* حرف الفـــاء *

* الفاسد يتعلق به مباحث *

الأول :

الفاسد والباطـل سواء في الحكم عندنـا واستثنى النـووي الحـج والخلع والكتابة والعارية ، وصورة الحج ما لو أحرم بالعمرة ثم أفسدها ثم أدخل عليها الحج فإنه ينعقد فاسداً على المذهب ويجيء على وجه فيما إذا أحرم وهـو مجامـع . وحكم الفاسد أنه يجب المضي « فيه »[1] ، بخلاف الباطل كالردة . وصورة الخلع الفاسد « أنه يوجب »[2] البينونة ويفسد المسمى . والباطل ما أسقط « الطلاق »[3] بالكلية أو أسقط بينونة من حيث كونه ملغى[4] . وصورة الكتابـة الفاسـدة ما أوقعت العتق وأوجبت عوضاً في الجملة ، والباطلة ما لا توجـب عتقـاً أصـلاً أو أوجبته من حيث كونه تعليقاً لا من حيث كونه موجباً للعوض ، فالباطلـة لاغية والفاسدة تشارك الصحيحة في بعض أحكامها .

وصورة العارية في إعـارة النقـد « للتـزيين »[5] هل تصـح وجهـان ، فإن صحت فهي مضمونة وإن فسدت فوجهان أحـدهما أنهـا مضمونـة ، لأن حكم الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه والثاني لا تضمن لأنها عارية باطلة .

---

(١) في (د) « في فاسدة » .

(٢) في (ب) « أن يوجب » وفي (د) « أن تفسد » .

(٣) في صلب النسخة (ب) « العبارة » وفي هامشها « الطلاق » كما في الأصل و(د) وفوقها ن خ بخط ولد المؤلف .

(٤) في صلب (ب) « خلعا » وفي هامشها « ملغا » كما في الأصل و(د) .

(٥) في (د) « للتزين » .

وبلغني عن الشيخ « زين الدين[1] الكتاني » أنه استدرك أربعة أخر ، وهي الوكالة والإجارة وعقد الجزية والعتق ، ونحتاج لتصويرها ، فالوكالة تفسد بالتعليق ويستفيد بها جواز التصرف ، والباطلة « لاختلال »[2] العاقد لاغية ، كتوكيل الصبي وكذا المرأة في النكاح ، وصورة العتق أن يكون على مال ، لأنه كالطلاق على مال سواء لأنه افتداء . وقد قال الرافعي « انه »[3] لو قال اعتق عبدك عني على خمر أو مغصوب ففعل نفذ العتق « عن »[4] المشتري ، ولزمه قيمة العبد كما في الخلع ويلتحق بذلك الصلح عن الدم ، وصورة الجزية أن تعقد « باخلال »[5] شرطٍ وحكمها أنه لو بقي بعضهم على حكم ذلك العقد عندنا سنة « أو أكثر »[6] وجب عليه لكل سنة دينار ولا يجب المسمى ، وأما الباطلة فبأن يعقدها بعض الآحاد مع الذمى ، فإذا أقام سنة أو أكثر . فهل يلزمه لكل سنة دينار وجهان أحدهما نعم ، كما لو فسد عقد الإمام ، وأصحهما لا ، لأنه لغو ، وصورة « الإجارة »[7] .

الثاني :

فاسدُ كلِّ عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ، ومعنى « ذلك »[8] أن ما اقتضى صحيحُه الضمان بعد التسليم كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة والعارية فيقتضي فاسدُه « أيضا الضمان »[9] ، لأنه أولى بذلك ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة ،

---

(١) في (د) « عز الدين الكناني » .

(٢) في (د) « لإخلال » .

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

(٤) في (د) « على » .

(٥) في (د) « باختلال » .

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

(٧) يوجد بياض في الأصل و(ب) و(د) وغيرها من النسخ التي اطلعت عليها بعد كلمة « الإجارة » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

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

والتبرع كالهبة والصدقة لا يقتضيه فاسده أيضاً ، لأنه لا جائز أن يكون الموجب له هو العقد ، لأنه لا يقتضيه ولا اليد ، لأنها « انما »[1] جعلت بإذن المالك ، وليس المراد بهذه القاعدة أن كل حال ضمن « فيها العقد »[2] الصحيح ضمن « في مثلها الفاسد »[3] فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة وإنما يضمن العين بالثمن « والمقبوض »[4] بالبيع الفاسد يجب « فيه »[5] ضمان أجرة المثل للمدة التي « كان في يده »[6] سواء استوفى المنفعة أم « تلفت »[7] تحت يده ، والمهر « في »[8] النكاح الصحيح يجب بالعقد ويستقر بالوطء ، وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا بالوطء ، « وفي »[9] الإجارة » الصحيحة تجب الأجرة « بعرض العين »[10] على المستأجر » وتمكينه منها وإن لم « يقبضه »[11] ، وفي الفاسدة لا تجب بالعرض ، كما قاله صاحب البيان وغيره وكذا يفترقان على وجه في القبض إذا لم ينتفع ففي الصحيحة يضمن الأجرة وفي الفاسدة لا ، والمذهب استواؤهما فيه .

وقد استثنوا من الطرد والعكس صوراً .

أما الطرد « فالأولى »[12] إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي ، فالصحيح أنه قراض فاسد ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة في الأصح .

الثانية: إذا ساقاه على أن الثمرة « جميعها لرب المال فكالقراض »[13].

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) في (ب) و(د) « فيها في العقد » .
(٣) في (ب) « في مثلها في الفاسد » وفي (د) « مثلها في الفاسد » .
(٤) في (ب) « وفي المقبوض » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كان فيه في يده » .
(٧) في (د) « تلف » .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والإجارة » .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « على المستأجر بعرض العين » .
(١١) في (د) « يقتضيه » .
(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فالأول » .
(١٣) في (د) « جميعها تكون للمالك فكالقراض » .

الثالثة:إذا ساقاه على ودي ليغرسه ويكون الشجر بينهما أو ليغرسه ويتعهده مدة والثمرة بينهما ، فالصحيح فسادها ثم إن كانت الثمرة « لا تتوقع في هذه [1] المدة ففي استحقاقه أجرة المثل الوجهان في اشتراط الثمرة »[2] كلها للمالك ، كما قاله الرافعي ، قال « وهكذا »[3] إذا ساقاه على ودي مغروس وقدر مدة لا « يثمر »[4] فيها في العادة .

« الرابعة »[5] إذا استأجر أب الطفل أمه لإرضاعه وقلنا لا يجوز لم تستحق أجرة المثل في الأصح .

الخامسة:إذا استؤجر المسلم للجهاد وقاتل ، وقلنا بفساد « الإجارة »[6] فلا أجرة له وهل يستحق سهم « الغنيمة » [7] وجهان « أصحهما المنع لأنه أعرض عنه بالإجارة » [8] ولم يحضر مجاهداً ، والوجهان مبنيان على ما لو أحرم بالحج عن المستأجر ثم صرفه بالنية إلى نفسه هل يستحق الأجرة .

السادسة:إذا قال الإمام لمسلم ان « دللتني »[9] على قلعة كذا فلك منها جارية ولم يعينها فالصحيح الصحة ، كما لو جرى مع كافر ، فإن قلنا لا تصح هذه الجعالة فدل لم يستحق أجرة .

السابعة:إذا صدر عقد الذمة من غير الإمام لا يصح في الأصح ولا جزية على الذمي فيه في الأصح ، ووجهه الرافعي بأن القبول ممن لا يقبل الإيجاب لغو فكأنه لم يقبل شيئاً ، « وقيل »[10] لكل سنة دينار ، كما لو « فسد »[11] عقد الإمام .

---

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

(٢) ما بين القوسين ابتداء من كلمة « لا » وانتهاء بكلمة « الثمرة » ساقط من (د) .

(٣) في (ب) و(د) « وهذا » . (٤) في (د) « يتميز » .

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

(٦) في (د) « الأجهزة » . (٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «القسمة»

(٨) في (ب) « أصحهما نعم والثاني لا لأنه أعرض عنه بالإجارة » .

(٩) في (د) « وليتني » . (١٠) في (ب) و(د) « نفذ » (١١) في (ب) « وفي قول » .

قلت وهذا من صور الباطلة لا الفاسدة إذ ليس هناك عقد حتى يقال فاسد ، « وهذا »[1] البحث يطرق غالب « هذه »[2] الصور ، ويظهر عدم استثنائهـا.

واستثنى القاضي الحسين المسابقة والمناضلة ، فإن صحيحهما مضمون بالمسمى ، وفاسدهما لا ضمان فيه لكن الأصح فيهما وجوب الأجرة .

وأما العكس فصور .

منها:الشركة فإن صحيحها لا يوجب لأحد الشريكين على الآخر شيئاً وفاسدها يوجبه .

والهبة الصحيحة لا ضمان فيها والفاسدة تضمن على وجه نقل « ترجيحه »[3] عن الشرح الصغير .

ولو غصب عينا ووهبها أو آجرها فتلفت في يد « الآخر »[4] كان للمالك مطالبته في الأصح ، وإن كان « القرار »[5] على الغاصب ، ثم إن كان المراد بالفاسد ما يشمل الباطل فينبغي استثناء إعارة النقد وإجارته فإنه لا يضمن إذا قلنا يبطل ، وكذا الرهن من غير الأهل كالصبي والسفيه .

وأما قولهم فيما إذا عجل زكاته ثم ثبت له الرجوع فوجده تالفاً أن القابض يضمنه مع أنه لا يضمن فيما إذا لم يثبت الرجوع فليس ذلك من القبض الفاسد ، لأنه وقع صحيحاً ، ، لكنه « مراعى »[6] ، نعم إذا ظهر قابض الزكاة « ممن لا يجوز له أخذها »[7] فإنه يضمنها لكون القابض « لا »[8] يملك به فهذا من القبض الباطل لا الفاسد .

---

(١) في (د) « وهو » .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (د) « تخريجه » .
(٤) في (ب) و(د) « الأجير » .
(٥) في (د) « بالقرار » .
(٦) في (د) « يراعى » .
(٧) في (د) « من يجوز له قبضها » .
(٨) في (ب) و(د) « لم » .

الثالـث :

حكم فاسد العقـود حكم صحيحهـا « في »[1] التغابـن فيما يحـط وقـد ذكر الرافعي في باب الرهن أنه إذا باع الوكيل بدون ثمن المثل وقلنا لا يصح فتلف في يد المشتري « ماذا »[2] يغرم « على »[3] قولين أصحهما ثمنـه ، والثانـي يحـط النقص المحتمل في الابتداء ، كما إذا « كان »[4] ثمنه عشرة « ويتغابن »[5] فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرم تسعة ويأخذ الدرهم « الباقي »[6] من المشتري .

الرابـع :

قال العبادي والهروي وشريح الروياني « في أدب »[7] القضـاء:كل عقـد « بمسمى »[8] فاسد يسقط المسمى إلا في مسألة وهي ما إذا عقد الإمام مع أهـل الذمـة « السكنـى »[9] بالحجـاز على مال « فهـذه »[10] إجـارة فاسـدة ، فلـو « سكنوا »[11] « سنة »[12] ومضت المدة لزم المسمى لتعذر إيجاب عوض المثل فإن منفعة دار الإسلام « سنة »[13] لا يمكن أن تقابل بأجرة[14] مثلها فيتعين إيجاب المسمى .

قلت وعلى قياسه لو « سكنوا »[15] بعض المدة وجبت الحصة من المسمى وبه صرح الرافعي .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (د) « ما دام » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٥) في (د) « ويغابن » .
(٦) في (د) « الثاني » .
(٧) في (د) « في باب أدب » .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يسمى » .
(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « السكن » .
(١٠) في (ب) « فهو » .
(١١) في (د) « سكتوا » .
(١٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١٤) في (د) « يقال أجرة » .
(١٥) في (د) « سكتوا » .

