* حرف الصاد المهملة *

* الصبي يتعلق به مباحث *

الأول :

بالنسبة « لأقواله »[1] وهي ملغاة فلا تصح عقوده ، وفي وصيته وتدبيره قول ، ولا يصح إسلامه ولا روايته مطلقاً على أصح القولين .

وقال المتولي وتابعه النووي في موضع يقبل فيما طريقه المشاهدة دون الإخبار ، كرؤية النجاسة ، ودلالة الأعمى على القبلة ، وخلو الموضع عن الماء وطلوع الفجر « والشمس »[2] وغروبها ، بخلاف ما طريقه الاجتهاد ، كالإفتاء والاخبار عما يتعلق بالطب ورواية الأحاديث والتنجيس عن غيره .

ويستثنى صور :

إحداها : اذنه في دخول الدار « وإيصال[3] الهدية » .

الثانية : إخباره بطلب صاحب الدعوة ، فإن المدعو تلزمه الإجابة ، كما قاله الماوردي والروياني وشرطا أن يقع في قلبه صدق الصبي .

الثالثة : في اختياره أحد أبويه « في »[4] الحضانة إذا بلغ سن التمييز .

---

(١) في (د) «الى أقواله »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «وايصاله هدية » وقف (د) «وايصال هدية » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وفي » .

وكذلك الخنثى « يختبر »[1] في سن التمييز بميله إلى أحد الجنسين يعتمد على وجه والأصح خلافه ، لأن « اختيار »[2] الخنثى لازم ولا حكم له قبل البلوغ كالولد يتداعاه اثنان لا يصح انتسابه قبل البلوغ ، والاختيار في الحضانة ليس بلازم .

الرابعة : دعواه استعجال الإنبات بالدواء نص عليه ، زاد ابن الصباغ والقاضي الحسين بيمينه لأجل حقن دمه ، بخلاف غيره إذا ادعى أنه صبي « فلا »[3] يحلف .

الخامسة : في إرساله لقضاء الحوائج المحقرات ، وقد نقل عن الجوري « حكاية »[4] الإجماع عليه وعلى صحة شرائه « لها »[5] ، وعليه عمل الناس ، بلا نكير .

السادسة « إخباره »[6] ببيع الشريك حصته من العقار إذا وقع في نفس الشريك صدقه ، حتى إذا أخر الأخذ بالشفعة لا يحل « له »[7] أخذها في الباطن قاله « في »[8] الحاوي ، قال وكذا خبر الكافر والفاسق فأما بالنسبة « إلى الظاهر »[9] فله الأخذ .

السابعة : عمده في العبادات ، كما لو تكلم في الصلاة بطلت أو سلم على أحد يجب عليه الرد .

---

(١) في (ب) «يخبر »

(٢) في (ب) « اخبار »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «لا »

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «بها »

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «اختياره » .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (ب) «للظاهر »

« الثاني »[1] :

أفعاله وهو أنواع :

منها العبادات وهو فيها كالبالغ على المذهب.

ومن ثم يحكم على مائه بالاستعمال في الأصح وطهارته كاملة حتى لو توضأ في صغره ثم بلغ وصلى صحت صلاته ، وكذا لو وطئها زوجها قبل بلوغها فاغتسلت ثم بلغت فغسلها صحيح ولا تعيد .

وذكر المزني في المنثور أن طهارة الصبي ناقصة فإذا بلغ فعليه الإعادة حكاه صاحب التتمة . وهذا في غير طهارة الحاجة ، أما لو تيمم ثم بلغ فليس له أن يصلي به فرضاً في الأصح في التحقيق وهو قياس المستحاضة إذا شفيت ، لأن طهارتها للحاجة ، وقد زالت الحاجة ، ولا يجمع بين مكتوبتين بتيمم واحد على المذهب قال الرافعي ، لأنه وإن لم يكن مكلفاً به لكن ما يؤديه حكمه حكم الفرض ، ألا ترى أنه ينوي « بصلاته »[2] « الفرضية »[3] قلت هذا فيه نزاع ، وقد حكى عن البيان أنه لا يجمع بين الصلاتين ولا يقصر ، لأن القصر إنما يكون في الفرائض ، قال ابن الاستاذ ، فعلى هذا يكون الظاهر هنا الجواز ، لأنهما نفلان.

قلت سيأتي عن العبادي ما يقتضي تجويز الجمع له.

ولو صلى ثم بلغ لم تجب عليه إعادة الصلاة على الصحيح ، وكذا لو جمع بين الصلاتين جمع تقديم قاله العبادي ، وفي وجوب نية الفرضية عليه خلاف « ترجيح «بين»[4] الرافعي والنووي ورجح النووي ، أنها لا تجب مع »[5] « موافقته »[6]

(١) في (د) «الثامنة »

(٢) في صلب النسخة (ب) «بالصلاة » وفي هامشها «بصلاته » وفوقها صح ، كما في الأصل و(د) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «الفريضية » وفي (د) «الفريضة » .

(٤) في (د) «من »

(٥) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة «ترجيح » وينتهي بكلمة «مع » ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .

(٦) في (د) «موافقة » وفي (ب) «موافقته » وساقطة من الأصل .

« الرافعي »[4] على أنه يجب عليه نية التبييت في صوم رمضان .

