

كتاب الولاء

الولاء نوعان: ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة، وسببه العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له. وولاء موالاة، وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة، والحكم يضاف إلى

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب، لأن الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة، وهو وإن كان من آثار الإعتاق أيضاً إلا أن موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر، ثم إن الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل. وقيل: الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة، إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة. فالولاء شرعاً عبارة عن التناصر سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة، ولهذا قال في المبسوط: والمطلوب بكل واحد منهما التناصر، كذا في النهاية ومعراج الدراية. أقول: فيه فتور. أما أولاً فلأن الظاهر أن الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله: وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة أنفسهما فكيف نحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى مأخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما. وأما ثانياً فلأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لأنفسهما، إذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمراً مغايراً له، إذ لا معنى لكون الشيء وسيلة إلى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط: والمطلوب بكل واحد منهما التناصر. وقال في العناية: الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة، وهو مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل. وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة، لأن الاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى، ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة، وإنما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة. وعن هذا قال في الكافي والكفاية: هو من الولي بمعنى القرب، ويقال بينهما ولاء: أي قرابة، ومنه قوله: عليه الصلاة والسلام

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة، وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على النهج المتقدم إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر. والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة، وهو مشتق من الولي وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل، وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل. قال: (الولاء نوعان) ينوع الولاء باختلاف السبب إلى نوعين: فالأول (ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة) اقتفاء بقوله تعالى ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه﴾ أي بالإعتاق وهو زيد (وسببه العتق على ملكه في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا إن سببه الإعتاق استدلالاً بقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» وإنما كان

كتاب الولاء

قوله: (استدلالاً بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول: ويجيء جواب استدلالهم بعد سطور قوله: (فجعل العتق سبباً أولى لمعمومه) أقول: الأصوب تبديل الأولى بالصواب قوله: (بيان لسبب النوعين) أقول: أي لسببية سببهما.

سببه، والمعنى فيهما التناصر، وكانت العرب تتناصر بأشياء، وقرّر النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال: «إن

الولاء لحمة كلحمه النسب»^(١) أي وصلة كوصلة النسب اهـ. فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة إنما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة، وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقاً من الولي بمعنى القرب: وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالة اهـ. وقال في التبيين: هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالة. ثم قال: أو من الموالة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة إلا أنه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالة اهـ. فقد ظهر أن قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين وإخلال بحق البيان قول: (وسببه العتق على ملكه في الصحيح، حتى لو عتق قريبه عليه بالورثة كان الولاء له) إنما قيد بقوله في الصحيح احترازاً عن قول: أكثر أصحابنا فإنهم يقولون: سببه الإعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»^(٢) ولكنه ضعيف، فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا إعتاق هناك، فالصحيح أن سببه العتق على ملكه، ألا يرى أنه يقال: ولاء العتاقة ولا يقال: ولاء الإعتاق، والحكم

ذلك صحيحاً، لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالورثة كان الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه. والثاني ولاء الموالة وسببه العقد على ما سذكر قوله: (ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالة) بيان لسبب النوعين فإن كلا منهما يضاف إلى شيء، والإضافة تدل على السببية كما عرف في الأصول. وقوله: (والمعنى فيهما التناصر) بيان مفهوماهما الشرعي قوله: (وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصر فيهما، فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمناطة (و) قد قرّر النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال: «إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم. والمراد بالحليف مولى الموالة لأنهم كانوا يؤكّدون الموالة بالحلف) قال: (وإذا أعتق المولى مملوكه النخ) إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم. فإن قيل: الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الإعتاق. فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق. وقوله: (ولأن التناصر به) أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث. وتقديره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغرم بالغنم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله، والمولى أحياء معنى بإزالة الرق عنه، لأن الرقيق هالك حكماً، ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشياء ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى، ومن أحياء غيره معنى

(١) حسن لشواهد. أخرجه الشافعي ٧٣، ٧٢، ٢، والحاكم ٣٤١، ٤، والبيهقي ٢٩٢، ١٠ وابن حبان ٤٩٥٠ وعبد الرزاق ١٦١٤٩ وسعيد بن منصور ٢٨٤ كلهم من حديث ابن عمر. وكذا: ابن حبان ٤٩٥٠ صححه الحاكم، وتعلّقه الذهبي بقوله: «بالديوس» ثم أخرجه الحاكم من وجه آخر عن ابن عمر مرفوعاً، وسكت عليه، وكذا سكت الذهبي.

وقال البيهقي عقب حديث أبو يوسف القاضي عن ابن دينار قال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ، إنما رواه الثقات عن الحسن مرسلًا ثم قال: وقد روي من أوجه أخرى كلها ضعيفة ثم أخرجه من طريق ضمرة عن الثوري عن ابن دينار به. وقال: لم يروه عن سفيان هكذا الإضمرة. وقد رواه الفريابي عن ضمرة كما رواه الجماعة عن حديث النهي عن بيع الولاء وهبته، وأخرجه البيهقي من وجه آخر وقال: هذا أوهم من يحيى بن سليم لأن هذا الإسناد معروف في حديث النهي عن بيع الولاء، وقال الترمذي: سألت البخاري، فقال: أخطأ يحيى بن سليم فيه. ثم ذكر طرقاً أخرى ضعيفة اهـ.

فهذا حديث فيه ضعف، وقد ذكر الزيلعي في نصب الراية ١٥٢، ٤ عن البيهقي قوله: أصح ما فيه عن الحسن مرسلًا وهو عند الله ابن أبي شيبة ١٢٣، ٦ وعبد الرزاق ١٦١٤٩ مرسل. قلت: لكن يتعمد طريقه مع مرسل الحسن يصير حسناً والله أعلم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٠٩٧، ٥٢٧٩، ومسلم ١٠٧٥ والنسائي ١٦٢، ٦ والبخاري ١٦١١ وابن حبان ٥١١٦، ٥١١٥ والبيهقي ١٦١، ٦ ومالك ٦٢٢، ٢ كلهم من حديث عائشة، ولفظ البخاري: «كانت في بربرة ثلاث سنن، فخبرت، وقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق، ودخل رسول الله ﷺ، وبزّمة على النار، فقرب إليه خبز، وأدم من آدم البيت فقال: ألم أر البرمة؟ فقيل: لم تُضَلِّق به على بربرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: هو عليها صدقة، ولنا هدية».

مولى القوم منهم وحليفهم منهم^(١) والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف. قال: (وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»، ولأن التناصر به فيعقله وقد

يضاف إلى سببه. وأما قوله: عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»^(٢) فالمراد أن الولاء له بسبب العتق لا بسبب الإعتاق، فإن في الإعتاق عتقاً بدون العكس، هذا زبدة ما في جملة الشروح ها هنا. وقال في البدائع: أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصنعه وهو الإعتاق أو ما يجري مجرى الإعتاق شرعاً كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه، وسواء أعتقه تطوعاً أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، وسواء كان صريحاً أو يجري مجرى الصريح أو كناية أو يجري مجرى الكناية، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاء، والأصل فيه قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق»^(٣) من غير فصل إلى هنا لفظ البدائع. أقول: كون الحديث المذكور أصلاً في حق الصور المزبورة كلها محل نظر، فإن في صورة إن كان العتق حاصلًا بغير صنعه كما إذا ورث قريبه لا يوجد الإعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»^(٤) فليتأمل في الدفع قوله: (والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب العناية: قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه. أقول: فيه بحث، إذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر، بل تناصر يوجب الإرث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره، وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت، فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصص بما هو المعتبر في مفهومهما الشرعي، على أنه لو كان مراده بيان مفهومهما لغوياً كان أو شرعياً لقال: ومعناهما التناصر دون أن يقول: والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام. والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما، وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف: والمعنى فيهما التناصر، والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط أيضاً كذلك كما مر تدبر ترشد قوله: (وإذا أعتق المولى مملوكه فولأؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»^(٥)) قال صاحب العناية: وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه. أقول: لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا

ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث، فكذلك الولاء، ولأنه ثبت أنه يعقله فيرثه لأن الغنم بالغرم، فقوله (ولأن الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره قوله: (وكذا المرأة تعتق) يعني أن ولاء معتقها لها لما روينا من قوله ﷺ عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» وقوله: (ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما) معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالاً

قوله: (ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول: وأنت خبير بأن المراد من قوله: (وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره قوله: (فالجواب أن الأصل الخ) أقول: فيه تأمل.

(١) جيد. أخرجه أحمد ٣٤٠،٤ والحاكم ٣٢٨،٢ والبخاري في الأدب المفرد ٧٥ كلهم من حديث رفاعه بن رافع، وله قصة. وورد من حديث عمرو ابن عوف أخرجه الدارمي ٢٤٣٢ وابن أبي شيبه، وإسحاق بن راهويه، والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٤٩،٤. ولفظه «..... ابن أخت القوم منهم، وحليفهم منهم، ومولاهم منهم». وله قصة أيضاً. وقال الحاكم عقب روايته: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي! وفيه إسماعيل بن عبيد بن رفاعه مقبول كما في التفرغ. لكن يتقوى بشاهده وهو حديث عمرو بن عوف. فهو حسن صحيح. والله تعالى أعلم.

(٢) تقدم تخريجه قبل حديث واحد.

(٣) تقدم تخريجه قبل حديثين.

(٤) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.

(٥) تقدم تخريجه قبل أربعة أحاديث.

أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد، ولأن الغنم بالغرم، وكذا المرأة تعتق لما رويتنا، ومات

الوجه ليس بسديد، إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسألة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء، والوجه المذكور إنما يفيد الثاني دون الأول فلا يتم التقريب. والصواب أن وجه الاستدلال ما هنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء» ولام الاختصاص في قوله: «لمن أعتق» تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى ﴿الحمد لله﴾ دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الإعتاق. فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه. أقول: في جوابه نظر، لأن كون مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه، فإن كثيراً من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي؛ ألا يرى أن الإعتاق مثلاً يكون علة للعتق، ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من الصور، ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور قوله: (ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله ولأن التناصر به: أي بسبب الإعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث. وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق، ومن ينتصر بشخص يعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغنم عقله، والمولى أحياه معنى بإزالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكماً؛ ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالإحياه نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى، ومن أحيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذا الولاء اهـ كلامه. أقول: في أوائل تقريره الدليل خلل، لأنه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح، والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله: فحيث يغنم بنصره يغرم عقله، والظاهر أن الأمر بالعكس، إذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب إعتاق ذلك إياه فهو الغانم. وأيضاً قد استدل على أن من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم، وليس بصحيح لأنه إن رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعي في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور. أما عدم صحة المدعي في نفسه فلأن العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه. وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعي حيث وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم، والدليل المذكور إنما يفيد عكس ذلك، فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب أيضاً في باب النفقة من كتاب الطلاق، وإن رجع ذلك الضمير إلى شخص في قوله: من ينتصر

على ثبوت الولاء للمرأة (روي «أن بنت حمزة رضي الله عنهما أعتقت غلاماً لها ثم مات المعتق وترك ابنته، فجعل النبي ﷺ المال بينهما نصفين»). ويستوي في ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره) والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت، وسواء كان العتق حاصلًا ابتداءً أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (الإطلاق ما ذكرناه) يعني قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» وما ذكره من المعنى المعقول (فإن شرط أنه سائبة) أي يكون حراً ولا ولاء بينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق، لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال: (وإذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح. وذكر مسألة جز الولاء وبين مواضع الجر عن غيره، والأصل في ذلك أن العتق إذا وقع مقصوداً على الولد لا ينتقل ولاؤه أبداً، وإن وقع تبعاً لأمه ثم أعتق الأب جز ولاء ابنه إلى مواليه، وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقاً ولاؤه ما له، فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجز ولاءه لأنه لما كان منفصلاً عن الأم كان مملوكاً لمالك الأم والعتق تناوله مقصوداً فلا يتبع أحداً، وإذا أعتقت

معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين^(١). ويستوي فيه الإعناق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه. قال: (فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح. قال: (وإذا أذى المكاتب عتق وولاه للمولى وإن عتق بعد موت المولى) لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قرناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لأن فعل الوصي بعد موته كفعله والتركه على حكم ملكه (وإن مات المولى عتق مديرويه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولائهم له) لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولائه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الإعناق مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً بما روي (وكذلك إذا ولدت ولد لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الحمل وقت الإعناق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لأنهما توأمان يتعلقان معاً، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا

بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلاً لأن الغانم هو المنتصر بشخص والغارم وهو ذلك الشخص الناصر، فلم يجمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم، إذ لا شك أن غنم شخص لا يصير سبباً لغرم شخص آخر ولا العكس. ثم أقول: الصواب أن مراد المصنف بقوله: ولأن التناصر به فيعقله هو أن المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب إعتاقه إياه فيعقله: أي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصراً كما تقرر في كتاب المعافل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني إنما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم إليه قوله: (ولأن الغنم بالغرم) قال صاحب العناية: قوله: ولأن الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلماذا أخره اهـ. أقول: يريد بالوجهين العقل والإرث لكنه منظور فيه. أما أولاً فلما نبهنا عليه فيما مر آنفاً من أن الدليل على أن يعقل المعتق إنما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم، والمذكور ها هنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الأول. وأما ثانياً فلأنه جعل قول المصنف: فيما قبل ولأن التناصر به فيعقله مبنياً على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف يتنظم حينئذ واو العطف في قول المصنف، ولأن الغنم بالغرم بالنظر إلى الوجه الأول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. على أننا لو جعلنا قول المصنف: ولأن الغنم بالغرم دليلاً على الوجهين

الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولده أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالى الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم، والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها، فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعناق فواضح، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه، وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهما يتعلقان معاً. فإن قيل: الجبلى إذا والت رجلاً والزوج والى غيره كان ولاء الولد

(١) حسن بلفظ الثاني. أخرجه النسائي في الكبرى ٦٣٩٨ وابن ماجه ٢٧٣٤ والحاكم ٦٦٤ كلهم من حديث ابنة حمزة بن عبد المطلب وصرح الحاكم باسمها وهي أمامة. وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ومحمد هذا ضعيف. ثم أخرجه النسائي ٦٣٩٩ عن الحكم بن عيينة عن عبد الله ابن شداد بن الهاد: «أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها، فمات وترك ابنته ومولاه، فورثته ابنته النصف، وورثته ابنة حمزة النصف». وقال النسائي: هذا أولى بالصواب من الذي قبله وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني ٨٤٤ «أن مولى لحمزة توفي، وترك ابنته، وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ النصف، ولابنة حمزة النصف».

وفي إسناده سليمان بن داود.

قال الزيلعي في نصب الرأية ١٥١٤: قال صاحب التقيح. ابن عبد الهادي: هو الشاذكوني، وقد ضعفوه، وكذب ابن معين وغيره. وقال أبو حاتم: متروك الحديث. وقال البخاري: وهو عندي أضعف من كل ضعيف اهـ قلت: فهذا الحديث بمجموع طرقه يصير حسناً لكن باللفظ الذي صوّبه النسائي.

الولاء مقصوداً، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له. قال: (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولأوه لموالي الأم) لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً (فإن أعتق الأب جزّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق ها هنا في الولد

معاً آل المعنى إلى أنه إنما يعقله لأنه يرثه، وإنما يرثه لأنه يعقله فأدى إلى الدور كما لا يخفى. فالصواب عندي أن قول المصنف: ولأن الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الإرث معطوف بحسب المعنى على قوله: وقد أحياه معنى بإزالة الرق فكأنه قال: لأنه أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه، ولأن الغنم بالغرم فحيث يغرّم عقله يرث ماله، كما أن قوله: فيما سيأتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما الخ معطوف على قوله: لما رويتنا معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك، ونظائر هذا أكثر من أن تحصى قوله: (وإذا تزوّج عبد رجلاً أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها، وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً) هذا لفظ القدوري. قال المصنف في تعليقه: لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً فلا ينتقل ولأوه عنه عملاً لما رويتنا. وقال الشراح: إنما صار الحمل معتقاً مقصوداً لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقاً مقصوداً اهـ. أقول: يرى المخالفة بين ما ذكروا ها هنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق فإنه قال هناك: وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها اهـ. والظاهر منه أن يصير الحمل معتقاً تبعاً للبنة لا مقصوداً فليتأمل في التوفيق قوله: (فإن أعتق الأب جزّ ولاء ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) قال في الكافي: فإن قيل: الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته. قلنا: لا يفسخ، ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ إنه عصبية فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اهـ. وذكر في غاية البيان أيضاً هذا السؤال والجواب نقلاً عن الشيخ أبي نصر. أقول: في الجواب إشكال، وهو أنه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه في الإرث لزم أن ترث موالى الأم عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن موالىها إلى موالىه كما هو الحال في العصبية الأدنى عند انقطاع العصبية الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب، ولم يرو عن أحد أن يرث موالى الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجزّ قوله: (بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من ستين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه: يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب يجرّ ولاء ابنه من موالى الأم إلى موالى نفسه، بخلاف ما إذا ولدت الأمة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجرّ ولاء ابنه إلى موالى نفسه، وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالى أمه، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالة من الميت وإلى ما بعد الطلاق. أما إذا كان بانناً فلحرمة الوطء بعده. وأما إذا كان رجعيّاً فلنلا يصير مراجعاً بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم فعتق مقصوداً فلا ينتقل انتهى. وأدى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقص، والجواب حيث قال: ونوقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة

لمولى الأب فما الفرق؟ أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصوداً، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له، وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولأوه لموالى الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً فيعتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء، فإن أعتق الأب جزّ ولاء ابنه إلى موالىه لأن الولاء بمنزلة النسب. قال ﷺ «الولاء لحمه كلحمه النسب» الحديث. ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء، والنسبة إلى موالى الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لرقه، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه، كما أن ولد الملاعنة ينتسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا

يثبت تبعاً للأم، بخلاف الأول، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»^(١) ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسب إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه؛ كولد الملاعة ينسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه، بخلاف ما إذا اعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك فأُسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً (وفي الجامع الصغير: وإذا تزوجت معتقة بعيد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الأم) لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا مولى، فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما في ولد الملاعة على ما ذكرنا (فإن أعتق الأب جز ولاء الأولاد إلى نفسه) لما بينا (ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا) لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت للأب مقصوداً لأن سببه مقصود وهو العتق، بخلاف ولد الملاعة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملا عن نفسه حيث يرجعون عليه، لأن النسب هنالك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا

عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب. والجواب أن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء، وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمال أن يكون موجوداً عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه. أقول: مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقاً بقوله: فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه، لكنه محل بحث، فإن العود إنما يتصور فيما إذا ثبت الولاء أولاً لموالى الأم ثم انتقل إلى موالى الأب بصيرورته أهلاً، وهذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأم على عتق الأب، ولا

أكذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء إليه. ونوقض قوله فإذا صار هلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب. والجواب أن العود إليه بعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت، وهو ظاهر، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك، لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمال أن يكون موجوداً عند الطلاق فلا

قوله: (وإذا أعتقت الأم وهي حامل) أقول: أي ظاهرة الحمل كما يشير إليه قوله: فإن كان الحمل ظاهراً وقت الإعتاق قوله: (لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق) أقول: لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للمعنى، فالظاهر أن يقول: فولأوه لموالى الأم تبعاً حتى تحصل المطابقة قوله: (ونوقض قوله فإذا صار الخ) أقول: الظاهر أن النقص على قوله إذا لم يتيقن لقيام الحمل وقت الإعتاق يعتق الحمل تبعاً ويجزى الأب ولاؤه، فإنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل.

(١) وإبهذا اللفظ. أخرجه ابن عدي في الكامل ١٨٦،٧ من حديث أبي هريرة وأعله يحيى بن أبي أنيسة وأسند تضعيفه عن البخاري وأحمد وابن المديني، وقد تقدم تخريجه من حديث ابن عمر قبل قليل وكذا أخرجه ابن عدي من حديث ابن أبي أوفى ٣٥٠،٥ وأعله بعبيد بن القاسم الأسدي، ونقل عن يحيى أنه كان كذاباً.

وتقدم قبل قليل، وليس فيه «ولا يورث» وهذا حديث حسن.

