٢ - اذ كان اخوة من أب وأم واخوة من أب وجد قاسم الجدة من كان من قبل الأب والام ، وكان زيد يقاسم الجدة ، بهما فما حصل لولد الأب بردم على ولد الأب والام الأبن تكون اختاً من أب (الأب خل) وام فير دعليها من ولد الأب تمام النصف ، وان بقي شىء كان بين ولد الأب ، وروى عن عمر نحو هذا ، وبه قال الاوزاعى ومالك والشافعى والثورى وابو يوسف ومحمد وكثير من اهل العراق - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم لا يختلفون فيه .

مسئلة ١٠٣ - الاخوات مع الجد يقاسمن الجد وبه قال زيد بن ثابت والشافعى وروا عن على عليه الصلاة والسلام وابن مسعود ان الاخوات لا يقاسمن ، انما فرض لهن اذا كانت واحدة لهما النصف ، وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٠٤ - بنت واخت وجد ، للبنت النصف بالفرض والباقى بالرحم ، ويسقط الباقيات ، وقال الشافعى : للبنت النصف بالفرض والباقى بين الاخت والجد ، وبه قال زيد بن ثابت ، وجماعة من الصحابة ، وعلى مذهب أبى بكر و ابن عباس للبنت النصف والباقى للجد بالتعصيب لانهم لا يقولون بالمقاسمة ، وعلى مذهب على وابن مسعود للبنت النصف وللجد السدس ، والباقى للاخت لان الاخت مع البنت عصبية لم يكن (لا يمكن خل) ان يفرض لهما ، وليس من مذهبهم ان يقسم لهما - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وقوله تعالى «واولو الارحام بعضهم اولى ببعض» والبنت اولى لانها تنقرب بنفسها ، ولاننا قد بينا بطان القول بالتعصيب .

مسئلة ١٠٥ - زوج وام وجد للزوج النصف بالاخلاف ، وللأم الثلث بالفرض بالاخلاف والباقى يرد (ردخل) عليها ، وقال الشافعى : الباقى للجد وبه قال زيد بن ثابت وعن عمر روايتان : احدهما للزوج النصف ، وللأم ثلث ما بقى ، والرواية الثانية ، للزوج النصف وللأم سدس جميع المال وهكذا فى زوجة وام وجد لا يختلف قوله فى زوج وام ، وفى زوجة وام ، الا أن يكون فى الزوج والام لافرق بين ثلث ما بقى وبين سدس جميع المال

وليس كذلك في زوجة وام وجدلان للزوجة الربع فنلت ما يبقى اكثر من السدس من جميع المال ، وعن ابن مسعود ثلاث روايات : روايتان مثل قول عمر ، والثالثة قال : للزوج النصف والباقي بين الام والجد بينهما نصفين (نصفان خل) وهذه المسئلة التي يقال لها مربعة ابن مسعود - دليلنا - اجماع الفرقة والاية التي ذكرناها .

مسئلة ١٠٦ - اخت وام وجد للام الثلث بالفرض بالاخلاف ، والباقي عندنارد عليها ، ويسقط الباقيون ، واختلف الصحابة فيها على سبعة مذاهب : فذهب ابو بكر و ابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد ، وسقطت الاخت ، وعن عمر روايتان : احدهما للام الثلث مما يبقى ، والثانية لهاسدس جميع المال ، يكون للاخت النصف ، وللأم سدس جميع المال والباقي للجد ، ولا يختلف ههنا ثلث ما يبقى وسدس جميع المال الا ان يكون في المسئلة اختان وام ، وعن ابن مسعود ثلاث روايات : روايتان مثل قول عمر والثالثة للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفان ، ومذهب عثمان المال بينهم أنلأثار مذهب علي عليه الصلاة والسلام للام ثلث جميع المال والباقي للجد وتسقط الاخت ومذهب زيد بن ثابت للام ثلث جميع المال والباقي بين الجد والاخت « للذكر مثل حظ الانثيين وهذه يقال لها مربعة ابن مسعود وهي الثانية من المربعة ويقال لها مثلثة عثمان ، ويقال لها حرفاء (خرقاء خل) لانها تحرفت (تخرقت خل) فيها اقاويل الصحابة - دليلنا - اجماع الفرقة والاية ، وبطلان القول بالتعصيب .

المسئلة الاكدرية

مسئلة ١٠٧ - الاكدرية زوج وام واخت وجد عندنا للزوج النصف وللأم الثلث بالفرض والباقي رد عليها ويسقط الباقيون ، واختلف الصحابة على حسب مذهبهم على تفصيل ما ذكرناه فذهب ابو بكر ومن تابعه من الصحابة الى ان للزوج النصف ، وللأم الثلث وللجد السدس ، وتسقط الاخت بناء (وبناءه خل) على اصله أن الاخت تسقط بالجد ، وذهب عمر وابن مسعود الى ان للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، تصير المسئلة من ثمانية لانهما لا يفاضلان الام على الجد ، وروى عن علي عليه الصلاة والسلام ان للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس لان من مذهبه تفضيل الام على

الجدة فتكون المسئلة من تسعة ، وذهب زيد بن ثابت الى ان للزوج النصف وللأم الثلث و
 للاخت النصف ايضاً يضاف الى سدس الجدة فيكون بينهما « للمذكر مثل حظ الانثيين »
 ففرض الاخت مع الجدة لما ضاقت به الفريضة لان الزوج لا يحجب الاب بالولد ، وليس هيهنا
 ولد ولا تحجب الام بأقل من اخوين ، ولا يفرض للاخت مع الجدة ولا يجوز ان ينقص (ينتقص
 خل) من سدس الجدة فان اناف النصف الى السدس وجعل بينهما ، وروى سفيان قال : قلت
 للإمام ش لم سميت هذه المسئلة الاكدرية قال : سئل عبد الملك بن مروان رجلاً من
 الفرضيين يقال له اكدر فاجاب على مذهب زيد بن ثابت ، وقيل : ان امرأعات و
 خلفت هؤلاء الذين ذكرناهم وكانت اسمها كدره (اكدره خل) (اكدرية ص) فسميت
 المسئلة اكدرية وقيل : انها سميت اكدرية لانها كدرت المذهب على زيد بن ثابت لانه
 ناقض اصله في هذه المسئلة في موضعين : احدهما انه فرض للاخت مع الجد و الاخت مع
 الجد لا يفرض لهما ، واعمال المسئلة مع الجد والجدة عصبه ، ومن مذهبه ان لا يعال بعصبه
 دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ١٠٨ - اخ لاب وام واخ لاب وجد ، المال بين الاخ للاب والام والجدة نصفان
 ويسقط الاخ من جهة الاب ، واحتلف الناس فيها فذهب ابو بكر ومن تابعه الى ان المال للجدة
 ويسقطان عاماً ، وبه قال ابو حنيفة بناء على اصله في ان الاحوة لا يبقا سمون الجدة ، وذهب
 عمرو وعبد الله بن مسعود الى ان المال بين الاخ للاب والام ، وبين الجدة نصفان مثل قولنا
 (ما قلناه خل) ويسقط الاخ للاب ، وذهب زيد بن ثابت الى ان المال بينهما اثلاثاً : للجدة الثلث
 ثم بعد الثلث الذي للاخ للاب الى الاخ للاب والام فيأخذ الاخ للاب والام (الثلثين خل)
 دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ١٠٩ - اخت لاب وام واخ لاب وجد المال بين الجدة و الاخت للاب والام
 « للمذكر مثل حظ الانثيين » ويسقط الاخ من الاب ؛ واختلف الصحابة فيها فذهب ابو بكر
 ومن تابعه الى ان المال للجدة ويسقط الباقي ، وذهب عمرو ابن مسعود الى ان المال
 بين الاخت للاب والام ، وبين الجدة نصفان ، ويسقط الاخ من الاب وروى (روى خل) عن
 علي عليه الصلاة والسلام ان للاخت للاب و الام النصف و الباقي بين

الجدة والاخت للاب نصفين ، ومذهب زيد بن ثابت للجد خمس لان المسئلة من خمسة خمس ، للجد اثنتان وللاخت من الاب والام النصف سهمان ونصف ، ويبقى نصف سهم فيضرب اثنتان في خمسة يكون عشرة للجد اربعة وللخت للاب والام خمسة ، يبقى سهم للاخت للاب وانما صار كذلك لانه يعطى الجد خمسين ، والباقي بين الاخت للاب والاخت «لذا ذكر مثل حفظ الاثنيين» يرجع فيماخذ من الاخ للاب تمام نصف الاخت للاب والام فيعطيهما ، وهذه تسمى عشارية زيد ، ويقال لها مختصرة (مختصرة خ ل) زيد بن ثابت - دليلنا - اجماع الفرقة على ما مضى القول فيه

مسئلة ١١٠ - اذا ارتد المسلم ومات على كفره او قتل في امره لورثته المسلمين دون الكفار قريباً كان المسلم او بعيداً ، كما لو كان مسلماً سواء اكتسبه في حال اسلامه او في حال ارتداده ، فان لم يكن له وارث مسلم كان لبيت المال ، وبه قال عبدالله بن مسعود ، واحدى الروايتين عن علي عليه الصلاة والسلام ، فروى عنه عليه السلام انه قتل مستورد العجلى حين ارتد ، وقسم ماله بين ورثته ، وبه قال ابن المسيب وحسن وعطا والشعبي وفي الفقهاء الاوزاعي وابويوسف ومحمد ، ولا يرثه كافر على حال ، وذهب الشافعي الى انه ينتقل ماله الى بيت المال فيما ، سواء اكتسبه حال اسلامه او حال ارتداده ، وسواء قال : زال ملكه بالردة او لم يزل ، وبه قال من الصحابة ابن عباس واحدى الروايتين عن علي عليه الصلاة والسلام ، ومن التابعين جماعة ، وفي الفقهاء ربيعة ومالك وابن ابي ليلى واحمد ابن حنبل ، وقال قوم : ان ماله الذي اكتسبه في حال حقه دمه يرثه عنه المسلم ، الذي اكتسبه حال اباحه دمه ينتقل الى بيت المال ، وبه قال الثوري وابو حنيفة ، وقال قوم : ان مال المرتد يكون لاهل ملته الذي (بن خ ل) انتقل اليهم (اليه خ ل) ان كانوا يهودا يرثهم (يرثونهم خ ل) وان كانوا نصارى يرثهم ، وبه قال عمر بن عبدالعزيز وقتادة ، وقال ابو حنيفة اذا ارتد زال ملكه ، ولكن لا يقسم بين ورثته رجاء ان يعود (يرجع خ ل) وان لحق بدار الحرب فانه يرث عنه كما لو مات ، فينعتق عليه رقيقه وامهات اولاده ، ويقسم ماله على الورثة ، فان عاد فالذي عتق لا يعود والعتق نافذ ، واما المال (الملك خ ل) نظرت فان كان عيناً يرد ، وما كان قد تلف لا يرجع عليه ولا ضمان

على وورثته قال الشافعي: قلت لمحمد بن الحسن رجل ارتد ولحق بدار الحرب نرث عنه؟ قال: نعم، قلت ان عاد مع اهل الحرب ويقاثلنا نرث عنه؟ قال: كذلك قلت: رجل حى يقاثلنا نرث عنه؟ قال ابو حامد الاسفراينى: حكى ابو ايوب الفرضى عن ابي حنيفة من مذهبه شيئاً عجيباً ، وذلك انه قال: الزوجان اذا ارتدا ولهما اولاد ولحق بدار الحرب قال: فان حملا الاولاد الى دار الحرب حكم بكفر الاولاد ايضاً ، وان ترك الاولاد فى دار الاسلام لا يحكم بردتهم وكفرهم - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم على ان المسلم يرث الكافر والكافر لا يرثه وهى على عمومها، وايضاً قوله تعالى «و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض» ولم يفرق ، وقوله تعالى «يوصيكم الله فى اولادكم لئن ذكرتم ثل حظ الانثيين» وقوله «ولا يويه لئكل واحده منهما السدس» «وقوله» «ولكم نصف ما ترك اروا جكم» وقوله «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون» ولم يفرق بين المرتد وغيره

فى ان المطلقة بالطلاق الثلاث فى حال المرض ترث من

الزوج الى مئة اذالم تتزوج

مسئلة ١١١ - المطلقة تطليقة ثالثة (التطليقة الثالثة خ ل) (١) فى حال المرض ترث ما بينهما وبين سنة اذالم يصح من ذلك المرض مالم تتزوج ، فان تزوجت فلاميراث لها والرجل يرثها مادامت فى العدة الرجعية ، فاما فى البايئة فلا يرثها على حال، والمشافعي فى المطلقة البايئة قولان أحدهما أنها لا ترث وهو القياس عندهم، والثانى ترث، ولم يفسلوا الذى ذكرناه ، وقال ابن ابي ليلى وعطا والحسن البصرى: هى ترثه مالم تتزوج ولم يقيدوا بالسنة ، وروى عن على عليه السلام وعبدالرحمان بن عوف وابن الزبير انهم لم يورثوها ، وكان ابو حنيفة واصحابه والثورى يورثوها مادامت فى العدة الا ان يكون الطلاق من جهتها فانها لا ترثه و هو احد قولى الشافعي ، وروى عن عمرو عثمان انها ترثه سواء تزوجت اولم

تنزوج ، وبه قال مالك ، واتفقوا على ان المرثة اذا ماتت لم يرثها الزوج ، واتفق الجميع على ان الطلاق الرجعي لا يقطع التوارث بين الزوجين - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وقد ذكرناها في الكتاب الكبير .

مسئلة ١١٢ - المشتركة زوج وام واخو ازالاب وام واخوان لام ؛ عندنا للزوج النصف و الباقي للام ، الثلث بالفرض و الباقي بالرد ، و قال الشافعي : للزوج النصف و للام السدس تكلمة الثلثين و للاخوين للام الثلث و يشركهم بنوا الاب و الام و لا يسقطون و صاروا بنى ام معاً ، و به قال فى الصحابة عمر و عثمان و ابن مسعود و زيد بن ثابت ، و فى التابعين شريح و سعيد و الزهرى ، و فى الفقهاء ، الكواشحاق و النخعي و الثورى و اهل المدينة و البصرة ؛ و ذهب طائفة الى ان للزوج النصف و للام السدس و للاخوين للام الثلث ، و يسقط الاخوان من قبل الاب و الام ، و روى ذلك عن على عليه الصلاة و السلام و ابن عباس و ابى موسى الاشعري و ابى بن كعب و الشعبي و فى (من خ ل) الفقهاء ابو حنيفة و اصحابه و اهل العراق و ابن ابى ليلى و احمد بن حنبل ، و روى عن زيد و ابن مسعود مثل ذلك ، و المشهور عنهما الاول - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم و ايضاً فان الام لها الثلث هيبتها لانها انما تحجب بالاخوة اذا كان هناك اب ، فاما مع عدمه فلا تحجب ، و اذا ثبت ان لها الثلث فكل من قال بذلك قال بما قلناه و لم يفرق ، و ايضاً قوله تعالى : **و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض** و الام اقرب من الاخوة ، و القول بالتعصيب قد افسدناه ، و اما الاخوة للام فان الله تعالى انما فرض لهم الثلث اذا كان الرجل يورث كلاله او امرأة ، و اذا كان هناك ابوان او احدهما فلا كلاله فيسقط (فسقط خ ل) تسميتهم هيبتها .

ارث الوالد الملاعنة

مسئلة ١١٣ - اذا مات ولد الملاعنة و خلف امأ و اخوين لها فللام الثلث بالتسمية

والباقى يرد عليها ، ويسقط الاخوان معها ، وقال الشافعى : للام السدس وللأخوين الثلث ،
 والباقى لمولى الام ، فان لم يكن فليمت المال ، وبه قال زيد بن ثابت ، وقال ابو حنيفة
 لها السدس ولهما الثلث والباقى يرد عليهم (وهكذا رووا عن على عليه السلام انه قال: يرد عليهم خ) (١)
 الا الزوج والزوجة، (٢) وقال عبدالله بن مسعود: المال كله للام لانها عصبه ، وقال عبدالله بن
 عمر وابن ابي ليلى: الباقى من فرض الام والاخوة فلعصبه الام - دليلنا - اجماع الفرقة و
 اخبارهم وقوله تعالى: «و اولو الارحام بعضهم اولى ببعض» و الام اولى من الاخوة
 لانهم يتقربون بها وقد بينا ان الاخوة من جهة الام لا يحجبون ومن جهة الاب انما يحجبون
 اذا كان هناك اب حى وليس هيهنا ب.

فى ان ولد الزنا لا يرث من امه ولا يرث امه منه

مسئلة ١١٤ - الظاهر من مذهب اصحابنا ان ولد الزنا لا يرث امه، ولا ترثه
 امه، ولا احد من جهتها، وقد ذهب قوم من اصحابنا الى ان ميراثه مثل ميراث ولد المملعة
 وسواء كان ولدا واحداً أو ولدين ، فان احدهما لا يرث الاخر الاعلى القول الثانى، وقال
 الشافعى: ان كان واحداً فحكمه حكم ولد المملعة، فاما اذا كانا ولدى زنا توأمين فان
 مات احدهما فانه يرثه الاخر بالامومة لا بالابوة (ولا يرثه بالابوة خ ل) وهكذا قال جميع
 الفقهاء - دليلنا - الاخبار المروية عنهم عليهم السلام ، ولان الميراث تابع للنسب الشرعى
 وليس هيهنا نسب شرعى بين ولد الزنا وبين الام .

مسئلة ١١٥ - ولد الزنا اذا كان توأمين مات أحدهما فانه يرث الاخر منه من
 جهة الامومة دون الابوة على قول من قال من اصحابنا انه يجرى مجرى ولدا المملعة ، و
 للشافعى فيه وجهان : أحدهما أنه يرث بالابوة والامومة ، وبه قال مالك ، والوجه
 الثانى يرث بالامومة فحسب - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

(١) ليس فى نستختين من هنا الى عليهم ولا فى مختصر الخلاف. ح طبا

(١) كذا فى نستختين وانت خبير بعدم موقع لهذا الاستثناء وليس فى صف الرواية عن

على (ع) اصلا. ح طبا

مسئلة ١١٦ - اذامات انسان وخلف خنثى (١) مشكلا له مال للرجال و مال للنساء فانه يعتبر (لاعتبر خل) بالمبال فان خرج من احدهما اولاد ورث عليه ؛ و ان خرج من كليهما اعتبرنا الانقطاع فورث على ما ينقطع احيراً ، فان اتفقاروى اصحابنا انه تعدأ ضلأعه ، فان تساوى وارث ميراث النساء ، وان نقص احدهما ورث ميراث الرجال ، و المعمول عليه انه يرجع الى القرعة فيعمل عليها ، وقال الشافعى نزله نحن باسوء حالته فنعطيه نصف المال لانه اليقين ، و الباقى يكون موقوفاً حتى يتبين حاله ، فان بان انه ذكر أعطينه ميراث الذكور ، وان بان انه انثى فقد أخذ حقه و نعطى الباقى العصبه ؛ و به قال زيد بن ثابت ، وقال ابو حنيفة ، نعطيه النصف يقيناً ، و الباقى يدفع الى عصبته ، و ذهب قوم من الحجازيين و قوم من البصريين الى انه يدفع اليه نصف ميراث الذكر و نصف ميراث الانثى فيعطى ثلاثة ارباع المال ، و به قال ابو يوسف و جماعة من اهل الكوفة - دليلنا اجماع الفرقة و أخبارهم .

مسئلة ١١٧ - رجل مات و خلف اولاداً مسلمين و مشركين فان المسلمين يرثونه دون المشركين بلا خلاف ، فان اسلم المشركون بعد موته قبل القسمة قاسموهم المال و ان اسلموا بعد قسمة المال فلا ميراث لهم ، و به قال عمر بن الخطاب و عثمان بن عفان ، و قال جميع الفقهاء انهم (انه خل) لا ميراث لهم بحال اذا اسلموا بعده و نه سواء قسموا ام يقسم - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، و روى عن النبى ﷺ انه قال : من اسلم على شىء فهو له ، و هو لا . اسلموا على ميراث و جبان يكون لهم ،

مسئلة ١١٨ - مسلم مات وله اولاد مسلمون بعضهم معه حضور و بعضهم ماسورون فان الميراث للمحاضرين و الماسورين ، و به قال جميع الفقهاء ، و قال شريح : المأسورون أولى و قال النخعى : لا يرث الماسور - دليلنا - اجماع الفرقة و ظواهر القرآن و عمومها ، و تخصيصها فى التورث ، و المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة اختلف اصحابنا فى ميراث المجوس على ثلاثة اقوال : احدها انهم لا يرثون

(يرثون خل) الاسبب أو نسب يسوغ في شرع الاسلام، والاخر انهم يورثون بالنسب على كل حال ، وبالسبب الذي يجوز في الشرع وما لا يجوز لا يورثون به ، و الثالث انه يجوز أن يورث بالامر بن معأسواء كان جازا في الشرع اولم يكن وهو الذي اخترته في النهاية وتهذيب الاحكام ، وبهذا الذي اخترته أخيراً قال على عليه الصلاة والسلام وعمر وعبدالله بن مسعود واهل الكوفة: ابن أبي ليلى والثوري وابو حنيفة واصحابه والنخعي وقتاده فانهم قالوا: كلهم الممجوس يورثون (يرثون خل) بجمع قراتهم التي يدلون بها مالهم يسقط بعضها بعضاً ، وهذا هو الذي ذهبنا اليه، فاما اذا تزوج واحد منهم (من خل) بهن بحرم عليه في شرع الاسلام مثل ان يتزوج بامه او بنته او عمته او خالته او بنت اخيه او بنت اخته فانه لا يثبت بينهما الميراث بالزوجية، بالاخلاف عند الفقهاء، لان الزوجية لم تثبت، والصحيح عندى انه يثبت بينهما الميراث بالزوجية، وروى ذلك عن علي عليه السلام ذكره ابن الكفان (الكنان ص الفلبان خل) الفرضى في الموزج ، وقال الشافعي : كل قرابة اذا انفرد كل واحد منهما يرثه بجهة واحدة، فاذا اجتمعنا لم يرث بهما بمعنى جهتين ، مثال ذلك مجوسى تزوج بنته فماتت هي فان الاب يرث بالابوة ولا يرث بالزوجية ، وهكذا ان مات الاب فانها ترث بالبنوة لا بالزوجية قالوا: وهذا لا خلاف فيه، قالوا: لان الزوجية ما ثبتت. وان كان مجوسياً (المجوسى ص) تزوج بالاخت فجاءت ببنت ومات المجوسى فان هذه البنت هي بنت وبنت اخت وامها اخت وام لهذه ، فان ماتت البنت فان الام ترث بالامومة لان الامومة أقوى من الاخوة لانها تسقط والام لا تسقط ، وان ماتت الام فهي ترث بالبنوة لا بالاخوة لمثل ذلك، وبه قال في الصحابة زيد بن ثابت ، وفي التابعين الحسن البصرى والزهرى، وفي الفقهاء مالك و الاوزاعى واهل المدينة - دليلنا - قوله تعالى : « وورثه ابواه فالامه اثاث » فجعل للام الثلث وللأخت النصف ولم يفصل وكذلك قوله: « ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقوله: « ولهن الربع مما تركتم » وكل ذلك عام وقد ذكرنا الرواية صريحة عن أنتمنا عليهم السلام بذلك في تهذيب الاحكام .

مسئلة ١٢٠ - مجوسية ماتت وخلفت اما، هي اخت لاب، للام الثلث والباقي رد

عليها ، وقال الفقهاء : الباقي للمعصبة - دليلنا - ما قدمناه من بطلان القول بالتعصيب ، وكل

من أبطله قال بما (ماخل) قلناه .

مسئلة ١٢١ - مجوسية ماتت وخلفت بنتا، هي اخت لاب، للبنت النصف بالتسمية و الباقي رد عليها ، وقال ابو حنيفة : الباقي لها ايضاً بالتعصيب لان الاخت تعصيب البنت ، وقال ابو العباس : فيه قولان : احدهما مثل قول أبي حنيفة ، و الثاني الباقي للعصبة لان كل من يدلى بسببين لا يرث بفرضين ، ولانها الومات هي لكات العلبا التي هي امها يرث منها بسبب واحد ، كذلك (وخل) اذامات تلك ترث هي منها بسبب واحد ؛ و فرق ابو العباس بين هذه المسئلة والتي قبلها اذا ماتت الام قال : لان هناك لو قلنا ترث بسبب واحد لكات هي اختا والاخرى اختا ، وكان يؤدي الى ان يحجب نفسها بنفسها والانسان لا يحجب نفسه بنفسه ، وليس كذلك هي هنا لانه لا يؤدي الى ذلك ، وقال ابو حامد : وهذا التعليل ليس بشئ ، لان هي هنا ايضاً تصور ان تعصب نفسها بنفسها ، فلما لم يجز ذلك لم يجز هناك - دليلنا - ما قد مناه من ان مع الام لا يرث احد من الاخوة و الاخوات من اى جهة كانوا .

مسئلة ١٢٢ - مجوسى مات وخلف اما هي اخت لاب واخت لاب وام، للام الثلث بالفرض والباقي يردها عليها ، وقال الشافعى : للام الثلث وللخت للاب والام النصف ، والباقي للعصبة ، وقال ابو حنيفة : للاخت من الاب والام النصف ، وللأم السدس ، ولها سدس آخر لانها اخت لاب فيصورها (فتصورها خل) اختين يحجب بهما الام الى السدس - دليلنا - ما قدمناه فى المسائل المتقدمة .

مسئلة ١٢٣ - ماتت مجوسية و خلفت اما هي اخت لايها ، واخا لاب وام، للام الثلث والباقي يردها عليها ، وقال ابو حنيفة : للام السدس ، والباقي للاخ ، وقال الشافعى : للام الثلث والباقي للاخ - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى من انه لا يرث مع الام احد من الاخوة و الاخوات لا بالفرض ولا بالتعصيب .

مسئلة ١٢٤ - المولود اذا علم انه حى حين ولادته بصياح او حركه او اختلاجاء عطاس بعد ان يتبين (تبين خل) حيوته فانه يرث ، وبه قال الحسن والاوزاعى والشافعى و الثورى وابو حنيفة واصحابه وأهل العراق ، الا أن من قول ابى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر

والحسن بن صالح بن حى ان المولود اذا خرج اكثره من الرحم وعام حيوته ثم خرج جميعه وهو ميت فانه يرث ويورث عنه ، وكان مالك وابوسلمة بن عبد الرحمان والنخعي لا يورثون المولود حتى يسمع صوته - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقوله : « يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » ولم يفصل .

مسئلة ١٢٥ - اذا مات ميت وخلف وورثة وامرأة حاملا فانه يوقف ميراث ابنين و يقسم الباقي ، وبه قال محمد بن الحسن ويؤخذ عنهم ضمنا ، وقال الشافعى ومالك : لا يقسم الميراث حتى تضع الا ان يكون الحمل لا يدخل نقصا على بعض الورثة ، فيدفع الى ذلك الوارث حقه مع جلا ، ويوقف الباقي وكان ابو يوسف يقسم الميراث ويوقف نصيب واحد ويأخذ من الورثة ضمينا (ضمنا خا) وهذا ايضا جيد يجوز لنا ان نعتمده وكان شريك يوقف نصيب اربعة وهو قياس الشافعى ، ومروى ابن المبارك من ابى حنيفة نحوه ، وروى اللؤلؤى عن ابى حنيفة انه يوقف المال كله حتى تضع الحمل - دليلنا - ان العادة جرت بأن أكثر ما تله المرأة اثنتان وما زاد اعليه شذخارج عن العادة و لتجوز ذلك أخذنا الضمنا و زيادة ما جرت به العادة ووجوب ايقانه يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٢٦ - دبة الجنين اذا تم خلقه مائة دينار ، واذا لم يتم فغرة عبد أوامة وعند الفقهاء عبد أوامة على كل حال ، الا ان هذه الدبة يرثها ساير المناسبين وغير المناسبين ، وبه قال جميع الفقهاء الا ربيعة ، فانه قال : ان هذا العبد لانه قتل ولم ينفصل منها ، فكانه اتلف عضواً منها - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى غيرة بن شعبة أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فقتلت احديهما الاخرى فقضى رسول الله ﷺ بدية المقتولة على عاقلة القاتلة وقضى فى الجنين بغرة عبد أوامة ، فوجه الدلالة ان النبى ﷺ افر دبة الجنين عن دبة النفس فثبت بذلك ما قلناه .

مسئلة ١٢٧ - يرث الدية جميع الورثة سواء كانوا مناسبين او غير مناسبين ، من الزوج والزوجة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وعن على عليه الصلاة والسلام روايتان : احدهما كما قلناه وهو الصحيح ، والثانية ان الدية للعصبة ، ولا يرث من لا يعقل عنه العقل مثل الاخت والزوج والزوجة - دليلنا - اجماع الفرقة ، وروى ان عمر بن الخطاب قال : لا تورث

(ترث خل) الزوجة من دية زوجها حتى سأل الصحابة فقال له سفیان بن الضحاك : ان النبي ﷺ كتب الينا بان نورث امرأة ابن ابى ائيم (ابن ابى اشيم خل) (ابن ائيم خل) الضبابى من دية زوجها فورثناها فرجع عمر عن ذلك وورثها .

مسئلة ١٢٨ - يقضى من الدية الدين والوصايا ، وبه قال عامة الفقهاء . الأباثور فانه قال : لا يقضى منها الدين والوصية - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٢٩ - يخص الابن الاكبر من التركة بشباب جلد الميت وسيفه ومصحفه دون باقى الورثة ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ١٣٠ - اذا خلفت المرأة زوجها ولا وارث لها سواها فالنصف له بالفرض والباقى يعطى اياه ، وفى الزوجة الربع لها بالاخلاف والباقى لاصحابنا فيه روايتان : احدهما مثل الزوج يرد عليها والاخرى الباقى لبيت المال ، وخالف جميع الفقهاء فى المسئلتين معاً وقالوا : الباقى لبيت المال .

مسئلة ١٣١ - لا ترث المرأة من الربع والدور والارضين شيئاً بل يقوم الطوب و الخشب فتعطى حقها منه ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك ، وقالوا : لها الميراث من ذلك جميعه (جميع ذلك خل) - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٣٢ - اذا تزوج رجل فى حال مرضه ودخل بهائم مات وورثته وان لم يدخل بهائمته ، وقال ابو حنيفة واهل العراق والبصرة والشافعى انها ترثه ولم يفصلوا ، وقال مالك واهل المدينة : لا ترثه ولم يفصلوا ايضاً - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ١٣٣ - المكاتب على ضربين : مشروط عليه ومطلق ، فالمشروط عليه بمنزلة القن مابقى عليه : روم لا يرث ولا يورث ، والمطلق يرث ويورث بمقدار ما تحرر منه ، وبه قال على عليه الصلاة والسلام ، وروى عن عمر وزيد وعائشة وابن عمر انهم جعلوا المكاتب عبداً مابقى عليه درهم ولم يفصلوا ، واليه ذهب الزهرى ومالك والشافعى وابو حنيفة ، وعن ابن عباس انه قال اذا كتبت الصحيفة فهو حر ، وعن ابن مسعود انه اذا أدى ثلثاً او ربعاً فهو حر ، وعن عمر نحوه - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فانهم لا يختلفون ، و الظواهر كلها تتناول

المكاتب وغيره وانما حرمه الميراث بدليل .

مسئلة ١٣٤ - المعتق بعضه بمنزلة المكاتب المطلق اذا دى بعض مكاتبته يرث ويورث بحسب حريته، ويمنع بحسب رقه، وبه قال على عليه الصلاة والسلام ، واليه ذهب ابن ابي ليلى وعطاء طائوس وعثمان البتى ، وكان انزهرى ومالك واحد قولى الشافعى لا يورث عنه ويجعلون ماله للمتمسك (المستمسك خ ل) برقه؛ وابو حنيفة يجعل ماله كمال المكاتب يؤدى عنه مكاتبته، فان بقى منه شىء كان لورثته ولا يورثه مالم يكمل فيه الحرية، وروى عن الشافعى انه قال: يورث عنه بقدر ما فيه من الحرية لا يرث، وكان الثورى وابو يوسف و محمد وزفر يجعلون المعتق بعضه بمنزلة الحر فى جميع احكامه - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء

مسئلة ١٣٥ - الاسير اذا علم حياته فانه يورث واذا لم يعلم احى هو ام ميت فهو بمنزلة المفقود، وبه قال عامة الفقهاء، وروى عن سعيد بن المسيب انه قال: لا يورث الاسير، وعن ابراهيم قال : لا يورث الاسير وعن ابراهيم ايضا قال نمنعه من الميراث - دليلنا - اجماع الفرقة وظواهر القران وهى عامة فى الاسير وغيره (فمن خصصه بافعليه الدلالة خ ل).

مسئلة ١٣٦ - لا يقسم مال المفقود حتى يعلم موته او يمضى مدة (زمان خ ل) لا يعيش مثله اليها (فيه خ ل) بمجرى العادة ، وان مات له من يرثه المفقود دفع الى كل وارث اقل ما يصيبه يوقف (وقف خ ل) الباقي حتى يعلم حاله، وبه قال الشافعى، وقيل عن مالك نحوه، وقال مالك: يضرب للمفقود مدة سبعين سنة مع سنة يوم فقد، فان علمت حيوته والاقسم ماله ، وقال بعض أصحابه : يضرب له مدة تسعين سنة ، وقال محمد : اذا بلغ مالا يعيش مثله فى مثل سنه جعلناه هيتا وورث منه كل وارث حى ، وان مات أحد من ورثته قبل ذلك لم اورثه ولا وارث المفقود من ذلك الميت ، ولم يحد بمدة، وهذا مثل ما قلناه ، وقال الشافعى : و قال الحسن بن زياد اللؤلؤى : اذا مضى على المفقود من السنين ما يكون مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة قسم ماله بين الاحياء من ورثته ، وبه قال ابو يوسف - دليلنا - ان الاعتبار بما جرت به العادة فاذا عمل عليه فقد أخذنا بالاحوط ، ومالم تجر به العادة ليس اليه

طريق ، واما التحديد بمدّة تعينها فإنه يحتاج الى دليل .

ولاء الموالاة

مسئلة - ١٣٧ لواء الموالاة جايز عندنا، ومعناه ان يسلم رجل على يد رجل فيو اليه (وخن) فيصير مولاه ، وله أن ينقل ولائه الى غيره ما لم يعقل عنه وأحد من اولاده الذين كانوا صغاراً عند عقد اللواء ، وبه قال على عليه الصلاة والسلام وعمر، وروى عنهما أنهم ماورنا به ، وبه قال ابن المسيب و عطاء الزهرى والاوزاعى وابو حنيفة وأصحابه، وكان زيدي لا يجعل اللواء الا للمعتق ، واليه ذهب مالك والشافعى وابن ابي ليلى - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٣٨ - حكم الرجل المجهول النسب حكم الذى يسلم على يد غيره اذا توالى اليه ؛ وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعى : لا يجوز ذلك - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء

مسئلة ١٣٩ - المعتق سائبة لاولاء عليه، وله أن يوالى من شاء. بد قول عمر وابن مسعود فى احدى الروايتين عنهما، وبه قال الزهرى وسليمان بن يسار وابو العالية ومالك ، والرواية الاخرى عنهما انها مقالا: لاسائبة فى الاسلام الولاء لمن اعتق فان يخرج من ميراثه جعله فى بيت مال المسلمين ، وكان الشعبي والشافعى واهل العراق يجعلون ولائه لمعتقه - دليلنا ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ،

مسئلة ١٤٠ - من اعتق عن غيره فان كان بأمره كان (فان خل) ولائه للامر وان كان بغير امره فولائه لمعتقه دون المعتق عنه، وبه قال الاوزاعى والشافعى وابو يوسف، وكان ابو حنيفة يجعل ولائه للمعتق أمر المعتق عنه بذلك أو لم يأمر الا أن يكون أمره ان يعتق عنه عبده على عوض يدفعه اليه ويلزمه العوض، فيكون اللواء له ، وقال مالك وابو عبيدة : ولائه للمعتق عنه على كل حالى ، امره بذلك اولم يأمر - دليلنا - قول النبى ﷺ الولاء لمن اعتق والامر بالعتق معتق على كل حال كما ان الامر بالبيع والطلاق وسائر العقود عاقلها .

مسئلة ١٤١ - اذا مات العبد المعتق وليس له مولى فميراثه لمن يتقرب الى مولاه

من جهة أبيه دون امه الاقرب أولى من الابعد على تدریج ميراث المال، وروى عن
 على عليه الصلاة والسلام وعمر و زيد بن ثابت وابن مسعود ان ميراثه لا قرب عصبة مولاه يوم
 يموت العبد، وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي واهل العراق والحجاز، وكان شريح يورث
 الولاء كما يورث المال، فيقول اذا اعتق رجل عبداً ويموت ويخلف ابنيين فيموت أحد
 الابنين ويخلف ابناً ثم يموت العبد المعتق، نصف المال لابن المولى، ونصفه (نصف خل)
 لابن الابن لانه ورث ذلك عن أبيه، وعلى قول الفقهاء لابن لا غير، وعلى مذهبنا يكون لابن
 ايضاً دون ابن الابن، لانه أقرب، وروى عن النخعي مثل قول شريح - دليلنا - اجماع الفرقة،
 وايضاً قوله تعالى الولاء لحمه لحمة النسب، ومع الولد للمصلب لا يرث ابن الابن
 فكذا الولاء اظاهر الخبر .

مسئلة ١٤٢ - اذا خلف المعتق ابامولاه وابن مولاه فللاب السدس والباقي لابن
 المولى، وعند زيد المال لابن المولى، وبه قال الزهري والحسن وعطاء و مالك والشافعي
 واهل العراق، وعلى قول شريح وابي يوسف والاوزاعي والنخعي مثل ما قلناه لابي المولى
 السدس، والباقي لابنه (- دليلنا - اجماع الفرقة وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ الولاء لحمه لحمة النسب خل)
 مسئلة ١٤٣ - اذا ترك جد مولاه واخا مولاه فالمال بينهما نصفين (نصفان خل) و
 به قال الاوزاعي والثوري واحد قولي الشافعي و ابو يوسف ومحمد، وقال احمد: وقول
 الشافعي الاخر لاخى مولاه - دليلنا - اجماع الفرقة وما قدمناه من الخبر .

مسئلة ١٤٤ - اذا ترك ابن أخى المولى وجدان مولى فالمال بين ابن الاخ والجد، و
 على احد قولي الشافعي ومالك لابن الاخ، وكان ابو حنيفة ونعيم بن حماد وابو ثور يجعلون
 المال للجد دون ابن اخيه - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٤٥ - الولاء لا يباع ولا يوهب، وبه قال جميع الفقهاء، وروى ان ميمونة
 وهبت دلاء - سليمان بن يسار (بشار خل) من ابن عباس، وروى ان ابن المسيب وعروة و
 علقمة أجازوا بيع الولاء وهبته - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ (وايضاً قول النبي ﷺ
 خل) الولاء لحمه لحمة النسب لا يباع ولا يوهب -

مسئلة ١٤٦ - قد بينا ان ميراث ولد الملائنة لامه اذا كانت حية فان لم تكن

حية فلمن يتقرب بها اليه من الاخوة والاخوات و الخوالة و الخالات و الجد و الجدة نلام يقدم الاولى ، فالاولى ، والاقرب ، فالاقرب كما نقول في الولد الصحيح، وروى ذلك عن علي عليه السلام ، وذهب اليه اهل العراق والبصرة، وروى عن علي عليه الصلاة والسلام انه قال: يجعل عصبه وولد الملاعنة عصبه امه اذا لم يكن له وارث ذوسهم من ذوى الارحام (ارحامه خ ل) فان كان له وارث ذوسهم من ذوى الارحام (ارحامه خ ل) جعل فاضل المال رداً عليه ، وكان ابن مسعود يقول عصبته عصبه أمه فان لم تكن فعصبه عصبه أمه ، وعن ابن عباس وابن عمر نحوه ، واليه ذهب الحسن وابن سيرين (شبرمة خ ل) وعطاء والنخعي ، وكان زيد يجعل الباقي من فروض ذوى السهام لمولى أمه ان كان لها مولى (مولى خ ل) فان لم يكن لها مولى (مولى خ ل) فليبيت المال ، واليه ذهب عروة وابن المسيب والزهرى ومالك والشافعي والاذراعي ، والخلاف في ولد الزنا كالاخلاف في ولد الملاعنة الا أن مالكا كان يقول : يورث توأم الملاعنة من اخيه ميراث الاخ لاب وام ، ويورث توأم الزانية ميراث اخ لام وورثه عامة الفقهاء ميراث اخ لام(- دليلنا .. قوله تعالى : «اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض» ، وايضاً اجماع الفرقة واخبارهم خ ل)

مسئلة ١٤٧ - جدة الاب لا ترث مع ابنها، وبه قال علي عليه السلام وعمر وعثمان وزبير وسعد وزيد ، واليه ذهب الشافعي ومالك وأهل العراق وأكثر اهل الحجاز الا أن أصحاً بنا روو أنها تطعم السدس من نصيب ولدها طعمة دون الميراث ، وروى عن عثمان وابن مسعود وابي موسى وعمران بن الحصين وابي الطفيل انهم ورثو الجدة و ابنها حتى يعنون ابا الميت دون عمه ، و به قال شريح و الحسن وابن سيرين وعطاء أهل البصرة - دليلنا اجماع الفرقة ، ولان الجدة ليس لها فرض في الكتاب ووجوب توريثها يحتاج الى دلالة وقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله، وهي أبعد من الاب لانها تدلى بالابن والابن بنفسه وكان من يتقرب بنفسه أولى ممن يتقرب بغيره .

مسئلة ١٤٨ - تورث من الجدات القربى دون البعدي من أى جانب كانت ، وبه قال علي عليه الصلاة والسلام ، وروى عن زيد نحوه ، وبه قال اهل العراق ، والمشهور عن زيد، انه ورث القربى اذا كانت من قبل الام ، وان كانت من قبل الاب اشرك بينهما في السدس

وبه قال مالك والشافعي وأكثر أهل الحجاز، والمشهور عن ابن مسعود أنه ورث القربى والبعدى إذا كانتا من جهتين: جهة الام وجهة الاب، وان كانتا من جهة واحدة ورثت قريبتها (أقر بهما خ) وقيل أنه ورث القربى والبعدى من جميع الجهات، واجمعوا له على أن الجدة تحجب أمهاتها فلا يرثن معها؛ والجدة التي ورثها الصحابة هي التي لا يكون بينها وبين الميت أب بين أمين إذا نسبت إليه مثل أم اب الام، وعن ابن عباس أنه ورث أم اب الام، وعن جابر بن زيد وابن سيرين نحوه، وكان مالك وأكثر أهل المدينة لا يورثون أكثر من جدتين أم الام و أم الاب وأمهما، وكان الأوزاعي واحمد لا يورثان أكثر من ثلاث جدات وهي أم الام و أم الاب و أم الجد أبي الاب، وورث ساير الصحابة والفقهاء الجدات وان كثرن - دليلنا - ما تقدم ذكره من الاجماع والاية .

مسئلة ١٤٩ - كان ابن مسعود لا يورث الاخوة للاب مع الاخت للاب و الام و الجد شيئاً وبه نقول، وروى مثل ذلك عن عمر بن الخطاب ، و خالف جميع الفقهاء فى ذلك دليلنا - اجماع الفرقة .

مسئلة ١٥٠ - امرأة وام واخ وجد ، للمرأة الربع وللأم الثلث بالفرض والباقى يرد (ردخل) عليها، وروى عن عبدالله بن مسعود أنه قال: للمرأة الربع وللأم السدس، والباقى بين الجد والاخ، وروى عنه أنه جعلها من أربعة للمرأة سهم وللجد سهم وللأم سهم وللأخ سهم وهي أربعة عبدالله - دليلنا - اجماع الفرقة المحققة .

مسئلة ١٥١ - الفاضل من فرض ذوى السهم يرد عليهم بقدر سهامهم الا على الزوج والزوجة او يكون من ذوى الفرض من له سببان و الآخر له سبب واحد فيرد على من له سببان، وروى عن على عليه السلام مثل ذلك، وإنه ذهب أهل العراق الا أنهم لم يستثنوا وكان ابن مسعود يرد على كل ذى سهم سهمه بقدر سهمه الا على ستة: الزوج والزوجة و الجدة مع ذى سهم من ذوى الارحام، و بنات الابن مع البنت و الاخوات للاب و الام، و ولد الام مع الام، وروى عن على عليه الصلاة والسلام و ابن عباس انهما لم يردا على الجدة مع ذى سهم من ذوى الارحام، فإذا انفردت برذوا عليها، وكان زيد يجعل الباقى لميت المال و اليه ذهب الا و زاعى و مالك والشافعي و أهل المدينة - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى:

« واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض »

مسئلة ١٥٢ - انفرد ابن عباس بخمس (بثلاث ص ف ل) مسائل: بطلان القول بالعول،
 وبه نقول؛ زام يجعل البنات مع الاخوات عصبة كما نقول، ولم يحجب الام بدون الثلثة من الاخوة
 ونحن نحجبها باثنين، وقد مضى الخلاف فيه، وانفرد ابن مسعود بخمس مسائل كان يجب
 الزوج والزوجة والام بالكفار والعبيد والقاتلين . وقد ذكرنا الخلاف فيه، وروى عنه
 انه اسقط الاخوات ولد الام بالولد المشرك و المملوك ، وروى عنه لم
 يسقطهم، وروى عنه انه اسقط الجدة بالام المشركه، والمملوكه وروى عنه انه لم يسقطها
 واليه ذهب ابو ثور ، وكان على عليه السلام وزيد وفقهاء الامصار لا يحجبون الاب بالحر المسلم
 غير القاتل، واذ استكمل الاخوات الام والاب الثلثين جعل الباقي للاخوة للاب دون
 اخواتهم ، واليه ذهب الاسود وعلقمة والنخعي و ابو ثور، وكان باقى الصحابة وفقهاء
 الامصار يجعلون الباقي بين الذكور والاناث « للمذكر مثل حظ الانثيين » وعندنا
 ان الباقي يرد على الاختين للاب والام لانهما تجمعان سببين ، وكان يقول في بنت وبنات
 ابن وبنى ابن، للبنات النصف؛ وبنات الابن الاضربهن من المقاسمة او السدس والباقي
 لبنى الابن ، وكذلك في اخت لاب وام واخوة واخوات لاب يجعل للاخت للاب والام
 النصف ، وللأخوات للاب الاضربهن من المقاسمة والسدس ويجعل الباقي للاخوة للاب
 وكذلك مع البنات او الاخت للاب والام دونه ، وبه قال ابو ثور ، وكان سائر الصحابة
 وفقهاء الامصار يجعلون الباقي بين الذكور والاناث « للمذكر مثل حظ الانثيين » و
 عندنا الباقي يرد على البنات وقد مضى الخلاف فيه تم كتاب الفرائض .

كتاب الوصايا

مسئلة ١- يصح الوصية للموارث مثل الابن والابوين وغيرهم، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لاوصية للموارث (لوارث خل) - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وايضاً قوله تعالى «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والا قريين» و هذا نص ، فان ادعوا ان هذا منسوخ بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لاوصية لوارث قلنا هذا خبر واحد ، و لا يجوز نسخ القران بأخبار الاحاد بلا خلاف ، فان ادعوا اجماع على صحة الخبر قلنا لا نسلم ذلك ، على أن في أصحابنا من منع من نسخ القرآن بالسنة وان كانت مقطوعاً بها ، واذا منع من ذلك وليس في القرآن ما يدل على نسخه فوجب حمل الآية على ظاهرها ، فان حملها انسان على الوالدين والاقرين اذا كانوا كفاراً غير وارثين قيل هذا تخصيص بغير دليل .

مسئلة ٢ - الاقارب الذين يرثون لكن معهم من يحجبهم مثل الاخت مع الاب ومع الولد يستحب ان يوصى لهم وليس بواجب ، وبه قال جميع الفقهاء ، وعامة الصحابة على عليه الصلاة والسلام و ابن عباس و عايشة و ابن عمر ، ولم يعرف لهم مخالف ، وذهبت طائفة الى ان الوصية واجبة لهؤلاء ، و به قال الزهري والضحاك وابومخلد ، و في المتأخرين داود بن علي و ابن جرير الطبري - دليلنا أن الاصل براءة الذمة ، واجباها يحتاج الى دليل ، فاما استحبابها فلا خلاف فيه

مسئلة ٣- اذا كان رجل له ابن فإوصى لاجنبي بمثل نصيب ابنه كان ذلك

وصية بنصف المال ، وبه قال ابوحنيفة وأصحابه ، والشافعي ، وقال مالك : انه يكون وصية بجميع المال - دليلنا - ان ما قلناه مجمع عليه ، وليس على قول من قال : اكثر من ذلك دليل ، وايضاً فان هذا جعل للموصى له نصيباً ، وجعل للابن نصيباً ، وجعل نصيب الابن أصلاً ، وحمل عليه نصيب هذا الموصى له فلا يسقط ، وانما يشتر كان ، وهذا كرجل قال لفلان : في هذه الدار مثل مال فلان ، فانه يقتضى اشتراكهما في الدار ، وكذلك اذا قال لفلان : في هذا الميراث مثل مال فلان يقتضى اشتراكاً بينهما ، وايضاً فان ما قاله مالك يؤدى الى أن يكون للموصى له اكثر مما يكون لابنه ، وذلك اذا كان له ابنان ، فقال اوصيت له بمثل نصيب ابني ، فان المال عندنا بينهم اثلاثاً ، وعند مالك يكون لموصى له النصف والنصف الباقي للابنين لكل واحد منهما ربع المال ، فيجعل (فحصل خ ل) للموصى له نصف المال ولكل واحد من الابنين ربع المال وهذا لا يجوز .

مسئلة ٤ - اذا قال اوصيت له بنصيب ابني كانت الوصية باطللة ، وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة يصح و يكون له كل المال - دليلنا - ان قوله نصيب ابني كانه قال ؛ ما يستحق ابني ، وما يستحق ابني لا يجوز أن يستحقه غيره

مسئلة ٥ - اذا قال : اوصيت له بضعف نصيب احد ولدى فان عندنا يكون له مثلاً نصيب اقل ورثته لان الضعف مثلاً الشيء ، وبه قال جميع الفقهاء ، و اهل العلم و قتال ابو عبيد : الضعف هو مثل المشي ، و استدلل بقوله تعالى « يانساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين » قال : و اجمع اهل العلم انهن اذا اتين بفاحشة عليهن حدان و لو كان الضعف مثليه لكان عليهن بدل كل فاحشة ثلاث حدود ، فلما أجمعوا ان عليهن حددين ثبت أن الضعف انما هو المثل - دليلنا - ما روى ان عمر ضعف (اضعف خ ل) الصدقة على نصارى بنى تغلب ، ومعلوم انه كان يأخذ زكوتين من كل أربعين شاتين ، وايضاً فان اهل اللغة يقولون ضعفت الثوب وأضعفته ، اذ اثنيته وضممت طرفه الى الطرف الاخر ، ويقال ايضاً أعطيت فلاناً مثل نصيبه وأضعفته اي أعطيته مثليين واما الجواب عن الاية فاننا (فان خ ل) نقول كذلك يقتضى الظاهر ثلاث حدود ، وبه قال ابو عبيد لكن تركنا ذلك بدليل ، وهو قوله

ومن جاء بالسبعة فلا يجزى الامثلها

مسئلة ٦ - اذا قال لفلان ضعفا نصيب احد ورثتى يكون له ثلاثة أمثالها وبه قال عامة الفقهاء؛ الأبا نور، فانه قال له أربعة أمثالها - دليلنا - ان ما قلناه مجمع عليه وما زاد عليه ليس عليه دليل، وايضاً فان الضعف هي هنا يجب الى ان يضاف النصيب والضعف الذى هو مثله اذا اضعفته الى نصيبه يكون ثلاثة بلى لو قال لفلان ضعف ضعف نصيب أحد ورثتى فان ذلك يكون أربعة؛ فلما قال ضعفا نصيب ولدى كان الضعف مضافا الى النصيب لالى الضعف فيكون ثلاثة. هذا استدلال الفقهاء؛ والذى يقوى فى نفسى مذهب ابى نور لا نأخذ للنساء على أن ضعف الشىء مثله؛ فاذا ثبت ذلك وقد تناه فيجب أن يكون أربعة أمثاله .

مسئلة ٧ - اذا قال لفلان : جزء من مالى كان له واحد من سبعة ، وروى جزء من عشرة ؛ وقال الشافعى : ليس فيه شىء مقدر ، والامر فيه الى الورثة ، أن يعطوه ما يقع عليه اسم ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة على القولين .

مسئلة ٨ - اذا قال اعطوه كثيراً من مالى فانه يستحق ثمانين على ما رواه أصحابنا فى حدالكثير ، وقال الشافعى : مثل ما قاله فى المسئلة الاولى سوآء (دليلنا اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى : « لقد نصر كم الله فى مواطن كثيرة » روى فى تفسير هذه الاية انها كانت ثمانين موطناً (ح ل) - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سوآء .

مسئلة ٩ - اذا قال لفلان سهم من مالى او شىء من مالى كان له سدس ماله، وقال الشافعى : مثل ما قال فى المسئلتين الاوليين ، وقال ابو يوسف ومحمد : انه يدفع اليه أقل نصيب أحد الورثة اذا كان مثل الثلث أو دونه، فان كان نصيب أحد الورثة أكثر من الثلث ، فانه يعطى اليه الثلث ، و عن ابى حنيفة روايتان : احدهما قال لهذا الموصى له اخمس نصيب أحد الورثة نصيباً ، اذا كان انقص نصيباً ؛ والسادس . والثانية يعطى أقل نصيب احد الورثة اذا كان أكثر من السادس وفى الرواية الاولى أقل الامر ين ، وفى الثانية الاكثر من السادس أو أقلهم نصيباً على أنه لا ينقص من السادس - دليلنا اجماع الفرقة، وروى ابن مسعود ان رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله فاعطاه النبى ﷺ

(رسول الله ﷺ) السدس، وعن ابن مسعود مثل هذا موقوفاً عليه، وروى عن إياس بن معاوية
 ابن قال: السهم في اللعة انما هو السدس
 مسألة ١٠ - إذا أوصى لواحد بنصف ماله ولاخر بثلث ماله، ولاخر بربع ماله ولم تجز الورثة
 في الاول الثلث من التركة، وسقط ما زاد عليه؛ ويسقط الباقيون فان نسي من بدء، بذكره
 استعمل القرعة؛ وفي ما ذكره له، فان فضل كان لمن يليه في القرعة، وقال الشافعي:
 هذه تعول من اثني عشر الى ثلاثة عشر، لصاحب النصف ستة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب
 الربع ثلاثة ولم يفصلوا، وبه قال الحسن البصري والنعيمي وابن ابي ليلى وابويوسف و
 محمد وأحمد واسحاق، وقال ابو حنيفة: يقسط الزيادة على جميع المال ويكون الباقي
 على احد عشر سهماً لصاحب النصف الثلث اربعة؛ ولصاحب الربع الربع ثلاثة، ووافق
 الشافعي اذا اجازا لورثة في انه يقسم على ثلاثة عشر - دليلنا - اجماع الفرقة وقيام الدلالة
 على بطلان العول .