ويلتحق بها صور :

منها:لو قال أحرق ثوبي أو أهدم داري أو أتلف هذا الطعام بشرط أن تضمن ذلك « لي »[1] بعبد صفته ، كذا بصفة السلم فإن المأذون له إذا أقدم على الإتلاف يلزمه المسمى دون القيمة في المتقوم دون « المثل »[2] فيما له مثل ، نقل هذه الصورة صاحب كتاب جواهر « التنبيه »[3] .

ومنها:لو عقد الإمام الذمة لجماعة كل منهم بأقل من دينار في كل سنة فهذا عقد فاسد ثم ليس له أن يأخذ منهم إذا مضت السنة ، إلا القدر المسمى دون أجرة المثل ذكره الروياني في الحلية قال لكن عليه أن ينبذ العهد اليهم حتى يجددوا عقداً صحيحاً .

ومنها:لو استأجر الإمام العامل بأكثر من أجرة مثله « قيل »[4] يجب المسمى والزيادة على الإمام من ماله لكن الأصح وجوب أجرة المثل لفساد الإجارة .

ومنها:لو بذل « المالك[5] طعامه للمضطر » « بأكثر من ثمن المثل فالأقيس لزومه ، وقيل ثمن المثل وقيل إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر »[6] ليساره لزمته والا فلا وهذا الخلاف إذا عجز عن الأخذ قهراً فان أمكنه فهو مختار في الإلتزام فيلزمه قطعاً .

الخامس :

الفاسد لا يملك فيه شيء « ويلزمه »[7] الرد ومؤنته وليس له حبسه لقبض

(١) في (د) « له » .
(٢) في د) « المثل » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « البغوية » وفي (د) « اللغوية » .
(٤) هكذا في (ب) وفي (د) « وقيل » وفي الأصل « فهل » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « المضطر طعامه للمضطر » .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٧) في (ب) و(د) « ويلزم » .

البدل ولا يرجع بما انفق ان علم الفساد وكذا ان جهل في الأصح .

ويستثنى صورتان :

احداهما:الكتابة الفاسدة فإن المكاتب يملك فيها اكسابه .

الثانية:إذا صالحنا كافراً بمال على دخول الحرم فدخل وأقام ، فانا نملك المال المأخوذ منه ، ومن ذلك المال المأخوذ من الفرنج على « زيارتهم »[1] بيت لحم « وكنيسة[2] قيامة » « فانه »[3] يملكه المسلمون ، كما يملكونه بالمصالحة « على »[4] دخول الحرم .

السادس :

الفاسد من العقود لا يوجب المال إلا في موضعين : الصداق والخلع وكل عقد معاوضة إذا علق فسد بالتعليق إلا في الخلع والعتق بأن يقول أنت حر غداً على ألف فقبل العبد ، وكذا البيع الضمني « فيما »[5] لو قال المالك لغيره عبدي عنك حر بألف إذا جاء الغد فقال المخاطب قبلت عتق وهل تجب قيمته أو المسمى وجهان أصحهما الثاني كتعليق الخلع .

السابع :

لا يفسد النكاح بفساد الصداق إلا في صورتين :

إحداهما:إذا تزوج العبد بحرة على أن تكون رقبته صداقها باذن السيد فان النكاح باطل ، قال الرافعي فيه احتمال لبعض الأئمة أي وهو صاحب الشامل .

---

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

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

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٤) في (ب) « في » .

(٥) في (ب) و(د) « ما » .

الثانية:نكاح الشغار وهو إذا قال زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك وبضع كل واحدة صداق الأخرى فزوجه فالنكاحان باطلان.

الثامـــن :

الفاسد قد يترتب عليه بعض أحكام الصحيح كالصور السابقة في الحج « والكتابة والعارية[1] والخلع » وما الحق بها والكتابة الفاسدة يحصل العتق فيها « بالأداء »[2] ، وكذا الوكالة الفاسدة « ينفذ »[3] التصرف من الوكيل فيها ، وكذا التسمية الفاسدة في عقد النكاح توجب مهر المثل كالخلع .

التاسع :

الفاسد من العقود المتضمنة للاذن اذا صدرت من المأذون صحت كما في الوكالة المعلقة اذا افسدناها فتصرف الوكيل صح لوجود الاذن ، وطرده الامام في سائر صور الفساد فقال في كتاب الحج لو استأجره ليحج عنه بأجره فاسدة أو صدرت الاجارة بشرط فقطع الأصحاب بأنه اذا صح انصرف الى المستأجر وهو حسن صحيح لصحة الاذن ، وهو « بمثابة »[4] الوكيل بالبيع مع شرط عوض « للوكيل »[5] فاسد ، « فالاذن »[6] صحيح والعوض فاسد ، « قال »[7] وهذا يظهر جريانه فيما يكتفى فيه بالاذن المجرد والحج كذلك .

قلت « وقضية »[8] جريانه فيما لو وكل المولى بتزويج المرأة قبل استئذانها في النكاح فانه لا يصح فلو زوج صح نظراً لبقاء الاذن ، لكن كلامه في كتاب النكاح يخالفه .

---

(١) في (ب) و(د) « والخلع والكتابة والعارية .

(٢) في (د) « بالأدنى » .

(٣) في (ب) « تفيد » .

(٤) في (د) « مثابة » .

(٥) في (د) « التوكيل » .

(٦) في (د) « والأذن » .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) في (ب) « وقضيته » .

العاشر :

الفاسد من العقود وغيرها اذا اطلع الحاكم عليه وجب « عليه فسخه »[1] اذا رفع اليه ، وهل يفسخه قبل الترافع خلاف حكاه الدارمي في الاستذكار ومحله فيما لم يعط فيه الفاسد بعض حكم الصحيح فان أعطى كالكتابة الفاسدة فليس للحاكم الابطال من غير طلب السيد صرح به الرافعي عن البغوي ويلتحق به ما في معناه .

الحادي عشر :

العقد الفاسد تعاطيه حرام وقد سبق أحكامه « في حرف التاء »[2] .

الثاني عشر :

لا يدخل الفاسد عند الاطلاق الا في صور :

منها:الحج «يحنث بفاسده »[3] كصحيحه .

ومنها:اذن السيد لعبده في النكاح يتناول الفاسد على أحد القولين .

ومنها:لو قال لعبده ان ضمنت لي « خمرا »[4] فأنت حر فضمنها عتق قاله الأصحاب عند عتق[5] أمة بشرط أن يتزوج بها واستشكله ابن الرفعة « بمن حلف » لا يبيع الخمر[6] .

ومنها:حلف لا يقرأ القرآن فقرأ وهو جنب حنث قاله القاضي الحسين في فتاويه .

---

(١) في (د) « عليه شيء فسخه » .

(٢) أي في تعاطي العقود الفاسدة .

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

(٤) في (د) « ألفا » .

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

(٦) هكذا في (د) وفي (ب) « كمن حلف » وفي الأصل « بمن لا حلف » .

ومثله:حلف لا يطأ زوجته فوطىء في الدبر حنث على ما قاله في الروضة وهو منازع فيه .

ولو حلف لا يأكل اللحم حنث بالميتة والخنزير على وجه .

الثالث عشر :

القبض الفاسد لا أثر له الا « فيما »[1] اذا وقع في ضمن اذن « فيبرىء »[2] الغاء للفاسد واعمالا للصحيح ، ولذلك صور :

احداهما:لو كان له طعام مقدر على زيد ولعمرو عليه مثله فقال اقبض من زيد مالي عليه لنفسك ففعل فالقبض فاسد وتبرأ به ذمة الدافع عن دين الآخر في الأصح ، قال الرافعي وهما مبنيان على القولين ، فيما اذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري هل يعتق المكاتب .

قلت:لكن المرجح هناك أنه « لا »[3] يعتق ، ويحتاج « للفرق »[4] .

الثانية »[5] في قسم الصدقات الاحوط الصرف الى السيد باذن المكاتب ولا يجوز بغير اذنه ، لأن الاستحقاق له ، ولكن يسقط عن المكاتب بقدر المصروف من النجوم .

الثالثة:اذا فسدت ولاية العامل وقبض المال مع فسادها برئ الدافع ، لأن الاذن يبقى وان فسدت الولاية نعم لو نهاه عن القبض بعد فسادها لم يبرأ الدافع بالدفع اليه ان علم بالنهي فان لم يعلم فوجهان كالوكيل حكاه الرافعي في آخر

---

(١) لفظ « فيما » ساقط من (د) .

(٢) في (ب) « فيبرأ » وساقطة من (د) .

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

(٤) في (ب) « إلى الفرق » .

(٥) في (د) « قال » .

قسم الفيء « والغنيمة »[1] عن الماوردي ، فان قيل فما الفرق بين صحة ولايته وفسادها قلنا:قال الماوردي يظهر في الاجبار على الدفع مع صحة الولاية ، وليس له الاجبار مع فسادها .

الرابعة:اذا تبايع الكفار بيوعا فاسدة وتقابضوا ثم ترافعوا الينا لم ينقض ما فعلوا لانتهاء الامر ونجازه في الشرك مع كونهم « يقرون »[2]؟ نعم،لا يجوز للمسلمين أخذ اثمان ذلك منهم مع العلم بالحال في الأصح ، وقد خالفوا هذا في الكتابة الفاسدة اذا تقابضا بعض العوض الفاسد في حال الشرك ثم ترافعوا الينا فان الحاكم يبطل هذه الكتابة وما « يسلمه »[3] لا يقع موقعه ، لأن الكتابة الفاسدة لا تنبرم بقبض بعض عوضها قال في الشامل والفرق بين المسألتين أن العتق في الكتابة انما يقع « بتسليم الكل »[4] ، ولهذا اذا بقي عليه شيء في الصحيحة أو الفاسدة وعجّز نفسه سقط ما دفعه وعاد كله رقيقا وهذا بخلاف غيرها من العقول .

الرابع عشر :

فاسد العبادات لا يلحق بصحيحه الا في الحج فانه يجب المضي في فاسده وهو مخالف لسائر العبادات « فانها »[5] بالفساد ينقطع حكمها ولا يبقى شيء من عهدها .

وبنوا عليه أنه لو ارتكب شيئا من محظورات الاحرام وجب لبقاء الاحرام .

وعبارة الشافعي « رحمه الله »[6] في الام وليس شيء يمضي في فاسده الا الحج فمن أفسد صلاة أو صوما أو طوافا ومضى فيه لم يجزه ، وكان عاصيا.« هذا »[7] لفظه .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٢) في (ب) و(د) « مقرون » . (٣) في (د) « سلمه » .
(٤) في (ب) « بتسليمه الكل » وفي (د) « بتسليم الكتابة » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فإنه » .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) (٧) في (ب) « وهذا » .

وفرق الأصحاب بوجهين :

أحدهما:أن الحج لا يخرج منه بالقول « فلم »[1] يخرج منه بالفعل بخلاف الصوم والصلاة .

والثاني:أن الحج لما جاز أن ينعقد مع ما يضاده وهو ما اذا أحرم مجامعا انعقد احرامه فاسدا فلهذا لم يخرج منه بالفساد بخلاف الصوم والصلاة « فانه لا ينعقد »[2] مع مضاده ، فلهذا خرج « منه »[3] بالفساد .