مجبورين على ذلك فيرجعون. قال: (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله). وقال أبو يوسف: حكمه حكم أبيه، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك معنى. ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه، والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوي لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل، كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء. قال رضي الله عنه: الخلاف في مطلق المعتقة

يخفى أن عتق الأب مقدم على عتق الأم في صورة إن عتقت المعتدة عن موت، إذ لا مجال لإحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلاً فلا يتوهم بها النقض رأساً على قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه فلا يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت، وبالجمله لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسألة انتقال الولاء بالجزء بخلاف الصورة الثانية وهي ما إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب بعد عتق الأم فتصير مظنة النقض بها على مسألة جزء الولاء فيحسن تدارك دفعه. فإن قلت: قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الأولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها: بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فأدى إلى تأخر عتق الأب عن عتق الأم. قلت: لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضاً، إذ قد مر في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين: عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، فعلى هذا يتعين تقدم عتق الأب على عتق الأم فيما صورّه أيضاً. وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد

حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب، واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها لثبوت النسب، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم، ويتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق. وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي، ففي البائن مثل ما كان، وأما في الرجعي فولاء الولد لموالي الأب لتيقننا بمراجعته. وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بين ولد المملعة وكلامه فيه واضح. قال: (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب النخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقه العرب فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة محمد رحمهما الله وأموالهم لهم لا لذوي أرحامه، حتى لو ترك هذا الولد عمه أو خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الأم وعصبته. وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء عتاقه وإنما يورث ماله بين ذوي أرحامه، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فإنه لا يكون ولاؤه لموالي أمه لأن النسب إلى الآباء. فإن قيل: لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوي الأب الحر والعبد وليس كذلك. أجاب بأن العبد هالك معنى لأنه لا يملك شيئاً ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكمي، قال الله تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا أب له فينسب إلى موالى الأم، وهذا المعنى معدوم إذا كان الأب حرّاً لأن الحرية حياة باعتبار صفة المالكية، والعرب والعجم فيه سواء. ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب. ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه أن الناس يتفخرون بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة، فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفواً لمن له أبوان فيها، والنسب ليس كذلك فإن العجم قبل الإسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الإمارة كفواً لمن له أبوان في ذلك. قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وإنما قال ذلك لأن محمداً رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك، فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقاً، وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان أن محمداً رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً ولأشتماله على ولاء الموالاة، وذلك واضح في الكتابة قوله: (كالمولود بين واحد من

قوله: (لا لذوي أرحامه) أقول: الظاهر أن يقال أرحامهم قوله: (ولأنه أثر الكفر) أقول: يعني الرق قوله: (حتى اعتبرت، إلى قوله: والنسب ليس كذلك) أقول: فيه بحث.

والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً (وفي الجامع الصغير: نبطي كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً. قال أبو حنيفة ومحمد: مواليتهم موالى أمهم، وقال أبو يوسف: مواليتهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية. ولهما أن ولأه الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ، وولاء العتاقة لا يقبله، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي، وإن كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا، والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر. قال: (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبداً فأعتقه «هو أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشرك لك، وإن كفرك فهو خير لك وشرك له، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته»^(١) «وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث»^(٢) وإذ كان عصبة تقدم على

الموت وذلك بأن ينزل حياً تقديراً في حق الأداء كما ينزل الميت حياً في حق التجهيز والتكفين، فعلى هذا أن اللازم فيما صورّه أيضاً اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقها عن عتقها، اللهم إلا أن يفرض تحقق الأداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الأداء بعد الموت على مذهب البعض فتأمل قوله: (بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك معنى) لأنه لا يملك شيئاً، ولأن الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي، قال الله تعالى ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ [الأنعام ١٢٢] أي كافرأ فهديناه، فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالى الأم ضرورة، كذا في الشروح. أقول: ها هنا شيء وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكاً معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم: لأن الرق من أثر الكفر، والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه، بل إنما يظهر أثر الولاء لهم بعد موته، إذ عند حياته هو مقدم عليهم، وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوة وأن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم: فصار هذا الولد كأنه لا أب له يتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمي إليه

الموالى) يعني العجم، فإن العجمي إذا تزوج بعربية فولدت أولاداً فإنها تنسب إلى قوم أبيهم، فكذا إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة. وقوله: (وإن كان الأبوان) أي الوالدان (معتقين) راجع إلى أول الخلاف: يعني إن كانت الأم معتقة والأب والى رجلاً ففيه الخلاف. وأما إذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن (النسب) إلى قوم الأب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال ﷺ «الولاء لحمة كلحممة النسب» وفي حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب في الشرف والدناءة، فكذلك في الولاء، ولأن النصرة به: أي بالأب أكثر. قال: (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الإنسان عصبة، ومنه قولهم الذكر يعصب الأنثى (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله ﷺ للذي اشترى عبداً فأعتقه «هو أخوك ومولاك، إن شكرك فهو خير له وشرك لك، وإن كفرك فهو خير لك وشرك له، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته» قوله هو أخوك: يعني في الدين، وقوله إن شكرك: يعني إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه، وشرك لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فتتقص بقدره من ثواب الآخرة، وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة، وشرك له لأنه كفر النعمة. وقوله كنت أنت عصيته يدل على أن المراد ولم يترك عصبة حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي ﷺ ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث) هي بنت الميت، وذلك لأن النبي ﷺ أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة، والعصبة هو الذي يأخذ ما أبته الفرائض (وإذا كان عصبة تقدم على ذوي الأرحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه، فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى) لأن

(١) مرسل حسن. أخرجه الدارمي ٢٨٩٩ وعبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ١٥٣، ٤ كلاهما عن الحسن «أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل فقال: إني اشتريت هذا، فأعتقه فما ترى فيه؟ قال: أخوك...».

قلت: المرسل ضعيف عند أهل الحديث وهو حجة عند مالك وأبي حنيفة.

(٢) تقدم تخريجه قبل حديثين.

ذوي الأرحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه (فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى من المعتق) لأن المعتق آخر العصبات، وهذا لأن قوله عليه الصلاة والسلام «ولم يترك وارثاً»^(١) قالوا: المراد منه وارث هو عصبه بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبه دون ذوي الأرحام. قال: (فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وإن لم يكن له عصبه من النسب فميراثه للمعتق) تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبه على ما رويناه، وهذا لأن العصبه من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبه تأخذ ما بقي (فإن مات المولى المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته، وليس للنساء من الولاء إلا ما اعتقن أو اعتق من اعتقن أو كاتبين أو كاتب) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره «أو جز ولاء معتقهن»^(٢) وصورة الجز قدمناها، ولأن ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء إليها وينسب

بأبيه العبد من الأقارب الأحرار كالأجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبداً لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور، والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقرر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو أبعد منه عند أئمتنا جميعاً، بل يرث الأبعد عند حرمان الأقرب، فالأولى ها هنا أن يقال: بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه لا أهلية له لرقه كما مر، فما لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حياً أو ميتاً تدبر قوله: (ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق المعجم ضعيف، فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوي لا يعارضه الضعيف) أقول: لقائل أن يقول: ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يكون موالي الأم في هذه الصورة مقدمين في الإرث على العصبات النسبية لأولادها، بل على أصحاب الفرائض لهم، إذ لا شك أن استحقاق

المعتق آخر العصبات على ما قالوا إن المراد بقوله ولم يترك عصبه وارث عصبه استدلالاً بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته، وبالحديث الثاني: أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبه دون ذوي الأرحام (وإن لم يكن له) أي للمعتق (عصبه من النسب فميراثه للمعتق، تأويله) أي تأويل قول القدوري (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا لهذه الجملة تأويلين: أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فإن لهما حالاً سوى حال الفرض وهي العصبه، أما إذا كان فله: أي فملثل هذا الوارث الباقي بالعصبه وليس للمعتق شيء. والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبيت، أما إذا كان مثل ذلك فلملعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث. قال صاحب النهاية: والثاني أوجه لأنه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله: (لأنه عصبه على ما رويناه) وهو إشارة إلى قوله ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته وهو واضح. وقوله: (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبه: يعني إنما كان عصبه (لأن العصبه من يكون التناصر به لبيت النسبة) أي القبيلة. وتقريره العصبه من يكون انتصار القبيلة به، وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء. وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء، وقرئ النبي ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه. وقوله: (والعصبه تأخذ ما بقي) تمام الدليل. وتقريره فله الباقي لأنه عصبه والعصبه تأخذ الباقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته) لما ذكره في الكتاب. وقوله: (قدمناها) إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر، إلى أن قال: جز

قوله: (وإنما قال ذلك) أقول: يعني وإنما قال المصنف ذلك قوله: (التعصيب هو جعل الإنسان عصبه الخ) أقول: والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل.

(١) هو المتقدم قبل الحديث.

(٢) لا أصل له مرفوعاً. لذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٥٤،٤: غريب. وقال ابن حجر في الدرر ١٩٥،٢: لم أجده.

لكن أخرج البيهقي في سننه ٣٠٦،١٠ عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير في العصبه ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما اعتقن، أو اعتق من اعتقن. وأخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه موقوفاً عن الحسن وعمر وعلي وكذا أخرجه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً على علي كما في نصب الراية ١٥٤،٤ ولم يذكر أحد أنه روي مرفوعاً لكن هذه الموقوفات حجة، فيعمل بها، فهو حديث موقوف صحيح.

إليها من ينسب إلى مولاها، بخلاف النسب لأن سبب النسبة فيه الفراش، وصاحب الفراش إنما هو الزوج، والمرأة مملوكة لا مالكة، وليس حكم ميراث المعتق مقصوداً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب، لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به، حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهما عصوبة، وكذلك الولاء للجدّ دون الأخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده. وكذا الولاء لابن المعتق حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا. إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابته (ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر) معناه بني آخر آخر (فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء للكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين، ومعناه القرب على ما قالوا، والصلبي أقرب.

كل من العصبات النسبة وأصحاب الفرائض بالقرابة النسبية، وإذا كان النسب في حق العجم ضعيفاً لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الإرث: بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة أو جهة الفرض موالى العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم، مع أن المسألة في الإرث ليست كذلك، إذ قد تقرّر في كتب الفرائض وسبجيء في نفس هذا الكتاب أيضاً أن موالى العتاقة مطلقاً مؤخرون في الإرث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية، وإنما يقدمون على ذوي الأرحام فليتأمل في الترجيح.

الأب ولاء ابنه، وقد ذكر جرّ المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلاً عن الذخيرة فليطلب ثمة قوله: (ولأن ثبوت المالكية النخ) دليل معقول على ثبوت الولاء ممن أعتق أو أعتق من أعتق. وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر، وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه إذ ذاك ثبوت المالكية ينسب إليها بالولاء وينسب إليها من ينسب إلى مولاها، لأن معتق ينسب إلى معتقه بالولاء، وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة. بخلاف النسب فإنه لا يثبت إلا من الآباء، لأن سبب النسبة فيه الفراش، والفراش إنما هو للزوج لأنه المالك والمرأة مملوكة، وليس حكم ميراث المعتق مقصوداً على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب، لأن الولاء لا يورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب، وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة، والنصرة بالذكور دون الإناث، حتى لو ترك المولى أباً وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وصورته: امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم راجع فقال: لأبيها السدس والباقي للابن، لأن الأبوة تستحق بها الكبنوة، لأن الولاء يستحق بالعصوبة والأب عصبة عند عدم الابن، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب ولهذا لم يصّر محروماً عند ميراثها فكذا عن ميراث معتقها. ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الأب، واستحقاق الأب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جدّ مولاة أبا أبيه وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجدّ عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لا يورث الإخوة والأخوات، فالجد عنده أقرب في العصوبة. ولو أن امرأة أعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها لما ذكرنا أن الابن أقرب في العصوبة إلا أن عقل جناية المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابته وجنابته على قوم أبيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. ولو ترك المولى ابناً وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن، لأن الولاء للكبير هو المروى عن عدة من الصحابة عمر وعليّ وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبير القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنتين صغيراً وكبيراً ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع.

قوله: (وكل من يثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه) أقول: المستر في قوله ينسب راجع إلى قوله شيء، والضمير في قوله إليه وفي قوله لأنه راجعان إلى من والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله شيء. قوله: (وصورته امرأة أعتقت عبداً) أقول: وكذا الجواب في رجل أعتق عبداً ثم مات قوله: (والابن هو العصبة دون الأب) أقول: فضلاً عن أن يكون أقرب العصبات قوله: (لأنه لا يورث الإخوة والأخوات) أقول: يعني مع الجد قوله: (ولو أن امرأة أعتقت النخ) أقول: أو رجلاً أعتق عبداً قوله: (لأنه من قوم أبيها) أقول: ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صيغة المفعول.

فصل في ولاء الموالاة

قال: (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله: الموالاة ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث. ولنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانَكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيحُهُمْ﴾ والآية في الموالاة. «وسئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال: هو أحق الناس به محياه ومماته»^(١) وهذا يشير إلى العقل والإرث في الحالتين هاتين، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء،

فصل في ولاء الموالاة

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة قوي لأنه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل، ولأنه يوجد في ولاء العتاقة الإحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة إحياء أصلاً، ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للإرث وأنه مقدم على ذوي الأرحام، بخلاف ولاء الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال: لا ولاء إلا ولاء العتاقة، وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد، ثم إن معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء. وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول: للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أي إن مت فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه، قال في العتابة والنهاية: وله ثلاث شرائط:

فصل في ولاء الموالاة

آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى، بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل، ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً. وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أي إن مت فميراثي لك، وإذا جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه. وله

فصل في ولاء الموالاة

قوله: (وله ثلاث شرائط إحداها النخ) أقول: صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاته إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافقه قوله: (والثالثة أن لا يكون عربياً) أقول: فيه بحث، فإن الشرط الأول يغني عن هذا قوله: (فإن قيل: من شرط العقد عقل الأهلى وحرية) أقول: فيه بحث، فإن العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أن إذن الولي والمولى قوله: (فإن موالاة الصبي والمبد باطلة) أقول: أما الصبي فلأنه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة. وأما العبد فهو أيضاً لا يملك التزام النصرة إلا بإذن مولاه قوله: (فإن موالاة الصبي النخ) أقول: قال الحاكم في الكافي: وموالاة الصبي باطلة، وكذا إن والى رجل عبداً إلا أن يكون ذلك بإذن المولى فيكون مولى له، أو يوالى الصبي بإذن الأب أو الوصي فيكون مولى الصبي اه قوله: (أجيب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة للنخ) أقول: فيه بحث.

(١) يشبه الحسن. أخرجه البخاري معلقاً ٤٥،١٢ وقال: اختلفوا في صحة هذا الخبر.

وأخرجه أبو داود ٢٩١٨، والترمذي ٢١١٣، والنسائي في الكبرى ٦٤١٢، ٦٤١٣، وابن ماجه ٢٧٥٢، والدارمي ٣٧٧،٢ وأبو يعلى ٧١٦٥ والدارقطني ١٨١، ١٨٢، وعبد الرزاق ٩٨٧٢، وسعيد بن منصور ٢٠٣ من طرق مختلفة كلهم من حديث يثم الداري وكذا البيهقي ٢٩٧، ١٠ والحاكم ٢١٩، ٢ وأحمد ١٠٣، ٤

قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن موهب عن تميم الداري، وقد أدخل بعضهم بينهما قبيصة بن ذؤيب، ولا يصح اه. قال ابن حجر في الفتح ٧٤، ١٢: قال البخاري في تاريخه عن ابن موهب: لم يسمع تيمياً ولا يصح لحديث «الولاء لمن أعنت» اه. وقال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت، وابن موهوب ليس بالمعروف، ولا نعلمه لقي تيمياً: وقال الخطابي: ضعف أحمد هذا الحديث. وقال ابن المنذر: هو حديث مضطرب اه انظر الفتح ٤٦، ١٢، ٤٧، والدارمي ١٩٥، ٢ وقال ابن حجر أيضاً في التقریب: ابن موهب ثقة لكن لم يسمع من تميم الداري.

والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق. قال: (وإن كان له وارث فهو أولى منه، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرها من ذوي الأرحام) لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما، وذو الرحم وارث، ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط. ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة. قال: (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه) لأنه عقد غير

إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع. والثانية أن لا كون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالثة أن لا يكون عربياً انتهى. أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن الشريطة الأولى تغني عن الشريطة الثالثة، إذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون الموالى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربياً، إلا أن يكون ذكر الثالثة استقلالاً من قبيل التصريح بما علم التزاماً. وأما ثانياً فلأنه إن أريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح، إذ من شرائطه أيضاً شرط الإرث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال: ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضاً حيث قال: وإنما يصح ولاء الموالاة بشرائط: منها أن يشترط الميراث والعقل، وصرح به صاحب الكفاية أيضاً حيث قال: وله شرائط، وعدّ منها أن يشترط الإرث والعقل، وإن لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالياً عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثاً، ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلاً بذلك كما ستعرفهما وجه لأن مدارهما على إرادة الحصر وإلا لا يتوجه ذلك السؤال رأساً فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلاً. وقال في العناية: فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحرثته فإن موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً. أجب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور، وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره. أقول: في هذا الجواب خلل، فإن كل واحد من عقل الأعلى وحرثته أيضاً من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة، إذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور، إذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل، وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلاً بغير إذن مولاه وإن أذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى، نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره. ثم إن في تقرير السؤال أيضاً خللاً، فإن تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له، لأن عقل الأسفل أيضاً شرط العقد، إذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله، وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال: وأما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين، إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون

ثلاث شرائط: إحداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانع. والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه. والثالثة أن لا يكون عربياً. فإن قيل: من شرط العقد عقل الأعلى وحرثته فإن موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً؟ أجب بأن المذكورة إنما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور. وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكره، وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى

قال المصنف: (ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول: أشار به إلى ما ذكره القدوري قبل هذا، وإذا أسلم الرجل على يد رجل وولاه على أن يرثه ويعقل عنه. واعترض الإثنائي على وجوب اشتراطهما في صحة العقد، ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه قوله: (لأن القرابة متفق الخ) أقول: بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة ووجوب النفقة مثل العمة والخالة وغيرهما قوله: (وعقد الولاء مختلف الخ) أقول: بحيث يترتب عليه الأحكام قوله: (فإنها خلافة في المآل الخ) أقول: الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة قوله: (وخلا قوله إلا أنه الخ) أقول: معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير، خلا قوله وإن كان له وارث.