مسألة ١١ - اذا أوصى لرجل بكل ماله، ولاخر بثلث ماله فان بدء بصاحب
 الكل وأجازت الورثة أخذ الكل وسقط الاخر، وان بدء بصاحب الثلث وأجازت الورثة
 أخذ الثلث، و الباقي وهو الثلثان لصاحب الكل، فان اشتبه استعمل القرعة على
 هذا الوجه، فان لم تجز الورثة و بدء بصاحب الكل أخذ الثلث، وسقط الاخر
 وان بدء بصاحب الثلث أخذ الثلث وسقط صاحب الكل؛ فان اشتبه استخرج بالقرعة،
 وقل الشافعي: ان لم تجز الورثة قسم الثلث بينهما على أربعة لصاحب الكل ثلاثة، و
 لصاحب الثلث واحد، وقال ابو حنيفة: يقسم بينهما نصفين، وان اجازت الورثة قسم
 الشافعي على أربعة اقسام مثل ذلك، وعن ابي حنيفة روايتان: احدهما مثل قول الشافعي
 وهذه رواية ابي يوسف ومحمد وانه يقسم على أربعة، وروى الحسن بن زياد اللؤلؤي
 قال: يقسم على ستة، لصاحب الثلث السدس، ولصاحب الكل خمسة أسداس - دليلنا - ما قدمناه
 في المسئلة الاولى سواء .

فى أن تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذالم يكن منجزاً لا يصح

مسئلة ١٢ - تصرف المريض فيما زاد على الثلث اذالم يكن منجزاً لا يصح بلا خلاف وان كان منجزاً مثل العتاق والهبة والمحاباة فلا صحابنا فيه درابتان: احديهما أنه يصح والاخرى لا يصح ، وبه قال الشافعى وجميع الفقهاء ، و لم يذكر وا فيه خلافاً - دليلنا على الاولى (ل نخل) الاخبار المرورية من طرق أصحابنا ، وذكرنا هافى الكتاب الكبير .

مسئلة ١٣ - اذا أوصى بخدمة عبده او بغلة داره او نمرة بستانه على وجه التأييد كان صحيحاً ، وبه قال عامة الفقهاء الا ابن أبى ليلى فانه قال : لا يصح هذه الوصية لانها مجهولة - دليلنا - ان الظواهر من الايات و الاخبار عامة فى جواز الوصية فى الايمان و المنافع ، وتخصيصها يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٤ - اذا أوصى لرجل بزيادة على الثلث فى حال صحته او مرضه فأجازها الورثة فى الحال قبل موت الموصى صححت الوصية ، وبه قال عطا و الحسن و الزهرى و ربيعة بن أبى عبد الرحمن (الله نخل) وقال ابو حنيفة واصحابه و الشافعى و احمد بن حنبل و أهل الكوفة و الثورى : ان هذه وصية باطلة ، وبه قال عبد الله بن مسعود و طاوس و شريح ، و ذهب طائفة الى أن ما أوصى به فى حال صحته له يلزم ، وما أوصى به فى حال مرضه يلزم وهو مذهب مالك و ابن أبى ليلى - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً فان هذا المال الذى أوصى به لا يخرج من بين الموصى و الورثة لانه اما ان يبرء فيصح فيكون المال له ، او يموت فيكون المال للورثة ، فان كان للموصى فقد اوصى به ، وان كان للورثة فقد أجازوه ، وايضاً فان كل خبر روى عن النبى ﷺ ان الوصية بما زاد على الثلث باطلة الا ان تجيز الورثة عامة فى الاجازة فى الحال و بعد الوفات .

مسئلة ١٥ - اذا أوصى بثلث ماله فى الرقاب فانه يصرف الى المكاتبين و العبيد يشتررون و يعتقون ، وقال ابو حنيفة و الشافعى : يصرف الى المكاتبين ، وقال مالك : يشترى

بثلث ماله عبيد ويعتقون - دليلنا - ان الاسم تتناول العبيد كما يتناول المكاتبين كذلك
تقول في آية الصدقات والخلاف فيهما واحد .

مسئلة ١٦ - اذ قال: اشترى وابلث مالى عبيد او اعتقوهم فينبغى أن يشتري بالثلث
ثلاثة فصاعد أنهم أقل الجمع ان بلغ الثلث قيمة لثلاثة بلاخلاف وان لم يبلغ و بلغ اثنين
وجزء من الثالث فانه يشتري الاثنان واعتقا واعطيا البقية ، وللشافعى فيه قولان (وجهان
خل) أحدهما يشتري اثنان اعلاهما (اعلاهما خل) ثمناً، والثانى انه يشتري اثنان (الاثنان
خل) وبعض الثالث - دليلنا - اجماع الفرقة فان هذه منصوصة لهم ، وذكرنا الرواية بها
فى الكتاب الكبير .

فى الوصية بحجة الاسلام من ثلث ماله

مسئلة ١٧ - اذا كانت عليه حجة الاسلام فأوصى أن يحج عنه من ثلث ماله وأوصى
بوصايا آخر قدم الحج على غيره من الوصايا، وللشافعى فيه قولان : (وجهان خل) أحدهما
مثل ما قلناه ، والثانى يسوى بينه وبين الوصايا، فان وفى الثلث بالكل فلا كلام ، وان كان
نصيب (مانصيب خل) الحج لا يكفيه تمم من رأس المال، فان حجة الاسلام تجب من رأس
المال - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٨ - اذا وصى لرجل بشيء ثم مات الموصى فانه ينتقل ما وصى به الى ملك
الموصى له بوفاة الموصى، وللشافعى فيه ثلاثة أقوال : أحدها ما رواه ابن عبد الحكم مثل
ما قلناه ، والثانى ينتقل، بشرطين بوفات الموصى وقبول الموصى له، والثالث انه مراعى ،
فان قبل تمييزاً انه انتقل اليه بوفاته ، وان رد، تمييزاً انه انتقل الى ورثته بوفاته دون الموصى له
دليلنا - انه لا يخلو الشيء الموصى به من ثلاثة أحوال : اما أن يبقى على ملك الميت أو
ينتقل الى الورثة، او ينتقل الى الموصى له، ولا يجوز ان يبقى على ملكه لانه قد مات والميت
لا يملك، ولا يكون ملكاً للورثة لقوله تعالى: «من بعد وصية يوصى بها او دين» فجعل
لهم الميراث بعد الوصية فلم يبق الا أن يكون ملكاً للموصى له بالموت.

مسئلة ١٩ - اذ قال الرجل: أوصيت لفلان بثلث هذا العبد، او بثلث هذه الدار؛ أو الثوب

ثم مات الموصى وخرج ثلثا ذلك العبد وثلث الدار استحقها، فإن الوصية تصح في الثلث الباقي
أخرج من الثلث، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وذهب أبو ثور إلى أن الوصية إن مات صح
في ثلث ذلك الثلث، ذهب أبو العباس بن شريح إلى قول أبي ثور، وخرج ذلك وجهاً آخر، وبه قال
زفر - دليلنا - إنه إذا قل: أوصيت لفلان بثلث هذه الدار فإنه أوصى له بما يملكه، لا ترى أنه لو قال
بعث ثلث هذه الدار فإن ذلك ينصرف إلى الثلث الذي يملكه منها، إذا كان أوصى له بما يملك و
خرج من الثلث وجب أن يصح كمال الوصى له بعبد يملكه .

مسئلة ٢٠ - إذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله فسيل الله هم الغراة المطوعة دون
المترصدين للقتال، الذين يستحقون أربعة أخماس الغنيمة وهو قول الشافعي، وفي أصحابنا
من قال: إن سبيل الله يدخل فيه جميع مسائل المسلمين من بناء القناطر وعمارة المساجد
والمشاهد والحج والعمرة، ونفقة الحاج والزوار وغير ذلك - دليلنا - على هذا أخبار
الطائفة، وإيضاً فإن جميع ذلك طريق إلى الله وسبيل إليه، فلا دلى حمل اللفظة على عمومها
وكذلك الخلاف في آية الزكاة

في رد الوصى الوصية

مسئلة ٢١ - إذا قبل الوصية له أن يردها مادام الموصى باقياً؛ فإن مات فليس له ردها
وبه قال أبو حنيفة إلا أن قال: ليس له ردها في حال حياته (الحيات خل) مالم يردها في وجهه
وبعد الوفاة ليس له ردها كما قلناه إلا أن يقر بالعجز أو الخيانة كالأوكالة؛ وقال الشافعي: له
ردها قبل الوفاة وبعد الوفاة - دليلنا - إجماع الفرقة، ولأن الوصية قد لزمت بالقبول
بلا خلاف، وجواز ردها على كل حال يحتاج إلى دليل .

مسئلة ٢٢ - من أوصى له بأبيه يستحب له أن يقبلها ولا يردها الوصية، وإن ردها لم يجبر على
قبولها، وبه قال الشافعي، وقال قوم: يلزمه قبولها - دليلنا - إن الأصل برائة الذمة، وإيجاب
قبولها عليه يحتاج إلى دليل .

مسئلة ٢٣ - نكاح المريض بصح إذا دخل بها، وإن لم يدخل بها مات من مرضه
لم يصح النكاح، واختلف الناس فيه على أربعة مذاهب: فقال الشافعي: نكاحه صحيح كنكاح

غير المريض ، وينظر في المهر ، فان كان المسمى وفق مهر المثل فانها تستحق ذلك من الاصل وان كان اكثر فقدد مهر المثل من رأس المال ، واما الزيادة فان كانت وارثة لم تستحق الزيادة الا باجازه ساير الورثة ، وان كانت غير وارثة بأن تكون قاتلة او ذمية فانها تستحق تلك الزيادة من الثلث ، لانه يصح الوصية لها قال وهو اجماع الصحابة وبقال النخعي والشعبي واحمد بن حنبل واسحق وهو قول ابى حنيفة واصحابه ، وذهب ربيعة بن ابى عبد الرحمن : الى ان النكاح صحيح ، ولكن لا تستحق الصداق (المهر خ ل) الا من الثلث ، وذهب الزهرى والاوزاعى الى ان النكاح صحيح وتستحق المهر من اصل ؛ الا انها لا تترث ، وذهب مالك الى ان النكاح باطل - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

في الوصية لأقربائه ومن بعدهم من الأقرباء

مسئلة ٢٤ - اذا وصى بثلثه لقرابته فمن اصحابنا من قال : انه يدخل فيه كل من تقرب اليه الى آخواب وام في الاسلام ، واختلف الناس في القرابة فقال الشافعى : اذا وصى بثلثه لقرابته (لقراباته خ ل) ولاقربائه ولذى رحمه فالحكم واحد فانها تنصرف الى المعروفين من أقاربه في العرف ؛ فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قرابته سواء كان وارثا وغير وارث وهذا قريب يقوى في نفسه ، وليس لاصحابنا فيه نص عن الائمة عليهم السلام ، وذهب أبو حنيفة الى انه يدخل فيه كل ذى رحم محرم ، فاما من ليس بمحرم فانه لا يدخل فيه ، وان كان له رحم مثل بنى الاعمام وغيرهم ، وذهب مالك الى ان هذه الوصية للوارث من الاقارب ، فاما من ليس بوارث فانه لا يدخل فيها - دليلنا - قوله تعالى « واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خهسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين » فجعل لذوى (لذى خ ل) قربى رسول الله ﷺ سهماً من خمس الغنيمة فاعطى النبي ﷺ ذلك بنى (لبنى خ ل) هاشم وبنى المطلب ، فجاء عثمان وجبير بن مطعم فقالا : يا رسول الله ﷺ اما بنو هاشم فلا ينكر فضلهم لمكانك الذى وضعك (صنعك الله خ ل) فيهم ، واما بنو المطلب فما بالنا اعطيتهم ، ومنعتنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة ؟ فقال النبي ﷺ اما بنو هاشم و بنو المطلب

فشىء واحد ، وشبك بين أصابعه ، وفى بعض الاخبار انه قال : مارقو نافى الجاهلية و الاسلام ووجه الدلالة ان النبى ﷺ أعطى ذلك لبنى أعمامه وبنى جده ، وعند ابى حنيفة ان هؤلاء ليسوا من اهل (ذوى نخل) القربى وايضاً فان النبى ﷺ كان يعطى لعمة صفية من سهم ذى (ذوى نخل) القربى وفى بعض الاخبار ان الزبير كان يضرب فى الغنيمة بازوة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه وسهم لأمه ، وهذه الدلالة على مالك حيث قال : من ليس بوارث لا يدخل تحت القرابة ولان اسم القرابة يقع على ابن العم وابن الخال حقيقة فوجب ان يدخل تحتها .

فيمن يعد جار الانسان

مسئلة ٢٥ - اذا وصى بثلث ماله لجيرانه فرق بين من يكون بينه وبين داره اربعون ذراعاً من اربع جوانب ، وقد روى اربعون داراً ، وقال الشافعى : يفرق فيمن كان بينه اربعون داراً من كل وجه ، وقال ابو حنيفة : جيرانه الجار الملاصق وقال ابو يوسف : جيرانه اهل دربه وقال محمد : اهل محلته ، وقال احمد بن حنبل : جيرانه اهل مسجده وجماعته ومن سمع الاذان من مسجده وفى التابعين (الناس نخل) من قال : من سمع الاقامة - دليلنا - اجماع الفرقة ورواياتهم ، وروت عايشة انه سئل النبى ﷺ عن حد الجار (الجوار نخل) فقال اربعون داراً فقال لابي بكر وعمر وعثمان وعلى عليه الصلاة والسلام : اخر جوار نادوا الا ان حد الجار (الجوار نخل) اربعون داراً .

مسئلة ٢٦ - الوصية لاهل الذمة جائزة بلا خلاف ، وفى أصحابنا خاصة من قيدها اذا كانوا اقاربه (كان من قرابته نخل) ولم يشرط الفقهاء ذلك فاما الحربى فالاصح الوصية له ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى : تصح للحربى - دليلنا - ان جوار ذلك يحتاج الى شرع وطريقة الاحتياط تقتضى ان لا يفعل ذلك .

مسئلة ٢٧ - يصح أن يوصى للقاتل وهو أحد قولى الشافعى ، وبه قال مالك واهل الحجاز ، والقول الاخر لا يصح ، وبه قال ابو حنيفة - دليلنا - قوله تعالى : «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان تترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين» ولم يفرق

وقوله : « من بعد وصية يوصى بها الدين » ولم يفرق ، والمنع من ذلك يحتاج الى دليل
مسئلة ٢٨ - اذا اوصى بثلاث ماله لرجل ثم اوصى لآخر بثلاث ماله ولم تجز
الورثة كانت الوصية الثانية دافعة للاولى وناسخة لها ، وبه قال الحسن البصرى وعطا
وطاوس و داود ، و قال الشافعى لا يكون ذلك رجوعاً عن الاول ، وبه قال ربيعة
و مالك و الثورى و أبو حنيفة و أصحابه - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم و أيضاً
فانه لا خلاف اذا قال العبد : الذى كنت قد اوصيت به لفلان قد اوصيت به لفلان فان هذا
يكون رجوعاً عن الوصية كذلك اذا اطلق يكون رجوعاً لانه لا فرق بين أن يقيده وبين
أن يطلقه .

مسئلة ٢٩ - اذا ضرب الحامل اطلق كان ذلك مرضاً مخوفاً ، سواء كان قبل
الطلق أو بعده أدمعه ، وقال الشافعى : ما يضربها قبل الطلق لا يكون مخوفاً ، وما يضربها
مع الطلق فعلى قولين ، وما يكون بعده فعلى ضربين ، وقال مالك : اذا بلغ الحمل ستة
أشهر كان ذلك مخوفاً ، وقال سعيد بن المسيب : الحمل من ابتداء الى انتهائه حال
الخوف و يكون كله مخوفاً - دليلنا - ان العادة تختلف فى ذلك فيحصل التلف
بعد الاوان ، وقبله ، ودمعه ، والخوف حاصل على كل حال

مسئلة ٣٠ - اذا عتق ثم حابى فى مرضه الخوف كان ذلك من الثلث بلا خلاف
ويقدم العتق على المحاباة ، وبه قال الشافعى السابق فلا سبق ، وقال ابو حنيفة : يسوى بينهما بين
العتق والمحاباة ووافقنا فى انه اذا بدء بالمحاباة ثم العتق يقدم الاول فالاول - دليلنا - انا
بينافى الوصية كلها انها تقدم الاولى فالاولى مالم تكن منجزة فما يكون منجزة
بذلك أولى

فى الجمع بين المنجز والمعلق

مسئلة ٣١ - اذا جمع بين عطية منجزة و عطية مؤخره دفعة واحدة ولم يخرجها
من الثلث فانه تقدم المنجزة على المؤخره ؛ وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : لا تقدم احدهما
على الاخرى ، و يسوى بينهما لانه يعتبر كله من الثلث - دليلنا - ان العطية المنجزة سابقة

ولازمة في حق المعطى فوجب أن تقدم على العطية الموحرة التي لم تلزم كما انه اعتق
ثم أوصى .

مسئلة ٣٢ - اذا أوصى بثلاث ماله لاهل بيته دخل اولاده فيه وآباءه واجداده، وقال
تغلب : لا يدخل الاولاد فيه وهو الذى اختاره أصحاب الشافعى ولم يذكر وا فيه خلافاً
دليلنا- اجماع الفرقة وقوله تعالى «انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت»
ولاخلاف انه كان فيهم الحسن عليه السلام والحسين عليه السلام وفاطمة عليها السلام امهما ، و قول
النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما جملهم بالعبادة اللهم هؤلاء اهل بيتى يدل على ذلك ،

مسئلة ٣٣ - اذا أوصى لعترته كان ذلك فى ذريته الذين هم اولاده واولاد اولاده
كذلك (وبه خل) قال تغلب وابن الاعرابى ، وقال القتيبى : عترته وعشيرته واستدل بقول
ابى بكر نحن عتره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وحكى أصحاب الشافعى القولين معاً وضعفوا قول
القتيبى وام يصححوا الخبر وهو الصحيح - دليلنا- اجماع الفرقة .

مسئلة ٣٤ - اذا أوصى لمواليه وله موال من فوق وموال من أسفل ولم يتبين
(يفرق خل) اشترى كواكلهم فيه ، وللشافعى فيه ثلاثة أوجه: أحدهما مثل ما قلناه ، والثانى
لمواليه من فوق ، والثالث تبطل فيهما معاً - دليلنا- ان اسم الموالى يتناولهما فتخصيص
بعضهم بذلك يحتاج الى دليل

مسئلة ٣٥ - اذا أوصى لمواليه وله موال ولايه موال كان ذلك مصروفاً الى مواليه
دون موالى ابيه ، ولم أجد لاحد من الفقهاء فيه نصاً ، والذى يقتضيه مذهبهم ان يكون
مثل الاولى سواء - دليلنا- اجماع الفرقة وأخبارهم ، وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير

مسئلة ٣٦ - اذا أوصى لرجل يعبدله وله مال غايب فانه يسلم الى الموصى له ثلث
العبد على كل حال ، وللشافعى فيه وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثانى لا يسلم اليه
وقال مالك : لورثة بالخيار ان شاءوا أجازوه وان شاءوا فسخوه فيحصل (حصل خل) حق الموصى
له متعلقاً بجهة ماله مشاعاً ، قال وهكذا اذا أوصى له بمال ناض وله عقار أو وصى بمال
وله دين ، أو وصى بمال ناض وله مال غايب فان للورثة الخيار ان شاءوا أجازوه وان شاءوا
فسخوه الوصية ، ويتعلق حق الموصى له بجميع ماله - دليلنا- ان من المعلوم انه استحق

ثلث هذا العبد لانه ان سلم المال الغائب استحق جميعه ، وان لم يسلم له (ذلك خل) فالثالث من هذا يستحق على كل حال ، وايضا قوله تعالى «من بعد وصية يوصى بها او دين» يدل عليه ايضا لم يفصل

مسئلة ٣٧ - لا يجوز للمملوك أن يكون وصياً ، وبه قال الشافعي ، سواء كان عبد الموصى او عبد غيره ؛ وسواء كان الاولاد كباراً أو لم يكن ، وبه قال ابو يوسف ومحمد والشافعي وأبو ثور ، وقال مالك : يجوز أن يكون وصياً بكل حال ، وقال الاوزاعي ذابن شبرمه : ان الوصية الى عبد نفسه تصح والى عبد غيره لا تصح وقال ابو حنيفة الوصية الى عبد غير دلا تصح والى عبد نفسه نظرت فان كان في الاولاد كبار لم تصح ، وان لم يكن في الاولاد كبار تصح الوصية اليه - دليلنا ان من جوزنا الوصية اليه مجمع عليه ، ومن ذكره ليس على جواز الوصية اليه دليل .

جواز كون المرأة وصياً

مسئلة ٣٨ - يجوز ان تكون المرأة وصياً ، وبه قال جميع الفقهاء الاعطاء ، فانه قال لا يصح ان تكون المرأة وصياً - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا المنع (فأخا) يحتاج الى دليل وايضا روى ان هندا أتت النبي فقالت : يا رسول الله ﷺ ان أباسفيان رجل شحيح ، وان دلا يعطيني ما يكفيني وولدي ، الاما أخذته منه سراً فقال النبي ﷺ خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ، فجعل النبي ﷺ اياها قيمة اولادها ، ولهذا جاز للحاكم ان يجعل المرأة قيمة اليتامى ، وروى ان عمر اوصى الى بنته صفية ولم ينكر عليه .

في الوصية الى رجلين وتفصيلها

مسئلة ٣٩ - اذا وصى الى رجلين فلا يخلو من ثلاثة احوال : احدها ان يوصى اليهما على الاجتماع والانفراد ، والثاني ان يوصى اليهما على الاجتماع ، وينهاهما عن الانفراد بالتصرف ، والثالث ان يطلق فالازل متى انفرد احدهما بالتصرف جاز ، وان اجته معاصح وان تغير حال احدهما بمرض او كبر اقام الحاكم أميناً يقوى يده ويكون الوصى كما كان

وان مات أحدهما فليس للحاكم ان ينصب وصيا آخر لان الميت له وصى ثابت ، و الثانى اذ انهى كل واحد منهما عن الانفراد بالتصرف فمتى اجتمع اصح التصرف ، وان انفرد احدهما لم يصح ، وان تغير حال احدهما فليس للمذى لم يتغير حاله ان ينفرد بالتصرف ؛ وللحاكم ان يقيم مقامه آخر ويضيفه الى الذى بقى ، وان رأى الحاكم أن يفوض الامر الى الذى بقى هل يصح ذلك ام لا؟ : على وجهين : فان تغير حالهما معاً فعلى الحاكم ان يقيم رجلين مقامهما ، وهل له أن يقيم واحداً مقامهما ام لا ؟ فعلى وجهين ، وهذان الفصلان لاختلاف فيهما و الثالث اذا اطلق فالحكيم فيه كالحكم فى الفصل الثانى فى جميع الوجوه ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو يوسف : يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف اذا اطلق كما لو قيد ، وقال ابو حنيفة ونحوه : القياس بوجوب أن ينفرد أحدهما بالتصرف أصلاً لكن يجوز نافي خمسة (سبعه وخ ل) أشياء ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف استحساناً شراء الكفن وحفر القبر والدفن والفرقة فى الثلث وقضاء الدين (الديون خل) ورد الوديعة والنفقة على عياله مثل الطعام واما الكسوة فوافقونا انه لا يجوز ان ينفرد احدهما بشرائه - دليلنا - انه اذا اجتمع اصح تصرفهما بالاختلاف ، واذا انفرد احدهما فلا دليل على صحة تصرفه .

مسئلة ٤٠ - لا يجوز أن يوصى الى أجنبي بأن يتولى امر اولاده مع وجود ابيه ، ومتى فعل لم تصح الوصية لان الجداولى به ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة يصح وصية الاجنبى (وصيته لاجنبى خل) مع وجود الجدا - دليلنا - اجماع الفرقة على أن للجد ولاية على ولد الولد ، واذا كان له ولاية عليه بغير تولية فلا يجوز أن يولى عليه كما أن الاب لما كانت له ولاية لم يجز أن يولى عليه .

مسئلة ٤١ - الام لانلى على اولادها بنفسها الا بوصية من ابيهم ، وبه قال الشافعى و اكثر اصحابه ، وقال ابو سعيد الاصطخرى : هى تلى أمرهم بنفسها من غير ولاية دليلنا - انه لا دليل على ذلك فى الشرع فوجب نفيه لان طريق ذلك الشرع .

مسئلة ٤٢ - اذا وصى اليه بجهة من الجهات فليس له أن يتصرف فى غيرها من الجهات مثل أن يوصى اليه بتفرقة ثلثه او ردودا بعه فليس له أن يتصرف فى غيرها اوصى اليه ، و

به قال أبو يوسف ومحمد والشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا وصى إليه بجهة من الجهات له أن يتصرف في جميع الجهات - دليلنا - انه لا دليل على جواز تصرفه في غير ما ضيف إليه فوجب نفيه ، فاما ما أسند إليه فلا خلاف فيه ، و الاصل المنع لانه تصرف في ملك الغير .

في انه اذا وصى و أطلق هل يكون للوصى التوصية

الى الغير ام لا؟

مسئلة ٤٣ - اذا وصى الى غيره وأطلق الوصية ولم يقل فاذا مت أنت فوصى فلان و لا قال : فمن اوصيت اليه فهو وصى لأصحابه بافيه قولان : المروى أن له أن يوصى الى غيره ، و به قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والثوري ، وقال أبو حنيفة : لو وصى هذا الوصى الى رجل في أمر أطفال نفسه لكان ذلك الوصى الثاني وصياً في أمر أطفال الموصى الاول ، لان عنده الوصية لا تتبع ، وهذا لا نقوله نحن ، وقال بعض أصحابنا : ليس له أن يوصى فاذا مات أقام الناظر في أمر المسلمين من ينظر في تلك الوصية ، و به قال الشافعي والاوزاعي واحمد واسحاق - دليلنا - على القولين روايات أصحابنا التي ذكرناها في الكتاب المقدم ذكره .

مسئلة ٤٤ - اذا وصى اليه ، وقال : من اوصيت اليه فهو وصى كانت هذه الوصية صحيحة وللشافعي فيه قولان : ذهب المزني وأبو اسحاق وجماعة الى ان المسئلة على قولين : أحدهما مثل ما قلناه ، و به قال مالك وأبو حنيفة ، والقول الثاني لا يصح ، وفي أصحابه من قال : ان المسئلة على قول واحد وهو انها تجوز كما قلناه ، واختاره أبو حامد الاسفرايني - دليلنا - أن الاصل جوازه ، ولا مانع في الشرع يمنع منه ، فوجب أن يكون جازياً .

مسئلة ٤٥ - اذا وصى اليه وقال متي اوصيت الى فلان فهو وصى كانت الوصية صحيحة ، واختلف أصحاب الشافعي : فمنهم من قال : هذه صحيحة قولاً واحداً لانه نص على الوصى الثاني ، ومنهم من قال : هذا ايضاً على قولين - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

في عدم وجوب الزكاة في اموال الصائمة للطفل وعدم

وجوب الفطرة عليه

مسئلة ٤٦- لا يجب الزكاة في اموال الطفل الصائمة ولا فطرة عليه، وانما تجب الزكاة في غلاته ومواشيه ، وقال الشافعي : تجب في جميع أمواله ، وقال ابو حنيفة : لا تجب الزكاة في جميع أمواله- دليلنا - اجماع الفرقة ، وهذه قدمضت في كتاب الزكاة مستوفاة (١) .

مسئلة ٤٧ - ما يجب فيه الزكاة من اموال الطفل فعلى الوصى أن يخرج من ماله ، و به قال الشافعي ، وقال ابن ابى ليلى : لا يخرج الزكاة من ماله حتى يبلغ ، ثم يخرج هو بنفسه - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى « خذ من اموالهم صدقة » وذلك عام الا ما أخرجه الدليل .

مسئلة ٤٨ - اذا وصى لعبد نفسه صحت الوصية وقوم العبد واعتق ان كان (اذا كان خل) نمناه اقل من الثلث ، وان كان نمناه أكثر من الثلث استسعى فيما يفضل للورثة وقال جميع الفقهاء : انه لا يجوز الوصية لعبد نفسه - دليلنا - اجماع الفرقة لانهم انما ابطلوهما من حيث ان ما يوصيه له يكون لورثته ، والوصية للوارث لا تصح ، وعندنا أن الوصية للوارث صحيحة ، وقد مضى الكلام فيها .

مسئلة ٤٩ - لا تصح الوصية لعبد الغير من الاجانب ، وقال جميع الفقهاء : انها تصح - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٥٠ - اذا وصى بثلث ماله اعتبر حال الموت لاحال الوصية ، وبه قال الشافعي نصاً ، وقال بعض أصحابه : يعتبر حال الوصية - دليلنا - أن الوصية تلزم بالموت فوجب أن يعتبر عند ذلك فاما حال الوصية فانها تكون واقفة عليه ، وايضاً فما قلناه مجمع على لزومه فيه ، وما قالوه ليس عليه دليل .

مسئلة ٥١ - الوصية للميت باطله سواء كان عالماً بموته او ظن انه حي ثم ظهر له موته ، وبه قال أبو حنيفة وأهل العراق والشافعي ، وقال مالك : ان ظن انه حي فاصى له ثم بان له انه كان ميتاً فإن الوصية لم تصح ، وان علم انه ميت فاصى له فانه تصح ويكون للورثة - دليلنا - انه لا دلالة على صحة هذه الوصية ، وادعاء صحتهما يحتاج الى دليل ، وايضاً فان الوصية تفتقر الى القبول والميت لا يصح عنه القبول .

مسئلة ٥٢ - من ليس له وارث قريب أو بعيد ولا مولى نعمة لا يصح أن يوصى بجميع ماله ولا يوصى بأكثر من الثلث ، وبه قال مالك وأهل المدينة والشافعي والاوزاعي وأهل الشام وأبي شبرمة وعبدالله بن الحسن العنبري ، وذهب شريك وأبو حنيفة واصحابه الى أنه ان يوصى بجميع ماله ، وروى ذلك في أحاديثنا - دليلنا - ان الوصية بالثلث مجمع على صحتها ، وما زاد عليه لا دليل عليه ، وروى معاذ بن جبل ان النبي ﷺ قال : ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة في حسناتكم ، وفي بعض الاخبار زيادة في أعمالكم ، ولم يفرق بين من يكون له وارث ومن لا يكون له وارث .

كتاب الوديعه

مسئله ١ - ليس للمودع أن يسافر بالوديعه سواء كان الطريق مخوفاً أو غير مخوف ، وسواء كانت المسافه قريبه او بعيدة مع الاختيار ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفه : ان كان مخوفاً كما قلنا وان لم يكن مخوفاً كان له ان يسافر بها - دليلنا - ان جواز السفر بها يحتاج الى دلالة ؛ (دليل خل) وايضاً فإنه اذا سافر بها فإنه يحفظها في موضع لم تجر العادة بحفظها فيه ، فوجب ان يلزمه (يكون عليه خل) الضمان كما لو تركها في خرابه لان الطريق يطرأ عليه الخوف .

مسئله ٢ - اذا شرط في الوديعه ان تكون مضمونه كان الشرط باطلاً ولا تكون مضمونه بالشرط ، وبه قال جميع الفقهاء : الا عبيد الله (عبد الله خل) بن الحسن العنبري فإنه قال : تكون مضمونه - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع الامه لان خلاف العنبري قد انقض ، وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال ليس على المستودع ضمان ولم يفصل .

مسئله ٣ = المودع متى أودع الوديعه عند غير مع قدرته على صاحبه فإنه يكون ضامناً سواء أودع زوجته أو غير زوجته أو من يعوله ولا يعوله وبه قال الشافعي ، وقال مالك : ان اودع زوجته لم يضمن ، وان اودع غير هاضم ، وقال أبو حنيفه : ان اودعها عند من يعول ويمون فلا يضمن ، وان اودعها عند غيرهم يضمن - دليلنا - هو انه قد تعدى في الوديعه لان صاحبها إنما أتمته عليها دون غيره فاذا أتمن عليها غير نفسه فقد تعدى

مسئلة ٤ - اذا تعدى فى الوديعه فضمنها؛ فاذا ردها الى حرزها لم يزل الضمان عنه الا أن يردها على المودع او حدث استيمان آخره جدد ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك و أبو حنيفة: فان ردها الى حرزها زال الضمان - دليلنا - ان بالتعدى قد ضمن واشتغلت ذمته بها ، فمن ادعى برائتها (براءة الذمة خ ل) يردها الى حرزها فعليه الدلالة .

مسئلة ٥ - اذا أخرجها من حرزها ثم ردها الى مكانها فان عندنا يضمن بكل حال ، وبه قال الشافعى ، وعندنا بيحنيقة لا يضمنها الا فى ثلاث مسائل اذا ججده ثم اعترف به الثانى اذا طالب بردها فمنع الرد، ثم بدل ردها الثالث اذا خلطه ثم ميزه فانه لا يزول ضمانه فى هذه المسائل الثلاث عنده ، وقال مالك: ان أبقها وجعل بدلها مكانها زال الضمان لان عنده اذا كان المودع موسراً وكانت الوديعه دراهم او دنانير كان للمودع أن ينفقها وتكون فى ذمته ، قال: ويكون (فيكون خ ل) أحفظ للمودع من الحرز - دليلنا - انه اذا ثبت وجوب الضمان عليه بالتعدى فلا دليل على زوال الضمان بالرد ، وروى سمرة ان النبى ﷺ قال على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، وهذا قد أخذ فوجب ان يؤدى .

مسئلة ٦ - اذا قال له رب الوديعه بعد ان تعدى فيها وضمنها: أبرئتك من ضمانها وجعلتها عندك وديعة واثمتتلك على حفظها فانه يزول ضمانها، وظاهر مذهب الشافعى انه لا يزول لان بالابراء لا يزول الضمان الا أن يردها عليه ثم يتسمها من الرأس؛ وفى اصحابه من قال: يزول ضمانه - دليلنا - ان حق الضمان اذا كان لصاحبها فمتى أبرئه وجب ان يزول الضمان لانه اسقاط حق له .

مسئلة ٧ - اذا أخرج الوديعه لمنفعة نفسه مثل ان يكون ثوباً فآراد (اراد خ ل) أن يلبسه او دابة فآراد ركوبها فانه يضمن بنفسه الاخراج ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة: بالاخراج لا يضمن حتى ينتفع مثل ان يلبس او يركب - دليلنا - انه تعدى فيها بنفسه الاخراج فوجب ان يكون ضامناً لها وان لم يستعمل .

مسئلة ٨ - اذا نوى ان يتعدى لا يضمن بالنية حتى يتعدى ؛ واختلف أصحاب الشافعى على وجهين: فقال بعضهم مثل ما قلناه ؛ وقال ابو العباس: انه يضمن بنفس النية لان نية التعدى تعد - دليلنا - انه لا دليل على ان ذلك تعد فمن جعله تعدياً فعليه الدلالة .

والاصل براءة الذمة .

مسئلة ٩ - اذا اودع غيره حيواناً ولم يأمره بأن يسقيها ويعلفها ولا ينهالزمه الانفاق عليها ؛ وسقيها وعلفها ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا يلزمه ان ينفق عليها ولا يسقيها ولا يعلفها - دليلنا - ان الاحتياط يقتضى ذلك لانه متى أنفق عليها كانت نفقته غير ضايعة لانه يرجع بهاعلى صاحبها ؛ وان لم ينفق وهلكت الدابة ضمن على خلاف فيه فالأخذبالا حوط اولى ، ولان للحيوان حرمة فى نفسه فلا يجوز ان يضيع حرمتها وحق الله تعالى فى ذلك ، ولانه اذا اطلق فالعادة جارئة بان الدابة تسمى ؛ وتعلمف فوجب حمل ذلك على العرف وان لم يلفظ به .

مسئلة ١٠ = اذا اودعه وديعة ؛ وقال : ادفعها الى فلان امانة فادعى المودع انه دفعها اليه وانكر المودع ان يكون دفعها فالقول قول المودع ؛ وبه قال ابو حنيفة ، وللشافعي فيه وجهان (قولان خ ل) أحدهما اذا قال يلزمه الاشهاد على الدفع (فلم خ ل) ولم يشهد فانه يكون (كان خ ل) مفراطاً وضمن والاخر انه لا يلزمه الاشهاد فعلى هذا يكون القول قول المودع . دليلنا ان المودع مؤتمن فوجب ان يكون القول قوله كما لو ادعى انه ردها على المودع .

مسئلة ١١ - اذا اودعه صندوقاً فيه متاع وقال له : لا ترد عليه ولا تقفله فنام عليه واقفله بقفل آخر يضمن وبه قال الشافعي واكثر اصحابه ومنهم من قال يضمن لانه نبه للمصوص بان فيه مالا وبه قال مالك - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة ، والزامهم الضمان يحتاج الى دليل ، ولانه اضف اليه حرزاً آخر ؛ وبالغ فيه كما لو اودعه ، وقال : اتركه فى صحن دارك فتركه فى بيته واقفل عليه لم يضمن لانه زاده حرزاً ؛ وما قالوه من التنبيه عليه لو كان على ما قالوه لم يجب به الضمان لانه لو صرح وقال (فقال خ ل) ان فيه مالا لم (لا خ ل) يضمن فبان لا يضمن بالتنبيه عليه اولى .

مسئلة ١٢ - اذا خلط الودیعة بمال (له خ ل) خلطالا يتميز مثل ان يخلط دراهم بدراهم اردنناير بدنانير او طعاماً بطعام فانه يضمن سواء خلطها بمثلها او ارفع منها او ادون منها على كل حال ، وبه قال ابو حنيفة واهل العراق ؛ وقال مالك : ان خلطها بادون منها ضمن وان خلطها بمثلها لم يضمن دليلنا - طريقة الاحتياط وايضاً فقد (فان قد خ ل) تعدى فيها

بالخلط بدلالة انه لا يمكنه اخذ ماله بعينه فوجب عليه الضمان .

مسئلة ١٣ - اذا اودعه دراهم او دنانير فانفقها المودع ثم رد مكانها غير هالم يزل الضمان ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك: زال الضمان عنه بذلك الرد، بناء على اصله لان عنده للمودع انفاق الودیعة فأقل الاقسام ان يكون ديناً فى ذمته فهو احظى للمودع من الحرز - دليلنا - انه ضمن بالاخذ بلا خلاف و زال الزمان عنه بالرد يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٤ - اذا كان عنده وديعة فادعانا نفسان فقال المودع : هو لاحدهما ولا اعلم صاحبه بعينه وادعى كل واحد منهما علمه بذلك لزمه يمين واحدة انه لا يعلم لايهما هي وبه قال الشافعى ؛ وقال أبو حنيفة: يحلف لكل واحد منهما يميناً فيلزمه يمينان - دليلنا أن الاصل براءة الذمة فمن علق عليها يميناً فعليه الدلالة ولان فى ضمن يمين واحدة انه لا يعلم أيهما هو صاحبه يميناً فى حق كل واحد منهما فلا معنى ليمين الاخرى .

مسئلة ١٥ اذ حلف واخرجت الودیعة من عنده وبذل كل واحد من المتداعيين اليمين انها لاستخرج واحد منهما بالقرعة فمن خرج اسمه حلف وسلمت اليه او يقسم نصفين ، و للشافعى فيه قولان : احدهما يقسم بينهما نصفين و الاخر يوقف حتى يصطلحا ، وبه قال ابن ابى ليلى - دليلنا - اجماع الفرقة على أن كل أمر مشكل أو مبهم ففيه القرعة وهذا من ذلك .

كتاب الفىء وقسمة الغنائم

مسئلة ١ - كل ما يؤخذ بالسيف قهر أمن المشركين يسمى غنيمه بلاخلاف ، و عندنا ان ما يستفيده الانسان من ارباح التجارات و المكاسب والصنایع يدخل ايضاً فيه ، و خالف جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله تعالى « و اعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمس» عام فى جميع ذلك فمن خصصه (خصه خ ل) فعليه الدلالة .

مسئلة ٢ . الفىء كان لرسول الله ﷺ خاصة وهو لمن قام (يقوم خ ل) مقامه من الائمة عليهم السلام ، وبه قال على عليه الصلاة والسلام و ابن عباس وعمر ولم يعرف (بعرف خ ل) لهم و مخالفأ (مخالف خ ل) وقال الشافعى : كان الفىء يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة وعشرين سهماً أربعة اخماسه للنبي ﷺ وهو عشرون سهماً ، وله ايضاً خمس هابقى يكون احدى وعشرين سهماً للنبي ﷺ ويبقى اربعة أسهم بين ذوى القربى واليتامى والمساكين و ابناء السبيل ؛ وقال ابو حنيفة : الفىء كله وخمس الغنيمه يقسم على ثلاثة لانه كان يقسم على خمس فلما مات النبي ﷺ رجع سهم النبي ﷺ وسهم ذوى القربى الى اصل السهمان فيقسم الفىء على ثلاثة و عندنا كان يستحق النبي ﷺ الفىء الا الخمس ، وعند الشافعى أربعة أخماس الفىء وخمس ما بقى من الفىء - دليلنا - اجماع الفرقة ، و روى سفيان بن عيينة عن الزهرى عن مالك ابن اوس بن الحدثان قال : اختصم على و العباس الى عمر بن الخطاب فى اموال بنى النضير ، فقال عمر : كانت اموال بنى النضير

مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجب عليه بخيل ولا ركاب ، فكانت لرسول الله ﷺ خاصة دون المسلمين ، وكان يعطى منها لعياله نفقة سنة ، و يجعل ما يفضل في الكراع والسلاح عدة للمسلمين فوليا رسول الله ﷺ ثم وليها ابوبكر كما وليهما رسول الله ﷺ ثم وليتها انا كما وليهما ابوبكر ثم سألت مني ان اوليتكماها فوليتهما فان علي ما وليها النبي ﷺ ، و وليها ابوبكر و وليتها انا ثم جئتماني تختصمان فان كنتما عجزتما عنها فادفعها الي لا كفيكماها ، فصرح عمر بانها كانت للنبي ﷺ (ارسل الله نخل) خاصة ولم ينكر عليه احد فدل على ما قلناه .

مسئلة ٣ - حكم الفی بعد النبي ﷺ حكمه في أيامه في أنه خاص بمن قام مقامه والمشافعي فيه قولان في اربعة أخماسه وخمس الخمس : أحدهما يكون في المقاتلين (للمقاتلين نخل) والقول الثاني يكون في المصالح ، ويبدء بالاهم فالاهم ، وأهم الامور الغزاة المرابطون وخمس خمس الغنيمة في مصالح المسلمين قولوا احداً - دليلنا - ما قدمناه من اجماع الفرقة ، وروى ابوبكر ان النبي ﷺ قال : ما اطعم الله تعالى نبياً طعمه الا جعلها للذي يلي بعده .

في ان مال النبي (ص) ينتقل الى ورثته كسائر الناس

مسئلة ٤ - ما كان للنبي ﷺ ينتقل الى ورثته وهو موروث ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله تعالى «وورث سليمان داود» وقوله في قصة زكريا «يرثني ويرث من آل يعقوب» وايضاً قوله تعالى «يوصيكم الله في اولادكم» عام الاما (من نخل) خصه الدليل وكذلك قوله تعالى لمرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون والنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون» وكل ذلك على عمومته ، و تخصيصه يحتاج الى دليل ، وهذه المسئلة مستوفاة في تلخيص الشافعي .

مسئلة ٥ - كان للنبي ﷺ من خمس الغنيمة سهم الله وسهم رسوله ﷺ وسهم ذي (ذو نخل) القريبى ثلاثة من ستة ، وقال الفقهاء كان لهم من خمسة - دليلنا اجماع الفرقة .

مسئلة ٦ - ما كان للمنبى ﷺ من الصفايا قبل القسمة فهو لمن قام مقامه، وقال جميع الفقهاء: ان ذلك يبطل بموته - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٧ - ما يؤخذ من الجزية والصلح والخراج وميراث من لا وارث له ومال المرتد لا يخس بل هو لجهاته المستحقه لها، وبه قال عامة الفقهاء : والمشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني ذكره في الجديد انه يخمس وهو الصحيح عندهم - دليلنا انه لا دليل في الشرع يدل على انه يخمس فوجب نفيه ويصرف الى جهاته .

مسئلة ٨ - السلب لا يستحقه القتال الا ان يشرط الامام ، وبه قال ابو حنيفة ومالك وقال الشافعي : هو للقتال وان لم يشرط له الامام ، وبه قال الاوزاعي والثوري و أحمد بن حنبل - دليلنا - انه اذا شرط استحقه بالاخلاف ، واذا لم يشرط له ليس على استحقاقه له دليل .

مسئلة ٩ - اذا شرط له الامام السلب لا يحتسب عليه من الخمس ولا يخمس ، وعند ابى حنيفة يحتسب عليه من الخمس ، وقال الشافعي : لا يخمس ، وبه قال سعد بن ابى وقاص ، و قال ابن عباس يخمس السلب قليلا كان او كثيراً ، وقال عمر : ان كان قليلا لا يخمس ، وان كان كثيراً أخمس - دليلنا - انه ينبغي أن يكون لشرط الامام تأثير ولو احتسب عليه من الخمس لم يكن فيه فائدة ، وكذلك لو خمس ، على ان ظاهر شرط الامام يقتضى انه له ، ومن قال : انه يحتسب عليه او يخمس فعليه الدلالة .

مسئلة ١٠ - السلب يأخذه القتال بالشرط من أصل الغنيمة لا من أصل الخمس ، وبه قال الشافعي غير انه قال : يكون للقتال من غير شرط ، وقال مالك : يكون له من خمس الخمس سهم النبي ﷺ - دليلنا - اننا قد بينا ان سهم الله وسهم النبي ﷺ والاثنين ﷺ للامام القائم مقام النبي ﷺ فلا يصح ما قدره مالك ، وفسدنا قول الشافعي انه يستحق (يستحقه) (خل) من شرط

مسئلة ١١ - اذا شرط له الامام السلب اذا قتل فانه متى قتل استحق عليه على اى حال قتله ؛ وقال داود وأبو ثور : السلب للقتال من غير مراعاة شرط ، وقال الشافعي : و بقية الفقهاء ان السلب لا يستحقه الا بشرط ثلاثة : أحدها ان يقتله مقبلا ومقاتلا والحرب

قائمة ولا يقتله منهزماً وقد انقضت الحرب ، والثانى ان لا يقتله وهو مشنن بالجراح ، و
الثالث لا يكون ممن يرى سهماً من المسلمين الى صف المشركين فيقتله لانه يحتاج ان
يكون مغرراً بنفسه - دليلنا - انه اذا شرط الامام السلب فالظاهر انه متى حصل القتل استحق
السلب ولان قول النبى ﷺ من قتل كافراً فله سلبه على عهده ، ومن راعى شرطاً ابداً
فعلية الدلالة

مسئلة ١٢ - اذا اخذ اسيراً كان الامام مخيراً بين قتله او امن عليه واسترقاقه
او مفادته فاذا فعل ذلك كان سلبه وضمنه ان استرقه ' وفداؤه ان فاداه من جملة الغنيمة
ولا يكون للذى اسره ، وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ؛ والثانى يكون للذى
اسره - دليلنا - قوله ﷺ من قتل كافراً فله سلبه ؛ وهذا لم يقتله وان من اوجب له السلب
او الثمن او الفداء فعليه الدلالة

مسئلة ١٣ - يجوز للامام ان ينفل بالاخلاف ، وانما (اماماً خلاً) ينفل اما من
الذى يخصه من الفىء او من جملة الغنيمة ، وقال الشافعى : ينفل من خمس الخمس سهم
النبى ﷺ - دليلنا - اننا قد بينا ان ذلك السهم للامام القائم مقام النبى ﷺ فان نفل منه
كان له ، وان نفل من الغنيمة جاز لان النبى ﷺ كان ينفل منها ، وفى حديث ابن عمران
سهامهم بلغ اثنى عشر بغير افضلهم النبى ﷺ بغير ابعيراً ولو كان من سهمه لما بلغ ذلك
لان سهمه خمس الخمس عندهم فدل على انه من اصل الغنيمة ، ولا يدل حديث ابى
سلمة ان النبى ﷺ جعل فى البداية الربع ، وفى الرجعة الثلث ، وذلك اكثر من
خمس الخمس بالاخلاف

مسئلة ١٤ - يجوز للامام ان يقول قبل لقاء العدو من اخذ شيئاً من الغنيمة
بعد الخمس فهو له ، وبه قال ابو حنيفة وهو احد قولى اشافعى ؛ والاخر انه لا يجوز
دليلنا - ان الامام معصوم فلا يفعل ذلك الا وهو جاز ، وافعاله حجة كفعال النبى ﷺ
وروى ان النبى ﷺ قال : يوم بدر من اخذ شيئاً فهو له .

مسئلة ١٥ - مال الغنيمة لا يخلون ثلاثة احوال : ما يمكن نقله و تحويله الى
بلد الاسلام مثل (من خل) الثياب والدراهم والذنانيز والاثاث والعروض ، او يكون خشاشاً

(احساناً خ) مثل النساء والولدان ، او كان مما لا يمكن نقله كالارض والعقار والبساتين فما يمكن نقله يقسم بين الغانمين بالسوية ، لا يفضل راجل ولا فارس على فارس ، وانما يفضل الفارس على الراجل ، وبه قال الشافعي ، غير انه لا يدفع الغنيمة الا لمن لم يحضر الواقعة . وعندنا يجوز ذلك ان يعطى لمن يلحق بهم مدداً لهم وان لم يحضر الواقعة ، ويسهم عندنا الصبيان ومن يولد في تلك الحال ، وسيجيء الخلاف فيه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ان يعطى الغير انغانمين لكن يجوز ان يفضل بعض الغانمين - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٦ - اذا دخل قوم دار الحرب و (او خ) قاتلوا بغير اذن الامام فغنموا كان ذلك للامام خاصة ، وخالف جميع الفقهاء ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٧ - الاسير على ضربين : ضرب يؤسر قبل ان تضع الحرب اوزارها فالامام مخير فيه بين شيئين : اما ان يقتله او يقطع يديه ورجليه ويتركه حتى ينرف ، واسير يؤخذ بعد ان تضع الحرب اوزارها فهو مخير بين ثلاثة أشياء : المن و (او خ) الاسترقاق والمفادات ، وقال الشافعي : هو مخير بين أربعة أشياء : القتل ، والمن ، والمفاداة ، والاسترقاق ولم يفصل ، وقال أبو حنيفة : هو مخير بين القتل والاسترقاق دون المن والمفادات ، وقال ابو يوسف ومحمد وهو مخير بين القتل والاسترقاق والمفاداة على الرجال دون الاموال ، واجمعوا كلهم على ان المفاداة على الاموال لا تجوز اعنى أهل العراق - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وقد ذكرناها في الكتاب الكبير ، ويدل على جواز المن قوله تعالى «فصرب الرقاب حتى اذا اثخنتموهم فشدوا الوثاق فاما مناً بعدوا وما مفاداء حتى تضع الحرب اوزارها»

ومن ادعى نسخ هذه الاية فعليه الدلالة ، وروى الزهري عن جبير بن مطعم عن ابيه عن النبي ﷺ (ان رسول الله ﷺ خ) قال في اسارى بدر : لو كان مطعم بن عدى حياً وكلمني في هؤلاء السبي لاطلقتهم ، فأخبر انه لو كان مطعم حياً لامن عليهم لانه كان له عنده يد ، لو سأله في امرهم لاطلقتهم فدل على جواز المن ، وروى أبو هريرة ان النبي ﷺ بعث سرية قبل نجد فاسروا رجلاً يقال له نمامة بن اثال الحنفي سيد يمامة فأتوا به وشدوه الى سارية من سوارى المسجد فمر به النبي (ص) فقال : ما عندك يا نمامة فقال خيران قتلت دارحم (ذم خ) وان مننت (انعمت خ) مننت (انعمت خ) لمي شاكراً ، وان اردت ما لافاسئلت تعظما شئت نتركه ولم

يقول شيئاً فمر به اليوم الثاني فقال له: مثل ذلك فمر به اليوم الثالث فقال له: مثل ذلك لم يقل النبي ﷺ شيئاً؛ ثم قال: اطلقوا إمارة فاطمقوه فمر واغتسل وجاء فإ (واخل) سلم وكتب الى قومه فجاءوا مسلمين وهذا نص في جواز المن لانه أطلقه ﷺ من غير شيء؛ وروى أن اباعرة الجهني (الحجى خ ل) وقع في الاسريوم بدر فقال: يا محمد اني ذوعيلة فامنن علي فمن عليه علي أن لا يعود الى القتال فمر الى مكة فقال: اني سخرت بمحمد و عاد الى القتال يوم احد، فدعا رسول الله أن لا يفلت فوقع في الاسر فقال: اني ذوعيلة (عائلة خ ل) فامنن علي فقال النبي ﷺ امن عليك حتى ترجع الى مكة منقول في نادى قريش اني سخرت بمحمد مرتين لا يلسع المؤمن من جحر مرتين فقتله ﷺ بيده، وهذا نص في جواز المن؛ وأما الدليل على جواز المفاداة بالرجال مارواه أبو قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن الحصين ان النبي ﷺ فادى رجلا برجلين وأما الدليل (لدلالة خ ل) على جواز المفاداة بالمال ما فعله النبي ﷺ يوم بدر فانه فادى جماعة من كفار قريش بمال والقصة مشهورة، قيل: انه فادى كل رجل باربعة؛ وقال ابن عباس: باربعة الاف، وفيهم نزل قوله تعالى «ما كان لنبي ان يكون له اسرى حتى يتسخن في الارض الى قوله عذاب عظيم وروى ان ابالعاص زوج زينب بنت رسول الله ﷺ كان ممن وقع في الاسر و كانت هي بمكة فانفذت مالاله لتفككه من الاسر؛ و كانت فيه قلادة كانت لخديجة ادخلت بها زينب علي ابى العاص فلما رآها رسول الله ﷺ عرفها فرق لها رقعة شديدة فقال لو خليتكم اسيرها ورددتهم مالها قالوا نعم ففعلوا ذلك، وهذا نص لانهم فادوه بالمال ثم منوا عليه برد المال عليه.