وقد يورد « على الحصر في الحج »[4] أمران :

أحدهما:الصوم فانه اذا افسده « لزمه »[5] الامساك بمعنى أنه لا يجوز له تناول شيء من المفطرات وهو مثل الحج من هذه الحيثية وعلى هذا فكان ينبغي أن تجب الكفارة على المجامع في رمضان بعد جماع آخر « لاشتراك »[6] العبادتين في أنه ارتكب « محظورا »[7] من محظوراته بعد افسادها ، وجوابه أن الموجب لكفارة الجماع افساد الصوم وهو فاسد فلم يؤثر .

الثاني : لو « اضطر »[8] في صلاة شدة الخوف « الى »[9] الأفعال الكثيرة[10] عذر [11] في الأصح ونقل البندنيجي والروياني وغيرهما عن نص « الامام »[12] أنها تبطل ويمضي « في صلاته »[13] ويعيد وقد يؤول قوله تبطل أنها لا تغني عن القضاء والا فكيف يمضي فيها مع الحكم بالبطلان وسبق في

---

(١) في (د) « فلا » .
(٢) في (د) « فإنها لا تنعقد » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) في (د) « على الحج في الحصر » .
(٥) في (ب) و(د) « يلزمه » .
(٦) في (د) « لاشتراك » .
(٧) في (ب) و(د) « محضوراً » .
(٨) في (ب) و(د) « اضطروا » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل في»
(١٠) في (د) « كالكثرة » .
(١١) في (ب) « عذروا » .
(١٢) في (د) « الأم » .
(١٣) في (د) « في فاسد صلاته » .

نص الأم التصريح باختصاص الحج بذلك وقالوا الفاسد لا انعقاد له الا في الحج اذا أحرم مجامعا على وجه أو أحرم بالعمرة ثم أفسدها وأدخل عليها الحج انعقد على المذهب .

وقد يورد على الحصر التحرم بالصلاة قبل وقتها فانه فاسد وينعقد نفلا .

الخامس عشر :

من شرع في عبادة « تلزمه بالشروع »[1] ثم أفسدها فعليه قضاؤها على الصفة التي أفسدها مع الامكان ، كما لو أحرم المسافر ونوى الاتمام أو مطلقا ثم أفسدها « وجب عليه قضاؤها »[2] « تامة »[3] ، لأنه قد لزمه الاتمام بالدخول فيها ، وكذلك لو صلى خلف مقيم ثم أفسدها لزمه قضاؤها تامة .

ومنها:لو أحرم قبل الميقات ثم أفسد نسكه بالجماع وجب أن يحرم في القضاء من ذلك الموضع « وان »[4] جاوزه غير محرم لزمه دم كالميقات الشرعي « ذكر »[5] هذه القاعدة صاحب الشامل في باب صلاة المسافر ، واستثنى منها مسألة واحدة . وهي من أدرك الجمعة « مع الامام »[6] ثم أفسدها يعيدها ظهرا ، لأنه لا يمكنه فعلها بعد ذلك جمعة ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لو نذر اعتكاف العشر الأخير فأفسده لزمه قضاؤه في العشر الأخير من قابل ، لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع ، وقد أفسده « فلزمه »[7] قضاؤ ه على صفة ما أفسده .

---

(١) في (د) « يلزمه الشروع » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لزمه قضائها » .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) « فان » .
(٥) هكذا في ؛ب) و(د) وفي الأصل «ذكره» .
(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .
(٧) في (د) « يلزمه » .

السادس عشر :

في معنى افساد العبادة « منعٌ »[1] انعقادها كالمجامع في رمضان قبل الفجر واستدام حتى طلع تلزمه الكفارة كما تجب على من جامع بالنهار ، لأنه بالجماع « منع »[2] انعقاد الصوم فكان بمنزلة من أفسده بعد الانعقاد .

ونظيره لو تزوج أمة « أبيه »[3] يظن حريتها وهو ممن تحل له الأمة لم يعتق الولد على الجد « ووجب »[4] على الابن قيمة الولد « لأبيه »[5] وانما غرمها ، لأنه بظنه الحرية منع انعقاد الولد رقيقا فكان بمنزلة من أتلف عليه ملكه بعد وجوده .

* الفدية *

تفارق الكفارة « في »[6] أن الكفارة لا تجب الا عن ذنب تقدم، بخلافه الفدية ، كذا قال الحليمي .

والفدية تدخل في الصوم للعاجز عنه بالهرم والمرض والموت ، وكذا الافطار للمرضع خوفا على الولد .

« قال »[7] وفدية الحج عشرون « دما »[8] : دم التمتع، والقران، والفوات، والاحصار، والتأخير الى الموت، والافساد، والاستمتاع دون الافساد، والمبيت « بالمزدلفة »[9] ومنى - لياليها -[10] والميقات، والدفع من عرفة قبل الغروب، والرمي، والحلق، واللبس، والطيب، وقص الأظفار، والصيد، ونبات الحرم، وطواف الوداع، وترك

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « مع » .
(٢) في (د) « مع » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « ابنه » وفي (د) « أنه » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «ويجب»
(٥) في (د) (لابنه » .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٩) في (ب) « بمزدلفة » .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « لياليها » .

مشى القادر عليه الى بيت الله تعالى الحرام [1] اذا نذره .

واعلم أن الفدية حيث وجبت فهي مقدرة بالمد ، الا في فدية « الأداء » [2] فانها بمدين وحيث وجبت فهي على التراخي كأكل المرضع والشيخ « الهرم » [3] الا اذا كان بسبب « تعدى فيه » [4] ، كما لو نذر صوم الدهر فأفطر يوما « تعديا » [5] وجبت الفدية جزم به الرافعي لأخر « الصوم » [6] .

* الفرع *

الاصل فيه أنه يسقط اذا سقط الأصل .

« ولهذا اذا [7] أبرأ المضمون عن [8] الدين برىء الضامن لأن الضامن فرعه فاذا سقط الأصل »[9] فكذا الفرع بخلاف عكسه .

وقد يثبت الفرع وان لم يثبت الاصل في صور :

منها: لو قال شخص لزيد على عمرٍو ألف وأنا ضامن به فأنكر زيد ففي « مطالبة »[10] الضامن بالضمان وجهان أصحهما نعم .

---

(١) كلمة « تعالى » ذكرت في الأصل ولم تذكر في (ب) و(د) وكلمة «الحرام» ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) و(د) « الأذى » .

(٣) في (ب) و(د) « الهم » .

(٤) في (ب) « تعدمنه » وفي (د) « تعدى به» .

(٥) في (ب) « بعدها » .

(٦) في الأصل ذكر الناسخ كلمتين بعد كلمة « الصوم » لم تذكرا في (ب) و(د) وهاتان الكلمتان هما « ومما يوافق » ولا أرى لهما محلاً هنا فلذلك لم أثبتهما في الصدر .

(٧) في (ب) « لو » .

(٨) في هامش (ب) « عنه » وفوقها . خ وفي صلبها « عن » كما في الأصل و(د)

(٩) ما بين القوسين ابتداء من كلمة « ولهذا » وانتهاء بكلمة « الأصل » ساقط من (د) .

(١٠) في (ب) « مطالبته » .

ومنها:« اذا »[1] ادعى الزوج الخلع مع المرأة وأنكرت « ثبتت »[2] البينونة وان لم يثبت المال الذي هو الأصل . وهذا مجزوم به ، كما جزموا فيمن قال بعت عبدي من زيد وأعتقه زيد « وأنكر »[3] زيد « أو قال »[4] بعته من نفسه فأنكر العبد فانه يعتق « فيهما »[5] وان لم يثبت العوض.ومنها:لو قال أحد الأبنين فلانة بنت أبينا وأنكر الآخر ، ففي حلها للمقر « به »[6] وجهان ، وقال القاضي الحسين ان كانت مجهولة النسب « حرمت وان كانت معروفة النسب »[7] ، فوجهان والذي جزم به في النهاية في اللقيط تحريمها وهو المعمول به فقد ثبت الفرع دون الأصل .

ومنها:لو قال لزوجته أنت أختي من النسب وهي معروفة النسب من غير أبيه ففي تحريمها عليه وجهان ولو كانت مجهولة النسب وكذبته انفسخ « نكاحها »[8] على الأصح[9] .

ومنها:لو ادعت زوجية رجل وأنكر ففي تحريم النكاح عليها وجهان .

ومنها:ادعت الاصابة قبل الطلاق وأنكر الزوج ففي « وجوب »[10] العدة عليها وجهان .

ومنها:لو كان المقر بنسبه عبدا في التركة ففي عتق نصيب المقر وجهان .

والضابط:أنا ننظر في الفرع فان كان يستقل بانشائه بطريق الاصالة « ثبت »[11] قطعا وان لم يثبت الاصل وان « استقل »[12] لا بطريق الاصالة ، بل بالفرعية على غيره كالضامن أو لم يستقل بانشائه كالبيع في صورة الشفعة ودعوى

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٢) في (د) « فثبت » وفي صلب (ب) « تثبت » وفي هامشها « تربت » .
(٣) في (ب) و(د) « فأنكر » .
(٤) في (د) « وقال » .
(٥) في (د) « منهما » .
(٦) في (ب) و(د) « له » .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٨) في (د) « النكاح » .
(٩) في نسخة (ب) ذكر الناسخ هذين الفرعين المشار إليهما بتقديم الثاني على الأول فذكر أولاً « ومنها لو قال لزوجته أنت أختي من النسب الخ الفرع » ثم ذكر بعد ذلك « ومنها لو قال أحد الإبنين فلانة بنت أبينا الخ الفرع » .
(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(١١) في (ب) و(د) « يثبت » .
(١٢) في (د) « إستعمل » .

الزوجية جاء الخلاف والأصح الثبوت .

ويستثنى من هذا دعوى الخلع معها فانه يمتنع عليه الرجعة قطعا وقياسه مجيء الوجهين .

* فرق النكاح كثيرة وأجناسها ثلاثة [1] *

موت وطلاق وفسخ

اما فرقة الموت فينتهي النكاح بنهايته ، ويقال:انتهى النكاح لا بطل .

ولو اطلع أحد الزوجين على عيب الآخر فهل يفسخ بعد الموت وجهان ، أصحهما لا لأن المعقود عليه في النكاح مدة العمر وقد فرغ .

وأما فرقة الطلاق بغير سبب فليس رافعا للعقد ، بل هو تصرف من « مقتضيات » [2] عقد النكاح كالعتق الذي هو من مقتضيات الملك .

ووقع في كلام الحاوى والمهذب في توجيه فسخ البيع في زمن الخيار مع غيبة الآخر أنه رفع عقد جعل الى اختياره كالطلاق قال صاحب الوافي « وفي جعلهما » [3] الطلاق رفع عقد فيه نظر عندي الا أن « يريدا » [4] « رفع حكم » [5] العقد وهو كذلك ، فان رفع العقد بالخيار ليس برفع نفس العقد بل حكمه،لكن موضوع الخيار لرفع العقد وموضوع الطلاق « لقطع » [6] النكاح لا رفعه .

ومثله:الخلع فان الفرقة « بلفظه » [7] طلاق ، وكذلك فرقة الايلاء وفرقة الحكمين .

وأما الفسخ فينقسم الى قسمين :

أحدهما:اختياري وهو العيوب الخمسة والغرور وعدم الكفاءة ابتداء

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فرق النكاح ثلاثة وأجناسها ثلاثة » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « مقضيات » .
(٣) في (ب) « وجعلها » .
(٤) في (د) « يريد » .
(٥) في (ب) « رفع لحكم » وفي (د) « أرفع لحكم » .
(٦) في (د) « لفظ » .
(٧) في (د) « بلفظ » .

ودواما ـ ليدخل الفسخ بالخلف والعتق تحت عبد والعجز عن العوض ؛ ليدخل الفسخ بالاعسار بالنفقة وبالمهر قبل الدخول .

الثاني:قهري ينفسخ فيه بنفسه ، وهو « أقسام »[1] :

أحدهما:اختلاف دين الزوجين « بالردة »[2] .