لازم بمنزلة الوصية، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولاءه لعدم اللزوم، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من لأول لأنه فسخ حكمي

العقل انتهى. وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحرته مما لا وجه له، إذ حرية الأسفل أيضاً شرط بل هي أظهر اشتراطاً من حرية الأعلى لأنه لا يجوز إيجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه في ذلك، ويجوز قبوله إياه بأذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به، وأيضاً لا وجه لترك ذكر البلوغ في أثناء تقرير السؤال فإنه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية، نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فإن موالاة الصبي في قوله فإن موالاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل، فإن الصبي قد يكون عاقلاً فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله: (ولا بد من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله: وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه، وقد مر من قبل. واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال: قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي: قال إبراهيم النخعي: إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه، وله أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه، فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول إلى غيره. وهذا قول: أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، هذا لفظ الكافي بعينه. وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت، لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطاً لصحة الموالاة بل جعلهما حكماً لها بعد صحتها فافهم. ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره: أو أسلم على يد غيره ووالاه. يوضحه قول صاحب التحفة: وتفسير عقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت وقال الآخر: قبلت فينقصد بينهما عقد الموالاة، وكذلك إذا قال: واليتك والآخر قبلت، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده، إلى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئاً مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الإرث والعقل في صحة عقد الموالاة. أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلأنه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما، فيكون قوله ووالاه في قوله: إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنياً عن ذكر ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة، وجعل نفس الإرث والعقل حكماً للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط لصحة العقد كما لا يخفى. وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلأنه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك إنما هو بيان أن الإسلام على يده ليس بشرط فيها. وأما قول صاحب التحفة: فلأن محل توهم عدم اشتراط الإرث والعقل إنما هو قوله: وكذلك إذا قال: واليتك والآخر قبلت، ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك إذا قال: واليتك بدل قوله: أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما. وبالجملة إن عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك، إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال، ألا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة، ككون الموالي مجهول النسب، وكونه غيره معتنق، وكونه غير عربي وغير ذلك، مع أنهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته قوله: (إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما

الأسفل، واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث، وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير، خلا قوله: (وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوي الأرحام) فإنه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف. وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثاً عنه، وفي سبب الورثة ذو القرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها

بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة. قال: (وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير، ولأنه قضى به القاضي، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة، وكذا لا يتحول ولده، وكذا إذا عقل عن

في عزل الوكيل قصداً) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة، فما معنى اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل. وأجيب عنه بوجهين: أحدهما أن سبب الاشتراط ها هنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر، فإن العقد كان بينهما، وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه، ونفس إلزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد، وفيه إبطال فعله فلا يجوز بدون العلم، كذا في الشروح. وقال في النهاية: وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط، وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكأنه اختاره أيضاً. أقول: هذا الوجه محل الكلام، فإن كون نفس إلزام الفسخ على الآخر ضرراً أمر ظاهر لما ذكر من أن فيه إبطال فعل العاقل البالغ، وأما مدخلة عدم علم الآخر بذلك الإلزام في كونه ضرراً فغير ظاهر، إذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق إبطال فعل الآخر في صورة العلم أيضاً بالضرورة. والظاهر أن علم الإنسان بالأمر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئاً، فإذا لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه، اللهم إلا أن يقال: دفع الضرر وإن لم يتعين ها هنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة إلا أنه مما يحتمل بإرضاء الآخر بالبر والمجازاة، لكن فيه ما فيه فتأمل. وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه. أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له فيتصرف فيه فيصير مضموناً عليه، وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل ربما يعتق عبداً على حساب أن عقل عبده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر، كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الذخيرة. أقول: هذا الوجه في الجواب هو الصواب، لأن حاصله أن في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار، وفي الإعلام دفع ذلك فلا بد منه، ولا ريب أن هذا معقول المعنى قوله: (لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة بطلان العقد الأول؟ قلنا: إن الولاء كالنسب، والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول، كذا في عامة الشروح والكافي، وعزاء في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط، أقول: في

شرعاً وإن اختلفوا في كونها سبباً للإرث، وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعاً، ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال، بخلاف الوصية بالثلث فإنها خلافة في المال مقصوداً، فلا يمكن جعل الثلث له إلا بطريق الوصية، لأنه ما أوجب له ذلك مقصوداً، ولا بطريق الإرث لترجح استحقاق القريب عليه. وخلا قوله: (إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر، وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ها هنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل. وأجيب بأن سبب الاشتراط ها هنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما، وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه، وإلزام شيء على الآخر من غير علمه به نفسه ضرر لا محالة، لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد، وفيه إبطال فعله بدون

قوله: (وخلا قوله لأنه فسخ حكمي) أقول: وهذا القول معطوف أيضاً على قوله خلا فيما سبق.

ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم في حق الولاء كشخص واحد. قال: (وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً) لأنه لازم، ومع بقاءه لا يظهر الأدنى.

الجواب بحث من وجهين: الأول أن قولهم: والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع، فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلاً ومشروحاً. والثاني أن قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الأول إذ النسب لا يتصور ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر، فينبغي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس، فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الأول. ثم أقول: يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن النسب ما دام ثابتاً من إنسان أولاً لا يتصور ثبوته من غيره ثانياً، وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيما ادعياه معاً. وأما إذا ادعاه أحدهما أولاً والآخر ثانياً فإنما يثبت نسبه من الأول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق. وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل، والله الموفق.

علمه، وخلا قوله: (لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصوداً لا يصح وحكماً يصح، كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعته، فإنه أورد عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول. وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول، ذكر ذلك كله في النهاية، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب الإكراه

قال: (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعده به سلطاناً كان أو لصاً) لأن الإكراه اسم

كتاب الأكره

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب، وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لاق إيراد الإكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، فإن ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله بالإرث، فكذلك الإكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع. ثم إن الإكراه في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال أكرهت فلاناً إكراهاً: أي حملته على أمر يكرهه. وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط أن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب، فإن المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب، ألا يرى أنه متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب. وذكر في الإيضاح أن الإكراه فعل يوجد من المكروه في المحل معنى فيصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه. وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا، كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال في النهاية: ولك أن تختار من هذه الثلاث أيها شئت. قلت: وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى، وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها. وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل قوله: (لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره) قال صاحب العناية: وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملاً ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه ويفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير «لا» في أو يفسد به اختياره، فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه. أقول: قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب، وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوي الألباب، وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام: فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون يقتل أو بقطع عضو وهو الإكراه الملجئ. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بغيره أو يحبس وهو الإكراه الغير الملجئ، وكل منهما لا ينافي الأهلية

كتاب الإكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حكمه، كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة. وهو في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه، يقال أكرهت فلاناً: أي حملته على أمر يكرهه. وفي اصطلاح الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملاً ينتفي به رضاه، وهو

كتاب الإكراه

قوله: (وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول: فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز قوله: (وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول: فيه ما لا يخفى إلا أن يقال: الاستلزام بملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه، إذ لولاه لم تصح المقابلة وفيه ما فيه قوله: (لكن لا بد من تقدير «لا» في أو يفسد به اختياره) أقول: لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير لا، والظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة، وإنما لم يتعرض للقسم الثالث مثل الإكراه بضرب

لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعده به، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة، والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة. فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله، ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدده به، وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعي إليه من الفعل. قال: (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤاجر داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن

ولا الخطاب. وأما فخر الإسلام البزدوي فقال في أصوله: الإكراه ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ، ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهيم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجري مجراه والإكراه بجملته لا ينافي أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه. وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام: الإكراه حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه. ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب. قال شمس الأئمة: هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره، ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب، وكأنه لم يجعله من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه، إلى هنا كلام صاحب الكشف. إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ها هنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه، وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية، وإنما هو داخل في معنى الإكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف، وهو أن وجه عدم إدخال ذلك القسم في معنى الإكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الإكراه عليه، فإن الإكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه، وانكشف عندك أيضاً ستر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الإكراه إلى نوعين فقط، فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي. ثم إن ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ها هنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما

أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه، وهو إشارة إلى نوعي الإكراه أو يفسد به اختياره، وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه. وقوله: (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية، وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطباً. وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب. قال: (الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعده به) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع المتوعده به (سلطاناً كان أو لصاً) وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير بالإكراه محمولاً على ما دعي إليه من المباشرة، فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجيء مفصلاً، ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعده به، ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادراً على ذلك، والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق) إلا من السلطان، لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قال المشايخ رحمهم الله: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان، فإذا أكرهه على

سوط أو حبس يوم على ما يجيء لعدم ترتب أحكام الإكراه عليه قال المصنف: (فينتفي به رضاه) أقول: فقط دون أن يفسد به اختياره، فإنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص قال المصنف: (والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول: الفتوى في تحقق الإكراه من غير السلطان على قولهما.

تراض منكم﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستعزّ به لفوات

عرفت غير صحيح في نفسه. أما أولاً فلأنه جعل قول المصنف: فينتفي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه مع أن مقابلة قوله: أو يفسد به رضاه تمنعه قطعاً. وأما ثانياً فلأنه قال: إن قول المصنف: أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا، ولا معنى له لأنه إن أراد أنه بحسب ظاهره: أي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً، لأن فساد الاختيار إنما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضا، وإن أراد أنه إذا أخرج عن ظاهره بتقدير «لا» كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك أيضاً، إذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه، ولا شك أن صحة الاختيار لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير الملجئ من نوعي الإكراه على ما مر. وأما ثالثاً فلأنه قال: وهو إشارة إلى القسم الآخر، لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره، وهو أيضاً مختل لأن هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جداً سيما في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة إلى الأنواع الثلاثة للإكراه، لأن نفي فساد الاختيار إنما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت آنفاً فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة «لا» فيه إلى القسم الثالث من الإكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الأولين كما ترى، اللهم إلا أن يقال: نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الأولين، لكن لا يخفى على ذي مسكة أن المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ما هنا إلى المصنف كان يحصل بأن يقول ويدل قوله: أو يفسد به اختياره أولاً بمعنى أو لا ينتفي به رضاه، فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذاك اللفظ الأقصر الخالي عن التمحلات بأسرها لو أراد إفادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور إليه ويختار هذا اللفظ الأطول المشتمل على تمحلات كثيرة في إفادة ذلك المعنى، ولعمري إن رتبة المصنف بمعزل عن مثل ذلك فالحق أن مراده بقوله: فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله: أو يفسد به اختياره فإن العام إذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى ﴿حافظوا على الصوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة ٢٣٨] فكان قوله: فينتفي به رضاه إشارة إلى أحد نوعي الإكراه وهو غير الملجئ، وقوله: أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة أصلاً وانطبق لما في عامة الكتب قوله: (والإكراه بهذه الأشياء بعدم الرضا) أراد بهذه الأشياء

بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو إكراه يترتب عليه الحكم، فإن فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ، لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارلاً﴾ عن تراض منكم﴾ والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط (يفسد، وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراهاً لأنه لا يبالي به نظراً إلى العادة إلا إن كان المكروه صاحب منصب يعلم أنه يستعزّ به) فهو إكراه (ل) وجود العلة حينئذ وهو (فوات الرضا) قوله: (وكذا الإقرار حجة) معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد: أي والإقرار أيضاً يفسد بالإكراه بهذه الأشياء، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبه الصدق، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو إقرار كما في البيع، إلا إذا كان المكروه صاحب منصب: أي عزّ ومرتبة، فإن الشرفاء والأجلاء من العلماء والكبراء يستكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستكفون غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام، ولهذا قال محمد رحمه الله: ليس في ذلك تقدير لازم، بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به (ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا. وعند زفر رحمه الله لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الإجارة (قبل الإجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله) لأن الإيجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله

الرضا، وكذا الإقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة؛ ثم إذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة؛ ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز، ويلزمه القيمة كما في سائر البيانات الفاسدة وبإجازة المالك يرتفع المفسد

القتل والضرب الشديد والحبس المديد، وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال: في تفسير قول المصنف بهذه الأشياء: يعني بالبيع وأخواته، ولم يدر أن البيع وأخواته من المكروه عليه لا من المكروه به، وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا قوله: (بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه) أقول: يرد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض أوله، فإنه قال: في أوله بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم، فدل ذلك على تحقق الإكراه في هذه الصور أيضاً وإلا لما قال: بخلاف ما إذا أكره، بل كان ينبغي أن يقول: بخلاف ما إذا ضرب بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً، وقال في آخره: فلا يتحقق به الإكراه، وهذا صريح في عدم تحقق الإكراه في هاتيك الصور فتناقضاً. والجواب أن المراد بالإكراه في قوله بخلاف ما إذا أكره معناه اللغو وهو حمل الإنسان على أمر يكرهه كما مر، ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور، والذي نفاه في آخر الكلام إنما هو تحقق الإكراه على معناه الشرعي الذي ترتب عليه أحكامه فلا تناقض. ولك أن تقول: التعبير بالإكراه في قوله: بخلاف ما إذا أكره للمشكلة كما في قوله تعالى ﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾ [المائدة ١٦] فحيث لا يكون لفظ الإكراه هنالك حقيقة لا لغوية ولا شرعية، بل يصير مجازاً فلا تناقض أصلاً قوله: (وكذا الإقرار حجة النخ) قال في النهاية والعناية: قوله

وهو الملك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) والبيع بشرط الخيار، إنما لا يفيد لأنه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط، والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط، فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض. (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه) كالتمييز والاستيلاد (جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة) فإن قيل: لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة كهو. أجاب بأن إجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز، بخلاف سائرهما فإن المفسد فيه باق قوله: (إلا أنه لا ينقطع به) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيه إذا باع المشتري ما اشتراه يشراء فاسد لم يبق للبائع الأول حق استرداده، وها هنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد للبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك، لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته، أما ها هنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء. وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعث منك هذا العين بما لك علي من الدين على أنني متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول بعث منك هذا العين بكذا على أنني إن دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلي وقد اختلف الناس فيه، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبه على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة إليه، واختاره المصنف رحمه الله وأشار إليه بقوله البيع الجائز المعتاد. ومن المشايخ (من جعله بيعاً فاسداً وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لأن الفساد لفوات الرضا) كما في البيع المكروه عليه (ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين) لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبارة للمقاصد والمعاني، ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه، والدين ساقط بهلاكه في يده إذا كان وفي نالدين، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن. (ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهزل) لأنهما تكلمتا بلفظ البيع وليس قصدتهما، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه. ومعنى قوله: (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا

وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته، أما ما هنا الرذة لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني. قال رضي الله تعالى عنه: ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره، لأن الفساد لغوات الرضا، ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين، ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهazel ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه. قال: (فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع) لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف وكذا إذا سلم طائعاً، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلاً، لأن مقصود المكره

وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد: أي والإقرار أيضاً يفسد بالإكراه بهذه الأشياء، وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجع جنبه الصدق، وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اهـ. أقول: الظاهر عندي أن قوله: وكذا الإقرار حجة الخ معطوف على قوله: لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي إلى قوله: فيفسد لا على قوله: والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد، لأن قوله: والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الأول فعطف قوله: وكذا الإقرار حجة

يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه، بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة، ولهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفي بما عهد من رد المبيع. قال: (فإن كان قبض الثمن طوعاً الخ) إذا قبض البائع الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لأنه دلالة الإجازة كما في البيع الموقوف إذا قبض الثمن كان إجازة، ودلالة الإجازة تقوم مقام الإجازة فكذا إذا سلم المبيع طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع لأنه دلالة الإجازة، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرهاً ودفع طائعاً حيث يكون العقد باطلاً: أي فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإن تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته. والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ، وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الإكراه على الهبة إكراهاً على الدفع دون البيع (وإن قبضه) أي الثمن (مكرهاً فليس ذلك بإجازة، وعلى المكره رذة إن كان قائماً في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه أخذه بإذن المشتري والقبض متى كان بإذن المالك إنما يوجب الضمان إذا كان للتملك، وما هنا لم يكن كذلك لأنه كان مكرهاً على قبضه (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره، والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم، وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار إن شاء ضمن المكره لأن المكره آله له فيما يرجع إلى الإلتلاف) وإن لم يصلح آله له من حيث الكلام فإن التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره دفع مال البائع إلى المشتري وإن شاء ضمن المشتري) لأن الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سبباً للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وإن ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان بعد الأول (نفذ كل شراء كان بعد شراؤه لو تناسخته العقود) أي تداولته (لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه) وقال الشارحون: وإن ضمن المشتري: يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك، فإنه وإن كان صحيحاً لكن كلام المصنف إنما هو على شقي التردد من تضمين المكره والمشتري، وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الأصالة. فإن قيل: ما الفرق بين تضمينه مشترياً وإجازته عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ما هنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك؟ أجاب بقوله: (لأنه أسقط حقه) يعني في صورة الإجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل إلى الجواز) فإن قيل: ما الفرق بين إجازة المكره وإجازة المغصوب منه، فإنه إذا أجاز بيعاً من البيوع نفذ ما أجازة خاصة؟ أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه، فكل بيع من هذه البيوع توقف على إجازته به لمصادفته ملكه فتكون

قوله: (ومنهم من جعله بيعاً باطلاً اعتباراً بالهazel الخ) أقول: لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلاً.

الاستحقاق لا مجرد اللفظ، وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع. قال: (إن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رده إن كان قائماً في يده) لفساد العقد. قال: (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد (وللمكره أن يضمن المكره إن شاء) لأنه آله فيما يرجع إلى الإتلاف، فكانه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع، وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ ما كان له قبله لأن الاستناد إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لأنه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز، والله أعلم.

الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضى المشاركة في المقدمة الأولى، مع أن المذكور في حيز قوله وكذا الإقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الإقرار بالإكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عند التقرير المذكور في النهاية والعناية، فالوجه أن يكون معطوفاً على مجموع الدليل السابق لا على بعضه، والدوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد قوله: (ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهالز) قال بعض الفضلاء: لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلاً أهـ. أقول: لم يقل من جعله باطلاً أن المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل، بل قال: إنه كالهالز بناء على أن المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع، وإلا فلا شك أن من شرط كون المتكلم هازلاً حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال: نحن نتكلم بلفظ العقد هازلاً كما تقرر في علم الأصول، وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعاً، ويرشد إلى كون المراد ما ذكرناه قوله: اعتباراً بالهالز، فإن معناه قياساً على الهالز، ولا ريب أن القياس إنما يتصور بين الشيتين المتغايرين بحسب الذات المشتركة في العلة.

إجازته أحد البيوع تملكاً للغير من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه. وأما المشتري من المكره فقد ملكه، فالبيع من كل مشتر صافد ملكه، وإنما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد، وفي هذا لا يفترق الحال بين إجازته البيع الأول والآخر، فلهذا نفذ البيوع كلها بإجازته عقداً منها، والله أعلم.

قوله: (فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول: إذا كان باطلاً لا يتعقد والفسخ فرع الانعقاد قوله: (إلا إذا لم يخرج من ملكه) أقول: الضمير في ملكه راجع إلى المشتري قال المصنف: (بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة) أقول: وإذا أكرهه على الهبة والتسليم، فالهبة فاسدة، وإن أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر، فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع. وفي الاستحسان لا تجوز، ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحساناً وقياساً قوله: (بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول: هذا على إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الإفتاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنياً على تلك الرواية. وفي البزاية في كتاب الهبة أيضاً تفصيل متعلق بالمقام، فالقوي ما ذكرنا، إذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك قوله: (والفرق، إلى قوله: وفي البيع بالعقد) أقول: فيه بحث، لأن تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضاً بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد، تأمل في جوابه ليظهر لك، فإن المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع، وقد صرح به في بعض الشروح وبه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل. ثم لا يخفى عليك أن الإكراه إذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها، إلا أن يقال: البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق، وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط، والشرط الفاسد لا يضر، وهذا هو الصحيح قال المصنف: (لأن الاستناد الخ) أقول: أي استناد ملك المشتري. قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: فيستند إلى حين العقد لا قبله انتهى، وفيه ما لا يخفى قوله: (وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول: لا يقال الحامل هو قول المصنف لأنه ملكه بالضمان، فإن المشتري في صورة الإكراه يملكه بالقبض، لأن قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحيث ينساق إليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملاً على العدول عن المنهج الواضح. ثم اعلم أن لفظة «ما» في قوله وما عرفت نافية.

فصل

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر، إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكان على هذا الدم ولحم الخنزير، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخصصة لقيام المحرم فيما وراءها، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب

فصل

قال أكثر الشراح: لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى. أقول: فيه كلام، وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضاً كما في مسألة الإكراه على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، وكما في مسألة الإكراه بقتل غيره فلم يتم ما ذكره بالنظر إلى مثل ذلك، فالأشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال: إنما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه، ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة السعة قوله: (حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ) أقول: في قوله يباح له ذلك إشكال، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الأصول، وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجحاً بل فرضاً كما صرح به في كتب الأصول، فإطلاق المباح على ذلك مع كونه منافياً لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون ذلك فرضاً فتأمل قوله: (ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا الخ ولم يأكل فهو آثم) قال في العناية: فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه، والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وما هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إن أريد به أن المباح ما هنا حال كونه مباحاً صار تركه حراماً لإفضائه إلى الحرام فهو ممنوع جداً؟ كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراماً لا يستوي طرفاه قطعاً، فلو صار تركه حراماً حال كونه مباحاً لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحدة في حالة واحدة وهو محال وإن أريد به أن ما كان مباحاً في حالة قد يصير تركه حراماً في حالة أخرى لعله تقتضي ذلك فينقلب واجباً فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأن نحو كل الميتة وشرب الخمر إنما كان مباحاً حالة الاضطراب دون حالة الاختيار كما صرحوا به. ولا شك أن صيرورة تركه حراماً

فصل

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في حقوق الله تعالى، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجته، وذكر فيه الإكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء، وغير الملجئ وهو الإكراه بالحبس والضرب والسير والتقييد، والأول معتبر شرعاً سواء كان على القول أو الفعل، والثاني إن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير إكراه، وإن كان على قول فإن كان قولاً يستوي فيه الجهد والهزل فكذلك وإلا فهو معتبر، فعلى هذا (إذا أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الإقدام على ذلك (وإن أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن

فصل

قوله: (لقيام المحرم فيما وراءها) أقول: الضمير في وراءها راجع إلى الضرورة في قوله إنما يباح عند الضرورة قوله: (حتى لو خاف على ذلك) أقول: أي النفس والعضو قوله: (لأن ذلك نصب الخ) أقول: هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد.