مسئلة ١٨ - مالا ينقل ولا يحول من الدور والعقارات (العقار خ ل) والارضين

عندنا ان فيه الخمس فيكون لاهله، والباقي لجميع المسلمين من حضر القتال، ومن لم يحضر فيصرف ارتفاعا الى مصالحهم، وعند الشافعي ان حكمه حكم ما ينقل ويحول خمسه لاهل الخمس؛ والباقي للمقاتلة الغانمين؛ وبه قال ابن الزبير؛ وذهب قوم الى ان الامام مخير فيه بين شيئين: بين أن يقسمه على الغانمين و بين أن يقفه على المسلمين

ذهب اليه عمرو ومعاذ والثوري وعبدالله بن المبارك وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان الامام مخير فيه بين ثلاثة اشياء: بين أن يقسمه على الغانمين وبين أن يقفه على المسلمين وبين أن يقر أهلها عليهم ويضرب عليهم الجزية باسم الخراج؛ فان شاء اقر أهلها الذين كانوا فيها، وان شاء أخرج اولئك واتى بقوم آخرين من المشركين؛ وقرهم فيها، وضرب عليهم الجزية باسم الخراج، وذهب مالك الى ان ذلك يصير وفقاً على المسلمين بنفس الاستغنام والاخذ من غير ايقاف الامام فلا يجوز بيعه ولا شراؤه - دليانا - اجماع الفرقة واخبارهم، وروى ان النبي ﷺ فتح هواذن ولم يقسم ارضها بين (على خ ل) الغانمين فلو كانت للغانمين لقسمها فيهم، وروى ان عمر فتح فرعى (قرى خ ل) بالشام فقال له بلال: اقسما بيننا فابى عمر ذلك وقال: اللهم اكفنى شر بلال وذرية (ذريته خ ل) فلو كانت القسمة واجبة لكان يفعلها عمر، وروى ان عمر استشار علياً عليه الصلاة والسلام في ارض السواد فقال على ﷺ: دعها عدة للمسلمين ولم (فلم خ ل) يأمره بقسمتها، ولو كان واجباً لكان يشير عليه بالقسمة.

مسئلة ١٩ - سواد العراق ما بين الموصل وعبادان طولا، وما بين حلوان والقادسية عرضاً فتحت عنوة؛ فهي للمسلمين على ما قد هنا القول فيه، وقال الشافعي: كانت غنيمة للغانمين فقسمها عمر بين الغانمين ثم اشترها منهم؛ ووقفها على المسلمين ثم أجزها منهم، وهذا الخراج هو اجرة، وقال الثوري وابن المبارك: وقفها عمر على المسلمين، وقال أبو حنيفة هذه الارضون اقرها عمر في يد أهلها المشركين؛ وضرب عليهم الجزية باسم الخراج فهذا الخراج هو تلك الجزية، وعنده لا يسقط ذلك بالاسلام (الاسلام خ ل) وقال مالك: صارت وفقاً بنفس الاستغنام - دليانا - ما قلناه (قدمناه (١) خ ل) في المسئلة الاولى سواء.

مسئلة ٢٠ - الصبيان يسهم لهم مع الرجال، وبه قول الاوزاعي، وكذلك من يولد قبل القسمة، واما النساء والعميد وانكفار فلا يسهم لهم وان شاء الامام ان يرضخ لهم

(١) في مسئلة ٢٧ من كتاب الرهن وابسط منه في مسئلة ٧٩ من كتاب الزكاة وتأتى ايضا في

فعل ، وعند الشافعی له أن یرضخ لهؤلاء الاربعة ، ولا سهم لهم - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٢١ - النساء لاسهم لهم ، وانما یرضخ لهم ، وبه قال جميع الفقهاء الا الاوزاعی فانه قال : يسهم للنساء - دليلنا - اجماع الفرقة ، وروى عن ابن عباس انه كتب الى نجدة الحرورى كنت تستفتنى هل كان النساء یرضخ مع النبى ﷺ؟ كان یرضخن معه يسقين الماء ویداون الجرحى ، وكنت تسئلنى هل كان يسهم لهم؟ ما كان يسهم لهم ، وانما یرضخون (١) (یحذین خل) (یحزین خل) من الغنیمه .

مسئلة ٢٢ - الكفار لاسهم لهم مع المسلمين سواء قاتلوا مع الامام (باذن الامام خل) او بغير اذن الامام ، وان قاتلوا باذنه ارضخ لهم ان شاء الامام ، وبه قال الشافعی الا انه قال یرضخ لهم ، وقال الاوزاعی : يسهم لهم مع المسلمين - دليلنا - اجماع الفرقة ، ولانا قد اجمعنا على وجوب الاسهام للمسلمين ولادليل على الحاق الكفار بهم وروى ان النبى ﷺ استعان بيهود من بنى قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم .

مسئلة ٢٣ - من یرضخ له (لهم خل) من الكفار والنساء والعبيد عندنا والصبيان ايضاً على مذهب الشافعی انما یرضخ له من اصل الغنیمه قبل ان يخمس ؛ وللشافعی فيه ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلناه ، والثانى من اربعة اخماس المقاتلة ، والثالث من خمس الخمس سهم النبى صلى الله عليه وآله - دليلنا - ان معونة هؤلاء عابدة على اهل الغنیمه فيجب أن لا يختص برضخهم قوم دون قوم مع ان معونتهم عائدة على جميعهم .

مسئلة ٢٤ - للراجل سهم وللفراس سهمان : سهم له ، وسهم لفرسه ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ وفي أصحابنا من قال : للفراس ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه وبه قال الشافعی ، وفي الصحابة على عليه الصلاة والسلام وعمر ، وفي التابعين عمر بن عبدالعزيز والحسن البصرى وابن سيرين ، وفي الفقهاء مالك واهل المدينة والاوزاعى واهل الشام والليث بن سعد واهل مصر واحمد واسحاق و ابو يوسف ومحمد - دليلنا - على الاول الاخبار التى رواها أصحابنا ذكرناها فى الكتاب الكبير ، وروى عن ابن عمران

(١) يخبون غلظ بل الصحيح يخبون ، من الخدوة بالكسر بمعنى العطية

النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين سهماً لفرسه وروى عن المقداد؛ قال: أعطاني رسول الله ﷺ سهمين: سهماً لى وسهماً لفرسى، وروى محمد بن حازنة ان النبي (ص) أقسم خيبر ثمانية عشر سهماً، وكانوا الفأ وخمس مائة رجل: منهم ثلاث مائة فارس، واما الرواية الاخرى فقد ذكرناها أيضاً فى الكتاب الكبير وروى نافع عن ابن عمران النبي ﷺ: أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهماً له، وسهمين لفرسه؛ وروى الزهرى عن مالك ابن اوس بن الحدثنان البصرى (النصرى نخل) عن عمر بن الخطاب وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام ان النبي ﷺ كان يعطى الفارس (للفارس نخل) ثلاثة أسهم: سهماً له وسهمين لفرسه؛ وروى عكرمة عن ابن عباس ان النبي (ص) أسهم يوم خيبر لكل فارس سهمين، وروى عبد الله بن الزبير عن ابيه قال: ان النبي (ص) أعطاني أربعة أسهم سهماً لى وسهمين لفرسى وسهماً لامى وكانت من ذوى القربى، وروى الشافعى قال: كان الزبير يضرب فى الغنایم بأربعة أسهم: سهماً له وسهمين لفرسه وسهماً لامه وكانت من ذوى القربى.

مسئلة ٢٥ - يسهم للفارس سهم من اى فارس كان عربياً كان او عجمياً او مقرر فاد هجيناً، وبه قال ابو حنيفة، وقال الشافعى: يسهم له سهمان على اختلاف أنواعه، وقال الاوزاعى: ان كان عربياً فله سهمان، وان كان عجمياً فلا يسهم له، وان كان هجيناً او مقرر فافله سهم واحد، وقال احمد بن حنبل: يسهم للعربى سهمان ولما عده سهم واحد، وعن ابى يوسف روايتان: احدهما مثل قول احمد، والثانية مثل قول الشافعى - دليلنا - عموم الاخبار التى رويناها فى ان للفارس سهمين ولم يفصل، وايضاً قوله تعالى «ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله» ولم يفصل.

مسئلة ٢٦ - اذا كان مع الرجل أفراس أسهم لفرسين منها، ولا يسهم لما زاد عليهما وبه قال احمد بن حنبل والاوزاعى، وقال ابو حنيفة ومالك والشافعى: لا يسهم الا لفرس واحد دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم، وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير، وروى مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فأسهم له خمسة أسهم: سهم له؛ واربعة أسهم لفرسيه.

مسئلة ٢٧ - اذا قاتل على فرس مغضوب لم يسهم لفرسه ، وقال الشافعى : يسهم لفرسه ومن يستحق سهمه فيه قولان : احدهما للفارس ، والثانى للمغضوب منه مثل الربح فى المال المغضوب فيه قولان - دليلنا - ماروى من الاخبار ان الفارس له سهم ولفرسه سهم او سهمان فاضاف الفرس اليه ، وهذا ليس له فرس ؛ ولان الاصل عدم الاستحقاق ، واثبات الاسهام له يحتاج الى دليل ، وقيل يسهم على الصلاة فى الدار المغضوبة نحن نخالف فيه ؛ لان عندنا لاتجزى الصلاة فيها .

مسئلة ٢٨ - لا ينبغي للامام ان يترك فرساً حطماً وهو المنكسر ، او قحماً وهو الهرم اضعيفاً او ضعفاً وهو الذى لا يمكن القتال عليه لصغره ؛ او اعرج وهو المهزول ؛ او ارحا وهو الذى لا حراك به ان يدخل دار الحرب للقتال عليه ، فان ادخل وقاتل عليه اولم يقاتل فانه يسهم له ، وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والاخر لا يسهم (سهم خ) لانه لا يمكن الانتفاع به - دليلنا - عموم الاخبار الواردة فى ان للفارس سهمين ولم يفصلوا .

مسئلة ٢٩ - اذا دخل دار الحرب راجلا ثم وجد فرساً فكان عند تقضى الحرب فارسا اسهم له ، وان دخلها فارساً وعند تقضى الحرب كان راجلا فان باعه او وهبه او آجره لم يسهم له ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ان دخل الدار فارساً أسهم له ، وان خرجت الدابة من يده على اى وجه كان وكان عند (حال خ) تقضى الحرب راجلا وان دخلها راجلا لم (لا خ) يسهم له ، ان كان عند تقضى الحرب فارسا فالاعتبار عنده بدخول الدار ، وعندنا وعند الشافعى بحال الحرب ، وقال محمد : بقول ابى حنيفة الا فى فصل واحد لانه (وهو انه خ) قال محمد : اذا باعه قبل تقضى القتال لم يسهم له ؛ قال : لانه باعه باختياره - دليلنا قوله تعالى : «ورباطم الخيل ترهبون به عدو الله» و الارهاب بالفرس يكون حال القتال الاحال الدخول ، وايه اقوله تعالى : «واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمس» فعلم ان الباقي للغنائمين والغانمون هم الذين تولوا القتال فمن اوجب من ذلك لفرس لم يحضر فعليه الدلالة لانه خالف الظاهر ، ولان الاستحقاق يكون بتقضى القتال والحرب بدلالة ان من مات قبل ذلك لم يسهم له بالاخلاف .

مسئلة ٣٠ - اذا نخل الصحيح، مجاهداً دار الحرب ثم مرض فإنه يسهم له سواء كان مرضاً يخرج منه من كونه مجاهداً أو لم يخرج منه ، وبه قال قوم من أصحاب الشافعي ، وهو نص الشافعي ؛ وقال قوم من اصحابه واختاره الاسفرايني : انه ان كان مرضه لا يخرج منه من كونه مجاهداً مثل الصداع والحمى فإنه يسهم له ، وان كان يخرج منه من كونه مجاهداً مثل الاعماء وغير ذلك فإنه لا يسهم له - دليلنا - اجماع الفرقة على ان كل من حضر القتال يسهم له على كل حال .

مسئلة ٣١ - اذا استأجر رجل اجيراً ودخل معاً دار الحرب للجهاد أسهم للاجبر سواء كانت اجارة في الذمة أو اجارة معينة ؛ ويستحق مع ذلك الاجرة ، وقال ابو حنيفة ان قاتل أسهم له ، وان لم يقاتل لم يسهم له ؛ وقال اصحاب الشافعي : ان كانت الاجارة في الذمة فإنه يسهم له ، وان كانت معينة ففيه ثلاثة أقوال : احدها مثل ما قلناه ، والثاني لا يسهم له كالعبد ، والثالث أنه مخير بين فسخ الاجارة زمان الجهاد ، ويسهم له ولا يستحق فيه الاجرة ، وبين المقام على الاجارة ولا يسهم له - دليلنا - ان الغنيمة تستحق بالحضور وهذا حضر ولا ينافي حضوره الاجارة لان الاسهم يستحق بالحضور ، وقد حضر ، والاجرة تستحق بالعمل ؛ وقد عمل ، فمن أبطلهما أو أبطل أحدهما فعليه الدلالة ، وعموم الاخبار في ان الغنيمة يستحقها من حضر على عمومها .

مسئلة ٣٢ - اذا انفلت أسير من يد المشركين فلاحق بالمسلمين (المسلمين خ) بعد تقضى القتال وحياسة المال قبل القسمة فإنه يسهم له ، وعند الشافعي لا يسهم (سهم خ) له - دليلنا اجماع الفرقة على أن من لحقهم (يجيئهم خ) مدداً قبل القسمة فإنه يسهم له وهذا منهم مسئلة ٣٣ - اذا لحق بهم بعد تقضى الحرب وقبل حياسة المال عندنا يسهم له ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني لا يسهم له وقال ابو حنيفة : ان قاتل أسهم له ؛ وان لم يقاتل لم يسهم له - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٤ - تجار العسكر مثل الخباز والطباخ والبيطار و امثالهم ممن (فمن خ) حضر (يحضر خ) للجهاد لا يسهم له ، وقال ابو حنيفة : ان قاتل أسهم له ، وان

لم يقاتل لا يسهم له ، وكذا نقول نحن ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه انهم لا يسهم لهم غير انه لم يفصل ، والثاني يسهم لهم لانهم حضر والغنيمة والغنيمة ، انما تستحق بالحضور ، وهذا أقوى ايضاً ان اعتبرنا الحضور في استحقاق الاسهام لا غير على ما تقدم دليلنا - على الاول ان الغنيمة انما تستحق بالجهاد ، وهؤلاء ما جاهدوا ولا حضروا بنية الجهاد فوجب أن لا يستحقوا ومتى قاتلوا تبينناهم بذلك أنهم من المجاهدين فأسمهمناهم .

مسئلة ٣٥ اذ الحق الغانمين مدد قبل القسمة (قسمة الغنيمة خ ل) يشاركو (يشاركوهم خل) واسهم لهم ، وقال الشافعي : فيه المسائل الثلاثة التي تقدمت في الاسير والقول في هذه مثل القول في تلك سواء ؛ وقال أبو حنيفة اذ الحق الغانمين المدد بعد تقضى القتال وحياسة المال يشركونهم في الغنيمة الا في ثلاثة مواضع : أحدها أن يلحقوا بهم بعد القسمة في دار الحرب لان عنده لا يجوز القسمة في دار الحرب الا انه ان فعل صح والثاني اذ الحقوا بعد أن باع الامام الغنيمة ، الثالث أن يلحقوا بعد رجوع الغانمين الى دار الاسلام ففي هذه المواضع وافقوا فيها أصحاب الشافعي - دليلنا - على المسئلتين الاخرتين (الاخير تين خ ل) ما قدمناه سواء فاما الاولى فلا خلاف فيها وهي اذ الحقوا للقتال قبل حيازة المال ، وكذلك في الاسير وايضاً اجماع الفرقة على أن المدد اذ الحق الغانمين شاركوهم في الاسهام عام ولم يخصصه فوجب حمله على عمومه .

مسئلة ٣٦ - اذ اخرج الامام جيشا الى جهة من الجهات وامر عليها أمير أفرأى الامير من المصلحة ان يقدم سرية الى العدو فقدمها فغنمت السرية فان الجيش يشارك السرية (السرية يشاركها الجيش خل) في تلك الغنيمة ، هكذا اذا غنم الجيش تشاركها (شاركته خل) السرية ، وبه قال جميع الفقهاء ؛ وقال الحسن البصري : ان الجيش لا يشارك السرية ولا تشارك السرية الجيش - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع الامة وخلاف الحسن لا يعتد به لانه محجوج به ومع ذلك فقد انقض وارضوا وارضوا أن النبي ﷺ بعث سرية من الجيش قبل او طاس فغنمت فاشرك النبي ﷺ (رسول الله خل) بينهما وبين الجيش ، وروى عمر وبن شعيب عن ابي عبد عن جده ان النبي ﷺ قال : المؤمنون تتكافى دماءهم ، ويسعى بذمتهم ادناهم ؛ ويجير أقصاهم على ادناهم ! وهم يدعى من سواهم ويرد على قاعدتهم سراياهم ولا يقتل ، مؤمن بكافر ، ولا ذؤعد

فى عهده فموضع الدلالة أنه قال : يرد على قاعدتهم سراياهم وهذا نص .

فى تقسيم الخمس واختلافه

مسئلة ٣٧ - عندنا أن الخمس يقسم ستة أقسام : سهم لله ، وسهم لرسوله ، وسهم لذى القربى ، فهذه أسهم كانت للنبي ﷺ وبعده لمن يقوم مقامه من الأئمة ، وسهم لليتامى وسهم للمساكين ، وسهم لابناء السبيل من آل محمد ﷺ يشر كهم فيه غيرهم ، واختلف الفقهاء فى ذلك فذهب الشافعى الى أن خمس الغنيمة تقسم على خمسة أسهم : سهم لرسول الله ﷺ ، وسهم لذى القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابناء السبيل . فاه أسهم رسول الله ﷺ فيصرف فى مصالح المسلمين ، واه سهم ذى القربى فإنه يصر فى ذوى القربى على ما كان يصر فى عهد النبي ﷺ على ما بينه (بيناه فيما مضى خل) فيما بعد ، وذهب ابو العالية الرياحى (باخل) الى أن الخمس من الغنيمة والفىء (مقسوم خل) على ستة أقسام (اسهم خل) سهم لله تعالى ، وسهم لرسوله ، وسهم لذى القربى ، وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل ، وذهب مالك الى أن خمس الغنيمة واربعة اخماس الفىء مفوض الى اجتهاد الامام ليصرفه الى من رأى ان يصرفه اليه وذهب ابو حنيفة الى أن خمس الغنيمة واربعة اخماس الفىء يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل . هذا الذى رواه عنه الحسن بن زياد اللؤلؤى ، وروى ابن سماعة عنه مفسراً فقال : كان ابو حنيفة يقول ان ذلك كان مقسوماً على عهد رسول الله ﷺ على ما ذكر الشافعى على خمسة الا انه امامات سقط سهمه . وسهم ذى القربى الذين كانوا على عهده وبقى الاصناف الثلاثة فصرف (فيصرف خل) اليهم ثم اختلف أصحابه فى سهم ذوى (ذى خل) القربى ، فمنهم من قال كانوا يستحقون بالقرابة ثم سقط بموتهم ، ومنهم من قال : ما كانوا يستحقون شيئاً وانما كان النبى (رسول الله خل) ﷺ يتصدق عليهم لقرابتهم فاما (ونخل) ابو العالية الرياحى (باخل) فهو رجل من ثقات التابعين - دليلنا - اجماع الفرقة المحقة واخبارهم وايضاً قوله تعالى «فان الله خمسها ولرسول ولى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل» فهؤلاء ستة اجناس فيجب ان يقسم ستة أقسام فمن قسم على خمسة فقد ترك الظاهر ، وكذلك من قسم على ثلاثة .

مسئلة ٣٨ - سهم ذى القربى ثابت لم يسقط بموت النبي ﷺ وهو لمن قام مقامه
وقال الشافعى : سهم ذى القربى ثابت وهو خمس الخمس تصرف الى اقاربه الغنى
والفقير منهم، ويستحقونه بالقرابة، وقال ابو حنيفة: سهم ذى القربى سقط بموت النبي ﷺ
الا انه يعطيهم الامام شيئاً لحق الفقر والمسكنة ولا يعطى الاغنياء منهم شيئاً - دليلنا
اجماع الفرقة واخبارهم ؛ وايضاً قوله تعالى « ولذى القربى » الاية ، ولنا فى الاية
أدلة : أحدها ان الله تعالى اضاف الخمس الى المذكورين وشرك بينهم بواو الجمع كما
يقول القائل هذه اندار فلان وفلان حتى يذكر عدداً فإنه يقتضى أن يكون بينهم بالسوية و
أبو حنيفة يقصرها على الثلاثة فقد ترك الظاهر ؛ وايضاً فان الله تعالى اضاف الخمس الى اهل الخمس
بلام التمليك وشرك بينهم بواو التشريك، والناس اختلفوا فى هذه الاضافة ، منهم من قال
انها اضافة ملك ، وهم نحن ، والشافعى ، وقال : انها اضافة محل أى هم أهل لذلك فمن
قال: الاغنياء منهم لا يعطون فقد ترك القولين وخرج عن الاجماع والثانى (نية خ ل) ان
الله تعالى جعل السهم لهم بحق القرابة لانه قال : لله وللرسول ولذى القربى، وظاهر
هذا ان السهم لهم لانهم ذوى القربى ، وعند ابى حنيفة أنهم لا يستحقونه بالقرابة ، فان
قيل: قوله تعالى ذى القربى مجمل لان ذى قربى الرسول كثيرون ، وهم بنو هاشم وبنو
المطلب وبنو عبد شمس وبنو نوفل ولم يبين من الذى يستحق ذلك منهم ، والجواب عنه
من وجهين : أحدهما اننا لانسلم أنه مجمل بل هو عام يتناول جميع القرابة وانما يخص
من يخصه بدليل ' والباقى على عمومه ، والجواب الثانى انها موجهة فى المستحقين
وهذا لا يخرجهم من أن يكون لهم فيه حق ، وهذا كما نقول فى قوله تعالى
« واو حقه يوم حصاده » وهذا يمكن ان يستدل (يحتجج خ ل) به على وجوب (ثبوت خ ل)
الزكاة وان كان مجملاً فى القدر لانه لا يخرج عن أن يكون هناك حق فيه وكذلك هيئنا
وايضاً روى جبير بن مطعم (١) قال: لما كان يوم خيبر وضع النبي ﷺ (رسول الله خ ل) سهم
ذى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان

حتى اتينا النبي ﷺ فقلت (فقلنا خ ل) يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لموضعك الذي وضعك الله فيهم، فما بال اخواننا بنى المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال رسول الله: انا وبنى المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام، وانما نحن وهم شىء واحد، وشبك بين اصابعه؛ وفي هذا الخبر ادلة: أحدها أنه قال: وضع سهم ذى القربى فأثبت لذى القربى سهماً، والثانى انه جعل ذلك لادنى أقر بانه بنى هاشم وبنى المطلب والثالث أنه جعل لهم ذلك بالقرابة لان عبدمناف كان له خمسة أولاد:

عبداد وادعبد مناف واما عليهم وهم خمسة: هاشم

و اخوانه

هاشم وهو جدر رسول الله ﷺ، والمطلب؛ وهو جد الشافى؛ ونوفل وهو جد جبير بن معطم وعبدشمس وهو جد عثمان ومعاوية وبنى اميه وابوعذرة ولم يعقب فاعطى رسول الله ﷺ من ذلك بنى هاشم وبنى المطلب، وقال: انه اعطيتهم لانهم ما فارقونا فى جاهلية ولا اسلام وام ينكر على جبير وعثمان حيث طلبوا ذلك بالقرابة، فدل على أنه اعطاهم بالقرابة، فان قيل، انما اعطى بنى المطلب بالنصرة لا بالقرابة قلنا: ليس هذا قول الاحد، لان عندنا يستحقونه بالفقر فاما بالنصرة فهو خلاف الاجماع؛ وايضاً فى الخبر ان النبي ﷺ لم يعطه بنى عبدشمس ولا بنى نوفل، وأعطى بنى هاشم وبنى المطلب؛ ولو كان الاستحقاق بالفقر لما كان يخص واحداً دون آخر فلما خص علم أنه دفع السهم (اليهم خل) بالقرابة؛ وروى عبدالرحمان بن أبى ليلى عن علي عليه الصلاة والسلام قال: دخلت أنا وعباس وفاطمة وزيد بن حارثة على رسول الله (ص) فقلت: يا رسول الله (ص) ان رأيت ان تولينى حقنا فى الخمس فى كتاب الله تعالى فاقسمته فى حيوتك حتى لا يمازغنا فيه أحد بعدك، ففعل ففعلت فلما مات رسول الله (ص) ولانيه أبوبكر فقسمته فلما كان آخر سنة من سنى عمر اتاه مال كثير فعزل حقنا فدعاني عمر فقال (فقلت خل) ان بنى هاشم فى غنى من ذلك وانا بالمسلمين خلة فان رأيت أن تصرفه اليهم ففعل عمر ذلك فقال العباس: لقد احرمتنا (احرمنا خل) حقنا انه لا يرجع الينا ابداً قال علي عليه السلام: وكان العباس داهياً وفيه دليلان: أحدهما أن علياً ذكر فى النبى (ص)

(ارسل خ ل) ان لنا حقاً وأنه مذكور فى كتاب الله تعالى من الخمس فسأله أن يوليه اياه فولاه ، وما أنكر عليه ، والشرع يؤخذ منه قولاً وفعلاً وقراراً ، فلما أقر علياً عليه السلام على ذلك علم ان ذلك هو الشرع ؛ والثانى من حيث الاجماع وهو أن أبابكر وعمر وليا علياً ذلك و كان يأخذ الحق ويقسم ، وما نازعه أحد ، ولم يخالف أحد فدل على أنه اجماع ، وروى عبدالرحمان بن أبى ليمى قال : أتيت علياً عند أحجار الزيت فقلت له : بابى أنت وامى ما فعل أبوبكر وعمر بحقكم من الخمس أهل البيت ؟ فقال : اما أبوبكر فما كان فى زمانه أخماس وما كان معه اوفاناه (وفانادخل) واما عمر فكان يعطينا حتى أتاه مال فارس والشوش والاهواز لشك من الشافعى فقال لى : ان بالمسلمين خلة فلوتركت حقكم من الخمس لاصرفه فى خلة المسلمين فاذا اتانى مال قضيت به لكم فقال العباس : لاتطعمه فى حقنا فقلت : ألسنا حق من أجاب امير المؤمنين عليه السلام وسيد خلة المسلمين ؟ فمات عمر قبل ان يأتيه مال فيعطينا فوجه الدلالة ان عمر اثبت الحق وسئله على وجه القراضه (القرض خ ل) ولم يخالفه احد ، وروى يزيد بن هارون قال : كتب نجدة الحرورى الى ابن عباس سأله عن سهم ذى القربى لمن هو ؟ فقال : هو لقرابة رسول الله صلى الله عليه وآله اراد عمر ان يعطينا عوضاً عنه فأبيناد لانادأينادون حقناً فأخبر أن ذلك لقرابة النبى صلى الله عليه وآله وان عمر اراد ان يعطيهم عوضاً عنه .

مسئلة ٣٩ - عندنا أن سهم ذى القربى للامام ، وعند الشافعى اجمع ذى القربى يستوى فيه القريب والبيعد والذكر والاشى والصيغر والكبير الا ان «لمذكر مثل حظ الانثيين» وقال المزنى وابو ثور : الذكر والاشى فيه سواء - دالمتنا - اجماع الفرقة ، ودليل الشافعى أن ذلك مستحق بالارث الذى يجرى ويجرى التعصيب فوجب أن يفضل الذكور على الاناث ودليل المزنى وأبى ثور أن ذلك يستحق (مستحق خ ل) بالقرابة وهم متساوون فيه

مسئلة ٤٠ - عند الشافعى يجب فى سهم ذى القربى أن يفرق فيمن هو فى شرق الارض وغربها ولا يخص به أهل بلد دون بلد ، وقال أبو اسحاق : ذلك يشق يخص به البلد الذى يؤخذ الغنيمة فيه ، وما يقرب منه فاذا أخذت الغنيمة مثلاً بالرى فرق فى ذى قربى خراسان ، واذا أخذت من الروم فرق فيمن كان بالشام ، وهذا الفرع يسقط عنا غير أن نقول

فى سهم اليتامى والمساكين وابناء (ابن خنل) السبيل منهم ما قاله أبو اسحاق من أنه يفرق فى أهل البلد الذى يؤخذ فيه الغنينة أو ما قرب منه لثلاثين .

مسئلة ٤١ - الثلاثة اسهم التى هى لليتامى والمساكين وابناء السبيل من الخمس يختص بها من كان من آل الرسول ﷺ دون غيرهم وخالف جميع الفقهاء فى ذلك؛ وقالوا: انها الفقراء المسلمين وايتامهم وابناء سبيلهم دون من كان من آل الرسول (رسول الله نخل) خصوصاً - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم، ولانه لا خلاف أن من ذكرناه داخلون فيها لانهم داخلون فى يتامى المسلمين وفقراءهم وابناء سبيلهم، وليس على دخول من قالوه فىها دليل .

مسئلة ٤٢ - ما يؤخذ من الجزية والصلح والاعشار من المشركين للمقاتلة المجاهدين وللشافعى فيه قولان : أحدهما أن جميعه لمصالح المسلمين ويبدء بالاهم فالاهم، والاهم هم الغزاة، والباقي للمقاتلة كما قلناه هذا اذ قال أنه لا يخمس ، وأما (فاما نخل) اذا قال يخمس فاربعة اخمسه تنصرف الى أحد هذين النوعين ، والمصالح على القولين مقدمة عندهم - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فى أن الجزية للمجاهدين لا يشر كهم فيها غيرهم ، واذا ثبت ذلك ثبت فى الكل لان الصلح ايضا جزية عندنا فاما الاعشار فانه ينصرف (بصرف نخل) فى مصالح المسلمين لانه لا دليل على تخصيص شىء منه به دون شىء .

مسئلة ٤٣ - المرابطون للمجاهد والمطوعة لهم سهم من الصدقة والغنينة ميا ؛ وقال الشافعى؛ المطوعة لهم سهم فى الصدقات وليس لهم سهم من الفىء، والفىء، للمرابطين خاصة - دليلنا - عموم قوله تعالى «وفى سبيل الله» ويتناول ذلك المقاتلة والمرابطين فوجب حملها على عمومها .

مسئلة ٤٤ - لا يفضل الناس فى العطايا بشرف او سابقه او زهداً وعلم ، وبه قال على عليه السلام؛ فانه سوى بين الناس وأسقط العبيد؛ وبه قال ابو بكر فانه سوى بين الناس وترك التفضيل وكان يعطى البعيد؛ وكان عمر يفضل الناس على شرفهم وهجرتهم ويسقط العبيد دليلنا - ان الاسم يتناول الجميع ، وكونهم مقاتلين و مرابطين اشتركوا فيه فلا ينبغى تفضيل بعضهم على بعض لان تفضيل بعضهم على بعض يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٥ - اذا مات المجاهد او قتل وخلف ورثة وامرأة فانه ينفق عليهم الى

ان يبلغوا من المصالح وهو احد قولى الشافعى ، و الثانى انهم لا يعطون شيئاً لانهم اتباع
لغيرهم، فاذا سقط بموته سقط هؤلاء - دليلنا - ان هذا من المصالح فوجب ان يعطونه
وانما قلنا انه من المصالح لان المجاهد متى علم انه ان قتل او مات انفق على ورتته كان
أنشط لجهاده (للجهاد خ ل) و روى الزهرى عن مالك بن اوس بن الحدنان أن
عمر بن الخطاب قال: ما من أحد الاوله فى هذا المال حق الامام ملكت أيمانكم أعطيه
او أمنعه .

كتاب قسمة الصدقات

مسئلة ١- الكفار عندنا مخاطبون بالعبادات الصلاة، والزكاة، والصوم، والحج
وبه قال أكثر أصحاب الشافعي، وقيل شذاذ منهم واختاره الاسفراينى انهم ليسوا مخاطبين
بالعبادات الا بعد أن يسلموا، وبه قال العراقيون (اهل العراق خ ل) - دليلنا - ما قلنا فى
اصول الفقه، وانما ذكرنا هذا الخلاف هيهنا لان أبا حامد ذكره فى تعليقه فى هذا الموضوع
و الا فموضع هذا كتاب أصول الفقه لا فروعها؛ و يدل عليه قوله تعالى
« ما سلكتكم فى سقر قالوا لم نك من المصلين و لم نك نطعم المسكين
وقال: « فلا صدق ولا صلى ولكن كذب وتولى » فذمهم على ترك الصلاة وترك الزكاة
واستوفينا هذه المسئلة هناك فلا وجه للتطويل بذكرها .

فيمن يجوز اعطاء الزكاة به ومن لا يجوز ان يعطى به الا من

زكاة المال و لا من زكاة الفطرة

مسئلة ٢- لا يجوز ان يعطى شيء من الزكاة الا للمسلمين العارفين بالحق ، ولا
يعطى الكفار لا زكاة المال (الا موال خ ل) ولا زكاة الفطرة (الفطر خ ل) الا الكفارات
وقال الشافعي: لا يدفع شيء منها الى أهل الذمة، وبه قال مالك والليث بن سعد وأحمد
اسحاق وابو ثور، وقيل ان شربة: يجوز أن يدفع اليهم الزكوات زكاة الفطرة وزكاة الاموال
وقال أبو حنيفة: لا تدفع اليهم زكاة الاموال ، ويجوز أن يدفع اليهم زكاة الفطرة والكفارات

دليلنا - اجماع الفرقة ، و ايضاً فقد اشتغلت الذمة بالزكاة بلا خلاف و اذا اعطى (اعطاها خ ل) لغير المسلم لم تبرء ذمته بيقين.

مسئلة ٣ - الظاهر من مذهب أصحابنا أن زكاة الاموال لا تعطى الا للعدول من أهل الولاية دون الفساق منهم ، و خالف جميع الفقهاء في ذلك و قالوا : اذا اعطى الفاسق برئت ذمته ، و به قال قوم من أصحابنا - دليلنا - طريقة الاحتياط لانه اذا اعطاها (اعطى خ ل) للعدل (العدول خ ل) برئت ذمته بلا خلاف اذا اعطاها لغير عدل لم تبرء ذمته بيقين .

مسئلة ٤ - الاموال الباطنة لا خلاف أنه لا يجب دفع زكاتها الى الامام و صاحب المال بالخيار بين أن يعطيها الامام ، و بين أن يؤديها بنفسه ، و اما الظاهرة فعندنا يجوز أن يخرجها بنفسه ، و من أخرجها بنفسه فقد سقط عنه فرضها و لم تجب عليه الاعادة ، و به قال الشافعي في الجديد ، و به قال الحسن البصري و سعيد بن جبير الا أن عندنا متى طلب الامام ذلك و جب دفعه انيه ، و ان لم يدفعه و فرقه لم يجزه ، و به قال الشافعي ايضاً ، و قال في القديم : يجب عليه دفعها الى الامام فان تولى (تولاه خ ل) بنفسه كان عليه الاعادة ، و به قال أبو حنيفة و مالك - دليلنا - اجماع الفرقة ، و لانه متى أخرجها بنفسه فقد امتثل الاية ، و من قال يجزيه فعليه الدلالة ، و يدل عليه ايضاً قوله تعالى : « لا ان تبدوا الصدقات فنعما هي و ان تخفوها و تؤتوها الفقراء فهو خير لكم » و اما الذي يدل على وجوب الدفع اذا طلبه الامام قوله تعالى : « خذ من اموالهم صدقة » فامر به بالاختيار و امره على الوجوب فوجب أن يلزم الدفع .

مسئلة ٥ - اذا أخذ الامام صدقة الاموال يستحب له أن يدعو لصاحبها و ليس بواجب عليه ذلك ، و به قال جميع الفقهاء الا داود فانه قال : ذلك واجب عليه - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة ، و ايجاب ذلك عنيه يحتاج الى دليل ، و قوله تعالى « وصل عليهم » محمول على الاستحباب الذي ذكرناه .

مسئلة ٦ - صدقة الفطرة تصرف الى أهل صدقة الاموال من الاصناف الثمانية ، و به قال جميع الفقهاء ؛ و قال الاصحى من أصحاب الشافعي :

يختص بها الفقير - دليلنا - قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء» الآية ، و ذلك عام في صدقة الاموال وصدقة الفطرة لان الكل يسمى صدقة .

مسئلة ٧- الاصناف الثمانية محل الزكاة ولا يلزم تفرقة الزكاة على كل طريق منهم بالسوية بل له وضع في واحد من الاصناف كان جازماً ، و كذلك لو اعطى جميع زكاته لواحد من هذه الاصناف كان جازماً ، و به قال الحسن البصرى والشعبى ومالك و ابو حنيفة و أصحابه الا أن مالكا يقول: يخص بها المسهم حاجة ، و ابو حنيفة يقول: يجوز أن يدفع الى أى صنف شاء ، و قال الشافعى يجب تفريقها (تفرقتها خ ل) على من يوجد منهم ، ولا يخص بها صنف منهم دون آخر ؛ و سوى بين الاصناف ولا يفضل بعضهم على بعض ، و أقل ما يعطى من كل صنف ثلاثة فصاعد سواء (سوى خ ل) بينهم فان اعطى اثنين فمن نصيب الثالث ، و كم يضمن فيه وجهان: أحدهما الثالث والاخر جزء واحد قدر الاجزاء ، و به قال عمر بن عبدالعزيز والزهرى وعكرمة ، و قال النخعى : ان كانت الصدقة كثيرة و جب صرفها الى الاصناف الثمانية كلهم ، و ان كانت قليلة جازر صرفها (دفعها خ ل) الى صنف واحد - دليلنا اجماع افرقة و اخبارهم ، و الاية محمولة على أن الثمانية أصناف محل الزكاة لأنه يجب دفعها اليهم بدلالة انه لو كان كذلك لوجب التسوية بين كل صنف و تفرق في جميع النصف (الاصناف خ ل) و ذلك باطل بالاتفاق ، و الشافعى أجاز أن يفرق على ثلاثة من كل صنف فقد ترك عموم الآية .

فى انه لا يجوز نقل الزكاة من بلد الى بلد مع وجود

المستحق فيه

مسئلة ٨- لا يجوز نقل الزكاة (١) من بلد الى بلد مع وجود المستحق له فى البلد فان نقلها والحال على ما قلناه كان ضامناً ان هلك ، وان لم يهلك أجزاءه ؛ وان لم يجد فى البلد مستحقاً لم يكن عليه ضمان ، وللشافعى فيه قولان: أحد هما متى نقل الى بلد آخر

(١) مرت هذا المسئلة فى مسئلة ٢٥ من كتاب الزكاة.

أجزأه ولم يفصل ؛ وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، والثاني لا يجزيه و عليه الاعادة ، وبه قال عمرو بن عبدالعزيز وسعيد بن جبير والنخعي ومالك والثوري - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وايضاً قوله تعالى « انهما الصدقات للفقراء والمساكين » ولم يفصل بين أن يكونوا من أهل البلد وغيرهم ، والخبر الذي يروى (روى خ ل) ان أمير المؤمنين عليه السلام قال لساعيه: اذا أخذت المال احدره اليئنا لنضعه حيث أمر الله تعالى به، وذلك على جواز النقل .

مسئلة ٩ - اذا أعطى الصدقة الغارمين و المكاتبين لا اعتراض عليهم فيما يفعلون به ، وقال الشافعي : يراعى ذلك ، فان صرفوه فى قضا الدين مال الكتابة والاستر جعلت منهم - دليلنا - ان استحقاقهم ثابت بالاية ، واذا سلم اليهم فقد اخذوا ، ما استحقوه بالاية ، وجواز استرجاع ذلك منهم يحتاج الى دليل .

فى ان الفقير اسوء حالا من المسكين

مسئلة ١٠ الفقير اسوء حالا من المسكين لان الفقير هو الذى لاسى له او معه شىء يسير لا يعتمد به ، والمسكين الذى له شىء فوق ذلك غير انه لا يكفيه لحاجته و مؤنته ، و بما قلناه قال الشافعي ، و جماعة من أهل اللغة ، و قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ المسكين أسوء حالا من الفقير ؛ فإله مسكين عنده على صفة الفقير عندنا ، والفقير على صفة المسكين وبهذا قال الفراء و جماعة من أهل اللغة - دليلنا - قوله تعالى : « اما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر » فسماهم مساكين مع انهم يملكون سفينة بحرية ، وذلك يدل على ما قلناه ، ولان الله تعالى بدء فى آية الصدقة بالفقراء ومن شأن العرب أن يبتدى بالاهم .

مسئلة ١١ - الاستغناء بالكسب يقوم مقام الاستغناء (كالاستغناء خ ل) بالمال فى حرمان الصدقة ، فاذا كان رجل جلد مكتسب يكسب ما يحتاج اليه لبقته ونفقة عياله حرمت عليه الصدقة ، وبه قال الشافعي ، وفى الصحابة عبد الله بن عمرو بن العاص ، و فى الفقهاء ابو ثور واسحاق و قال ابو حنيفة واصحابه : الصدقة لا تحرم على المكتسب و

انما تحرم على من يملك نصاباً من المال الذي يجب فيه الزكاة او قدر النصاب من المال الذي لا يجب فيه الزكاة ، وقال محمد: اكره دفع الصدقة الى المكتسب الا انه يجزى وبه قال قوم من اصحابنا - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وطريقة الاحتياط البرائة الذمة لانه متى اعطاها لمكتسب قادر على تحصيل ما يقوم به وبيعاله تبرء ذمته بيقين وروى عن النبي ﷺ انه قال: في الصدقة لاحظ فيها الغنى ولا لقوى مكتسب ، و في احاديث اصحابنا لا تحل الصدقة لغنى ولا الذي مره سوى .

مسئلة ١٢- اذا طالب (طلب خ) من ظاهره القوة والفقر ولا يعلم أنه قادر على التمسك اعطى من الزكاة بلا يمين ، و قال الشافعى فيه قولان: احدعما مثل ما قلناه والثانى انه يطالب باليمينه على ذلك - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٣- لا يجوز لاحد من ذوى القربى أن يكون عاملاً فى الصدقات لان الزكوة محرمة عليهم ، وبقال الشافعى واكثر اصحابه ، و فى اصحابه من قال يجوز ذلك لان ما يأخذ على (من خ ل) جهة المعاوضة كالاجازات - دليلنا - اجماع الفرقة وايضا روى ان الفضل بن عباس والمطلب بن ربيعة سألا النبي ﷺ ان يوليهم العمالة فقال لها ان الصدقة اوساخ ايدى الناس وانها لا تحل لمحمد وآل محمد .

فى ان الصدقة لا تحل لال محمد الا فى بعض الاحوال

مسئلة ١٤- تحل الصدقة لال محمد ﷺ عند فوت خمسهم او الحيلولة بينهم وبين ما يستحقونه من الخمس ، وبقال الاصطخرى عن اصحاب الشافعى ، وقال الباقر من اصحابه: انها لا تحل لهم لانها انما حرمت عليهم تشرىفاً لهم وتعظيماً ، وذلك حاصل مع منعهم (منع خ ل) الخمس - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، و ايضاً قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين» الاية و انما اخر جناهم فى حال توسعهم الى (عن خ ل) الخمس بدليل .

مسئلة ١٥- موالى ال محمد لا تحرم عليهم الصدقة ، و به قال الشافعى واكثر اصحابه ، و منهم من قال : تحرم عليهم لقوله عليه السلام مولى القوم منهم - دليلنا

اجماع الفرقة وعموم الاخبار، وقوله تعالى: «انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية» ومن ادعى اخراجهم من الآية فعليه الدلالة (خل).

مسئلة ١٦ - سهم المؤلفة كان على عهد رسول الله ﷺ وهم كانوا قوماً من المشركين يتألفهم النبي ﷺ ليقاتلهم معه وسقط ذلك بعد النبي ﷺ ولا تعرف مؤلفة الاسلام وقال ابو حنيفة ومالك سهم المؤلفة يسقط بعد النبي ﷺ، وقال الشافعي: المؤلفة على ضربين: مؤلفة الشرك، ومؤلفة الاسلام ومؤلفة الشرك على ضربين: مؤلفة الشرك، وهل يسقطون، ام لا على قولين احدهما يسقطون والاخر لا يسقطون دليلنا - اجماع الفرقة؛ وايضاً فان اثبات ما قاله يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٧ - سهم الرقاب يدخل فيه المكاتبون، والعبيد اذا كانوا في شدة يشتركون من مال الصدقة ويعتقون، وقال الشافعي: الرقاب هم المكاتبون اذا كانوا جيران الصدقات فقط، وروى ذلك عن علي بن ابي طالب، وفي التابعين سعيد بن جبير والنخعي، وفي الفقهاء الليث والثوري وابو حنيفة واصحابه، وقال قوم: ان الرقاب هم العبيد فحسب، يشتركون ويعتقون من سهم الصدقات ذهب اليه ابن عباس والحسن ومالك واحمد - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى وفي الرقاب وذلك عام في الجميع .

مسئلة ١٨ - اذا اعطى المكاتب شيئاً ليصرفه في مال كتابته فلم يصرفه فيه او تطوع (بتطوع خل) انسان عليه بمال كتابته او اسقط عنه مولاة مال فانه لا يسترجع منه ما اعطى، وكذلك القول في الغارم وفي سبيل الله و ابن السبيل لا يسترجع منهم ما يفضل من نفقتهم ضيقوا على انفسهم او ام بنفقوا فيما لاجله استحقوه وقال الشافعي يسترجع منهم كلهم الا الغارم فانه يأخذ اجرة عمله فلا يسترجع منه يفضل من نفقته وان بداله من الغز واسترجع بلا خلاف - دليلنا - انه (ان خل) ياخذ (اخذ دخل) باستحقاقه، وايجاب استرجاعه يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يبدل عاياه .

مسئلة ١٩ - الغارم الذي عاياه الدين وانفق في طاعة او مباح لا يعطى من الصدقة مع الغني، والمشافعي فيه وجهان: احدهما يعطى والاخر لا يعطى - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً جواز اعطائه مع الفقر مجمع عليه، ولا دليل على جواز اعطائه مع الغني.

مسئلة ٢٠ - اذا انفق في معصية ثم تاب منها لا يجب ان يقضى عنه من سهم الصدقة وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثاني يقضى عنه - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وهي عامة في انه لا يقضى عنه اذا انفق في معصية ولم يفصلوا حال التوبة عن غيرها
في ان قضاء دين الميت يدخل في قسمة في سبيل الله

مسئلة ٢١ - سبيل الله يدخل فيه الغزاة في الجهاد ، والحاج ، وقضاء الديون عن الاموات ، وبناء القناطر وجميع المصالح ، وقال ابو حنيفة و الشافعي ومالك : انه يختص المجاهدين ، وقال احمد : سبيل الله هو الحج فيصرف ثمن الصدقة في الحج - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله تعالى وفي سبيل الله فانه يدخل فيه جميع ذلك لان المصالح من سبيل الله .

مسئلة ٢٢ - ابن السبيل هو المجتاز دون المنشئ لسفره من بلده ، وبه قال مالك وقال ابو حنيفة و الشافعي : يدخلان جميعاً فيه - دليلنا - ان من اعتبرناه مجتمع على دخونه فيه وليس على مقالوه دليل .

مسئلة ٢٣ - خمسة اصناف من اهل الصدقات لا يعطون الامع الفقير بلا خلاف وهم الفقراء والمساكين والرقب والغارم في مصلحة نفسه وابن السبيل المنشئ لسفره ، و اما العامل يعطى مع الفقر والغنى بلا خلاف وعندنا انه يأخذ الصدقات صدقة دون الاجرة وبه قال الشافعي ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يأخذ اجرة ، والمؤلفة سقط سهمهم عندنا وعند ابى حنيفة والغارم لمصلحة ذات البين ، والغازي لا يعطى الامع الحاجة عند ابى حنيفة ، وعند الشافعي يعطى مع الغنى وهو الصحيح ، وابن السبيل المجتاز يعطى مع الغنى في بلده بلا خلاف - دليلنا - اجماع الفرقة وعموم الآية يتناول ان يستحق وامع الغنى والفقر ، وانما اخرجنا بعضهم بدليل ، واما الدليل على ان سهم العامل صدقة دون الاجرة انه لا خلاف ان آل الرسول ﷺ لا يجوز ان يتولوا الصدقة ولو كان ذلك اجرة لجازلهم ان يتولوها كساير الاجارات .

مسئلة ٢٤ - حد الغنى الذي يحرم معه الزكوة عليه ان يكون له كسب يعود عليه بقدر كفايته لنفقته ، و نفقة من تلزمه النفقة عليه اوله عقال يعود عليه ذلك القدر او مال

يكتسب بذلك القدر وفي اصحابنا من احل له لصاحب السبعمأة وحرمه على صاحب الخمسين بالشرط الذي قلناه، وذلك على حسب حاله، وبه قال الشافعي الا انه قال ان كان في بعض معاشه يحتاج ان يكون معه الف دينار او الف دينار متى نقص عنهم يكفه (يمكنه خل) لاكتساب (الاكتساب نفقته لنفقته خل) جازله ان ياخذ الصدقة، وقال قوم: من ملك خمسين درهماً حرمت عليه الصدقة، وروى ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام وعمر وسعد بن أبي وقاص، وهو قول الثوري واحمد، وذهب أبو حنيفة الى ان حد الغنى الذي يحرم به الصدقة أن يملك نصاباً تجب فيه الصدقة اما مائتي درهم او عشر بن ديناراً أو غير ذلك من الاجناس التي يجب فيها الزكوة فان كان ذلك من الاموال التي لازكوة فيها كالعبيد والسياب والعقار فان كان محتاجاً الى ذلك لم يحرم عليه الصدقة، وان لم يكن محتاجاً نظر فيما يفضل عن حاجته، فان كان يبلغ قدر نصاب حرمت عليه الصدقة وان لم يبلغ حلت له، وذهب قوم من اصحابنا الى ان من ملك النصاب حرمت عليه الزكاة - دليلنا - على ما قلناه أخبارنا التي ذكرناها في الكتاب الكبير ولان الله تعالى قال: «انما الصدقات للفقراء والمساكين» ومن ملك ما لا يكفيه له مؤنته ومؤنة عياله يسمى فقيراً ويسمى مسكيناً.

مسئلة ٢٥ - يجوز للزوجة ان تعطي زكوتها لزوجها اذا كان فقيراً من سهم الفقراء، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز - دليلنا - قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء» وهذا فقير، وتخصيصه يحتاج الى دليل.

مسئلة ٢٦ - النبي ﷺ كان يحرم عليه الصدقة المفروضة ولا يحرم عليه الصدقة التي تطوع بها، وكذلك حكم آله وهم ولد عبدالمطلب لان هاشم آلهم يعقب الامنه، وبه قال الشافعي أعنى في صدقة التطوع الا انه اضاف الى بنى هاشم بنى المطلب وله في صدقة التطوع وجهان: في النبي خاصة دون آله - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم فانهم لا يختلفون فيه وقد مضت هذه المسئلة فيما مضى مستوفاة (١)

(١) مضت في مسئلة - ٤ - من كتاب الوقوف والصدقات ويأتي في مسئلة ٩١ من كتاب الايمان

عن ابي حنيفة قوله بحرمة صدقة التطوع على النبي (ص).

مسئلة ٢٧ - صدقة بنى هاشم بعضهم على بعض غير محرمة وان كانت فرضاً (١) وخالف جميع الفقهاء فى ذلك، وسواء بينهم وبين غيرهم - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم

مسئلة ٢٨ - اذ ادفع صاحب المال (٢) الصدقة الى من ظاهره الفقر ثم بان انه كان غنياً فى الباطن لاضمان عليه ، وبه قال ابو حنيفة ، وللشافعى فيه قولان منصوصان : احدهما لا ضمان عليه كالامام ، والثانى عليه الضمان - دليلنا - ان ايجاب ضمان ذلك يحتاج الى دليل والاصل براءة الذمة .

مسئلة ٢٩ - اذ ادفعها الى من ظاهره الاسلام ثم بان انه كان كافراً او الى من ظاهره الحرية فبان انه كان عبداً، او دفعها الى من ظاهره أنه ليس من آل النبى ﷺ ثم بان أنه كان من آل له لم يكن عليه ضمان سواء كان المعطى الامام اورب المال ، و قال ابو حنيفة عليه الضمان فى جميع ذلك ، وللشافعى فيه قولان : فالذى عليه اكثر اصحابه ان هذه المسئلة مثل الاولى ، و منهم من قال: انها مخالفة فان كان المفرق رب المال لزمه الضمان قولاً واحداً ، و ان كان الامام فعلى قولين - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ، وانما قلنا ذلك لان المأخوذ عليه ان لا يعطى الصدقة الا لمن ظاهره الفقر ، و الاسلام والحرية و البواطن لا طريق اليها. فاذا دفعها الى من ظاهره كذلك فقد امتثل المأمور به و ايجاب الضمان عليه بعد ذلك يحتاج الى دليل، والاصل براءة الذمة .