الثاني:اسلام المشرك على أكثر من أربع ينفسخ في الزائد قال ابن الرفعة من اندفع نكاحها « فهو »[3] بطريق البينونة بلا شك .

الثالث:فرقة وطء الشبهة حيث تحرم الزوجة وكذلك فرقة اللمس بشهوة على قول .

الرابع:اللعان .

الخامس:الرضاع .

السادس:السبى « فانه اذا »[4] سبى الزوجان الحران أو أحدهما انفسخ نكاحهما ، لأن ملك الزوجية أحد « فرعى »[5] الملك فزال « بالسبى »[6] كملك اليمين ، لأنه « يحدث الرق »[7] بالسبى بخلاف « بيع »[8] الزوجة لا « يفسخ »[9] النكاح ، لأنه لم يحدث به رق ، « فان سبيا وهما رقيقان لم يفسخ نكاحهما ، لأنه لم يحدث به رق »[10]، وقيل ينفسخ اعتبارا بالغالب من السبى .

ولو طرأ الرق على الكتابية تحت المسلم قطع « النكاح »[11]في الأصح ، وهذا اذا كان الزوج حرا ، فان كان عبدا ، قال ابن الرفعة يظهر أنه لا ينقطع نكاحه ،

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٢) في (ب) و(د) « والردة » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فهي » .
(٤) في (ب) و(د) « فإذا » .
(٥) في (ب) « نوعي » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « السبي » .
(٧) في (د) « يحد والرق » .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « منع » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ينفسخ » .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من (ب) .
(١١) في (د) « نكاحها » .

وان منع جزما « من »[1] ابتدائه، كما هو ظاهر المذهب ، لأنه يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء .

السابع:ملك أحد الزوجين صاحبه اذا تم البيع قطع النكاح ، فان فسخ في زمن الخيار فان قلنا لا يملك أو موقوف فالنكاح بحاله وان قلنا « يملك »[2] بنفس العقد ففي انفساخ « النكاح »[3] وجهان ظاهر النص على مقتضى كلام الماوردي الانفساخ ، ومقتضى كلام الامام والغزالي أن المشهور خلافه .

الثامن:اسلام أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة .

التاسع:فرقة « الردة »[4] كذلك .

العاشر:« فرقة »[5] تمجس الكتابية تحت مسلم ، اذا قلنا انها تقرعليه.[6]

« تنبيهات »[7]

الأول :

تنقسم الفرقة الى مالا يتوقف فيه على تفريق الحاكم ولا أحد الزوجين وهو القهري ، بل تثبت بمجرد هذه الأفعال ، والى ما يتوقف وهو الاختياري ثم تارة تكون الى المرأة دون الزوج والحاكم وهو فرقة الحرية والغرور والعيب.وتارة تكون الى الزوج ، وهو الطلاق بلا سبب والغرور والعيب أيضا ، وتارة يكون للحاكم فيه مدخل وهو فرقة العنين والحكمين والايلاء والعجز عن المهر والنفقة ونكاح الوليين وعد بعضهم منها اسلام الزوج وعنده أكثر من أربع وفيه نظر لما سبق عن ابن الرفعة .

---

(١) في (د) « عن » .
(٢) في (ب) و(د) « ملك » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٤) في (ب) « الرد » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب).
(٦) في الأصل و(ب) و(د) ذكر كلمتي « الحادي عشر » بعد كلمة « عليه » ويوجد بعد كلمتي « الحادي عشر » بياض في الأصل و(ب) و(د) وغيرها من النسخ التي اطلعت عليها ولعل ذلك وهم من الناسخ .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « تنبيهان » .

الثاني :

كل فرقة يجب على الزوج مباشرتها يقوم الحاكم مقامه فيها اذا امتنع إلا اختيار الزوجات ، وكذا الايلاء على قول .

الثالث :

من هذه الفرق مالا « يتلافى »[1] الا بعد زوج آخر وهو الطلاق الثلاث .

« ومنها مالا يتلافى بوجه وهو اللعان والرضاع والوطء بشبهة »[2] .

ومنها ما يتلافى[3] في العدة وهو الردة واسلام احد الزوجين وتمجس النصرانية ان « قيل »[4] به بالاسلام فقط وبه « أو »[5] بالعود الى دينها الأول على قول « والطلاق »[6] دون الثلاث بالرجعة .

الرابع :

قال صاحب الوشائح تقع الفرقة بين الزوجين بالقول وبالفعل « والأجنبي »[7] والأجنبية ، ومن غير فعل وقول من أحدهما ، وهما حيان ، فالفعل من الزوج وطء أمها أو بناتها بشبهة ومن الزوجة والأجنبية الرضاع ومن الأجنبي وطء « ابنه وأبيه »[7] اياها بشبهة ، وفي هذه الصور لا تحل له أبدا ، ومن الأجنبي أيضا ما يحل له بعقد وهو أن « يسبيا »[8] أو أحدهما يحل له ان اشتراها أو تزوج بها .

وأما القول فمن كل واحد من الزوجين ومن الأجنبي دون الأجنبية .

فأما « الأجنبي »[10] فهو طلاق الحاكم على المولي وطلاق الحكمين إذا قلنا

---

(١) في (د) « يتأتى » .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٣) في الأصل ود « لا يتلافى » وهو خطأ .
(٤) في (د) « قيد » .
(٥) في (د) « لو » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الطلاق » .
(٧) في (ب) و(د) « وللأجنبي » .
(٨) في (د) « أبيه وابنه » .
(٩) في (د) « يستأجر » .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأجنبية » .

« تحكيم »[1] لا توكيل ، « ومن »[2] الزوجة الاسلام والردة وشراؤها زوجها ، والفسخ بالعيب والعنة والاعسار بالنفقة واذا عتقت تحت عبد فاختارت . « والقول »[3] من الزوج نوعان طلاق وغيره فالطلاق ضروب :

منها: الواحدة في حق الحر والعبد قبل الدخول لا تحل إلا بنكاح جديد ، ومثله الواحدة والثنتان بعوض بعد الدخول في حق الحر ، والواحدة في حق العبد لا « تحل له »[4] الا بنكاح جديد ، والاثنتان في حق العبد قبل الدخول وبعده « لا تحل »[5] إلا بزوج آخر ، « والثلاث »[6] في الحر لا تحل « له »[7] إلا باصابة زوج آخر .

وأما القول « بغير طلاق »[8] « منه »[9] ، فالاسلام والردة وشراؤه إياها . والرد بالعيب والخلع على أحد القولين ، واللعان لا يحرم « بشيء »[10] منه بهذا إلا « في اللعان »[11] .

وأما الفرقة الحاصلة من غير قول وفعل من أحد فهو إذا ملك أحدهما صاحبه بارث ومما يفسخ به الزوج « النكاح »[12] بغير طلاق أن يسلم وعنده أكثر من أربع أو أختان فاختار منهن أربعا أو واحدة من الأختين انفسخ نكاح البواقي .

* الفرض لا يؤخذ عليه عوض *

ولهذا لا يجوز الاستئجار للجهاد ، لأنه إذا حضر الصف تعين عليه ، ولأن

---

(١) في (د) « تحكم » .
(٢) في (د) « من » .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « وبالقول » .
(٤) في (د) « يحل لهما » .
(٥) في (د) « فلا يحل » .
(٦) في (ب) « والثلاثة » .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٨) في (د) « غير الطلاق »
(٩) في (د) « بياض » .
(١٠) في (ب) « في شيء » .
(١١) في (ب) « باللعان » .
(١٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

منفعة الجهاد تعود إليه فالمنفعة حاصلة له ، ومن تعين عليه قبول الوديعة ، كما إذا لم يكن هناك غيره « وخاف »[1] هلاكها ، إن لم يقبل قال « صاحب المرشد »[2] لا يجوز له أخذه أجرة الحفظ لتعينه عليه ، ويجوز أخذ أجرة مكانها ، ويشهد له ما نقله الرافعي عن أبي الفرج أن الواجب أصل القبول دون اتلاف « منفعة »[3] نفسه « وحرزه »[4] في الحفظ من غير عوض . غير أن صاحب المرشد مصرح بأن نفس الحفظ لا يؤخذ عليه أجرة وأبو الفرج « الزاز »[5] يقول يؤخذ وإليه يميل كلام الرافعي ، وخرج إبن الرفعة فيه الخلاف في مسألة تعليم الفاتحة في جعلها صداقا ، ونظائرها .

ولو قال من دلني على مالي فله كذا ، فدله مَن المال في يده لم يستحق ، لأن ذلك واجب « عليه »[6] بالشرع فلا يجوز أخذ العوض عنه ، بخلاف الرد ، قاله الرافعي في باب الجعالة. ويخالف ما لو كان في يد غيره فدله عليه ، لأن الغالب أنه يلحقه مشقة في البحث عنه قاله في الكفاية : واذا قلنا يجبر الشريك على وضع الجذوع فلا يجوز أخذ الأجرة عليه .

قال في الاستقصاء: ولو دفع صاحب الجدار إلى صاحب الجذع عوضا ، ليسقط حقه من الوضع جاز .

ولو أصدقها أداء شهادة لها عنده أو أصدق كتابة تلقين كلمة الاسلام لم يصح ، قاله البغوي .

---

(١) في (د) « وخلاف » .

(٢) قال ابن السبكي في طبقاته حـ ٣ ص ٨٢ هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن اليمني أبو حامد صاحب كتاب المرشد في الفقه في سفرين وقفت على الأول منهما وقد ذكر في تاريخه أنه فرغ منه سنة ثلاث وأربعين وأربعمائة هذا وانظر طبقات الأسنوي حـ ٢ ص ٥٦٢ وكشف الظنون حـ ٢ ص ١٦٥٤ .

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

(٥) هذه ، الكلمة ذكرت في (د) « وهامش (ب) وساقطة من الأصل .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

ولو خلص مشرفا على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار لا تثبت له أجرة المثل ، قاله القاضي الحسين .

ولو كان رجلان في بادية فمرض أحدهما وجب على الآخر تعهده.زاد الامام: ولا أجرة له.واذا وجب بذل الماء الفاضل عنه لا يجوز أخذ العوض عنه في الأصح . « واذا »[1] تحمل شهادة وطلب « أداؤها منه »[2] لا يجوز له أخذ الأجرة « للنهي »[3] ويستثنى صور :

احداهما:على الأم ارضاع ولدها اللبأ ولها أخذ الأجرة عليه على المذهب .

الثانية:بذل الطعام « في المخمصة »[4] واجب وله أخذ العوض عنه على المذهب .

وفرق القاضي الحسين بينه وبين ما سبق في تخليص المشرف على الهلاك بأن هناك يلزمه التخليص بنفسه ، لكن القاضي أبا الطيب سوى بينهما ، فقال إذا احتمل الحال في المشرف على الهلاك تقرير أجرة لم يلزمه تخليصه ، إلا بها كالمضطر .

الثالثة:أصدقها تعليم قرآن وهو متعين لتعليمها ، فالأصح الصحة ، بخلاف تلقينها كلمة الاسلام ، وكان الفرق بينه وبين وضع الجذع ، أنه من باب الارفاق كبذل فضل الماء للبهائم فانه واجب ولا يؤخذ بدله .

الرابعة:تعليم « القرآن »[5] فرض كفاية ، ويجوز أخذ الأجرة عليه خلافا للحليمي .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وان » .
(٢) في (ب) و(د) « منه أداؤها» (٣) في (ب) و(د) « للتهمة » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بالمخصمة » .
(٥) في (د) « الفاتحة » .