على ظنه يباح له ذلك (ولا يسهه أن يصير على ما توعده به، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم) لأنه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فكان آخذاً بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثبوت فلا

إنما هي في حالة الاضطرار أيضاً، إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجباً قطعاً فلزم أن تجتمع إباحته وحرمة تركه في حالة واحدة، فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه. لا يقال: سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار، وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين إنما هو إفشاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم، فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة. لأننا نقول: استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعاً، فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة، سواء كانا مستنديين إلى سبب واحد أو إلى سببين، ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول، فإنه لما استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعلل بعلمتين مستقلتين بأنه لو علل بهما لكان محتاجاً إلى كل واحدة منهما ومستغنياً عن كل واحدة منهما في زمان واحد. قال: لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو عليتها له، ومنشأ عدم الاحتياج إليها عليتها الأخرى له فلا استحالة في اجتماعهما. لأننا نقول: احتياج الشيء إلى آخر في وجوده وعدم احتياجه إليه فيه متناقضان، فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين إلى سبب واحد أو إلى سببين انتهى كلامه. فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضاً في هذا المقام فليُنظر إليه وليتأمل فيه قوله: (إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة: هذا جواب إشكال كأنه يقول: إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح. فأجاب عنه بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف لأنه يصير ساعياً في إتلاف نفسه انتهى، واقتضى أثره الشارح العيني. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جواباً عن ذلك الإشكال، إذ لا ممانعة للعلم في أن لا يأثم الإنسان بترك المباح، فإن المباح من حيث أنه مباح لا يأثم الإنسان بتركه وإن علم إباحته، بل بالعلم بإباحته يتكشف عدم الإثم في تركه، فكيف يحصل الجواب بقوله إلا أنه إنما يأثم

يقدم، وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها، ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو (حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيع له ذلك ولا يسهه أن يصير على ما توعده به) وأشار إلى أن الملجئ يمتاز عن غيره لغلبة الظن، لأن بدن الإنسان في احتمال الضرب متفاوت، وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأي من ابتلى به، ولا معتبر يمكن قدر في ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال: إن تهدد بأقل منها لم يسهه بالإقدام، لأن الأقل مشروع بطريق التعزيز، والتعزير يقام على وجه الزجر لا الإتلاف، لأن ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز (فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم لأنه لما أبيع) من حيث إن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الإقدام معاوناً لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم لأن الإقدام على ذلك رخصة، إذ الحرمة) بصفة أنها ميتة أو خمر وهي (قائمة ف) إذا امتنع (كان آخذاً بالعزيمة فلا يأثم. قلنا: لا نسلم أن الحرمة قائمة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال (وقد فصل لكن ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) حينئذ (فكان

قوله: (فصار الترك حراماً) أقول: فكان الفعل واجباً، والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف، وإن أراد أنه قد ينقلب واجباً فلا يصح ذلك فيما نحن فيه، إذ الذي فرضناه سبب الإباحة هو سبب الوجوب بعينه، وجوابه المنع، فإن الإباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل قوله: (فجاز أن يكون المراد بها هنا هنا اطمئنان القلب) أقول: فيه مسامحة قوله: (وجاز أن يكون الإثبات بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول: قد يكون الإكراه على سجود الصنم أو الصليب مثلاً، ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه. في أحكام القرآن. قال

محرم فكان إباحة لا رخصة إلا أنه إنما يأتى إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب. قال: (وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو سب رسول الله ﷺ بقيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفس أو على عضو من أعضائه) لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر، ففي الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى. قال: (وإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويؤزى، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به، وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام «كيف وجدت قلبك؟ قال مطمئناً بالإيمان، فقال عليه الصلاة والسلام: فإن عادوا فعد، وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه

إذا علم بالإباحة في هذه الحالة عما يقال إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأتى، إذ الإنسان لا يأتى بترك المباح، فالوجه أن قول المصنف هذا إنما هو لبيان أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر، وترك الأكل في مسألتنا هذه ليس على إطلاقه، بل فيما إذا علم بالإباحة في هذه الحالة. وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معذوراً بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله: (فقال عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد»^(١) الخ) قال جمهور الشراح: معنى قوله عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» إن عادوا إلى الإكراه فعد طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر والطمأنينة جميعاً كما زعمه البعض، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيلزم أن يكون إجراء كلمة الكفر مباحاً، وليس كذلك لأنه لا تنكشف حرمة أصلاً انتهى. وعزاء في النهاية ومعراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام. وأورد عليه

إباحة لا رخصة) فامتناعه من تناول كামتناعه عن تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً (لكنه إنما يأتى إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء (فيعذر) أوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب) فإن قيل: إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم، وها هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراماً لأن ما أنقضى إلى الحرام حرام. قال: (وإن أكره على الكفر بالله والعياذ بالله الخ) علم أن كل مالا يعتبر إكراهاً في تطول الميتة والخمر لا يعتبر إكراهاً في إجراء كلمة الكفر على اللسان لأن حرمة الكفر أشد، فإذا أكره على ذكره بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الإقدام عليه، وإذا خاف على ذلك جاز له يظهر ما أمروه به من إجراء كلمة الكفر. لكنه يؤزى والتورية أن يظهر خلاف ما يضمن فجاز أن يكون المراد بها ها هنا اطمئنان القلب، وجاز أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل

محمد بن الحسن: إذا أكرهه الكفار أن يشتم محمداً ﷺ فخطر بباله أن يشتم محمداً آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافراً، وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافراً، فإن أعجلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافراً إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان انتهى قوله: (على المعنى الثاني) أقول: يعني هذا التردد والتسوية بين كونه مورياً أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الأول فإنه لا بد منه قوله: (لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة الخ) أقول: فيه بحث، فإنه قد يكون الأمر للترخيص. قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي: الأمر بالشيء لا ينفي الحظر، فإن المحظور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة، إلى آخر ما ذكره هناك، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك فليتأمل فإن للكلام مجاًلاً قوله: (لأن التكرار ليس بشرط) أقول: نعم، إلا أن عدم

(١) حسن. أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٥٧،٢ وأبو نعيم في الحلیة وعبد الرازق في مصنفه والبيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ١٥٨،٤ كلهم من حديث محمد بن عمار بن ياسر.

صتحه الحاكم وسكت الذهبي.

وقال الحافظ في الداراة ١٩٧،٢: إسناده صحيح إن كان ابن عمار سمعه من أبيه اهـ.

قلت: وإن لم يسمعه فهو مرسل جيد، وهو مشهور في السير وجاء في الإصابة ٥٧٠٤ قال ابن حجر: اتفقوا على أنه نزل فيه (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان).

مطمئن بالإيمان» الآية. ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه. قال: (فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً) لأن خبيئاً رضي الله عنه صبر على

بعض الفضلاء بأن قال: فيه بحث، فإنه قد يكون الأمر للترخيص. قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي: الأمر بالشئ لا ينفي الحظر، فإن المحذور قد يرخص بصيغة الأمر حتى لا يقع في محذور فوقه كالحث في اليمين وقطع الصلاة إلى آخر ما ذكره هناك، فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى. أقول: مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الأمر حقيقة هو الإباحة، وإنما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازاً، ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة، وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة، وحقيقة الأمر إنما تتصورها هنا بصرف الإعادة إلى الطمأنينة دون إجراء كلمة الكفر لمابينوا. وعن هذا قال العلامة النسفي: ها هنا أي عد إلى طمأنينة القلب بالإيمان وما قيل: فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط، لأنه لا يظن برسول الله ﷺ أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك إلى هنا كلامه قوله: (ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله ولأن بهذا الإظهار دليل معقول. ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً، لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوت حق الله توهماً فيسعه الميل إلى إحياء حقه اه كلامه. أقول: في تقريره خلل. أما أولاً فإن قوله لأن التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديراً ليس بسديد، لأن عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الإقرار تقديراً، إذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه، والمفروض ها هنا طريانه عليه، إذ الكلام في إظهار كلمة الكفر وهو مضاد للإقرار باللسان. فإن قلت: إظهارها إكراهاً لا يضاده الإقرار طواعية، وإنما يضاده إظهارها طواعية. قلت: هذا مبني على جواز إظهارها حالة الإكراه وهو أول المسألة، فأخذه في أثناء إقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ها هنا إنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم، فإنه أيضاً مبني على أول المسألة فيستلزم المصادرة.

معنيين فإن أظهر ما أمر به مورياً كان أو غيره على المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالإيمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به، وقد قال النبي ﷺ «كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئناً بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد». وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ وقصته معروفة. ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام «فعد» عد إلى طمأنينة القلب لا إلى الإجراء والطمأنينة جميعاً، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون إجراء كلمة الكفر مباحاً، وليس كذلك لأن الكفر لا تنكشف حرمة وموضعه أصول الفقه قوله: (ولأن بهذا الإظهار دليل معقول. ووجهه أن الإيمان لا يفوت بهذا الإظهار حقيقة) لأن الركن الأصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً لأن التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوت حق الله توهماً (فيسعه الميل إلى إحياء حقه، فإن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجوراً، لأن خبيئاً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب، وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء، وقال في مثله) أي فيه وكلمة مثل زائدة (هو ورفيقي في الجنة) وقصته معروفة أيضاً (ولأن الحرمة باقية) لنتاهي قبح الكفر ويقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لإعزاز الدين، بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر، فإن الحرمة

طريان منافية شرط وها هنا قد طرأ. والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم قوله: (وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً، إلى قوله: إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) أقول: يعني لا نسلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى ﴿فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم﴾ لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لدليل قوله: (كما في شهود الشهر في حق المسافرين والمرضى) أقول: الأظهر أن يقول كما في صورة العفو فإن الحكم فيما ذكره ليس معدوماً بل متراخ، نعم هو معدوم الآن قوله: (وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو

ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء، وقال في مثله «هو رفيقي في الجنة»^(١) ولأن الحرمة باقية، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة، بخلاف ما تقدم للاستثناء. قال: (وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حال المخصصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكروه) لأن المكروه آلة للمكروه فيما يصلح آلة له والإتلاف من هذا القبيل (وإن

وأما ثانياً فلأن قوله: فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً، وفوت حق الله تعالى توهماً يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ما هنا أصلاً، وليس كذلك إذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة أصلاً لما كان مأجوراً فيما إذا صير حتى قتل، ولا نسلم قول المصنف: فيما سيأتي، ولأن الحرمة باقية، إذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة، بل التحقيق أن إجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل لا يسقط عنه الحرمة أصلاً، وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى، بل هو كفر صورة في حالة الإكراه، وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الأصول، إلا أن المبتلى بالإكراه عليه يصير معذوراً حالة الإكراه فيسعه الميل إليه عند طمأنينة القلب إحياء لحقه مع بقاء حرمة أبدأ قوله: (ولأن الحرمة باقية، والامتناع لإعزاز الدين عزيمة، بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» [النحل ١٠٦] من قوله «من كفر بالله من بعد إيمانه» [النحل ١٠٦] فينبغي أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا وتقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرًا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافرين والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجواز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر. وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك منتفع بالتخلف

هناك لم تكن باقية (للاستثناء) كما تقدم. واعترض بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» من قوله «من كفر بالله من بعد إيمانه» فينبغي أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر. وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وتقديره: من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرًا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما وضع عنهم العذاب والغضب، وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافرين والمريض فإن السبب موجود والحكم متأخر فجواز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر. وفيه نظر لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك منتفع بالتخلف

المصطلح فذاك منتفع بالتخلف) أقول: ذلك في العلة اسماً ومعنى وحكماً دون العلة اسماً فقط أو اسماً ومعنى كما فصل في الأصول قوله: (وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أن الأمر في قول عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» للإباحة) قال في أحكام القرآن: وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه «إن عادوا فعد» إنما هو على وجه الإباحة لا على وجه الإيجاب ولا على الندب. روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ: فإن عادوا لك فعدلهم بما قلت، وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل إلا بتكلف بعيد قوله: (ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكروهاً لا في الكفر) أقول: إجراء كلمة الكفر كفر وإن كان مكروهاً غايته أنه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل: الإقرار ركن زائد، والتفصيل في الأصول قوله: (والجواب أن دليله الخ) أقول: فيه بحث.

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٥٩،٤ وقصة قتل خبيب بن عدي في صحيح البخاري ٣٠٤٥ وأطرافه في ٧٤٠٢، ٤٠٨٦، ٣٩٨٩ من حديث أبي هريرة وذكر القصة أيضاً الواقدي في المغازي عند غزوة الرجيع ٣٦٣، ٣٥٤ مطولاً لكن ليس فيه ما ذكره المصنف، ولذا جاء في الدراية ١٩٧،٢ لفظ: «سيد الشهداء» لم أجده ولفظ «هو رفيقي في الجنة» لم أجده اهـ. والمعروف في قوله ﷺ «سيد الشهداء» أنه في حمزة. رواه الحاكم في المستدرک ١٩٢،٣ في حديث جابر ومن حديث علي أيضاً، ولفظ: «ورفيقي في الجنة» ورد في عثمان.

أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسمعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل، فإن قتله كان أكثماً) لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة| ما فكذا بهذه الضرورة. قال: (والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً) قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره. وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما. وقال الشافعي: يجب عليهما. لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحساً، وقرر الشرع حكمه عليه وهو الإثم، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فأضيف إلى غيره، وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره، ويوجهه على المكره أيضاً لوجود التسبب إلى القتل منه، وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص. ولأبي يوسف أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً إلى التأثيم، وأضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب. ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له

موجود والحكم متأخر، فجاز أن يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر، كذا في عامة الشروح. وعزاه في النهاية إلى مبسوط شيخ الإسلام. قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب: وفيه نظر، لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف على الحكم الذي هو معلوله، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة ١٨٥] ولا دليل فيما

عن الحكم الذي هو معلوله، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيرها كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك. وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي إلى أن الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام «فإن عادوا فعد» للإباحة، وقولهم لأن الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في الكفر. قال: (وإن أكره على إتلاف مال مسلم) وإن أكره رجل على إتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جاز له أن يفعل ذلك، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت، ولصاحب المال أن يضمن المكره لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له، والإتلاف من هذا القبيل) لأن المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه. وقوله فيما يصلح احتراز عن الأكل والتكلم والوطء فإنه فيها لا يصلح آلة له (وإن أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسمعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل، فإن قتله كان أكثماً لأن قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه) وهذا لا نزاع فيه. وأما وجوب القصاص فيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية، فإنه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعاً، أو لا يجب على واحد منهما، أو يجب على المكره وحده، أو على العكس. والأول قول الشافعي رحمه الله. والثاني قول أبي يوسف رحمه الله. والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. والرابع قول زفر رحمه الله. له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحساً فإنه معاین مشاهد، وكذا شرعاً لأنه قرّر عليه حكمه وهو الإثم، فأيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع، بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو الإثم فلم يكن مقرراً عليه شرعاً فجاز إضافته إلى غيره، وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجهه على المكره أيضاً لوجود التسبب إلى القتل منه، وللتسبب في هذا: أي في القتل حكم المباشرة عنده، كما إذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقصص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبب. ولقاتل أن يقول: في كلام المصنف تسامح، لأن دليل زفر يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي وهو يضيفه إلى غيره أيضاً. والجواب أن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة، والشافعي يضيفه إلى الغير تسبيحاً فلا تنافي. ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصاص عليه والتعدي إلى غيره نظراً إلى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم، لأن تأثيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه، وكونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه، وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها. ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته، والمحمول على الفعل بالطبع آلة لأن الآلة هي التي تعمل بالطبع، كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل

وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الإثم كما نقول في الإكراه على الإعتاق، وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكروه في الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا. قال: (وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا) خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق. قال: (ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد) لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه، فله

نحن فيه على ذلك اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، فإنه يصح أن نختار كل واحد واحد من شقي التردد ولا يلزم محذور أصلاً، إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول، وهو ما كان خارجاً عن الشيء مؤثراً فيه. قوله: فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع، فإن وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول إنما هو في بعض أقسامها، وهو ما كان علة إسمياً ومعنى وحكماً دون بعضها الآخر وهو ما كان علة إسمياً فقط أو إسمياً ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الأصول، فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف، ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل، وهو ما كان خارجاً عن الشيء ولم يكن مؤثراً فيه بل كان موصلاً إله في الجملة. وقوله: فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع، بل السبب الشرعي مطلقاً من حيث إنه سبب يجوز تخلف الحكم عنه، إذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة، فما لم يتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب، وهذا أيضاً مع كونه مقررأ في علم الأصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي، فإن الإيصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم. والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل، فتتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة، على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيث دليلاً على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفى حكمه وهو الغضب، فإن خبيثاً رضي الله عنه لما أكرهه على إظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله ﷺ حيث سماه سيد الشهداء وقال: «هو رفيقي في الجنة»^(١) ولو لم تبق الحرمة أبداً في إظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل، ولما استحق المدح في ذلك لأن في الامتناع عن المباح في تلك الحالة إعانة الغير على إهلاك نفسه وهي حرام، فيلزم أن يأنم بذلك كما في حالة المخصصة كما مر قوله: (ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه) قال في العناية: ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا

بأن يلقيه عليه، والفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة. فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكروه كالقتل. أجاب بقوله: (ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الإثم مقصوراً عليه كما نقول في الإكراه على الإعتاق) فإن إعتاقه ينتقل إلى المكروه من حيث إتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم، فإنه لو انتقل إليه من حيث التكلم أيضاً لم يعتق العبد (و) كما نقول (في إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير، فإن الفعل ينتقل إلى المكروه من حيث الإتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) وإذا ظهر أن المكروه آلة للمكروه في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخصصة فقتل إنساناً وأكمل لحمه حتى بقي هو حياً إيثاراً لحياته بطبعه فإنه يجب عليه القصاص وإن كان مضطراً كالمكروه لأنه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف إلى نفسه. واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال: سواء كان هذا المكروه الأمر عاقلاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ فالقود على الأمر، وعزاه إلى المبسوط، ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز رحمه

قوله: (ونسبه شيخ شيخي علاء الدين عبد العزيز إلى السهو) أقول: يريد شيخه الإمام العلامة قوام الدين أبا عبد الله محمد بن أحمد السكاكي مصنف معراج الدراية في شرح الهداية قوله: (ومنع صلاحيته لذلك) أقول: أشار بقوله لذلك إلى قوله آلة له من حيث الإتلاف قوله: (والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي) أقول: فيه تأمل، فإن الذي يهمننا ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب.

(١) هو المتقدم ولا أصل له هكذا بهذا اللفظ، ومعناه صحيح.

أن يضمه موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما، ولا يرجه المكروه على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه. قال: (ويرجع بنصف مهر المرأة

يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه. وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف دون التلفظ اهـ. أقول: فيه نظر، لأن الانفكاك في إعتاق الصبي إنما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الإعتاق، وذلك لا ينافي ثبوت الإعتاق في ضمن التلفظ البتة، وإنما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الإعتاق بدون ثبوت التلفظ، وهذا غير متحقق في صورة إعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب. وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال: فيه تأمل، فإن الذي يهمننا ثبوت الإعتاق لا في ضمن التكلم كما إذا ورث القريب اهـ. أقول: لكن فيه أيضاً خلل، فإن الثابت في صورة إن ورث القريب إنما هو العتق دون الإعتاق كما صرحوا به قاطبة، وقد مر في كتاب الولاء مفصلاً، والكلام ها هنا في الإعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى، فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضاً ولا التقريب. ثم أقول: لا فائدة لحديث الانفكاك أصلاً في الجواب ها هنا فإن كون ثبوت الإتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الإنكار، فيكون مدار الورد السؤال المذكور لا محالة، ولا يجدي شيئاً في دفعه انفكاك الإتلاف عن التلفظ في صورة أخرى. فالحق عندي في الجواب أن يقال: لا يلزم من عدم صلاحية المكروه للآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في ما ثبت في ضمنه وهو الإتلاف، لأن عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعله امتناع التكلم بلسان الغير، وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الإتلاف، فإن المكروه يمكنه أن يأخذ المكروه ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر قوله: (فله أن يضمه موسراً كان أو معسراً) لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار، كذا في الكافي وغيره. فإن قيل: ينبغي أن لا يضم المكروه لأنه أتلف بعوض حصل للمكروه وهو الولاء، والإتلاف بعوض كلا إتلاف. أجيب بأن الإتلاف بعوض إنما يكون كلا إتلاف إذا كان العوض مالاً، كما لو أكره على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكروه لأنه حصل للمكروه عوض، أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكروهاً، لأن منافعه تعد مالاً عند الدخول، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب؛ ألا ترى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان، كذا في الشروح. قول: هذا الجواب يشكّل بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكروه لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكروه بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم، نص عليه في البدائع، ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل قوله: (ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا أعتق عبده وعليه دين، لأن

الله إلى السهو وقال: الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها. ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه: ولو كان الأمر صبيّاً أو مجنوناً لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه. قال: (وإن أكرهه على طلاق امرأته) وإن أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله) فإن تصرفات المكروه كلها باطلة، إلا أن يكون إكراهاً بحق (وقد مر) دليل الفريقين (في الطلاق، ويرجع على المكروه قيمة العبد لأنه يصلح آلة له فيه من حيث الإتلاف فيضاف إليه) ومنع صلاحيته لذلك لأن الإتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ، وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه. وأجيب بأن الإعتاق إتلاف وهو يصلح آلة له فيه، والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في إعتاق الصبي فيصح أن يكون آلة بالنسبة إلى الإتلاف

قوله: (فكيف يكون المكروه معوضاً عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلاً) أقول: وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لهما بالمكروه فالسند أعم، ولعله لذلك يادر إلى التسليم.

إن كان قبل الدخول، وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المنفعة) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إطلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث أنه إلتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحساناً) لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد، والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ويرجع

السعاية تجب ثمة لحق الغرماء، وبخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتهن، كذا في الكافي وعامة الشروح. قال صاحب العناية بدل ذلك: بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اهـ. أقول: لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكرهه الراهن على إعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فإنه قال فيه ها هنا: ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضاً حتى يحتاج إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهوناً فأكرهه الراهن على إعتاقه وهو معسر فحينئذ تجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن بقرينه. وأما ها هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اهـ. ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاعتز به صاحب العناية، لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتقد لا يوجب السعاية عليه، بل لا بد من أن يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا: إذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الإعسار. ولا يخفى أن الراهن فيما إذا أكرهه على إعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فإن له أن يضمه إليها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد. ثم إن قول صاحب العناية: بخلاف ما إذا كان العبد

دون التلطف، وإذا صح كونه آلة صحت الإضافة إليه (فله أن يضمه موسراً كان أو معسراً، ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيمّا إذا قال المكره أردت بقولي هو حرّ عقناً مستقبلاً كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاءً وديانةً، ويضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمره به على وفق ما أكرهه، وكذا إذا قال لم يخطر ببالي سوى الإتيان بمطلوبه، وإن قال خطر ببالي الإخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وأردت ذلك لا إنشاء الحرية عتق العبد قضاءً لا ديانةً لأنه عدل عما أكرهه عليه فكان طائعاً في الإقرار فلا يصدق القاضي في دعوى الإخبار كاذباً، ولا يضمن المكره شيئاً لأن العبد عتق بالإقرار طائعاً لا بالإكراه. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه ألتف بعوض وهو الولاء، والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف. فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضاً عما ألتفه بما لا تعلق له به أصلاً. سلمناه ولكن إنما يكون كلا إلتلاف إذا كان العوض مالا كما لو أكرهه على أكل طعام الغير فأكل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل للمكره عوض، أو في حكم المال كما في منافع البضع إذا ألتفها مكرهاً لأن منافعه تعدّ مالا عند الدخول، والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب؛ ألا ترى أنه إذا شهد بالولاء ثم رجعا لا يضمنان. وأما عدم السعاية فلأنها إنما تجب للتخريج إلى الحرية كما هو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أن المستسعي كالمكاتب وقد خرج فلا يمكت تخريجه ثانياً (أو لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية، بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به، وهذا على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض، وأما على مذهبهما فإنه ينتقض

قوله: (بخلاف ما إذا كان العبد مرهوناً فأكرهه الراهن على إعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول: إن ثبت الرواية في هذه المسألة فلا كلام، وإلا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهناً بدل العبد فليتأمل قوله: (ولا يتعلق به حق الغير) أقول: أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن قوله: (نظير الجواب فيما إذا أكرهه على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول: الأظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره قوله: (يفسد به الاختيار) أقول: أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها، والأحسن تبديلها بالواو قوله: (بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول: بيان في الأول التزاماً، في الثاني صريحاً قوله: (فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول: قال الإنفاقي: الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع انتهى. فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر.

على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ، ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها، وكذا اليمين، والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ، وكذا الرجعة والإيلاء والقيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل، والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام.

مرهوناً فأكره الراهن على إعتاقه الخ لا يكاد يصح ما هنا لأن تلك الصورة داخله ما هنا في إطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه، بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فإنهما مسألتان مغايرتان لما نحن فيه، فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه، وكذا قول تاج الشريعة. وأما ما هنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد، فإنه يشعر بالمخالفة أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه، مع أنها داخله في إطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى، وأيضاً لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية، إذ لا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالإعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانياً فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل، وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقض، وأما على مذهبهما فمستقضى بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم قوله: (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يجب الحدّ) وجه قولهما: أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدره المكره على الإيقاع وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقّقاً، لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الإيقاع.

بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية، وقد أعتق ملكه ولا حق لأحد فيه، ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه مؤاخذ بإتلافه) يعني أن المكره إنما يضمن من حيث إنه جعل متلفاً للعبد حكماً، فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئاً. قال: (ويرجع بنصف مهر المرأة) الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهراً، إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره، إلا أن الرجوع ما هنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد، وإن لم يسمّ رجوع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الإتلاف. أما في العتق فقد تقدم. وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه: أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفقرة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير إكراه، أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى، وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرهاً، فما كان على شرف السقوط تأكد به وللتأكيد شبه بالإيجاب، فكانه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه، والمكره في حق الإكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرّر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح، وهو ليس بمال عند الخروج، وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق فقهل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحساناً) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه. وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد، والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة. أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرطاً شرط فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد.

قال: (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ عند أبي حنيفة، إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد لا

ووجه قوله إن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد، كذا في العناية والنهاية، وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود. أقول: يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال: ندرة ذلك ممنوع، كيف ووقوع ظفر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى، ولئن سلم الندرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يندرى بالشبهات من الحدود سيما في حدّ الزنا كما نحن فيه ممنوع، إذ لا شك أن بمجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق الندرة. قال في غاية البيان في هذا المقام: ودليلهما ظاهر، لأن الكلام فيما إذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة، وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء، ألا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالإجماع. ولأبي حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة إذا كان في المصر، لأن الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع، والحكم لا يبنى على النادر، حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر تعتبره كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى. أقول: على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع الندرة، ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندرى بالشبهات كما نحن فيه على حاله. ثم أقول: إطلاق مسألة الكتاب وإطلاقات عامة المعتمرات في أن حكم الإكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول: بأن الإكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالإجماع، يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتبع سائر المعتمرات. قال الإمام قاضيه خان في أول كتاب الإكراه

وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلأنها من الإسقاطات، فإن تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه، فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذاً (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة، وزوال الملك لم يقع بها، فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه، كما في الشاهدين شهداً أن فلاناً وكل فلاناً بعثت عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمننا. وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك، وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه قوله: (والنذر لا يعمل فيه الإكراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه، وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الإكراه من حيث منع الصحة، لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق، فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه فيصح النذر مع الإكراه، فإن أكرهه على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها، وكذا إذا أكرهه على يمين) فحلف انعقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إيلاء فألى أو على فيء إليها باللسان) ففعل صح (لأنها) أي الرجعة والإيلاء والفيء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ، فإن أكرهه على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزاء عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حبة لا إتلاف بغير حق، وإن عين عبداً لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقاً عليه، وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد، وإن ترك التي ألى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر، ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكناً من القربان في المدة، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق، وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء، لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه، وإن أكرهه على أن يخالف أمراته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببذل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه (فلو كان مكرهاً على الهلع دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام) بإزاء ما سلم لها من البينة، ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا

يلزمه الحدّ) وقد ذكرناه في الحدود. قال: (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لأن الردة تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحساناً، لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحاليين لأنه يعلو ولا يعلو، وهذا بيان الحكم، أما فيما بينه

من فتاواه: الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول صاحبيه: يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به، وعليه الفتوى انتهى. وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني: ومن شرط صحته أن يكون الإكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو إكراه صحيح شرعاً. والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا. وصورتها: غير السلطان إذا أكره رجلاً على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحدّ على الزاني كأنه باشر الزنا طوعاً، وعلى قولهما لأحد عليه، فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة، وأما في غيره فإكراه غير السلطان وإكراه السلطان سواء عندهم جميعاً. ومنهم من قال: الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضاً سواء. واختلفوا فيما بينهم: بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان، وبعضهم قال هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله: (لأن الردة تتعلق بالاعتقاد؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك) قال صاحب العناية:

يضمن به. فإن قيل: إن خالعهما وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيد ما كان على شرف السقوط أو لا؟ قلنا: لا يخلو أما إن ساق الزوج المهر إليها كله أو لا، فإن ساق رجع على المكروه بنصفه بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكروه والبراءة مع الإكراه لا تصح، وإن لم يسق رجع عندهما خلافاً له لأنه غير مكروه في هذه الصورة على البراءة. قال: (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحدّ) قال أبو حنيفة أولاً: إن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحدّ لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته وذلك لا يكون إلا بلذابة وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل، ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية. ثم رجع وقال: لا حدّ عليه إذا كان المكروه هو السلطان، لأن الحدّ للزجر ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلًا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحدّ عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من النائم من غير اختيار. وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه لا يلزمه الحدّ. وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل من قبيل اختلاف الحكم. ووجه قولهما إن الاعتبار في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكروه على الإيقاع، وخوف المكروه الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقّقاً، لأن السلطان يعلم أن لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان في الإيقاع، ووجه قوله إن المكروه يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له، ثم في كل موضع وجب الحدّ على المكروه لا يحسب لها المهر، لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد، وفي كل موضع سقط الحدّ وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما، فإذا سقط الحد وجب المهر إظهار الخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك. أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها. وأما الثاني فلأن الإذن له ليس يحل الوطء فكان إذنها لغواً لكونها محجورة عن ذلك شرعاً (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه لأن الردة بتبدل الاعتقاد؛ ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لم يكفر، وفي تبدله شك) وكان الإيمان ثابتاً بيقين فلا تثبت

قال المصنف: (وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول: قال العلامة الزيلعي: هذا إذا قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما

وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دائرة للقتل. ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكماً لا ديانة، لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء، لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة

ويجوز أن يجعل كلامه دليلين: أحدهما أن يقال: إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه. والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام، لأن ما زعمه دليلين متحداً في المعنى، وإنما التغاير بينهما في بعض الألفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الأول واعتقاد الكفر في الثاني، ولا ريب أن تبدل اعتقاد المسلم إنما يكون باعتقاد الكفر فاتحداً معنى فما معنى جعلهما دليلين، وإن جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضاً، لأن الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الأول كما ترى قوله: (فالقول قوله استحساناً لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة: يعني لم يظهر منها ظهوراً بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق، بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً فيه يقوم لفظه مقام معناه فهذا كان القول قوله: انتهى كلامه. أقول: فيه خلل، فإن قوله: فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم، إذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملاً في المعنى المجازي، ولا شك أن اللفظ ها هنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازاً، وإنما هي: أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي، فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة، فكان انفعالها من اللفظ بطريق الاستنباط لا بطريق الأصالة فصارت من قبيل مستنبعات الألفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة. فإن قلت: يجوز أن يراد بالمجازية ها هنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي إلى أي شيء كان، لا المتجاوزة

الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البيئونة، ويجوز أن يجعل كلامه دليلين: أحدهما أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الإكراه. والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الإكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك)، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحساناً وفي القياس: القول قولها فتقع الفرقة، لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البيئونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق. وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجمة لما في القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية، ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً

طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان فإنه حيث لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلص، وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه مريض له دون غيرها من الأحوال، حتى لو خطر ببالي أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبي مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه، فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى، وفيه بحث قوله: (ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول: لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى، بل في اللفظ فقط كما لا يخفى.

لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسب محمداً النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بانت منه ديانة وقضاء لما

عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الألفاظ أيضاً. قلت: هذا المعنى مع كونه مخالفاً للعرف والاصطلاح بالكلية ياباه جداً قوله من قبل: يعني لم يظهر فيها ظهوراً بيناً من حيث الحقيقة فتأمل. فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزياً إلى الإيضاح حيث قال: وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد، والإكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة، كذا في الإيضاح اهـ. قوله: (بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً، لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلو) قال صاحب النهاية: وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إن الإيمان هو التصديق، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه، فإنهم يجعلون الإقرار ركناً انتهى. أقول: فيه نظر، فإن ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي مع تمشيته على المذهبين معاً، بل تمشيته الثاني أظهر في حال الإكراه على الإسلام، لأن الإقرار إذا كان ركناً من الإيمان كان المكروه على الإسلام آتياً بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم بإسلامه، فإنه لما تحقق أحد ركني الإسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الإسلام ترجيحاً لجانبه، بخلاف ما إذا كان الإيمان هو التصديق وكان الإقرار شرطاً لإجراء الأحكام، فإنه على هذا لا يتحقق شيء من ركني الإيمان في المكروه على الإسلام، وإنما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الإيمان شرط لإجراء الأحكام، فوجه الحكم بالإسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لإجراء أحكامه لا يظهر ظهوره في الأول. لا يقال: كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الإكراه على الردة، وعلى تقدير أن يكون الإقرار ركناً من الإيمان يلزم أن يثبت حكم الردة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الإقرار إذ ذاك، وانتفاء ركن

فيه يقوم لفظه مقام معناه (ف) لهذا (كان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الإسلام في الحالين) قيل أي في حال الإكراه على الردة والإكراه على الإسلام (لأن الإسلام يعلو ولا يعلو) فلم يجعل كافراً في الصورة الأولى وجعل مسلماً في الصورة الثانية ترجيحاً للإسلام (وهذا في حق الحكم، أما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الإيمان هو التصديق، والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركناً (ولو أكرهه على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دائرة للقتل) قوله: (ولو قال الذي أكرهه) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك: يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بآتيان ما لم يكره عليه لأنه أكرهه على الإنشاء دون الإقرار. ومن أقر بالكفر طائناً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطوعية، لكنه يصدق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره) لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي ذلك، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان، فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كمن أجرى كلمة الكفر طائناً على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين أمراته قضاء وديانة. والحاصل أن المكروه على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه: في وجه

قوله: (وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي) أقول: فيه بحث لخباء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الإقرار ركناً فإن الحكم به إذ هو الظاهر لنا، وليس في كلامه ما يدل على شرطية للحكم.

مر، وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى. والله أعلم.

واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة. لأننا نقول: إن من قال بأن الإقرار ركن من الإيمان لم يقل إنه ركن أصلي منه كالتصديق، بل قال: إنه ركن زائد والتصديق ركن أصلي، وفسر معنى كونه ركناً زائداً بأن الشارع اعتبره في وجود المركب، لكن إن عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفواً واعتبر المركب موجوداً حكماً وقد بين ذلك في كتب الأصول بما لا مزيد عليه، فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب أيضاً في حال الإكراه على الإسلام والإكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف.

لا يكفر لا قضاء ولا ديانة، وفي وجه يكفر فيهما جميعاً، وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بين وبين امرأته ولم يكفر ديانة، وذلك لأنه إذا أجزاها فما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أو لا، والثاني هو الأول، والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك يريد الإخبار عما مضى كاذباً وأراد أنه الثالث، وإن لم يردده فهو الثاني. وإذا ظهر لك هذا أمكنك أن تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي ﷺ. قوله: (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره، والله أعلم بالصواب.

كتاب الحجر

قال: (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله. غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به، غير أن المولى

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم، كذا في الشروح. ومن محاسن الحجر أن فيه على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى، وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الوري وفاتت بينهم في الحجر، فجعل بعضهم أولى الرأي والنهي، ومنهم أعلام الهدى ومصاييح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع إلى معاملات الدنيا، كالمجنون الذي هو عديم العقل، والمعتوه الذي هو ناقص العقل، فأنبت الحجر عليهما عن التصرفات نظراً من الشرع لهما، لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما، إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يردهما، وكذلك حجر الصبي ففي أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه، فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي. وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له، ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة، فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظراً للمولى، ثم إن الحجر في اللغة هو المنع فإنه مصدر حجر عليه القاضي إذا منعه. وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون، كذا في النهاية والعناية. أقول: فيه قصور. أما أولاً فلأن الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقاً بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال. وأما ثانياً فلأن المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون. بل المفتي الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتررات، وسيأتي في الكتاب شيئاً فشيئاً، فقله: في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد. وبالجمله في التعريف المزبور تقصير من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق. وقال في الكافي: الحجر في اللغة المنع. وفي الشرع منع عن التصرف قولاً: بصغر ورق وجنون انتهى. أقول: فيه تدارك للمحذور الأول، ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى،

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم، وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله. وهو في اللغة عبارة عن المنع، وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون. وأسبابه مصادر هذه الأسامي، وألحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق. ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما. وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل

كتاب الحجر

قوله: (وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة، والآخر التعظيم لأمر الله تعالى، وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول: قوله هو في الموضعين راجع إلى الحجر، وقوله وهي راجع إلى الشفقة.