مسئلة ٣٠ - لا يتعين اهل السهمان بالاستحقاق من اهل الصدقة حتى لو مات احدهم انتقل الى ورثته؛ وقال الشافعى ؛ ان كان البلد صغيراً او قرية فانهم يتعينون وقت الوجوب حتى لو مات واحد منهم بعد الوجوب وقبل التفرقة انتقل نصيبه الى ورثته؛ وان غاب واحد منهم لم يسقط حقه لغيبته، وان دخل ذلك الموضع احدهم من اهل السهمان لم يشارك من كان فيه و

(١) مرت فى مسئلة ٥ من كتاب الوقوف والصدقات الا ان هناك نسب الخلاف الى الشافعى

لا غير

(٢) باتى نظير هذه المسئلة فى مسئلة ٦٩ من كتاب الظهار

اذا كان البلد كبيراً مثل بغداد وغيرها ففهم لا يتعينون باستحقاق الصدقات الى وقت القسمة فاذا مات واحد منهم بعد الوجوب وقبل القسمة فلا شيء لورثته، وان غاب سقط سهمه، وان دخل الموضوع قوم من اهل السهمان قبل القسمة شار كوه - دليلنا - قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين» الاية ولم يعين قوماً منهم دون قوم فينبغي ان يحمل على جميعهم ومن ادعى التعيين فعليه الدلالة .

كتاب النكاح

مسئلة ١- كل امرأة تزوجها النبي ﷺ ومات عنها لا يحل لاحدان يتزوجها بلا خلاف دخل بها اولم يدخل بها، وعندنا ان حكم من فارقها النبي ﷺ في حيوته حكم من مات عنها في انها لا تحل لاحد ان يتزوجها، وللشافعي فيه ثلاثة اوجه: احدها مثل ما قلناه وهو ظاهر مذهبهم والثاني انها تحل لكل احد دخل بها اولم يدخل بها والثالث ان لم يدخل بها حلت لغيره وان دخل بها لم تحل لغيره - دليلنا - قوله تعالى: «ولان تنكحوا ازواجه من بعده ابدأ» وقوله تعالى وذلك عام «وازواجه امهاتهم» يدل عليه ايضاً لانه على عمومه، و لان بنفس العقد يصرن امهات لنا فلا يحل لنا ان نعقد عليهم.

مسئلة ٢ - النكاح مستحب غير واجب للرجال والنساء، وبه قال أبو حنيفة و أصحابه ومالك والشافعي والليث بن سعد والاوزاعي وكافة العلماء، وقال داود: النكاح واجب فمن قدر على طول حره وجب عليه ان ينكح حره ومن لم يقدر عليه وجب عليه ان ينكح أمة، وكذلك المرأة يجب عليها أن تتزوج - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى: «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» الى قوله «فواحدة او ما ملكت ايمانكم» فعلق النكاح باستطابتنا وما هذه صورته فهو غير واجب. وايضاً فإنه قال «فواحدة او ما ملكت ايمانكم» فخير بين النكاح وبين ملك اليمين، ومعلوم أن ملك اليمين مباح؛ فلو كان النكاح واجباً لما خير بينه وبين ملك اليمين لان التخيير لا يكون بين واجب ومباح وانما

يكون بين واجبين أو نفلين أو مباحين وايضاً فظاهر قوله عز وجل «فواحدة او ما ملكت ايما نكم» يقتضى أنه لو اقتصر على ملك اليمين وعدل عن النكاح جملة لكان جازئاً له لانه قال: هذا وهذا، وعند داود أنه ان ملك من الاماء ما ملك فواجب عليه أن يتزوج، ولا يجوز له العدول عنه فلا يسقط بملك اليمين، وايضاً قوله تعالى «ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات» الى قوله تعالى: «وان تصبروا خير لكم» ولو كان نكاح الامة واجباً عند عدم طول الحرة لم يكن الصبر خيراً منه وعند داود يلزمه، ولا يجوز ان يصبر عنه، وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: خير الناس بعد المتئين الخفيف الحاذق (الحاذق ل) فليل (فمسئل خل) وما الخفيف الحاذق (الحاذق ل) فقال الذى لأهل له ولولده وروى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وسألته عن حق الزوج على الزوجة فبين لها ذلك فقالت: والله لا تزوجت ابداً فلو كان النكاح واجباً لانكر عليها ذلك حين حلفت أن لا تتزوج أبداً .

مسئلة ٣ - يجوز النظر الى امرأة أجنبية يريدان يتزوجها اذا نظر الى ما ليس بعورة فقط، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعى على ان عندنا وعند مالك والشافعى أن ما ليس بعورة الوجه والكفان فحسب وعن ابي حنيفة روايتان: احدهما مثل ما قلناه، والثانية والقدمان ايضاً، وقال المغربى: لا يجوز أن ينظر اليها ولا الى شىء منها اصلاً، وقال داود: ينظر الى كل شىء من بدنها وان تعرت - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم، وايضاً قوله تعالى: «و لا يمد يدين زينتھن الا ما ظهر منها» وقال المفسرون: الوجه والكفان وروى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: اذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فلينظر الى وجهها وكفيها وهذا نص؛ وروى ابو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: اذا طرح الله فى قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل حسن (محاسن خل) وجهها .

مسئلة ٤ - يكره للرجل أن ينظر الى فرج امرأته و ليس به حظور؛ وللشافعى فيه وجهان: احدهما مثل ما قلناه و الاخر (الثانى خل) انه يحرم - دليلنا - اجماع

الفرقة؛ وايضاً الاصل الاباحة؛ والمنع يحتاج الى دليل؛ وروى عن النبي ﷺ انه قال
النظر الى فرج المرأة (فرج النساء خ ل) يورث الطرش؛ وقيل العمى فدل على
أنه مكروه.

مسئلة ٥ - اذا ملكت المرأة فحلاً او خصياً او مجبواً لا يكون محرماً لها ولا
يجوز له ان يخلو بها ولا يسافر معها؛ وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) احدهما مثل ما قلناه
قالوا: وهو الاشبه بالمذهب، والاخر انه يصير محرماً لقوله تعالى « او ما ملكت ايماهن
دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط واما الالية فقد روى اصحابنا ان المراد بها
الاماء دون العبيد المذكور ان.

مسئلة ٦ - اذا بلغت الحرة الرشيدة ملكت العقد على نفسها وزالت ولاية الاب
عنها والجد الا اذا كانت بكرأ فان الظاهر من روايات اصحابنا انه لا يجوز لها ذلك، وفي
اصحابنا من قال البكر ايضاً تزول ولايتهما عنها كما غير الاب والجد فلا ولاية لاحد عليهما
سواء كانت بكرأ او ثيباً والامر اليها تزوج كيف شاءت بنفسها او توكل في ذلك بالاخلاف بين
اصحابنا غير ان الافضل لها ان ترد امرها الى اخيها، او الى ابن اخيها وعمها او ابن عمها وليس
ذلك شرطاً في صحة العقد وقال الشافعي: اذا بلغت الحرة رشيدة ملكت كل عقد الا النكاح
فانهما تمى ارادت ان تتزوج افتقر نكاحها الى الولي وهو شرط لا ينعقد الاب به بكل حال
سواء كانت كبيرة او صغيرة، رشيدة عاقلة او مجنونة؛ بكرأ كانت او ثيباً دنية كانت او
غير دنية (نبيلة كانت او دنية خ ل) مؤسرة او معسرة فان نكاحها يفتقر الى الولي لا
يجوز لها ان تتزوج بنفسها فان كان لها ولي مناسب مثل الاخ او ابن الاخ
او العم او ابن العم او الاب او الجد فهو ولي؛ وان لم يكن فمولاها المعتقد؛ فان لم يكن
فالحاكم والولي يملك ان يزوجه بنفسه؛ وان يوكل من يزوجه من الرجال فان اذن لها
ان تعقد على نفسها لم يجز ذلك، وكذلك لا يجوز للمرأة أن تزوج غيرها باذن وليها ولا اذا
وكلها رجل بأن تتزوج له وتقبل النكاح فقبلته لم ينعقد وجملته أنه لا ولاية للنساء في
مباشرة عقد النكاح ولا وكالة؛ وبه قال عمرو ابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة وعائشة؛
وروى (رووه خ ل) عن علي عليه الصلاة والسلام؛ وبه قال سعيد بن المسيب والحسن

البصرى وفى الفقهاء ابن أبى ليلى وابن شبرمة واحمد واسحاق ؛ وقال ابو حنيفة اذا بلغت المرأة رشيدة فقد زالت ولاية الولى عنها كما زالت عن مالها ، ولا يفتقر نكاحها الى اذنه بل لها ان تتزوج وتعد على نفسها فاذا تزوجت نظرت ؛ فان وضعت نفسها فى كفوازم وليس للولى سبيل اليها وان وضعت نفسها فى غير كفو كان للولى أن يفسخ فخالف الشافعى فى فصلين احدهما ان الولى ليس بشرط عند فى النكاح ولا يفتقر الى اذنه ، والثانى ان للمرأة ان تباشر عقد النكاح بنفسها عنده ، وقال ابو يوسف ومحمد : النكاح يفتقر الى اذن الولى لكنه ليس بشرط فيه بحيث لا ينعقد الاب ؛ بل ان تزوج (تزوجت خل) بنفسها صح ، فان وضعت نفسها فى غير كفو كان له الاعتراض والفسخ ، وان وضعت نفسها فى كفو وجب عليه أن يجيزه فان فعل والأجازة الحاكم ، وقال مالك : ان كانت عربية ونسيبة فنكاحها يفتقر الى الولى ولا ينعقد الاب ؛ وان كانت معتقة دنية لم يفتقر اليه ؛ وقال داود : ان كانت بكرأ فنكاحها لا ينعقد الابولى : وان كانت نيبألم يفتقر الى ولى ، وقال ابو ثور : لا يجوز الابولى لكن اذا (ان خل) اذن لها الولى فعقدت على نفسها جاز فخالف الشافعى فى هذا - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ؛ وايضاً قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وقال تعالى : « فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن » فاضاف النكاح اليهن ، وروى عن ابن عباس عن النبى ﷺ انه قال : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستاذن فى نفسها واذنها صماتها والايم التى لازوج لها وهو عام . وروى عن ابن عباس عن النبى ﷺ انه قال : ليس للولى مع الشيب أمر ، وهذا نص و اجماع الفرقة منعقد فى حيز الشيب وفى البكر فيمن عدا الاب والجد لا يختلفون فيه .

مسئلة ٧- قدينا ان النكاح بغير ولى جاز صحيح ؛ وليس على الزوج اذا وطئها شىء ، واختلف أصحاب الشافعى فيمن وطئها هل يجب عليه الحد ام لا ؟ فقال اكثرهم : انه لا حد عليه سواء كان عالماً بذلك أو لم يكن عالماً ، و سواء كان حنيفاً يعتقد باحته أو شافعيأ يعتقد تحريمه لان هذا شبهة ، وقال ابو بكر الصيرفى : ان كان عالماً يعتقد (معتقد داخل) تحريمه وجب عليه الحد - دليلنا - ما قدمناه من أن هذا عقد صحيح ولو كان فاسداً لما وجب ايضاً الحد لقوله صلى الله عليه وآله وسلم ادروا الحدود بالشبهات ، وهذه شبهة لانه عقد

مسئلة ٨ - اذ انكح بغير ولى ثم طلقها فطلاقه واقع، وان كانت التطليقة نالثة لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ؛ وقال الشافعى وأكثر اصحابه : نص عليه فى كتاب الرجعة انه لا يقع طلاقه وان كان نائنا (ثالثا حل) حل له نكاحها قبل الزوج الاخر، وقال ابو اسحاق يقع الطلاق احتياطاً؛ وقال ابن ابى هريرة : من اجاز الطلاق اجاز النكاح ومن منعه منع الطلاق ، وقال احمد : الطلاق يقع فى النكاح الفاسد - دليلنا - انا قد بينا ان هذا عقد صحيح فاذا ثبت ذلك صح الطلاق لان أحد الا يفرق .

مسئلة ٩- اذا أوصى الى غيره بان يزوج بنته الصغيرة وصحت الوصية و كان له تزويجها ويكون صحيحاً سواء عين الزوج اولم يعين وان كانت كبيرة لم تصح الوصية ؛ وقال الشافعى : الولاية فى النكاح لا تستفاد بالوصية فاذا أوصى بالنظر فى مال اطفاله صح وان أوصى بانكاحهن لم تصح الوصية صغيرة كانت أو كبيرة، عين الزوج اولم يعين، وبه قال الثورى وأبو حنيفة واصحابه وقال مالك : ان كانت البنت كبيرة وصحت الوصية عين الزوج اولم يعين وان كانت صغيرة وصحت الوصية اذ عين الزوج وام تصح اذالم يعين - دليلنا - انه لا مانع منه الاصل جوازه وايضاً قوله تعالى : « فمن بدله بعد ما سمعه فانما ثمه على الذين يبدلونه » وايضاً فلا خلاف ان له أن يوصى بالنظر فى مالها فكذلك (فكذا حل) التزويج .

مسئلة ١٠ - البكر اذا كانت كبيرة فالظاهر فى الروايات ان للاب و الجدان يجبرها على النكاح و يستحب لهما أن يستأذناها و اذنها صماتها فان لم تفعل فلاحاجة بهما اليه وبه قال مالك و الشافعى و ابن أبى ليلى و احمد و اسحاق، و قال قوم من اصحابنا : ليس لوليها اجبارها على النكاح كالشيب الكبيرة ، وبه قال ابو حنيفة و اصحابه و الاوزاعى و الثورى فاعتبر ابو حنيفة الصغرو و الكبر ؛ و فرق بينهما و اعتبر الشافعى الشبوبة و البكاره - دليلنا - قوله تعالى « وانكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم و اما نكمم » و الايم التى لا زوج لها بكرأ كانت أو ثيباً فالظاهر ان له اجبار الكل لانه لم يفرق بين الصغيرة و الكبيرة فوجب حمل الآية على عمومها الا (الى حل) ان يقوم دليل على تخصيصها ، و روى ابن عباس قال : قال

رسول الله ﷺ : الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صامتاها ، و روى احمد بن محمد بن عيسى عن ابن فضال عن صفوان عن ابي المغرا عن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد الله عليه السلام قال : اذا كانت الجارية بين ابويها فليس لها مع أبويها أمر واذا كانت قد تزوجت أم يزوجهما الا برضى منها ، وروى احمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن ابي رزين عن محمد بن مسلم عن ابيهما عليه السلام قال : لا تستأمر الجارية اذا كانت بين أبويها ليس لها مع الأب أمر وقال : تستأمر مع كل أحد ما عدا الأب ، وروى الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في الجارية يزوجهما أبوها بغير رضا منها قال : ليس لها مع أبيها أمر اذا أنكحها جاز نكاحه (حها خ) وان كانت كراهة . وروى عبد الله بن الصلت قال : سئلت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجهما أبوها لها أمر؟ اذا بلغت قال : لا وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر؟ فقال ليس لها مع أبيها أمر ما لم تشيب .

مسئلة ١١ - النكاح لا يقف على الاجازة مثل ان يزوجه رجل امرأة من غير اذن (امر خ) وليها لرجل ولم يأذن له في ذلك لم يقف العقد على اجازة الزوج ، وكذلك لو زوج الرجل بنت غيره وهي بالغة من رجل فقبل الزوج لم يقف العقد على اجازة الولي ولا اجازتها وكذلك لو زوج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة او اخته الكبيرة الرشيدة لم يقف على اجازتها ؛ وكذلك لو تزوج العبد بغير اذن سيده بالامة (و خ) بغير اذن سيدها كل ذلك (هذا خ) باطل لا يقف على اجازة أحد ، وكذلك لو اشترى لغيره بغير أمره لم يقف على اجازته وكان باطلا ، وبه قال الشافعي واحمد واسحاق وزاد الشافعي تزويج البالغة الرشيدة نفسها من غير ولي ، والبيع بغير اذن صاحبه ، وعندنا : أن تزويج البالغة الرشيدة نفسها صحيح ، والبيع يقف على اجازة مالكة ، وقال مالك : ان أجازه عن قرب صح ، وان أجازه عن بعد بطل وقال ابو حنيفة : يقف جميع ذلك على اجازة الزوج والزوجة والولي ، وكذلك البيع الا أنه يقول في النكاح يقف في الطرفين على اجازة الزوج والزوجة ، وفي البيع يقف على اجازة البائع دون المشتري ، ووافقنا في تزويج البالغة الرشيدة نفسها ، وقال أبو يوسف ومحمد : ههنا يقف على اجازة الولي وان امتنع وكانت وضعت نفسها في كف اجازة السلطان ، ووافقنا في مسئلة و هو أن الشراء لا يقف

على اجازة المشتري له (١)، ويلزم المشتري - دليلنا - ان العقود الشرعية تحتاج الى أدلة شرعية، ولادليل على أن هذه العقود واقفة على الاجازة فوجب القضاء بفسادها ، وايضاً روت عائشة أن النبي ﷺ قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، وهذه نكحت بغير إذن وليها ، وروى أبو موسى الأشعري قال: قال: رسول الله ﷺ: لانكاح الا بولي فنفاه بغير ولي ، وروى جابر عن النبي ﷺ انه قال: أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر، وروى ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال : أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فنكاحه باطل ، وروى أبو العباس الفضل البقباق قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل تزوج الامة بغير إذن أهلها قال هو زنا ان الله تعالى يقول « فانكحوهن باذن اهلهن » وقد روى أصحابنا ان تزويج (تزوج خ ل) العبد خاصة يقف على اجازة مولاه وله فسخه ، ورووا أنهم عليهم السلام قالوا انما عصي مولاه ولم يعص الله ، وقد ذكرنا الروايات (بذلك) في الكتاب الكبير (المقدم ذكره خ ل) .

مسئلة ١٢ - يصح أن يكون الفاسق ولياً للمرأة في التزويج سواء كان له الاجبار (الاختيار خ ل) مثل الاب والجدي في حق البكر اولم يكن له الاجبار (الاختيار خ ل) كالأب والجدي في حق الشيب الكبيرة وسائر العصابات في حق كل احد، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي : لا يصح في الفاسق ان يكون ولياً سواء كان له الاجبار (الاختيار خ ل) اولم يكن وهو الصحيح عندهم ، وقال ابو اسحاق: ان كان ولياً له الاجبار زالت ولايته بالفسق وان لم يكن له الاجبار لم تزل ولايته لانه بمنزلة الوكيل وفي أصحابه من قال الفسق لا يقدح في الولاية كقول ابي حنيفة وقولنا وليس بشيء عندهم - دليلنا - قوله تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » ولم يفصل وايضاً فقد ثبت ان له الولاية قبل الفسق فمن ادعى انها زالت بالفسق فعليه الدلالة ، وماروى عن النبي ﷺ انه قال: لانكاح الابولى مرشد وشاهد عدل محمول على الفضل والاستحباب دون رفع الاجزاء على ان قوله مرشدي يقتضى أن يكون مرشداً لغيره فمن أين انه لا بد ان يكون رشيداً في نفسه على ان هذا

(١) قوله لا يقف على اجازة المشتري له ويلزم المشتري أقول: مراده ان يقع للمشتري الفضولي

الخبر المشهور منه انه موقوف على ابن عباس ولم يسنده الى النبي ﷺ وما كان كذلك لا يجب العمل به.

في عدم احتياج النكاح بالشهود <

مسئلة ١٣ - لا يفتر النكاح في صحته الى شهود ، وبه قال في الصحابة الحسين (الحسن خـل) بن علي عليهما السلام وابن الزبير وابن عمر ، واليه ذهب عبدالرحمان بن مهدي ويزيد بن هارون ، وبه قال أهل الظاهر ، وقال الشافعي : لا يصح الا بشاهدين عدلين ذكرين ورووا ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام وعمر وابن عباس ؛ وبه قال الحسن البصري و النخعي ، وفي الفقهاء الاوزاعي و الثوري و أحمد ، وقال مالك : من شرطه ترك التواصي بالكتمان فان تواصوا بالكتمان بطل ، وان حضره الشهود وان لم يتواصوا بالكتمان صح وان لم يكن شهود هكذا حكاها الابهري ، وكان يحكى ان من شرطه الاشارة وهي الشهادة ، والصحيح الاول ، وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة و ليس من شرطها العدالة ولا الذكور فقال : يجوز بشهادة (بشاهدين خـل) عدلين و فاسقين و أعميين و محدودين في قذف و بشاهد امرأتين - دليلنا - اجماع الفرقة وايضا قوله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، ولم يذكر الشهود وقوله تعالى : «و انكحوا الاياتى منكم» مثل ذلك . وايضا روى سهل بن سعد الساعدي (١) ان امرأة اتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ﷺ وهبت نفسي منك فقال : مالي اليوم بالنساء من حاجة ، و ذكر الحديث حتى قال زوجته بما معك من القرآن و معلوم أنه لم يكن شهود ، و روى ان جحش بن رباب من بنى أسد خطب الى رسول الله امانة (امية خـل) بنت عبدالمطلب فزوجه اياها ولم يشهد و ماروى عنه أنه قال : لانكاح الابولى و شاهدي عدل محمول (نحمله خـل) على انه لم يثبت < به عند المحاكم الا بشاهدي عدل دون انعقاد العقد في حال التزويج او نحمله على ضرب من الاستحباب والكمال بدلالة ما قلناه (قدمناه خـل) .

مسئلة ١٤ - اذزوج الذمي بنته الكافرة من مسلم انعقد العقد على قول من يقول من اصحابنا بجواز العقد عليهم ، وان حضر شاهدان كافران وبه قال ابو حنيفة ، وقال

(١) تاتي هذه الرواية بتمامها في مسئلة ٣ من كتاب الصداق .

الشافعي : لا ينعقد العقد بكافرين - دليلنا - ما بيناه من أنه ليس من شرط انعقاد العقد الشهادة وإذا لم يكن ذلك من شرطه سقط عنها هذا الفرع .

مسئلة ١٥ - الشيب إذا كانت صغيرة قد ذهبت بكارتها ما بالزوج أو بغيره قبل البلوغ جاز (جائز نخل) لا يبطل العقد عليها ولا جدها مثل ذلك قبل البلوغ وحكمها حكم الصغيرة البكر و به قال أبو حنيفة و قال الشافعي : ليس لاحد اجبارها على النكاح و ينتظرها البلوغ ثم تزوج باذنها - دليلنا - اجماع الفرقه لانهم روو الاخبار ان الصغيرة ليس لها مع ابها أمر ولم يفصلوا ، و روى عبد الله بن الصلت قال : سئلت الرضا عليه السلام عن الجارية الصغيرة بزوجهها أبوها الهأمر إذا بلغت قال لا : و روى عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : لا نكاح الا بولي ، وهذا نكاح بولي فوجب أن يكون صحيحاً .

مسئلة ١٦ - من ذهب عذرتها بالزنا لا يزوج الا باذنها إذا كانت بالغة، و يحتاج في اذنها الى نطقها، و به قال الشافعي ؛ و قال ابو حنيفة اذنها صماتها - دليلنا - ان ما اعتبرناه مجمع على جواز التزويج به ؛ و ليس على ما قاله دليل ؛ و ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : الشيب أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن ، و اذنها صماتها دل على أن الشيب بخلافها .

مسئلة ١٧ - الذي له الاجبار على النكاح الاب و الجده مع وجود الاب و ان علا، و ليس للجد مع عدم الاب و لاية ، و قال الشافعي : لهما الاجبار و لم يعتبر حياة الاب ؛ و به قال الثوري ، و قال ابن أبي ليلى و أحمد الاب هو الذي يجبر فقط دون الجده ، و قال مالك : الاب يجبر الصغيرة دون الكبيرة ، و قال أبو حنيفة كل عصبه يرث فله الاجبار الاب و الجده و ان علا و الاخوة و ابنائهم و الاعمام و ابناؤهم فاذا أجبروها على النكاح نظرت ، فان كان الاب أو الجده فلا خيار لها بالاخلاف بينهم و ان كان غيرهما ؛ قال ابو حنيفة و هو محمد : لها الخيار بعد البلوغ ان شئت اقامت ، و ان شئت فسخت ، و قال ابو يوسف : لا خيار لها كالأب و الجده فاما من قرب من غير تعصيب كالأخوة من الام و الجد الى الام و الاخوال و الخالات و العمات و الامهات عنه روايتان : احدهما لهم الاجبار كالأعمام ؛ و الثانية لا يجبرون اصلاً - دليلنا - اجماع الفرقه و أخبارهم .

مسئلة ١٨ - لا يجوز للعبد ان يتزوج بغير اذن مولاه فان فعل كان مولاه بالخيار بين

اجازته وبين فسخه ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : العقد باطل ؛ وقال مالك : العقد صحيح وللسيد أن يفسخه - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ١٩ - للسيد اجماع العبد على النكاح ، وبه قال ابو حنيفة والشافعى فى القديم وقال فى الجديد : ليس له اجباره على ذلك ، وبه قال أكثر أهل العلم - دليلنا - قوله تعالى «وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم» وايضاً عليه اجماع الفرقة
مسئلة ٢٠ - اذا طلب العبد التزويج لا يجبر المولى على تزويجه ، وللشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه قاله فى القديم ، والاخر أنه يجبر عليه - دليلنا - ان

الاصل براءة الذمة ووجوب ذلك عليه يحتاج الى دليل

مسئلة ٢١ - للسيد أن يجبر ام ولده على التزويج من غير رضاها ، وللشافعى فيه ثلاثة أقوال : أحدها مثل ما قلناه ، والثانى أن له انكاحها برضاها كالمعتقة ، والثالث ليس له ذلك وان رضيت لاجنبية - دليلنا - أنها مملوكة عندنا ، و الولادة لم تزل ملكها فاذا ثبت ذلك كان له اجبارها كالأمة القن فانه لا خلاف فيها .

مسئلة ٢٢ - اذا قال لامته اعتقتك على أن أتزوج بك وعتقتك وداقك أو استدعت هى ذلك فقالت له : اعتقنى على أن أتزوج بك وصدائقى عتقنى ففعل فانه يقع العتق ويشب التزويج ، وبه قال أحمد بن حنبل وقال الشافعى : يقع العتق وهى بالخيار بين أن تتزوج به او تدعه ، وقال الاوزاعى : يجب عايمها أن تتزوج به لانه عتق بشرط فوجب ان يلزمها الشرط كما لو قال . اعتقتك على ان تخيطى لى هذا الثوب لزمتها خياطته - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم وايضاً فان النبى ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها و كانت زوجته ولم نعلمها صارت زوجته بغير النبى نقل من عتقها على هذا الشرط .

مسئلة ٢٣ - اذا اجتمع الاب والجد كان الجد أولى ، وقال الشافعى : الاب أولى ، وبه قال جميع الفقهاء - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٢٤ - اذا اجتمع أخ لاب وام مع أخ لاب كان الاخ للاب والام متقدما (مقدما

خل) في الاستيذان عندنا وان لم يكن له ولاية، وقال ابو حنيفة : الولاية له دون الاخر، وبه قال الشافعي : على (في خ)، احد القولين وهو اصحهما، وقال في القديم: هو سواء وبه قال مالك - دليلنا - ان ولاية من قلناه مجمع عليه، وما ذكره ليس عليه دليل وايضاً قوله تعالى «و من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا» وأجمعوا على ان الاخ للاب (من الاب خل) والام اولى من الاخ للاب وانه الولي دونه .

مسئلة ٢٥ - الابن لا يزوج امه بالبنوة فان وكلته جاز، وقال الشافعي : لا يزوجها بالبنوة ويجوز ان يزوجها بالتعصيب بأن يكون ابن ابن عمها او مولى نعمتها، وقال مالك و ابو حنيفة و أصحابه و احمد ، و اسحاق: له تزويج امه ثم اختلفوا فقال مالك و ابو يوسف و اسحاق الابن اولى من الاب و كذلك ابن الابن و ان سفل فان لم يكن هناك ابن ابن فالاب اولى ؛ وقال محمد و احمد . الاب اولى ثم الجد وان علا فان لم يبق هناك جد فالابن اولى ، وقال ابو حنيفة أبوها ، و ابنها في درجة سواء . كما خوتها - دليلنا ما قدمناه من انه لا ولاية لاحد غير الاب والجد الابان توكله فهذا الفرع ساقط عنا على أن قد بينا ان الثيب لا ولاية لاحد عليها أصلاً بل هي ولية نفسها، وهذه نيب، وايضاً فائبات الولاية للابن يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٦ - كالأمة الام ومن يرث بالرحم لا ولاية لهم في تزويج المرأة، وبه قال الشافعي وعن أبي حنيفة روايتان - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء من انه لا ولاية لاحد غير الاب والجد، وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ٢٧ - الكفاءة معتبرة في النكاح وهي عندنا شيان: أحدهما الايمان و الاخر امكن القيام بالنفقة، وقال الشافعي: شرايط الكفاءة ستة: النسب والحرية والدين والصناعة والسلامة من العيوب واليسار ولم يعتبر أبو حنيفة وأصحابه الحرية والسلامة من العيوب ثم اختلفوا فقال أبو يوسف الشرايط أربعة فحذف الحرية والسلامة من العيوب وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة، والرواية الاخرى ان الشرايط ثلاثة فحذف الصناعة ايضاً، وقال محمد: الشرايط ثلثة فائبات الصناعة و حذف الدين، وقال: اذا كان الامير يشرب الخمر يكون كفوا للنعفة: قال: بلى ان كان يشرب ويسكر ويخرج الى براويعدو

والصبيان خلفه فهذا ليس بكفولا لنقصان دينه بل لسقوط مروته- دليلنا- اجماع الفرقة
واخبارهم ، وايضاً قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) ولم يشرط ، و ما ذكرناه
مجمع عليه ، وايضاً قوله ﷺ المؤمنون بعضهم أكفاء بعض تتكافأ دماؤهم ويسعى
بذمتهم أدناهم .

مسئلة ٢٨- يجوز للعجمي أن يتزوج بعربية وبقرشية وهاشمية اذا كان من أهل
الدين وعنده اليسار ، وقال الشافعي : العجم ليسوا باكفاء للعرب والعرب ليسوا اكفاء
لقريش وقريش ليسوا أكفاء لبنى هاشم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه قريش كلها اكفاء و
ليس العرب أكفاء لقريش فالخلاف بينهم في بنى هاشم- دليلنا - ما قدمناه في المسئلة
الا ولى سواء .

مسئلة ٢٩- يجوز للعبد ان يتزوج بحرة ، ليس للعبد أن يتزوج بحرة وليس بكفولها
ومتى زوجت بعبد كان لها الفسخ ، ولا وليائها الفسخ وقال ابو حنيفة ليس لهم فسخه ، وقال
الشافعي : - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٠- يجوز للفاسق أن يتزوج بالعفيفة ، ولا يفسد العقد وان كان تركه أفضل
وبه قال محمد بن الحسن ، وقال الشافعي : الفاسق ليس بكفو للعفيفة لا يختلف المذاهب
فيه (المذهب فيه خ ل) - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣١- لا مانع من تزوج ارباب الصنایع الدينية من الحياكة والحجامة والحراسة
والقيم والحمامي بأهل المرات كالتجارة والنيابة ونحو ذلك ، وبه قال ابو حنيفة في
احدى الروايتين عنه ، وقال الشافعي : الصناعة معتبره - دليلنا - ما قدمناه (قلناه خ ل) في
المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٣٢ - اليسار المراعى ما يمكنه معه القيام بمؤنة المرأة وكفايتها ، وقال
ابو حنيفة الفقير ليس بكفو للغنية ، وكذا قال اصحابه وهو واحد وجهى الشافعي والمراعى
ما يكون معدوداً به فى اهل اليسار دون اليسار العظيم ، ولا يراعى أن يكون ايسر منها و
يجوز ان يكون دونها والوجه الثانى هو كفوها لان الفقير ليس بعيب فى الرجال فعلى هذا
اذ بان معسر ألم يكن لها الخبر كما قلنا - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٣٣ - اذا رضى الولاية والزوجة من ليس بكفو ، فوقع العقد على من دونها في النسب والحرية والدين والصناعة والسلامة من العيوب و اليسار كان العقد صحيحاً ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال عبد الملك بن الماجشون من اصحاب مالك الكفاية شرط في صحة عقد النكاح (العقد خل) فمتى لم يكن كفواً لها فالعقد باطل وان كان برضاها ورضى الولاية - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع الامة ، وخلاف ابن الماجشون لا يعتد به ، ومع ذلك فقد انقرض ؛ وروى ان فاطمة بنت قيس اتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ﷺ ان معاوية وأباجهم خطباني فقال ﷺ : اما معاوية فصعلوك لا مال له ، و اما أبوجهم فلا يضيع عصاه من عاتقه انكحى اسامة بن زيد فهذه فاطمة قرشية خطبها قريشيان فعدل ﷺ بها الى ابن مولاه ، ولو كانت الكفاية شرطاً في صحة العقد لما أذن فيه قالت فاطمة : فسكحته ومارايت الاخيراً ، وروى ابو هريرة ان ابا هند حرم رسول الله ﷺ في اليافوخ فقال النبي ﷺ يا بني بياضة انكحوا الباهند وانكحوا اليه ، وقال ان كان في شيء مما يداوى به خير فالحجامة ؛ وروى عن ابن عباس ان بريرة اعتقت تحت عبد فاختارت الفسخ فقال لها النبي ﷺ لو راجعت (راجعته خل) فانه ابو ولدك ، فقالت : ابارك يا رسول الله ﷺ ؟ فقال : لا انما انشافع ، فقالت : لاحاجة لي فيه فموضع الدلالة ان النبي ﷺ اذن حرة (الجرة خل) ان تنكح عبداً والعبدا لا يكافيهاء عندهم ، وروى ان سلمان الفارسي خطب الي عمر فاجابه الي ذلك فكره عبدالله بن عمر ذلك فقال له عمرو بن العاص : انا أكفيك فلقي عمرو بن العاص سلمان الفارسي فقال ليهنئك يا سلمان فقال و ماهو ؟ فقال تواضع لك امير المؤمنين فقال سلمان : لمثلئ يقول هذا والله لانكحتها ابداً وسلمان كان من العجم فاجابه عمر الى التزويج وابن عمر لم ينكر بل كرهه .

مسئلة ٣٤ - ليس للاولياء الاعتراض على المنكوحة في قدر المهر فمتى رضيت بكفولز مهم ان يزوجوها منه بما رضيت من المهر سواء كان مهر مثلها او أقل ، فان متعوها واعترضوا على قدر مهرها ولت امرها من شئت ، وعند الشافعي يكون قد عضلوا ، و

يكرن السلطان وليها ؛ وبه قال ابو يوسف ومحمد ؛ وقال ابو حنيفة: للاولياء ان يعترضوا عليها في قدر المهر فمتى نكحت باقل (في اقل خل) من مهر مثلها فللمولى ان يقول للزوج اما ان تبلغ بالمهر مهر المثل والافسخت عليك النكاح فاجرى المهر مجرى الكفائة- دليلنا اجماع الفرقة ، ولانا قدينا انه لا ولاية لاحد عليها غير الاب والجد ؛ واذالم يكن لهم ولاية فلا اعتراض لهم عليها بالمهر .

مسئلة ٣٥ - اذزوجت نفسها بأقل من مهر مثلها فالنكاح صحيح ، وليس للاولياء الاعتراض عايتها ، وقال ابو حنيفة: النكاح صحيح ، و للاولياء الاعتراض عليها ، وقال الشافعى : النكاح باطل (١)- دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٣٦ - اذاوكل وليها وكيلا فزوجها الوكيل بدون مهر المثل باذنها لم يكن للاولياء الاعتراض عليها ، وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة : لهم الاعتراض عليها دليلنا - ما قدمناه فى المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٣٧ - اذا كان اولى الاولياء مفقوداً أو غائباً غيبة منقطعة او على مسافة قريبة او بعيدة وكلت وزوجت نفسها ولم يكن السلطان تزويجها الابو كالة منها ، وقال الشافعى اذا كان مفقوداً او غائباً غيبة منقطعة كان للسلطان تزويجها ولم يكن لمن هو ابعده منه تزويجها واذا كان على مسافة قريبة على احد الوجهين مثل ذلك ، وبه قال زفر ، وقال ابو حنيفة: ان كانت الغيبة منقطعة كان لمن هو ابعده تزويجها ؛ وان لم تكن منقطعة لم يكن له ذلك قال محمد : المنقطعة من الكوفة الى الرقة وغير المنقطعة من بغداد الى الكوفة - دليلنا ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء من الاولوية لغير الاب والجد ، ومتى كان احدهما غائباً كان للاخر تزويجها ، وان غابا جميعاً وكانت بالغة كان لها ان تعقد على نفسها او توكل

(١) قوله وقال الشافعى النكاح باطل، اقول: قوله بالبطلان ليس لاجل كونه واقعاً بدون مهر المثل حتى ينافى ما تقدم منه فى المسئلة السابقة بل لاجل كونه بغيرولى فذكر خلافه، هنا غير مناسب ح طباطبائى البروجردى .

من شآءت من باقى الاولياء.

مسئلة ٣٨ - اذا عضلها وليها وهوان لا يزوجهما بكفومع رضاها به كان لها ان توكل من يزوجهما او تزوج نفسها اذا كانت بالغة ، وقال الشافعى للمسلطان تزوجهما (ان يزوجهما حل) عند ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٣٩ - من ليس له الاجبار من الاولياء ليس له ان يوكل فى تزوجهما الا باذنها وللشافعى فيه وجهان : احدهما مثل ما قلناه ، والثانى له ان يوكل من غير اذنها غير انه لا يعقد الوكيل الا باذنها - دليلنا - ان ما قلناه مجمع على جوازه ، وما قالوه ليس عليه دليل .

مسئلة ٤٠ - اذا اذنت فى التوكيل فوكل وعين الزوج صح وان لم يعين لم يصح وقال الشافعى فى الموضوع الذى يصح توكيله: (التوكيل خل) ان عين الزوج صح كما قلناه وان اطلق فعلى قولين - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء من ان ما قلناه مجمع على صحته وما قالوه ليس على صحته دليل .

مسئلة ٤١ - من كان له امة كافرة وهو مسلم كان له الولاية عليها بالتزويج وللشافعى فيه وجهان : الظاهر مثل ما قلناه ؛ والثانى ليس له عليها ولاية كالجرة - دليلنا - قوله تعالى «فانكحوهن باذن اهلهن» ولم يخص وقال تعالى: «وانكحوا الايامى منكم وانصالحين من عبادكم واما انكم» ولم يخص .

مسئلة ٤٢ - اذا كان للمرأة وليان فى درجة واذنت لهما فى التزويج اذنا مطلقا ولم تعين الزوج فزوجاها معاً نظر فان كان احدهما متقدما والاخر متاخراً كان المتاخر باطلا دخل بها الزوج اولم يدخل وهو المروى عن على عليه الصلاة والسلام ؛ و فى التابعين عن الحسن البصرى وشريح؛ وفى الفقهاء الاوزاعى وابو حنيفة واصحابه والشافعى و احمد واسحاق وقال قوم: ينظر فان لم يدخل بها واحد منهما او دخل بها كل واحد منهما او دخل الاول وحده، فالثانى باطل كما قلناه؛ وان دخل بها الثانى دون الاول صح الثانى وبطل الاول ذهب اليه عمر بن الخطاب وعطا والزهرى ومانك - دليلنا - قوله تعالى «حرمت عليكم امهاتكم» الى قوله و المحصنات من النساء» و اراد به ذوات الأزواج بلا خلاف

فأخبر تعالى انهن محرمات الابملك اليمين وهذه زوجة الاول عن نكاح صحيح فوجب ان تكون محرمة على الثانى ؛ وروى قتادة عن سمرة ان النبى ﷺ قال ايما امرأة تزوجها وليان فهي للاول منهما ولم يفرق ؛ ذكره ابوداود فى السنن وعليه اجماع الفرقة .

مسئلة ٤٣ - امراة المفقود اذا لم يعرف خبره فان (فاذخل) لم يكن هناك ناظر للمسلمين فعليها ان تصبر ابدأ فهي مبتلاة فان كان هناك سلطان كانت بالخيار بين ان تصبر ابدأ وبين ان ترفع امرها (خبرها خ ل) اليه فان رفعت امرها (خبر خ ل) اليه نظر فان كان لهولى ينفق عليها فعليها ان تصبر ابدأ ؛ وان لم يكن زولى اجلها رابع سنين وكتب الى الافاق يبحث عن امره فان كان حيا لزمها الصبر ، وان لم يعرف له خبر بعد اربع سنين امرها ان تعتد عدة الموتوفى عنها زوجها وتتزوج ان شاءت بعد ذلك ، وقال قوم: عليها ان تصبر ابدأ ولم يفصلوا ، وروى ذلك عن على عليه الصلاة والسلام ، وبه قال ابو حنيفة و اختاره الشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : يضرب لها اربع سنين ثم يفرق الحاكم بينهما ويحكم بموته ، فاذا انقضت عدة الوفاة جاز لها النكاح ؛ وبه قال عمر بن الخطاب - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم

مسئلة ٤٤ - اذا تزوجت المرأة فى عدتها ودخل بها الثانى فرق بينهما ولم تحل لها ابدأ ؛ وبه قال عمر بن الخطاب وهو قول الشافعى فى القديم ومالك ، وقال فى الجديد : لا تحرم عليه ، وروى ذلك عن على عليه الصلاة والسلام - دليلنا - اجماع الفرقة (واخبارهم خ ل) فانهم لا يختلفون فى ذلك .

مسئلة ٤٥ - اذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً (١) وغاب عنها ثم را جمعها قبل انقضاء مدتها (عدتها خ ل) واشهد على نفسه بذلك ولم تعلم المرأة بالمراجعة فقضت العدة فى الظاهر وتزوجت ودخل بها الثانى فان (كان خ ل) نكاح الثانى باطل دخل بها ولم يدخل وبه قال على عليه الصلاة والسلام ؛ واختاره الشافعى قولاً واحداً ، وقال عمر بن الخطاب اذا دخل بها الثانى صح النكاح - دليلنا - ان الثانى تزوج بزوجة الغير فهي محرمة عليه لقوله

(١) تاتى هذه المسئلة بسطمن ذلك فى مسئلة ٥ من كتاب الرجعة.

تعالى « والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايما نكم »

مسئلة ٤٦ - اذا كان للمرأة ولى يحل له نكاحها مثل ان كانت بنت عمه او كان له امة فاعتقها فأراد نكاحها جازاً أن يزوجهما من نفسه باذنها؛ وبه قال ربيعة ومالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعى : ليس له أن يزوجهما من نفسه لكن يزوجهما السلطان دليلنا - انا قد دللنا ان النكاح لا يفتر الى ولى اذا كانت ثيباً ، وان كانت بكرأ فلا ولاية لغير الاب والجد ؛ وانه لا ولاية لابن العم ، واذا ثبت ذلك سقط هذا الخلاف وايضاً قوله تعالى « وترغبون ان تنكحوهن » وهذه نزلت فى شأن يتيمة فى حجر بعض الانصار ، وايضاً فان النبى ﷺ اعتق صفية وجعل عتقها صداقها ومعلوم انه تزوجهما من نفسه .

مسئلة ٤٧ - اذا جعل الاب امر بنته البكر الى اجنبى وقال له: تزوجهما من نفسك فانه يصح ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى: لا يصح - دليلنا - ما قدمناه فى المسئلة الاولى سواء فانه اذا ثبت ذلك فاحد لا يفرق بين المسئلتين .

مسئلة ٤٨ - الولى الذى ليس بأب ولا جد اذا اراد أن يزوجهما باذنها بابنه الصغير كان جازراً ؛ وقال الشافعى لا يجوز لانه يكون موجباً قابلاً - دليلنا - اجماع الفرقة وما قلناه (قدمناه) فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٩ - للاب أن يزوجهما الصغيرة بعبد أو مجنون أو مجذوم أو ابرص او خصى ، وقال الشافعى: ليس له ذلك - دليلنا - انا قد بينا ان الكفاءة ليس من شرطها الحرية ولا غير ذلك من الاوصاف فعلى هذا يسقط الخلاف ، وايضاً الاصل الاباحة ، والمنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٥٠ - اذا تزوجهما من واحد ممن ذكرناه صح العقد ، وللشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، والثانى باطل - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٥١ - اذا كانت للحررة امة جازلها ان تزوجهما ، وبه قال ابو حنيفة : وقال الشافعى: لا يجوز - دليلنا - اجماع الفرقة .

مسئلة ٥٢ - يجوز ان يكون العبد وكيلاً فى التزويج فى الايجاب والقبول ، وقال الشافعى: لا يجوز فى الايجاب ، وفى القبول على وجهين - دليلنا - ان الاصل جوازه ، و

المنع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٥٣ - اذا تزوج العبد باذن سيده فقال : انه حر فبان انه عبد (كان عبداً خـل) كانت بالخيار ، وبه قال ابو حنيفة ، وللشافعي فيه قولان : احدهما النكاح باطل و الاخر النكاح صحيح - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم .

مسئلة ٥٤ - اذا تزوج العبد بحرة على انه حر فبان انه عبد (عبد داخل) وانتسب الى قبيلة وكان بخلافها سواء كان اعلى مما ذكر او ادنى او ذكر انه على صفة وكان على خلافها من طول او قصر او حسن او قبح او سواد او بياض كان النكاح صحيحاً ، والخيار الى الحرة ، وبه قال ابو حنيفة ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه وهو اختيار المزني و ابي حامد الاسفريابي ، و الاخر النكاح باطل - دليلنا - انه اذا ثبتت المسئلة الاولى ثبتت هذه فان احداً لا يفرق بينهما ، وايضاً عليه اجماع الفرقة و اخبارهم فانهم رووا ايضاً ان من انتسب الى قبيلة (وخل) فكان على خلافها (فقال النبي ﷺ خـل) لها الخيار ، وايضاً فالاصل جواز العقد وصحته وبطلانه يحتاج الى دليل ، وقال عليه السلام لانكاح الابولى وشاهدى عدل وهذا نكاح بولى وشاهدى عدل فوجب ان يكون صحيحاً لظاهر الخبر .

مسئلة ٥٥ - اذا كان الغرور من جهة الزوجة اما بالنسب او الحرية او الصفة فالنكاح موقوف على اختياره فان اعضاه مضى والا كان له الفسخ ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه وهو المذهب ، والثاني العقد باطل - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم .

مسئلة ٥٦ - يجوز للمرأة ان تزوج نفسها او غيرها بنتها او اختها ، ويجوز ان تكون وكيلة في الايجاب والقبول ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي : كل ذلك لا يجوز دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً فالاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل ، وروى عن عايشة انها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمان بن أبي بكر بالمنذر بن الزبير وكان أخوها غائباً بالشام فلما قدم قال أمثلى يعتاب عليه في بناته ؟

مسئلة ٥٧ - لا ينقذ النكاح بلفظ البيع ولا التملك ولا الهبة ولا العارية ولا الاجارة ، فلو قال : بعثتها او ملكتها او وهبتها كلها كل ذلك لا يصح سواء ذكر في ذلك

المهر اولم يذكره ؛ وقال في التابعين عطاء وسعيد بن المسيب والزهرى ، وبه قال ربيعة والشافعى ، وقال ابو حنيفة وأصحابه يصح : بلفظ البيع والهبة والصدقة والتملك ، وعنه فى لفظ الاجارة وايتان سواء ذكر المهر اولم يذكر ، وقال مالك : ان ذكر المهر فقال بعثتها على مهر (بمهر خ) كذا او ملكتها على مهر كذا صح ، وان لم يذكر المهر لم يصح لان ذكر المهر يخلص اللفظ للنكاح دليلنا - اجماع الفرقه ، وايضاً فان ما اعتبرناه مجمع عليه ، وما ذكره من ان النكاح ينقده ليس عليه دليل ، وايضاً قوله تعالى « يا ايها النبي ان احلنا لك ازواجك الى قوله : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فأخبر تعالى انه رخص رسوله بان جعل له الموهوبة خالصة له من دون المؤمنين لان الكناية اليها رجعت ، فمن قال انه فى الموهوبة وغيره سواء فقد ترك الاية ، فان قيل : الكناية انما رجعت الى سقوط البدل فى الموهوبة ابتداء وانتهاء فكانه قال : والموهوبة خالصة لك من دون المؤمنين بغير بدل ابتداء وانتهاء ، وكذلك نقول ان هذا له خاصة دون غيره ، والجواب عنه من ثلاثة اوجه : أحدها أن الكناية انما ترجع الى ما تقدم ذكره ؛ والذي تقدم ذكره هو الموهوبة ولم يجر للبدل ذكر قالوا على هذا وان لم يجر له ذكر نطقاً فقد ضمن النطق سقوط البدل وهو كونها موهوبة ، قلنا الكناية انما ترجع الى المذكور منطوق به فاما الى ما فى ضمن اللفظ (النطق خل) فلا يجوز ، و الجواب الثانى أن تكون الكناية راجعة الى الامرين معاً وهو أنها خالصة بلفظ الهبة وغير بدل ، الثالث اذا حمل الامر على هذا لم يكن ذلك للنبي خاصة لان غيره يشاركه فيه ؛ و هو اذا زوج السيد أمته من عبده فان النكاح يصح من غير بدل ابتداء وانتهاء ، والقوم يقولون هيمننا يجب المهر ثم يسقط ، وهذه عبارة ليس تحتها معنى ، فان قيل : قوله عز وجل « خالصة لك من دون المؤمنين » معناه بعد تمام العقد ، وحصول الملك تنفرد بها خالصة لك وكذلك نقول قلنا عنه جوابان : أحدهما هو أن الله تعالى انما خصه بها وجعلها خالصة له بالعقد ، فهى فى نفس العقد خالصة له بالعقد ، والثانى حمل هذا على ما بعد العقد وتمام الملك يسقط فائدة التخصيص لان غير النبي كالنبي فى ان امرأته خالصة له دون غيره ، فان قيل : فكيف يصح ان تكون الكناية راجعة الى حال العقد ، وحال العقد ما

ملك بعد. قلنا ملك القبول حال العقد ايجاباً بلفظ الهبة، وهذا خالص له دون غيره، فان قيل فالنبي ﷺ (فالذي نخل) خصه الله به ان يستنكحها وكذلك (ولذلك نخل) نقول: متى اراد استيناف العقد عليها كان له فان الله تعالى قال ان اراد النبي ان يستنكحها قلنا النبي ﷺ (الذي نخل) خصه به ان يقبل النكاح باى لفظ شاء عن ايجاب بلفظ الهبة خاص له، وليس هذا غيره بحال.

مسئلة ٥٨ - اذا قال الولي زوجته او انكحتكها فقال الزوج: قبلت ولم يزد انعقد العقد وتم، وللشافعي فيه ثلاث طرق: منهم من قال: لا يجزى قولاً واحداً، ومنهم من قال: يجزى قولاً واحداً، ومنهم من قال: المسئلة على قولين وهو الاشبه عندهم - دليلنا ان الجواب متضمن للايجاب، فاذا قال زوجته فقال قبلت معناه قبلت التزويج وكان صحيحاً الا ترى انه لو قال: وهبت منك هذا الثوب فقال: قبلت صح، وعلم ان معناه قبلت الثوب وكذلك في البيع اذا قال: قبلت ولم يقل: الشراء، وكذلك اذا قرره الحاكم على دعوى مدع هل يستحقها عليك؟ قال: نعم اجزاء وكان معناه نعم هي له.

مسئلة ٥٩ - متى شرط خيار الثلاث في عقد النكاح كان العقد باطلاً، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة: يبطل الشرط والنكاح بحاله - دليلنا - ان العقد حكم شرعى يحتاج الى دلالة شرعية ولا دلالة على ثبوت هذا العقد.

مسئلة ٦٠ - الخطبة قبل عقد النكاح مسنونة غير واجبة، وبه قالت الامة بأجمعها الا داود فانه قال: هي واجبة - دليلنا - اجماع الفرقة بل اجماع الامة، وخلاف داود لا يعتد به، وايضاً فانه قد انقض فبقى ما اتفقت عليه الامة وهو الاستحباب، وايضاً فان ايجابها يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يدل على وجوبها، ولان النبي ﷺ قال: لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل، ولم يذكر الخطبة، وفي حديث سهل بن سعد الساعدي انه قال: لرجل (للمرجل نخل) زوجته بما معك من القرآن ولم يقل خطب، وتزوج ﷺ عايشة ولم يخطب.

مسئلة ٦١ - لا اعرف نصاً لصحابنا في استحباب الخطبة التي يتخلل العقد، وقال الشافعي: يستحب للمولى ان يخطب بكلمات عند الايجاب، ويستحب للزوج مثل ذلك عند

القبول - دليلنا - ان استحباب ذلك يحتاج الى دليل، فان قيل: دليله من حيث هو تحميد وتحميد وتحميد وضلاة على رسول الله ﷺ قلنا لم يخص (يخص خل) ذلك حال العقد دون غيرها من الاحوال .

مسئلة ٦٢ - لا يجوز لأحدان يتزوج باكثر من أربعة ؛ وبه قالت الامة بأجمعها وحكوا عن القسم بن ابراهيم أنه أجاز العقد على تسع ؛ واليه ذهب القاسمية من الزيدية هذه حكاية الفقهاء عنهم ولم أجد أحداً من الزيدية يعترف بذلك بل انكروها أصلاً فإذا المسئلة اجماع وعليه (عليها خل) اجماع الفرقة وقوله تعالى « مشني وثلاث ورباع » لا يدل على ذلك لان المراد بالواو او ؛ ولو كان المراد الجمع لجاز الجمع بين (على خل) ثمانية عشر، لان قوله تعالى مشني معناه اثنين اثنين ، وكذلك قوله وثلاث ورباع يعني ثلاثاً ثلاثاً واربعاً اربعاً كما يقول القائل جاء الناس مشني وواحد (موحد) خل) يعني اثنين اثنين و واحد أو واحد، وهذا باطل بالاتفاق؛ وايضاً فقد روى از غيلان أسلم وعنده عشر نسوة فقال صلى الله عليه وسلم امسك اربعاً وفارق ما يرهن ، وأسلم نوفل بن معوية وتحتة خمس فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يفارق واحدة منهم .