الخامسة:القاضي يتعين عليه « القضاء »[1] وهو محتاج يجوز له أخذ الرزق من بيت المال لأنه يتعطل بالقضاء عن الكسب ، فان كان غير محتاج لم يجز « له »[2] ، قاله الرافعي في الباب الثاني من الأقضية ، قال ابن الرفعة وهو الذي وقفت عليه من كلام العراقيين .

السادسة:لو « أجره »[3] على فرض الكفاية كالتعليم وتجهيز الميت صح ، وان تعين على الأصح .

السابعة:أرباب الحرف اذا تعينت عليهم يعملون بالأجرة ، كما يجب على العالم تعليم الفاتحة للجاهل بأجرة .

الثامنة:من تعين عليه تحمل شهادة ودعي اليها جاز له أخذ الأجرة « في »[4] الأصح ، بخلاف الأداء للتهمة ، أما لو أتاه المتحمل لم يجز له أخذ الأجرة .

وهذا يقتضي أن أخذ الأجرة « على »[5] قطع المسافة لا على نفس التحمل ، قال الأصحاب ولا يأخذ الشاهد الرزق على الشهادة من بيت المال ، وعلله الغزالي باتهامه ، قال في المطلب وكثيرا ما يسأل عن التهمة التي تلحق الشاهد في أخذ الرزق من بيت المال ، ويجاب بما لا طائل تحته ، والأقرب أن يقال أما في الأداء فلأنه فرض عليه وأما في التحمل « فلا تهمة »[6] إذا لم ينحصروا « فجعل »[7] الرزق لبعضهم دون بعض ، والمجعول له لا يتم به المقصود فرجح من غير مرجح ، ووجه التهمة في الأداء ظاهر،وفي التحمل لأن المقصود به الأداء عند الطلب ، واذا علم من قوم أنهم لا يقومون بذلك ، إلا بجعل مع أن ما يشهدون به لا شيء يدل على صدقه تطرّق اليهم التهمة باحتمال « ارتشاء »[8] فسد ذلك الباب .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٣) في (ب) « أجبره » .
(٤) في (د) « على » .
(٥) في (د) « عن » .
(٦) في (ب) « فلأنهم » .
(٧) في (ب) « يجعل » .
(٨) في (د) « أنشأ » .

« قال »[1] وبهذا يظهر الفرق بينه وبين الحاكم « والقاسم »[2] ، لأن ما يصدر منهما في الغالب سببه ظاهر ، فإما أن تعدم التهمة أو تقل ، « وفصل »[3] القاضي أبو الطيب فقال ان الجعل على الشهادة مبني على الحكم فان لم يتعين عليه نظر ، فان كان فقيرا جاز « له »[4] الأخذ ، وان كان « مكتفيا »[5] فالمستحب أن لا يأخذ ولو أخذ جاز ، وان تعين عليه فان كان فقيرا جاز ، وان كان مكتفيا »[6] لم يجز للتحمل ولا للأداء . وهذا ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين .

التاسعة: أخذ الأجرة على كتابة الصك يجوز قطعا « ان »[7] لم يتعين ، وكذا ان تعين في الأصح وقاسه الرافعي على أخذ قيمة الطعام في المخمصة وادعى في البسيط الاتفاق عليه ، وقال القاضي الحسين هما كالوجهين في أخذ الأجرة على تعليم الفاتحة عند التعين .

ضابط :

أشار إليه الامام في كتاب الصداق .

أن الوجوب ان لاقى الشخص وجب عليه بذل الأجرة لغيره ، وان تعين طريقا كما في مسألة المضطر واصداق الفاتحة ونظائرها فيما تجوز فيه الأجرة ، وان لم يلاقه لم يجز ، كما في مسألة الجذع ، فان الوجوب ليس على صاحب الجذع ، بل له على جاره ، فالوجوب لاقى الجار أولا فلا يأخذ « عنه عوضا »[8] .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قلت » .
(٢) في (د) « والفاسق » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فصل » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « مكفياً » .
(٦) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وإن » .
(٨) في (د) « عليه عوضاً »

* فرض الكفاية يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته قال الغزالي في كتاب السير هو كل « مهم »[1] ديني يراد به حصوله ، ولا يقصد به « عين »[2] من يتولاه ، فخرج بالقيد الأخير فرض العين ، قال الرافعي ومعناه أن فرض الكفاية أمر كلي تتعلق به مصالح « دينية »[3] ودنيوية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها « فقصد »[4] الشارع تحصيلها ولا يقصد تكليف « الواحد[5] وامتحانه » بها بخلاف فروض الأعيان فان الكل مكلفون بها ممتحنون بتحصيلها.وقول الرافعي ودنيوية لا يوافق الغزالي فإنه يرى أن الحرف والصناعات وما به قوام « المعاش »[6] ليس من فروض الكفايات ، لكن المرجح خلافه .

الثاني :

ينقسم إلى ديني ودنيوي :

الأول الديني « وهو »[7] ضربان :

ما يتعلق بأصول الدين وفروعه .

فالأول « القيام »[8] باقامة الحجج والبارهين القاطعة على إثبات الصانع وما يجب له من الصفات وما يستحيل عليه ، واثبات « النبوات »[9] ، ودفع الشبه والمشكلات كما أنه لا بد من إقامة القهرية بالسيف .

---

(١) في (د) « مبهم » .
(٢) في (د) « غير » .
(٣) في (د) «دينة »
(٤) في (ب) « فيقصد » وفي (د) « يقصد » .
(٥) في (ب) « الواحد فالواحد وامتحانه » .
(٦) في هامش (ب) « المعايش » وفوقها ن .خ وفي صلبها « المعاش » كما في الأصل و(د).
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٨) في الأصل وب « القائم »
(٩) في (د) « الثواب » .

والثاني:كالاشتغال بعلوم الشرع من تفسير وحديث وفقه ، والتبحر في ذلك وفي الحديث « طلب العلم فريضة على كل مسلم »[1] رواه ابن ماجه ، وقال « الحافظ[2] المزي » له طرق يبلغ بها درجة الحسن .

« وعد »[3] الشهر ستاني »[4] في كتاب الملل والنحل الاجتهاد من فروض الكفايات ، « قال »[5] حتى لو اشتغل بتحصيله واحد سقط الفرض عن الجميع ، وان قصر فيه أهل عصر عصوا بتركه وأشرفوا على خطر عظيم ، فان الأحكام الاجتهادية إذا كانت مرتبة على الاجتهاد « ترتب »[1] المسبب على السبب ولم يوجد السبب كانت الأحكام عاطلة،والآراء كلها متماثلة،فلا بد « اذن »[3] من مجتهد . انتهى .

ومنه:« القضاء[3] والفتوى ، قال الغزالي في كتاب نهج الشريعة ولا يستغنى عن الفقيه المفتي المنصوب في الناحية بالقاضي فان القاضي ملزم « من رفع »[4] إليه

(١) لفظه من سنن ابن ماجة هو حدثنا حفص بن سليمان عن أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « طلب العلم فريضة على كل مسلم وواضع العلم عند أهله كمقلد الخنازير الجواهر واللؤلؤ والذهب » انظر سنن ابن ماجه فيما يتعلق بهذا الحديث حـ ١ ص ٨١ .

(٢) هو أبو الحجاج جمال الدين يوسف بن الزكي عبد الرحمن بن يوسف القضاعي الحلبي المزي بكسر الميم نسبة إلى المزة قرية بظاهر دمشق ـ ولد بظاهر مدينة حلب في سنة أربع وخمسين وستمائة ـ كان إماماً في اللغة والتصريف وانتهت إليه الرحلة من أقطار الأرض لروايته ودرايته ودرس بدار الحديث الأشرفيه ـ من تصانيفه الكمال في أسماء الرجال وكتاب الأطراف توفي بدار الحديث من تصانيفه تهذيب الكمال في أسماء الرجال وكتاب الأطراف . توفي بدار الحديث الأشرفية بدمشق وذلك في الثاني عشر من شهر صفر سنة اثنتين وأربعين وسبعمائة انظر تذكرة الحفاظ حـ ٤ ص ٢٨٠ ـ الدارس جـ ١ ص ٣٥ ـ الدرر الكامنة حـ ٥ ص ٢٣٣ شذرات الذهب حـ ٦ ص ١٣٦ ـ النجوم الزاهرة حـ ١٠ ص ٧٦ .

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

(٤) هو أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أحمد الشهرستاني نسبة إلى شهرستان وهي مدينة في طرف خراسان مما يلي خوارزم ـ ولد سنة تسع وستين وأربعمائة مع خلاف في ذلك تفقه على الخوافي تلميذ إمام الحرمين وعلى أبي نصر القشيري وغيرهما وقرأ الكلام على أبي القاسم الأنصاري من تصانيفه نهاية الأقدام في علم الكلام وكتاب الملل والنحل توفي بشهرستان في أواخر شعبان سنة ثمان وأربعين وخمسمائة انظر تاريخ حكماء الإسلام ص ١٤١ ـ تذكرة الحفاظ حـ ٤ ص ١٣١٣ ـ طبقات ابن السبكي حـ ٦ ص ١٢٨ ـ العبر حـ ٤ ص ١٣٢ .

عند التنازع « والمفتي يرجع[1] إليه » المسلم في جميع أحواله العارضة .

ومن فروض « الكفاية[2] : الاشتغال بعلم الطب ، كما قاله في شرح المهذب. والحق به وفاقاً للغزالي الحساب .

ومنه:تعلم أدلة القبلة صحح الرافعي أنها فرض عين ، وقال النووي المختار أنه « اذا »[3] أراد سفرا ففرض عين لكثرة الاشتباه عليه ، والا ففرض كفاية .

ومنه:تصنيف كتب العلم لمن منحه الله « تعالى »[4] فهما واطلاعا .

ولن تزال هذه الأمة مع قصر أعمارها في ازدياد وترقٍ في المواهب ، والعلم لا يحل كتمه ، فلو ترك التصنيف لضيع العلم على الناس وقد قال « الله »[5] تعالى « واذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه »[6] ، ويقال ان في التوراة:علم مجانا كما علمت مجانا .

ومنه:حفظ جميع القرآن ذكره العبادي في الزيادات ، وقال ان حفظه واجب على الأمة ، وكذا قاله الجرجاني في أول الجنائز من كتاب الشافي ، قال وكذا تعلم العلم وتعليمه .

ومنه:نقل السنن ، قال الماوردي إذا نقلها من « فيه »[7] كفاية « سقط »[8]

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والمفتي يراجع إليه » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الكفايات » .
(٣) في (ب) و(د) « ان » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٥) لفظ الجلالة ذكر في (ب) ولم يذكر في الأصل و(د) .
(٦) سورة آل عمران الآية رقم ١٨٧
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يسقط » .

فرضه عن الباقين .

ومنه:جهاد النفس « قال الشيخ علاء الدين الباجي رحمه الله في كتابه المسمى بالتقريب:جهاد النفس »[1] فرض كفاية على كل مسلم بالغ عاقل ليرقى بجهادها في درجات « الطاعات »[2] ويطهر ما « استطاعه »[3] من الصفات ليقوم بكل اقليم رجل من « علماء »[4] أهل الباطن ، كما يقوم به رجل من علماء الظاهر كل منهما يفيد المسترشد على ما هو بصدده ، فالعالم يقتدي به والعارف يهتدي به .

وهذا ما لم « يستول »[5] على النفس طغيانها وانهماكها في عصيانها فان كان كذلك صار جهادها فرض عين بكل ما استطاع فان عجز عنها استعان عليها بمن يحصل له المقصود من علماء الظاهر والباطن بحسب الحاجة وهو « أكبر الجهادين »[6] إلى أن ينصره الله « تعالى »[7] .

ومنه:الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، قال الرافعي والمراد به الأمر بالواجبات والنهي عن المحرمات .