ولو دخل في صلاة لم يجز له أن يخرج منها ، ذكره في الكفاية عند كفارة المجامع ، وهو « يؤ يد »[2] ما سبق أن لصلاته حكم الفرض ، وحكى في موضع آخر وجهين أنه هل يجوز له صلاة الفرض قاعداً ويجوز اقتداء البالغ به نعم البالغ فيه أولى منه وإن كان الصبي أقرأ « أو أفقه »[3] ، كما قاله الرافعي للإجماع على صحة الإقتداء به ، بخلاف الصبي ، بل نص « الإمام »[4] الشافعي « رضي الله تعالى[5] عنه » في البويطي على كراهة إمامة الصبي ، نعم « لو »[6] أدرك الإمام في الركوع وكان الإمام صبياً « نص »[7] الروياني أنه لا يكون مدركاً للركعة ، لأنه لا يصح التحمل ، إلا لمن هو من أهل الكمال .

ولو استناب الولي في حج الفرض عن الميت صبياً لم يصح ، بل لا بد من البلوغ ، وقياسه كذلك في الصوم عنه .

ومنها الجنايات ، والأصح أن عمده عمد فتغلظ الدية عليه إذا قتل عمداً ويحرم ارث من « قتله »[8] إذا قلنا قاتل الخطأ يرث دون العامد.

ولو أحرم بالحج وجامع فسد حجه وعليه القضاء في الأصح . ولو وطىء أجنبية وقلنا عمده عمد فهو زنى ، إلا أنه لا حد فيه لعدم التكليف ، وإلا فكالوطء في الشبهة فيترتب عليه تحريم المصاهرة ، بخلاف ما إذا جعلناه زنى.

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «يرد »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وأفقه »

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل «رضي الله عنه » ولم تذكر في (ب) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٧) في (ب) «فعن » .

(٨) في (ب) «قتل »

ولو حج وباشر شيئاً من محظورات الإحرام كاللباس والطيب عمداً وجبت الفدية في ماله بناء على الأصح « أن »[1] عمده عمد .

« ولو »[2] حلق أو قلم أو قتل صيداً عمداً وقلنا عمد هذه الأفعال وسهوها « سواء »[3] وهو المذهب وجبت الفدية ، وإلا فهو كالطيب واللباس .

ويستثنى من هذا القسم جماعه في « نهار »[4] رمضان عمداً لا كفارة فيه على الأصح ، لأن حرمة الصوم في حقه ناقصة ، والفرق بينه وبين كفارة جماع المحرم ونحوه أنه اختلف في هذه المحظورات هل تجب في ماله أو مال الولي ، والأصح أنها في مال الولي ، فيكون فعل الصبي من خطاب الوضع « نصب »[5] سبباً للإيجاب من مال الولي .

ومنها الاكتساب وهو كالبالغ . ولهذا « يتملك »[6] الموات « بالاحياء والاصطياد »[7] ، قاله في الحاوي ويصح التقاطه في الأصح ، ويجوز السبي ويملكه ويتبعه في الإسلام ، كما حكاه الرافعي « رحمه الله تعالى »[8] في باب قسم الفيء والغنيمة .

وقال في الوليمة:لو أخذ الصبي « النِثَار »[9] ملكه .

---

(١) في (ب) «اذ»
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «سهوا»
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (د) «نصيب» .
(٦) في (د) «تملك»
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «باحياء واصطياد»
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) .
(٩) ما ينثر في العرس من دراهم ونحوها .

ولو رد الآبق بعد « سماعه »[1] النداء « ففي استحقاقه »[2] الجعل وجهان من اختلاف كلام الماوردي على هذين الحالين .

ومنها وطؤه[3] المطلقة ثلاثاً ، كالبالغ في التحليل على المشهور ، إذا كان يتأتى منه الجماع فإن لم يكن فلا ، خلافاً للقفال .

ومثله لو كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة ، فوطئها زوج حلت قطعاً ، ونقل في التي لا تشتهى وجهان كتحليل الصبي .

ومنها قبضه فلا يصح ، كما لا يصح القبض منه ، إلا في ثلاث صور :

« إحداها »[4] إذا خالع زوجته على طعام وأذن لها في صرفه إلى الولد فصرفته إليه عند حاجته « إليه »[5] « أنها »[6] تبرأ باتفاق الأصحاب كما قاله ابن الصباغ وأبدى لنفسه احتمالاً بالمنع .

الثانية:لو قال من له الوديعة للمودع سلمها للصبي ففعل برىء ، كما لو قال ألقها في النار ففعل ، حكاه الإمام عن الأئمة ، قال في المطلب وهو يقتضي أن البراءة وإن حصلت فالتسليم حرام كالإلقاء في النار ، وحينئذ لو امتنع المودع من دفعها إلى الصبي فتلفت لا يضمنها ، لأنه ممنوع منه شرعاً ، وعلل بعضهم الوديعة بكونها معينة والملك فيها مستقر وليست بمضمونة على من هي في يده ليخرج بذلك المبيع المعين . وقضية هذا أن المستعير والغاصب إذا سلما العين إلى الصبي بالإذن « أنه »[7] يكون في البراءة تردد من حيث ان الملك مستقر ، لكنه مضمون على من هو في يده ، ولذلك أبدى فيه احتمالين وقال الأشبه أنه يبرأ .