مسئلة ٦٣ - لا يجوز للعبد أن يتزوج بأكثر من حرتين أو أربع اماء، وقال الشافعي: لا يزيد على ننتين حرتين كانتا أو أمتين ؛ وبه قال عمر في الصحابة وعبد الرحمان بن عوف، و حكوا ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام ، وفي التابعين عطاء والحسن البصري ؛ وفي الفقهاء الميث بن سعد وأهل مصر وبه قال اهل الكوفة ابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري وأبو حنيفة واصحابه واحمد واسحاق وذهب قوم الى انه كالحر له نكاح اربع، ذهب اليه الزهري وربيعة ومالك ، وبه قال أبو داود وابونور - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، ولان العقد على ننتين مجمع على جوازه ، وما زاد عليهما يحتاج الى دليل ، ودليلنا على جواز أربع اماء اجماع الفرقة ، وايضاً قوله تعالى « ضرب لكم مثالا من انفسكم هل لكم مما ملكتم ايها انكم من شر كاه فيمارز قناكم » فانتم فيه سواء ، فنفي المساوات بين السيد وعبد وذلك على عمومه وعليه اجماع الصحابة أنه لا يجوز أن يعقد على اكثر من حرتين .

مسئلة ٦٤ - يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها اذا رضيت العمه والخالة

بذلك ، وعند جميع الفقهاء أنه لا يجوز ذلك أعنى الجمع بينهما ولا تأخير لرضاها ، وذهبت الخوارج الى أن ذلك جائز على كل حال - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً الاصل جوازہ والمنع يحتاج الى دليل ، وايضاً قوله تعالى بعد ذكر المحرمات «واحل لكم ما وراء ذلكم و لم يفرقه ، وقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ونم يفصل .

مسئلة ٦٥ - اذا أبان زوجته بخلع أو مبرات أو فسخ جازله أن يتزوج باختها وعمتها وخالتها قبل أن تخرج من العدة ، به قال زيد بن ثابت و الزهري ومالك والشافعي ، وذهب قوم الى انه لا يجوز قبل الخروج من العدة على كل حال حکوا ذلك عن علي عليه السلام وابن عباس ، وبه قال الثوري وابو حنيفة واصحابه وهكذا الخلاف اذا كان تحته أربع فطلق واحدة هل له نكاح اخرى قبل انقضاء عدة (مدةخل) هذه أم لا ؛ ولو طلقهن كلهن لم يكن له ان يتزوج غيرهن لا واحدة ولا أربعاً حتى ينقضى عدتهن وهكذا لو كان له زوجة واحدة فطلقها كان له العقد على أربع سواها و قالوا : لايجوز - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، و ايضاً قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ورباع وقال عز وجل اليوم احل لكم الطيبات الى قوله والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اتوا الكتاب» و اراد بالمحصنات الحراري ولم يفصل .

مسئلة ٦٦ - اذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول لم يسقط بذلك مهرها حرة كانت أو أمة ، وللشافعي فيه طريقتان: فقال ابو العباس : فيه قولان : أحدهما يسقط حرة كانت أو أمة كما لو ارتدت ، والقول الثاني لا يسقط بل يستقر المهر حرة كانت أو أمة وهو اختيار المزني ، وقال ابو اسحاق وغيره يسقط مهر الامة ولا يسقط مهر الحرة قولوا واحد دليلنا - ان المهر قد ثبت بالعقد، واسقاطه بالقتل يحتاج الى دليل .

مسئلة ٦٧ - اذا زوج الرجل (١) امته كان له بيعها بالاخلاف فاذا باعها كان بيعها طلاقها والمشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين امضاءه و اقراره على ما كان ، وقال جميع

الفقهاء : ان العقد بحاله - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وقد ذكرنا هافي الكتاب الكبير .

مسئلة ٦٨ - الاب اذا كان فقيراً (صحیحاً خ ل) يجب على الولد نفقته ، ولا يجب عليه اعفاه بتزويجه ، وبه قال ابو حنيفة و اكثر اهل العلم . ولشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه و الاخر لا يجب نفقته و لاعفاه - دليلنا - على وجوب النفقة اجماع الفرقة ، و اما وجوب الاعفاه فلا دلالة عليه فالاصل برائة الذمة .

مسئلة ٦٩ - يجوز للاب اذا كان فقيراً عادماً للطول ان يتزوج بامه ابنه ، و قال الشافعي لا يجوز - دليلنا - قوله تعالى : « و من لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم » ولم يفصل .

مسئلة ٧٠ - اذا كانت عنده زوجة فزنت لا يفسخ العقد ، والزوجة باقية ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال الحسن البصري : تبين منه ؛ وروى ذلك عن علي عليه الصلاة والسلام دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، و ايضاً الاصل بقاء العقد ؛ وبطلانه وانفساخه يحتاج الى دليل ؛ وروى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : الولد للمفراش وللعاشر الحجر ، ووجه الدلالة أن من خالف يقول : تبين منه بالايلاج ، والولد يلحق بما يكون بعده من الانزال ، والنبي ﷺ اثبت مفراشاً بعد أن حبلت فكيف يحكم بانها بانث قبل ، وروى عن ابن عباس أن رجلا اتى النبي ﷺ فقال : ان امراتي لا تكف يد لأمس فقال : طلقها فقال : اني أحبها فقال : أمسكها فلو بانث منه لما أمره بامساكها .

مسئلة ٧١ - اذ انى بامرأة جازله نكاحها فيما بعد ، وبه قال عامة أهل العلم ، و قال الحسن البصري : لا يجوز ، وقال قتادة و محمد (احمد خ ل) ان تابا جاز والام يجوز وروى ذلك في أخبارنا - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً الاصل الاباحة ، وايضاً قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ولم يفصل . وقال تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » ولم يفصل ، وروت عائشة ان النبي ﷺ قال : الحرام لا يحرم الحلال ، و عليه اجماع الصحابة ، وروى ذلك عن ابى بكر وعمر وابن عباس ولا مخالف لهم .

مسئلة ٧٢ - لاعدة على الزانية ، ويجوز لها أن تتزوج سواء كانت حاملاً أو حايلاً غير أنه لا ينبغي أن يطأها حتى تضع ما فى بطنها أو يستبرءها بحبضة استحباباً ، وبه قال ابو حنيفة ومحمد والشافعى وقال ربيعة ومالك والثورى واحمد واسحاق : عليها العدة حاملاً كانت أو حائلاً ؛ وقال ابن شبرمة وأبو يوسف وزفران كانت حاملاً فعليها العدة وان كانت حايلاً فلا عدة عليها - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة ، وايجاب العدة عليها يحتاج الى دليل وايضاً قوله تعالى : « واحل لكم ما وراء ذلكم » وقال : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ولم يفصل ، وقوله لا يحرم الحرام الحلال يدل عليه ايضاً .

مسئلة ٧٣ - اذا حصل بين صبيين الرضاع الذى يحرم مثله فانه ينشر الحرمة الى اخوتهمما والى من هوفى طبقتهما ومن فوقهما من ابائهما وقال جميع الفقهاء : خلاف ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا لو كان بالنسب يحرم فكذلك اذا كان من الرضاع .

مسئلة ٧٤ - كل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما فى النكاح لم يجز الجمع بينهما فى الوطى بملك اليمين ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال داود واصحابه كل هذا يحل بملك اليمين - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً قوله تعالى : « وان تجمعوا بين الاختين » ولم يفصل ، وعليه اجماع الصحابة ، وروى عن ابن عباس أنه سئل عن الجمع بين الاختين بملك اليمين فقال احلتهما آية وحرمتهما آية اخرى والتحرير مقدم وعن عثمان انه قال احلتهما آية وحرمتهما آية اخرى والتحرير اولى ، وروى مثل ذلك عن على عليه الصلاة والسلام وابن مسعود وابن الزبير وابن عباس وعمار بن ياسر وعائشة ولا مخالف لهم .

مسئلة ٧٥ - اذا تزوج بامرأة حرمت عليه امها وجميع امهاتها وان لم يدخل بها وبه قال فى الصحابة عبد الله بن عمر وابن عباس وابن مسعود وعمران بن حصين وجابر بن عبد الله الانصارى وبه قال جميع الفقهاء الا ان للشافعى فيه قولان : (لينخل) وروا عن على عليه السلام انه قال : لا تحرم الام بالعقد وانما تحرم بالدخول كالربيبة سواء طلقها او مات عنها ، وبه قال : ابن الزبير وعطاء وقال زيد بن ثابت ان طلقها جازله نكاح الام ؛ وان ماتت لم يحل له نكاح الام ؛ وان ماتت لم يحل له نكاح امها فجعل الموت كالدخول - دليلنا - قوله تعالى : « وامهات نساكنكم »

فابهم ولم يشرط الدخول ؛ وقال ابن عباس في هذه الآية : ابهموا ما ابهم الله سبحانه ؛ و روى مثل ذلك عن ائمتنا عليهم السلام ، وعليه اجماع الفرقة ، وقد رويت رواية شاذة مثل مارواد (روته خ ل) العامة عن علي عليه الصلاة والسلام ؛ و دليل المخالف قوله تعالى «من نساءكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » قالوا: وهذا يرجع الى جميع ما تقدم من قوله تعالى : «وامهات نساءكم ووربائيكم » و قد اجيب عن ذلك بان الشرط والاستثناء اذا تعقب جملا انما يجب ان يرجع الى جميعه عند من قال : بوجوب ذلك اذا كان مما يصح ان يرجع اليه بانفراده ؛ وهي هنا لا يمكن لانه «قال ووربائيكم اللاتي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن» والربائب من النساء لا محالة يصح ان يرجع اليهن لانه شرط ان يكون من نساءنا وامهات النساء ليس من نساءنا بل نساءنا منهن ؛ وايضا قالوا: نحن نخص (نخصص خ ل) ذلك بما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي ﷺ قال من نكح امرأة ثم ماتت قبل الدخول بهالم تحل له امهاو هذا نص .

مسئلة ٧٦ - اذا دخل بالام حرمت البنت على التأييد سواء كانت في حجره اولم تكن، وبه قال جميع الفقهاء وقال داود: ان كانت في حجره حرمت عليه و ان لم تكن في حجره لم تحرم عليه - دليلنا - اجماع الفرقة ؛ واما قوله تعالى «وربائيكم اللاتي في حجوركم» فليس ذلك شرطا في التحريم ، وانما وصفهن بذلك لان في الغالب انها تكون في حجره .

مسئلة ٧٧ - اذا ملك أمة فوطئها ثم تزوج أختها صح نكاحها وحررم عليه وطئ الاولى ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك : لا ينكح النكاح لان الاولى فراشه كماله وسبق النكاح - دليلنا - قوله تعالى : «واحل لكم ما وراة ذلكم» وقوله «فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وذلك على عمومه .

مسئلة ٧٨ - يجوز للرجل أن يجمع بين المرأة و زوجته ابهها اذ لم تكن امها، وبه قال جميع الفقهاء وقال ابن ابي ليلى لا يجوز الجمع بينهما - دليلنا اجماع الفرقة وقوله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله : «واحل لكم ما وراة ذلكم»

ولم يفرق .

مسئلة ٧٩ - اختلف روايات أصحابنا فى الرجل اذا زنا بامرأة هل يتعلق بهذا الوطى تحريم نكاح أم لا؟ فروى انه لا يتعلق به تحريم نكاح ، ويجوز له ان يتزوج امهاتها و بناتها وهو المروى عن على عليه السلام وابن عباس وسعيد بن المسيب وربيعة ومالك والشافعى و ابي ثور ، وقد روى أنه يتعلق به التحريم كما يتعلق بالوطى المباح وهو الاكثر فى الروايات وهو الذى ذكرناه فى النهاية ؛ وبه قال الاوزاعى والثورى وأبو حنيفة واصحابه واحمدو اسحاق وقال ابو حنيفة: ان نظر الى فرجها بشهوة أو قبلها بشهوة او لمسها بشهوة فهو كما لو زنا بها فى تحريم النكاح ، قال : ولو قبل ام امرأته بشهوة حرمت عليه امرأته ، ولو قبل رجل زوجه ابيه (ابنه خل) بشهوة انفسخ نكاحها - دليلنا - على الاول الاخبار التى رويتها فى الكتاب الكبير وايضاً قوله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» وايضاً قوله «واحد لكم ما وراء ذلكم» وايضاً الاصل الاباحة ، وقوله صلى الله عليه وآله لا يحرم الحرام الحلال يدل عليه ايضاً لانه لم يفصل ، واما الذى يدل على الثانى فطريقة الاحتياط واخبارنا التى ذكرناها فى الكتاب المذكور (الكبير خل) .

مسئلة ٨٠ - اذا فجر بسلام فاو قب حرم عليه بنته وامه واخته ، وقال الاوزاعى : اذا لاط بسلام حرم عليه بنت هذا الغلام لانه بنت من قد دخل به ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وطريقة الاحتياط تقتضى تجنب ذلك .

مسئلة ٨١ - اللمس بشهوة مثل القبلة واللمس اذا كان مباحاً او بشبهة ينشر التحريم وتحرم الام وان علمت ، والبنت وان نزلت ، وبه قال عمر بن الخطاب واليد ذهب اكثر اهل العلم أبو حنيفة ومالك وهو المنصوص للشافعى ، ولا يعرف له قول غيره ، وخرج اصحابه قولاً آخر انه لا يثبت به تحريم المصاهرة فالمسئلة مشهورة بالقولين - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً اجماع الصحابة فان عمر قاله ولم ينكر عليه احد .

مسئلة ٨٢ - اذا نظر الى فرجها يتعلق به تحريم المصاهرة ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى : لا يتعلق به ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط ، وروى عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها ، وقال عليه السلام من

كشفت قناع امرأة حرم (مت خل) عليه امها و بنتها .

مسئلة ٨٣ - اذازنا بامرأة عفانت بينت يمكن ان تكون منه لم تلحق به بلا خلاف ، ولا يجوز له ان يتزوجها ، وبه قال ابو حنيفة و اختلف اصحابه فقال المتقدمون لانها بنت من قد زنا بها و الزنا يثبت به تحريم المصاهرة ؛ و هذا قوى اذا قلنا ان الزنا يتعلق به تحريم المصاهرة ، وقال المتأخرون : وعليه المناظرة ان المنع (ليس من جهة المصاهرة بل خل) لانها فى الظاهرة مخلوقة من ماءه؛ وقال الشافعى يجوز له ان يتزوجها - دليلنا - مادللنا عليه من انه اذازنا بامرأة حرمت عليه بنتها وانتشرت الحرمة ، وهذه بنتها وطريقة الاحتمياط تقتضى تجنب هذه و ايضا قوله تعالى : «حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم» وهذه بنته لغة وان لم تكن شرعاً .

مسئلة ٨٤ المحصلون من اصحابنا يقولون لا يحل نكاح من خالف الاسلام لاليهود و لالنصارى ولا غيرهم ، وقال قوم من اصحاب الحديث من اصحابنا : يجوز ذلك واجاز جميع الفقهاء التزويج بالكتايبات ، وهو المروى عن عمر و عثمان و طلحة و حذيفة و جابر ، و روى ان عمارانكح نصرانية و نكح طلحة نصرانية و نكح حذيفة يهودية ، و روى عن ابن عمر كراهية ذلك و اليه ذهب الشافعى - دليلنا - قوله تعالى : «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن» وقوله سبحانه : «ولا تمسكوا بهنم الكوافر» و ذلك عام فان قيل قوله « ولا تنكحوا المشركات » لا يتناول الكتايبات قيل له : ان هذا غلط لغة و شرعاً قال الله تعالى : «وقالت اليهود عزيز ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله» الى قوله سبحانه تعالى عما يشركون» فسماهم مشركين و اما اللغة فان لفظ المشرك مشتق من الاشرار و قد جعلوا لله تعالى و لدأفوجب ان يكونوا مشركين ، و قول اليهود اذنا لانقول : ان عزيزاً بن الله لا يقبله مع مناطق القرآن به ثم اذ اثبت فى النصارى ثبت فى اليهود بالاجماع لان احداً لا يفرق ؛ فان عارضوا بقوله تعالى «والمحصنات من الذين اتوا الكتاب من قبلكم» نحمله على من اسلام منهم ان نخصه بنكاح المتعة لان ذلك جائز عندنا و اما اخبارنا فقد ذكرناها فى الكتاب الكبير ، و تكلمنا على ما يخالفها و لامباينة فيما بينها من ارادها و وقف عليها من هناك .

مسئلة ٨٥ - لا يجوز منا كحة المجوس بلا خلاف الا اباثور فانه قال : تحل منا كحتهم وغلطه اصحاب الشافعى ، وقال ابواسحاق هذه مبنية على قولين هل هم اهل الكتاب ام لا ، فان قلنا هم اهل كتاب (الكتاب خ ل) وهو قول على عليه السلام جاز منا كحتهم ، و ان قلنا ليسوا اهل الكتاب لم تحل ، قال ابو حامد الاسفراينى : وهذا غلط جدا - دليلنا - انا قد بينا أن جميع من خالف الاسلام لا يجوز منا كحته فهذا الفرع ساقط (يسقط خ ل) عنا ، وما دللنا به فى المسئلة الاولى يدل على هذه .

مسئلة ٨٦ - لا يجوز للمحر المسلم تزويج الامة الا بثلاث شروط ان تكون مسلمة اولاً ، ولا يجد طولاً ويخاف العنت ، وبه قال ابن عباس وجابر والحسن وعطاء وطاوس وعمر بن دينار والزهرى ، وفى الفقهاء مالك والاوزاعى ؛ والشافعى ، وقال ابو حنيفة واصحابه لا يحل له الا بشرط واحد هو أن لا يكون عنده حرة وان كانت تحت حرة لم يحل وبه قال قوم من أصحابنا ، وقال الثورى : اذا خاف العنت حل سواء وجد الطول او لم يجد وقال قوم : يجوز نكاحها مطلقاً كالحرة - دليلنا - قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولاً ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايما نكح من فتياتكم المؤمنات » وفيها دليلان : أحدهما هو انه (ان الله تعالى خ ل) قال : « ومن لم يستطع منكم طولاً يعنى سعة وفضلاً هكذا قال ابن عباس : و المحصنات أراد به المؤمنات الحريرات قالوا معنى قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولاً ان ينكح المحصنات » اراد به الوطى منها فكانه قال : من لم يقدر على وطى حرة وطى أمته بملك اليمين (يمينه خ ل) وهكذا نقول (ل خ ل) قلنا هذا فاسد من ثلاثة أوجه : احدها انه ليس من شرط جواز وطى ملك اليمين عدم القدرة على وطى الحرة ، والثانى لا يجوز حمله على وطى ملك اليمين لانه قال : « فانكحوهن باذن اهلهن » ، والثالث انه قال فى سياق الآية « ذلك لمن خشى العنت منكم » وليس من شرط جواز وطى ملك يمينه خوف العنت على نفسه ، وروى عن جابر انه قال : من وجد صداق حرة فلا ينكح امة ، وروى عن ابن عباس مثله ، ولا مخالف لهما .

مسئلة ٧٨ - اذا كانت عنده حرة واذنت له فى تزويج امة جاز عند أصحابنا ، و خالف جميع الفقهاء فى ذلك وقالوا : لا يجوز وان اذنت - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم

مسئلة ٨٨ - يجوز للحر ان يتزوج بامتين ولا يزيد عليهما ؛ وقال الشافعى : لا يجوز له ان ينكح اكثر من واحدة فان نكح نانية وتحتها امة فنكاح الثانية باطل وان نكح امتين لعقد واحد بطل نكاحهما ؛ وقال : أبو حنيفة : اذالم يكن تحتها حرة جاز (كان خل) له ان ينكح من الاماء ما نكح من الحرائر ، وله ان يزوج (يتزوج خل) أربع اماء لعقد واحد او واحدة بعد اخرى كيف شاء - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم .

مسئلة ٨٩ - للعبد ان ينكح أربع اماء أو حرتين او حرة وامتين ولا يجوز ان ينكح أمة على حرة الا برضا الحرة ؛ وقال الشافعى : له نكاح أمة وامتين ونكاح امة على حرة وحرة على امة . وقال أبو حنيفة : يجوز له ذلك الا اذا كان تحتها حرة فانه لا يجوز له نكاح امة كالحرة - دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم ، وايضاً قوله تعالى : «وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم واماآتكم» وقال عليه السلام ايماعبد نكح بغير اذن سيده فهو عاهر ، وهذا قد نكح باذنه .

مسئلة ٩٠ - اذا عقد على حرة وامة فى عقد واحد بطل العقد على الامة ، ولا يبطل فى الحرة وللشافعى فيه قولان احدهما مثل ما قلناه وهو اصحهما وهو اختيار المزنى و الاخر يبطلان معاً - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً خلاف ان العقد على الحرة على الافراد جائز ، فمن زعم انه اذا قرانه العقد على الامة فسد فعليه الدلالة .

مسئلة ٩١ - اذا تزوج الحر بامة بوجود الشرطين عدم الطول وخوف العنت ثم زال الشرطان او احدهما لم يبطل نكاح الامة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال المزنى : متى ايسر ووجد الطول للحررة بطل نكاح الامة - دليلنا - ان هذا عقد قد ثبت بالاجماع ، وليس على بطلانه دليل اذا ايسر وزال العنت .

مسئلة ٩٢ - اذا تزوج حرة على امة من غير علم الحرة ورضاها كانت الحرة بالخيار بين الرضا بذلك وبين فسخ عقد (نكاح خل) نفسها وقال جميع الفقهاء : ان عقد الحرة عليها صحيح ولا يبطل واحد منهما الا احمد بن حنبل فانه قال : متى تزوج حرة بطل نكاح الامة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى عن على عليه السلام وابن عباس انهما قالوا : اذا تزوج بامة ثم تزوج بحررة بعد ذلك فلا يبطل نكاح الامة ولا مضالفلهما ، فاما - دليلنا

علمي ان لها الفسخ في نكاح نفسها فليس الاجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٩٣ - الصابئة لا تجرى عليهم احكام اهل الكتاب، وللشافعي فيه قولان: احدهما

انه يجرى عليهم حكم النصارى والسامرة يجرى عليهم حكم اليهود؛ والقول الاخر لا يجرى عليهم ذلك والاول اشهر قوليهِ - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً فالحاقهم باليهود والنصارى يحتاج الى دليل .

مسئلة ٩٤ - لا يحل للمسلم نكاح امة كتابية حراً كان او عبداً ، وبه قال في

الصحابة عمر وابن مسعود ، وفي التابعين الحسن البصرى و مجاهد والزهرى ، وفي الفقهاء مالك والشافعي والاوزاعي والليث بن سعد و الثورى و احمد واسحاق، وقال ابو حنيفة : يجوز للمسلم نكاح امة كتابية - دليلنا - انا قد دللنا على انه لا يجوز نكاح الحرة منها فمن قال بذلك قال بهذه المسئلة ولم يفصل ، وايضاً قوله تعالى « فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات » اباح نكاح الامة بثلاث شرايط : عدم الطول ، وخوف العنت ؛ وان تكون مسلمة ، فمن لم يعتبر بذلك (ذاك خل) فقد ترك الاية ، وايضاً فهو اجماع الصحابة لان عمر، و ابن مسعود قالا : بذلك ولا مخالف لهما .

مسئلة ٩٥ - العبد المسلم لا يحل له ان يتزوج امة (بامة خل) كتابية ، وبه قال

الشافعي وقال ابو حنيفة : يجوز - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٩٦ - اذا صرح بالتزويج للمعتدة ثم تزوجها بعد خروجها من العدة

لم يبطل النكاح ، وان فعل محظوراً بذلك التصريح ، وبه قال الشافعي و ابو حنيفة ، وقال مالك : متى صرح ثم تزوج فسخت النكاح بينهما - دليلنا - ان فسخ النكاح يحتاج الى دليل وايضاً قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وقوله ﷺ « لانكاح الابولى وشاهدى عدل ، وهذا نكاح بولى وشاهدى عدل .

مسئلة ٩٧ - اذا تزوجها في عدتها مع العلم بذلك ولم يدخل بها فرق بينهما ولم

(لاخل) تحل له ابداً ، وبه قال مالك ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٩٨ - اذا تزوجها في عدتها مع الجهل بتحريم ذلك ودخل بها فرق بينهما

ولم تحل له ابداً ، وبه قال عمر ومالك والشافعي في القديم ، وقال في الجديد: تحل له بعد انقضاء عدتها ؛ وبه قال ابو حنيفة وباقي الفقهاء - دليلنا - اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط
مسئلة ٩٩ - اذا تزوجها في حال احرامها جاهلا فدخل بها ففرق بينهما ولم تحل له ابداً وان كان عالماً ولم يدخل بهما ففرق بينهما ايضاً ولم تحل له ابداً ، وخالف جميع الفقهاء فيهما - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط .

مسئلة ١٠٠ اذا طلقها تسع تطليقات للعدة تزوجت فيما بينها زوجين لم تحل له ابداً وهو احدى الروايتين عن مالك وخالف جميع الفقهاء في ذلك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط .

مسئلة ١٠١ كل موضع نقول يحرم على الرجل أن يخطب على خطبة غيره بان تكون اجابت ورضيت او اجاب وليها ورضى ان لم تكن من اهل الولاية فاذا خالف و تزوج كان التزويج صحيحاً ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال داود : النكاح فاسد - دليلنا قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وقوله ﷺ لانكاح الابولى و شاهدى عدل ؛ وايضاً فان فعل المحظور سبق حال العقد فلا يؤثر في العقد ؛ فمن قال بتأثيره فيه فعليه الدلالة .

مسئلة ١٠٢ - اذا تزوج الكافر باكثر من اربع نسوة فاسلم (وخل) اختار منهن اربعاً سواء اسلمن او لم يسلمن اذا كن كتابيات فان (وخل) لم يكن كتابيات مثل الوثنية و المجوسية فان اسلمن معه اختار منهن اربعاً و ان لم يسلمن لم تحل له واحدة منهن سواء تزوجهن بعقد واحد او بعقد بعد عقد فان له الخيار في ايهن (ايتهن خل) شا ، و به قال الشافعي و محمد بن الحسن و قال ابو حنيفة و ابو يوسف : ان كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الكل ، ولا يمسك واحدة منهن وان تزوج واحدة (بواحدة ل) بعد اخرى (الاخرى خل) او اثنتين اثنتين او اربعاً اربعاً ثبت نكاح الاربعة الاول وبطل نكاح البواقي فليس للزوج عنده سبيل الى الاختيار - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وروى الزهرى عن سالم عن ابيه ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وعنده عشر نسوة فقال له النبي ﷺ : امسك اربعاً وفارق سايرهن ، وفي رواية اخرى امره النبي ﷺ ان يختار منهن

اربعا ويفارق البواقي وهذا نص .

مسئلة ١٠٣- اذا كانت عنده يهودية او نصرانية فانتقلت الى دين لا يقر عليه اهله لم يقبل منها الا الاسلام او الدين الذى خرجت منه، وللشافعى فيه ثلاثة اقوال : احدها مثل ما قلناه، والثانى لا يقبل منها الا الاسلام، والثالث يقبل منها كل دين اهله يقر عليه ، و حكم نكاحها ان كان لم يدخل بها وقع الفسخ فى الحال وان كان بعده وقف على انقضاء العدة - دليلنا - ان ما ذكرناه مجمع عليه، وما ادعوه ليس عليه دليل .

مسئلة ١٠٤- اذا انتقلت الى دين يقر عليه اهله مثل ان انتقلت الى يهودية او نصرانية ان كانت مجوسية او كانت وثنية فانتقلت الى اليهودية او النصرانية اقررتها (اقرت خ) عليه ، وللشافعى فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والاخر لا يقرون عليه فاذا قال يقرون فلا كلام، واذا (ان خ) قال لا يقرون ما الذى يفعل بها على قولين : احدهما لا يقبل غير الاسلام ، والثانى يقبل الاسلام او الدين الذى كانت عليه لا غير فاذا قال : تقر على ما انتقلت اليه فان (فاذا خ) كانت مجوسية اقرت فى حقها دون النكاح ، فان كان قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال ، وان كان (نت خ) يهودية او نصرانية فانها تقر على النكاح ، و ان قال : لا تقر على ما انتقلت اليه فهى مرتدة فان كان قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال، و ان كان بعده وقف على انقضاء العدة - دليلنا - ان ما ذكرناه مجمع عليه ، وما ادعاه ليس عليه دليل ، وايضاً الاصل بقاء العقد والحكم بفسخه فى الحال او فيما بعد يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٠٥- اذا كانا وثنيين او مجوسيين او احدهما مجوسياً والاخر وثنياً فايهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ فى الحال، و ان كان بعده وقف على انقضاء العدة، فان اسلما قبل انقضائها فهما على النكاح ، و ان انقضت العدة انفسخ النكاح ، وهكذا اذا كانا كتابيين فاسلمت الزوجة سواء كان فى دار الحرب او فى دار الاسلام ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك : اذا اسلمت الزوجة مثل ما قلناه وان اسلم الزوج وقع الفسخ فى الحال سواء كان قبل الدخول أو بعده ؛ و قال ابو حنيفة ان كانا فى دار الحرب ووقف على مضى ثلاث حيض ان كانت من أهل الاقراء، او ثلاثة شهر

انكانت من أهل الشهور فان لم يسلم المتأخر منهما وقع الفسخ بمضى ثلاث حيض وكان عليها استيناف العدة حينئذ وعندنا العدة وقعت من حين اختلف الدين بينهما و سواء كان قبل الدخول أو بعده عندهم الباب واحد قالوا : وانكانا في دار الاسلام لعقد ذمة أو معاهدة فمتى أسلم أحدهما لم يقع الفسخ في الحال سواء كان قبل الدخول أو بعده ، ولا يقف على انقضاء العدة فلو بقيا سنين فهما على النكاح لكنهما لا يقران على الدوام على هذا النكاح بل يعرض الاسلام على المتأخر منهما فان اسلم فهما على النكاح والافرق بينهما ثم نظر ، فان كان المتأخر هو الزوج فالفرقة طلاق وان كان المتأخر هو الزوجة فالفرقة فسخ - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وايضا وقوع الفسخ في الحال يحتاج الى دلالة شرعية ؛ والاصل بقاء العقد ؛ وايضا فلا خلاف أن النبي ﷺ لما فتح مكة خرج اليه ابوسفيان فلقى العباس فحمله الى النبي ﷺ فاسلم ودخل النبي ﷺ مكة ومضى خالد بن الوليد وأبوهريرة الى هند وقرء اعليها القرآن فلم تسلم ثم أسلمت فيما بعد فردها النبي ﷺ على أبي سفيان بالعقد الاول فلو بانث في حال ما اسلم الزوج لم يردها النبي ﷺ الا بعقد مستأنف ، وهذا نص على مالك.

مسئلة ١٠٦ اذا اختلف الدار بالزوجين فعلا وحكما لم يتعلق به فسخ النكاح وبه قال الشافعي ؛ وقال ابو حنيفة اذا (انخل) اختلف الدار بهما فعلا وحكما وقع الفسخ في الحال ، وان اختلفت فعلا لا حكما أو حكما لأفعال فهما على النكاح ، اما اختلفا فعلا وحكما فان يكونا ذميين في دار الاسلام فلحق الزوج بدار الحرب ونقض العهد فقد اختلفت الدار بهما فعلا لان أحدهما في دار الحرب ؛ وحكما أيضا فان حكم الزوج حكم اهل الحرب يسبى ويسترق ، وحكم هذه حكم اهل الذمة في دار الاسلام لا تسبى ولا تسترق وكذلك اذا (لوخل) كان الزوجان في دار الحرب فدخل الزوج اليها بعقد الذمة لنفسه أو دخل اليها فأسلم عندنا فقد اختلفت الدار بهما فعلا وحكما وقع الفسخ في الحال فاما العدة فان دخل هو اليها مسلما بانث منه زوجته التي في دار الحرب ، ولا عدة عليها في قولهم جميعا ، و ان كان الذي دخل اليها مسلما هو الزوجة فلا عدة عليها على قول ابي حنيفة ان كانت حائلا ، وعليها العدة ان كانت حاملا ، وقال

ابو يوسف و محمد : عليها العدة على كل حال لانها بانة في دار الاسلام ، و اما اختلافهما فعلا لا حكماً فان يدخل الذى الى دار الحرب في تجارة و زوجته في دار الاسلام او يدخل الحربى الينا فى تجارة و زوجته فى دار الحرب فقد اختلفت الدار بينهما فعلا لا حكماً فهما على النكاح بالاخلاف ، واما اختلافهما (فهماخل) حكماً لا فعلاً فان يسلم أحد الزوجين فى دار الحرب فقد اختلف حكمهما فان احدهما يسبى ويسترق دون الآخر ولم يختلف بهما الدار فعلا فهما على النكاح، ولا يقع الفسخ فى الحال ، و يقف على مضى ثلاثة أشهر او ثلاث حيض على ماقلناه فى المسئلة الاولى فاذا مضى ولم يجتمعا على الاسلام وقع الفسخ حينئذ ، فالخلاف معهم اذا اختلفت الدار فعلا و حكماً هل يقع الفسخ ام لا والكلام فى العدة هل تجب ام لا؟ دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم ، وايضاً الاصل بقاء العقد، و وقوع الفسخ فى الحال يحتاج الى دليل ، و الخبر الذى قدمناه فى اسلام أبى سفيان و تأخر اسلام هند و ان النبى ﷺ اقرهما على الزوجية يدل على ذلك فان (لانخل) اباسفيان كان قد اختلفت الدار بينه وبين زوجته فعلا و حكماً فاما فعلا فمشاهدة ، و أما حكماً فلان مكة كانت دار حرب و أسلم هو بين الظهرانى (نخل) و هى دار الاسلام لان النبى ﷺ كان نزلها و ملكها و استولى عليها ، و مع هذا فلم يقع الفسخ بينهما ، وايضاً صفوان بن أمية و عكرمة بن أبى جهل أسلمت زوجتا هما و خرجت زوجة عكرمة أم حكيم بنت الحارث خلفه الى الساحل فردته و اخذت له الامان ، و كانت زوجة صفوان فاخوته بنت الوليد بن المغيرة أخذت الامان لزوجها و كان خرج الى الطائف فرجع و استعاد النبى ﷺ منه ادراعا (درعاخل) و خرج مع النبى ﷺ الى هوازن و رجع معه الى مكة ثم أسلم و أسلم عكرمة فردت عليهما امرءتا هما بعد أن اختلفت الدار بهما فعلا و حكماً فان مكة دار الاسلام و الطائف يومئذ دار الحرب و كذلك الساحل فعلم بذلك ان الاختلاف فى الدار لا اعتبار به ، و روى عن ابن عباس أن النبى ﷺ رد ابنته زينب على زوجها أبى العاص بالعقد الاول .

مسئلة ١٠٧- اذا كانا جميعاً فى دار الحرب و دار الاسلام فأسلم أحدهما قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال ، و به قال الشافعى ، و قال أبو حنيفة: يقف على مضى العدة ثلاثة

أشهر أو ثلاث حيض اذالم تختلف بهما الدار سواء كانا في دار الحرب أو دار الاسلام
 دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً فكل من قال أن اختلاف الدار لا يؤثر بالفسخ قال بما قلناه
 وقدد لنا على ذلك في المسئلة الاولى ، وايضاً فان الفسخ يجرى بمجرد الطلاق فكما لو
 طلقتها لم تجب عليها العدة فكذلك اذا انفسح العقد .

مسئلة ١٠٨ - اذا جمع في العقد بين الام والبنت في حال الشرك بلفظ واحد
 ثم اسلم كان له امساك ايتيها شاء ويفارق الاخرى ، والمشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما
 قلناه وهو اقواهما عنده والاخر بمسك البنت ويخلى الام وهو اختيار المزني - دليلنا
 ان المشرك اذا جمع بين من لا يجوز الجمع بينهما في نكاح فانما يحكم بصحة نكاح
 من ينضم الاختيار الى عقدها الا ترى انه اذا عقد على عشرة دفعة واحدة وأسلم واختار
 منهن أربعاً فاذا فعل حكمنا بأن نكاح الاربع وقع صحيحاً ونكاح البواقي وقع باطلا
 بدليل أن نكاح البواقي يزول ولا يجب عليه نصف المهر ان كان قبل الدخول ، فاذا كان
 كذلك فمتى اختار احدهما حكمنا بانه هو الصحيح والاخر باطل ، ولانه اذا جمع بين
 من لا يجوز الجمع بينهما (فاخل) اختار في حال الاسلام كان (لكان خل) اختياريه
 بمنزلة ابتداء عقد بدليل انه لا يجوز أن يختار الامن يجوز أن يستأنف نكاحها حين الاختيار
 فاذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كانه الان تزوج بها وحدها فوجب أن يكون له
 اختيار كل واحدة منهما .

مسئلة ١٠٩ - اذا أسلم وعنده أربع زوجات اماء وهو واجد للطول ولا يخاف
 العنت جازله أن يختار اثنتين منهن ؛ وقال الشافعي : ليس له أن يختار واحدة منهن
 وقال ابو نور : له أن يختار واحدة منهن كما له أن يختار واحدة منهن اذالم يكن واجداً
 للطول وخاف العنت - دليلنا - ان اختياريه استداهة العقد وليس باستيناف عقد ، الا ترى
 انه لو اسلم وعنده خمس زوجات فاحرم ثم أسلمن كان له أن يختار اربعاً وهو محرم
 فلو كان الاختيار كالا ابتداء ما جاز للمحرم الاختيار كما لا يجوز له الابتداء ، ولانه لو
 كان الاختيار كالا ابتداء لاحتاج الى ولي وشاهدي عدل عندهم قال بذلك ، وقد أجمعنا
 على خلافه .

مسئلة ١١٠ - اذا أعتقت الامة تحت عبد كان لها الخيار وهو على الفور، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ماقلناه وهو اختياره ، والثانى على التراخي وكم مدة التراخي فيه ثلاثة أقوال : أحدها ثلاثة أيام ، والثانى حتى يتمكن من الوطى او (وخل) تصرح بالرضا ، والثالث أن يكون منهما ما يدل على الرضا - دليلنا - ان اختيارها على الفور مجمع عليه ، وثبوته على التراخي يحتاج الى دلالة .

فى حكم المرتد بقسميه

مسئلة ١١١ - المرتد على ضربين (١): مرتد عن فطرة الاسلام فهذا يجب قتله و تبين امراته فى الحال ، و عليها عدة المتوفى عنها زوجها، و الاخر من كان اسلم عن كفر ثم ارتد وقد دخل بزوجه فان الفسخ يقف على انقضاء العدة، فان رجع فى العدة الى الاسلام فهم على النكاح ، وان لم يرجع حتى انقضت العدة وقع الفسخ بالارتداد و به قال الشافعي الا انه لم يقسم المرتد وقال ابو حنيفة : يقع الفسخ فى الحال ولا يقف على انقضاء العدة ؛ ولم يفصل ايضاً - دليلنا اجماع الفرقة و اخبارهم .

مسئلة ١١٢ - انكحة المشركين صحيحة (٢)؛ و به قال ابو حنيفة واصحابه و الشافعي و الزهري و الاوزاعي و الثوري ، و قال مالك : انكحتهم فاسدة ، و كذلك طالقهم غير واقع ، فلو طلق المسلم زوجته الكتابية ثم تزوجت بمشرك و دخل بها لم يبعضها لزوجها المسلم - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، و ايضاً قوله تعالى : «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» و هذه نكحت زوجاً غيره فينبغي ان تحل للاول ، و ايضاً قوله تعالى : «و امرأتها حاملة الحطب» بعد ذكر ابى لهب فأضافها اليه فاقضى هذه (هذاخل) زوجية صحيحة و قال تعالى : «وقالت امرأة فرعون قرة عين لى و لك» ، فأضافها اليه ، و روى عن النبى ﷺ انه قال : ولدت من نكاح لامن سفاح ، و معلوم انه ولد فى الجاهلية

(١) تاتى احكام المرأة فى كتاب المرتد مفصلاً.

(٢) تاتى هذه المسئلة ثانياً فى مسئلة ١٠ من كتاب الرجعة.

فأخراهم لهم انكحة صحيحة .

مسئلة ١١٣ - اذا تزوج الكتابى بمجوسية او وثنية ، وترافعوا اليها قبل ان يسلموا وقرناهم على نكاحهم ، وبه قال جميع اصحاب الشافعى ، وقال ابو سعيد الاصطخرى لانقرهم -- دليلنا - عموم الاخبار التى وردت باقرارهم على انكحتهم وعقودهم .

مسئلة ١١٤ - كل فرقة كان (نتخل) من جهة اختلاف الدين كان فسخا لا طلاقا سواء اسلم الزوج اولاو الزوجة ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : ان اسلم الرجل كما قلنا وان اسلمت الزوجة اولاعرض الاسلام عليه فان فعل والافسخنا العقد بينهما - دليلنا - ما قلناه مجمع عليه ، ومن قال : كان طلاقاً يحتاج الى دليل .

مسئلة ١١٥ - كل من خالف الاسلام لانحل مناكحته ولا اكل ذبيحته (١) سواء كان كتابياً او غير كتابى على ما تقدم القول فيه ، والمولود بينهما حكمه حكمهما ، وقال الفقهاء باجمعهم : ان كانا كتابيين يجوز ذلك ، وان كانت الام كتابية والاب غير كتابى ، قال الشافعى لانحل ذبيحته قولاً واحداً ، وان كان الاب كتابياً والام غير كتابية ففيهما قولان وحكم النكاح حكم الذبيحة سواء ، وقال ابو حنيفة : يجوز ذلك على كل حال - دليلنا - ما قدمناه (قلناه خ ل) من انه لا يجوز العقد على من خالف الاسلام فهذا الفرع يسقط عنا

مسئلة ١١٦ - اذا تحاكم ذميان الميناكنا مخيرين بين الحكم بما يقتضيه شرع الاسلام و بين رددهم الى اهل ملتهم ، و للشافعى فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه وهو اصدقهما عندهم ، والاخر يجب عليه ان يحكم بينهما وهو اختيار المزنى - دليلنا - قوله تعالى «فان جآؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم» ، وهذانص ؛ وايضاً جماع الفرقة عليه .

مسئلة ١١٧ - يكره اتيان النساء فى ادبارهن وليس ذلك بمحظور ، ونقل المزنى كلاماً ذكره فى التقديم فى اتيان النساء فى ادبارهن ، فقال : قال : بعض اصحابنا حلال ، وبعضهم قال : حرام ثم قال : و آخر ما قال الشافعى : ولا أرخص فيه بل أنهى ؛ و

(١) ياتى حكم ذبايحهم ثانياً فى مسئلة ٢٣ من كتاب الصيد والذباحة وثالثاً فى مسئلة ٩

قال الربيع : نص على تحريمه في ستة كتب ، وقال ابن عبد الحكم قال الشافعي : ليس في هذا الباب حديث يثبت ؛ وقال القياس أنه يجوز؛ قال الربيع : كذب ، والذي لا اله الا هو فقد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب ، وحكوا تحريمه عن علي عليه الصلاة والسلام وابن عباس وابن مسعود وابي الدرداء وفي التابعين عن الحسن البصري ومجاهد وطاوس وعكرمة وقتادة ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه ؛ وذهب زيد بن أسلم ونافع الى أنه مباح ، وعن ابن عمر روايتان : أحدهما أنه مباح ، وحكى الطحاوي عن حجاج (حججال خل) بن اربعة اباحة ذلك ، وعن مالك روايتان اهل المغرب يروون عنه اباحة ذلك ، وقالوا : نص عليه في كتاب السر ، وروى (رواه خل) ابن مصعب عن مالك وأصحابه بالعراق بأبون ذلك ، ويقولون لا يحل عنده ولا يعرف لمالك كتاب السر - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، و ايضاً الاصل الاباحة ، و المنع يحتاج الى دليل ، وايضاً قوله تعالى «فاعتزلوا النساء في المحيض» وانما اراد (يريد خل) مكان الحيض فدل على أن ما عده مباح ؛ وقال تعالى : « نساءؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم اناشتم » ولم يفصل بين القبل والدبر ، وقال تعالى : « اتاتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من ازواجكم » فنهاهم عن اتيان الذكران وعاتيتهم على ترك مثله من ازواجكم فثبت أنه مباح ، وروى نافع قال : قال لي ابن عمر : امسك على هذا المصحف فقرأه عبدالله حتى بلغ « نساءؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم اني شتمتم » فقال : يا نافع أتدرى فيمن نزلت هذه الآية؟ قال : قلت لاقال : في رجل من الانصار : أصاب امرأته في دبرها فوجد في نفسه من ذلك فسأل النبي ﷺ فانزل الله تعالى « نساءؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم » وذكر في التفسير (ذلك خل) ما قيل في هذه الآية التي اوردها .

مسئلة ١١٨ - نكاح الشغار باطل عندنا ؛ وبه قال مالك والشافعي واحمد و اسحاق غير ان مالكا أفسده من حيث فساد المهر وأفسده الشافعي من حيث انه ملك البضع كل واحد من شخصين ؛ وذهب الزهري والثوري وابو حنيفة وأصحابه الى ان نكاح الشغار صحيح وانما فسد فيه المهر فلا يفسد بفساده - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، وروى نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغاران يقول زوجتك بنتي علي أن تزوجني

بتنك على ان يكون والظاهر (هو حق خن) يضع كل واحدة منهما مهر الاخرى، فان كان هذا التفسير عن (من خ ل) النبي ﷺ فإنه ادرجه في كلامه فهو نص، وان كان من الراوى له وجب المصير اليه لانه اعرف بما نقله واعلم بما سمعه من النبي ﷺ فإنه شاهد ا لوحى والتنزيل وعرف البيان والتأويل، وعرف اغراض الرسول ﷺ.

مسئلة ١١٩ - انكاح المتعة عندنا مباح جائز وصورته ان يعقد عليها مدة معلومة بمهر معلوم فان لم يذكر المدة كان النكاح (العقد خ ل) دائماً و (فاخ ل) ان ذكر الاجل ولم يذكر المهر بطل العقد؛ وان ذكر مدة مجهولة لم يصح على الصحيح من المذهب وبه قال على عليه الصلاة والسلام على ما رواه اصحابنا، وروى ذلك عن ابن مسعود و جابر بن عبد الله وسلمة بن الاكوع وابى سعيد الخدرى والمغيرة بن شعبة ومعاوية بن ابى سفيان وابن عباس وابن جريح (خديج خ ل) وسعيد بن جبير ومجاهد وعطاء، وحكى الفقهاء تحريمه عن على عليه السلام وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابن الزبير وابن عمر، وقالوا ان ابن عباس رجع عن القول باباحتها - دليلنا - اجماع الفرقة المحقة، وايضاً قوله تعالى «فانكحوا اما طاب لكم من النساء» وهذا مما قيد طاب له منهن وقال تعالى : واحل لكم ماورآء ذلكم ان تبغوا باموالكم» وهذا مما قيد ابتغاه بماله، وقال تعالى «فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن» فريضة، ولفظ الاستمتاع اذا طلق لا يفيد الانكاح المتعة؛ وفي قراءة ابن مسعود فما استمتعتم به منهن الى اجل مسمى فاتوهن اجورهن، وهذا نص وايضاً لا خلاف انها كانت مباحة فمن ادعى نسخها فعليه الدلالة، وايضاً الاصل الاباحة، والمنع يحتاج الى دليل، وايضاً قوله متعتان كانتا على (فى خ ل) عهد رسول الله ﷺ انا انهى عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج، وقوله كانتا على عهد رسول الله ﷺ اخبار منه عن كونها (نهما خ ل) مباحة فى زمانه وما كان فى زمانه عليه السلام مفعولاً فهو شرعه ودينه؛ واما ما روه من الاخبار فى تحريمها فكلمها اخبار آحاد، وفيها مع ذلك الاضطراب (اضطراب خ ل) لانه فيها انه عليه السلام حرمها يوم خيبر فى رواية ابن الحنفية عن ابيه، وروى الربيع بن سبرة عن ابيه قال: كنت مع رسول الله ﷺ بمكة عام الفتح فاذن فى متعة النساء فخرجت انا وابن عم (عمر خ ل) لى وعلينا بردان لنفعل ذلك

فلتقتنى امرأة فأعجبها حسنى فترجعت بها وكان الشرط عشرين ليلة فاقمت عندها ليلة فخرجت فتأيت النبي ﷺ وهو بين الركن والمقام فقال: كنت اذنت لكم في متعة النساء وقد حرمها الله تعالى الى يوم القيامة فمن كان عنده شىء من ذلك فليخل سبيلها ولا يأخذ مما أتاها شيئاً وهذا اضطراب لان بين الوقتين قريب من ثلاث سنين فان قالوا حرمها يوم خيبر واعاد ذكرها بمكة وهذا لا يمنع قلنا هذا باطل لان ابن سبرة روى ان النبي ﷺ اذن فيها بمكة فان قالوا حرمها بخيبر ثم أحلها بمكة ثم حرمها ، وهذا (هو نخل) سائغ في شرعه يحل شيئاً ثم يحرمه ، قيل : هذا يسقط بالاجماع لان احداً ما قال ان النبي ﷺ أباحها دفعتين و حرمها دفعتين ودخل بينهما نسخ دفعتين وتحليل دفعتين فالاجماع كلهم ، يسقط هذا التأويل وابن عباس كان يفتى بها وناظره على ذلك ابن الزبير وهى مناظرة معروفة رواها الناس ونظم الشعراء فيها القول فقال بعضهم: اقول للمسيخ لما طال مجلسه (يا صاح هل لك فى فتوى (فتيا نخل) ابن عباس) (هل لك فى فتية بيضاء تهكته تكون مثواك حتى يصدر الناس) فان قالوا : رجع عن ذلك قيل : لا يقبل ذلك لان قوله مجمع عليه ورجوعه ليس عليه (فيه نخل) دليل .

مسئلة ١٢٠ - اذا تزوج امرأه قد طلقها زوجها ثلاثاً بشرط انه متى أحلها للاول طلقها كان التزويج صحيحاً والشرط باطلا ، وللمشافعى فيه قولان : أحدهما وهو الاظهر الذى نص عليه فى عامة كتبه مثل ما قلناه ، وقال فى القديم : والاملاء . النكاح باطل ، وبه قال مالك - دليلنا - قوله تعالى (عز وجل نخل) « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » وهذا نكح من طاب فمن افسده بمقارنة الشرط له كان عليه الدلالة (الدليل نخل) .

مسئلة ١٢١ - اذا نكحها معتقداً انه يطلقها اذا اباحها وانه اذا اباحها فلا نكاح بينهما ان (اذا نخل) اعتقد (عقد نخل) هو او الزوجة ذلك او هما والولى او تراضي اطرف (وان توافقوا بذلك ص) (تراوحا نخل) (ترافضا نخل) ذلك قبل العقد على هذائم تعاقداً من غير شرط كان مكروهاً ، ولا يبطل العقد به ، وبه قال الشافعى ، وقال مالك : النكاح باطل ، و حكى ابو اسحاق عن ابى حنيفة انه يستحب ذلك لانه يدخل السرور على الاول - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ، وايضاً فان افساد هذا العقد يحتاج الى دليل ، والاصل صحته ، و روى ان فى ايام عمر حدث مثل هذه فأوصت المرأة الرجل (لر نخل) ان لا يفارقها فأقرهما

عمر على النكاح وارجع الدلالة بالضرب فدل ذلك على صحة العقد ؛ وعلى كراهته بضرب الدلالة .

مسئلة ١٢٢ - اذ انكحها نكاحاً (١) فاسد أو دخل بها لم تحل للاول ، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه قاله في الجديد لانه لا يثبت به الاحصان ، وقال في القديم : يبيحها لانه نكاح يثبت به النسب ويدرء به الحد و يجب بالوطى المهر - دليلنا - قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ونحن نعلم انه اراد بذلك تزويجاً شريعياً سائغاً لان الله تعالى لا يبيح الفاسد ، و يدل على ما قلناه ان تحريرها للاول مجمع عليه ، فمن ادعى تحليلها بهذا الوطى فعليه الدلالة .

مسئلة ١٢٣ - اذا تزوج المحرم فنكاحه باطل ، وكذلك ان كان حلالاً وهي محرمة اذ كانا محلين والولى محرماً فالنكاح باطل ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : النكاح صحيح ؛ وقد ذكرناها في كتاب الحج (٢) - دليلنا - ما قلناه هناك من اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً روى عنه ابن عباس ان رسول الله ﷺ قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح وهذا نص لانه نهى ، والنهى يدل على فساد المنهى . فان قيل : قوله ﷺ لا ينكح معناه لا يبطأ ، قلنا : هذا باطل لان حقيقته عبارة عن العقد بعرف الشرع ولانا حملناه على الامرين فانه لا تنافي بينهما ، وايضاً فانه قال : ولا ينكح ، وذلك لم يمكن حمله على الوطى فدل على ما قلناه

فى العيوب الموجهة للفسخ

مسئلة ١٢٤ - يفسخ النكاح عندنا بالعيوب المرأة نفسها بالجب والعنة والجنون والرجل يفسخه بستمه اشياء : الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن و الانضاء ، وفى اصحابنا من الحق به العمى وكونها محدودة ، ولا يحتاج مع الفسخ الى الطلاق ، وقال الشافعي يفسخ النكاح من سبعة : اثنان يخص (يختص نخل) الرجال الجب والعنة ، واثنان يختص

(١) تأتي ثانياً فى مسئلة ٧ من كتاب الرجعة .

(٢) فى مسئلة ١١١ منه .

النساء الرتق والقرن، وثلاثة يشتر كان فيه الجنون والبرص والجذام ، وبه قال عمر بن الخطاب وابن عمر وابن عباس ومالك وقال ابوحنيفة وأصحابه : النكاح لا يفسخ بالعيب أصلاً لكن ان كان الرجل مجنوناً او عنيماً ثبت لها الخيار خيار الفرقة فيفرق بينهما ويكون (فيكون خل) طلاقاً لا فسخاً ، ومن قال : لا يفسخ بالعيب روجه عن علي عليه الصلاة والسلام وابن مسعود قال علي عليه السلام : اذا وجد الرجل بالمرأة الجذام او (رخ ل) البرص فان شاء أمسك وان شاء طلق ، وقد روى ذلك في أخبارنا ايضاً ؛ وقال ابن مسعود الحر لا ترد بالعيب - دليلنا - علي ما قلناه (ما قلناه في المسئلة الاولى ص خ ل) اجماع الفرقة واخبارهم ، وروى زيد بن كعب عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وآله تزوج امرأة من غفار فلما خلا بها رأى في كشحها بياضاً فقال لها: ضمي عليك ثيابك والحقي بأهلك وفي بعضها دلستم علي وفي بعضها فردها ؛ وقال : دلستم علي فموضع الدلالة ان الراوى نقل الحكم وهو الرد ونقل السبب وهو وجود البياض بكشحها فوجب ان يتعلق الحكم بهذا السبب متى وجد .