قلت ولهذا نقل الامام عن معظم الفقهاء أن الأمر بالمستحب مستحب .

ومنه:إحياء الكعبة كل سنة بالزيارة من حج أو عمرة أو صلاة « أو اعتكاف أو طواف »[8] وفهم النووي من كلام الرافعي الاكتفاء بهذه الأمور عن الحج وجعل

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٢) في (د) « الطاعة » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « استطاع » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٥) في (د) « يستوف » .
(٦) في (ب) « أكبر الجهاد » وفي (د) « أكثر الجهادين » .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٨) في (ب) و(د) « أو طواف أو إعتكاف » .

الحج متعينا ، وانما أراد الرافعي إحيائه بهذه الأمور مع الحج .

ومنه:الجهاد وأقله كل سنة مرة كإحياء الكعبة « ووجهه في المهذب »[1] بأن الجزية تجب بدلا عن عينه وهي واجبة في كل سنة ، فكذلك بدلها ، وكلام الماوردي يقتضي أنه لا يكتفي بها إلا إذا عجز عما فوقها .

ومنه:دفع ضرر المحاويج من المسلمين من كسوة أو طعام اذا لم تندفع بزكاة أو بيت مال ، ومثله محاويج أهل الذمة كما صرح به الرافعي في كتاب الجنائز . قال الامام:ويجب على الموسر المواساة بما زاد على كفاية سنة .

ومنه:تجهيز الموتى غسلا وتكفينا والتقاط المنبوذ .

ومنه:فك الأسرى قال ابن كج ولا يجب على الامام ابتياعهم من بيت المال ، كذا رأيته في التجريد له .

ومنه:تولية القضاء بشرطه وتحمل الشهادة وأداؤها ، لأنها وسيلة للواجب .

ومنه:رد السلام وكذا الأذان واقامة الجماعة وصلاة العيدين على رأي.

الثاني : الدنيوي :

كالحرف والصناعات وما به قوام « المعاش »[2] كالبيع والشراء « والحراثة »[3] « ولا »[4] بد منه حتى الحجامة والكنس وعليه عمل « الحديث »[5] « إختلاف أمتي رحمة للناس » ومن لطف الله « عز وجل » « جبلت » النفوس على القيام بها .

(١) في (د) « ووجه المهذب » .
(٢) في هامش (ب) « المعايش » وفي صلبها « المعاش » كما في الأصل و(د).
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الحرابة » .
(٤) في (ب) و(د) « ومالا » .
(٥) في (ب) و(د) « حديث » .

ولو فرض امتناع الخلق منها أثموا ولم يحك الرافعي والنووي فيه خلافا ، وقد صار الامام والغزالي « إلى »[1] أنها لا تعد من فروض الكفاية محتجين بأن « الطبع »[2] يحث عليها فأغنى عن حث الشرع بالايجاب.واستشكل الأول بقولهم ان أصحاب الحرف الدنية لا تقبل شهادتهم فكيف لا يقبل « بفعلهم »[3] فرضا وعد الغزالي في الوسيط من فروض الكفاية « المناكحات وهو مشكل على طريقة في الصنائع ، لأن الطبع يحث عليها .

الثالث :

فرض الكفاية[4] « لا يباين فرض العين بالجنس خلافا للمعتزلة ، بل يباينه بالنوع .

ولهذا فارقه في أقسام :

منها:أن فرض العين يتعلق بكل واحد وفرض الكفاية هل يجب على الجميع أو على البعض خلاف .

ومنها:أن فرض العين يلزم بالشروع الا لعذر وفرض الكفاية لا يلزم بالشروع إلا في « الجهاد والجنازة »[5] والحج تطوعا فانه لا يقع الا فرض كفاية .

ومنها:من ترك فرض عين أجبر عليه وفي فرض الكفاية خلاف جار في القاضي وكفالة اللقيط وغيرها .

ومنها:ان « تعين »[6] واحد ممن « عليه يتعين »[7] إن كان المعيَّن « له

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٢) في (د) « الطمع » .
(٣) في (ب) « لفعلهم » وفي (د) « وفعلهم » .
(٤) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د).
(٥) في (ب) و(د) « الجنازة والجهاد » .
(٦) في (ب) و(د) « تعيين » .
(٧) في (د) « يتعين عليه » .

الإمام »[1] وان كان غيره من الآحاد ففيه خلاف في القاضي والمفتي والشاهد والولي غير المجبر والأصح في الشاهد ان علم أن غيره يجيب « فلا »[2] يجب عليه أو امتناع غيره وجب ، وان لم يعلم فوجهان أصحهما التحريم ، والا لأدى إلى التواكل وأما القاضي فكالشاهد ، وأما المفتي فالأصح لا يأثم بالرد « ان »[3] كان هناك غيره .

واعلم أنهم لم يعطوه حكم فرض العين ولا التطوع في القراءة في صلاة الجنازة ليلاً حيث صححوا الإسرار ، ولم يقولوا يجهر كالفرض ، ولا يكون بين السر والجهر كالنافلة .

الرابع :

هل يلزم بالشروع ؟

فيه خلاف سبق « في حرف الشين »[4] .

ومما لم يسبق أنه لو شرع فيه بعد أن فعله غيره هل يلزم؟فيه وجهان في البحر مبنيان على « أن »[5] الثاني « هل »[6] يقع فرضا أم لا .

الخامس :

قال في الروضة : « للقيام »[7] بفرض « الكفاية »[8] مزية على (القيام »[9] بفرض العين من حيث إنه أسقط الحرج عن نفسه وعن المسلمين .

---

(١) في (د) « للإمام » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « لا »
(٣) في (د) « وان » .
(٤) أي في قاعدة « الشروع لا يغير حكم المشروع فيه » .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٦) هكذا في (ب) وفي (د) « وهل » وساقطة من الأصل .
(٧) في (ب) و(د) « للقائم » .
(٨) في (ب) و(د) « القائم » .
(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د).

وقد قال الامام في الغياثي أن القيام بفرض الكفاية أفضل من فرَض العين ، لأنه لو ترك « المتعين »[1] اختص هو بالأثم . ولو ترك الجميع فرض الكفاية أثموا ولو فعله « أسقط »[2] الحرج عن الجميع .

قلت والعبارة الأولى أحسن فانه لا يلزم من المزية الأفضلية فقد يختص المفضول بأمر ويفضله الفاضل بأمور .

وأما العبارة الثانية فقد أخذها الناس « منه »[3] « مسلمة »[4] تقليدا ولا ينبغي ذلك فانه ان كان المراد اذا ازدحما في وقت واحد ولا يسع الزمن إلا أحدهما فلا شك في تقديم فرض العين إلا أن يكون له بدل ، كما في سقوط الجمعة ممن له قريب ممرض ، بل قالوا لو اجتمع جنازة وجمعة وضاق الوقت قدمت الجمعة على المذهب وقدم الشيخ أبو محمد الجنازة لأن « للجمعة »[5] بدلا » وان كان الوقت متسعا لهما فتقديم فرض الكفاية لا يقتضي أفضليته ألا ترى أنه لو إجتمع كسوف وفرض ولم يخف فوت الفرض قدم الكسوف كيلا يفوت مع أن الكسوف سنة فلم يكن تقديمه حكما بأفضليته .

ولو كان في طواف الفرض « وحصلت له جنازة »[6] « كره »[7] له قطع الطواف « قاله الرافعي »[8] « إذ لا »[9] يحسن ترك فرض العين « لفرض »[10] الكفاية•انتهى .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «العين» .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «سقط» . (٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(د) .
(٥) في (د) « الجمعة بدل » .
(٦) في (ب) و(د) «وحضرت جنازة» (٧) في (د) « فأكره » .
(٨) هكذا في (ب) وفي (د) « قال الرافعي » وسقطتا من الأصل .
(٩) في (د) « ولا » . (١٠) في (د) « كفرض » .

ويدل لما ذكرنا أيضا أن الشروع في فرض العين يلزم به حتى لو خرج منه كان قضاء وان وقع في الوقت « وفي الشروع في فرض الكفاية »[1] خلاف « وان من ترك فرض عين أجبر عليه قطعا وفي فرض الكفاية خلاف »[2] والظاهر أن « القائلين »[3] بتفضيل الكفاية على العين أرادوا به الجنس على الجنس وهو منازع بقوله صلى الله عليه وسلم « لن يتقرب المتقربون إلى بمثل أداء ما افترضت عليهم[4] « مع أن في « تعلق » [5] فرض الكفاية « بالجميع » [6] خلافاً .

وأما الشبهة التي « استند » [7] إليها هذا القائل فمبنية على أن العمل المتعدي أفضل من القاصر وليست بقاعدة مطرده كما سبق بيانه « في حرف العين »[8] وبتقدير التسليم فلا شك في تخصيصه « بمن » [9] سبق إليه أولا ، أما من « فعله »[10] ثانيا فلا يكون في حقه أفضل من فرض العين وان قلنا يقع فرضا لأن السقوط حصل بالأول وتسميه الثاني فرضا إنما هو لحصول ثواب الفرض .

* الفسخ يتعلق به مباحث *

كما تعلقت بضده وهو العقد كما سبق في حرف العين .

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

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب).

(٣) في (ب) و(د) « القائل » .

(٤) هذا الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه باللفظ التالي وهو عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله جل وعلا يقول من عادى لي ولياً فقد آذاني وما تقرب إلى عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه إلى آخر الحديث »

انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان حـ ١ ص ٣٣٦ و٣٣٧ الطبعة الأولى .

(٥) في (ب) و(د) « تعليق » .

(٦) في (د) « بالجمع »

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «أسند»

(٨) وذلك في البحث الثالث من الأبحث التي ذكرها في العمل .

(٩) في (د) « فمن » .

(١٠) في (د) « يفعله » .

الأول :

في حقيقته وقال ابن عبد السلام الانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه ، والفسخ هو قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه فهذا هو فعل الفاسخ فالأول صفة العوضين « قال »[1] وبذلك رددنا على أبي حنيفة أن الخلع فسخ ، لأنه لا يشترط فيه رد الصداق « فما »[2] انقلب كل واحد من العوضين لصاحبه فذهبت حقيقة الفسخ .

الثاني :

الفسوخ ضربان :

أحدهما: ما يختلف في « تعلق »[3] الفسخ به كالعنة والاعسار بالنفقة « والمهر »[4] فيفتقر إلى الحاكم ، لأنه موضع إجتهاد .

والثاني: ما هو مجمع على الفسخ به في الجملة ، ولكن اختلف في الموضع الذي تعلق به الفسخ فلا يفتقر إلى الحاكم مثل فسخ الأمة تعتق تحت عبد فما أجمع عليه في الجملة لم يفتقر لحاكم وان اختلف فيه في موضع وهو ما إذا عتقت تحت حر وكذا الفسخ بالعيب مجمع عليه في الجملة .

فأما « ان »[5] كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به فلا يفتقر الفسخ به إلى حاكم .

الثالث :

إذا لم يكن في الفسخ فائدة فلا يملكه الفاسخ ، كما ذكره الرافعي وغيره في

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (د) « كما » .
(٣) في (د) « تعليق » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د).
(٥) في (د) « إذا » .

أول كتاب الصداق .

ولهذا قال العراقيون لو استأجر « شخصا »[1] ليحج في سنة معينة عن « ميت من ماله فأخر عنها فلا خيار لمن استأجره في فسخ العقد ، لأن الفائدة اما في تحصيل الحج[2] في « هذه السنة ، وقد فات ، واما في الانتفاع بالأجرة وصرفها في أغراضه وذلك لا يجوز ، لكن ذكر الرافعي قبيل الديات فيما إذا اشترى المجني عليه العبدَ الجانيَ ثم اطلع فيه على عيب فان له الرد ، قال وقد يقال إذا لم يكن للمجني عليه إلا الرقبة فأي فائدة في الرد فيجاب بأنه إذا « رد »[3] فله مطالبة العبد ان عتق « بما »[4] يفضل عن قيمته على قول .