---

(١) في (د) « سماع » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « ففي إستحقاق » وفي (د) « بقي إستحقاق » .
(٣) في (د) « لوطئه » .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحدها » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إليها » .
(٦) في (ب) « فإنها » .
(٧) في (ب) و(د) « أن » .

الثالثة:لو دفع الزكاة إلى صبي ليدفعها إلى المستحق وعين « المدفوع[1] له » جاز ، بخلاف ما إذا لم يعين ، قاله البغوي في فتاويه .

وقياسه في الحقوق المعينة من الديون والوصايا كذلك ، لكن في فتاوى القاضي الحسين أن « البائع »[2] ، لو دفع المبيع إلى الصبي بإذن المشتري لا تخرج العين من ضمانه ، ولو هلك في يد الصبي فهو من ضمان البائع ، لأن وكالة الصبي بالقبض فاسدة ، نعم ان أخذه المشتري وقع الموقع .

وهذا كله « في المميز ، أما غير المميز فهو مسلوب الأقوال والأفعال »[3] ، إلا في طواف الحج والعمرة والوقوف والسعي إذا سبق إحرام الولي على الأصح .

« قاعدة »[4]

الخلاف في أن عمد الصبي عمد أو خطأ ، والأصح « أنه عمد »[5] هو في المميز فإن لم يكن فعمده خطأ قطعاً « وهذا في[6] جنايته .

قال الإمام وأما عمد المميز فيما يتعلق بإفساد العبادات فعمد قطعاً »[7] ، كالبالغ حتى لو تكلم في الصلاة أو أكل في الصوم عامداً « فسدا »[8] قطعاً .

ويرد على الإمام صور :

منها:ما حكاه صاحب البحر أن الصبي إذا جامع لا تلزمه الكفارة بحال وهل

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « له المدفوع » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البالغ » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « في غير المميز أما المميز فهو غير مسلوب الأقوال والأفعال » .
(٤) في (د) « فائدة » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أن عمده » .
(٦) في (ب) « في » وفي الأصل « ينافي » .
(٧) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من كلمة « وهذا » وانتهاء بكلمة « قطعا » . ساقط من (د) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « فسد » .

يبطل صومه وجهان مبنيان على القولين في أن عمده عمد أو خطأ ، ولك أن تسأل عن الفرق بين أكله حيث يفسد الصوم قطعاً ، وفي جماعه « الوجهان »[1] ، وقد يفرق بأن شهوة الصبي الأكل « كشهوة »[2] البالغ ، بل آكد ، ولا كذلك الجماع فإنه إنما أفطر البالغ ، لأنه مظنة الإنزال وهو مقصود الجماع ، وذلك لا يوجد في حق الصغير بمثابة المباشرة فيما دون الفرج إذا لم يتصل بها الإنزال ، لكن يلزم على هذا الفرق أن لا يسلك به مسلك الجماع في « الأحكام من »[3] الغسل وغيره .

ومنها جماعه عمداً في الحج هل يفسد الحج وجهان مبنيان على ما « ذكرنا »[4] ، والأصح أنه « يفسده »[5] ، وإنما جرى فيه الخلاف ، لأن الوطء ملحق بالجنايات ، والخلاف فيها ثابت .

وقال صاحب الوافي الفرق بين الصلاة والحج حيث ان عمده في الصلاة قطعاً وفي الحج قولان مشكل ، إلا أن يقال القولان في الأفعال.

أما أقواله فعمده فيها عمد في العبادات قولاً واحداً ، وهو بعيد ، « قال »[6] وقد فرق « صاحب التعليقة »[7] فيما إذا طرأ الجنون على المصلي تبطل « صلاته »[8] وعلى الحاج لا يبطله « فان »[9] الصلاة شرطها الطهارة ويبطل بالجنون وضوؤه ، لأنه لا يمضي في فاسده ، ولأنه لا يعقد على الصبي صيام ويعقد عليه إحرام الحج .

---

(١) في (ب) و(د) « وجهان » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بشهوة » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأحكام والأصح من » .

(٤) في (د) « ذكر » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يفسد»

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب).

(٧) هو الشيخ أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني ـ ولد سنة أربع وأربعين وثلثمائة ، وتوفي في شوال سنة ست وأربعمائة ودفن بداره ـ من تصانيفه التعليقة فلذلك يقال له صاحب التعليقة انظر طبقات ابن السبكي حـ ٣ ص ٢٤ ، ٢٦ ـ طبقات الشيرازي ص ١٠٣ معجم البلدان حـ ١ ص ٢٢٩ ـ تهذيب الأسماء واللغات حـ ٢ ص ٢٠٨ ـ العبر حـ ٣ ص ٩٢ .

(٨) في (ب) و(د) « الصلاة » .

(٩) في (ب) و(د) « بأن » .

قال ، وإذا علم هذا فرقنا به هاهنا فنقول أمر الصلاة أقوى اعتباراً في بطلانه وفساده بدليل أنه اعتبر فيها شرط الطهارة ، وتبطل صلاته بحدثه ، فكذلك بأقواله العامدة فيها « وأفعاله »[1] .

فرع :

زنى بامرأة وعنده أنه ليس ببالغ فبان أنه كان بالغاً هل يلزمه الحد وجهان في البحر .

* الصحة والجواز والإنعقاد *

« في باب العقود »[2] بمعنى واحد ، فكل صحيح منعقد وكل منعقد صحيح .

وهو ما وافق الشرع أو « ما »[3] أفاد حكمه ، وقيل المنعقد عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول بحيث يمكن أن يصحّح وأن لا يصحّح ، كبيع الفضولى « فيعقد »[4] عند قوم « له »[5] بمعنى أنه إذا اتصل به الإجازة من المالك يصح كالإيجاب قبل القبول ، وألا فلا ، « وإنما »[6] الصحة اعتبار « التصرف »[7] جزماً ، وأما المعقود فهو عبارة عن انعقاد يؤثر في المحل « مثبتاً لحكمه »[8] .

فإن قلت فقد قالوا انعقد فاسداً ، وغير صحيح فلا يستقيم أن يقال كل منعقد صحيح .

قلت هو مجاز ، وأما عند إطلاق الإنعقاد فيصرف إلى الصحيح وعند إرادة

---

(١) في (د) وردت زيادة بعد هذه الكلمة فما جاء فيها هو « وأفعاله العامدة فيها وأفعاله » .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) و(د) « منعقد » .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إنما » .
(٧) في (ب) « للتصرف » .
(٨) في (ب) و(د) « مبيناً لمحكمه » .

المجاز « فيقيد »[1] كقوله تعالى « فبشرهم بعذاب أليم »[2] ، ويطلق الجائز في مقابلة اللازم فاللازم ما « لا »[3] يقبل الفسخ أو ما « لا »[4] يمكن الغير إبطاله ، والجائز عكسه ، والفسخ حل ارتباط المعقود .

وأما في العبادات فنقل « الإمام »[5] في المحصول عن « الفقهاء »[6] أنهم فسرّوا الصحة بمسقط القضاء وهو ينتقض بصلاة المتيمم في الحضر ، لعدم الماء والتيمم لشدة البرد ووضع الجبائر على غير طهارة وفاقد الطهورين فإنها صحيحة مع وجوب القضاء ، وأيضاً فالجمعة توصف بالصحة ولا يدخلها قضاء .

« وأما الصحة في العقود »[7] « فقيل »[8] استتباع الغاية وقيل ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء ، وإنما يوصف بها ما احتمل وجهين « يعني »[9] الصحة وعدمها ، وأما ما لا يحتمل إلا وجهاً واحداً فلا كرد الوديعة وفيه نظر ، « وقد يؤمر بما لا يوصف بالصحة تشبهاً »[10] ، كالممسك في رمضان وصلاة فاقد الطهورين ، ومن ذلك الرجعة فيما إذا جاءت امرأة من بلاد الهدنة مسلمة ، وقلنا

---

(١) في (ب) « يتقيد » وفي (د) « ينعقد » .

(٢) سورة آل عمران الآية رقم ٢١ وسورة التوبة الآية رقم ٣٤ ـ وسورة الانشقاق الآية رقم ٢٤ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) هو الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين القرشي التيمي البكري الطبري الأصل الرازي المولد ولد بالري في الخامس عشر من شهر رمضان سنة أربع وأربعين وقيل ثلاث وأربعين وخمسمائة أخذ عن والده وعن الكمال السمناني وعن المجد الجيلي ـ من تصانيفه ـ المحصول في أصول الفقه والمعالم في أصول الفقه ـ والمعالم في أصول الدين وغيرها ـ توفي بهراة يوم الإثنين يوم عيد الفطر سنة ست وستمائة ودفن بجبل قرب هراة آخر النهار أنظر طبقات ابن السبكي حـ ٥ ص ٣٣ ـ طبقات الأسنوي حـ ٢ ص ٢٦٠ و٢٦١ ـ معجم المؤلفين حـ ١١ ص ٧٩ وغيرها .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القفال » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأما في الصحة في العقود » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) في (د) « بمعنى » .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل « وقد يوصف بما لا توصف الصحة تشبهاً »وفي (د) « وقد يومى بما لا يوصف بالصحة تشبهاً » .

يغرم « لزوجها »[1] الكافر المهر على القول المرجوح ، فلو كان قد طلق طلاقاً رجعياً لم يغرم له المهر حتى يراجع لتظهر رغبته . وهذه صورة رجعة لا لحقيقتها ، بل لمعنى آخر وهو ظهور « رغبته »[2] ليغرم له المهر وهي غير صحيحة ، لأن الكافر لا يراجع المسلمة ، وحكى الإمام أن المحققين خرجوا قولاً أنه لا « تعتبر »[3] رجعة ، لأنها غير صحيحة فلا معنى لاعتبارها .

وأما الردة « فان »[4] القياس « أنه »[5] لا توصف بالصحة كغيرها من المعاصي ، « لكنها »[6] لما حلت العقد العظيم وهو الإسلام وصفت بذلك فيقال تصح الردة من البالغ العاقل .

وقد اختلف الأصوليون في أن الصحة والحكم بها عقليان أو شرعيان وقد اختلف الأصحاب في أن العقود إذا أطلقت هل تحمل على الصحيح « أو الفاسد »[7] ، حكاه الرافعي في « كلامه[8] على » المسألة السريجية ، والأصح اختصاصها بالصحيح .