بالإذن رضي بفوات حقه، والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال، أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق. قال: (ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار، إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخته) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والجنون نظرهما لهما فيتحرى مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليجد ركن العقد فينعقد موقوفاً على الإجازة، والجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم في البيع. أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر. قلنا: نعم إذا وجد نفاذاً

فالأولى ما ذكر في معراج الدراية فإنه قال فيه: ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه. وشرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للحجر بأي سبب كان انتهى تدبر قوله: (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق. والحق بما اشتهر منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً وهي: المفتي الماجن، والمتطبب الجاهل، والمكاري المفسد. وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في الشروح. أقول: قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على إدراج العته في الجنون وجعل الأسباب الأصلية المتفق عليها ثلاثة وهي: الصغر، والرق، والجنون. وفي كتب الأصول على جعل العته قسماً للجنون كسائر الأمور المعترضة على الأهلية ومخالفات له في أكثر الأحكام، فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الأصول وهذا من النوادر قوله: (وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال، حتى أوجب التوقف في الأقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والجنون، والعبد. وأوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم أقوال تتمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير، والجنون دون العبد فإنه يملك الطلاق، كذا في النهاية والكفاية. قال صاحب العناية في حل هذا المحل: وهذه المعاني الثلاثة: يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال، يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد، وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق

البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء. أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة، وإذن وليه أية أهليته. وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كي لا تتعطل عليه منافع عبده، فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه، ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب، غير أن المولى إذا أذن فقد رضي بفوات حقه، والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال. قال: (ومن باع من هؤلاء شيئاً) أراد بهؤلاء الصبي والعبد والجنون الذي يجن ويفيق، وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفاً إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لإفادة هذا الحكم: أعني كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل، فإن بيعه ليس لإفادة هذا الحكم (والولي بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخته، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والجنون نظرهما لهما فيتحرى مصلحتهما فيه) وكلامه ظاهر، وأراد سؤالاً على الشراء وهو أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ما هنا موقوفاً على الإجازة. وأجاب بأن عدم التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذاً كما في شراء الفضولي، وما هنا لم نجد ذلك لعدم أهلية في الصبي والجنون أو لضرر المولى فوقفناه. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره عن الإشكال إنما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه: ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى، أما ما هنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الإشكال، ولكن جعل المذكور في القدوري مذكوراً وما هنا فأورد الإشكال وهو موجود في بعض النسخ، وكذا في نسخة سماعي، وكذا ذكره شيخه في شرحه قوله: (وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغر والرق والجنون (توجب الحجر في الأقوال) يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد. وأما ما يتمحض منها

عليه كما في شراء الفضولي، وها هنا لم نجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. قال: (وهذه المعاني

الصغير والمجنون دون العبد، وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه. أقول: خصص الشارح المزبور الأقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالأقوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال: أعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء، فلما أخرج عن الأقوال ما يتمحض نفعاً وما يتمحض ضرراً وكان فائدة إخراج الأول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلاً دون فائدة ثبوت إخراج الثاني لثبوت الحجر فيه أيضاً في حق الصغير والمجنون خصص معنى إيجاب الحجر أيضاً حيث قال: أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد، وأشار بذلك إلى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض ضرراً من الأقوال، ونبه عليه بقوله: وأما ما يتمحض منها ضرراً كالطلاق والعناق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد، ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم إذ ذاك محذوران: أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب إليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسألة وهي قوله: وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال معنى المسألة السابقة وهي قوله: ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار، إن شاء أجازاه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة إلا تجرد كونها توطئة لقوله دون الأفعال. وثانيهما أنه لا يناسب حينئذ إدراج ما يتمحض ضرراً من الأقوال كالطلاق والعناق، والإقرار في المسائل المتفرعة على هذا الأصل وهو قوله: وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال، وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد: والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما. وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعاً على الأصل المذكور، وقد وقع التصريح بقاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما، ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فتعين التفريع بنفس عبارته، فالوجه عندي أن اللام في الأقوال في قوله: توجب الحجر في الأقوال للجنس، وأن المراد بإيجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الأقوال ما يعم إيجاب التوقف على الإجازة كما في الأقوال المترددة بين النفع والضرر، وإيجاب الإعدام من الأصل كما في الأقوال المتمحض للضرر فلا يحتاج إلى إخراج هذا القسم: أعني ما يتمحض ضرراً عن الأقوال المذكورة في الأصل المسفور، بل هذا القسم أيضاً داخل في جنس الأقوال فيشملة ذلك الأصل فيناسب تفريع المسائل الآتية بأسرها عليه، ولا يضر عدم تحقق الحجر في الأقوال التي تتمحض نفعاً، لأن تحقق الحجر في جنس الأقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الأصل المزبور مجملاً وما فزع عليه من المسائل تبيناً له، فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم

ضرراً كالطلاق والعناق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد. وأما ما يتمحض منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم قوله: (دون الأفعال) يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الأفعال (لأن الشأن أن الأفعال لا مرّة لها) حتى إن ابن آدم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرهما وجب عليه الضمان في الحال، وكذلك العبد والمجنون إذا أتلفا شيئاً لزمهما الضمان في الحال (لأن الأفعال توجد حساً ومشاهدة) ويحصل بها الإتلاف،

قوله: (وكذا ذكره شيخه في شرحه) أقول: أراد الكاكي قوله: (يعني ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول: الأولى عندي هو تميم الأقوال لما يتمحض ضرراً، وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما سيخصمه المصنف من هذا العموم قوله: (فإنه يوجب الإعدام من الأصل) أقول: فلا ينعقد قوله: (في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول: في البعض كالطلاق دون البعض كالعناق قوله: (لأن اعتبارها حال كونها موجودة) أقول: لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثانٍ للاعتبار: أي اعتبارها مفيدة للأحكام بالشرع، ومعنى الوجود ما يترتب عليه الآثار والأحكام قوله: (فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول: لم يبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعاً قوله: (فلا بد من القصد) أقول: السؤال أنه لم يكن بد من القصد.

الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال) لأنه لا مرّة لها لوجودها حساً ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن

الحجر، وما لا فلا تأمل تقف قوله: (بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والاعتد من شرطه) أقول: فيه إشكال، لأن الطلاق والعناق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع، ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلاً، وكذا عناق الحر البالغ العاقل هازلاً، وكذا يمينه هازلاً ونذره هازلاً صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الأصول، مع أن الهزل ينافي القصد لا محالة، فإن عدم القصد والإرادة معتبر في نفس مفهوم الهزل. وقال في العناية: فإن قيل: الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطاً بالقصد دون الأفعال؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها، ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها، فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع جداً وقد يقع هزلاً فلا بد من القصد؛ ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلاً لم يعتبر شرعاً فكذا من هذه الثلاثة، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر. أما في الأول فإنه غير متمشٍ في الإنشاءات لأنها إيجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها، ولا يخفى أن أكثر الأقوال المعتبرة في الشرع في إفادة الأحكام الشرعية من قبيل الإنشاءات فلا يتم التقريب. وأما في الثاني فلأنه متفق بما تساوى فيه الجد والهزل من الأقوال كالطلاق والعناق ونحوهما تدبر تفهم قوله: (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً فالولي بالخيار، وإنما أعاد المسألة تفرعاً على الأصل المذكور، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتناق القوليّات في موضع واحد، كذا في العناية والنهاية. قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى. وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ها هنا، فإنه قال: أراد بقوله: لا يصح لا ينفذ لأن بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضّر موقوف على إجازة الولي، ألا يرى إلى ما قال: قبل هذا بقوله: ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار، إن شاء أجازته، إلا إذا أريد بقوله: والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يفقه أصلاً فحينئذ يجري قوله: ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه. أقول: لا مسامح لذلك الاحتمال لأن حمل الصبي والمجنون في قوله: والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على

والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف، (بخلاف الأقوال، لأن اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به. وأما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. فإن قيل: الأقوال موجودة حساً ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله، فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم، بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة. والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع كذباً وقد يقع جداً وقد يقع هزلاً، فلا بد من القصد، ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلاً لم يعتبر شرعاً فكذا من هذه الثلاثة، بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها، وقوله: (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا مرّة لها: يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مرّة لها، ولكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دائرة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص. قال: (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد

اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون. قال: (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما) لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه»^(١) والإعتاق يتمحض مضرة، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرة، بخلاف

الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة، فإن المعرف بلام التعريف إذا لم يكن هناك معهود إنما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية، وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر كله في موضعه، فها هنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعاً، فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ها هنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم. ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك، فلو أريد بهما ها هنا ذلك القسم المعين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلاً، إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب، فيلزم أن تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده. ولا يخلتجن في وهمك أنها تفهم مما ذكر دلالة، لأن سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى قوله: (والإعتاق يتمحض مضرة، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: (والإعتاق يتمحض مضرة لا محالة، والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضّر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال، أما في الحال فلعدم الشهوة، وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك، والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى

بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً فالمولى بالخيار، وإنما أعاد هذه المسألة تفريعاً على الأصل المذكور، وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتتناسق القوليّات في موضع واحد. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه») رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والإعتاق يتمحض مضرة لا محالة (و) الطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضّر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ، لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (فلعدم الشهوة) وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال، لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار

قوله: (قال: الصبي والمجنون لا يصح عقودهما، أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول: وإذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ، ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار.

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٦١، ٤ لكن أخرج الترمذي ١١٩١ من حديث أبي هريرة «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله».

وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من طريق عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث اهـ.

وقال عنه ابن حجر في الترتيب: متروك اهـ.

ورود عن علي موقوفاً أخرجه البيهقي ٣٥٩، ٧ دون لفظ «والمغلوب على عقله» اهـ وتقدم الحديث في الطلاق.

سائر العقود. قال: (وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه) إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد، بخلاف القول على ما بيناه. قال: (فأما العبد فأقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين بريقته أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله. قال: (فإن أقرّ بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وإن أقرّ بحدّ أو قصاص لزمه في الحال) لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا، ولقوله عليه الصلاة والسلام «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق»^(١) ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ، والله أعلم بالصواب.

كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضّرّ مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضرراً، اللهم إلا أن يحمل كلامه ما هنا على التنزل والتسليم فتأمل. وأما ثانياً فلأنه إن أراد بالمصلحة في قوله: والوليّ وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملازم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله: وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال، لأن علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهرته في الحال، كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة، فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للوليّ أن يقف على تلك المصلحة، وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغواً في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى.

بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا يفلدان بمباشرته) أي الوليّ (بخلاف سائر العقود) وقوله: (وإن أتلفا شيئاً) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور، ومعناه ظاهر. وقوله: (والحائط المائل بعد الإشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان قوله: (على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الأقوال والقصد من شرطه. وقوله: (فأما العبد فأقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما، ومعناه ظاهر قوله: (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه» وكلامه ظاهر.

قوله: (باعتبار موافقة الأخلاق) أقول: أي وجوداً أو عدماً قوله: (لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول: يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال قوله: (وقوله وإن أتلفا شيئاً بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور) أقول: فيه بحث.

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الرأية ١٦٥، ٤: غريب وأخرج ابن ماجه ٢٠٨١ والدارقطني ٣٧، ٤ والبيهقي ٣٦٠، ٧ كلا من حديث ابن عباس ولفظه: «أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني، وبينها قال: فصعد النبي ﷺ المنبر، وقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق». قال البوصيري في الزوائد: هذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة اه. وأخرجه الدارقطني ٣٧، ٤ وابن عدي في الكامل ١٤، ٦ كلاهما من حديث عصمة بن مالك، وفي إسناده الفضل بن المختار قال عنه ابن عدي: لا يرويه غيره، ولا يتابع عليه اه. وقال ابن حجر في الدراية ١٩٨، ٢ عن حديث صاحب الهداية: لم أجده.

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله: يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله) لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية. وسبب الحجر ها هنا مكتسب، والسمائي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى، ولأن الحجر في الأول متفق عليه، وفي الثاني مختلف فيه، والمتفق عليه أحري بالتقدم. قال في العناية: والمراد بالفساد ها هنا هو السفه، وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى. أقول: في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور شيء. أما في الأول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل، إذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه، وعن هذا قال في المبسوط والكافي: السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا. وأما في الثاني فهو أنه إن كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفه، إذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد الفقهاء. ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل، فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة. وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق، ومنه عمل السفه بالسفه. وأما الحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر وراء ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضرراً أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب. وقال في النهاية: ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لا على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً انتهى. أقول: ليس هذا الكلام بسديد، فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبه كقوله وإن اعتق عبداً نفذ عتقه، وقوله: ولو دبر عبده جاز، وقوله: ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولده، وقوله: وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمى لها مهرأ جاز منه مقدار مهر مثلها؛ وقوله: لو طلقها قبل الدخول وجب لها

باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لأن ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه، والمراد بالفساد ها هنا هو السفه. وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع قال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفه، وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: (يحجر على السفه ويمنع من التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله، ولا يصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والإقرار بالمال، وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به، لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق، فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء. واستدل المصنف رحمه الله بقوله: (لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل و) كل من هو كذلك

باب الحجر للفساد

عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال، ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإحاقه بالبهائم وهو أشدّ ضرراً من التبذير فلا

النصف، وقوله: وتخرج الزكاة من مال السفية وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه، وقوله: فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها، وقوله: فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله، وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحاً لماله. وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلاث: ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية: إحداهما مسألة أنه لا يحجر السفية عند أبي حنيفة ويحجر عندهما. وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد، وعندهما لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده. وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما، ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسألتين الأوليين أصلاً في الذكر وقولهما تبعاً له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله إلا المسألة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها، فكيف يصح القول: بأن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة. ثم أقول: لو قال بدل ذلك الكلام: ثم اعلم أن تلقب هذا الباب باب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة: فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلاً لكان له وجه صحيح كما لا يخفى قوله: (لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي) قال صاحب العناية: واستدل المصنف بقوله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل، وكل من هو كذلك يحجر عليه نظراً له كالصبي فهذا يحجر عليه اهـ. أقول: تقريره غير مطابق للمشروح، إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفية على الصبي قياساً تقريباً في وجوب الحجر، ويرشد إليه قطعاً قوله فيما سيأتي من قبل أبي حنيفة، ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي، وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى. ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالوا: هذا الدليل الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي، لأن حجر السفية عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له، وقالوا: وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفية مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالفاسق. فعند الشافعي يحجر عليه زجراً عقوبة، وعندهما لا يحجر عليه اهـ. أقول: فيه نظر لأن من كان مصلحاً في ماله لا يسمى سفياً في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال: وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع، وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسداً في دينه يسمى بالسفيه على معناه الأصلي فلا يجدي نفعاً ها هنا، إذ نحن بصدد بيان حكم السفية في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي، ولو كان الفاسق داخلاً في السفية في عرفهم لما صح

(يحجر عليه نظراً له كالصبي) فهذا يحجر عليه (بل أولى، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته، والدليل على صحة هذا منع المال منه، والمنع لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما يمنع من يده) وهذا الذي ذكره من الدليل إنما يصح على قولهما. فأما على قول الشافعي رحمه الله فلا يصح لأن حجر السفية عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظر له. والفائدة تظهر فيما إذا كان السفية مفسداً في دينه مصلحاً في ماله كالفاسق، فعنده يحجر عليه زجراً عقوبة ولا يحجر عليه عندهما (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) وكل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) ونوقض بالعبء فإنه مخاطب عاقل ويحجر عليه. وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والعبد ليس بكامل في

يتحمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطرب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري، المفلس جاز فيما يروى عنه، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، ولا يصح القياس على منع المال لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة، ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه، وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد. قال: (وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء؛ ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه، ولو كان قضاء بنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره ففُضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه

بيان الحكم بالوجه المذكور، فإن الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سيأتي في الكتاب قوله: (ولأبي حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشد) قيل: يشكل هذا بالعبد، فإنه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه. وأجيب بوجهين: أحدهما أنه ذكر المخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل، والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية، وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلاة الجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها. والثاني أن المراد بالمخاطب في قوله: إنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام، لأن الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله: إنه مخاطب العبد لأنه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه، هذا زبدة ما في النهاية وغيرها. أقول: بقي في كلام المصنف شيء، وهو أن قوله: عاقل بعد قوله: إنه مخاطب مستدرك لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلاً، فإن ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة قوله وقالوا: (لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية: وتسامح

كونه مخاطباً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها، ولو ضم إلى ذلك حرّ سقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لأن) في الحجر سلب ولايته و (في سلب ولايته إهدار آدميته) وهو ظاهر قوله: (ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال. وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجراً له على التذير، والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه. وقوله: (ولا على الصبي) جواب عن قولهما اعتباراً بالصبي: أي لا يقاس السفه على الصبي (لأنه عاجز عن النظر لنفسه، وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة بإعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد. وقوله: (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر: يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه) إنما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أي لا يملك إلا بالقبض، فإذا لم يكن في يده شيء يتمتع عن ذلك وإن فعل لم يقد قوله: (وإذا حجر الخ) تفرع على مسألة الحجر، ومعناه أن القاضي إن حجر على السفه على رأي ثم رفع حكمه إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه، وكان الواجب أن لا يجوز لأن قضاءه لاقي مجتهداً فيه ونقضه باطل، وإنما جاز لأن الحجر من القاضي فتوى لا قضاء، لأن القضاء يقتضي المقضى له والمقضى عليه ولا مقضى له هنا. سلمنا وجود المقضى له على احتمال بعيد وهو

قوله: (وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول: ولعل الأولى أن يقال: المراد مخاطب في حق تصرف بماله إذ الكلام فيه فيخرج العبد إذ لا مال له ولا خطاب فيه قوله: (لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول: فيه بحث قوله: (ومعناه أن القاضي إن حجر على السفه على رأي) أقول: الضمير في رأيه راجع إلى القاضي قوله: (فصار محلاً) أقول: يعني فصار نفس القضاء محلاً الخ قوله: (وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر) أقول: أراد بالأبد الزمان المديد بقرينة قوله حتى.

ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. وقالوا: لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشفه، ولا يجوز تصرفه فيه) لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب، ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً، ألا يرى أنه قد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع، ولأن المنع باعتبار

عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر. اهـ. أقول: يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الأبد على الزمان الطويل الممتد، كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ [النساء ٩٣] على المكث الطويل، فحيث لا تدافع بين الأبد وحتى ما لا يخفى قوله: (ولأبي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً، وألا يرى أنه يصير جداً في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين: أحدهما: أن يقال: سلمنا أن علة المنع السفه، لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهراً وغالباً، لأن في هذه المدة يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة، وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع. والثاني أن يجعل معارضة فيقال: ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اهـ كلامه، وقد اقتضى أثره الشارح العيني. أقول: في تقرير الوجه الأول على ما ذكرناه خلل، إذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء أن المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلاً للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضاً، ولا شك أن تخلف المعلول عن العلة باطل، ولهذا قال في دليل الإمامين: فيبقى ما بقي العلة، فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضاً لاستلزامه ذلك الباطل المحال. والصواب عندي في تقرير الوجه الأول أن يقال: إن علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب، فإذا لم يبق المحل قابلاً للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء أحد جزئيهما وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضاً بعدها فوجب الدفع، فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم قوله: (ولأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ، وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فإن قيل: الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم. سلمناه، لكنه منكر يراد به

أن يجعل السفه مقتضياً له من حيث إن الحجر نظر له، لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج إلى إمضاء، فلو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره ففقد بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك. ثم إن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام سفهاً منع عنه ماله إلى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لأنه لا يحجر عليه عنده، فإذا بلغ ذلك سلم إليه ماله وإن لم يؤنس الرشد منه، وقالوا: لا يدفع إليه ماله حتى يؤنس منه رشفه، وتسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله، لأن علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين: أحدهما أن يقال: سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب، وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب، ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهراً وغالباً لأنه في هذه المدة يصير جداً باعتبار أقل مدة البلوغ في الإنزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، وإذا لم يبق قابلاً للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع. والثاني أن يجعل معارضة فيقال: ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه، وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ قوله: (ولأن المنع) دليل آخر. وتقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشفه باعتبار أثر الصبا، لأن العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة، ولأن مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة، وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ، وقدر ذلك بسبع

أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع، ولهذا قال أبو حنيفة: لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه لأنه ليس بأثر الصبا، ثم لا يتأتى التفريع على قوله وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه، كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده. ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لأنه لا بد من حجر القاضي عنده، لأن

أدنى ما ينطلق عليه، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الأصالة. أقول: الظاهر أن كونه متناهياً في الأصالة عند وصوله إلى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضاً مع عدم تصوّر الرشد فيه. سلمناه لكنه لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسألة مع أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. اللهم إلا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل، لكن لا يساعده اللفظ وبآباءه دليله، تأمل تقف قوله: (لأن ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية: استدل على الجواز والتوقف بقوله لأن ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز. ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل. وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه. فإن قيل: فعلام التوقف؟ أجاب بقوله للنظر له، فإن الحاكم نصب ناظراً فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده، إلى هنا لفظ العناية. ورد بعض الفضلاء قوله: واستدل على الجواز والتوقف بقوله: لأن ركن التصرف وجد حيث قال: هذا إنما يدل على الجواز فقط اه. أقول: يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ها هنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله: لأن ركن التصرف قد وجد الخ: أي استدل على الجواز بقوله: لأن ركن التصرف قد وجد، واستدل على التوقف بقوله: والتوقف للنظر الخ، فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معاً وإن كان الحاصل من أول قوله: هو الاستدلال على الجواز فقط. ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم قوله: (والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا، إلى قوله: والعنق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية: وفيه بحث من

سنين اعتباراً بمدلاة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً» ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: (لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع عنه المال لأنه ليس بأثر الصبا) فإن قيل: الدفع معلق بإيناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع إليه. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم، سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه، وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلاً فكان متناهياً في الأصالة. قال: (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع لتظهر فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفاً (فإن رأى الحاكم فيه مصلحة) بأن كان بمثل القيمة أو كان البيع رابحاً وكان الثمن باقياً في يده (أجازة) وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً ولم يبق الثمن في يده لم يجزه، لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البذل، واستدل على الجواز والتوقف بقوله: (لأن ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز. ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل. وأجيب بأنه أهل لأن الأهلية بالعقل

قوله: (سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه) أقول: المطلق ينصرف إلى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة، وجوابه ظاهر، فإنه مذكور سنداً للمنع هنا، ويكفي الاحتمال فيه قوله: (أو كان البيع خاسراً) أقول: فيه بحث قوله: (واستدل على الجواز الخ) أقول: هذا إنما يدل على الجواز فقط، ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد.

الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي . وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنه، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً (وإن أعتق عبداً نفذ عتقه

أوجه: الأول أن السفه لو حث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي، وكذا لو نذر يهدي أو غيره لم ينفذه، فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد»^(١) وقد أثر فيه الحجر بالسفه . والثاني أن الهزل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه . والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل . والصحيح فيه أن يقال: لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل . والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإلتاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور، لأن في تنفيذهما إضافة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما . أقول: في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً . أما في الجواب عن الأول فلأن حاصل ذلك الجواب بيان عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه، وهذا لا يجدي شيئاً في دفع البحث الأول، لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما إن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا، بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهما، فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلاً عن أن يدفعه . وأما في الجواب عن الثاني فلأن ما سيجيء في الكتاب هو قول المصنف، لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض، ولا يذهب عليك أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً، بل يقويه كما عرفت آنفاً . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث، والصحيح

والسفه لا ينفه كما تقدم . فإن قيل: فعلام التوقف؟ أجاب بقوله: (لنظر له، فإن الحاكم نصب ناظراً له فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده، ولو باع السفه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لا بد من حجر القاضي عنه لأن الحجر دائر بين الضرر) وهو إهدار آدميته (والنظر) له في إبقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً) عليه (عنده إذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً) عند أبي يوسف يصير محجوراً حتى يقضي القاضي، وعند محمد يصير محجوراً بمجرد السفه (وإن أعتق عبداً) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، فلم يخص قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه لا تأثير للحجر عنده بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال . وعن قول الشافعي فإنه يقول: لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (و) ذكر أن (الأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا لأن السفه في معنى الهازل) لا من كل وجه (بل من حيث إن الهازل

قوله: (بل احترازاً عن قولهما الخ) أقول: فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات، بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس إلا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي قوله: (وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول: أي لا يجعل إعتاقه عن كفارة يمينه لا أنه ينفذ إعتاقه أصلاً فإنه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفه الحائث الصوم كالمعسر إذا حث في يمينه أو ظاهر عن أمراته قوله: (والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول: فيه بحث، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك قوله: (والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول: ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله .

عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ. والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه إلخ وما لا فلا، لأن السفية في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج الكلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفية والعق من لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه. والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفية (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض. وعن محمد أنه لا تجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على ملكه، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى

فيه أن يقال: لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال: فيه بحث، إذ هذا المعنى لا يوجد في السفية ولا بد من الاشتراك اهـ. أقول: كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المجبور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل. فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ما هنا من الاشتراك في العلة، وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفية، كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث، ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع إلى حق الهازل في قوله: لا في حق الهازل. فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال: لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب، فإنه إنما يصح في حق السفية فقط، فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى قوله: (ولنا قوله تعالى ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء ٦] الآية وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة) قال في النهاية فيو المبسوط: فقله تعالى ﴿رِشْدًا﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم، فإذا أوجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى. أقول: تقرير دليل أئمتنا في هذه المسألة على الوجه المذكور في الكتاب، وفي المبسوط: ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفية المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر، مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه، فتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضاً ماله. والأظهر في تقرير استدلال أئمتنا بالآية المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد

يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفية والعق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه: الأول أن السفية لو حث في يمينه وأعتق رقية لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله ﷺ «ثلاث جدهن جذ وهزلهن جذ» وقد أثر فيه الخبز بالسفه. والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية، فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه. والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفية لا في حق الهازل، والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل. والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإلتاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور، لأن في تنفيذها إضاعة المقصود من الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر. وعن الثاني ما سيحي في الكتاب. وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للإلزام العقوبة باللسان باكتساب سببها، كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالرقيق، والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفية) قلنا: ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى أن تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص، وما هنا لا حق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق إلا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض) لأجل النظر لغرمائه أو

في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له) لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه (وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن ماتت سعت في جميع قيمتها) لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس له شهادة الولد، بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها. ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل. قال: (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل، ولأنه من حوائج الأصلية (وإن سمي لها مهرأ جاز منه مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (ويطل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه، وهذا التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرضى مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا.

ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال: ولأن الرشد في المال مراد بالإجماع، فلا يكون الرشد في الدين مراداً كي لا تعم النكرة المطلقة، أو لأن الدفع معلق بإيناس رشد واحد لأنه نكرة في موضع الإثبات، فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنه حينئذ يكون معلقاً برشدن انتهى فتدبر قوله: (ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف) أقول: يرد النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا

ورثته، فإذا أعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر النكته (وهن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية، لأنها لو وجبت لوجبت حقاً لمعتقه، وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير المعتق) كما في إعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز، لأن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً (فإن مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبراً لأنه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً) ألا يرى أن مصلحاً لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبراً لغرمائه. قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنأ، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنأ كما لو أعتقه. وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله، إلا أنه جعلها هنا سبباً قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنأ، وإنما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. قيل سلمنا ذلك، لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك. وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير، ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله) و (إيقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء، فإن مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لأحد وإن مات مديوناً وإن لم يكن معها ولد) أي إن لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حيثئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها، وإن مات سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية، إذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الأول لأن الولد شاهد لها) في إبطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه

قوله: (إلا أنه جعلها هنا سبباً قبله ضرورة) أقول: أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الأهلية فإنها تزول بالموت قوله: (لأنه من ضرورات النكاح) أقول: والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته بمقدار مثل مهر المثل وبتلان الفضل قوله: (وبهذه المسألة اعتضد أبو حنيفة) أقول: قال الإثنائي: لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق، لأن السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحاً كان أو فاسداً، وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذة أو راحة غرض، وبعد الدخول إن تحقق غرض، لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده، والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب، أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه، لأن طريق رده أن يلحقه بالهزال، والهزال والجاد في هذا سواء انتهى، وفيه تأمل.

قال: (وتخرج الزكاة من مال السفه) لأنها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه) لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه، والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه لقربته، والسفه لا يبطل حقوق الناس، إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة، لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غير وجهه، وفي النفقة يدفع إلى أمينة ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته، وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب يئذ أمواله بهذا الطريق، ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله. قال: (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحزراً عن موضع الخلاف، إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها^(١) وهي جزور أو بقرة. قال: (فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوباً، وقد ذكرنا من

محالة، لأن الإسلام فيه أيضاً متحقق بل فيه أقوى، فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والياً للتصرف أيضاً غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله قوله: (ويحجر القاضي عندهما أيضاً؛ وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ، فإنه ما حجر على حبان

(ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ. قال: (وإن تزوج امرأة جاز نكاحها) كلامه واضح، وقوله: (وصار كالمرضى مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة، إلا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وها هنا غير معتبرة أصلاً. وقوله: (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهمر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مراراً فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة (لما بينا) يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح، وبهذه المسألة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب إتلاف المال عليه بهذا الطريق، بل هذا أضّر له من إتلافه بطريق الهبة إذ هو يكتسب المحمودة في البر والإحسان والمذمة في التزويج والطلاق، قال ﷺ «لئن الله كل ذواق مطلق» قال: (وتخرج الزكاة من مال السفه) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الإسلام، أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا والمصلحة فيه سواء، لأنه مخاطب والسفه لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه، ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس، لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البيئة عليها وعسرة القريب، لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقرّ على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائجه، لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له، والإقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله: (وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه

قوله: (قال عليه الصلاة والسلام «لئن الله كل ذواق مطلق» أقول: لمسيلة النساء قوله: (فلا يلزم إقراره شيئاً إلا في الولد الخ) أقول: في غاية البيان ثم لا يصدق السفه في إقراره بالنسب إذا كان رجلاً إلا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة، وإن كانت المفسدة امرأة فإنها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى، فتنبه لما بينهما من المخالفة.

(١) الموقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الرأية ١٦٥،٤ لكن أخرج ابن مالك في الموطأ ٣٨٦،١ عن ابن عمر «ما استيسر من الهدي بدنه أو بقرة» وأخرج الطبراني في مسند الشاميين كما في نصب الرأية ١٦٥،٤ عن ابن عمر قوله «لا أعلم الهدي إلا من الإبل والبقرة، وكان عبد الله بن عمر لا ينحر في الحج إلا الإبل والبقرة، فإن لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً».

التشريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى. قال: (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفاسق الأصلي والطاريء سواء) وقال الشافعي: يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفه ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده. ولنا قوله تعالى ﴿فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ الآية. وقد أونس منه نوع رشد

ابن منقذ وكان يغبن في التجارات، بل قال له «قل لا خلافة لي الخيار ثلاثة أيام»^(١) فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر. وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء ٥] لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد، كذا ذكره تاج الشريعة. قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب. ورد بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه، وإنما النزاع في الحجر انتهى. وقال بعض الفضلاء: ويجوز أن يقال: يفهم منه الحجر أيضاً بطريق الدلالة وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اهـ. أقول: ويجوز أن يرذ هذا أيضاً بأن الحجر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الحجر على السفيه؛ فأني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وأن منع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والصدقات، وذلك يقف على الد كما مر هذا أيضاً في دليله جواباً عن قولهما: المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ها هنا وإن لم يفد المنع كما سبق من دليلهما. وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت: فيه نظر، لأن في

الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين. وإن كان مالاً للمال حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) إذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر. فإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأني يصح مع القدرة عليها؟ أجيب بأن الاستطاعة منتفية، لأن دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم، ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله: (وإن أراد حجة الإسلام) واضح.

وقوله: (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً) لذلك، والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر، لأن العمرة عندنا تطوع. كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً، فإن جنى جنابة، فإن كانت مما يجزيء فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا، وإن لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح (فإن مرض وأوصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض، فإن السفيه الصحيح إذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض، والقياس بنفيها كما لو تبرع في حياته، واستحسنوا فيها إذا وافق الحق وما يتقرب به إلى الله تعالى أن يكون من الثلث، لأنه نظره فيه لأن وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه، وحينئذ لا نظر له في المانع وإنما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذ ذلك (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فمن ذلك ما قال: إن الذي بلغ سفهاً والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء، إلا في أربعة مواضع: أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالاً ويبيع، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم. والثاني أنه يجوز نكاحه، ولا يجوز نكاح الصبي العاقل. والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه، ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه، والرابع أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبده لا يصح تبديره، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تبديره قوله: (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفاسق الأصلي والطاريء سواء. وقال الشافعي رحمه الله: يحجر عليه) ومبنى هذا لاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر

قوله: (إلا في أربعة مواضع) أقول: يعني سوى الوصية حيث علم حالها قوله: (نكر الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير) أقول: وللخصم أن يمنع مستنداً بانصرافه المطلق إلى الكامل قوله: (ومن أصلح في ماله الخ) أقول: وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل، فما ذكره يتقضى به فتمام.

(١) تقدم في البيع باب خيار الشرط.

فتناوله النكرة المطلقة، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف، وقد قررناه فيما تقدم، ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

حديث حبان بن منقذ نوع حجر، لأنه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم. اهـ. أقول: ليس ما قاله بشيء، إذ لا شك أنه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء، بل فيه إرشاده إلى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع، وقول الشارح: المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافيه أيضاً بأنه لم يصبر محجوراً عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئاً ما هنا، ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجوراً عليه في البيوع المطلقة: أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض ما هنا فإن مذهب الإمامين والشافعي أن يحجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقاً: أي سواء شرط فيها الخيار أم لا، فيرد عليه أن الحجز على المغفل في بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ في حديث حبان بن منقذ.

عليه وإن كان مصلحاً لماله. وعندهما للنظر له في ماله فإذا أصلح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية) نكرا الرشد وهو بإطلاقه يتناول القليل منه والكثير، ومن أصلح في ماله فقد أونس منه رشد (ولأنه أهل للولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) يعني في أول كتاب النكاح. (ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه لكنه متغفل) يعني في التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له ﷺ «قل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام» وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد. ورد بأن ذلك لمنع المال، وليس النزاع فيه، وإنما النزاع في الحجر، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: (ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول: ويجوز أن يقال: يفهم منه الحجر أيضاً بطريق الدلالة وإلا لم يفد المنع.

فصل في حد البلوغ

قال: (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا: إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة. وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف. وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة، أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول، وفي الاصطلاح: انتهاء الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه، وهذا الفصل لبيان ذلك قوله: (وهذا أقل ما قيل فيه، فينبني الحكم عليه للتيقن به) أقول: يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي، وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشده إنما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها، لأنه إذا بلغ الأكثر منها فقد بلغ الأقل منها دون العكس. نعم وجود الأقل في نفسه لا يستلزم وجود الأكثر، بخلاف العكس، لكن ليس الكلام هنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي، والمتيقن به فيه إنما هو أكثر ما قيل في أشده بلا ريب، ثم إنني لم أر أحداً من الشراح حام حول هذا الإشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية، فإنهما قالوا: فإن قيل: ينبغي أن يقال: بالأكثر لأنه المتيقن، إذ الأدنى يكون في الأكثر دون العكس. قلنا: أول الآية ﴿ولا تقربوا مال اليتيم﴾ إلى قوله ﴿حتى يبلغ أشده﴾ [الأنعام ١٥٢] والله تعالى مد الحكم إلى غاية الأشد. وأقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن، إذ لو مد إلى أقصاه لا بد أن يمد إلى ثماني عشرة، ولو مد إليها لا يكون ممتداً إلى أقصاه فكانت ثماني عشرة متيقناً في كون الحكم ممتداً إليها فينبني الحكم عليه انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن الأشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق. وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ [الأنعام ١٥٢] فمجرد دخول مد الحكم السابق إلى ثماني عشرة في مدة إلى أقصى ما قيل في تفسير الأشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما إذا مد الحكم إلى أقصاه أيضاً، وإنما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقناً بها من حيث كونها الأشد بل من حيث وجودها في نفسها، والمطلوب هنا هو الأول دون الثاني، فلا يتم التقريب. والحق في أصل التعليل أن يقال: وهذا أقل ما قيل فيه، فينبني الحكم عليه للاحتياط كما وقع في

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة: الوصول. وفي الاصطلاح: انتهاء حد الصغر. ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه، وهذا الفصل لبيان ذلك. قال: (بلوغ الغلام بالاحتلام النخ) الحلم بالضم ما يراه النائم. يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ، والأصل هو الإنزال، قال الله تعالى ﴿وإذا بلغ الأطفال منك الحلم﴾ فإن لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالوا: إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله، وكلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح، وإنما قال: وهذا أقل ما قيل فيه لأن بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه قوله: (وإذا واهق الغلام أو الجارية) يقال: رقه: أي دنا

فصل في حد البلوغ

قال المصنف: (فينبغي الحكم عليه للتيقن به) أقول: فيه بحث.

والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض في أوان الحبل، فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، وفي حق الجارية تسع سنين. وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة. وله قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ وأشدّ الصبيّ ثمانى عشرة سنة، هكذا قاله ابن عباس^(١) وتابعه القتيبي، وهذا أقل ما قيل فيه فيبني الحكم عليه للتيقن به، غير أنّ الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة. قال: (وإذا راقى الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت، فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها ظاهراً، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه، كما يقبل قول المرأة في الحيض.

الكافي والتبيين، إلا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط: ولأنه متيقن به، وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله: للاحتياط وهو الأصوب.

منه، وصبيّ مراهق أي دان للحلم (وأشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك إلا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل: إنما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنة أو أكثر، ولا يقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر يكذبه، وقد أشار إلى ذلك بقوله: وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين، والله أعلم.

(١) موقوف غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٦٦،٤ قال: روى الطبراني في الأوسط عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ قال: ثلاث وثلاثون سنة وهو الذي رفع عليه عيسى ابن مريم. وذكر البخوي في تفسير الآية عن ابن عباس قوله: «نهاية قوته، وغاية شبابه واستوائه، وهو ما بين ثمانية عشرة سنة إلى أربعين». وأخرجه ابن مردويه في تفسيره أيضاً عن ابن عباس قوله «تسعاً وثلاثين سنة».

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة: (لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص. (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع

باب الحجر بسبب الدين

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد إما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجذ من علم الفرائض، لأن أبا حنيفة لا يرى شيئاً منها، وأما على قولهم جميعاً بناء على تعلق نظر كلهم بذلك إثباتاً منهما ونفياً منه. ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد، فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخيره عنه قوله: (قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أحجر في الدين، وإذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه، لأن في الحجر عليه إهدار أهليته فلا يجوز الدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام: وأبو حنيفة لا يجوز أن فيه إهدار أهليته، وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للأدنى انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للأدنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر، فكان حق العبارة أن يقال: فلا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد، وأشار إليه ها هنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص، عن هذا قال بعض الفضلاء: ولعل العبارة فلا يرتكب، وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى. ثم أقول: يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه: الأول أن يحمل المراد بالأعلى في قوله: فلا يترك الأعلى للأدنى على أهلية المديون لا إهدار أهليته، وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره، يرشد إليه أنه قال للأدنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف، ولا شك أن كون إهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهليته أعلى: أي أشرف، وكون المال أدنى: أي أخس، فإن ضرر فوت الأشرف فوق ضرر فوت الأخس لا محالة. فإن قلت: المطابق لقوله: في السؤال الآتي وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى إهدار الأهلية وبالأدنى ضرراً يقابله. قلت: تطبيق ما في الموضوعين في حيز المراد غير لازم، فإن

باب الحجر بسبب الدين

الدين أيضاً من أسباب الحجر عندهما، لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اثر تأخيره، وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطاً لنفي التجاحد إن وقع، وأن يبين أن الحجر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره، حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ، وأن يبين من الحجر لأجله باسمه لأنه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز أن فيه إهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال، فلا يترك الأعلى للأدنى. فإن قيل: إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن، وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد. فالجواب أن ضرر الدائن يتدفع بالحبس لا محالة، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن، وإذا كان كذلك (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص، ولكن يحبسه حتى يبيمه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه. وقالوا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه، ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر. ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيراً كان أو فاحشاً. وقوله: (التلجنة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ولا يرتكب البيع بلا تراض.

باب الحجر بسبب الدين

قوله: (فلا يترك الأعلى للأدنى) أقول: فيه بحث، ولعل العبارة فلا يرتكب، وقوله فلا يترك سهو من الناسخ قوله: (وإنما يكون الأول أعلى الخ) أقول: في الحصر بحث قوله: (ولو لم يكن أعلى) أقول: من ضرر الدائن قوله: (وإهدار الأهلية أعلى الخ) أقول: فيه

حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص (ولكن يحبسهُ أبداً حتى يبيعه في دينه) إيفاء لحق الغرماء ودفعاً

علو نفس الأهلية شرفاً وعلو إهدارها ضرراً متلازمان، وكذا دناءة نفس المال ودناءة ضرره، فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما، ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضوعين كما لا يخفى على المتأمل. والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله: فلا يترك الأعلى للأدنى فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى: أي لأجل دفعه، ومجيء الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه ﴿وتركنا عليه في الآخرين﴾ [الصافات ٧٨] أي أبقينا، نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون: ترك على حالة، ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال: ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي. فإن قلت: معنى الإبقاء لا يناسب هذا الحمل، لأن المتبادر من نفي إبقاء إهدار الأهلية تحقق إهدارها أولاً، إذ البقاء فرع التحقق. ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز إهدار أهلية الإنسان رأساً لأن فيه إلحاقه بالبهائم. قلت: لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي، وكون البقاء فرع التحقق إنما هو في الثبوت، ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقريته المقام. والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى ﴿لئلا يعلم أهل الكتاب﴾ [الحديد ٢٩] وفي قوله تعالى ﴿لا أقسم بهذا البلد﴾ [البلد ١] وغيرهما من الأمثلة. فإن قلت: قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب النحو: أحدها مع الواو بعد النفي. وثانيهما بعد أن المصدرية. وثالثها قبل القسم على قلة. ورابعها مع المضاف على الشذوذ، وما نحن فيه ليس منها في شيء. قلت: ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل، وعدّ منها قوله تعالى ﴿وما يشعركم أنها إذا جاءت لا يؤمنون﴾ فيمن فتح الهمزة. وقال: فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة، وإلا لكان عذراً للكفار، وعدّ منها أيضاً قوله تعالى ﴿وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون﴾ [الأنبياء ٩٥] وقال فقيل لا زائدة، والمعنى ممتنع على أهل قرية قدرنا إهلاكهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر إلى قيام الساعة اهـ. ولا يخفى أن هذين الموضوعين ليسا من المواقع الأربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه، فكفي بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه. فإن قلت: لا يتنظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للأدنى، إذ لا معنى لأن يقال: يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى، فإن ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه. ثم إن هذا إذا لم يكن معنى قوله: للأدنى لدفع الأدنى، وأما إذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر، إذ يصير المعنى إذ ذاك فيترك الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين، وليس كذلك قطعاً. قلت: يمكن نظم ذلك بأن يحمل اللام في قوله: للأدنى على معنى عند، فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين، وهذا معنى مستقيم كما ترى، ومجيء اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمسة خلون، وقال: وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى: ﴿بل كذبوا بالحق لما جاءهم﴾ [ق ٥] بكسر اللام وتخفيف الميم اهـ. والإنصاف أن هذا الوجه أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ها هنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الإمكان على القواعد العقلية والنقلية. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن، وإنما يكون الأول أعلى لو كان في شخص واحد. فالجواب أن ضرر الدائن يندفع

وقوله: (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس، فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة). فإن التفريق هناك متعين لأنه لما لم يمكنه الإمساك بالمعروف تعين عليه التصريح

بحث قال المصنف: (ولأنه تجارة لا عن تراض الخ) أقول: قال الله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾.

بالحبس لا محالة، والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن اه كلامه. أقول: حاصل السؤال منع كون إهدار أهلية المديون أعلى ضرراً من ضرر الدائن مستنداً بكونهما في شخصين دون شخص واحد. وحاصل الجواب إثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضاً. تقريره أن إهدار الأهلية أعلى ضرراً من الحبس، والحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن ينتج أن إهدار الأهلية أعلى ضرراً من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة، وهي أن الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء، ولا شك أن هذا القياس يقتضي كون إهدار الأهلية أعلى ضرراً من ضرر الدائن وإن كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند، ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا: والحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور أولاً بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس، ولو لم يكن الحبس أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك. ثم ذكر المقدمة الأولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان. ثم أقول: في الجواب بحث. أما أولاً فلأن قوله إن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز أن يختار المديون الحبس أبداً ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن. وأما ثانياً فلأن الحبس لو كان أعلى ضرراً من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأثاث في إثبات مذهبه في هذه المسألة، مع أن الحبس جائز بالإجماع ومتعين عند أبي حنيفة. ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدي مع قدرته على أداء الدين بعيد جداً غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة، ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر. وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن، بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن بالمماطلة، وقد صرح المصنف في فصل الحبس من قضاء القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث قال: وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله: والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعاً، ولعل قصده الإشارة إليه كان باعثاً على ذكره هذه المقدمة أثناء الجواب، وإلا فلا مدخل له أصلاً في إثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق، فإذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضاً لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى. فإن قلت: هب أن الحبس ليس لمجرد دفع المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معاً لكن يندفع به ظلم المماطلة أيضاً كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد، ولكن يحبس أبداً حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه اه. فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة: ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن، يقال: ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم، فيلزم أن يكرن الحبس أعلى من ظلم المماطلة أيضاً فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس. قلت: المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المصنف: فيما بعد دفعاً لظلمه لا ظلمه الماضي، إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لأنه عرض لا يبقى، والذي جعل الحبس جزاء له إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضاً فلا يتمشى النقض بالنظر إلى مجازاة

بالإحسان فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق قوله: (والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لأجله: أي لأجل البيع وتقديره. سلمنا لزوم الحبس لكنه لأجل البيع

لظلمه وقالوا: (إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه، ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضرّ بالغرماء) لأن الحجر على السفیه إنما جوزه نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم، ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه. قال: (وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجبّ والعنة. قلنا: التلجئة موهومة، والمستحق قضاء الدين، والبيع ليس بطريق متعين لذلك، بخلاف الجبّ والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق، كيف ولو صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعاً. قال: (وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع) لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه (وإن كان دينه دراهم وله دنائير أو على ضد ذلك باعها القاضي في

ظلمه الماضي كما لا يخفى. ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقاً ومن ضرر الدائن فنقول: إن قوله: لا يتحمل الأعلى الدفع الأدنى قول: على موجب القياس، والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصله وفصلوه فترك به القياس، بخلاف الحجر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعاً. لا يقال: الحجر بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روي «أن معاذاً ركبته ديون فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص»^(١) كما ذكره في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الإمامين في هذه المسألة. لأننا نقول: أجابوا عنه في تلك الكتب أيضاً عن قيل أبي حنيفة بأن بيع النبي ﷺ مال معاذ كان بإذنه، استعان بالنبي عليه الصلاة والسلام، وقالوا: والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى، ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه أن يخالف أمر رسول الله ﷺ. وقال في البدائع: مع ما روي «أنه طلب من رسول الله ﷺ أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقتضياً ببركته»^(٢) اهـ. فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين، فتعين أن المدار فيه هو القياس. وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى. ثم إن من العجائب ما هنا أني قد ابتليت في زمان من الأزمان بأن أمتحن مع بعض من عدّ من الأهالي والأعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة: الهداية، وشرح المواقف، وشرح المفتاح، فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب، فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب: ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن وصيلة، فجعل كلمة

بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله: (كيف) أي كيف صح البيع (ولو صح المبيع كان الحبس ظلماً لأنه إضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعاً)

قال المصنف: (ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه) أقول: فإن قيل: الحبس أيضاً بعدم الرضا كما سبق في الإكراه فلا يصح البيع. قلنا الحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق فلا يكون إكراهاً على البيع فليتأمل. قال المصنف: (ودفعاً لظلمه) أقول: فإن قضاء الدين

(١) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ٥٨٢، ٤٨٦، والعلقي ٦٨١، كلهم من حديث ابن كعب بن مالك عن أبيه. وصححه الحاكم وسكت الذهبي مع أن في إسناده إبراهيم بن معاوية الكرابيسي ذكره الذهبي في الميزان وقال: ضعفه الساجي وغيره. وقال العلقي عقبه: رواه عبد الرزاق عن ابن كعب مرسل وهو الصواب. وله طريق آخر أخرجه الحاكم ٢٧٣، ٣ عن عبد الرحمن عن أبيه كعب: كان معاذ شاباً حليماً سمحاً من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى غرماءه رسول الله ﷺ، فلو تركوا أحداً لتركوا معاذاً أجل رسول الله ﷺ اهـ. وصححه الحاكم، وسكت الذهبي موافقاً إياه. ورواه الطبراني كما في المجمع ١١٠، ٤ من حديث جابر. وقال: فيه ابن إسحاق مدلس، وهو ثقة اهـ. فالحديث بمجموع طرقه يصير حسناً إلا أن المتن فيه غرابة والله أعلم.

(٢) هذا اللفظ غريب لم يذكر أحد في الطرق المتقدمة.

دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان. والقياس أن لا يبيعه كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين، بخلاف العروض لأن العرض يتعلق بصورها وأعيانها، أما النفوذ فوسائل فافتراقاً (ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر) لما فيه من المسارعة. وقيل دستان وهو اختيار إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدين (ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويبيع الباقي) لأن به كفاية شمس الأئمة الحلواني، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس. قال: (فإن أقر

أعلى مضافة إلى كلمة ما، وجعل كلمة ما موصولة، فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الأوهام، فلما عرض ذلك على الصديقين اللذين كانا حكيمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جداً، ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصّر عليه، وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الأمر حتى كاد تقع فتنة عظيمة، والله دَرّ من قال: رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعدّ طوره قوله: (ولكن يحبسهُ أبداً حتى يبيعه في دينه) أقول: يرد على ظاهر عبارة المصنف ها هنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفساد بأن قال: تسامح عبارته في الجمع بين الأبد وحتى ظاهر. ويمكن توجيه عبارته ها هنا أيضاً بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الأبد على الزمان الطويل الممتد. ويمكن ها هنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ها هنا بمعنى كي دون إلى، فيصير معنى الكلام: ولكن يحبسهُ أبداً ليكون سبباً لبيعه، فلا مسامحة في الجمع أصلاً إذ المسامحة إنما هي في الجمع بين الأبد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى، نعم لا يقصد بالأبد معنى الدوام البتة، ولكنه أمر آخر وراء المسامحة في الجمع تأمل تقف قوله وقالوا: (إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول: لقائل أن يقول: لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلساً، بل يجوز الحجر على الغني أيضاً عندهما نظراً لغرمائه، بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن، فذكر المفلس في وضع المسألة يخل بحق. لا يقال: قد ذكر في النهاية وغيرها نقلاً عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضي عليه بالإفلاس لا يصح حجره بلا خلاف، والإفلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالإفلاس وبالحجر بناء عليه. وعند أبي حنيفة رحمه الله: الإفلاس في حال الحياة لا يتحقق، فلا يمكنه القضاء بالإفلاس أولاً وبالحجر بناء عليه، ومنهم من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة، فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمناً لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالإفلاس اهـ. فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسألة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال: مسألة الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس. لأننا نقول: ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسألة وتقرير دليلهما

ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع قوله: (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وإنما خصه بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المدين في العروض، وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضاً لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله: (عملاً بالشبهين) قيل: إنما لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الأخذ نظراً إلى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية القاضي أعم وأقوى، فلو ثبت للغريم ولاية الأخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته. وقوله: (ويباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له. وقوله: (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون: يعني إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء للديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لا مرء له) بخلاف الإقرار فإن سببه

واجب عليه والمماثلة ظلم قال المصنف: (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول: لكنه مخالف لما سبق آنفاً من قوله ولكن يحبسهُ حتى يبيعه في دينه والأمر هين قال المصنف: (فلا يكون مشروعاً) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع.

في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم، بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له (ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر. قال: (ويشترط على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر، ولهذا لو

كقوله في مذهب أبي حنيفة: وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر، وقوله: في مذهبهما لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم، وقوله فيه أيضاً: ويأبى ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعاً على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال: مسألة الحجر بناء على مسألة القضاء بالإفلاس، إذ القضاء بالإفلاس لا يتصور فيما إذا ظهر ماله، وتلك الأقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله، بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول: من جعل هذه المسألة مسألة مبتدأة غير مبنية على مسألة القضاء بالإفلاس كما لا يخفى. فالجواب أن يقال: ليس المراد بالمفلس في قوله: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي، بل المراد به أما من يدعي الإفلاس فيتناول الغني أيضاً، إذ الظاهر أن المديون الذي لا يؤدي دينه يدعى الإفلاس وإن كان غنياً في نفسه، وأما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة قوله: (يمنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول: وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضاً غير واضح، والعهد في ذلك على القدوري، لأن هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه، ولكنه لو أصلحها بتصرف لكان أصلح كما لا يخفى قوله: (وهذا عند أبي حنيفة استحساناً) قال كثير من الشراح: إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله: لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض، وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضاً لأنه ممنوع من البيع وهو بيع الصرف اهـ.

محتمل. وقوله: (وإن لم يكن أخرجه تحرراً عن هلاكه) لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين، ألا يرى أنه لو توجه الهلاك إليه بالمخمصة لكان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضاً، لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه في الحبس وغيره سواء. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه نظراً للجانبين، لجانب المديون لأنه ينفق على نفسه وعياله، ولرب الدين لأنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه. وقوله: (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعه من أن يدوروا معه أينما دار (يلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر لقوله ﷺ «لصاحب الحق يد ولسان» أراد باليد الملازمة، وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقوله: (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره. وأما المديون في حال صحته لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك، نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال: رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وآخر منهم ثلاثمائة وآخر منهم مائتان وماله خمسمائة، فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم؟ قال: إذا كان المديون حاضراً فله أن يقضي ديونه بنفسه، وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته، وإن كان المديون غائباً والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض. وقوله: (بيتة اليسار ترجح) اليسار اسم للإيسار من أيسر: أي استغنى، والإعسار مصدر أعسر: أي افقر، وفي بعض النسخ على بيتة العسار بمعنى الإعسار. قال في المغرب: وهو خطأ. وقوله: (لأنها أكثر إثباتاً) لأن بيتة الإعسار تؤكد ما دل عليه غيره، إذ الأصل هو العسرة فصار كبيتة ذي اليد في مقابلة بيتة الخارج، وقوله في الملازمة (لا يمنعون الخ) تفسير

قوله: (لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول: فيه بحث قوله: (يؤخذ بضمائه قبل قضاء الديون) أقول: فيه بحث.

تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء. قال: (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدا، إلى أن قال: وكذلك إن أقام البيعة أنه لا مال له: يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة، ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه، والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى. قال: (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام «لصاحب الحق يد ولسان»^(١) أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. قال: (ويأخذون فضل

أقول: ما ذكروا إنما يتم أن لو كان عبارة المصنف، وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله: استحساناً، وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصاً بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة، فإن كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبي حنيفة فقط، وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج إلى الاعتذار تدبر قوله: (بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح: قوله: بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله: لزمه ذلك بعد قضاء الديون: يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حاله الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامه. أقول: في تفسيرهم نوع خلل، إذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم: يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون، بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة. نعم قولهم: فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة، لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله، فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال: في شرح قول المصنف: بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف اه. وما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك: حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه قوله: (وينتق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول: ليس المفلس ها هنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره، بل عدم إرادة الحقيقة ها هنا أظهر، لأن قوله من ماله يأبى إرادتها قطعاً، وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون، فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر قوله: (قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول: كان لفظ مختصر

للملازمة (ولا يجلسه في موضع لأنه حبس) وليس بمستحق عليه وعن محمد رحمه الله أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو في بيته، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعي (ولو دخل داره لحاجته) كنداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة) وعن هذا قيل: إذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعاً لأجل الغائط له أم يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق) والأشد (عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحيثئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الإكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن

(١) ضعيف هكذا. أخرجه الدارقطني ٢٣٢،٤ عن مكحول مرسلًا وابن عدي ٢٧٨،٦ في الكامل من حديث أبي عتبة الخولاني وأعله ابن عدي بمحمد بن معاوية النيسابوري، ونقل عن البخاري قوله: أن له أحاديث لا يتابع عليها. ونقل عن النسائي: أنه ليس بثقة متروك الحديث اه لكن للحديث أصل عند البخاري بمعناه أخرجه ٢٦٠٩، ٢٣٠٦ من حديث أبي هريرة وأخرجه الديلمي في مسند الفردوس ٧٨٢ والبيهقي ٥٢، ٢٠٠٦ كلاهما في حديث عائشة. ولفظ البخاري في الرواية الثانية: «أن النبي ﷺ أخذ سنًا، فجاء صاحبه يتقاضاه، فقالوا له، فقال: إن لصاحب الحق مقالاً، ثم قضاء أفضل من سنه، وقال: أفضلكم أحسنكم قضاء».

كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة وقالوا: ((إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا)) لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة. وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غاد ورائح، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً فيصالح للدفع لا لإبطال حق الملازمة. وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتاً، إذ الأصل هو العسرة. وقوله في الملازمة لا يمنعون من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة

القدوري والبداية ها هنا هكذا: وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرامؤه حبسه وهو يقول: لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كضمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة. اهـ. وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى، ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسألة في الهداية لأمر يعتري الإنسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية قوله: ((إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له) قوله: إلى أن قال متعلق بقوله قال، فإن لم يعرف للمفلس مال: يعني قال القدوري في مختصره: فإن لم يعرف للمفلس مال، إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له. وقوله: يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له. وقوله: لوجوب النظرة إلى الميسرة لتعليل لذلك. وأقول: كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله: إلى أن قال على قوله. وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب أدب القاضي لثلاثا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للنظر في تعلق قوله: إلى أن قال بقوله قال: فإن لم يعرف للمفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال: ويقول قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاماً مستقلاً كنظائره ولا يكون قلقاً كما ذكره تبصر تفهم قوله: (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعي، لأن استواء حقوقهم في القوة إنما يفيد عدم

الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلوة بالأجنبية، لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها) قال: (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بيعته) إذا اشترى متاعاً من رجل فافلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه. وقال الشافعي رحمه الله: يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز) عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة وعن قضيته المساواة) فإن قيل: قياس مع وجود فارق وهو فاسد، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ، بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ. أجاب بقوله: (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة، وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالمقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالمقد، وإنما المستحق به وصف في الذمة: أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالمقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما لو كان المشتري مالياً. وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به ديناً في الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والمليء. فإن قيل: هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «أيما رجل أفلس فأدرك رجلاً» وفي رواية «فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به» والاستدلال في مقابلة النص فاسد. فالجواب أنه معارض بما روى الخصاف بإسناده أن النبي ﷺ قال

قوله: (قال في المغرب: وهو خطأ) أقول: ويوجه هنا بأنه على سبيل الأزواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام «ارجعن ماجورات غير مأزورات» قوله: (لاستلزامها الخلوة بالأجنبية الخ) أقول: يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ، والضمير في تلازمها راجع

فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه، إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها. قال: (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بيمينه اتباعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله: يحجر القاضي على المشتري بطلبه. ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة، ومن قضيته المساواة وصار كالسلم. ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة: أعني الدين، ويقبض العين تتحقق بينهما مبادلة، هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها، إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين، والله أعلم.

جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالحصص: أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين، بل يوهم لزوم الاستواء فيما أخذه، وتام المدعي ها هنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل قوله: (لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع، وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل: لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن، والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة، ومن قضيته المساواة اهـ. ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال: فيه بحث، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم، وقوله: وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اهـ. أقول: ليس ذاك بسديد، لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ها هنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة، وإلا لزم أن يوجب العجز على التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد، فالمدار في تحقق العلة الجامعة ها هنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ها هنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة، والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية، بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ها هنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والإمام الزيلعي وغيرهم، والله أعلم.

«أما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه» وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع. فإن قيل: ما ذكرتم من الدليل إن صح بجميع مقدماته لزم أن لا ينسخ العقد إذا كسدت الفلوس، لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة. وهي باقية كما كانت قبل الكساد. أجيب بأن لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك. ولا يشكل بما إذا عجز المكاتب عن أداء البدل فإن موجب العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم، فإذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله: (ويقبض العين) جواب عما يقال: لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرا ذمة المديون بدفع المنقودة، وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارح العين بدلاً عنه، فإذا قبض العين بدلاً عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث إنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة آخر وصف فليتقيا قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله ﷺ «لا تأخذ إلا سلكك أو رأس مالك» فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ، والله أعلم بالصواب.

إلى المديونة قوله: (والجامع بينهما أنه الخ) أقول: فيه بحث، بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم. وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل قوله: (وهو يملك به) أقول: الضمير في قوله به راجع إلى العقد.