مسئلة ١٢٥ - اذا كان الرجل مسلولاً (مشلولاً خ ل) لكنه يقدر علي اجماع غير انه لا ينزل او كان خنثى حكم له بالرجل لم يرد بالغيب وان كانت المرأة خنثى حكم لها بالمرأة مثل ذلك ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني لها الخيار ، وكذلك له الخيار - دليلنا - ان العقد قد ثبت بالاجماع ، وثابت الخيار لهما بذلك يحتاج الي دليل .

مسئلة ١٢٦ - اذا دخل بهائم وجد بهائياً فلها المهر ، ويرجع علي من دلسها وغره وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه ذكره في القديم ، والثاني يستقر عليه ولا يرجع علي أحد ، وروى ذلك في بعض الاخبار عن النبي صلى الله عليه وآله - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، وروى سعيد بن المسيب قال قال : عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج امرأة وبها جذام أو جنون أو برص فمسها فلها صداقها ، و ذلك لزوجها غرم علي وليها ولا مخالفه .

مسئلة ١٢٧ - اذا حدث بالرجل جب أو جنون أو جذام أو برص لم يكن في حال

العقد فإنه لا يرد الا في الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلوات فإنه يرد به، وقال الشافعي: يرد به قولاً واحداً - دليلنا - ان العقد قد صحح، وثبتت الردي يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٢٨ - اذا حدث بالمرثمة أحد العيوب التي ترد به ولم يكن في حال العقد فإنه يثبت به الفسخ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما قاله (ذكره خل) في القديم لا خيار له وقال في الجديد : له الخيار وهو اصحهما (اصح خل) - دليلنا - عموم الاخبار التي وردت في أن له الرد بهذه العيوب ولم يفصلوا بين عيب كان في حال العقد وبين ما يحدث فيما بعد، وخبر الغفارية (١) يدل على ذلك لان النبي ﷺ لم يفصل .

مسئلة ١٢٩ - اذا دخل بهامع العلم بالعيب فلا خيار له بعد ذلك بلا خلاف فان (وخل) حدث بها بعد ذلك عيب آخر فلا خيار له ، وقال الشافعي : ان كان الحادث في مكان آخر فإنه يثبت به الخيار، وان كان الحادث زيادة في المكان الذي كان فيه فلا خيار له دليلنا - انه قد ثبت العقد وبطل خياره بعد الدخول مع علمه بالعيب، واثبات الخيار بعيب حادث يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٣٠ - اذا تزوجها على أنها مسلمة فبانَت كتابية كان العقد باطلاً، وللشافعي فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه، والثاني أنه صحيح - دليلنا - انا قدينا ان العقد على الكافرة لا يصح فكيف اذا انضاف عليه الفرور .

مسئلة ١٣١ - اذا عقد على انها كتابية وكانت مسلمة كان العقد باطلاً، ومن أجاز نكاح الكتابيات من أصحابنا يجب أن يقول أن العقد صحيح ولا خيار له، وللشافعي فيه قولان : أحدهما أنه باطل، والثاني أنه صحيح فاذا قال له: صحيح فهل له الخيار ام لا؟ قال: ليس له الخيار قولاً واحداً - دليلنا - على بطلانه أنه عقد على من يعتقد انه لا يتعد نكاحها فكان باطلاً .

(١) خبر الغفارية هو الذي مرفى مسئلة ١٢٤ ولكن دلالة على المدعى موقوف على عدم

اشتمال الخبر على كلمة دلستم على والامقتضى التدليس كون العيب سابقاً على العقد فلا يوجب حينئذ دليلاً على العيب الحادث.

مسئلة ١٣٢- اذا عقدالحر على امرأة على انهاحرة فبانتمامة كان العقد باطلا وكذلك القول فى الزوج اذا كان حراً ، وللشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ماقلناه والآخر صحيح - دليلنا- اجماع الفرقة وأخبارهم

مسئلة ١٣٣ - بيع الامة المزوجة طلاقها (١)، وبه قال ابن عباس وابن مسعود و انس بن مالك وأبى بن كعب ، وذهب عمر وابن عمر وعبدالرحمان بن عوف وسعد بن أبى وقاص والفقهاء أجمع الى ان العقد (النكاح خل) بحاله ويقوم المشتري بمقام البايع فى ملك رقبتهما ولا يكون بيعهما طلاقها- دليلنا- اجماع الفرقة وأخبارهم، وايضاً قوله تعالى «والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايماكنهم و المحصنات ، زوجات الغير فحرهن علينا الا ما ملكت اليمين فالظاهر أنه متى ملك زوجة الغير حلت له بملك اليمين فاذا حلت له ثبت انها حرت على زوجها .

مسئلة ١٣٤ - اذا اعتقت الامة تحت حر فالظاهر من روايات أصحابنا أن لها الخيار ؛ وبه قال النخعى والشعبى وطاوس ؛ وقال طاووس : لها الخيار ولواعتقت تحت قرشى ؛ وقال بعضهم : لواعتقت تحت أمير من الامراء لها الخيار ، وبه قال: الثورى وابو حنيفة واصحابه ، وروى فى بعض اخبارنا انه ليس لها الخيار ، وبه قال الشافعى ومالك وربيعة والاوزاعى وابن ابى ليلى واحمد واسحاق، وفى الصحابة ابن عمرو وابن عباس و عايشة وصفية- دليلنا- على الاول اخبار أصحابنا ورواياتهم ؛ وروى ابراهيم عن الاسود عن عايشة قالت خير رسول الله ﷺ (٢) بريرة وكان زوجها حراً وهذانص ، وقدروى مثل ذلك أصحابنا ، والرواية الاخرى رواها أصحابنا ان زوج بريرة كان عبداً ؛ والذى يقوى عندي (عندناخل) انه لا خيار لها لان العقد قد ثبت ، ووجود الخيار لها يحتاج الى دليل وروى عن عايشة فى خبر بريرة انه كان زوجها عبداً وانما (انها خل) قالت لو كان حراً لم يخيرها .

(١) مرت فى مسئلة ٦٧ منه .

(٢) مرت فى مسئلة ٣٣ منه .

مسئلة ١٣٥ - العنة عيب يشبث للمرأة به الخيار ويضرب لها (له خل) المدة سنة فان جامع فيها والافرق بينهما ؛ وبه قال جميع الفقهاء ؛ وقال الشافعى : لأعلم خلافا فيه عن مقت لقيته فى انه ان جامع والافرق بينهما ، وقال الحكم لا يضرب له مدة ولا يفسخ به النكاح ، وبه قال اهل الظاهر - دليلنا - اجماع الفرقة ، و اخبارهم ؛ و ايضا اجماع الصحابة فانه روى ذلك عن على عليه الصلاة والسلام وعمر (وابن عمر خل) وابن مسعود والمغيرة بن شعبه فقالوا (قالوا خل) كلهم يؤجل سنة ولا يعرف لهم مخالف واستدل بقوله تعالى : «الطلاق مرتان فامساك بمعرفه تسريح باحسان» فاذا عجز عن أحدهما وهو أن يمسكها وجب ان يسرحها بالاحسان .

مسئلة ١٣٦ - فسخ العنين له بطلاق ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة ، ومالك : هو طلاق - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فانهم رروا انها تبين منه بغير طلاق .

مسئلة ١٣٧ - اذا قال لها انه عنين فتر وجهه (فزوجته خل) على ذلك فكان كما قال لم يكن لها بعد ذلك خيار ، وللشافعى فيه قولان فى القديم مثل ما قلناه ، وقال فى الجديد : لها الخيار - دليلنا - اجماع الفرقة و ايضا فانها دخلت على بصيرة فكان كالاجدام والبرص لم يشبث لها الخيار ، و ايضا فقد ثبت العقد ، وثبوت الخيار بعده يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٣٨ - اذا كان له اربع نسوة فعن عن واحدة منهن ولم يعن عن الثلاث لم يكن لها الخيار ولا يضرب لها الاجل ، وقال الشافعى : لها حكم نفسها ويضرب لها المدة ويشبث لها الخيار - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ولان اثبات الخيار لها يحتاج الى دليل ، والعقد صحيح مجمع عليه ولا دليل على ثبوت الخيار بعده .

مسئلة ١٣٩ - اذا رضيت به بعد انقضاء المدة اوفى خلال المدة لم يكن لها بعد ذلك خيار ، وللشافعى فيه قولان : أحدهما مثل ما قلناه وهو الاظهر عندهم ، والمذهب انه لا يسقط خيارها - دليلنا - عدوم الاخبار التى وردت فى سقوط خيارها اذا رضيت بالعنة و ايضا فانبات الخيار يحتاج الى دليل ، والاصل بقاء العقد وصحته

مسئلة ١٤٠ - اذا اختلفا فى الاصابة فقال : اصبتها و (فاخل) انكرت فان كانت نيباً فالقول قوله مع يمينه عند ابى حنيفة واصحابه والشافعى و الثورى ، وقال الاوزاعى :

ينخلى بينهما، ويكون بالقرب منهما امرأتان من وراء الحجاب فإذا قضى وطره بادرتا إليها، فإن كان الماء في فرجها فقد جامعها، وإن لم يكن في فرجها ماء فما جامعها، وقال مالك: هكذا إلا أنه قال: يقتصر على امرأة واحدة، وقد روى أصحابنا أنه تؤمر المرأة أن تحشو قبلها خلوقاً فإذا وطئها وكان على ذكره (أبو خنبل) اثر الخلق علم أنه اصابها وإن لم يكن علم أنه لم يصبها، وهذا هو المعمول عليه - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وايضاً الاصل بقاء النكاح وما يوجب الازالة يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٤١ - اذا تزوجت برجل فبان انه خصى او مسلول او موجود، كان لها الخيار وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه، والثاني لا خيار لها لانه متمكن من الابلاج وانما لا ينزل وذلك لا يوجب الفسخ - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم .

مسئلة ١٤٢ - الخنثى تعتبر بالمبال فمن ايها خرج او احكم به، فإن كان خرج منهما فمن ايها انقطع اخيراً حكم به، وبه قال الشافعي الى هيهنا فوافقنا فان انقطع عاماً عندنا يرجع الى القرعة، وروى عدل الاضلاع والمعمول (والمعمول خنبل) على القرعة وعنده هل يراعى قلة البول وكثرته؟ فيه قولان: فان تساوى في ذلك رجع اليه فالى ايها مال طبعه حكم به، وهو المعمول (والمعمول خنبل) عليه عندهم وقد روى عنه الرجوع الى عدل الاضلاع وهو ضعيف؛ قال الشافعي: وليس بشيء - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم، وروى ابن عباس ان النبي ﷺ قال: في الذي له مال للرجال ومال للنساء يورث من حيث يبول.

مسئلة ١٤٣ - العزل عن الحرة لا يجوز الا برضاها فمن (فتمت خنبل) عزل بغير رضاها ثم وكان عليه نصف عشر دية الجنين عشرة دنانير، وللشافعي فيه قولان: (وجهان خنبل) احدهما انه محظور لا يجوز مثل ما قلناه غير انه لا يوجب الدية، والمذهب ان ذلك مستحب وليس بمحظور - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وطريقة الاحتياط .

مسئلة ١٤٤ - اذا تزوج الحر بامة (١) فرزق منها ولدان كان حراً، وقال الشافعي: ان كان

(١) ذكر هذه المسئلة في كتاب امهات الاولاد واستثنى صورة شرط الرقية كما هو المشهور

ح طبا

(١) تاتي ثانياً في آخر مسئلة كتاب امهات الاولاد وهي آخر مسئلة في الكتاب وبتمامها تم الكتاب لكن فصل هناك بين شرط الرق وعدمه ولم يحك تفصيل الشافعي بين العربي وغيره زنجاني

ان الرجل عرياً فالولد على قولين: احدهما يكون حراً؛ وبه قال ابو حنيفة، والاخر يكون رقاً و(واخل) ان كان غير عربي فهو ورق قولوا واحداً - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فان الاصل الحرية والرق طار يحتاج الى دلالة شرعية .

مسئلة ١٤٥ - اذا غاب الرجل عن امرأته فقدم رجل فذكر لها انه طلقها طلاقاً بانته منه ، وذكر لها انه وكله في استيناف النكاح عليها وان يصدقها الفأ يضمنها لها عنه ففعلت ذلك وعقد النكاح ؛ وضمن الرسول الصداق ثم قدم الزوج فانكر الطلاق وانكر التوكيل فالقول قوله؛ والنكاح الاول بحاله والثاني لم ينعقد ولا يلزم الوكيل ضمان ما ضمنه لها ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي على ما حكاه الساجي عنه ، وقال في الاملاء : على الوكيل نصف المسمى ، وقال مالك وزفر : يلزمه ضمان ذلك - دليلنا - ان النكاح الاول باق ، وانما يلزم الصداق بالعقد فاذا لم يكن بينهما عقد فلا صداق عليه ، والاصل براءة الذمة وشغلها يحتاج الى دليل تم كتاب النكاح .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصداق

مسئلة ١ - اذا عقد على مهر فاسد مثل الخمر و الخنزير والميتة وما اشبهه فسد المهر و لم يفسد النكاح، ووجب لها مهر المثل، وبه قال جميع الفقهاء الامالكاء (الكخل) فان عنه (عنده خ ل) روايتان: احديهما مثل ما قلناه، والاخرى يفسد النكاح، وبه قال قوم من اصحابنا - دليلنا - ان ذكر المهر ليس من شرط صحة العقد فاذا ذكر ما هو فاسد لم يكن أكثر من ان لم يذكره اصلاً ولا (فلا خل) يؤثر ذلك في فساد العقد، و ايضاً قوله **عَلَيْهِ** لانكاح الابولى مرشد وشاهدى عدل فنفاه لعدم الولى والشاهدين واثبته بهم؛ و هذا نكاح قد عقد بهم فوجب ان يكون ثابتاً، و ايضاً فانهم اعقد ان يصح ان يتفرد كل واحد منهما عن صاحبه الا ترى انه لو عقد بغير مهر صح النكاح بلا خلاف، واذا ثبت بعد ذلك المهر صح ايضاً فاذا كانا عقدين ففساد احدهما لا يوجب فساد الاخر الا بدليل .

مسئلة ٢ - الصداق ما تراضيا عليه مما يصح ان يكون نعماً لمبيع او اجرة لمكترى (او اجرة لكرء خل) قليلاً كان او كثيراً، قال فى الصحابة عمر بن الخطاب وابن عباس؛ وفى التابعين سعيد بن المسيب والحسن البصرى، وفى الفقهاء ربيعة والاوزاعى والثورى والشافعى و احمد واسحاق، وقال مالك: مقدر بأقل ما يجب فيه القطع وهو ثلاثة دراهم، وقال ابو حنيفة واصحابه: مقدر بعشرة دراهم فان عقد النكاح بأقل من عشرة صححت التسمية وكمات عشرة (العشرة خل) فيكون كانه عقد بعشرة، وهذه التسمية تمنع من وجوب مهر المثل وقال زفر: يسقط المسمى ويجب مهر المثل وهو القياس على قولهم، وقال ابن شبرمة: أقله

خمسۃ دراهم، وقال النخعی: أقله اربعون درهماً؛ وقال سعید بن جبیر أقله خمسون درهماً
 دليلنا - اجماع الفرقۃ واخبارهم، وايضاً قوله تعالى: «وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
 وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» فجعل لها بالطلاق قبل الدخول نصف
 المسمى ولم يفصل القليل من الكثير، وعندهم اذا كان فرض لها خمسۃ وجب كلها وهو
 خلاف القرآن، وروى ابن عمر ان النبي ﷺ قال: ادوا للعائق قيل يارسول الله ﷺ وما
 العائق؟ فقال: ما تراضى (تراضوا خل) (تراضيا خل) به (عليه خل) الاهلون وقد يتراضون بدرهم
 ودرهمين، وقال: من استحل بدرهمين فقد استحل، وعندهم ان من استحل بدرهم (بدرهمين خل)
 فقد استحل بعشرة، وروى ابو سعيد الخدرى ان النبي ﷺ قال: لا جناح على امرء ان يصدق
 امرأة قليلا كان أو كثير إذا (كان خل) اشهد (اشهدوا خل) وتراضوا، وايضاً فان النبي ﷺ
 زوج المرأة على تعليم آية من كتاب الله بعد ان طلب خاتماً من حديد فلم يقدر عليه، وذلك
 يدل على ما قلناه.

مسئلة ٣- يجوز ان يكون منافع الحر مهر أمثل تعليم آية (قرآن ص ف) او شعر مباح او
 بناء او خياطة ثوب، وغير ذلك مما له اجرة، واستثنى اصحابنا من جملة ذلك الاجارة وقالوا
 (فما خل) لا يجوز (ذلك ص ف) لانه كان يختص (بذلك ص ف) موسى ﷺ وبه قال
 الشافعى، ولم يستثن الاجارة بل اجازها، وقال ابو حنيفة واصحابه: لا يجوز ان يكون منافع
 الحر صداقاً بحال سواء كانت فعلهم (تعليماً خل) (فعلا ص ف) او غيره لان عندهم لا يجوز
 المهر الا ان يكون مالا او ما يوجب تسليم المال مثل سكنى دار او خدمة عبدة سنة فاما ما
 لا يكون مثل ذلك فلا يجوز - دليلنا - اجماع الفرقۃ واخبارهم؛ وايضاً روى سهل بن
 سعد الساعدى ان امرأة اتت النبي ﷺ فقالت: يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت
 قياماً طويلاً فقام رجل فقال: يارسول الله ﷺ زوجنيها ان لم تكن لك فيها حاجة فقال
 رسول الله ﷺ: هل عندك من شىء، تصدقها اياه؟ فقال: ما عندى الا ازارى هذا: فقال
 النبي ﷺ: ان اعطيتها اياه جلست ولا ازارك فالتمس شيئاً فقال ما وجد شيئاً فقال:
 التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له رسول الله ﷺ: هل معك
 (عندك خل) من القرآن شىء؟ قال: نعم سورة كذا وسورة كذا (قد دخل) سماها فقال له

رسول الله ﷺ: قد زوجتكم بما معكم من القران وظاهره انه جعل الذى معه من القران (القرآن الذى معه خ ل) صدقاً وهذا لا يمكن فقد ثبت انه انما جعل الصداق تعليمها اياه، وروى عطاء بن ابي هريرة ان النبى ﷺ قال لرجل: (الرجل خ ل) ما تحفظ من القران قال: سورة البقرة والى تليها قال: فقم وعلمها (فقال قم فعلمها خ ل) عشرين آية وهى امرأتك .

مسئلة ٤- اذا صدقتها تعليم سورة فلقنها فلم تحفظها شيئا او حفظتها من غيره فالحكيم واحد، وكذلك ان اصدقها عبد أفهك قبل القبض فالكل واحد كان لها مثل (بدل خ ل) الصداق وهو اجرة مثل تعليم السورة وقيمة العبد ، وبه قال الشافعى فى القديم ؛ وقال فى الجديد : انه يسقط المسمى ، ويجب لها مهر المثل - دليلنا - ان ايجاب مهر المثل يحتاج الى دليل لان الذى وجب لها بالعقد شيء بعينه فاذا تعذر كان لها اجرته اذ قيمته .

مسئلة ٥ - اذا اصدقها تعليم سورة ثم طلقها قبل الدخول بها وقبل تعليمها جازله ان يلقنها (تلقينها خ ل) النصف الذى استقر عليه ، وللشافعى فيه وجهان (قولان خ ل) احدهما مثل ما قلناه ؛ والثانى ليس له ذلك لانه لا يؤمن من الافتتان بها دليلنا - ان الذى ثبت لها واستقر تعليم نصف مسمى وايجاب غير ذلك يحتاج الى دليل ولا يؤدى الى الافتتان بها لانه لا يلقنها الا من وراء حجاب، وكلام النساء من وراء الحجاب ليس بمحظور بالاخلاف.

مسئلة ٦- اذا اصدقها صدقاً ملكته بالعقد وكان من ضمانه أن تلف قبل القبض ومن ضمانها ان تلف بعد القبض فان دخل بها استقر، وان طلقها قبل الدخول بهارجع بنصف المهر المعين دون نمائه (العين دون ما نمت خ ل) وبه قال ابو حنيفة واصحابه و الشافعى وقال مالك: انما ملك (ملكت خ ل) بالعقد نصفه فيكون الصداق بينهما نصفين فاذا قبضته كان لها نصفه بالقبض (بالملك خ ل) والاخر امانة فى يدها لزوجها فان هلك من غير تغريط هلك منهما؛ فان طلقها قبل الدخول كان له اخذ النصف لانه ملكه لم ينزل عنه دليلنا - قوله تعالى ((واتوا النساء صدقاً هنن)) وفيه دلالة من وجهين احدهما انه اضاف الصدقات اليهن، والظاهر انه لهن ولم يفرق بين قبل الدخول و بعده، والثانى انه امر بايتائهن ذلك كله ثبت ان الكل لهن وايضاً اجماع الفرقة فانهم رويوا بلا خلاف

بينهم انه اذا اصدقها غنماً ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقال صلى الله عليه وآله ان كان اصدقها وهي حامل عنده فله نصفها ونصف ما ولدت، وان اصدقها حائلاً ثم حملت عندها لم يكن له من اولادها شيء، وهذا يدل على انها قد ملكته بالعقد دون الدخول

مسئلة ٧ - ليس للمرأة التصرف في الصداق قبل القبض؛ وبه قال جميع الفقهاء و قال بعضهم: لهذا ذلك - دليلنا - ان جواز تصرفها فيه بعد القبض مجمع عليه ولا دليل على جواز تصرفها فيه قبل القبض، وروى عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع مال يقبض، وقد روى ذلك اصحابنا ولم يفصل.

مسئلة ٨ - اذا اصدقها شيئاً بعينه كالثوب والعبد والبهيمة فتلف قبل القبض سقط حقها من عين الصداق، والنكاح بحاله بلا خلاف، ويجب لها مثله ان كان له مثل فان لم يكن له مثل فقيمة، وللشافعي فيه قولان (وجهان خ ل) احدهما مثل ما قلناه قاله في القديم وهو اختيار الاسفرايني؛ وبه قال ابو حامد (حنيفة خ ل) واختار المزني قوله في الجديد ان لها مهر مثلها، وعليه اكثر اصحابه - دليلنا - ان كل عين وجب (يجب خ ل) تسليمها الى مالِكها فاذا تلف ولم يسقط سبب الاستحقاق لملكها (بها كما خ ل) وجب الرجوع الى بدلها كالغصب والقرض والعارية عند من ضمنها لان ايجاب مهر المثل، يحتاج الى دليل (شرع خ ل) ولا دليل عليه .

مسئلة ٩ - اذا اصدقها عبداً مجهولاً او داراً مجهولة روى اصحابنا ان لها داراً وسطاً، (وكذلك خ ل) او عبداً وسطاً، وقال الشافعي: يبطل المسمى؛ ويجب لها مهر المثل دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فانها اختلفت رواياتهم ولا فتاؤهم في ذلك.

مسئلة ١٠ - اذا قال اصدقتهما هذا النخل فبان خمراً كان لها قيمتها عند مستحلبها وقال الشافعي: يبطل المسمى ولها مهر المثل - دليلنا - ان العقد وقع على معين ونقله (فمنقله خ ل) الى مهر المثل يحتاج الى دليل .

مسئلة ١١ - اذا عقد في السر بمهر ذكره وعقداً في العلانية بخلافه فالمهر هو الاول وللشافعي فيه قولان: الا شهر الذي عليه اصحابه مثل ما قلناه، وقال المزني: مهر العلانية اولى وذكر انه نص الشافعي (للشافعي خ ل) قال اصحابه بذلك اذا كان الاول مروضة

دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم، وايضاً فان العقد الاول قد ثبت والمهر قد لزم؛ والثانى ليس بعقد فكيف يجب فيه (بهخل) المهر.

مسئلة ١٢ - اذا تزوج باربع نسوة بعقد واحد ممن له الولاية عليهن بالف فالنكاح صحيح ، وكذلك عند الشافعى، وقال المزنى: العقد باطل والمهر عندنا صحيح وعند الشافعى على قولين، وهكذا لو خالعهن دفعة واحدة بعقد واحد بالفصح الخلع بالاخلاف؛ و البذل (و البذل خ ل) عنه على قولين، وان كان له اربعة اماء (اعبدخل) فكانين بالف الى نجمين صح عندنا، وعنده فى صحة الكتابة قولان: فالقولان فى الكتابة فى اصل العقد، وفى النكاح والخلع فى البذل (البذل خ ل) دون العقد دليلنا ان الاصل جوازُه وصحته، والمنع منه يحتاج الى دليل، وايضاً قوله تعالى: «وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم» ولم يفصل بين ان يعقد عليهن فى عقد واحد او عقدين فمن قال بفساده او فساد المهر فعليه الدلالة .

مسئلة ١٣ - اذا زوج الرجل ابنه الصغير على مهر معلوم فان كان الولد موسراً تعلق المهر بذمة الولد ولزمه فى ماله بالاخلاف وان كان معسراً تعلق بذمته ويكون الاب ضامناً؛ و للشافعى فى ضمان الاب قولان: قال فى القديم: مثل ما قلناه، وقال فى الجديد لا يتعلق بذمة الوالد شىء، باطلاق العقد - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً فانه لما قبل النكاح لولده مع علمه باعساره وعلمه بلزوم الصداق بعقد النكاح علمنا من حيث العرف و العادة انه دخل على ان يضمن فقيام العرف فى هذا بمنزلة نطقه .

مسئلة ١٤ - اذا تزوج المولى عليه لسفه (بسفه خ ل) او صغر بغير اذن وليه كان النكاح باطلا بالاخلاف وان دخل به الم يلزمه المهر؛ وللشافعى فيه قولان اصحهما عندهم مثل ما قلناه وقال فى القديم يلزمه مهر المثل - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة فمن علق عليها شيئاً فعليه الدلالة .

مسئلة ١٥ - المفوضة اذا طلقتها زوجها قبل الفرض وقبل الدخول بها فلا مهر لها لكن يجب لها المتعة ، وبه قال الاوزاعى وحماد بن ابى سليمان وابو حنيفة واصحابه والشافعى، وقال مالك: لا مهر لها ولا متعة لها، ويستحب ان يمتعها استحباباً وبه قال الليث بن

سعد وابن ابي ليلى - دليلنا - قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدوهن وهن و سرخوهن سر احا جميلا » وهذا امر يقتضى الوجوب وقال عز وجل : (تعالى خ ل) « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تقرضواهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين » وفيها (هي هنا خ ل) ثلاثة ادلة ازلها قوله تعالى : و متعوهن ، وهذا امر يقتضى الوجوب ؛ و ثانيها فصل بين الموسع (الموسر خ ل) و المقتر (المعسر خ ل) فلولم تكن واجبة لما فصل بينهما كصدقة التطوع لافضل بينهما ، و الثالث قوله تعالى : حقا على المحسنين ، و قوله على من حروف الوجوب ثبت انها واجبة ، و عليه اجماع الصحابة ، روى ذلك عن على عليه الصلاة والسلام و عمر و لا مخالف لهما ، و قال (قوله خ ل) تعالى : « و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » فاضاف المتعة اليهن ثبت انه واجب لهن ، و قال حقا على ، و ظاهر ذلك يقتضى الوجوب

مسئلة ١٦ - المتعة على الموسر خادم و على الاوسط ثوب او مقنعة و على الفقير خاتم و ما أشبهه ، و قال الشافعي : المستحب من ذلك خادم فان لم يقدر فمقنعة فان لم يقدر فثلاثون درهما ، و الواجب فيه (منه خ ل) ما يراه الامام ، و من اصحابه من قال اقلها ما يقع عليه الاسم ولو كان قيراطا ، و الاول اظهر فاما الاعتبار بالاعمار و اليسار بالرجل و دونها ، و للشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه و الاخر الاعتبار باعسارها و يسارها و جمالها لانه بدل عن مهر مثلها و ذلك معتبر بها ، و قال ابو حنيفة : قدر المتعة ثلاثة اثواب : درع و خمار و ملحفة تمام ثيابها فان كان نصف مهر مثلها اقل من ذلك نقصنا منه ما نشاء ما لم يبلغ بالنقص اقل من خمسة دراهم - دليلنا - قوله تعالى « و متعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره » فاعتبر حال الرجل دون المرأة فاما تفصيل ما ذكرناه فدليلنا (ليله خ ل) اجماع الفرقة و اخبارهم ، و روى عن ابن عباس انه قال اقل المتعة درهم (اكثر المتعة خادم و اقلها (يكون خ ل) ثلثون درهما خ ل)

واكثرها خادم.

مسئلة ١٧ - مفوضة البضع اذا فرض لها مهر (المهر خ ل) بعد العقد فان اتفقا على قدر المهر مع علمهما بقدر مهر المثل او ترافعا الى الحاكم ففرض لها المهر كان كالمسمى بالعقد تملك المطالبة به فان دخل بها ومات استقر ذلك و ان طلقها قبل الدخول سقط نصفه ولها نصفه و لامتعة عليه و به قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة اذا فرض لها فطلقها قبل الدخول سقط المفروض كانه ما فرض لها ووجب لها (و جبت خ ل) المتعة كمالو طلقها قبل الفروض - دليلنا - قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »

ومعناه يعود اليكم نصف ما فرضتم لان المهر كان واجباً لها قبل الطلاق و بالطلاق ما وجب لها شيء ، فلما قال : فنصف ما فرضتم ثبت انه (اراد خ ل) يعود الى الزوج نصف ما فرض وهذا دليل على ابي حنيفة لانه قال : يعود الى الزوج نصف ما فرض وهذا دليل على ابي حنيفة لانه قال يعود اليه كله (فان خ ل) قالوا : قوله فنصف ما فرضتم معناه فنصف ما سميتم بالعقد فالجواب (و خ ل) ان المسمى عندكم على ما قاله الرازي (الرازي خ ل) يسقط كله بالطلاق قبل الدخول وانما يجب نصف مثله فاما نصف ذلك المسمى فلا ، وهذا (فهنا خ ل) يخالف نص الاية فان الله تعالى قال : نصف الفرض لان نصف مثله ، على أن الاية بالمفروض بعد العقد أشبه منها بالمسمى حال العقد ؛ وايضاً نحمل الاية على العموم فيما فرض حال العقد وما فرض بعده ولا تنافي بينهما ، و روى ابن عمر ان النبي ﷺ قال : ادوا للعلائق قيل : يا رسول الله وما العلائق قال : ما تراضي (ضيا خ ل) عليه الاهلون وذلك عام على (في خ ل) كل حال .

مسئلة ١٨ - اذا مات احدهما قبل الفرض وقبل الدخول فلا مهر لها ، و به قال في الصحابة على عليه الصلاة والسلام وابن عباس وزيد والزهرى ، و به قال ربيعة و مالك والاوزاعي وأهل الشام وهو احد قولى الشافعي ؛ والقول الاخر لها مهر مثلها ، و به قال ابن مسعود واهل الكوفة وابن شبرمة وابن ابى ليلى والثورى و ابو حنيفة واصحابه واحده واسحاق - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة وشغلها بذلك يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٩ - لا يجب بالعقد مهر المثل ، و به قال الشافعي ، و قال ابو حنيفة :

يجب بالعقد مهر المثل - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء ، واستدل ابو حنيفة بما روى انه اتى عبدالله بن مسعود في رجل تزوج امرأة فمات عنها ، ولم يفرض لها وفي بعضها قال: واختلفوا اليه شهراً او قال مرات قال: فاني اقول فيها: ان لها صداقاً كصداق نساءها لا وكس فيه ولا شطط، وان لها الميراث وعليها العدة ، فان يكن صواباً فمن الله وان يكن خطأ فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريتان (بريان خ ل) فقام اليه ناس من اشجع فيهم الجراح بن (وابوخل) سنان فقالوا: يا ابن مسعود نحن نشهد ان رسول الله ﷺ قضى فينا في تورع (بردخل) بنت ناشق (واشق نسخة واسق خ ل) كان تزوجها (زوجها خ ل) هلال بن مرة الاشجعي كما قضيت قال: ففرح عبدالله بن مسعود فرحاً شديداً حين وافق قضاءه قضاء رسول الله ﷺ ، وهذا خبر واحد لا يجب عندنا العمل عليه ، لانه لم يرو من طريقنا ، وانما روى من طريق لا يعرف عدالة رواته ، (راويه خ ل) وما هذا صورته لا يجب العمل به ، وقد اجيب عنه باجوبة: أحدها أنه مضطرب السند فانه روى فيه فقام رهط من اشجع ، وروى فقام ناس من اشجع ، وروى فقام معقل بن يسار ومرة بن سنان ، وتارة ابو المليح ، وتارة ابو الجراح ، وهذا الاضطراب يدل على ضعفه و ذكر الواقدي في كتاب خطاء الحديث فقال: وقع هذا الحديث الى اهل المدينة فلم يعرفه احد من اهل العلم بها فثبت انه (به خ ل) لا اصل له ، وانما وقع اليهم من اهل الكوفة على انه يحتمل ان يكون فرض بعضها (فوض بضعها خ ل) بغير اختيارها وهي الصغيرة او البكر الكبيرة فان كانت ممن لا يعتبر رضاها فلها مهر مثلها عند الشافعي ، وهذا لا يصح على اصلنا فانما لانفصل بين الموضوعين على ان الخبر تضمن قضية في عين يحتمل ما قالوه على ما روه عن ابن مسعود (على ان ما روه عن ابن مسعود قد دخل) ، وقد خالفه أربعة من الصحابة فكان قولهم اولى .

مسئلة ٢٠ اذا انفق على مقدار مال (ما ص ف) او شيء بعينه مع الجهل بمبلغ مهر المثل صح ما انفق عليه ، وللشافعي فيه قولان : قال في القديم والاملاء مثل ما قلناه ، و قال في الام لا يصح - دليلنا - ان الواجب ما يتفقان عليه فاي شيء اتفقا عليه كان ذلك الواجب

مسئلة ٢١ - مفوضة المهر هو ان يذكر مهرأ ولا يذكر مبلغه فيقول تزوجتك

على ان يكون المهر ماشئنا او ماشاء أحدنا فاذا تزوجها على ذلك فان قال على ان يكون المهر ماشئت انافانه مهمما يحكم به وجب عليها الرضا به قليلا كان او كثيراً ؛ وان قال على ان يكون المهر ماشئت انت فانه يلزمه ان يعطيها ما تحكم به مالم يتجاوز خمس مائة درهم وقال الفقهاء كلهم : ابو حنيفة والشافعي انه يلزمه مهر المثل - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم وقد ذكرناها في الكتاب الكبير .

في معنى مفوضة المهر

مسئلة ٢٢ - اذا (انخل) دخل به مفوضة المهر استقر ما يحكم واحد منهما به على ما فصلناه ؛ وان طلقها قبل الدخول بها وجب نصف ما يحكم به واحد منهما ، وقال الشافعي وابو حنيفة : ان دخل بها استقر مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها استحقت نصفه عند الشافعي ، وقال ابو حنيفة : يسقط بالطلاق قبل الدخول ويجب المتعة - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، و ايضاً فاذا ثبتت المسئلة الاولى ثبتت هذه لان احدا لا يفرق بينهما .

مسئلة ٢٣ - حكم الصغيرة و البكر الكبيرة التي تجبر على النكاح اذا زوجها وليها الذي له الاجبار مفوضة البضع حكم التي لها الاذن في انه لا يجب مهر المثل بنفس العقد ، وقال الشافعي : هيئنا يجب مهر المثل بنفس العقد - دليلنا - قوله تعالى « لاجناح عليكم ان طلقتن النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة » ولم يفصل وايضاً الاصل براءة الذمة .

مسئلة ٢٤ - مهر المثل في الموضع الذي يجب يعتبر بنساء أهلها من امها واختها وعمتها وخالتها وغير ذلك ، ولا يجاوز بذلك خمس مائة درهم ، فان زاد على ذلك مهر المثل اقتصر على خمس مائة وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبته دون أمها ونساء ارحامها ونساء بلدها ونساء عصبته اخواتها ، وبنات الاخوة وعماتها ، و بنات الاعمام و عمات الاب وبنات اعمام الاب وعلى هذا ابدأ ، وقال مالك : اعتبر بنساء بلدها وقال ابو حنيفة : يعتبر بنساء أهلها من العصبان وغيرهم من ارحامها ، زقيل : ان ذلك (هذا

خ ل) مذهب ابن ابي ليلى وان مذهب ابي حنيفة مثل مذهب الشافعى - دليلنا - اجماع
الفرقة واخبارهم .

مسئلة ٢٥ - اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر مثل أن يقول الزوج تزوجتك بألف و
قالت بالالفين او فى جنس المهر فقال تزوجتك بألف درهم، وقالت بألف دينار فالقول قول الزوج
سواء كان قبل الدخول أو بعده، وبه قال النخعي، وابن شبرمة وابن ابي ليلى، وقال ابو حنيفة والشافعى
والثورى: بتحالفان؛ ويجب مهر المثل وذهب مالك الى أنه ان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول
قول الزوج كما قلنا لانه غارم، وان كان قبل الدخول تحالفا كما قال الشافعى الا ان قال: اذا
تحالفا بطل النكاح بناء على اصله فى ان المهر اذا فسد بطل النكاح - دليلنا - اجماع
الفرقة و اخبارهم و ايضا قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعى و
اليمين على المدعى عليه وهذه هى المدعية و هو المنكر فيجب ان تكون البينة عليها
واليمين عليه .

مسئلة ٢٦ - اذا تحالفا فسد المهر عندهم ، ووجب لها مهر المثل على كل حال عند
جميع اصحاب الشافعى الا ابن خيران فانه قال : ان كان ما ادعته المرأة قدر مهر مثلها
او أكثر ووجب لها مهر المثل وان كان ما تدعيه اقل من مهر المثل (مثلها خ ل) مثل ان
ادعت ألفاً ومهر مثلها ألفان فانه لا يجب عليه الا الف لانها لا تدعى زيادة عليه فلا تعطى
مالا تدعيه وانفقوا كلهم على انه اذا اقر بان مهرها الفان ومهر مثلها ألف انه لا يلزمه
اكثر من الف ، وقال ابو حنيفة ومحمد : ان كان مهر مثلها مثل ما قال الزوج او اقل فلها
مهر مثلها وان كان مهر مثلها مثل ما ادعت او أكثر فلها ما ادعت ولا تزداد عليه، وان
كان مهر مثلها فوق ما قال الزوج ودون ما قالت فلها مهر مثلها ، وهذا التفصيل قد سقط
عنا لما بيناه فى المسئلة الاولى لانه (بانه خ ل) مبنى على التحالف .

مسئلة ٢٧ - اذا اختلف الزوجان فى قبض المهر (١) فقال الزوج : قد اقبضتك المهر،
وقالت : ما قبضته فالقول قولها سواء كان قبل الزفاف أو بعده قبل الدخول بها وبعده
وبه قال سعيد بن جبير والشعبى واكثر اهل الكوفة ابن شبرمة وابن ابي ليلى و ابو حنيفة

(١) تعرض لهذه المسئلة تانياً فى مسئلة ١٢ من كتاب النفقات ومال فيها الى تقديم قول الرفع

وأصحابه والشافعي ، وذهب مالك الى أنه ان كان بعد الدخول فالقول قوله ، وان كان قبل الدخول فالقول قولها ، وذهب الفقهاء السبعة الى أنه ان كان بعد الزفاف فالقول قوله وان كان قبله فالقول قولها قال : أبو حامد الاسفرايني ورايت من يحكى عن هؤلاء أنه انما يكون القول قوله في القدر الذي جرت العادة بتقديمه (بتقديره) قال هو : ولا عرف هذا التفصيل عن مالك - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، وايضاً قول النبي ﷺ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والزواج قد اعترف بالمهر و ادعى انه قد اقبض فعليه البينة والافعلها اليمين .

مسئلة ٢٨ - اذا كان مهرها الفأو (فاخل) اعطاها الفأ و اختلفا فقالت قلت لى خذى هذه هدية أو قالت هبة وقال: بل قلت خذيها مهرأ فالقول قول الزوج بكل حال وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي ، وقال مالك : ان كان المقبوض ما جرت العادة بهدية مثله كالمقنعة والخاتم ونحو هذا فالقول قولها انه هدية والا فالقول قوله كما قلناه - دليلنا - انهما قد اتفقا ان الالف ملك الزوج و اختلفا في صفة (وصف خل) انتقاله الى يدها فوجب أن يكون القول قول المالك وعلى من ادعى انتقاله (انه انتقل خل) اليه بسبب البينة.

مسئلة ٢٩ - البكر البالغة الرشيدة يجوز لا يبيها أن يقبض مهرها بغير امرها ما لم تنه عن ذلك ، وبه قال ابو حنيفة وهو قول بعض الخراسانية من اصحاب الشافعي وقال اكثر اصحابه : ليس له ذلك الا باذنها - دليلنا - اجماع الفرقة على ان له ان يعفوعن المهر ومن له العفولة المطالبة والقبض ، ونحن ندل على ذلك فيما بعد ، وان الذي بيده عقدة النكاح هو الاب دون الزوج .

مسئلة ٣٠ - اذا تزوج امرأة ودخل بها ثم خالها فلزوجها نكاحها في عدتها فان فعل وامهرها مهرأ فان دخل بها استقر المهر ، وان طلقها قبل الدخول ثبت نصف المهر وسقط نصفه ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : لا يسقط شئ ولها المهر كله - دليلنا - قوله " فنصف ما فرضتم " وهذا طلاق قبل المس ، وايضاً فان الاصل برائة الذمة ومن اوجب جميع المهر فعليه الدلالة .

مسئلة ٣١ - اذا صدقها على ان لا يبها الفأ فالنكاح صحيح باخلافا وما سماه لها يجب عليه الوفاء به، وهو بالخيار فيما سماه لا يبها وقال الشافعى : المهر فاسد ولها مهر المثل هذه نقلها المزننى من الام ، وقال فى القديم ان (لوحل) اصدقها الفأ على ان لا يبها الفأ ولا مها الفأ كان الكل للزوجة ؛ وبه قال مالك - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وقد ذكرناها (فى الكتاب الكبير خل).

مسئلة ٣٢ - اذا اصدقها الفأ وشرط ان لا يسافر بها اولا يتزوج عليها اولا يتسرى عليها كان النكاح والصداق صحيحين والشرط باطلا ، وقال الشافعى : المهر فاسد ؛ و يجب مهر المثل فاما النكاح فصحيح - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضاً روى عن النبى ﷺ انه قال : ما بال اقوام يشترطون (يشترطون خ ل) شروطاً ليست فى كتاب الله كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ولم يقل الصداق باطل .

مسئلة ٣٣ - اذا اصدقها داراً وشرط (فشرط خل) فى الصداق ثلاثة ايام شرط الخيار صح الصداق والشرط معاً والنكاح صحيح ، وللشافعى فى صحة النكاح قولان : احدهما يبطل ؛ والثانى يصح فاذا قال يصح (صحيح خل) فله فى الصداق ثلاثة اوجه : احدها يصح المهر والشرط معاً كما قلناه ، والثانى يبطلان معاً ، والثالث يبطل الشرط دون الصداق دليلنا - قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم ، ولان هذا الشرط لا يخالف الكتاب و السنة فيجب ان يكون صحيحاً .

مسئلة ٣٤ - الذى بيده عقدة النكاح عندنا هو الولى الذى هو الاب او الجد ، وبه قال ابن عباس والحسن البصرى وربيعة ومالك واحمد بن حنبل وهو قول الشافعى فى القديم الا ان عندنا له ان يعفو عن بعضه وليس له ان يعفو عن جميعه ، وقال فى الجديد : هو الزوج وروى (رو وأخل) ذلك عن على عليه الصلاة والسلام وجبير بن مطعم وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وشريح وعجاهد والشعبى والنخعى والاوزاعى وأهل الكوفة وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وابو (ابى خل) حنيفة واصحابه - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً قوله تعالى « وان طلقتنوهن من قبل ان تمسوهن » الى قوله « او يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وفيها ادلة : اولها انه افتتح الاية مخاطباً (فخاطب خل) للزوج بخطاب المواجهة ثم عدل

عنه الى الكناية «فقال فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح»
والخطاب متى عدل به عن المواجهة الى الكناية فالظاهر أنه كنى عن غير من واجهه
بالخطاب اولاً ، ولو كان المراد به الزوج لماعدل به عن المواجهة ، الثاني أنه قال الا ان
يعفون يعنى الزوجة عن نصفها ثم عطف على هذا فقال: «او يعفو الذى بيده عقدة النكاح»
فكان حملها على الولي اولى لانه عطف عفو نصف الصداق من الولي على عفو نصفه من
الزوجة فكان عطف عفو على عفو تقدم اولى من عطف عفو لاءلى عفو تقدم ، الثالث قوله تعالى
«او يعفو الذى بيده عقدة النكاح» فاذا حملناه على الولي حملنا الكلام على ظاهره
من غير اضرار فان للولي أن يعقد ويبيده ان يعفو بعد الطلاق وقبل الدخول و الزوج
لا يملكها بعد الطلاق ، وانما كان يملكها فافتقر الى اضرار ، والرابع ان الله تعالى ذكر
العفو فى الآية فى ثلاثة مواضع فقال : « الا ان يعفون او يعفو الذى بيده عقدة النكاح
و ان تعفوا اقرب للتقوى » فمن قال الذى بيده عقدة النكاح الولي حمل كل
عفو على فائدة ، واذا قلنا هو الزوج حملنا عفوين على فائدة واحدة على ما مضى فكان
حمل كل عفو على فائدة اولى من حمل عفوين على فائدة .

مسئلة ٣٥- اذا اصدقها صداقاً ثم وهبته له ثم طلقها قبل الدخول فله أن يرجع
عليها بنصفه ؛ وللشافعى فيه قولان قال فى القديم : لا يرجع وهو اختيار المزنى ، وقال
الشافعى : وهذا حسن ، وقال فى الجديد : يرجع وهو أصح القولين عندهم (و خ ل) سواء وهبت
له بعد أن قبضته أو قبل القبض الباب واحد ، وقال ابو حنيفة ان كان ذلك بعد القبض
رجع عليها بالنصف ، وان كان قبل القبض لم يرجع عليها بشىء - دليلنا - اجماع الفرقة
وأخبارهم وقد ذكرناها فى الكتاب الكبير .

مسئلة ٣٦- اذا اصدقها عبداً فوهبت له نصفه ثم طلقها قبل الدخول بها فانه
يرجع عليها بنصف العبد الذى وهبته ، وللشافعى فيه ثلاثة اقوال : أحدهما لا يرجع بشىء ،
وبه قال ابو حنيفة ، والثانى يرجع بنصف الموجود وهو ربع العبد ، وبه قال ابو يوسف ومحمد
والثالث يرجع بالنصف على ما (كما نخل) قلناه - دليلنا - ان الذى استحقته من العبد
نصفه فاذا وهبته له فقد قبضته ، فاذا طلقها وجب عليها ان ترد ما اخذته .

مسئلة ٣٧- اذ زوج الاب او الجد من له اجبارها على النكاح من البكر الصغيرة (١) او الكبيرة بمهر دون مهر المثل ثبت المسمى ولا يجب مهر المثل ، و به قال ابو حنيفة ، و قال الشافعى : يبطل المسمى و يجب مهر المثل - دليلنا - ان المسمى لا خلاف انه واجب عليه ؛ و من أوجب مهر المثل فعليه الدلالة ، و ايضا قوله تعالى : «وان طلقتوهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» ولم يفصل بين أن يكون دون مهر المثل او مثله او فوقه فوجب حمله على عمومه ، و ايضا روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال : ادوا العلائق قيل (ف قيل خل) و ما العلائق قال (فقال خل) ما تراضى (ضواخل) عليه الاهلون وهذا قد تراضى الاهلون عليه فوجب ان لا يؤدوا (بوءى خل) غيره ، و ايضا فقد علمنا ان النبى ﷺ زوج بناته بخمس مائة و معلوم أن مهر مثل بنت (ابنة خل) النبى ﷺ لا يكون هذا القدر فلو لا أن الولى اذا عقد على أقل من مهر المثل صح و لزم المسمى لما كان رسول الله ﷺ يفعلها .

مسئلة ٣٨ - اذا وجب لها مهر المثل فا برئته عنه ؛ فان كانت عالمة بمقداره صح الابراء ، و ان لم تكن عالمة به لم يصح و كذلك ضمان المجهول لا يصح ، و به قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة : ضمان المجهول و البراء عن المجهول يصحان معاً - دليلنا ان صحة المجهول (ذلك خل) يحتاج الى دليل و الاصل بقاء الحق فى الذمة ، و اسقاطه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٣٩- اذا سمى الصداق و دخل بها قبل أن يعطيها شيئاً لم يكن لها بعد ذلك الامتناع من تسليم نفسها حتى تستوفى بل لها المطالبة بالمهر ، و يجب عليها تسليم نفسها ، و به قال الشافعى ، و قال ابو حنيفة لها أن تمتنع حتى تقبض لان المهر فى مقابلة كل و طى فى النكاح - دليلنا - ان البضع حق (حقه و خل) و استحققه و المهر حق عليه و ليس اذا كان عليه حق جازان تمتنع حقه لان جواز ذلك يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٠- اذا أصدقها الفأ ثم خالها على خمس مائة منها قبل الدخول بها

(١) كذا فى النسخ و المناسب تقييد الكبيرة بالكبر و الطلاق الصغيرة ح طبا

فإنه يسقط عنه جميع المهر ، وقال الشافعي : إذا أصدقها شيئاً فخالعها (فخالعته خل) على شيء منه فما بقي فعليه نصفه ، وظاهر هذا (١) أن له من الألف مائتين وخمسين ، واختلف أصحابه على ثلاث طرق ، فقال أبو إسحاق معناه مثل ما قلناه وأنه يصير المهر كله ، وقال ابن خيران : معناه يتعقد الخلع بمائتين وخمسين ، ويسقط عن الزوج مأتان وخمسون وبقي بعده هذا خمس مائة يسقط عنه نصفها ويبقى عليه نصفها ، وفي أصحابه من قال : الفقه على ما قاله ابن خيران وخالفه في التعليل - دليلنا - أنه إذا أصدقها ألفاً فقد ملكتها كلها فإذا خالعها ، والخلع لا يكون عندنا الاطلاق فيكون قد طلقها قبل الدخول فيرجع عليه نصف المسمى بالطلاق ويستقر لها النصف وقد اسقطته بالخلع فلم يبق لها شيء من المسمى على ما قلناه .

مسئلة ٤١ - من وطئ امرئة فأفضاها ، ومعنى ذلك أنه صير مجرى البول ومدخل الذكر واحداً فإن كان قبل تسع سنين لزمه نفقتها مادامت حية وعليه مهرها وديتها كاملة وان كان بعد تسع سنين لم يكن عليه شيء غير المهر ، وهذا إذا كان في عقد صحيح أو عقد شبهة فاما إذا كان مكرهاً فإنه يلزم ديتها على كل حال ولا مهر لها ، وسواء كان البول مستمسكا أو مسترسلا ، وقال الشافعي : عليه مهرها وديتها ولم يفصل بين قبل تسع سنين وبعده ، وقال أبو حنيفة : ان أفضى زوجته فلا يجب عليه بالافضاء شيء ، وان كانت أجنبية نظرت ، فإن كان الوطئ في نكاح فاسد ، فإن كان البول مسترسلا فلها مهر مثلها ولها كمال الدية ، وان كان مستمسكا فلها المهر وثلث الدية كالجائفة وان (فان خل) استكره امرأته على هذا فلا مهر لها والدية على ما فصلناه ، وقال مالك : عليه حكومة ، والكلام في المسئلة في كتاب الديات وهي هنا يختص الزرجية (جة خ ل) - دليلنا - اجماع الفرقة فانهم لا يختلفون

(١) قوله قد ظهر هذا ان له من الألف مائة وخمسين الخ أقول : بل ظاهره هو أن عليه من الألف مائتين وخمسين فهو صحيح الخلع على خمس مائة وجعل البندل كما لو لم يكن جز آمن المهر ثم حكم بالتنصيف في الخمس مائة الباقية وهو تحكم او نزله هلى الهبة وقال بهذا على قوله فيها له نصف الموجود وهو الربع وهو أيضاً مشكل على اصولهم . ح طباطبائي البروجردى .

في ذلك وطريقة الاحتياط لبراءة الذمة تقتضيه .

مسئلة ٤٢ - اذا طلقها بعد أن خلا بها وقبل ان يمسهما اختلف الناس فيه على ثلاثة مذاهب فذهب طائفة الى أن وجود هذه الخلوة وعدمها سوآء ويرجع (فيرجع خ ل) عليه (اليه خ ل) نصف الصداق ولعادة عليها وهو الظاهر من روايات أصحابنا ، وبه قال في الصحابة ابن عباس وابن مسعود ، وفي التابعين الشعبي وابن سيرين وفي الفقهاء الشافعي وأبو ثور وذهب طائفة الى أن الخلوة كالدخول يستقر بها المسمى ويجب عليها العدة وبه قال قوم من أصحابنا وروى في ذلك (ذلك في خ ل) اخبار من طريق اصحابنا، وروى ذلك عن علي عليه الصلا والسلام وبه قال عمر بن الخطاب وابن عمر، وفي التابعين الزهري ؛ وفي الفقهاء الاوزاعي و أبو حنيفة وأصحابه، وهو نص قول الشافعي في القديم؛ وذهب طائفة الى أنها ان كانت خلوة تامة فالقول قول من يدعى الاصابة ، وبه قال مالك بن انس قال : والخلوة التامة أن يزفها الزوج الى بيته ويخلو بها وان لم تكن تامة مثل أن خلا بها في بيت و الدها مالم تنزل حشمة و(فاخل) ان طال مدته عندهم وارتفعت الحشمة صارت خلوة تامة (بهاخل) فنقول القول قول من يدعى الاصابة ومن (في خ ل) اصحاب الشافعي من قال: تأثير الخلوة على قوله التقديم أن القول قول من يدعى الاصابة كما قال مالك الا انه لا يفصل الخلوة في بيته كانت او في بيتها وليس هذا كما قال هذا القائل فان الشافعي قد نص في القديم على مثل ما ذهب اليه أبو حنيفة- دليلنا قوله تعالى «وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» ولم يستثن الخلوة فوجب (فيجب خ ل) حملها على عمومها ووجه الدلالة من الاية انه لا يخلو من أن يكون المسيس عبارة عن اللمس باليد او عن الخلوة او عن الوطى فبطل أن يراد به اللمس باليد لان ذلك لم يقل به أحد ولا اعتبره ، وبطل ان يراد به الخلوة لانه لا يعبر به عن الخلوة لاحقيقة ولا مجازاً ويعبر به عن الجماع بلا خلاف فوجب حمله عليه على انه اجمعت الصحابة على ان المراد من الاية بالمسيس الجماع روى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس ، وروى عن عمر انه قال اذا أغلق الباب و ادخى الستر فقد وجب المهر ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم ومعلوم ان العجز من الزوج لا يكون عن الخلوة ولا

من اللبس باليد ثبت انه اراد به الاصابة ، و ايضاً قال الله تعالى في اية العدة « ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ولم يفصل ، و ايضاً روايات أصحابنا قد ذكرناها في ذلك في الكتاب المذكور ، وبيننا الوجه فيما يخالفها ، و ايضاً الاصل برائة الذمة فمن (و خ ل) اوجب جميع المهر على الرجل والعدة على المرأة بالخلوة فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٣ - اذا تزوج امرأة وامهرها عبداً مطلقاً فقال تزوجتك على عبد فالنكاح صحيح ، ويلزمه عندنا عبد وسط من العبيد ، و به قال ابو حنيفة ، وقال يعطيها عبداً بين عبيدين وهو اوسط العبيد عبد سندي او عبد منصورى فانه اوسط العبيد ، وكذلك عندنا اذا تزوجها على دار مطاوعة فلها دار وسط بين دارين ، وقال الشافعى : الصداق باطل و ويلزمه مهر المثل - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ؛ و روى عن ابن عمر ان النبى ﷺ قال ادوا العلائق ، قيل وما العلائق ؟ قال ما تراضى عليه (به خ ل) (عليها خ ل) الاهلون و هذا ما قد تراضى به (بها خ ل) الاهلون .

مسئلة ٤٤ - المدخول بها اذا طلقت لامتعة لها سواء كان سمي لها مهرأ اولم يسم فرض لها اولم يفرض ، و به قال ابو حنيفة ، و للشافعى فيه قولان : قال فى القديم : مثل ما قلناه و قال فى الجديد : لها المتعة ، و روى (١) ذلك عن عمر و ابن عمر ، و قد روى ذلك قوم من اصحابنا الا انهم قالوا : ان هذه متعة مستحبة غير واجبة ، و عندهم انها واجبة - دليلنا - ان الاصل برائة الذمة ، و شغلها يحتاج الى دليل ، و ايضاً قوله تعالى (عز وجل خ ل) « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة و متعهوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره » دل ذلك على أن المدخول بها لامتعة لها ، و كذلك المفروض لها ، و قوله تعالى « و للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المحسنين »

(١) قال الرازى فى تفسيره انه قول على عليه السلام و الحسن بن على عليه السلام . ح طباطبائى

يحتمل أمرين أحدهما أن يكون مخصوصاً بمن لم يدخل بها ولم يسم لها مهرأ، والاخر أن يكون محمولة على الاستحباب بدلالة قوله تعالى «حقاً على المحسنين» ولو كانت واجبة لكان فاعلها لا يسمى محسناً لان من فعل الواجب من قضاء الدين وغير ذلك لا يسمى محسناً .

مسئلة ٤٥ - الموضوع الذى يجب فيه المتعة أو تستحب فانها تثبت سواء كان الزوج حراً أو عبداً ، والزوجة حرة كانت أو أمة، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال الاوزاعى : اذا كانا عبدين أو أحدهما فلا متعة - دليلنا - قوله تعالى «وللمطقات متاع بالمعروف» ولم يفصل ؛ وايضاً اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط .

مسئلة ٤٦ - كل فرقة تحصل بين الزوجين سواء كانت من قبله او من قبلها او من قبل أجنبي أو من قبلهما فلا يجب به المتعة الا الطلاق فحسب ، وقال الشافعى : اذا كانت الفرقة من جهته بطلاق او ارتدادا واسلام او من جهتهما مثل الخلع او اللعان أو من جهة أجنبي مثل ان ترضع المرأة أم الزوج ومن يجرى مجريها ممن يحرم عليه تزويجها فانه يجب لها المتعة وانما تسقط المتعة اذا كان (نت خل) بشىء من جهتها - دليلنا أن المتعة أوجبها الله تعالى فى المطلقات فمن أوجبها فى غيرهن فعليه الدلالة ، والحاق غير الطلاق بالطلاق قياس و نحن لانقول به .

مسئلة ٤٧ - من كان عنده أمة زوجة مفوضة البضع فاشترىها من سيدها انفسخ النكاح ولا متعة لها ؛ وقال أكثر أصحاب الشافعى فيها (فيه خ ل) قولان للمشافعى: أحدهما يجب ، والاخر لا يجب ، وقال ابو اسحاق : ينظر من (فى خ ل) المستدعى للمبيع فيغلب حينئذ دليلنا ان الاصل براءة الذمة ولا دليل على وجوب ذلك ؛ وايضاً فان الله تعالى أوجب المتعة للمطلقات فمن أوجب لغيرهن فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٨ - اذا صدقها انائين فانكسر أحدهما ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، والمشافعى فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه ، والثانى بالخيار بين ما قلناه وبين ان تدع وتأخذ نصف قيمتهما معاً - دليلنا - ان العقد وقع على الانائين فاذا كان أحدهما باقياً فنصف ملكها فيه باق ، فمن نقله الى قيمته فعليه الدلالة .

مسئلة ٤٩ - اذا اصدقها صداقاً فاصابت به عيباً كان له ارده بالعيب سواء كان العيب يسيراً او كثيراً، وبه قال الشافعى؛ وقال ابو حنيفة: ان كان يسيراً لم يكن لها الرد وان كان كثيراً فلها الرد - دليئنا - ان الذى وقع عليه العقد ما سلم من العيب فاذا وجدت به عيباً لم يكن ذلك ما وقع عليه العقد وكان له ارده .

كتاب الوليمة

مسئلة ١- الوليمة مستحبة وليست بواجبة، وللشافعي فيه قولان: أحدهما مثل ما قلناه؛ والثاني أنها واجبة -دليلنا- اجماع الفرقة، وايضاً الاصل براءة الذمة، ولادليل على وجوبها، وروى عن النبي ﷺ انه قال: ليس في المال حق سوى الزكاة.

مسئلة ٢ - من دعى الى الوليمة يستحب له حضورها؛ وليس بواجب عليه اى وليمة كانت، وظاهر مذهب الشافعي انه واجب الاجابة فى جميع الولايم وهل هو من فروض الايمان او من فروض الكفايات؟ على وجهين، وله قول آخر وهو انه مستحب -دليلنا ان الاصل براءة الذمة و الوجوب يحتاج الى دليل.

مسئلة ٣ - اذا اتخذ الذمى وليمة ودعى الناس اليها فلا يجوز للمسلم ان يحضرها وللشافعي فيه وجهان: احدهما يجب عليهم (عليه نخل) حضورها لعموم الخبر، والثاني لا يجب -دليلنا- ان ذبائح اهل الذمة محرمة، وطعامهم الذى يباشرونه بايديهم نجس ولا يجوز اكله لقوله تعالى "انما المشركون نجس" وعليه اخبار عن (من نخل) أمتناع عليهم السلام وسند على ذلك فيما بعد فاذا ثبت ذلك ثبت ما قلناه لان احداً لم يفرق .

مسئلة ٤ - من حضر الوليمة لا يجب عليه الاكل ، وانما يستحب له ذلك؛ وللشافعي فيه وجهان: احدهما وهو الاظهر مثل ما قلناه، وفى اصحابه (بناخل) من قال: يجب عليه ذلك -دليلنا- ان الاصل براءة الذمة، والوجوب يحتاج الى دليل، وروى عن جابر عن النبي ﷺ انه قال: من دعى الى طعام فليحضر، فان شاء اكل وان شاء ترك.

مسئلة ٥ - نشر السكر واللوزفى الولائم وأخذة مكروه؛ وبه قال الشافعى، وقال
ابو حنيفة: هو مباح، وان كان يؤخذ بخلسة- دليلنا- اخبار اصحابنا واجماعهم عليها، وطريقة
الاحتياط تقتضى ذلك



كتاب القسم بين الزوجات

مسئلة ١- النبي ﷺ اذا بنى بواحدة من نساءه لم يكن يجب عليه القسمة (القسم خل) للمباقيات، وبه قال ابو سعيد الاصطخري، وقال باقى اصحاب الشافعى: انه كان يلزمه دليلنا - قوله تعالى «ترجى من تشاء، ممنهن وتؤوى اليك من تشاء» وذلك عام فى جميع الاحوال

مسئلة ٢- من كانت عنده مسلمة و ذمية كان له ان يقسم للمحرة المسلمة ليلتان، (ليلتين خ ل) وللذمية ليلة وخالف جميع الفقهاء فى ذلك وقالوا عليه التسوية بينهما دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم

مسئلة ٣- اذا كانت عنده حرة وامة زوجة كان للمحرة ليلتان وللامة ليلة، وبه قال على عليه الصلاة والسلام وهو قول جميع الفقهاء الا مال كفاً انه (قال خل): يسوى بينهما - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم، ويروى عن النبي ﷺ انه قال: من نكح (ينكح خ ل) حرة (امة خ ل) على امة (حرة خ ل) فللمحرة ثلثان (ليلتان خ ل) وللامة ثلث (ليلة خ ل) وهذانص، وروى عن على عليه الصلاة والسلام انه قال: من نكح حرة على امة فللمحرة ليلتان وللامة ليلة واحدة ولا مخالف له فى الصحابة .

مسئلة ٤- اذا كانت له زوجتان كان له ان يبيت عند واحدة ثلاث ليال، وعند الاخرى ليلة واحدة، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك؛ وقالوا: يجب عليه التسوية بينهما - دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم، ولان حق الثلاث ليال له بدلالة ان له ان يتزوج نثنتين اخر او ين؛ فاذا

جازله ان يتزوج ننتين اخر او ين جازله ان يجعل نصيبهما لواحدة منهما
مسئلة ٥ - اذا سافرت المرأة وحدها باذن الزوج لا تسقط نفقتها ولا قسمتها، و
لشافعي فيه قولان: احدهما مثل ما قلناه (لا تسقط خل) والاخر يسقط - دليلنا ان الاصل
نبوت حقها، وسقوطه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٦ - من كانت عنده زوجتان او ثلاثة (ثلاث خل) فتزوج باخرى فان كانت
بكرأ فانه يخصها بسبعة ايام ويقدمها فلها حق التقديم والتخصيص، وان كانت ثيبا فلها
حق التقديم والتخصيص، بثلاثة ايام او سبعة ايام و يقضيها في حق الباقيات وهي
بالخيار بين ان تحتة ثلاثة ايام خاصة لها او سبعة ايام يقضيها في حق البواقي، وبه قال
الشافعي ومالك واحمد واسحاق وفي الصحابة انس بن مالك؛ وفي التابعين الشعبي و
المنعمي، وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري يخص البكر بليتين والثيب بليمة ولا
يقضى؛ وذهب الحكم وحماد وابو حنيفة واصحابه الى ان للجديدة حق التقديم فحسب
دون حق التخصيص، فان كانت بكرأ قدمها بالبيتوته عندها سبعا ثم يقضى، وان كانت
ثيبأ قدمها بثلاث يقضى ولا يخصون السبع والثلاث - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم
وروى انس بن مالك ان النبي ﷺ قال: للبكر سبع وللثيب ثلاث فاضاف اليها بالام
التمليك، وروى ام سلمة ان النبي ﷺ قال: لها ما تزوجها ما بك على اهلك من هوان
ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت نلثت عندك ودرت .

مسئلة ٧ - اذا سافر ببعض نسائه من غير قرعة فعليه ان يقضى لمن بقى بقدر
غيبته مع التي خرج بها، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة لا قضاء عليه كما لو خرج معها
بقرعة - دليلنا - ان القسمة حق لهن فلا يسقط ذلك لكون صاحبتهن معه، ومن اسقطه
بذلك فعليه الدلالة، ولا يلزم اذا خرج بها بقرعة لان النبي ﷺ كذلك فعل ولم يقض و
لو خيلنا والظاهر لا وجبنا القضاء.

في النشوز

مسئلة ٨ - اذا نشزت المرأة حل ضربها بنفس النشوز دون الاصرار عليه، وللشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه، والثاني انه لايجل حتى تصر وتقيم عليه - دليلنا - قوله تعالى «واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن» وقال كثير من اهل التفسير: (العلم خل) ان معنى يخافون تعلمون ومن لم يقل ذلك وحمل الخوف على ظاهره اضربه في الظاهر وعلمتم: نشوزهن فاضربوهن، وهذا الاضمار مجمع عليه فمن ضم اليه الاصرار والاقامة عليه فعليه (كان عليه خل) الدلالة.

مسئلة ٩ - بعث الحكمين في الشقاق على سبيل التحكيم لاعلى سبيل التوكيل وبه قال على عليه الصلاة والسلام و ابن عباس وعمر و بن العاص وهو احد قولي الشافعي و القول الاخر انهما على سبيل التوكيل ، و به قال ابو حنيفة - دليلنا - قوله تعالى «فابعثوا حكماء من اهلهم و حكماً من اهلها» و هذا ظاهر في التحكيم لانه لم يقل فابعثوا و كيلا، وايضاً فان الخطاب اذا ورد مطلقاً فيما طريقه الاحكام كان منصرفاً الى الائمة و القضاة كقوله تعالى: «و السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما و الزانية و الزاني فا جلدوا» كذلك هيمنها، وايضاً فان الخطاب لا يتوجه الى الزوجين لانه لو توجه اليهما لقال: فابعثوا، وايضاً قال: «ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما» فأضاف الارادة الى الحكمين فلو كان تو كيلا لم يصف اليهما، و ايضاً روى اصحابنا انهما ينفذان (بمضيان خل) مائة رأيهما عليه الا الفرقة (بينهما خل) فانهما يستأذنانهما فدل ذلك على انه على سبيل التحكيم لان التوكيل لا يجوز فيه انفاذ شيء الا باذن الموكل، و روى مثل ذلك عميدة المسلمين قال: دخل رجل الى على عليه الصلاة والسلام ومعه امرأته مع كل واحد منهما قيام من الناس فقال على عليه السلام ماشان هذا قال (قالوا خل) وقع بينهما شقاق قال: «فابعثوا حكماً من اهلهم و حكماً من اهلها» ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما» فبعثوهما فقال على عليه السلام للحكمين: هل تدرين بما (ما خل) عليكم ان رايتما ان تجعما جمعتهما وان رأيتما ان تفرقا فرقتهما فقالت المرأة رضيت (رضينا خل) بما في كتاب الله فيما فيه لي وعلى فقال الرجل:

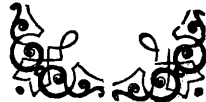
اما فرقة فلا يقال: والله لا تذهب حتى تقربما اقرت (بمثل ما اقرت خل).

مسئلة ١٠ - اذ اثبت انهما (ان ذلك خل) على جهة التحكيم فليس لهما ان يفرقا ولا ان

يخلفا الا بعد الاستيذان، ولهما ان يجمعهما من غير استيذان وقال الشافعي: على هذا القول ان

لهما جميع ذلك من غير استيذان - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم والخبر الذي قد مناه

يدل على ما قلناه ايضاً.



كتاب الخلع

مسئلة ١ - اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتزمة و اتفقا على

الخلع فبدلت له شيئاً حتى يطلقها (على طلاقها خلع) لم يحل ذلك وكان محظوراً ، وبه قال
عطاء الزهرى والنخعي و داود واهل الظاهر ؛ وقال ابو حنيفة والشافعي ومالك والاذراعي
والتوري : ان ذلك مباح- دليلنا- اجماع الفرقة على انه لا يجوز له خلعها الا بعد ان يسمع
منها ما لا يحل ذكره من قولها لا اغتسل لك من جنابة ولا اقيم لك حداً ولا وطن فراشك
من تكرهه أو يعلم ذلك منها؛ وهذا مفقود هيئنا فيجب ان لا يجوز الخلع وايضاً قوله تعالى
« فلا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافان لا يقيما حدود الله »
وهذا نص فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من ان لا يقيما حدود الله ، وقال تعالى
« فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدل ذلك

على انه متى ارتفع الخوف وقع (حصل خلع) الجناح

مسئلة ٢ - لا يصح (يقع خلع) الخلع الا في طهر لم يقربها فيه بجماع اذا كان دخل بها

وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا: يجوز في حال الحيض ، وفي طهر قربها فيه بجماع
دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، وايضا فانه اذا خالعا على ما وصفناه صح الخلع
بلاخلاف ، وليس على صحة ما قالوه لريل .

مسئلة ٣ - الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخلع بمجرد لا يقع ولا بد معه من

التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كافي الا

انهم لم يبينوا أنه طلاق أو فسخ ، وللمشافعي فيه قولان: أحدهما أن الخلع طلاق ذكره في الاملاء ، واحكام القران ، وبه قال عثمان بن عفان ، ورووه عن علي عليه الصلاة والسلام و عبدالله بن مسعود ، وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة وأصحابه ، وقال في القديم: الخلع فسخ وهو اختيار الا سغراينى ، وبه قال ابن عباس وصحابه عكرمة وطاوس ، وفي الفقهاء احمد واسحاق وابو ثور - دليلنا - ان ما اعتبرناه مجمع على وقوع الفرقة به ، وما قالوه ليس عليه دليل ، ومن ثم يعتبر (يراع خ ل) من اصحابنا التلفظ بالطلاق الاولى ان يقول انه فسخ وليس بطلاق لانه ليس على كونه طلاقاً دليل ، و يدل عليه قوله تعالى « الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان » ثم ذكر الفدية بعد هذا (ذلك خ ل) ثم ذكر الطلقة الثالثة فقال « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فذكر الطلاق ثلاثاً وذكر الفدية في اثنا عشر ؛ فلو كان طلاقاً كان الطلاق أربعاً وهذا باطل بالاتفاق

مسئلة ٤- الخلع جاز بين الزوجين ولا تنقز الى حاكم (١) ، وبه قال ابو حنيفة واصحابه ومالك وانشافعي والاوزاعي والثوري ؛ وقال الحسن البصرى وابن سيرين : لا يصح الا بحاكم (١) - دليلنا - اجماع الفرقة وقوله تعالى (ولانه قال خ ل) « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولم يشترط الحاكم ، وروى عبدالله بن سهل ان امرأة اختلعت نفسها من زوجها بألف درهم فرفع ذلك الى عمر فأجازه ، وروى مثل ذلك في أيام عثمان ولم ينكر أحد من الصحابة ولا خلاف (خالف خ ل) فيه .

مسئلة ٥ - البذل في الخلع غير مقدر ان شاء الخلع (اختلعا خ ل) بقدر المهر أو بأكثر أو بأقل ، و به قال ابو حنيفة و اصحابه و مالك و الشافعي والا و زاعي و الثوري ، و ذهب الزهرى الى انه جائز بقدر المهر الذى تزوجها عليه ولا يجوز باكثر منه ، وبه قال احمد واسحاق - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ، وذلك عام .

مسئلة ٦- الخلع اذا وقع صحيحاً سقطت الرجعة ولا يملك الزوج الرجعة و
 البذل أبداً سواء كان الخلع بلفظ الفسخ أو بلفظ الطلاق؛ وبه قال في التابعين الحسن
 البصرى والنخعى، وفي الفقهاء أبو حنيفة وأصحابه ومالك والاوزاعى والشافعى والثورى
 وقال سعيد بن المسيب والزهرى : الزوج بالخيارين أن يملك العوض ولا رجعة وبين
 أن يرده العوض وله الرجعة مادامت في العدة فأما بعد انقضائها فلا يمكن أن يثبت له الرجعة
 وقال أبو نؤور : ان (اذا خ ل) كان بلفظ الخلع فلا يرجع (رجعة خ ل) وان كان
 بلفظ الطلاق ملك (يملك خ ل) العوض و له الرجعة وقال ابو حامد : هذا التفصيل
 ما يعرفه (عرفه خ ل) اصحابه وانما نقلته من كتابه و ابو نؤور خالف الاجماع فى هذا
 فانه انعقد الاجماع قبله على خلاف قوله - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، و أيضاً
 قوله تعالى : (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) و حقيقة الافتداء الاستنقاذ و
 الاستخلاص كافتداء الاسير بالبذل فلو اثبتنا الرجعة لم نحمل الافتداء على حقيقته .

مسئلة ٧ - اذا وقع الخلع على بذل (بدل خ ل) فاسد مثل الخمر والخنزير وما شبه
 ذلك مما لا يصح تملكه لم يصح خلعه ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك و قالوا : يصح الخلع
 ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة : يكون تطليقه رجعة (رجعية خ ل) ، وقال الشافعى : الخلع
 صحيح ، والبذل (البذل خ ل) فاسد ويجب له مهر مثلها - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد
 ومن أوقع الخلع ببذل فاسد فعليه الدلالة ، ولادليل على ذلك .

مسئلة ٨ - اذا طلقتها طليقة على دينار بشرط أن له الرجعة لم يصح الطلاق
 وقال المزنى : فيما نقله عن الشافعى أن الخلع باطل ويثبت له الرجعة و يسقط البذل
 (البذل خ ل) لانه جمع بين أمرين متنافيين ثبوت الرجعة مع ملك العوض فبطلا ، و
 ثبتت الرجعة ثم قال المزنى : الخلع عندى صحيح ، والشرط فاسد ، ويجب عليهما مهر
 المثل وتسقط الرجعة ، ونقل الربيع هذه المسئلة عن الشافعى مثل ما نقلها المزنى و
 ان الرجعة ثابتة والدينار مردود ثم قال : وفيها قول آخر أن الخلع صحيح ويسقط الشرط
 وتنقطع الرجعة ويجب له عليها مهر المثل (مثلها خ ل) قال أبو حامد : والمذهب
 ما نقله وحكاه عن الشافعى - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد ؛ وإيقاع الطلاق (وانقطاعه

بالطلاق والخلع خل) بهذا النوع يحتاج الى دليل .

مسئلة ٩ - اذا اختلعت نفسها من زوجها بألف على أنها متى طلبتها استردتها و تحل له الرجعة صح الخلع و ثبت الشرط ، و قال اكثر اصحاب الشافعى : أن الخلع صحيح و كان عليها مهر المثل و له قول آخر ان الخلع يبطل و تثبت الرجعة - دليلنا - اجماع الفرقة (على ذلك خ ل) ولان النبى ﷺ قال المؤمنون عند شروطهم .

مسئلة ١٠ - المختلعة لا يلحقها الطلاق ، ومعناها ان الرجل اذا خلع زوجته خلعاً صحيحاً ملك به العوض و سقطت به الرجعة ثم طلقها لم يلحقها طلاقه سواء كان بصريح اللفظ او بالكناية فى العدة كان او بعد انقضاءها بالقرب من الخلع او بعد التراخي عنه ، و به قال ابن عباس و ابن الزبير و عروة بن الزبير ، و فى الفقهاء الشافعى و احمد بن حنبل و اسحاق و ذهب الزهرى و النخعى و الثورى و ابو حنيفة و اصحابه الى ان يلحقها (قه خ ل) قبل انقضاء العدة و لا يلحقها بعد انقضاءها ، و انفرد ابو حنيفة بأن قال يلحقها الطلاق بصريح اللفظ و لا يلحقها بالكناية مع النية ، و ذهب طائفة الى انه يلحقها بالقرب من الخلع و لا يلحقها بالبعد منه ذهب اليه مالك و الحسن البصرى ثم اختلفا فى القرب ، فقال مالك : ان يتبع الخلع بالطلاق فتقول له : خالعنى بالف فقال خالعتك بالف انت طالق ، و قال الحسن البصرى : القرب ان يطلقها فى مجلس الخلع و البعد بعد التفرق عن مجلس الخلع - دليلنا اننا قد بينا ان الخلع بمجرد لا يقع ، و انما يحتاج الى التلفظ بالطلاق فاذا تلفظ به فلا (لم خ ل) يمكنه ان يطلقها ثانياً الا بعد المراجعة على ما نبينه فى كتاب الطلاق ، و هذه لا يمكن فيها المراجعة ، و من قال من اصحابنا : انه لا يحتاج الى لفظ الطلاق فلا يمكنه ايضاً ان يقول باتباع الطلاق لانه لا رجعة فيها فلا يمكنه ايقاع الطلاق لانها قد بانَت بنفس الخلع و ايضاً قوله تعالى : « الطلاق مرتان فامسك به معروف او تسريح باحسان » فلما قال الطلاق مرتان قيل (ثم ماذا خ ل) يارسول الله ﷺ فقال او تسريح باحسان فموضع الدلالة هو انه جعل التسريح الى من اليه الامسك فلما ثبت انه بعد الخلع لا يملك امسكها دل على انه لا يملك تسريحها و عليه اجماع الصحابة ، روى ذلك عن ابن عباس و ابن الزبير

رواه الشافعي عنهما ولا مخالف لهما في الصحابة .

مسئلة ١١ - - اذا قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً او
ان كلمت امك فانت طالق ثلاثاً فعندنا ان هذا باطل لانه تعليق
الطلاق بشرط ، وذلك لا يصح ، وقال جميع الفقهاء : ان هذه يمين صحيحة فاذا
ارادت ان تكلم امها ولا يقع الطلاق فالحيلة ان يخالعهما فتيين بالخلع ثم تكلم امها
وهي باين فينحل اليمين ثم يتزوج بها مرة بعد هذا . ثم تكلم أمها فلا يقع الطلاق هذا
قول الشافعي أن اليمين تنحل بوجود العقد (الصفة خل) وهي باين منه، وقال مالك واحمد بن حنبل :
لا تنحل اليمين بوجود الصفة وهي بائن ، فمتى تزوجها بعد هذا ثم وجدت الصفة
وقع الطلاق ، وبه قال الاصطخري من اصحاب الشافعي - دليلنا - اجماع الفرقة و
ايضاً فالعقد صحيح، وابقاع الطلاق بشرط يحتاج الى دليل وليس في الشرع ما يدل
على صحته .

مسئلة ١٢ - اذا قال لزوجته أنت طالق في كل سنة تطليقة ثم بانث منه في السنة
الاولى ثم تزوج بها فجاءت السنة الثانية وهي زوجته بنكاح جديد (صحيح خ ل)
غير الاول مثل أن بانث بواحدة ثم تزوج او بالثلاث فنكحت زوجاً غيره ثم بانث منه
فتزوجها ثانياً فهل يعود حكم اليمين في النكاح الثاني اذا لم توجد الصفة وهي باين
فلم الشافعي فيه ثلاثة اقوال : أحدها لا يعود بحال سواء بانث بالثلاث او بمادونها، وبه قال
المزني ، والثاني يعود بكل حال و هو احد قوليه في القديم ، و الثالث ان كان الطلاق
ثلاثاً لم يعد ، وان كان دونها عادت الصفة ، وبه قال ابو حنيفة وهذا لا يصح على أصلنا
لان عندنا ان الطلاق بشرط أو بالصفة لا يقع فهذا الفرع ساقط عنا، ونحن ندل على ذلك
فيما بعد انشاء الله .

مسئلة ١٣ - لا ينعقد الطلاق قبل النكاح ولا يتعلق به حكم سواء عقده في عموم
النساء او خصوصهن او اعيانهن وسواء كانت الصفة مطلقة أو مضافة الى ملك فالعموم ان
يقول كل امرأة تزوجها فهي طالق والخصوص كل امرأة تزوج بها من القبيلة الفلانية فهي
طالق والاعيان ان تزوج بفلانة او بهذه فهي طالق ، و الصفة المطلقة أن يقول لاجنية

ان دخلت الدار فأنت طالق والصفة المقيمة اذا قال لاجنبية ان دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق ، وهكذا الحكم فى العتق على هذا الترتيب حرفاً بحرف ، وبه قال فى الصحابة على عليه الصلاة والسلام وابن عباس وعائشة وفى الفقهاء الشافعى واحمد و اسحاق ذهب طائفة الى أنه ينعقد قبل النكاح فى عموم النساء و خصوصهن ، وفى اعيانهم ذهب اليه الشعبي والنخعي وابو حنيفة وأصحابه ، واما الصفة فقال ابو حنيفة لا ينعقد الصفة المطلقة وهى اذا قال لاجنبية اذا (انخل) دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت قال : لا تطلق فان اضافها الى ملك العقد وهو قوله لاجنبية ان دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق (انعقد خ ل) وهكذا مذهبه فى العتق على تفصيل الطلاق ، فكل منا اجرى الاعتاق مجرى الطلاق وقال قوم : ان عقده فى عموم النساء لم ينعقد ، وان عقده فى خصوصهن وأعيانهم انعقد ، ذهب اليه ربيعة ومالك والاوزاعى قالوا : لانه اذا عقده فى عموم النساء لم يكن له سبيل الى النكاح فيبقى مبتلى ولا زوج له فلم ينعقد ، وليس كذلك الخصوص والاعيان لان له سبيلا الى غيرهن - دليلنا - اجماع الفرقة ، على ان الطلاق بشرط لا يقع ، وان الطلاق قبل النكاح لا يقع ، وهذا موضع قد جمع الامرين فوجب بطلانه . وروى ابن عباس وجابر وعائشة ان النبى ﷺ قال : لا طلاق قبل نكاح ؛ وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى ﷺ قال لا طلاق فيما لا يملك ؛ ولا ينعقد فيما لا يملك .

مسئلة ١٤ - الخلع لا يقع عندنا على الصحيح من المذهب الا ان يتلفظ بالطلاق ولا يقع بشىء من غير هذا اللفظ ، وقال الشافعى : يقع بصريح الفاظ الطلاق ، وبكنايات فالصريح عنده ثلاثة الفاظ : طلقتك ، وسرحتك ، و فارقتك ؛ والكنايات فاديتك ، او خالعتك ، او باريتك ، أو أبنتك أو بريت منك أو حرمتك و نحو ذلك فكل (و خ ل) ذلك يقع به الخلع لأنه لا يراعى فى الالفاظ الصريحة النية فيوقع الخلع بالتلفظ به ، ويعتبر النية فى الكنايات بينهما جميعاً قال : فان لم ينو بالم يقع الخلع وكذلك ان نوى أحدهما دون صاحبه لم يكن شيئاً - دليلنا - ان ما ذكرناه مجمع على وقوع الخلع به ، وليس على ما اقالوه دليل ، والاصل بقاء العقد والبيونة و انعقاد الخلع يحتاج الى دليل .

مسئلة ١٥- اذا اختلعا على ألف ولم يريد ابا بالف جنساً من الاجناس والارادة (هـ خ ل) لم يصح الخلع والعقد باق على ما كان، وقال الشافعى: الخلع صحيح والعوض باطل ويجب مهر المثل وانقطعت العصمة - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد ولا دليل على وقوع هذا الخلع .

مسئلة ١٦- متى اختلفا فى النقد واتفقا فى القدر والجنس واختلفا فى تعيين المقد (و) او (خ ل) اطلاق اللفظ أو اختلفا فى الارادة بلفظ القدر من الجنس والنقد فعلى الرجل البينة، فاذا عدمها كان عليها اليمين ، وقال الشافعى : فى جميع ذلك يتحالفان ويجب مهر المثل دليلنا - قوله على البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وهينها الزوج هو المدعى لانه يدعى ما تنكره المرأة فكان عليه البينة وعليها اليمين .

مسئلة ١٧- اذا قال : خالعتك على ألف فى ذمتك قالت: بل على ألف فى ذمة زيد كان القول قولها مع يمينها انه لا يتعلق بذمتها فاما اقرارها انه ثابت فى ذمة زيد فلا يلتفت اليه وقال الشافعى فيه وجهان احدهما لا يتحالفان ويجب مهر المثل والثانى وهو المذهب انهما يتحالفان ويجب مهر المثل - دليلنا - قوله على البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، و الرجل يدعى فى ذمتها الفأ و هى تنكره (منكرة خ ل) فعليه البينة وعليها اليمين .

مسئلة ١٨- لا يقع الخلع بشرط ولا صفة، وقال جميع الفقهاء: أنه يقع - دليلنا اجماع الفرقة ، و ايضاً الاصل بقاء العقد فمن أوقع هذا الجنس من الفرقة فعليه الدلالة .

مسئلة ١٩- اذا قال لها : ان اعطيتنى الفأ فانت طالق أو اذا اعطيتنى أو متى أعطيتنى الفأ أو متى ما اوى حين و غير ذلك من الفاظ الزمان فانه لا ينعقد الخلع ، وعند جميع الفقهاء انه ينعقد ، فان كان اللفظ ان واذا اقتضى العطية على الفور والابطال العقد ، و ان كان لفظ زمان فإى وقت أعطته وقع الطلاق - دليلنا - اجماع الفرقة على ان الطلاق بشرط لا يقع ولم يفصلوا وهذه كلها شروط .

مسئلة ٢٠- اذا قال لها : ان اعطيتنى عبداً فأنت طالق لم يقع الخلع لانه طلاق بشرط فلا يصح ، وقال ابو حنيفة : متى أعطته عبداً وقع الطلاق أى عبد كان و يملكه

الزوج ، وقال الشافعي : متى أعطته العبد وقع الطلاق و لا يملكه الزوج لانه مجهول و عليها مهر مثلها - دليلنا . ما تقدم من الدلالة على أن الخلع لا يقع بشرط من اجماع الفرقة و لان الاصل بقاء العقد ، و وقوعه يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢١ - اذا قال : خالعتك على ما في هذه الجرة من الخل فبان خمراً كان له مثل ذلك من الخل و كان الخلع صحيحاً ، و به قال الشافعي في القديم ، و قال في الجديد هو أبو حنيفة : الخلع صحيح و البذل (البذل خل) فاسد ، و يجب عليها مهر المثل - دليلنا الاصل برائة الذمة ، و ايجاب مهر المثل عليهما يحتاج الى دليل ، و البذل (البذل خل) وقع معيناً موصوفاً فاذا خالف الوصف و جب مثله اذا كان له مثل لان الانتقال عنه الى غيره يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٢ - اذا قالت له : طلقني ثلاثاً بألف فان طلقها ثلاثاً فعليها ألف و ان طلقها واحدة أو اثنتين فعليها بالحصه من الالف بالاخلاف بينهم ، و ان قالت طلقني ثلاثاً على ألف فالحكم فيه مثل ذلك عند أصحاب الشافعي ، و قال ابو حنيفة ان طلقها ثلاثاً فله ألف ، و ان طلقها أقل من الثلاث وقع الطلاق و لم يجب عليها شيء ، و عندنا المسئلتان لا تصحان على أصلنا لان طلاق الثلاث لا يصح و لا يصح أن يوقع أكثر من واحدة أو تلفظ بالثلاث و وقعت واحدة استحق تلك الالف - دليلنا - اجماع الفرقة على أن طلاق الثلاث باطل ، و انما قلنا يستحق تلك الالف اذا وقعت واحدة لانها بذلت الالف على الثلاث فيكون حصه كل واحدة تلك الالف .

مسئلة ٢٣ - اذا قال : خالعتك على حمل هذه الجارية فطلقها على ذلك لم يقع الطلاق و لم يصح الخلع ؛ و قال الشافعي : يصح الخلع و الطلاق و يسقط المسمى و يجب مهر المثل سواء خرج الولد سليماً . لم يخرج ، و قال ابو حنيفة ان لم يخرج الولد سليماً فله مهر المثل ، : ان خرج سليماً فهو له و صح العوض - دليلنا - ان هذا عوض مجهول لا يصح ايقاع الطلاق به ، و ايجاب مهر المثل لادليل عليه ، و وقوع الطلاق ايضاً لادليل عليه و ايضاً فالاصل برائة الذمه و ثبات ((ثبوت خل) العقد .

مسئلة ٢٤ - اذا كان الخلع بلفظ المبارات أو بلفظ الخلع ملك عليها البذل

فان كان قبل الدخول فلها نصف الصداق، وان كان قبل القبض فعليه نصفه، وان كان بعد القبض ردت النصف فان (وان خ ل) كان بعد الدخول فقد استمر المسمى ، فان كان قبل القبض فعليه الاقباض ، هذا قول الشافعي ، وبه قال محمد بن الحسن (سير بن خ ل) وقال ابو حنيفة : فعليه (وعليه خ ل) المسمى في الخلع ويبرء كل واحد منهما من حقوق الزوجية من الاموال فان كان قبل الدخول وكان قبل القبض برء الزوج من جميع المهر ، وان كان بعد القبض لم ترد عليه شيئاً وان كان بعد الدخول وقبل القبض برء و لا يجب عليه اقباض شيء بحال ، فاما ما عدا هذا من الديون فهل يبرء كل واحد منهما فيه روايتان. روى محمد عن ابي حنيفة انه برء والمشهور انه لا يبرء ولا فرق بين ان يقع ذلك بينهما بعوض أو بغير عوض قالوا : فان كان بغير عوض ولم ينو الطلاق لم يبرأ كل واحد منهما عن شيء بحال وقال أبو يوسف : بقول ابي حنيفة اذا كان بلفظ المبارات ويقول الشافعي: اذا كان بلفظ الخلع الذي نقوله ان مذهبنا انه اذا كان الطلاق بلفظ الخلع يجب العوض ما يستقر عليه عقد (عند خ ل) الخلع كائنا ما كان قليلا كان او كثيراً ، وان كان بلفظ المبارات استحق (استقر خ ل) العوض اذا كان دون المهر فان كان مثل المهر (مهر المثل خ ل) او اكثر منه فلا يصح واستحقاق الصداق على ماضى ان كان بعد الدخول فكل المسمى ، وان كان قبله فنصفه ويقاص ذلك من الذي يقع عليه عقد الخلع والمباراة - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم فانهم لا يختلفون في ذلك .

مسئلة ٢٥ - فرق أصحابنا بين لفظ الخلع والمباراة في الطلاق بعوض فاجازوا في لفظ الخلع من العوض ما يتراضيان عليه قليلا كان او كثيراً ولم يجيزوا في لفظ المبارات الا دون المهر ولم يفصل أحد من الفقهاء بين اللفظتين (اللفظين خ ل) - دليلنا اجماع الفرقة .

مسئلة ٢٦ - اذا ختلها أجنبي من زوجها بعوض بغير اذنها لم يصح ذلك وبه قال ابو ثور ، وقال جميع الفقهاء : يصح ذلك - دليلنا - قوله تعالى « فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فاضاف الفداء اليها فدل على أنه اذا فدى غيرها لا يجوز ، وايضاً الاصل بقاء العقد ، و اجازة ذلك من أجنبي يحتاج الى دليل ، وليس في الشرع ما يدل عليه .

مسئلة ٢٧- اذا اختلف المختلعان فى جنس العوض او قدره او تأجيله وتعجيله او فى عدد الطلاق كان القول قول المرأة فى قدر الذى وقع عليه الخلع ، وعلى الزوج البينة ، وقول الزوج (الرجل خل) فى عدد الطلاق فإنه لا يصح ان يخلعها على اكثر من طليقة واحدة ، وقال ابو حنيفة : القول قولها فى جميع ذلك ، وعليه البينة ، وقال الشافعى يتحال فان - دليلنا - هو انهما اتفقا على وقوع الفرقة وانها قد ملكت نفسها ، وانما اختلفا فيما لزمها ، فالزوج يدعى زيادة تجردها المرأة فصار الزوج مدعياً وهى منكرة فعليه البينة وعليها اليمين .

مسئلة ٢٨- اذا خالعت المرأة فى مرضها باكثر من مهر مثلها كان الكل من صلب مالها ، وقال الشافعى : مهر المثل من صلب مالها والفاضل من الثلث ، وقال ابو حنيفة : الكل من الثلث - دليلنا - قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » ولم يفرق بين حال الصحة والمرض فوجب حمله على عمومها لان يقوم دليل .

مسئلة ٢٩- ليس للمولى أن يطلق عمن له عليه ولاية لا بعوض ولا بعوض ، وبه قال الشافعى ، وابو حنيفة واكثر الفقهاء ، وقال الحسن البصرى : وعطا يصح بعوض وغير عوض ، وقال الزهرى ومالك : يصح بعوض ولا يصح بعوض لان الخلع كالبيع والطلاق كالهبة والبيع يصح منه دون الهبة - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً الاصل بقاء العقد ، وصحته ونبوت الخلع (الطلاق خل) للمولى يحتاج الى دليل وليس عليه دليل (وما ذكره لادليل عليه خ ل) وايضاً قوله خ ل الطلاق لمن اخذ بالساق ، والزواج هو الذى له ذلك دون غيره .

كتاب الطلاق

مسئلة ١- الطلقة الثالثة هي المذكورة بعد قوله تعالى « الطلاق مرتان » الخ
وبعد ما قوله تعالى: «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» دون قوله تعالى
(فامساك بمعروف او تسريح باحسان) وبه قال جماعة من التابعين ، وحكى ذلك عن
الشافعي ، وروى عن ابن عباس أنه قال : او تسريح باحسان الطلقة الثالثة وهو الذي اختاره
الشافعي و اصحابه - دليلنا - انه ليس في قوله تعالى او تسريح باحسان صريح
الطلاق (تسريح بالطلاق خل) ونحن لانقول بالكنايات ، وقوله تعالى بعد ذلك
« فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » صريح في الطلاق فوجب
حمله عليه ، وايضاً متى حملنا قوله او تسريح باحسان على الطلقة الثالثة كان قوله فان
طلقها بعد ذلك تكراراً لافائدة فيه و اما قوله تعالى « او تسريح باحسان » فمعناه اذا
طلقها طليقتين فالتسريح بالاحسان انترك حتى ينقضى عدتها ، وقوله « فامساك بمعروف »
يعنى الرجعة بالاخلاق.

مسئلة ٢- الطلاق المحرم هو ان يطلق مدخولاً بها غير غائب عنها غيبة مخصوصة
في حال الحيض او في طهر جاهعها فيه ، فما هذا حكمه فانه لا يقع عندنا ، والعقد ثابت
بحاله ، وبه قال ابن عليه ، وقال جميع الفقهاء : انه يقع وان كان محظوراً ، ذهب اليه
أبو حنيفة واصحابه ومالك والاوزاعي والثوري والشافعي - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً
الاصل بقاء العقد ، و وقوع الطلاق يحتاج الى دليل شرعي ، وايضاً قوله تعالى

«فطلقوهن بعد تهن» وقد روى (قرى خل) لقبيل (اصل خل) عدتهن، ولا خلاف أنه أراد ذلك وان لم تصح القراءة به، فاذا ثبت ذلك دل على أن الطلاق اذا كان من (فى خل) غير الطهر كان محرماً منهياً عنه، والنهى يدل على فساد المنهى عنه، وايضاً روى ابن جريح قال: اخبرنى أبو الزبير انه سمع عبد الرحمان بن الاعز مولى عذرة يسئل ابن عمر، و أبو الزبير يسمع كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضاً قال: طلق عبد الله بن عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله ﷺ. وروى ابن سيرين قال حدثنى من لا اتهم ان ابن عمر طلق امرأته ثلاثاً وهى حائض فأمره النبى ﷺ أن يراجعها، قال عبد الله: فردها على ولم يرها شيئاً فاما استدلالهم على صحة ما يذهبون اليه بما رواه نافع، عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فى زمن رسول الله ﷺ قال عمر: فسئلت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تعيض ثم تطهر، فان شاء أمسكها، وان شاء طلقها، و بما رواه ابن سيرين عن يونس بن جبيرة قال: سئلت عبد الله بن عمر قلت له رجل طلق امرأته وهى حائض قال: فقال تعرف عبد الله بن عمر؟ قلت: نعم قال فان عبد الله بن عمر طلق امرأته وهى حائض فأتى عمر النبى ﷺ فسئله فقال: مره فليراجعها ثم يطلقها قبل عدتها - قال: قلت: فتعتمد (بها خل) فقال: فمه أرايت ان عجز واستحقم قالوا وفيه دليلان: احدهما قوله مره فليراجعها ثبت ان الطلاق كان واقعاً، والثانى قوله لابن عمر فتعتمد بذلك فانكر عليه فقال: فمه اى أسكت ارايت ان عجز ابن عمر عن العلم بانه واقع، واستحقم اما كان الطلاق واقعاً، وروى الحسن عن ابن عمر قال طلقت زوجتى طليقة واحدة وهى حائض فاردت أن أتبعها بالطلقتين الاخرتين فسألت النبى ﷺ عن ذلك فامرنى ان اراجعها فقلت يا رسول الله ﷺ ارايت لو طلقتها ثلاثاً فقال بانك امرأتك وعصيت ربك قالوا وفيه دليلان احدهما انه امره بالمرابعة و قد طلق واحدة، والثانى قول النبى ﷺ بانك امرأتك وعصيت ربك فلو لا انه كان يقع والام تبين به اصلاً والجواب ان هذه الاخبار كلها اخبار آحاد ونحن لانعمل بها ثم مع ذلك هى مخالفة للكتاب والسنة على ما بيناه، وما خالف الكتاب لا يجب العمل به، وايضا فانها معارضة بالخبر الذى قدمناه، وبخبر عن ائمتنا عليهم السلام عن النبى ﷺ ثم

لوسلمناها على ما بهما كان لنا أن نحملها على أنه اراد بالمراجعة التمسك بالزوجية لان الطلاق غير واقع يدل على ذلك انه أمره بذلك وامر النبي ﷺ على الوجوب ، و لو كان المراد ما قالوه من انه قد وقع الطلاق ، وانما اراد المراجعة لها لما كان النبي ﷺ امره بذلك لانه غير واجب ، فان حملوا المراجعة على الاستحباب او الاباحة كان ذلك تراكماً للظاهر ، وليس لهم ان يقولوا الظاهر من المراجعة اعادة المرأة الى الزوجية بعد (مع خل) وقوع الطلاق لا التمسك بالزوجية. قيل: لانسلم ذلك لان ما يجب العمل به قد يقال فيه المراجعة. الا ترى انه قد يقال فيمن ترك القسم بين الزوجات والنفقة عليهن راجع أزواجك وانفق عليهن ، وان كان العقد باقياً ، ولو كان الظاهر ما قالوه لتركنا ذلك الادلة التي تقدمت . ولقول النبي ﷺ وامره بالمراجعة الذي يقتضى الوجوب ، وليس ترك امر النبي ﷺ وحمله على الاباحة والاستحباب ليسم ظاهر المراجعة باولى من حمل المراجعة على التمسك بالعقد ليسم ظاهر الامر بالوجوب ، و اذا تساوى سقط الاحتجاج بالاخبار فاما قول النبي ﷺ حين سأله لو طلقها (طلقتها خل) ثلاثاً قال : بانك امرأتك وعصيت ربك ليس في ظاهره انه قال لو طلقها ثلاثاً وهي حائض بل لا يمتنع انه اراد لو طلقها ثلاثاً للمسنة بانك منه وعصى ربه اذا كان الطلاق مكرهاً بأن تكون الحال حال سلامة ، وارتكاب المكره يقال فيه انه عصى ربه كما بين في غير موضع فاما (وخل) قول عبدالله بن عمر حين قال له : فتعند بها قال : فيه دليل لنا لانه انما سكته لانه اخبره عن النبي ﷺ انه أمره بالتمسك بالعقد فكيف تعتد بذلك مع امر النبي ﷺ بخلافه

مسئلة ٣ - اذ طلقها ثلاثاً بلفظ واحد كان مبدعاً و وقعت واحدة عند تكامل

الشروط عند اكثر اصحابنا وفيهم من قال : لا يقع شيء اصلاً ، وبه قال على عليه الصلاة والسلام واهل الظاهر ، و حكى الطحاوى عن محمد بن اسحاق انه قال : تقع واحدة كما قلناه ، و روى ابن اب عباس و طاوسا كان (ناخل) يذهب (هبان خل) الى ما يقوله الامامية ، و قال الشافعي: المستحب ان يطلقها طلقة ليكون خاطباً من الخطاب قبل الدخول و مراجعاً لها بعد الدخول فان طلقها ننتين او ثلاثاً في طهر لم يجامعها فيه دفعة أو متفرقة كان ذلك مباحاً غير محذور ؛ و وقع ، وبه

قال في الصحابة عبدالرحمان بن عوف، ورواه عن الحسن بن علي عليهما الصلاة والسلام وفي التابعين ابن سيرين، وفي الفقهاء احمد و اسحاق وابو ثور، وقال قوم: اذا طلقتها في طهر واحد ننتين أو ثلاثاً دفعة واحدة أو متفرقة فعل محرماً وعصى واثم، ذهب اليه في الصحابة علي عليه الصلاة والسلام وعمر وابن عمر وابن مسعود و ابن عباس، وفي الفقهاء أبو حنيفة وأصحابه ومالك قالوا: الا ان ذلك واقع - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى من اجماع الفرقة وان الاصل بقاء العقد، وقال تعالى: «اذا طلقتن النساء فطلقوهن لعدتهن و احصوا العدة» فامر باحصاء العدة ثبت أنه أراد في كل قرء تطليقة (طلقة خـ) لانه لو امكن الجمع بين الثلاث لما احتاج الى احصاء العدة في غير المدخول بها، و ذلك خلاف الظاهر، و قال تعالى: «الطلاق مرتان» يعني دفعتان ثم قال بعد ذلك «فان طلقتها فلا تجل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» ومن جمع ما بين الثلاث ما طلق مرتين ولا الثالثة، وذلك خلاف الظاهر فان قيل: العدد اذا ذكر عقيب الاسم لم يقتض التفريق مثاله: اذا قال له على مائة درهم مرتان، واذا ذكر عقيب فعل اقتضى التفريق مثاله أدخل الدار مرتين أو ضربت مرتين والعدد في الآية عقيب الاسم لا الفعل قلنا قوله تعالى: «الطلاق مرتان» معناه طلقوا مرتين لانه لو كان خبراً لكان كذباً فالعدد مذكور عقيب فعل لا اسم، وليس لاحد أن يقول لافرق بين أن يكون التفريق في طهرا وطهريين، وذلك انه اذا ثبت وجوب التفريق وجب على ما قلناه لان احداً لا يفرق وروى ابن عمر قال: طلقت زوجتي وهي حائض فقال لي النبي ﷺ: ما هكذا امر ربك انما السنة ان تستقبل بها الطهر فطلقتها في كل قرء تطليقة (طلقة خـ) فثبت ان ذلك بدعة وفي الخبر المتقدم حين سأل ابن عمر النبي ﷺ لو طلقتها (طلقتها خـ) ثلاثاً قال: عصيت ربك فدل (يدل خـ) على انه بدعة و محرّم، ولانه اجماع الصحابة، روى ذلك عن تقدم ذكره من الصحابة ولا يخالف لهم فدل على انه اجماع، و روى ابن عباس قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر وسنتين (سنتين خـ) من خلافة عمر الثلاث واحدة فقال عمر: ان الناس قد استعملوا امرأ كان لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فامضاه عليهم هذا اللفظ الحديث، و في بعضها فالزمهم عمر الثلاث، وروى ان ابن عمر طلق

زوجته وهي حائض ثلاثاً فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ، وهذا نص لان الثلاث لو وقعت لهما (ماخل) كان له المراجعة ، وروى عكرمة عن ابن عباس قال : طلق ركانة بن عبد يزيد (زيد خل) امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتهما قال : طلقتهما ثلاثاً قال : في مجلس واحد؟ قال : نعم فقال ﷺ انما تلكن واحدة فراجعها ان شئت قال فراجعها وهذا نص .

مسئلة ٤ - قدينا انه اذا طلقها في حال الحيض انه (فانه خل) لا يقع منه شيء واحداً كان أو ثلاثاً ، وقال ابو حنيفة والشافعي : ان كان طلقها واحداً او اثنتين يستحب لهما مراجعتها بحديث ابن عمر - دليلنا ما قدمناه من ان طلاق الحائض غير واقع فاذا ثبت ذلك فهذا الفرع ساقط عنا

مسئلة ٥ - كل طلاق لم يحضره شاهدان مسلمان عدلان ، و ان تكاملت سائر الشروط (شروطه خل) فانه لا يقع ، وخالف جميع الفيهاء في ذلك ، ولم يعتبر احد منهم الشهادة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم ، وايضا الاصل بقآء العقد والفرقة تحتاج الى

دليل ، وايضا قوله تعالى عقيب قوله « يا ايها النبي اذا طلقتم النساء » الى قوله « واشهدوا ذوى عدل منكم » و ذلك صريح لانه أمر وهو يقتضى الوجوب فان قالوا ذلك يرجع الى المراجعة قلنا لا يصح لان الفراق اقرب اليه لانه قال : فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ، يعنى الطلاق ، على ان لنا ان نحمل ذلك على الجميع ، وايضا فان الاشهاد على المراجعة لا يجب ولا هو شرط فى صحتها ، و ذلك شرطى ايقاع الطلاق فحمله عليه اولى .

مسئلة ٦ - طلاق الحامل المستبين حملها يقع على كل حال بلا خلاف سواء كانت حائضا او طاهر الا يختلف اصحابنا فى ذلك على خلاف بينهم فى ان الحامل هل تحيض ام لا ولا (فالخل) بدعة فى طلاق الحامل عندنا ، وللمشافعي فيه قولان : احدهما مثل ما قلناه ، و عليه عامة اصحابه ، وفى اصحابه من قال على القول الذى يقوله انها تحيض : ان فى طلاقها سنة وبدعة - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وهى مطلقة .

مسئلة ٧ - اذا قال الحائض انت طالق طلاق السنة لا (لم خل) يقع طلاقه ، و قال

الشافعي: لا يقع الطلاق في الحال فاذا طهرت وقع قبل الغسل ، وبعده سواء ، وقال ابو حنيفة ان انقطع لاكثر الحيض كما قال الشافعي : وان كان لاقول من ذلك لم تطلق حتى تغتسل دليلنا - انا قد بينا ان طلاق الحائض لا يقع في الحال ، والطلاق بشرط لا يقع ايضا على ما نيينه فسقط عنها هذا الفرع .

مسئلة ٨ - اذ قال لها: في طهر لم يجامعها فيه؛ أنت طالق للمبدعة وقع طلاقه في الحال وقوله للمبدعة لغو الا أن ينوي انها طالق اذا حاضت فانه لا يقع أصلا لانه علقه بشرط ، وقال جميع الفقهاء : لا يقع طلاقه في الحال فان حاضت بعدها او نفست وقع الطلاق لانه زمان المبدعة - دليلنا - ان قوله انت طالق ايقاع ، وقوله للمبدعة لغو لانه كذب ، هذا اذا نوى الايقاع في الحال ، وان قال : نويت ايقاع الطلاق اذا حاضت لم يقع لانه طلاق بشرط و لانه طلاق محرم فعلى الوجهين معاً لا يقع .

مسئلة ٩ - اذ قال لها: في طهر ما قرب بها فيه أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعت واحدة و بطل حكم ما زاد عليها ؛ وقال الشافعي تقع الثلاث في الحال ، وقال ابو حنيفة : تقع في كل قرء واحدة - دليلنا - ما تقدم من أن التلفظ بالطلاق الثلث بدعة وانه لا يقع من ذلك الا الواحدة على ما مضى القول فيه فأغنى عن الاعادة .

مسئلة ١٠ - اذ قال لمن طلقها سنة وبدعة في طهر قرب بها فيه أوفى حال الحيض أنت طالق ثلاثاً للسنة فانه لا يقع منه شيء أصلا ، وقال الشافعي : أنه لا يقع في الحال شيء فاذا طهرت من هذه الحيضة أو تحيضت بعد هذا الوطى ثم تطهر يقع بها في اول جزء من اجزاء الطهر لان الصفة قد وجدت - دليلنا - انا قد بينا أن الطلاق بشرط لا يقع وعليه اجماع الفرقة ، وهذا طلاق بشرط لان حال الايقاع ليست بحال زمان طلاق السنة .

مسئلة ١١ - اذا قال لها : انت طالق أكمل طلاق أو اكثر طلاق او اتم طلاق وقعت واحدة وكانت رجعية ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : في اتم طلاق مثل ما قلناه و في اكمل و اكثر انها تقع بائناً - دليلنا - ان وقوعها مجمع عليه و كونها بائناً يحتاج الى دليل على ان عندنا ليست هي هنا تطليقة بائنة الا اذا كانت بعوض ، وهذه

ليست بعوض فيجب ان تكون رجعيًا .

مسئلة ١٢ - اذقال : أنت طالق اقصر طلاق أو أطول طلاق أو أعرض طلاق طلقت واحدة رجعية ، وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : تقع باينة - دليلنا - ما قد مناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ١٣ - اذقال لها : انت طالق اذا قدم فلان فقدم فلان لا يقع طلاقه ، وكذلك ان علقه بشرط من الشروط او بصفة من الصفات المستقبلية فانه لا يقع اصلا لا في الحال ولا في المستقبل حين حصول الشرط والصفة وقال جميع الفقهاء : انه يقع اذا حصل الشرط - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم فانهم لا يختلفون في ذلك ، وايضاً الاصل بقاء العقد وايقاع هذا الضرب من الطلاق يحتاج الى دليل ؛ والشرع خال من ذلك (دليل عليه خ ل) .

مسئلة ١٤ - اذا قال لها : انت طالق ولم ينو البينونة لم يقع طلاقه ، ومتى قال اردت غير الظاهر قبل ذلك منه في الحكم وفيما بينه وبين الله مالم تخرج من العدة ، فان خرجت من العدة ، لم يقبل ذلك منه في الحكم ، وقال جميع الفقهاء : أنه لا يقبل ذلك منه في الحكم - دليلنا - اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً الاصل بقاء العقد وايقاع الطلاق بالانية يحتاج الى دليل و ايضا قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم انما الاعمال بالنيات ، وانما لامرىء ما نوى دل على أن مالم ينو ليس له و هذا لم ينو .

مسئلة ١٥ - اذقال لها : أنت طالق طلاق الحرج فانه لا يقع به فرقة وحكى ابن المنذر عن علي عليه الصلاة والسلام انه قال : يقع ثلاث تطليقات ، وقال أصحاب الشافعي ليس لنا فيها نص ، والذي يجيء على مذهبنا أنه عبارة عن طلاق البدعة لان الحرج عبارة من الاثم - دليلنا - ان قوله حرج يعنى اثمًا ، والطلاق المسنون لا يكون فيه اثم فاذا أثبت فيه اثمًا كان مبدعاً ، وطلاق البدعة لا يقع عندنا على ما مضى القول فيه .

مسئلة ١٦ - اذا سئلته بعض نساءه ان يطلقها فقال نسائي طوالت ولم ينو اصلا فانه لا تطلق واحدة منهن ، وان نوى بعضهن فعلى ما نوى ، وقال أصحاب الشافعي : يطلق كل امرئة له نوى اولم ينو الابن الوكيل فانه قال : اذالم ينو السائلة فانها لا تطلق

وقال مالك : يطلق جميعهن الا التي سئلته لانه عدل عن المواجهة الى الكناية فعلم انه قصد غيرها - دليلنا - اجماع الفرقة على ان الطلاق يحتاج الى نية ، و هذا قد خلا من نية فيجب ان لا يقع ، و ايضاً الاصل بقاء العقد واليمينونة يحتاج الى دليل ؛ ولو كنا ممن لا يعتبر النية لكان قول الشافعي أولى لعموم قوله نسائي طوالت .

مسئلة ١٧ - صريح الطلاق لفظ واحد ، وهو قوله انت طالق أو هي طالق او فلانة طالق مع مقارنة النية له فان تجرد عن النية لم يقع به شيء ، والكنايات لا يقع بها شيء ، قارنها نية اولم تقارنها ، وقال الفقهاء : الصريح ما يقع به الطلاق من غير نية ، و الكنايات ما يحتاج الى نية فالصريح عند الشافعي على قوله الجديد ثلاثة ألفاظ ، الطلاق والفراق ، والسراح ، وقال مالك : صريح الطلاق كثير الطلاق ، والفراق ، و السراح و خلية و برة و بة و بتلة و باين ، وغير ذلك مما يذكره ، و قال ابو حنيفة : صريح الطلاق لفظ واحد وهو الطلاق على ما قلناه غير أنه لم يراع النية ، وقال ابو حنيفة ان قال: حال الغضب فارتكك او سرتكك كان صريحاً ، فاما غير هذه اللفظة فكلمها كنايات؛ وعلق الشافعي القول في القديم فاوماً الى قول ابي حنيفة وأخذ يدل عليه وينصره وهو قول (غير خ ل) معروف - دليلنا - اجماع الفرقة وأخبارهم ، ولان الطلاق حكم شرعي يحتاج الى دلالة شرعية في كونه صريحاً ، وليس في الشرع ما يدل على ما قالوه ، وايضاً فان المرجع في ذلك الى ما يتعارفه الناس ولا يتعارف الا في لفظ الطلاق ، وايضاً فالصريح ما لا يحتمل الا معنى واحداً او يحتمل معنيين : أحدهما أظهر منه واولى به ، وجميع ما عد اللفظ الطلاق يحتمل امرين (معنيين خ ل) فصاعداً على حد واحد؛ وايضاً فالصريح ما كان صريحاً في اللغة أوفى العرف أوفى الشرع وليس شيء مما قالوه صريحاً في واحد من ذلك فوجب أن لا يكون صريحاً

مسئلة ١٨ - اذا قال لها انت مطلقة لم يكن ذلك صريحاً في الطلاق ، و ان قصد بذلك انها مطلقة (الآن ص ف) الا ان ينوى وان لم ينولم يكن شيئاً ، وقال الشافعي : هو صريح فيه ، وقال ابو حنيفة هو كناية لانه اخبار - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء فلا وجه لاعادته ، وايضاً قوله انت مطلقة اخبار عن وقوع طلاق بها فينبغي ان يرجع

الى غير ذلك في وقوع الطلاق حتى يكون هذا خبراً عنه.

مسئلة ١٩ - لو قال لها: انت طالق ثم قال أردت أن أقول انت طاهر أو انت فاضلة أو قال: طلقتك ثم قال : اردت أن أقول امسكتك فسبق لساني فقلت طلقتك قبل منه في الحكم وفيما بينه وبين الله ، وقال الشافعي وابو حنيفة ومالك وجميع الفقهاء: لا يقبل منه في الحكم الظاهر ويقبل منه فيما بينه وبين الله - دليلنا - اجماع الفرقة وايضاً فإن اللفظ انما يكون مفيداً ما وضع له في اللغة بالقصد والنية فاذا قال: لو نواه قبل قوله، ورجع اليه لانه ليس على وجوب انفاذه دليل ، وايضا قوله وَاللَّهُ يَسْمَعُ الْعَمَالَ بِالنِّيَّاتِ وانما لكل امرئ ما نوى دليل على ذلك.

مسئلة ٢٠ - كنيات الطلاق لا يقع بها شيء من الطلاق (و) سواء كانت ظاهرة او خفية نوى

بها الفرقة اولم ينو ذلك، وعلى كل حال لا واحدة ولا ما زاد عليها. وقال الشافعي الكنيات على ضربين ظاهرة وباطنة فالظاهر خلية وبرية بته وبتلة وباين وحرام، والخفية كثيرة منها اعتدى

واستبرأى رحمك وتجرعى وتقنعى واذهبي واعزبى. الحقيقى باهلك وحملك على غارك، وجميعها

يحتاج الى نية يقادرن التلفظ بها، ويقع به ما نوى سواء نوى واحدة او نيتين او ثلاثاً فان نوى واحدة

او نيتين كانا رجعيين ، و سواء كان ذلك فى المدخول بها او غير المدخول بها

وسواء كان فى حال الرضا او فى حال الغضب ، وقال مالك : الكنيات الظاهرة صريح فى

الثلاث ، فان ذكرانه نوى دونها قبل منه فى غير المدخول بها ولم يقبل فى المدخول

بها ، و اما الخفية فقوله اعتدى واستبرأى رحمك فهو صريح فى واحدة رجعية وان

(فان خل) نوى أكثر من ذلك وقع ما نوى؛ واما ابو حنيفة فانه قال : لا تخلو الكنيات من

أحد أمرين اما ان يكون معها قرينة اولاً قرينة معها، فان لم يكن معها قرينة لم يقع بها

طلاق بحال، وان كان معها قرينة فالقرينة على أربعة أضرب: عوض او نية أو ذكر

طلاق او غضب ، فان كانت القرينة عوضاً كان ذلك صريحاً فى الطلاق ، وان كانت النية

(نية خل) وقع الطلاق بها كلها ، وان كانت القرينة ذكر الطلاق او غضب دون النية لم

يقع الطلاق بشيء منها الا فى ثمانى كنيات خلية وبرية وبته وباين؛ وحرام واعتدى واختارى

وامرك بيدك فان الطلاق بشاهد الحال يقع بكل واحدة من هذه فان قال : لم ارد

طلاقاً فهل يقبل منهام لانظرت ؛ فانكانت القرينة ذكر طلاق قبل منه فيما بينه وبين الله ولم يقبل منه في الحكم، وانكانت القرينة حال الغضب قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى، ولم يقبل منه في الحكم في ثلاث كنييات : اعتدى ، واختارى و امرك بيدك وأما الخمس البواقي فيقبل منه فيما بينه وبين الله ، وفي الحكم معاهذا لا يختلفون فيه بوجه وهو قول من تقدم ومن تأخر، والحق المتأخرون بانخمس كناية سادسة فقالوا بتلة كقول الشافعي بته و باين هذا تفصيلهم في الثمانى و ماعداهن فالحكم فيهن كلهن واحد وهو ما ذكرناه ان كان هناك نية والافلاطلاق هذا الكلام في وقوع الطلاق، بهافاما الكلام في حكمه فهل يقع بايناً ؟ وما يقع من العدد؛ قالوا كل الكنييات على ثلاثة اضرب : احدها ما لالحق بالصريح ، ومعناه أنها كقوله انت طالق يقع بهاعندهم واحدة رجعية ولا يقع اكثر من ذلك، وان نوى زيادة عليها وهى ثلاثة الفاظ : اعتدى : واستبرى رحمك ، وانت واحدة ، والضرب الثانى ما يقع بها واحدة باينة ، ولا يقع بهاسواها ولو نوى الزيادة وهى كناية واحدة اختارى و نوى الطلاق فاخترته ونوت قالوا لا يقع بها بحال الا واحدة باينة ، ولو نوى ثلاثاً الضرب الثالث ما يقع بها واحدة باينة ، و يقع ثلاث تطليقات ولا يقع بها طلقتان على حرة سواء كان زوجها حراً او عبداً لان الطلاق عندهم بالنساء و لا يقع عندهم بالكناية مع النية طلقتان على حرة دفعة واحدة ، فان كان قدر ما يملكه منها طلقتان (طلقتين خل) فنواهما وقعتا وهى الامة (للامية خل) حراً كان زوجها أو عبداً. فالكلام معهم فى خمسة فصول على القول على ما فصلناه فى الثمانى هل يقع الطلاق بهن بغير قرينة ام لا؛ و الثانى فى الملحقة بالصريح اعتدى و استبرئى رحمك و أنت واحدة هل يقع بهن ثلاث طلقات ام لا؛ والثالث اختارى هل يقع بها طلقة رجعية ام لا؛ والرابع فيما عدا هذه هل يقع بهن طلقة رجعية ام لا؛ والخامس هل يقع فيما (بماخل) فيما عدا هذه الكنييات الاربع طلقتان على حرة ام لا؛ - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم ، ولان الاصل بقاء العقد، و ايجاب الفرقة بما ذكرناه (وه خل) يحتاج الى دليل شرعى.

مسئلة ٢١ - اذا قال لها: انت الطلاق لم يكن صريحاً فى الطلاق ولا كناية، وللشافعى

فيه وجهان اخدهما انه صريح وبه قال ابو حنيفة ، والاخر انه كناية - دليلنا - ان كون ذلك طلاقاً يحتاج الى شرع ، وايضا الاصل بقاء العقد ، وايضا قوله طلاق مصدر ، ووصف الطلاق بالمصدر مجاز ، وما يكون مجازاً لا يكون صريحاً ونحن لا نقول بالكنايات على ما بيناه .

مسئلة ٢٢ - اذ قال لها: أنت حرة أو اعتقتك ونوى الطلاق لم يكن طلاقاً، وقال جميع الفقهاء: انه يكون طلاقاً مع النية - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضا الاصل بقاء العقد ، وكون هذين اللفظين طلاقاً يحتاج الى دليل .

مسئلة ٢٣ - ما هو صريح في الطلاق ليس بكناية في الاعتاق ، ولا يقع العتق الا بقوله انت حرا واعتقتك ، وما عدا ذلك لا يقع به عتق ، وقال الشافعي : كل ما كان صريحاً في الطلاق وهي ثلاثة ألفاظ: قوله طلقتك او فارقتك او سرحتك ، او كان كناية فيه وهو ما تقدم ذكره فهو كناية في الاعتاق ، وقال ابو حنيفة : كل ما كان صريحاً في الطلاق او كناية فيه فليس بكناية في الاعتاق الا كلمتان (كلمات خل) لاملك لي عليك ، ولا سلطان لي عليك هاتان كناية (بتان خل) في الطلاق وفي العتق معاً ؛ فالعتق لا يقع عنده الا بصريح وكناية فالصريح أنت حرا واعتقتك و الكناية لاملك لي عليك ولا سلطان لي عليك - دليلنا - ان الاصل بقاء الملك فمن أوقع الحرية بما ذكره فعليه الدلالة

مسئلة ٢٤ - اذ قال لزوجته انامنك طالق لم يكن ذلك شيئاً لاصريحاً ولا كناية ولو نوى ما نوى ، وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي : يكون ذلك كناية ، فان نوى به المينونة وقع مانوى - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد ، وايقاع الطلاق بهذا اللفظ يحتاج الى دلالة سواء ادعوه صريحاً او كناية ، فان استدلوا بقوله بالله الاعمال بالنيات ؛ وانما الامرء مانوى قيل : لادلالة في ذلك لان النبي ﷺ انما اراد بذلك العبادات بدلالة انه اثبت الفعل له بعد حصول النية ، وذلك لا يلبق بالطلاق لانه بعد وقوعه لا يكون له ، وانما يكون عليه فعلم انه اراد ما يكون له من العبادات التي يستحق بها الثواب .

مسئلة ٢٥ - اذ قال: انامنك معتدلم يكن ذلك شيئاً وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي

هو كناية - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سوآ .

مسئلة ٢٦ - اذا قال: انامنك باين او حراملم يكن ذلك شيئاً، و قال أبوحنيفة و

الشافعى: ان ذلك كناية عن الطلاق - دليلنا - ما قدمناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٢٧ - اذا قال لها: انت طالق لم يصح ان ينوى بها اكثر من طلقة واحدة، و

متى نوى أكثر من ذلك لم يقع الا واحدة، وقال الشافعى: ان لم ينوش شيئاً كانت طلقة رجعية

وان نوى كانت بحسب ما نوى طلقة او طلقتين او ثلاثة، وهكذا كل الكنايات يقع بها ما

نوى، و به قال مالك؛ وقال أبوحنيفة: اما صريح الطلاق انت طالق و طلقتك فلا يقع بها

اكثر من واحدة، و به قال الاوزاعى والثورى، وقال أبوحنيفة: وكذلك اعتدى واستبرأ

رحمك وانت واحدة واختارى لا يقع بهن الا طلقة واحدة بحال - دليلنا - اجماع الفرقة

ولان الاصل بقاء العقد، و وقوع الواحدة بصريح الطلاق مع النية مجمع عليه، وما زاد عليه

بغير الصريح لادلالة عليه .

مسئلة ٢٨ - اذا قال: أنت الطلاق أو أنت طالق أو انت طالق طلاقاً و انت طالق

لا الطلاق لا يقع به شىء، نوى اولم ينو الا بقوله انت طالق طلاقاً وينوى فانه يقع به واحدة

أكثر منه، وقال أبوحنيفة: بجميع ذلك يقع ما نوى واحدة كانت او اثنتين او ثلاثاً، و به قال

الشافعى - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد، و يقع الفرقة بما ذكره وليس عليه دليل، و

ايضاً فما ذكرناه مجمع على وقوع الفرقة به؛ و ما قالوه ليس عليه دليل .

مسئلة ٢٩ - اذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد بذلك الطلاق لا يقع بلاخلاف، و

ان قصد به الطلاق فعندنا انه لا يقع به شىء، وللشافعى فيه قولان: أحدهما يقع على كل

حال، و به قال أبوحنيفة، والاخر انه لا يقع وهو مثل ما قلناه - دليلنا - اجماع الفرقة، وايضا

الاصل بقاء العقد، ولادليل على وقوع الطلاق بالكناية (بأنخل).

مسئلة ٣٠ - اذا خير زوجته فاختارت له لم يقع بذلك فرقة؛ و بد قال ابن عمر وابن

عباس وابن مسعود وعائشة والشافعى، وروى عن علي عليه الصلاة والسلام وزيد بن

نابت روايتين: احدهما مثل ما قلناه، والثانية انه يقع به طلقة واحدة رجعية و هو قول

الحسن البصرى - دليلنا - اجماع الفرقة ولان الاصل بقاء العقد وابقاع الفرقة بذلك يحتاج الى دلالة، وروى الاسود قال: سألت عايشة عن رجل خير زوجته فاخترته فقالت خير رسول الله (ص) نسأه فاخترته أكان ذلك طلاقاً؟ .

➤ مسألة ٣١ - اذاخيرها فاخترت نفسها لم يقع الطلاق نوباً أو لم ينوباً أو نوباً أحدهما وقال قوم من أصحابنا: اذا نوباً وقع الطلاق ثم اختلفوا فمنهم من قال: يقع واحدة رجعية؛ ومنهم من قال ؛ باينة، وقال الشافعى : هو كناية من الطرفين يفتر الى نية الزوجين معاً وقال مالك: يقع به الطلاق والثلاث من غير نية لان عنده أن هذه اللفظة صريحة فى الطلاق الثلاث كما يقول (لون خل) فى الكنايات الظاهرة ، ومتى نوباً الطلاق ولم ينوباً عدداً وقعت طلقة رجعية عند الشافعى ، وعند ابى حنيفة باينة وان (فان خل) نوباً عدداً فان اتفقت نيتاهما على عدد وقع ما اتفقا عليه واحداً كان أو نيتين أو ثلاثاً عند الشافعى ، وعند ابى حنيفة ان نوباً طلقتين لم يقع الا واحدة كما يقول فى الكنايات الظاهرة ، وان اختلفت نيتاهما فى العدد وقع الاقل لانه متيقن ما ذون فيه، وما زاد عليه مختلف فيه - دليلنا - أن الاصل بقاء العقد ولم يدل دليل على أن بهذه اللفظة تحصل الفرقة، وايضاً اجماع الفرقة واخبارهم على هذا؛ وقد ذكرناها فى الكتابين المقدم ذكرهما وبيننا الوجه فى الاخبار المخالفة لها؛ ومن خالف فى ذلك لا يعتد به لانه شاذ فيهم (منهم خل).

مسألة ٣٢ - اذاخيرها ثم رجع عن ذلك قبل ان تختار نفسها صح رجوعه عند جميع اصحاب الشافعى الا ابن خيران فانه قال : لا يصح ؛ وبه قال ابو حنيفة، وهذا يسقط عنا لانا بينا ان التخيير غير صحيح ولا معمول به.

مسألة ٣٣ - اذا قال لها: طلقى نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة وقع عند الشافعى وعند ابى حنيفة لا يقع اصلاً وهو مذهبنا وان اختلفا فى العلة - دليلنا - ما تقدم فى المسئلة الاولى سوا .

مسألة ٣٤ - اذا قال لها: طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت عند الشافعى واحدة؛ وعند مالك لا يقع وهو مذهبنا وان اختلفا فى العلة - دليلنا - ما تقدم ذكره فى

المسئلة الاولى سواء

مسئلة ٣٥ - اذا قال لزوجته الحرة او الامة او امته: أنت على حرام لم يتعلق به حكم لاطلاق؛ ولا اعتاق، ولاظهار، نوى اولم ينو، ولا يمين ولا وجوب كفارة، وقال الشافعى: ان نوى طلاقاً فى الزوجة كان طلاقاً، فان لم ينو عدداً وقع طلاق رجعية، وان نوى عدداً كان على مانواه، وان نوى ظهاراً كان ظهاراً؛ وان نوى تحريم عينها لم يحرم ويلزمه كفارة يمين، ولا يكون يميناً لكن يجب به كفارة يمين، وان أطلق ففيه قولان: المذهب أنه يجب به كفارة ويكون صريحاً فى ايجاب الكفارة، والثانى أنه لا يجب به شىء فيكون كناية وان قال ذلك لامته: قال أنه لا يكون فيها طلاق ولاظهار لكنه ان نوى عتقها عتقت، وان نوى تحريم عينها لم يحرم، ويلزمه كفارة يمين، وان أطلق فعلى قولين كالحره سواء، و اختلف الصحابة ومن بعدهم فى حكم هذه اللفظة حال الاطلاق، فروى عن أبى بكر أنه قال: يكون يميناً يجب به كفارة يمين، وهو قول عايشة والاوزاعى، وروى عن ابن عمر أنه قال: يقع به طلاق رجعية وهو قول الزهرى، وروى عن عثمان أنه قال: يكون ظهاراً وهو قول أحمد بن حنبل وعن على عليه الصلاة والسلام انه قال يقع به ثلاث تطليقات وهو قول أبى هريرة وزيد بن ثابت، وعن ابن مسعود أنه قال يجب به كفارة يمين وليس يمين وهو أحد قولى الشافعى واحدى الرويتين عن ابن عباس، و اختلف التابعون فى ذلك فروى عن ابن (ابى خنبل) سلمة ومسروق أنهم قالوا: لا يلزمه به شىء ولا يتعلق به احكام كما قلناه؛ وعن حماد انه قال: يقع به طلاق باينة، وقال ابو حنيفة: ان خاطب بها الزوجة ونوى ظهاراً كان ظهاراً، وان نوى طلاقاً كان طلاقاً فان لم ينو عدداً وقعت طلاق باينة، وان نوى عدداً فان نوى واحدة وقعت واحدة باينة، وان نوى ننتين وقعت واحدة باينة؛ وان نوى الثلاث وقع الثلاث كما يقول فى الكنايات الظاهرة، وان أطلق كان مؤلماً فان وطئها قبل انقضاء الاربعة أشهر حث ولزمته كفارة، وان لم يطأ حتى انقضت المدة بانث بطلقة كما يقول فى المؤلى عليها انها يمين بطلقة. واما اذا قال ذلك للامة فانه يكون بمنزلة من (ان خنبل) يحلف انه لا يصيبها فان أصابها حث فلزمته (وخنبل) الكفارة، وان لم يصيبها فلا شىء عليه - دليلنا - اجماع الفرقة و اخبارهم، وايضا فان الاصل بقاء العقد و برائة الذمة فمن أوقع الطلاق او ألزم (به خنبل)

الكفارة او الظهار كان عليه الدلالة .

مسئلة ٣٦ - اذ قال: كلما املك على حرام لم يتعلق به حكم سواء كان له زوجات واماء وأموال ولم يكن له شيء من ذلك نوى أو لم ينو ، وقال الشافعي: ان لم يكن له زوجات ولا اماء وله أموال مثل ما قلناه ؛ وان كان له زوجة واحدة فعلى ما مضى ، وان كان له زوجات فعلى قولين أحدهما يتعلق به كفارة واحدة ، والثاني يتعلق بكل واحدة كفارة وقال أبو حنيفة ذلك بمنزلة قوله والله لا انتفعت بشيء من مالي فمتى انتفع بشيء من ماله حنث ولزمته الكفارة بناء على أصله ان ذلك عين - دليلنا - ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٣٧ - اذا قال كلّي واشربى ونوى به الطلاق لم يقع به الطلاق ، وبه قال ابو اسحاق المرزى ، وقال ابو حامد: المذهب أنه يقع الطلاق لان معناه اشربى غصص الفرقة وطعمها - دليلنا - ما قلناه (قدمناه خل) في المسئلة (المسائل خل) الاولى سواء .

مسئلة ٣٨ - اذ قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً وقعت واحدة ، وخالف جميع الفقهاء وقالوا: يقع الثلاث - دليلنا - اجماع الفرقة ، وما قدمنا في المسائل المقدم ذكرها ولانا قد بينا أنه لو قال ذلك للمدخول بها لا يقع الا واحدة كذلك غير المدخول بها لان أحداً لم يفرق بينهما .

مسئلة ٣٩ - اذ قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق بانث بالاولى ولا يلحقها الثانية ولا الثالثة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال قوم: تبين بالثلاث - دليلنا ما قلناه في المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٠ - من قال : ان الطلاق بشرط يقع أجمعوا على أن الشرط اذا كان جائزاً حصوله وان لم يحصل فانه لا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط ، وذلك مثل قوله ان دخلت الدار او كلمت زبداً فانت طالق ، وان كان شرطاً يجب حصوله مثل قوله اذا جاء رأس الشهر واذا طلعت الشمس واذا دخلت السنة الفلانية فقال ابو حنيفة : و أصحابه ، و الشافعي لا يقع الطلاق قبل حصول شرطه ، وقال مالك: يقع الطلاق في الحال ، وهذا يسقط عن الان

الطلاق بشرط لا يقع عندنا ، وقد دللنا على ذلك فقد بطل هذا الفرع .

مسئلة ٤١ - اذا قال : أنت طالق في شهر رمضان فانها تطلق عند الشافعي عند اول جزء من الليلة الاولى ، وقال أبو ثور: تطلق عند انقضاء آخر جزء منها وهذا يسقط عنا لما قدمناه في المسئلة الاولى ، ودلنا عليه .

مسئلة ٤٢ - اذا قال لها اذا رايته هلال رمضان فانت طالق فراه بنفسه طلقت بلا اختلاف (خلاف خل) بينهم ، وان راه غيره وأخبره به لم يطلق عند أبي حنيفة وطلقت عند الشافعي وهذا يسقط عنا لما قدمناه .

مسئلة ٤٣ - اختلفوا فيمن قال ان لم تدخلي الدار او اذا لم تدخلي الدار فانت طالق هل هما على الفور أو على التراخي ؟ فقال الشافعي : فيه : قولان أحدهما على الفور في قوله ان لم تدخلي الدار ، والثاني على الفور فيهما ، وبه قال ابو حنيفة ، وفي أصحابه من فرق بينهما فقال : ان لم ، يكون على التراخي ، واذا لم ، على الفور وبه قال أبو يوسف ومحمد : وهذا يسقط عنا لما افسدناه من تعليق الطلاق بشرط فما يبني عليه لا يصح على مذهبنا .

مسئلة ٤٤ - طلاق المكره وعتقه وسائر العقود التي يكره عليها لا يقع منه ، وبه قال الشافعي ومالك والاوزاعي ، وقال ابو حنيفة واصحابه: طلاق المكره وعتاقه واقع وكذلك كل عقد يلحقه فسخ فاما مالا يلحقه فسخ مثل البيع والصلح والاجارة فانه اذا أكره عليه ينعقد عقداً موقوفاً فان أجازها والابطلت - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ، وايضاً الاصل براءة الذمة ، وبقاء العقد، وزوال العقد وشغل الذمة يحتاج الى دليل ، ولادليل في الشرع على وقوع هذا النوع من الطلاق ، وايضا روى ابن عباس ان النبي ﷺ قال : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، ومعلوم انه لم يرد رفع ما وقع من الخطأ لان ما وقع لا يمكن رفعه ثبت انه اراد حكم الخطأ ، وروى عن عائشة ان النبي ﷺ قال : لا طلاق ولا عتاق (عتاق خل) في اعلاق (اغلاق خل) وقال ابو عبيد الاعلاق (الاعلاق خل) الاكراه فكأنه قال : لا طلاق في اكراهه ، وما قلناه مروى عن علي عليه الصلاة

و السلام و عمرو ابن عباس و ابن عمرو ابن الزبير ، ولا مخالف لهم فدل على انه اجماع .

مسئلة ٤٥ - طلاق السكران غير واقع عندنا ؛ وللشافعى فيه قولان : احدهما وهو الاظهر انه يقع ، وبه قال مالك والاوزاعى وأبو حنيفة و اصحابه ، والقول الثانى انه لا يقع كما قلناه ، وبه قال ربيعة والليث بن سعد والمزنى وداود وابونور والطحاوى من اصحاب ابى حنيفة والكرخى - دليلنا - اجماع الفرقة ، وايضاً الاصل بقاء العقد ، ووقوع الطلاق يحتاج الى دليل .

مسئلة ٤٦ - اذا زال عقله بشرب البنج والاشياء المرقدة و المجنونة لا يقع طلاقه وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى : ان كان شر به للتداوى فزال عقله لا يقع طلاقه ، و ان شر به للمعب وغير الحاجة وقع طلاقه - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٤٧ - اذا قال له رجل : لك زوجة ؟ فقال : لا ، لم يكن ذلك طلاقاً ، وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة يكون طلاقاً - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ، وايضاً قوله ، لا ، جواب للسائل فكانه قال : ليس لى زوجة ، ولو صرح بذلك لكان كذباً ولم يكن طلاقاً بخلاف .

مسئلة ٤٨ - اذا قال : انت طالق واحدة فى ننتين (اننتين خل) ، وقال أردت فى طالقتين لى غير واقعتين عليك قال اصحاب الشافعى : قبل منه والمنصوص انها طلاق ، وبه قال ابو حنيفة وقال أبو اسحاق : طلقتان ، وهذا الفرع يسقط عنالان عندنا انه لو صرح أنه طلق ثلاثاً لم يقع الا واحدة فكيف بالمحتمل .

مسئلة ٤٩ - اذا قال : انت طالق واحدة لاتقع ، لم يقع بهاشى ، ، وكذلك لو قال أنت طالق ، لم يقع بهاشى ، ، وقال الشافعى : يقع بها طلاقاً - دليلنا - اننا قد دللنا على ان الطلاق يحتاج الى نية فاذا قصد بها (بهذا خل) لا يقع فيجب ان لا يقع بهشى ، لفقد النية للايقاع .

مسئلة ٥٠ - اذا قال لها : رأسك اوجبهتك (جسمك خل) طالق ، لم يقع به طلاق وقال جميع الفقهاء : انه يقع به الطلاق - دليلنا - ان الطلاق حكم شرعى والالفاظ التى يقع

بها الطلاق تحتاج الى دلالة شرعية ولا دلالة في الشرع على ان هذه الالفاظ يقع بها الفرقة والاصل بقاء العقد الى أن يقوم دليل.

مسئلة ٥١ - اذا قال : يدك اورجلك او شعرك او اذنك طالق لا يقع به شىء من الطلاق ، وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ، وقال زفر والشافعى : يقع بذلك كله الطلاق دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء ، وايضا قوله عز وجل « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وهذا ما طلقها ، وانما طلق شعرها ويدها اورجلها .
مسئلة ٥٢ - اذا قال لها : انت طالق نصف تطليقة لم يقع شىء اصلا ، وبه قال داود وقال جميع الفقهاء انه يقع طلقة - دليلنا - ما قلناه فى المسئلة الاولى سواء .

مسئلة ٥٣ - الاستثناء بمشية الله تعالى يدخل فى الطلاق والعتاق سواء كانا مباشرين او معلقين بصفة ، وفى اليمين بهما وفى الاقرار وفى اليمين بالله فيوقف الكلام ومن (متى خل) خالفه لم يلزمه حكم ذلك وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعى وطاوس والحكم ، وقال مالك والليث بن سعد لا يدخل فى غير اليمين بالله وهو ما ينحل بالكفارة وهو اليمين بالله فقط وبه قال الزهرى ، وذهب الاوزاعى وابن ابى ليلى الى انه يدخل فيما كان يمينا بالطلاق او بالله ففى الطلاق يدخل فيما كان يمينا به فاما ان كان (اذا كان خل) طلاقاً او متجرداً (مجرداً خل) او معلقاً بصفة فلا يدخله الاستثناء ، وقال احمد بن حنبل : يدخل فى الطلاق دون العتاق فقال : اذا قال أنت طالق ان شاء الله لم تطلق ، ولو قال أنت حر ان شاء الله عتق وفرق بينهما بأن الله تعالى لا يشاء الطلاق ويشاء العتق لقوله وَاللَّهُ شَهِيدٌ ان ابغض الاشياء الى (عند خل) الله تعالى الطلاق - دليلنا - ان الاصل براءة الذمة ؛ وثبوت العقد و اذا عقب (عقب خل) كلامه بلفظة ان شاء الله فى هذه المواضع فلا دليل على زوال العقد فى النكاح او العتق ولا على تعلق حكم بذمته فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة ، وروى ابن عمر (عمر خل) ان النبى ﷺ قال : من حلف على يمين وقال فى اثرها ان شاء الله لم يحدث فيما حلف عليه فهو على العموم فى كل الايمان بالله وبغيره .

طلاق المريض

مسئلة ٥٤- المريض اذا طلقها طليقة لا يملك رجعتها فان ماتت لم يربها بالاخلاف وان مات هو من ذلك المرض ورتته ما بينها وبين سنة مالم تنزوج ، فان تزوجت بعد انقضاء عدتها لم ترته ، وان زاد على السنة يوم واحد لم ترته ، وللشافعي فيه قولان : أحدهما لترته وهو أصح القولين عندهم ، واختاره في الاملاء ، وبه قال ابن الزبير وهو اختيار المزني ، والقول الثاني لترته كما قلناه ، وبه قال في الصحابة على عليه الصلاة و السلام وعمرو عثمان ، وفي الفقهاء ربيعة ومالك والاوزاعي والليث بن سعد وابن ابي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل ، ولهم تفصيل فابو حنيفة لا يورثها بعد خروجها من العدة ، وكذلك اصحابه والاوزاعي والليث بن سعد و الثوري واحد الاقوال الثلاثة للشافعي على قوله (الثاني في ص ف) انها ترته ، والقول الثاني للشافعي على هذا القول أنها ترته مالم تنزوج ، وبه قال ابن أبي ليلى واحمد ولم يعتبروه بسنة كما قلناه ، والقول الثالث للشافعي على هذا القول انها ترته ابدأ ، ولو تزوجت ماتت ورجت وبه قال ربيعة ، وقال ربيعة : لو تزوجت عشرة ازواج و رتتها فعلى هذا يجيء ان ترث في يوم واحد ميراث خلق من الازواج وهو ان يتزوجها فيطلقها في مرضه ثم يتزوجها آخر فيطلقها كذلك فتتزوج فيقضى ان يموتوا كلهم دفعة واحدة فتأخذ ارثها من الجماعة - دليلنا - اجماع الفرقة و أخبارهم ولانه اجماع الصحابة ، روى عن من ذكرناه ولا يعرف لهم مخالف ، وروى عن عمرانه قال المبتوتة ترث ، وروى ان عبد الرحمان ابن عوف طلق زوجته تماصر (ضرخل) بنت اسبع الكلبية في مرضه فانت بطلاقها (فابت طلاقها ص ف خ) فترافعوا الى عثمان فورثها منه ، وروى ان عثمان طلق بعض نساءه و هو محصور فورثها منه على عليه السلام .

مسئلة ٥٥- اذا سلمته أن يطلقها في مرضه فطلقها لم يقطع ذلك الميراث منه ، وبه قال ابن أبي هريرة من اصحاب الشافعي على قوله انها ترث وقال الباقر من أصحابه : أنها لترته ، وبه قال أبو حنيفة قالوا لانها زالت الشبهة (التهمة حل) - دليلنا - عموم الاخبار الواردة بانها ترثه اذا طلقها في

المرض ولم يفصلوا فوجب حملها على عمومها .

مسئلة ٥٦ - اذ قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فان قدم قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق ، وان قدم مع انقضاء الشهر مثل ذلك ، وان قدم بعد شهر و لحظة من حين عقد الصفة وقع الطلاق عقيب عقد الصفة وهو الزمان الذي هو عقيب عقد الصفة وقبل اول الشهر هذا قول الشافعي على ما فرعه أبو العباس ، وبه قال زفر ، وقال أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد اى وقت قدم وقع الطلاق بقدومه حين قدومه ، وهذا الفرع ساقط عنا لاننا قد بينا ان الطلاق بالشرط غير واقع ، فما يتفرع عليه يستقط على كل حال .

مسئلة ٥٧ - اذا شك هل طلق ام لا؛ لا يلزمه الطلاق لا وجوبا ولا استحباباً لا واحدة ولا ثلاثاً ، والاصل بقاء الزوجية ، وقال الشافعي يستحب له ان يلزم نفسه واحدة ويراجعها ليزول الشك ، وان كان ممن اذا وقع الطلاق اوقع ثلاثاً فيقتضى التبرع والعفة ان يطلقها ثلاثاً لتحل لغيره ظاهر اذ باطنا - دليلنا - ان الاصل بقاء الزوجية وليس على وقوع الطلاق والاستحبابه دليل لمكان الشك .

مسئلة ٥٨ - اذا علم انه طلق وشك هل طلق واحدة او اثنتين بنى على واحدة ، و ان شك بين اثنتين والثلاث بنى على اثنتين ، وبه قال الشافعي و ابو حنيفة و محمد وقال مالك و ابو يوسف : عليه الاخذ بالاكثر لان الحظر والاباحة اذا اجتمعا غلبنا حكم الحظر كما لو نجس موضع من ثوبه وجهل مكانه غلب الاخذ بالاحوط وغسل جميعه ، وكذلك لو اختلطت أخته باجنبية غلبنا الحظر - دليلنا - ان الاصل بقاء العقد والمحقق وقوع واحدة من التطبيقات وما زاد عليه ليس عليه دليل ، وما قالوه من الثوب حجة لنا لانه لما لم يكن جزء منه الا وشك في طهارته بنى على اليقين في غسله (غسل خل) كله وليس كذلك هيئتنا لانه قد يتيقن التطليقة وشك فيما عداها بنى على اليقين ؛ ووزان هذا من مسئلتنا ان يتحقق النجاسة في أحد الكمين من القميص ويشك فيما عداها فانه يغسل الكم وحدها و هكذا الجواب عنه اذا اختلطت أخته باجنبية وهو ان الشك وقع في حل (اصل خل) الشئ ، في كل واحدة منهما فلهذا تر كهما معا تعليمياً للتحريم وليس كذلك في مسئلتنا لان اليقين في الواحدة والشك في الزيادة فلهذا اخذنا باليقين و طرحنا الشك

مسئلة ٥٩ - الظاهر من روايات أصحابنا و الاكثرين ان الزوج الثانى اذا دخل بهما يهدم مادون الثلاث من الطلقة و الطلقتين، و به قال أبو حنيفة و أبو يوسف، و فى الصحابة ابن عمر و ابن عباس، و قد روى أصحابنا فى بعض الروايات أنه لا يهدم الا الثلاث فاذا كان دون ذلك فلا يهدم، فمتى تزوجها الزوج الاول كانت معه على ما بقى من الطلاق و به قال فى الصحابة على ما حكوه على عليه الصلاة و السلام و عمر و ابو هريرة، و فى الفقهاء مالك و الشافعى و الاوزاعى و ابن أبى ليلى و محمد و زفر، و قال الشافعى : رجع محمد ابن الحسن فى هذه المسئلة الى قولنا - دليلنا - على القول الاول قوله جل من قائل « الطلاق مرتان فامسك به معروف او تسريح باحسان » فأخبر أن من طلق طلقتين كان له امسكها بعدها تين الطلقتين الا ما قام عليه الدليل و المعتمد فى ذلك الاخبار التى ذكرناها فى الكتاب الكبير من طرق أصحابنا صريحة بذلك فمن أرادها و وقف عليها من هناك و نصرة الرواية الاخرى قوله « الطلاق مرتان » الى قوله « فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » فأخبر أن من طلق طلقة بعد طلقتين فلاتحل له الا بعد زوج و لم يفرق بين أن تكون هذه الثالثة بعد طلقتين و زوج أو بعد طلقتين بلا زوج فمن قال : اذا طلقها واحدة حلت له قبل زوج غيره فقد ترك الاية .

فى جواز الحيلة فى الاحكام

مسئلة ٦٠ - الحيل فى الاحكام جايذة، و به قال جميع أهل العلم ابو حنيفة و أصحابه و الشافعى و مالك و غيره، و فى التابعين من منع الحيل بكل حال - دليلنا - على جوازها قوله تعالى فى قصة ابراهيم عليه السلام « قالوا امن فقال هذا بالهتينا يا ابراهيم قال بل فعله كبيرهم هذا فستلوهم ان كانوا ينطقون » فاضاف كسر الاصنام الى الصنم الاكبر، و انما قال هذا على تأويل صحيح بأن قال : ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم فاذا لم ينطقوا فاعلموا انهم (انه نحل) ما فعلوا (فعله نحل) تنبيه على ان (انه نحل) من لا ينطق و لا يفعل لا يستحق العبادة و الالهية و خرج الكلام مخرجا ظاهره بخلافه، و قال فى قصة ايوب عليه السلام

« وخذ بيدك ضغثاً فـاضرب به ولا تحنث » فجعل الله لايوب مخرجاً مما حلف (كان ص ف) عليه ، وروى سويد بن حنظلة قال خرجنا ومعنا ايل بن حجر نريد النبي ﷺ فأخذناه اعداء له وتخرج القوم أن يحفلوا فحلفت بالله أنه اخی فخلى عنه العدو فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه و اله فقال: صدقت المسلم أخو المسلم فالنبي صلى الله عليه واله أجاز ما فعل سويد وبين له صواب قوله فيما احتال به ليكون صادقاً في يمينه فدل على ما قلناه .

مسئلة ٦١ - اذا ثبت جواز الحيلة فانما يجوز من الحيلة ما يكون مباحاً يتوصل به الى مباح فاما مثل محظور يتوصل به الى المباح فلا يجوز ، و به قال الشافعي و أجاز أصحاب أبي حنيفة الحيلة المحظورة ليصل بها الى المباح . قال ابوبكر الصيرفي : نظرت في كتاب الحيل لاهل العراق فوجدته على ثلاثة أنحاء : أحدها ما لا يحل فعله ، و الثاني ما (لا خ ل) يجعل على أصولهم ، و الثالث ما (لا خ ل) يجوز على قول من أحال (أجاز خ ل) الحيلة فالمحظور مثل ما روى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان امرئة شكت اليه زوجها فابترت فرأه فقال لها : ارتدى في زول النكاح و ان كان بعد النكاح ، و روى عن ابي حنيفة في ما رواه عنه سليمان بن منصور عن علي بن عاصم في قصة معروفة انه قال لزوجة المرئة قبل امها بشهوة فان نكاح زوجها ينفسخ و قال النضر بن شميل في كتاب الحيل : ثلاثمائة وعشرون أو ثلاثون مسألة كلها كفر يعنى من استباح ذلك كفر ؛ و الدليل على ان مثل هذا لا يجوز ان الله تعالى عاقب من احتال حيلة محظورة عقوبة شديدة حتى مسخ من فعله قرده و خنازير فقال تعالى : « و اسئلهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر » القصة كان الله تعالى حرم عليهم صيد السمك يوم السبت فاحتالوا على السمك فوضعوا الشباك يوم الجمعة فدخل السمك يوم السبت و اخذوا السمك يوم الاحد فقال تعالى (عز وجل خ ل) « فلما عتوا عما نهوا عنه قلنا لهم كونوا قردة خاسئين » و قال النبي ﷺ : لعن الله اليهود حرم (حرمت خ ل) عليهم الشحوم فباعوها و اكلوا مما باعوا فلما نظر محمد بن الحسن الى هذا قال : ينبغي ان لا يتوصل الى المباح بالمعاصي ثم نقض هذا فقال : لو ان رجلاً حضر عند الحاكم فادعى ان فلانة زوجتى وهو يعلم انه كاذب و شهد له بذلك شاهدان زوراً و هما يعلمان ذلك فحكم له الحاكم بذلك (بها خ ل) حلت له ظاهرأ

وباطناً، وكذلك على قولهم لو أن رجال تزوج بامرأة جميلة فرغب فيها اجنبى قبل دخول زوجها بها فأتى هذا الاجنبى الحاكم فادعى انها زوجته، وان زوجها طلقها قبل الدخول بها وتزوج بها شهدها بذلك شاهدان ورر فحكم الحاكم بذلك نفذ حكمه وحرمت على الاول ظاهراً وباطناً وحلت للمحتمل ظاهراً وباطناً هذا مذهبهم لا يختلفون فيه، وفيما ذكرناه دليل على بطلان فعل هذا أجمع.

قد تم المجلد الثانى من كتاب الخلاف

فهرس الجزء الثاني من كتاب الخلاف

الصحيفة	الصحيفة
٥٩- مسائل بيع المرابحة	٢- كتاب البيوع وفيه ٣٣١ مسألة
٦٤- تفريق الصفقة	٣- خيار المجلس
٦٤- خيار تبعض الصفقة	٥- خيار الحيوان
٦٥- مسائل اختلاف المتابعين	٨- بيع الشرط
٧٢- بيع الصبرة	٩- فيما ينقطع به خيار المجلس
٧٣- اجارة الفحل للضراب	١٩- مسائل الربوا
٧٦- تلقي الركبان	٢٧- في جواز بيع جنس بجنس مثله و عدم الجواز بلا ضميمه شيء آخر
٧٦- مسائل القرض	٣٧- مسائل بيع الثمار
٧٩- بيع الصبى	٤١- معنى بيع المحاقلة
٧٩- تصرفات العبد	٤١- معنى المزابنة
٨٠- ما يصح بيعه وما لا يصح من الكلام وغيرها	٤٢- بيع العرايا
٨١- بيع القرذ	٤٣- مسائل في بيع مال يقبض
٨٢- عدم امكان تطهير زيت النجس بالغسل	٤٥- مسائل التصرية
٨٢- بيع الخمر والاختلاف فيه	٤٧- مسائل العيب
	٥٨- مسائل استبراء الجارية

الصحيفة

٨٦ - كتاب السلم وفيه ٣٨ مسألة

٨٩ - مسائل الاقالة

٩٦ - كتاب الرهن وفيه ٦٨ مسألة

١١٢ - كتاب التفليس وفيه ١٢٧ مسألة

١٢٠ - كتاب الحجر وفيه ٩ مسألة

١٢٠ - بيان اسباب البلوغ من السن وغيره

١٢١ - علامة الرشد

١٢٥ - كتاب الصلح وفيه ١٢ مسألة

١٢٩ - كتاب الحوالة وفيه ١١ مسألة

١٣١ - الحوالة عقد وليست ببيع

١٣٣ - كتاب الضمان وفيه ١٩ مسألة

١٣٦ - كفالة الابدان

١٣٨ - كتاب الشركة وفيه ١٥ مسألة

١٤٤ - كتاب الوكالة وفيه ٢٣ مسألة

١٤٧ - اذا اختلف الخياط وصاحب الثوب

فى قطعه

١٥١ - كتاب الاقرار وفيه ٣٥ مسألة

١٦٠ - اذا أمر احد الابنين باخ نالت و

انكره الاخر

١٦٤ - كتاب العارية وفيه ٢٩ مسألة

١٦٤ - اختلاف صاحب الدابة والراكب

فى الاعادة والاكرام

١٦٧ - كتاب الغصب وفيه ٤٠ مسئلته

١٦٨ - اذا مثل بمملوك غيره

الصحيفة

١٧٦ - اذا غصب شيئاً وكان قيمياً كان عليه

أكثر مما كانت قيمته يوم الغصب الى حين

التلف

١٨٠ - كتاب الشفعة وفيه ٤٣ مسألة

١٩٤ - كتاب القراض وفيه ١٨ مسألة

٢٠٠ - كتاب المساقات وفيه ١٤ مسألة

٢٠٥ - كتاب الاجارة وفيه ٤٦ مسألة

٢١٢ - الكلام فى تضمين الاجراء

٢١٨ - كتاب المزارعة وفيه ١١ مسألة

٢٢٢ - كتاب احياء الموات وفيه ١٤ مسألة

٢٢٤ - مقدار حرير البئر والعين

٢٢٦ - كتاب الوقوف والصدقات و

فيه ٢٤ مسألة

٢٢٧ - فى حرمة الصدقة المفروضة على

بنى هاشم من ولد ابي طالب وغيره

٢٣٢ - اذا آجر الوقف البطن الاول

وانقرضوا قبل انقضاء المدة فالاجارة

تبطل فى حق البطن الثانى

٢٣٣ - كتاب الهبة وفيه ٢١ مسألة

٢٣٦ - مسألة الرقبى

٢٣٦ - يستحب التسوية بين الاولاد اذا

أعطاهم شيئاً

٢٤٠ - اذا وهب شيئاً فى مرضه المخوف و

أقبضه ثم مات لزمت الهبة

الصحيفة

٣٤٣- كتاب الملقطة وفيه ٢٦ مسألة

٢٤٧ - اذا أسلمت الام يتبعها الولد الغير البالغ وكذا حملها .

٢٤٨ - الاختلاف في سن على امير المؤمنين

عليه السلام وقت تصديقه لرَسُولِ اللَّهِ ﷺ

٣٥١ كتاب الفرياض وفيه ١٥٢ مسألة

٢٦٢ - ميراث المهذوم عليه والغرقى

٢٦٣ - بيان الاختلاف في معنى الكلالة

٢٦٥ - حجب الامام بالاخوة والاخوات

٢٧٦ - بطلان القول بالعصبة

٢٨١ - بطلان العول

٢٨٣ - استدلال المخالفين للمعول

٢٨٤ - مسائل الولاة

٢٩١ - المسئلة الاكدرية

٢٩٤ - المطلقة بالطلاق الثلاث في حال

المرض ترث من الزوج الى سنة اذا لم

تتزوج

٢٩٥ - ارث الولد الماعنة

٢٩٦ - ولد الزنا لا يرث من امه ولا يرث

امه منه

٣٠٣ - ولاء الموالاة

٣٠٨ - كتاب الوصايا وفيه ٥٢ مسألة

٣١٢ - تصرف المريض فيما زاد على الثلث

اذا لم يكن منجز الا يصح

الصحيفة

٣١٣ - الوصية بحجة الاسلام من ثلث

ماله

٣١٤ - رد الوصى الوصية

٣١٥ - الوصية لا قربائه و من بعد من

القرباء

٣١٦ - من يعد جارا للانسان

٣١٧ - الجمع بين المنجز والمعلق

٣١٩ جواز كون المرأة وصياً

٣١٩ الوصية الى رجلين وتفصيلها

٣٢١ اذا وصى واطلق هل يكون للموصى

التوصية الى الغير ام لا

٣٢٢ عدم وجوب الزكاة في اموال الصائمة

للطفل وعدم وجوب الفطرة عليه

٣٢٤ كتاب الوديعه وفيه ١٥ مسألة

٣٢٨ كتاب قسمة الفى عو الغنائم وفيه

٤٥ مسألة

٣٢٩ ان مال النبى ﷺ منتقل الى ورثته

كسائر الناس

٣٤٠ تقسيم الخمس و اختلافه

٣٤٢ تعداد اولاد عبد مناف واسامهم

٣٤٦ كتاب قسمة الصدقات وفيه ٣٠

مسئلة

٣٤٦ فيمن يجوز اعطاء الزكوة به ومن لا

يجوز ان يعطى به لامن زكوة المال ولا

الصحيفة	الصحيفة
٣٩٦ العيوب الموجبة للفسخ	من زكاة الفطرة
٤٠٣ كتاب الصداق وفيه ٤٩ مسألة	٣٤٨ لا يجوز نقل الزكاة من بلد الى بلد
٤١١ معنى مفوضة المهر	مع وجود المستحق فيه
٤٢٢ كتاب الوليمة وفيه ٥٥ مسألة	٣٤٩ فى ان الفقير اسوء حالامن المسكين
٤٢٤ كتاب القسم بين الزوجات	٣٥٠ الصدقة لا تحل لال محمد الا فى بعض
وفيه ١٠ مسألة	الاحوال
٤٢٦ فى النشوز	٣٥٢ قضاء دين الميت يدخل فى قسمة فى
٤٢٨ كتاب الخلع وفيه ٢٩ مسألة	سبيل الله
٤٣٨ كتاب الطلاق وفيه ٦١ مسألة	٣٥٦ كتاب النكاح وفيه ١٤٥ مسألة
٤٥٦ طلاق المريض	٣٦٣ عدم احتياج النكاح بالشهود
٤٥٨ جواز الحيلة فى الاحكام	٣٩١ حكم المرتد بقسميه