ولهذا لو حلف لا يبيع لا يحنث بالفاسد .

وأما العبادات فقال الرافعي في كتاب الأيمان سيأتي خلاف في أنها تحمل على الصحيح أولا ، كما إذا حلف لا يصلي ولا يصوم ، وقد استنكر ذلك منه ، ولا خلاف عندنا في اختصاصها بالصحيح ، وإنما الخلاف في العقود .

قلت والذي نقله الرافعي صحيح وممن حكاه صاحب الذخائر وغيره ، وقد أوضحته في خادم الرافعي .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « زوجها » .
(٢) في (د) « رغبة » .
(٣) في (د) « يعتد » .
(٤) في (ب) « فكان » .
(٥) في (ب) « أن » .
(٦) في (د) « لكونها » .
(٧) في (د) « والفاسد » .
(٨) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

* الصريح يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته :

اعلم أن ألفاظ العقود والفسوخ وما جرى مجراها تنقسم إلى صريح وكناية .

والضابط ، كما قاله الإمام أن ما ورد في الشرع أما أن يتكرر أو لا ، فإن تكرر حتى اشتهر كالبيع والعتق والطلاق فهو صريح ، وإن لم يَشِع في العادة ، فإن عرف الشرع « هو »[1] المتبع ، وعليه « بينا »[2] حمل الدراهم في الأقارير على النقرة الخالصة قطعاً ، وإن غلب العرف « بخلافها »[3] ، وعليه ألحقنا الفراق والسراح بصريح الطلاق لتكررها شرعاً ، وأما أن لا يتكرر ، بل « ذكر »[4] في الشرع مرة ولم يشع على لسان حملة الشرع كالمفاداة في الخلع في قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به »[5] ، والفك في العتق في قوله تعالى « فك رقبة »[6] ، والإمساك في الرجعة في قوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف »[7] « فوجهان »[8] أي والأصح التحاقه بالصريح في الكل .

« وأما »[9] ما لم يرد في الكتاب والسنة ، ولكن شاع في العرف كقوله لزوجته أنت على حرام فإنه لم يرد شرعاً في الطلاق « وشاع العرف »[10] في إرادته فوجهان « أي والأصح »[11] التحاقه بالكناية .

---

(١) في (د) « هل » .
(٢) في (ب) « بنينا » وساقطة من (د) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بخلافه » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ذكره » .
(٥) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩ .
(٦) سورة البلد الآية رقم ١٣
(٧) سورة البقرة الآية رقم ٢٣١ وأيضاً سورة الطلاق الآية رقم (٢) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وجهان » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل [أما] .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وشاع في العرف » .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والأضح أي » .

فإن قيل قطعتم بأن لفظ الخلع صريح على قول الفسخ فهو يخرم هذه القاعدة مع أنه لم يرد في « القرآن[1] العزيز » .

قيل الخلع جرى « على »[2] لسان حملة الشرع حتى كأنهم « مجبولون »[3] على « التلفظ »[4] به ، وإذا نطقوا رأوه الأصل ، بخلاف قوله أنت على حرام يتطرق إليه « البعيد »[5] كالنكاح فاعتمد فيه ما ورد في الشرع « هذا آخر كلام الإمام وهذا منه بناء على ما قاله في أول الباب أن لفظ الخلع لم يرد في الشرع »[6] وليس كذلك ففي قضية حبيبة جريان الخلع « وفي الترمذي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة وقال حديث حسن »[7] ثم ان هذا التقسيم ناقص فكان ينبغي أن يزيد وما لم يرد على « لسان »[8] الشارع ، ولكن شاع على « ألسنة »[9] حملته وكان هو المقصود من العقد ففي كونه صريحاً وجهان والأصح صراحته . وهذا كلفظ التمليك في البيع والفسخ في الخلع ، لأنه المقصود فيهما فإذا استعمل فيه كان صريحاً فيه لكن يقدم في هذا « لفظ »[10] التحريم « والإبانة »[11] فإنهما مقصودا

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « القرآن » وفي (د) « القولين » .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « في » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « محمولون » وساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .

(٥) في (ب) و(د) « التعبد» . (٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٧) نص ما ورد في الترمذي في هذا الشأن هو عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب انظر صحيح الترمذي حـ ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ وأيضاً انظر فتح الباري حـ ٩ ص ٣٢٥ إلى ص ٣٣٠ وابن ماجه حـ ١ ص ٦٦٣ و٦٦٤ والنسائي حـ ٦ ص ١٨٦ ـ المستدرك حـ ٢ ص ٢٠٦ وسنن الدارقطني حـ ٤ ص ٤٦ دار المحاسين للطباعة .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « السان » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لسان » .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .

(١١) في (د) « والإباحة » .

الطلاق مع أنهما كناية فيه . وقد أورد ابن الرفعة أيضاً قول ابن سريج أن قوله لا أجامعك كناية في الإيلاء مع شيوعه على لسان حملة الشرع ولفظ « المس »[1] متكرر في القرآن ، « وعلى »[2] لسان حملة الشرع لإرادة الجماع والجديد أنه كناية فيه ، وفي لفظ الإمساك في الرجعة وجهان « وهو »[3] مما « تكرر »[4] في القرآن .

الثاني :

أن فيه معنى التعبد

ولهذا تكلموا في حصره في مواضع كالطلاق ونحوه ، ومن ثم لو عمّ في ناحية استعمال الطلاق في إرادة التخلص عن الوثاق ونحوه فخاطبها الزوج بالطلاق وقال أردت به ذلك لم يقبل كما سبق عن الإمام في أن الاصطلاح الخاص لا يرفع العام .

الثالث :

أنه يصير كناية بالقرائن اللفظية .

فإذا قال أنت طالق من وثاق أو فارقتك بالجسم أو سرحتك من اليد أو إلى السوق لم « تطلق[5] » فان أول اللفظ « مرتبط »[6] بآخره ، «قال »[7] الإمام وهذا يضاهي الاستثناء .

قلت وهذا حكاه الماوردي عن الشافعي في صورة سؤال ، وهو أنه قدم

---

(١) في (د) « المبين » .
(٢) في (ب) « على » .
(٣) في (د) « وهما » .
(٤) في (د) « يتكرر » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يبطل».
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « مرتبطاً » .
(٧) في (ب) « وقال » .

صريح الطلاق بقوله طلقتك ، فقد « يتعقبه »[1] ندم فيصله بقوله من وثاق وأجاب بأنه لا معنى لهذا التوهم ، لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه « كقوله »[2] لا اله الا الله ، ولا يقال فيها انه نفى الاله أولا فخاف فاستدرك بالإثبات ثانياً .

وانبنى على هذا الأصل فرعان :

أحدهما: أنه إذا نوى بها الطلاق وقع ، لأنا جعلناها كناية ولا شك « أن في »[3] النكاح نوع وثاق ، ونوع يدءونوع اختلاط .

الثاني: اعتبار النية وبذلك صرح المتولي فقال « أما »[4] ، وقال الرافعي في « الأقوال »[5] اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء كتحريك الرأس على شدة التعجب والإنكار ، قال ويشبه حمل قول الأصحاب فيما إذا قال له لي عليك ألف فقال صدقت أو نحوه على انتفاء القرينة فإن احتفت باللفظ القرائن المذكورة فلا تجعل إقراراً « ويأتي »[6] فيه « خلاف »[7] تعارض اللفظ والقرينة .

ومما يعارض هذه القاعدة أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح ، إلا في مسألة وهي ما لو قالت له زوجته واسمها فاطمة طلقني فقال طلقت فاطمة ، ثم قال نويت فاطمة أخرى طلقت، ولا يقبل لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء طلقت فاطمة ، ثم قال نويت أخرى حكاه الرافعي « في الشرح »[8] عن فتاوى القفال .

(١) في (د) « يعقبه » .
(٢) في (ب) و(د) « كقولك » .
(٣) في (ب) و(د) « في أن » .
(٤) يوجد بياض في الأصل و(ب) و(د) بعد هذه الكلمة يقدر بثلث سطر وهذا البياض رأيته في نسخ أخرى كنسخة الجامعة ونسخة (ل).
(٥) في (د) « الإقرار » .
(٦) في (ب) و(د) « أو يأتي » .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٨) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د).

الرابـع :

الصريح لا يحتاج إلى نية ، وقد استشكل هذا بقولهم يشترط قصد حروف الطلاق لمعنى الطلاق ، وعلى هذا فلا فرق بين الصريح والكناية ، وقد تكلموا في وجه الجمع بكلام كثير ، وأقرب ما يقال فيه أن معنى « قولهم[1] الصريح » لا يحتاج إلى نية أي نية الإيقاع ، لأن اللفظ موضوع له فاستغنى عن النية ، أما قصد اللفظ « فيشترط »[2] لتخرج مسألة سبق اللسان ومن ها هنا يفترق الصريح والكناية ، فالصريح يشترط فيه أمر واحد وهو قصد اللفظ . والكناية يشترط فيها أمران قصد اللفظ ونية الإيقاع وينبغي أن يقال أن يقصد حروف الطلاق للمعنى الموضوع له ليخرج أنت طالق من وثاق .

الخامـس :

الصرائح تعمل بنفسها من غير استدعاء بلا خلاف إلا فيما إذا قيل للكافر قل أشهد أن لا إله إلا الله فقالها حكم بإسلامه بلا خلاف وإن قالها من غير استدعاء فوجهان حكاهما الماوردي في باب صلاة الجماعة أصحهما يحكم باسلامه ووجه المنع احتمال قصد الحكاية .

السادس :

كل ترجمة « نصبت على »[3] باب من أبواب الشريعة فالمشتق منها صريح بلا خلاف ، إلا في أبواب ففي بعضها لا تكفي على الأصح ، وفي بعضها تكفي على وجه .

---

(١) في (ب) « قولهم أن الصريح » .

(٢) في (ب) « فشرط » .

(٣) في (د) « نسبت إلى » .

الأولى:« الشركة »[1] لا يكفي « مجرد »[2] اشتركنا.

الثانية والثالثة:« المتيمم »[3] ، لو قال نويت التيمم لا يكفي ، بل لا بد من ذكر الفرض معه في الأصح ، وكذا الوضوء على وجه « صححه الشاشي »[4] ، لكن الأصح فيه الصحة .

الرابعة:الكتابة فبمجرد كاتبتك لا تصح حتى يقول وأنت حر إذا أديت .

الخامسة : التدبير على قول .

السادسة:الخلع .

« السابع »[5]

الصريح في « بابه »[6] إذا وجد نفاذاً في « موضعه »[7] لا يكون كناية في « غيره[8] ومعنى » وجد نفاذاً أي أمكن تنفيذه، « كما عبر به الرافعي في الطلاق ، والمراد أمكن تنفيذه »[9] صريحاً . وهذا كالطلاق لا يكون ظهاراً « وفسخاً »[10] بالنية وبالعكس فلو قال وهبت منك ونوى الوصية لا تكون وصية في الأصح ، لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح وهو التمليك الناجز .

ولو قال في الإجارة بعتك منفعتها لم تصح ، لأن البيع موضوع لملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع ، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة .

ويستثنى صور :

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشركاء » .

(٢) في (د) « بمجرد » .

(٣) في (د) « التيمم » .

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « السابعة » .

(٦) في (د) « باب » .

(٧) في (ب) و(د) « موضوعة » .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « غيره موضوعة ومعنى » .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (د).

(١٠) في (ب) و(د) « أو فسخا » .

إحداها:إذا جعلنا الخلع صريحاً في الفسخ هل يكون كناية في الطلاق حتى إذا نويا به الطلاق يكون طلاقاً ينقص به العدد وجهان أصحهما من حيث « النقل[1] يكون » طلاقاً .

الثانية : لو قال لزوجته أنت على حرام « وعنى به »[2] الطلاق فإنه يقع مع أن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة ، فقد يعد كناية مع كونه وجد نفاذاً في موضوعه « وقد يجاب »[3] عن هذا بأن وجوب الكفارة به لا يختص بالنكاح ، بل يجري في ملك اليمين إذا قال لأمته أنت على حرام ، وإذا لم يختص بالنكاح لم يبعد صرفه إلى حكم آخر من أحكام النكاح .

الثالثة : لو قال بعتك نفسك بكذا « وقالت »[4] اشتريت فكناية خلع .

الرابعة:قال السفيه لعبده اعتق نفسك فنص « الإمام »[5] الشافعي « رضي الله تعالى عنه »[6] في باب الكتابة من الأم أنه كناية في العتق إن نوى عتقه وقع مع أنه صريح في التفويض وقد جعله كناية في التنجيز .

الخامسة : لو قال مالي طالق فإن لم ينو الصدقة لم يلزمه شيء وأن نوى صدقة ماله فوجهان أصحهما يلزمه أن يقصد قربة.قال في البحر:وعلى هذا فهل يلزمه أن يتصدق بجميعه أو يتخير بين الصدقة وكفارة يمين واحدة؟وجهان .

السادسة : صرائح الطلاق كناية في العتق فلو قال لأمته أنت طالق ونوى العتق عتقت وعكسه ، قال البغوي في فتاويه ، ولو كان متزوجاً بأمته فوكل سيدها

---

(١) في (د) « النقل أنه يكون » .
(٢) في (ب) « ونوى به » وفي (د) « ونوى » وسقوط كلمة « به » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « قد يجاب » وفي (د) « وقد أجاب » .
(٤) في (د) « فقال » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب).

في طلاقها فقال قد أعتقتك ونوى الطلاق وقع .

السابعة : أحاله بلفظ الحوالة ثم قال أردت بذلك التوكيل ، قال ابن سريج لا يقبل على القاعدة ، وقال الأكثرون يقبل ، لأنه أعرف بنيته .

الثامنة : لو راجع بلفظ النكاح « أو التزويج »[1] ، فالأصح أنه كناية « تنفذ »[2] بالنية لاشعاره بالمعنى .

التاسعة : قال لعبده وهبتك نفسك وأطلق فإنه يشترط القبول في المجلس فان نوى به العتق عتق في الحال .

العاشرة : إذا ثبت للزوج فسخ النكاح بعيب أو باسلامه على الأكثر من أربع نسوة فقال فسخت نكاحك وأطلق أو نواه حصل الفسخ وإن نوى الطلاق طلقت في الأصح .

الحادية عشرة : قال « أعرتك »[3] حماري « لتعير لي »[4] فرسك فإجارة فاسدة غير مضمونة . وهذا تصريح بأن الإعارة كناية في عقد الإجارة ، والفساد جاء من اشتراط « العارية »[5] في العقد .

* الصفة في المعرفة للتوضيح *

نحو زيد العالم ومنه « والصلاة الوسطى »[6] « ويسميه البيانيون »[7]

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « والتزويج » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بعقد » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أجرتك » .

(٤) في (ب) و(د) « لتعيرني » وفي المنهاج للنووي بشرح جلال الدين المحلي حاشية قليوبي وعميرة حـ ٣ ص ١٩ جاء هذا الفرع بتمامه كما يلي « ولو قال أعرتكه أي حماري مثلاً لتعلفه بعلفك أو لتعيرني فرسك فهو إجارة فاسدة توجب أجرة المثل أي بعد القبض مدة الإمساك وقيل هو إعادة فاسدة وهذا ناظر إلى اللفظ وفساده لذكر العوض والأول ناظر إلى المعنى وفساده لجهالة المدة والعلف » .

(٥) في (ب) « العقد » وفي (د) « العبارة » .

(٦) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٨ .

(٧) في (د) « وتشبهه الناسبون » .

الصفة الفارقة .

وفي النكرة للتخصيص نحو مررت برجل فاضل .

ومنه « آيات محكمات »[1] ويعبر عنها أيضاً بالشرط ، لأن تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطه « فيه »[2] .

ويتفرع عليه ما لو قال إن ظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي فخاطبها بالظهار لم يصر مظاهراً من الزوجة ، وإن نكحها وظاهر منها صار ، ويحمل قوله الأجنبية على التعريف لا الشرط ، « وقيل »[3] لا يصير مظاهراً وإن نكحها حملاً له على الشرط .

وقال الماوردي فيما إذا قال لحوامل متى ولدت واحدة منكن « فصواحبها »[4] طوالق أنه يراجع الزوج فإن أراد « بصواحبها »[5] الشرط تعين الثاني « أو التعريف »[6] فالأول قطعاً « وإن أطلق أو مات »[7] ولم تعرف إرادته حمل على التعريف ، لأن الشروط عقود ، لا تثبت بالاحتمال وعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف في صورة الظهار عند الإطلاق .

ولو قال لوكيله استوف ديني الذي « لي »[8] على فلان فمات فهل له أن يستوفيه من وارثه وجهان إن جعلنا « الصفة »[9] وهي قوله الذي على فلان للتعريف كان له استيفاؤه من الوارث وإن جعلناها للشرط فلا .

---

(١) سورة آل عمران الآية رقم ٧

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) في (د) « قيل » .

(٤) في (د) « فصواحبتها » .

(٥) في (د) « بصواحبتها » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والتعريف » .

(٧) في (ب) « وإن مات أو أطلق » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الصيغة » .

تنبيـه :

« ما ذكرناه »[1] في الصفة الفارقة هو المشهور ، « وقال ابن الزملكاني »[2] في البرهان إذا دخلت الصفة على اسم الجنس المعرف باللام كانت للتخصيص لا للتوضيح ، لأن الحقيقة الكلية لو أريدت باسم الجنس من حيث هي « هي »[3] كان الوصف « بها نسخاً »[4] فتعين أن يكون معنياً بها الخاص ثم الصفة تأتي مبينة لمراد المتكلم .

ويتفرع على هذا ، لو قال والله لا أشرب الماء البارد فشرب الحار لم يحنث ، بخلاف ما لو قال لا كلمت زيداً الراكب فكلمه وهو ماش « يحنث »[5] إذ لم تفد الصفة فيه تقييداً .

* صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط *

ومن ثم لو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل هل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال وجهان أصحهما لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا « تفرد »[6] « بالإسقاط »[7] .

---

(١) في (د) « ما ذكرنا » .

(٢) في (د) قال ابن الزملكاني وابن الزملكاني هو الشيخ كمال الدين محمد بن علي بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن خلف الأنصاري المعروف بابن الزملكاني نسبة إلى زملكان وهي قرية بغوطة دمشق ـ ولد بدمشق في شوال سنة سبع وستين وستمائة ـ قرأ الأصول على الصفي الهندي والنحو على بدر الدين بن مالك ـ من تصانيفه البرهان في اعجاز القرآن وشرح قطعاً متفرقة من المنهاج للنووي توفي ببلبيس وهو في طريقه إلى مصر في السادس عشر من شهر رمضان سنة سبع وعشرين وسبعمائة وحمل إلى القاهرة ميتاً ودفن قريباً من قبر الإمام الشافعي انظر البداية والنهاية حـ ١٤ ص ١٣١ ـ ابن السبكي حـ ٥ ص ٢٥١ ـ الدرر الكامنة حـ ٤ ص ٧٤ شذرات الذهب حـ ٦ ص ٧٨ ـ كشف الظنون حـ ١ ص ٢٤١ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (ب) « لها نسخاً » وفي (د) « لها فسخاً » .

(٥) في (ب) « حنث » .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « تفرض » .

(٧) في (د) « الاسقاط » .

ولو أن مستحق الحنطة الجيدة والدنانير الصحاح أسقط صفة الجودة أو الصحة لم تسقط « بالإسقاط »[1] ، ذكره الرافعي في باب المناهي.نعم قال الشيخ أبو محمد: إذا باع شيئاً بشرط الرهن والكفيل فلا يسقط بالإسقاط كالأجل والجمهور على خلافه.ويقرب منه إسقاط البائع حق العتق إذا جعلنا الحق له ، وجزم الرافعي بالسقوط وهذه « الصور »[2] لا ترد على هذه القاعدة، لأن شرطها أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد كالرهن والكفيل ، والعتق بخلاف الأجل فإنه وصف لازم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل .

وقضية هذا « أنه »[3] ، لو اشترى شاة بشرط أنها لبون وصححناه وهو الأصح أنه لو أسقط خياره إذا خرجت غير لبون أنه لا يسقط ، لأنه صفة لازمة .

* * *

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الصورة » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د).