ومنها:الفسخ بالاعسار بالصداق لا فائدة له ، لأنها إذا فسخت النكاح وتزوجت لا تستحق ذلك الصداق على الزوج ، بل يسقط صداقها ان كان قبل الدخول ويبقى في ذمة الزوج ان كان بعد الدخول .

ولو أعسر بصداق الصغيرة والمجنونة فلا خيار للأب لأنه لا نفع لها في ذلك لأنه قبل الدخول يسقط نصفه وبعد الدخول يبقى في ذمته ، كما كان ويسقط حقها من النفقة .

ومنها:لو باع عبدا « من رجل »[5] ثم اشتراه منه ثم اطلع على عيب كان في يده.قال في التهذيب وتابعه الرافعي:ينظر إن كان مشتريه قد علم به فلا يرد عليه لأنه قد رضي به فلا يمكنه أن يرد عليه وان لم يعلمه نظر ان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر له رده لأن مشتريه أن رده إليه تحصل له فائدة وهو عود الثمن الأكثر اليه وان اشتراه بمثل الذي باعه فهل له الرد؟فيه وجهان،أحدهما:لا « لأن مشتريه يرد

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د).
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٣) في (د) « رده » .
(٤) في (د) « لا » .
(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب).

عليه فلا فائدة له في رده وأصحهما له الرد[1] لأن مشتريه ربما « يرضى »[2] به فلا يرده .

الرابع :

الفسوخ لا يدخلها خيار .

ولهذا لا يثبت الخيار في الاقالة ان قلنا فسخ وان قلنا بيع ثبت.كذا جزم به الرافعي،ثم قال،ومن اختار عين ماله المبيع من المفلس لزمه ولا خيار « فيه »[3] ، وقيل له الخيار مادام في المجلس وهو « شبيه »[4] بالخلاف في الشفيع انتهى .

ولم يطرد هذا الخلاف في الاقالة على القول بأنها فسخ لثبوتها بالتراضي بخلاف المفلس .

ولو تقايل البائع والمشتري ثم اطلع البائع على عيب به حدث في يد المشتري قبل الاقالة إن قلنا فسخ لم يكن له رد الاقالة وان قلنا بيع فله رد الاقالة ان كان جاهلا .

ولك أن تعبر عن هذه القاعدة بأن الفسخ لا يقبل الفسخ .

« ومنه[5] ما » في فتاوى البغوي لو فسخ المشتري « البيع »[6] بعيب قديم ، وكان حدث عنده عيب ولم يعلم به البائع ثم علم به بعد « ان أنفسخ »[7] فليس

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

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

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

(٤) في (ب) « مشبه » .

(٥) في (د) « ومنها قال » وفي صلب النسخة (ب) « ومنها » وفي هامشها « ومنه ما » كما في الأصل وفوقها « ص » وقد ذكر الناسخ أن الحرف « ص » يعني به المصنف .

(٦) هكذا في (ب) وفي (د) « المبيع » وساقطة من الأصل .

(٧) في صلب النسخة « البيع » وفي هامشها « الرد » .

له فسخ الرد ، لأن الفسخ لا يقبل الفسخ بل يرجع بالأرش ، كما لو تقايل ثم علم عيبا ، ويحتمل أن يثبت للبائع فسخ الرد وهو الأصح ، إذا لم يرضَ به البائع .

ومثله قولهم إذا قلنا « يمتد »[1] خيار التصرية ثلاثة أيام فاطلع على العيب بعد « ثلاث »[2] ، لا رد له ، قال بعضهم وينبغي أن يثبت الرد ويكون على الفور بعد الثلاث ، لأن التصرية عيب انتهى وبه صرح الماوردي ، فقال إذا علم بها بعد الثلاث رد ، كسائر العيوب وانما الثلاث فسحة له إذا علم « التصرية »[3] فيها فله تأخيرها .

واعلم أن الفسخ والانفساخ إنما يكون في العقود دون الفسوخ ، وكذا العزل والانعزال ، كما اقتضاه كلام الرافعي في كتاب الوديعة حيث قال « لو »[4] عزل المودع نفسه فوجهان إن قلنا الوديعة عقد ارتفعت أو مجرد إذن فالعزل لغو ، كما لو أذن في تناول طعامه للضيفان ، فقال بعضهم عزلت نفسي فيلغو قوله .

قلت:وهذا الخلاف في أمين المالك ، أما الأمانات الشرعية فلا تقبل الفسخ بالاتفاق ، كما يقتضيه كلام الروياني ، فلو قال فسخت الأمانة كان على الأمانة، فمتى لم يرد حتى هلكت قبل القدرة على ردها لا ضمان.ومما « يبني »[5] على هذا أن ناظر الوقف إذا عزل نفسه لا ينعزل على هذا المأخذ ، لأنه ليس بعقد .

وفي فتاوي البغوي لو جعل أحد المتبايعين الخيار لأجنبي فقال الوكيل « عزلت نفسي لا ينعزل إلا أن يقول ألزمت العقد فيلزم كما لو علق الطلاق بمشيئة فلان فقال فلان »[6] عزلت نفسي عن أن يكون الطلاق بمشيئتي فلا يصح بل متى شاء وقع .

---

(١) في (د) « بمثل » .
(٢) في (د) « الثلاث » .
(٣) في (ب) « المشتري » .
(٤) في (ب) « ولو » وساقطة من (د).
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ينبني » .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د).

الخامس :

العقد لا يرد إلا على موجود بالقوة أو بالفعل ليشمل الحمل إذا باع الحامل وأطلق ، وقلنا يقابل بقسط من الثمن .

وأما الفسخ فيرد على المَعْدوم في موضعين .

أحدهما : باب التحالف .

الثاني : الاقالة .

وقال « الامام »[1] الشافعي « رضوان الله تعالى عليه »[2] في كتاب السلم ، لو اشترى طعاما فأكل بعضه ثم استقاله البائع استرد منه الثمن ، ويرد عليه قيمة ما أكل منه ، قال القفال « فجوز »[3] الفسخ في التالف ، « لكنه »[4] نص في موضع آخر أنه لا يجوز فحصل قولان وأجراهما القفال فيما إذا اشترى عبدين فتلف أحدهما ثم وجد بهما عيبا هل له فسخه في التالف والقائم قولان وقال الرافعي تجوز الاقالة بعد تلف المبيع ان جعلناها فسخا على الأصح كالفسخ بالتحالف .

ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما ففي الاقالة في « الثاني »[5] وجهان بالترتيب « أو »[6] القائم تصادفه الاقالة ويستتبع التالف .

واعلم أنهم خالفوا ذلك في الفسخ بتلف المبيع قبل القبض فقدروا الانفساخ قُبيله ، فقالوا لأن التالف خرج عن كونه مملوكا فلا يقبل الفسخ فيه ، كما لا يقبل

---

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
(٢) في (ب) «رحمه الله» وساقطة من (د) .
(٣) في (د) « يجوز » .
(٤) في (د) « لكن » .
(٥) في (ب) و(د) « الباقي » .
(٦) في (د) « إذ » .

العقد فاحتجنا « للتقدير »[1] . « وقد ثبت »[2] الخيار في التالف ، كما في إتلاف الأجنبي للمبيع ونحوه .

السادس :

سائر العقود تقبل الفسخ بالتراضي ، وحكى الرافعي في أول الخلع قولين في أن النكاح هل يقبل الفسخ بالتراضي،أحدهما:نعم كالبيع،والثاني:لا ، لأن وضع النكاح على الدوام والتأبيد وانما يفسخ لضرورة عظيمة تدعو إليه.وجعلها أصل الخلاف في أن الخلع طلاق أو فسخ.وأغرب الامام هناك « أيضا »[3] فنقل »[4] عن شيخه اختلف أصحابنا في أن البيع هل يقبل الفسخ بالتراضي،فمنهم من قطع « بقبوله »[5] الفسخ.والقولان في لفظ الاقالة،ومنهم من قال : كل ما فرض على التراضي سواء كان بلفظ الفسخ أو الاقالة ، فهو على القولين ولا نظر إلى لفظ الفسخ فالفسخ لفظ ألفه الفقهاء ومعناه رد شيء واسترداد مقابله ، والاقالة من طريق اللسان صريحة في رفع ما تقدم ، ورد الأمر إلى ما كان عليه قبل العقد .

تنبيه :

هذا في العقود اللازمة ، أما الجائزة فلا يشترط تراضيهما ، بل لكل منها الفسخ ، وكذلك في الجائزة من أحد الطرفين كالمرتهن يفسخ الرهن ، والعبد يفسخ الكتابة ، والعامل في الجعالة ونحوه .

السابع :

من ثبت له حق الفسخ فقال أسقطته هل يسقط نظر ، إن كان مما لا يتجدد

---

(١) في صلب النسخة (ب) « إلى التقدير » وفي هامشها « للتقدير » كما في الأصل و(د) وفوقها (ص) .

(٢) هكذا في (د) وفي (ب) « وقد يثبت » وفي الأصل « وثبت » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

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

(٥) في (د) « بقوله » .

ضرره سقط ، وان كان مما يتجدد فوجهان أصحهما لا يسقط ذكره الرافعي في باب السلم وقد « بينت »[1] فروعها في بحث الخيار .

الثامن :

الفسخ الحقيقي هو الرافع للعقد كالفسخ بعيب المبيع أو الثمن المعين أو تلف واحد منهما قبل القبض أو « بعيب »[2] أحد الزوجين .

والمجازي أن لا يكون رافعا ، « بل »[3] قاطعا كالطلاق ليس رفعا لعقد النكاح بل قطعا للعصمة ، « وكذلك »[4] العتق والبيع ونحوه من التصرفات قاطع للملك والفسخ رافع للعقد المقتضي للملك ، وقد اختلفوا في « أن »[5] الفسخ بعيب المبيع هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله وليس لك أن تقول إذا قلنا من حينه فهو والقطع سواء فان من اشترى عبدا فشراؤه اقتضى أحكاما من الملك ، فاذا أعتقه مثلا « أو باعه »[6] أو وهبه كانت هذه التصرفات قاطعة للملك وليست رافعة « لشرائه »[7] ، لأنها من جملة آثاره ، فكيف ترفعه ، فان شراءه هو الذي سلطه على اعتاقه ، فاذا رده المشتري بعيب « رجع »[8] إليه بالملك الأول وكان الملك الثاني مستفادا من شرائه السابق على بيعه ، وليس ملكا جديدا بالفسخ ، ولو أنه اشتراه من مشتريه كان عوده إليه بملك جديد مبتدأ .

وينبني على هذا « رده »[9] لو قال إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم « رده »[10] عليه بعيب ثم دخل الدار لا يعتق ، لأنه ليس تعليقا قبل الملك ، « لأن

---

(١) في (د) « تثبت » .
(٢) في (د) « تعيب » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) في (ب) و(د) « وكذا » .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لشرائها » .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « رفع » .
(٩) في (ب) و(د) « أنه » .
(١٠) في (ب) و(د) « رد » .

الملك »[1] العائد هو الأول ، بخلاف ما إذا اشتراه ، وهذا هو مقتضى كلامهم في باب الرد بالعيب « حيث »[2] فرقوا بين رجوعه بملك جديد كالبيع والهبة ، ورجوعه بالأول كالرد بالعيب .

التاسع :

الفسخ بالعيب ونحوه هل يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ خلاف، والأصح. الثاني « حيث يفوز[3] الرادّ » بالزوائد وأشار الرافعي في باب الخيار إلى ان الملك يعود إلى « الفاسخ »[4] مع الفسخ « أو قبله »[5] ، وهذا النظر أدق مما قبله .

والمراد بارتفاعه من حينه ارتفاع الملك « في المبيع »[6] فقط دون زوائده ، وهذا الخلاف يجري في الفسخ « بخيار »[7] المجلس والشرط ، كما قاله في شرح المهذب وفي الاقالة ، وقيل في الاقالة من حينه قطعا ، حكاه الرافعي في باب الاجارة ويجري في الفسخ بالتحالف .

ولو فسخ المبيع بالفلس ، لتعذر وصوله إلى الثمن ، فانه ينفسخ من حينه قطعا والزوائد له قطعا .

ومثله رجوع الوالد في هبة الولد ، ويجرى في الانفساخ أيضا ، فاذا تلف المبيع قبل القبض ، فانه ينفسخ ، وهل يقدر ارتفاع العقد من حين التلف أو من أصله وجهان أصحهما الأول .

وهنا تنبيهان :

---

(١) هاتان الكلمتان ذكرتا في هامش (ب) وسقطتا من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٢) في (د) « حتى » .
(٣) في (ب) و(د) « حتى يفوت الرد» .
(٤) في (د) « البائع » .
(٥) في (ب) و(د) « أو قبيله » .
(٦) في (د) « بالبيع » .
(٧) في (د) « بخلاف » .

الأول :

أنهم حكوا هذا الخلاف في الفسخ ولم يطردوه في الاجازة هل تقتضي استقرار الملك من الأصل أو حدوثه من حينها .

وثانيهما :

أنهم لم يجروا هذا الخلاف في فسخ النكاح ، والقياس مجيئه في الفسخ بالعيوب وليس المراد بالرفع من أصله « أن يتبين »[1] « عدم الوقوع ، بل المراد أن الشرع سلط العاقد على رفع أحكامه وجعله كأن لم يكن ولا فرق في هذا المعنى بين البيع والنكاح وان كانت عيوبها مختلفة ، ويمكن أن يقال الفسخ بالعيب في النكاح .

أما أن يرفع العقد من أصله أو من حينه .

فان كان من أصله وجب مهر المثل ولم يجب المسمى سواء كان بمقارن « أو بحادث بين العقد والوطء أو بعد الوطء »[2] .

وان كان من حينه وجب المسمى ولم يجب مهر المثل في الأحوال الثلاثة . والتفصيل ما وجهه ؟ ولهذا السؤال اختار بعضهم أنه رفع « للعقد »[3] من حين حدوث سببه لا من أصل العقد ولا من حين الفسخ ، وألحق به الاجارة لأن المعقود عليه فيها المنافع وهي لا « تقبض »[4] حقيقة ، إلا بالاستيفاء « وأما »[5] الفسخ في النكاح بالردة والرضاع والرق والاعسار ونحوه قاطعة له من حينه قطعا ولا تعود إلى أصل « العقد »[6] « قطعا ولا يقتضي ترداد العوضين ، بل ان كان منهما سقط

(١) في صلب (ب) « أنه يتبين » وفي هامشها « أن يبين » .
(٢) في (ب) و(د) « أو بحادث بعد الوطىء وغيره » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « العقد » .
(٤) في (د) « تقتضي » .
(٥) في (د) « وإنما » .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

« المهر »[1] ، والا فلا .

ولهذا إذا « اشترت »[2] زوجها سقط في الأصح « واذا »[3] اشتراها قبل الدخول يشطر في الأصح .

العاشر :

أنهم فصلوا في النكاح بين الفسخ من جهة الزوج والفسخ من جهة غيره في تشطير الصداق « وتكميله »[4] ولم يذكروا مثل ذلك في البيع ، ونقلوا في كتاب الاجارة عن ابن الحداد ما يقتضي أنه ألحق البيع والاجارة بالنكاح ، وقال في الجميع ما كان فسخا حقيقة يقتضي رد العوض وما كان فسخا غير حقيقي يفرق فيه بين الاختيار وبين غيره ، وقال فيما إذا استأجر دارا من أبيه بعشرة « دفعها »[5] واستنفقها الأب ثم مات الأب وخلف الدار وعليه دين فهل تنفسخ؟وجهان أصحهما:لا،والثاني،وبه قال ابن الحداد،نعم ، وقال الشارحون هذا خلاف قوله في الشراء .

الحادي عشر :

تعليق الفسخ بصفة لا يجوز

ولهذا لو قالت الأمة متى اعتقت تحت « هذا »[6] العبد فقد اخترت فسخ نكاحه لم يصح،ولو أسلم عن زوجات مشركات وقال كلما أسلمت واحدة فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكن شيئا أن أراد « به »[7] حل عقد النكاح .

---

(١) في (ب) و(د) « الرد » .
(٢) في (د) « استرق » .
(٣) في (د) « إذا » .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « وتكمله » .
(٥)) في (ب) و(د) « ودفعها » .
(٦) اسم الإشارة ساقط من (د) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

الثاني عشر :

الفسوخ يغتفر فيها ما لا يغتفر في ابتداء العقود .

ولهذا لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ثم وجد به عيبا له استرداد العبد في الأصح .

ولو وجد مشتري العبد به عيبا فقيل يرده مطلقا ، وقيل على الوجهين.

ولو تقايلا حيث لا عيب وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين

فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر على المسلم بالفسخ وان « لم »[3] يخيروه ابتداء .

ومنه أن التفريق بين الأم والولد بالبيع لا يجوز ، وفي التفريق بينهما في الرد بالعيب وجهان ، وقضية كلام الرافعي ترجيح المنع ، « ورجح الشيخ أبو حامد واتباعه[2] الجواز »، وادعى ابن الرفعة أنه المذهب ويتأيد بهذه القاعدة .

الثالث عشر :

من ثبت له الفسخ « فأجاز »[3] ثم أراد الفسخ فليس له ذلك الا في صور يضبطها أن يدوم الضرر ، وقد سبقت في فصل الخيار .

الرابع عشر :

إذا اجتمع الفسخ والاجازة تغلب الاجازة الا في « صورتين »[4] « احداهما »[5] إذا إشترى عبدا بجارية وأعتقها فالاجازة مقدمة على الفسخ في الأصح .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (د) « ورجح الشيخ أبو حامد المنع وأتباعه الجواز » .

(٣) في (د) « وأجاز » .

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

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

« الثانية إذا فسخ أحد الوارثين وأجاز فالاجازة مقدمة على الفسخ »[1] ، كما إذا اشترى عبدا ومات في زمن الخيار وخلف ابنين فأجاز أحدهما الفسخ والآخر الاجازة .

الخامس عشر :

« يصح »[2] التوكيل في الفسوخ الا فيما يتعلق بشهوة النفس ، كالزيادة على العدد الشرعي عند إسلام الزوج لا يوكل فيه فان وكل في طلاق أربع منهن جاز ، لأن الاختيار يصح ضمنا قال الرافعي وموضع التوكيل بالفسخ إذا كان على التراخي ، والا فالتوكيل « فيه »[3] تفسير وحكاه ابن الرفعة عن المتولي .

* الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة *
* أولى من الفضيلة [4] المتعلقة بمكانها *

ومن ثم الجماعة خارج الكعبة أفضل من الانفراد داخلها .

والجماعة في البيت أفضل من الانفراد في المسجد والنفل في البيت أفضل منه في المسجد ، لأن السلامة من الرياء راجع لنفس العبادة ، والقرب من البيت للطائف مستحب فاذا لم يمكنه الرمل الا مع البعد « عنه »[5] آثره ، لأن الدنو فضيلة « متعلقة »[6] بالمكان والرمل فضيلة متعلقة بنفس العبادة .

ويستثنى منه صور :

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) . (٣) في (ب) و(د) « فيها » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

منها:مَن بجواره مسجد تتعطل الجماعة فيه إذا صلى في جماعة « كثيرة »[1] في غيره ، فان اقامتها فيه أفضل .

ومنها:الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره ، وان كثرت ، كما قال الماوردي لكن أبو الطيب قال ان « الكثيرة »[2] في البيت أفضل من القليلة في المسجد .

* فعل النفس لا يرجع فيه لقول أحد *

كالمصلي ينسى عدد الركعات والقاضي والشاهد ينسيان الواقعة .

ويستثنى صورتان :

« إحداهما »[3] حلف لا يفعل كذا فشهد عنده أنك فعلته ولم يستحضره جاز له أن يعتمد على قولهما نقله الرافعي عن أبي العباس الروياني وفيه نظر ، لأن الطلاق لا يقع بالشك ، ولعله فيما إذا سكنت نفسه لخبرهما .

الثانية:لو شهدا « على »[4] القاضي أنك أمنت فلانا الكافر ولم يستحضر حكم بقولهما ، « لأنه »[5] شهادة على عقد ، قاله الهروي في أدب القضاء : ومراده بالعقد أي عقد أمان ،وهوحقن الدم ، ولأنه باب موسع والقتل يدرأ بالشبهة وحينئذ فلا اختصاص للقاضي بهذا بل لو شهدا على شخص أنك أمنت كافرا كان الحكم كذلك .

كل من أخبر عن « فعل »[6] نفسه قبلناه ، لأنه لا يعلم إلا من جهته « إلا

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كبيرة » .
(٢) في (د) « الكثرة » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أحدهما » .
(٤) في (د) « عند » .
(٥) في (ب) و(د) « لأنها » .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

حيث تتعلق »[1] به « شهادة »[2] كشهادة « المرضعة »[3] ورؤية الهلال ونحوه ، أو دعوى كولادة الولد المجهول واستلحاقه من المرأة .

* الفعل ينوب عن القول مع القرينة في صور *

منها: المعاطاة في البيع ، إذا جوزناها وهو المختار فيما يعده الناس بيعا .

ومنها: لو وجد هديا مذبوحا مشعَرا حل له تناوله في الأظهر .

ومنها: لو قلد الهدى أو أشعره هل يلزمه نحره فيه قولان بناهما صاحب البيان على التي قبلها « وقضيته »[4] اللزوم .

ومنها: لو لبد المحرم شعر رأسه فهل يكون كمن نذر حلقه « فيلزمه حلقه »[5] فيه قولان مما سبق .

ومنها: تصير البقعة مسجدا بالفعل مع النية إذا بناها في موات قاله الماوردي .

ومنها: الردة تحصل بالفعل .

ولهذا قال الأشعري: بناء الكنائس ردة ، قال الشيخ زين الدين الكتاني لأن عنده إرادة الكفر « كفر »[6] لا لذاتها ، لكن « لكونها »[7] استهانة « بالدين »[8] .

* الفعل القليل في الصلاة *

لا أثر له إلا في ثلاث صور :

---

(١) في (د) [إلا من يتعلق]
(٢) في (د) [لشهادة] .
(٣) في (ب) [الموضع].
(٤) في (د) « وقضية » .
(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (د).
(٦) في (د) « كفرا » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كونها » .
(٨) في (د) « في الدين » .

احداها:ما فيه لعب كما لو صفقت المرأة لأمر « نابها في صلاتها »[1] ببطن اليمين على « بطن »[2] اليسار ، لأنه لعب وقليل اللعب مبطل .

الثانية:ما إذا كان بفمه سكرة فبلع ذوبها فان الصلاة تبطل .

الثالثة:إذا نوى « به »[3] عملا كثيرا واقتصر على القليل فان صلاته تبطل ، كما قاله ابن الصباغ .

ومثله:إذا سكت يسيرا في الفاتحة ناويا قطعها تبطل في الأصح .

* * *

(١) في (د) « نزل بها في الصلاة » .

(٢) في (د) « ظهر » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب).