

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الواحد العدل^١

كتاب التحرى^٢

حدثنا أبو عصمة^٣ قال أخبرنا أبو سليمان قال: سمعت محمدا يقول:

(١) كذا في م ، ولم تذكر البسمة والحمدلة في بقية الأصول .
(٢) التحرى لغة هو الطلب والابتغاء ، كقول القائل لغيره : أتحرى مسرتك - أى أتطلب مرضاتك ، قال تعالى " فاولئك تحروا رشدا " وهو التوخي سواء إلا أن لفظ « التوخي » يستعمل في المعاملات و « التحرى » في العبادات ، قال صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصا في المواريث إليه : اذهبا وتوخيا واستهما وليحل كل واحد منكما صاحبه ؛ وقال صلى الله عليه وسلم في العبادات : إذا شك أحدكم في صلاته فليتحجر الصواب ؛ وفي الشريعة عبارة عن طلب انشئ .
بغالب الرأى عند تعذر الوقوف على حقيقته ، وقد منع بعض الناس العمل بالتحرى لأنه نوع ظن والظن لا يغنى من الحق شيئا ولا ينبغي الشك به من كل وجه ، ومع الشك لا يجوز العمل ولكننا نقول : التحرى غير الشك والظن ، فالشك أن يستوى طرف العلم بالشيء والجهل به ، والظن أن يترجح أحدهما بغير دليل ، والتحرى أن يترجح أحدهما بغالب الرأى ، وهو دليل يتوصل به إلى طرف العلم وإن كان لا يتوصل به إلى ما يوجب حقيقة العلم ، =

= ولأجله سمي تحرى ، فالحرى اسم الجبل على طرف المفاوز ، والدليل على ما قلنا الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى ” فامتنحوا عن الله اعلم بإيمانهم فإن علمتهموهن مؤمنات “ وذلك بالتحرى وغالب الرأى فقد أطلق عليه العلم ، والسنة قوله صلى الله عليه وسلم : المؤمن ينظر بنور الله ؛ وقال صلى الله عليه وسلم : فراسة المؤمن لا يخطئ ؛ وقال صلى الله عليه وسلم : اوابصة : ضع يدك على صدرك فالإثم ما حاك في قلبك وإن افتاك الناس ؛ وشيء من المعقول يدل عليه فإن الاجتهاد فى الأحكام الشرعية جاز للعلم به وذلك عمل بغالب الرأى ثم جعل مدركا من مدارك أحكام الشرع وإن كان لا يثبت به ابتداء ، فكذلك التحرى مدرك من مدارك التوصل إلى أداء العبادات وإن كانت العبادة لا تثبت به ابتداء ، والدليل عليه أمر الحروب فإنه يجوز العمل فيها بغالب الرأى مع ما فيها من تعريض النفس المحترمة للهلاك ؛ فإن قيل : ذلك من حقوق العباد وتحقق الضرورة لهم فى ذلك كما فى قيم المتلفات ونحوها ونحوه إنما أنكرنا هذا فى العبادات التى هى حق الله تعالى ! قلنا : فى هذا أيضا معنى حق العبد وهو التوصل إلى إسقاط ما لزمه أدائه ، وكذلك فى أمر القبلة فإن التحرى لمعرفة حدود الأقاليم وذلك فى حق العبد ، وفى الزكاة التحرى لمعرفة صفة العبد فى الفقر والغنى فيجوز أن يكون غالب الرأى طريقا إلى الوصول إليه - اهـ ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ج ١٠ ص ١٨٦ .

(م) وهو سعد بن معاذ المروزى ، من فقهاءنا ، لم أجد فى كتب الرجال المشهورة ولا فى طبقات الحنفية ، ويذكره أبو المؤيد الموفق فى مناقب إمامنا كثيرا ويروى عنه ، روى عن سهل ومحمد ابني مزاحم المروزيين من أصحاب إمامنا ، وهما ذكرهما ابن أبي حاتم فى الجرح والتعديل ، قال : سهل بن مزاحم المروزى أبو وهب كان يقال إنه من الأبدال ، روى عن عبد العزيز ، روى عنه حبان بن موسى المروزى - ج ٢ ق ١ ص ٢٠٤ . وقال أبو المؤيد موفى بن أحمد ٢ / ٨٩ من مناقبه : وسهل بن مزاحم هذا من كبار أئمة مرو ، صاحب أبا حنيفة وناظره =

إذا خرج الرجل ٢ بركة ماله يريد أن يتصدق بها فأعطاها قوما ولم يحضره ٣ عند إعطائها أن الذين أعطاهم فقراء ولا أغنياء ذهل عن

= وروى عنه، وكان يعد من عباد خراسان وزهادهم - اه. و محمد بن مزاحم ذكره ابن أبي حاتم في ج ٤ ق ١ ص ٩٠ من كتاب الجرح والتعديل، قال: محمد بن مزاحم أبو وهب أخو سهل بن مزاحم المروزي، روى عن مقاتل بن حيان، روى عنه محمد بن علي بن الحسن بن شقيق - اه. وذكره البخاري أيضا في ج ١ ق ١ ص ٢٢٨ من تاريخه الكبير، قال: محمد بن مزاحم أبو وهب وهو أخو سهل المروزي، يقال موالي بني عامر، مات سنة تسع ومائتين، ومات سهل قبل المائتين، سمع ابن المبارك - اه. وهو من رجال التهذيب، روى له الترمذي، راجع ج ٩ ص ٤٣٧ من تهذيب التهذيب، وروى أبو عصمة هذا عن أبي سليمان الجوزجاني وإبراهيم بن رستم وعمر بن حماد بن أبي حنيفة وعن يحيى بن أكثم، روى عنه أبو جعفر محمد بن أحمد القاضي ويوسف بن يعقوب وأبو العباس أحمد بن سعيد المروزي وأحمد بن علي المروزي وعمران بن فرينام وأبو يعقوب الغزال وإبراهيم بن منصور البخاريون وأبو يعقوب الغزال أظنه يوسف بن يعقوب - راجع ص ٧٤، ٧٨، ٨٢، ١١٤ من الجزء الأول من المناقب وص ٣٤ من الجزء الثاني منه. قلت: بل أكثر منه الرواية في مناقبه وذكره في سوى المقامات المذكورة أيضا فهو من المعروفين.

(١) كذا في الأصول، وفي المختصر «وإذا تصدق».

(٢) سقط لفظ «الرجل» من ه. قلت: بدأ الكتاب بمسائل الزكاة وكان الأولى أن يبدأ بمسائل الصلاة لأنها مبتدأة في القرآن، وكأنه فعل ذلك لأن معنى حق العبد في الصدقة أكثر فانه يحصل بها سد خلة المحتاج، أو لأنه وجد في باب الصدقة نصا وهو حديث يزيد السلمي على ما بينه فبدأ بما وجد فيه النص ثم عطف عليه ما كان مجتهدا فيه - أفاده السرخسي.

(٣) وفي ه «لم يحضر» وفي المختصر «ولم يحضر نيته».

ذلك ولم يسأله ، فلما أعطاهم تفكر في ذلك فلم يدر أغنياء هم أم لا ؟
 فان ذلك يحجزه ، فان علم على أى هيئة كانوا حين أعطاهم فوقع في
 قلبه أن بعضهم كان محتاجا عليه هيئة المحتاج وأن بعضهم كان غنيا
 عليه هيئة الأغنياء وكان على ذلك ١ أكبر رأيه وذلك بعد الإعطاء
 ٥ أجزته عطيته ٢ لمن كان أكبر ٣ رأيه أنه فقير ، ولم تجزئه عطيته لمن
 أكثر رأيه أنه غنى ، لأن من خرج بركة ماله يريد أن يتصدق بها
 فهو عندما يريد أن يعطيها الفقراء ، فمن أعطى من الناس فهو فقير يحجزه
 عطيته إياه إلا أن يكون أعطى من أكثره رأيه أنه غنى ، فاذا كان على
 ذلك لم تجزئه عطيته إلا أن يعلم أنه فقير فتجزئه ٦ عطيته .

١٠ فأما إذا أعطى رجلا يرى أنه فقير ولم يسأله ولم يأت من أمره
 أمر يدل أنه فقير ٧ فظن أنه فقير ٨ فأعطاه أو أعطاه على غير ظن
 حضره ثم ظن بعد العطية أنه فقير ثم علم بعد ذلك أنه غنى لم يحجزه
 ما أعطاه ، لأنه أعطاه على غير مسألة ولا دلالة .

(١) سقط قوله « على ذلك » من ٥ .

(٢) وفي ٥ « عطية » وليس بشئ .

(٣) وفي م « أكثر » .

(٤) كذا في الأصل ، وفي م « زمن » .

(٥) وفي ز « أكبر » .

(٦) من قوله « ولم تجزئه عطيته » س ٥ ساقط من ٥ .

(٧ - ٨) سقط قوله « فظن أنه فقير » من ٥ .

وإن كان الرجل سألَه وأخبره أنه محتاج فأعطاه ثم علم بعد ذلك أنه غنى فإن أبا حنيفة قال في ذلك: يجزيه زكاته؛ وكذلك قول محمد، وأما في قول أبي يوسف فلا يجزيه إذا علم أنه غنى؛ وقال: هو بمنزلة رجل توضعاً بماء غير طاهر ثم صلى وهو لا يعلم فهو يجزيه ما لم يعلم، فإذا علم أعاد الوضوء وأعاد الصلاة. وقال محمد: لا تشبه الصلاة ٥ الصدقة لأن هذا لا تعد صلاته صلاة لأنه صلى ٣ على غير وضوء، والمتصدق صدقته جائزة عليه، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذها من الذي أعطاه إياه لم يكن له ذلك في الحكم لأنها صدقة نافذة جائزة لا رجوع فيها ولو كان له أن يأخذها من المتصدق عليه لأنها ليست بصدقة كان هذا قياس الصلاة بغير وضوء لأن الصلاة بغير وضوء ليست بصلاة، فينبغي ١٠ أن تكون هذه ليست بصدقة، وينبغي لصاحبها أن يأخذها من المتصدق عليه، فإذا كان لا يقدر على أخذها منه كانت صدقة تامة فكيف يغرمها صاحبها مرتين ولم يكن على صاحبها أكثر من الذي صنع؟ وقد وافقنا أبو يوسف أن الصدقة لا ترد على صاحبها ولكنها نافذة للمتصدق عليه، ولذلك ٦ اختلفت الصدقة والصلاة على غير وضوء؛ ١٥

(١) وفي هـ «يجزيه» .

(٢) وفي هـ «يشبه» .

(٣) سقط قوله «صلى» من هـ، م .

(٤) وفي هـ، م «فإن» .

(٥) وفي هـ «يعرفها» .

(٦) كذا في هـ، وفي الأصل وكذا في م، ز «كذلك» .

إنما مثل الصدقة على الغنى إذا تصدق عليه وهو لا يعلم ثم علم بعد ذلك رجل صلى وتحرى القبلة أو أخبره^١ مخبر أن القبلة كذا فصلى بقوله أو بتحريه حتى إذا فرغ علم أنه صلى^٢ غير القبلة فصلاته تامة ، ولا إعادة عليه فيها لأنه صلى ولم يكن عليه^٣ أكثر من الذى صنع . فكذلك الصدقة على الغنى إذا لم يعلم ولم يسأله وأخبره أنه فقير فليس عليه أكثر مما صنع ، ولو لم يخبره أنه فقير ولم يسأله عن ذلك ولكنه صادفه فى مجلس الفقراء قد صنع صنيع^٤ أصحاب المسألة فأعطاه كان هذا بمنزلة من سأله وأخبره أنه فقير ، لأن هذا دلالة على الفقر بمنزلة المسألة . وقد يحىء من هذا ما هو أدل من المسألة أو قريب منها أو مثلاً .
١٠ . وكذلك فى قول أبى حنيفة ومحمد^٥ إن أعطى ذمياً من زكاته وقد أخبره

(١) كذا فى ع ، ز ؛ وفى م « فأخبره » .

(٢) سقط من قوله « وتحرى القبلة » س ٢ من هـ .

(٣) سقط لفظ « عليه » من هـ .

(٤) وفى هـ « ما » .

(٥) لفظ « صنيع » ساقط من هـ وهو فى الأصول « صنع » والصواب « صنيع » .

(٦) وفى م « الفقراء » وليس بصواب .

(٧) قلت : شرح السرخسى هذه المسألة فى شرح المختصر فقال : (مسألة الزكاة

على أربعة أوجه : أحدها أن يعطى زكاة ماله رجلاً من غير شك ولا تحر

ولاسؤال فهذا يجزئ ما لم يتبين أنه غنى) لأن مطلق فعل المسلم محمول على ما يصح

شرعاً وعلى ما يصح فيه تحصيل مقصوده وعلى ما هو المستحق عليه حتى يتبين

خلافه ، فإن الفقر فى القابض أصل ، فإن الإنسان يولد ولا شيء له ، والتمسك =

= بالأصل حتى يظهر خلافه جائز شرعا فالمعطى فى الإعطاء يعتمد دليلا شرعيا فيقع المؤدى موقعه ما لم يعلم أنه غنى ، فاذا علم ذلك فعليه الإعادة لأن الجواز كان باعتبار الظاهر ولا معتبر بالظاهر اذا تبين الأمر بخلافه (فان شك فى أمره بأن كان عليه هيئة الأغنياء أو كان فى أكبر رأيه أنه غنى ومع ذلك دفع إليه فانه لا يجزیه ما لم يعلم أنه فقير) لأن بعد الشك ازمه التحرى ، فاذا ترك التحرى بعد ما ازمه لم يقع المؤدى موقع الجواز إلا أن يعلم أنه فقير (فحينئذ يجوز) لأن التحرى كان لمقصود وقد حصل ذلك المقصود بدونه فسقط وجوب التحرى ، كالسعى إلى الجمعة واجب لمقصود وهو أداء الجمعة فاذا توصل إلى ذلك بأن حمل إلى الجامع مكرها سقط عنه فرض السعى ؛ (و الثالث أن يتحرى بعد الشك ويقع أكبر رأيه أنه غنى فدفع إليه) مع ذلك (فهذا) لا يشكل أنه (لا يجزیه ما لم يعلم بفقره ، فاذا علم فهو جائز) وهو الصحيح ، وقد زعم بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ومحمد أنه لا يجزیه على قياس ما نبينه فى الصلاة ، والأصح هو الفرق فإن الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة ، فاذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن إسقاط الواجب عنه ، فأما التصديق على الغنى صحيح ليس فيه معنى المعصية فيمكن إسقاط الواجب بفعله هذا إذا تبين وصول الحق إلى مستحقه بظهور فقر القابض ؛ (و) الفصل (الرابع أن يتحرى ويقع فى أكبر رأيه أنه فقير فدفع إليه ، فاذا ظهر أنه فقير أو لم يظهر من حاله شيء جاز) بالاتفاق (وإن ظهر أنه كان غنيا فكذلك فى قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الأول) وفى قوله الآخر تلزمه الإعادة وهو قول الشافعى (وكذلك لو كان جالسا فى صف الفقراء يصنع صنيعهم أو كان عليه زى الفقراء أو سأله فأعطاه) . ثم احتج لأبى يوسف ثم للإمام عليه بالتفصيل فراجع الشرح إن شئت زيادة التفصيل ، ثم قال (ولو تبين أن المدفوع إليه أبا الدافع أو ابنه فهو على هذا الاختلاف أيضا) وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه لا يجزیه هنا كما هو قول أبى يوسف . ثم احتج لكلا القولين ، ثم قال : فان تبين أنه =

أنه مسلم أو عليه سيما المسلمين فأعطاه من زكاته ثم علم أنه ذى أجزاء ذلك ١.

= هاشمي فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لأن المنع من جواز صرف الواجب إليه باعتبار النسب مع أن التصديق عليه قرينة فهو فصل الأب سواء. وفي جامع البرامكة روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يلزمه الإعادة لأن كونه من بني هاشم مما يوقف عليه في الجملة ويصير كالمعلوم حقيقة فكان هذا بمنزلة ظهور النص، بخلاف الاجتهاد، ودليله أنه لو قال لهاشمي «لست بهاشمي» فإنه يحد أو يعزر على حسب ما اختلفوا فيه - ١٠٥/١٠٥. قلت: سقطت مسألة إعطاء الزكاة والداء وادأ من نسخة المختصر الذي عندنا، وهي تأتي في المتن بعد مسألة الذي.

(١) تعبير المسألة في المختصر هكذا: وإذا تصدق الرجل بركة ماله على قوم لم يسألوه ولم يحضره نيته عند الإعطاء أنهم أغنياء أو فقراء أو لم يعرف حالهم فهو جائز عنه، إلا من كانت عليه هيئة الأغنياء أو وقع أكبر رأيه أنه غني فإن هذا لا يجوز حتى يعلم أنه فقير، فإن أعطى رجلا يرى أنه فقير أو أعطاه على غير ظن حضره ثم علم بعد ذلك أنه غني لم يجزه إذا خطر بباله ولم يجتهد، فإن كان الذي سألته أخبره أنه محتاج فأعطاه ثم علم بعد ذلك أنه غني أجزاء في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يجوز وهو بمنزلة رجل توضع بلاءه صلى ثم تبين له أنه كان غير ظاهر فعلية الإعادة، وقال محمد: لا تشبه هذه الصدقة، لأن هذا لا يعد صلاته صلاة، والصدقة صدقة ماضية، ولو أراد المصدق أن يأخذها لم يكن له ذلك، وقد وافقنا أبو يوسف على هذا، وإنما مثل الصدقة مثل رجل تحرى القبلة صلى أو أخبره بالقبلة رجل فصلى بقوله فلما فرغ منها علم أنه صلى لغير القبلة فليس عليه إعادة الصلاة لأنه لم يكن عليه أكثر من الذي صنع، فكذلك الصدقة إذا أخبره أنه فقير فليس عليه أكثر من ذلك يصنع صنيع أصحاب المسألة أنه قد يجيء من هذا شاهد أدل على انقراض المسألة، وكذلك إن لم يجزه أنه فقير ولكنه رآه في مجلس الفقراء، وكذلك إن أعطى ذميا أخبره أنه مسلم أو كان =

وكذلك إن أعطاهم ولدا أو والدا^١ وهو لا يعلم ثم علم أجزاء ذلك .
 وإن أعطاه عبدا له أو مكاتبا له وهو لا يعلم به أو أخبره أنه
 حر فأعطاه ثم علم بعد ذلك أنه عبد له عليه دين أو مكاتب لم يجزه^٢
 = عليه سيما المسلمين ثم علم أنه ذمي أجزاء ، وهذا كله في قول أبي حنيفة ومحمد .
 وفي شرح المختصر للسرخسي : (ولو تبين أن المدفوع إليه ذمي فهو على هذا
 الخلاف أيضا) وفي الأمانى : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجزيه لأن
 الكفر مما يوقف عليه ، ولهذا لو ظهر أن الشهود كفار بطل قضاء القاضي ، وفي
 ظاهر الرواية قال : ما يكون في الاعتقاد فطريق معرفته الاجتهاد والتصديق على
 أهل الذمة قرينة فهو وما سبق سواء ، وفي الكتاب قال : (أعطى ذميا أخبر
 أنه مسلم أو كان عليه سيما المسلمين) وفي هذا دليل أنه يجوز تحكيم السيام في هذا
 الباب ، قال تعالى "يعرف المجرمون بسيماهم" ، وقال تعالى "تعرفهم بسيماهم"
 وفيه دليل أن الذمي إذا قال « أنا مسلم » لا يصير مسلما لأنه قال : أخبره أنه مسلم
 ثم علم أنه ذمي ، وهذا لأن قوله « أنا مسلم » أى منقاد للحق وكل أحد يدعى
 ذلك فيما يعتقده ، وقد قال بعض المتأخرين : المجوسى إذا قال « أنا مسلم » يحكم
 بإسلامه لأنهم يتشاءمون بهذا اللفظ ويتبرؤن منه ، بخلاف أهل الكتاب ؛ وإن
 تبين أن المدفوع مستأمن حربى فهو جائز على ما ذكر فى كتاب الزكاة ، وفي
 جامع البرامكة : روى أبو يوسف عن أبي حنيفة الفرق بين الذمي والحربي
 المستأمن فقال : نهينا عن البر مع من يقاتلنا في ديننا ، فلا يكون فعله في ذلك قرينة ،
 وبدون فعل القرينة لا يتأدى الواجب ، ولم ننه عن البر مع من لا يقاتلنا ، قال
 تعالى " لا ينهكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين " ، فيكون فعله في حق الذمي
 قرينة يتأدى به الواجب عند الاشتباه - ١٨٩/١٠ هـ .

(١) وفي « ووالدا » وليس بشىء .

(٢) كذا في ز . وفي « لم تجزه » بالياء .

ذلك ، لأن هذا ماله أعطاه ماله فصار ماله بعضه في بعض فلا يجزى ذلك من شيء ، فأما ما أعطى ولدا أو والدا ، هو لا يعلم ثم علم بعد ذلك أجزاءه في قول أبي حنيفة ومحمد .

(١) وهذا بخلاف ما لو تبين أن المدفوع إليه عبد لغني أو مكاتب له فإنه يجزئه ، وفي حق المكاتب مع العلم أيضا ، ولا ينظر إلى حال المولى لأن إخراجهم من ملكه على وجه التقرب هناك فصار لله تعالى خالصا ، فأما في عبد نفسه ومكاتبه لم يتم إخراجهم عن ملكه ، وبقاء حقه يمنعه أن يصير لله تعالى خالصا فهذا لا يسقط به الواجب - هـ أفاده السرخسي في شرح هذه المسألة ص ١٩٠ .

(٢-٢) كذا في الأصل وكذا في ز ، وفي هـ شيء من ذلك .

(٣) قال السرخسي : (ولو تبين أن المدفوع إليه كان أبا الدافع أو بنه فهو على هذا الاختلاف) وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه لا يجزئه هنا ، كما هو قول أبي يوسف ، أما طريق أبي يوسف أنه من لا يكون مصرفا للصدقة مع العلم بحاله لا يكون مصرفا عند الجهل بحاله إذا تبين الأمر بخلافه ، وجه رواية ابن شجاع أن النسب مما يعرف حقيقة ، ولهذا لو قال لغيره « لست لأبيك » لا يلزم الحد ، والحد يدرأ بالشبهة ، فكان ظهور النسب بمنزلة ظهور النص ، بخلاف الاجتهاد ؛ وجه ظاهر الرواية ما احتج به في الكتاب فإنه روى عن إسرائيل عن أبي الجويرية عن معن بن يزيد السلمي قال : خاصمت أبي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ف قضى لي عليه (إلى آخر الحديث) ولا معنى لملحه على التطوع لأن ترك الاستفسار من رسول الله صلى الله عليه وسلم دليل على أن الحكم في الكل واحد ، مع أن مطلق الصدقة ينصرف إلى الواجب ، وفي بعض الروايات قال : صدقة ماله ؛ وهو تنصيص على الواجب ، وكان المعنى فيه أن الواجب فعل هو قرابة في محل يجزى فيه الشح والضم وهو المال باعتبار مصرف إيس بينهما ولاد ، ثم عند =

أبو سليمان قال أخبرنا محمد قال أخبرنا إسرائيل ' عن أبي الجويرية الجرمي ' عن معن بن يزيد السلمى قال : خاصمت أبى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى لى عليه ، وذلك أن أبى أعطى صدقة رجلا فى المسجد وأمره أن يتصدق بها فأتيته فأعطانيها ثم أتيت أبى فعلم بها فقال : والله يا بنى ! ما إياك أردت بها ؛ فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

= الاشتباه والحاجة أقام اشرع أكثر هذه الأوصاف مقام الكل فى حكم الجواز ، والحاجة مسألة لتعدد استرداد المقبوض من القابض ، وبهذا يستدل فى المسألة الأولى أيضا فإن الصدقة على الغنى فيها معنى القرية كاتصدق على الولد ، ولهذا لا رجوع فيه فى مقام أكثر الأوصاف مقام الكل فى حق الجواز ، ثم طريق معرفة البينة الاجتهاد ، ألا ترى أنه لما نزل قوله تعالى " الَّذِينَ اتَّيْنَهُمُ الْكِتَابُ يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ " قال عبد الله بن سلام رضى الله عنه : والله إني بنبوته أعرف من ولدى فإني أعرفه نيا حقا ولا أدري ماذا أحدث النساء بعدى ؛ وإذا كان طريق المعرفة الاجتهاد كان هذا والأول سواء من حيث أنه لا ينتقض الاجتهاد باجتهاد مثله - أم ما قاله السرخسى ١٠ ١٨٨ ، ١٨٩ .

(١) سقط لفظ « إسرائيل » من هـ .

(٢) أبو الجويرية ، بالتصغير ، حطان بكسر الحاء وشدة الطاء ، بن خفاف بضم الخاء وخفة الفاء ، وأبو الجويرية بضم الجيم ، من رجال التهذيب ، روى له البخارى وأبو داود والنسائى ، روى عن ابن عباس ومعن بن يزيد بن الأخنس السلمى وعبد الله بن بدر العجلي وبلال بن خالد ، روى عنه إسرائيل وزهير والسفيانان وشعبة وعاصم بن كليب وشريك وأبو عوانة ، قال ابن عبد البر : أجمعوا على أنه ثقة - من تهذيب التهذيب ، قلت : وكان فى الأصول « الحرى » بالحاء تصحيف ، وهو بفتح الجيم وسكون الراء نسبة الى قبيلة « حرم » وهى باليمن ؛ وكان فى الأصول « الجويرة » تصحيف .

وسلم فقال: يا يزيد! لك ما نويت، ويا معن! لك ما أخذت. قال محمد: قد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مجزيا عن يزيد، وجعله لمعن، فكذلك نقول.

(١) والحديث أخرجه البخارى فى باب إذا تصدق على ابنه وهو لا يشعر ص ١٩١ عن محمد بن يوسف قال حدثنا إسرائيل قال حدثنا أبو الجويرية أن معن بن يزيد حدثه قال: بايعت رسول الله أنا وأبى وجدى وخطب على فأنكحنى وخاصمته إليه وكان أبى يزيد أخرج بدنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل فى المسجد فحقت فأخذتها فأتيته بها فقال: والله ما إياك أردت! فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لك ما نويت يا يزيد، ولك ما أخذت يا معن - ١٥؛ قالت: وأخرجه البيهقى فى ج ٧ ص ٣٤ من سننه من طريق عبدان أنبا عبد الله أنبا إسرائيل ثنا أبو الجويرية الجرمي أن معن بن يزيد السلمي حدثه قال: بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا وأبى وجدى وخطب على فأنكحنى وخاصمت إليه كان أبى يزيد أخرج بدنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل فى المسجد فحقت فأخذتها فأتيته بها فقال: والله ما إياك أردت بها؛ فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لك ما نويت يا يزيد، ولك يا معن ما أخذت؛ وأخرجه من طريق عبد الرحمن بن علقمة المروزي ثنا أبو حمزة السكري عن أبى الجويرية الجرمي قال سمعت معن ابن يزيد يقول: خاصمت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فألقننى وخطب على فأنكحنى وبايعته أنا وجدى، قال قلت له: وما كانت خصومتك؟ قال: كان رجل يغشى المسجد فيتصدق على رجال يعرفهم بخاء ذات ليلة ومعه صرة فظن أنى بعض من يعرف فلما أصبح تبين له فأتانى فقال: ردها، فأبيت فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز لى الصدقة وقال: لك اجر ما نويت - ١٥. وأخرجه فى أسد الغابة فى ترجمة معن مختصرا.

ولو أن رجلاً توضأ في ليلة مظلمة في سفر ثم قام عامداً إلى الصلاة فصلى ولم يحضره ١ نية حتى صلى في تحرى القبلة، فلما قضى صلاته علم أنه صلى لغير التبلة فإنه يعيد صلاته، وإن كان حين فرغ لم يدر أصلى إلى القبلة أو إلى غيرها، فإن كان أكبر ٢ رأيه أنه صلى إلى القبلة فصلاته تامة، وإن كان ٣ أكبر رأيه أنه صلى إلى غير القبلة أعاد صلاته ٥، وإن لم يكن له في ذلك رأى أو كان قد ركب فضى عن ذلك الموضع فلم يحز له رأى في تحرى القبلة ٦ ولا غيرها فصلاته تامة، لأنه حين قام عامداً إلى الصلاة حتى دخل فيها فصلى فهو عندنا على تحرى القبلة حتى يعلم غير ذلك ٧. ولو كان حين انتهى إلى موضع الصلاة شك فلم يدر

(١) كذا في المختصر الكافي، وفي الأصول « ولم يحضر » من غير ضمير.

(٢) وفي م، ز « أكثر ».

(٣) وفي « لأنه إن كان » وهو تحريف.

(٤) وفي م « أكثر ».

(٥) كذا في م، ع، ع؛ وفي ز « فإن كان أكبر رأيه أنه صلى إلى غير القبلة أعاد صلاته، وإن كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة فصلاته تامة ».

(٦) كذا في ز « القبلة »، وفي البقية « قبلة ».

(٧) وفي « حتى يعلم ذلك ». وفي المختصر: رجل توضأ في ليلة مظلمة في السفر

ثم صلى ولم يحضره نية في تحرى القبلة حتى صلى فلما قضى صلاته علم أنه صلى لغير القبلة فإنه يعيد صلاته، وكذلك إن كان أكثر رأيه أنه صلى لغير القبلة، وإن كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة أجزاء، فإن لم يكن له في ذلك رأى وكان قد مضى من ذلك الموضع أجزاء، وإن لم يتوجه له رأى في التحرى فصلاته تامة لأنه حين قام عامداً إلى الصلاة ودخل فيها فهو عندنا على تحرى القبلة حتى يعلم =

أن القبلة فلم يتحر أكبر رأيه حتى مضى فصلى إلى بعض تلك الوجوه
بغير تحر ولا أكبر رأى حتى فرغ من صلاته فعليه أن يعيد صلاته،
إلا أن يعلم أنه صلى للقبلة. فإن كان أكبر رأيه أنه صلى للقبلة إلا أن

= غير ذلك، ولو كان حين أتاها إلى موضع الصلاة فشك فلم يدر أين القبلة
فلم يتحر حتى صلى إلى بعض ذلك الوجوه بغير تحر ولا أكثر رأى فعليه أن
يعيد صلاته إلا أن يعلم أنه صلى للقبلة، فإن كان أكثر رأيه أنه صلى للقبلة إلا أن
ذلك إنما كان بعد دخوله في صلاته لم تجزه تلك الصلاة حتى يستقبلها بتكبير
مستقبل لأن الواجب عليه أن يتحرى ثم يفتح - الخ. وقال السرخسي في شرح
المسألة: ثم المسألة على أربع أوجه: فاما أن يصلى إلى جهة من غير شك ولا تحر،
أو يشك ثم يصلى إلى جهة من غير تحر، أو يتحرى فيصل إلى جهة التحرى،
أو يعرض عن الجهة التي أدى إليها اجتهداه فيصل إلى جهة أخرى - اهـ ص ١٩٢.
ثم فصل كل صورة وأوضحها.

(١) وفي م « أكثر » في الحرفين.

(٢) لفظ « تلك » ساقط من هـ.

(٣) وفي هـ « لغير ».

(٤) لأنه لما شك فقد لزمه التحرى لأجل هذه الصلاة وصار التحرى فرضا من
فرائض صلاته، فإذا ترك هذا الفرض لا تجزيه صلاته (فأما إذا تبين أنه أصاب
القبلة جازت صلاته) لأن فريضة التحرى لمقصود وقد توصل إلى ذلك المقصود
بدونه فسقط فريضة التحرى عنه، وإن كان أكبر رأيه أنه أصاب فكان الشيخ
الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد يفتى بالحواز هنا أيضا، لأن أكبر الرأى بمنزلة
اليقين فيما لا يتوصل إلى معرفته حقيقة، والأصح أنه لا يجزيه لأن فرض التحرى
لزمه ييقين فلا يسقط اعتباره إلا بمثله، ولأن غالب الرأى يجعل كاليقين احتياطاً،
والاحتياط هنا في الإعادة - اهـ، أفاده السرخسي في شرح المختصر ١٠/١٩٢.

ذلك

ذلك إنما كان منه بعد دخوله في صلاته لم يجزه^١ تلك الصلاة حتى يستقبلها بتكبير مستقبل . لأنه افتتحها على غير التحرى وكان الواجب عليه حين شك فإ يدرك أين القبلة أن يتحرى فيمضى على أكبر ظنه ورأيه، فلما افتتح على غير تحر لم يجزه التحرى بعد الافتتاح إلا بتكبير مستقبل^٢ . ولو تحرى فكان أكبر^٣ رأيه وجهها من تلك الوجوه أنه القبلة^٤ فتركه وصلى إلى غيره فقد أساء وأثم، وصلاته فاسدة . وإن علم بعد ما فرغ منها أنه صلى إلى القبلة لأن قبلته التي ظن أنها القبلة فقد صلى إلى غير القبلة التي وجبت عليه، فعليه أن يعيد الصلاة . ولو علم أنها القبلة بعد ما افتتح الصلاة لم يجزه ذلك الافتتاح حتى يفتح افتتاحا مستقبلا ويعيد صلاته^٥ .

١٠

- (١) وفي « لم يجزه » .
- (٢) وفي « أين » مكان « أن » تصحيف .
- (٣) بخلاف ما إذا علم بعد الفراغ فأنه لا يحتاج إلى البناء، ونظيره في المؤمى والمنعم وصاحب الجرح السائل يزول ما بهم من العذر إذا كان بعد الفراغ لا يلزمهم الإعادة، وإن كان في خلال الصلاة يلزم الاستقبال - قاله السرخسى، راجع ج ١٠ ص ١٩٥ من شرحه .
- (٤) وفي « وكان أكبر » وفي البقية « فكان » وفي م « أكثر » .
- (٥) وفي م « فصلاته » .
- (٦) فأما إذا كان افتتحها من غير شك وتحر فإن تبين في خلال الصلاة أنه أخطأ فعليه الاستقبال، وإن تبين أنه أصاب فهذا الفصل غير مذكور في الكتاب، وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يقول: يلزمه الاستقبال أيضا لأن افتتاحه كان ضعيفا، ألا ترى أنه إذا تبين الخطأ تلزمه الإعادة! فإذا تبين الصواب في =

ولو أن رجلا دخل مسجدا لا محراب فيه وقبلته مشكلة وفيه قوم من أهله فتحرى الداخل القبلة فصلى فلما فرغ علم أنه قد أخطأ القبلة فعليه أن يعيد صلاته ، لأنه قد كان يقدر على أن يسأل عن ذلك فيعمله بغير تحر ، وإنما يجوز التحرى إذا أعجزه من يعلمه بذلك ، وأما إذا كان له من يعلمه بذلك لم يجزه التحرى ؛ ألا ترى لو أن رجلا أتى ماء من المياه فطلب الماء فلم يجد حتى صلى بتييم ثم سألهم فأخبروه لم تجزه صلاته حتى يتوضأ ويعيد الصلاة ؛ ولو سألهم فلم يخبروه أو لم يكن بحضرته من يسأله فطلب فلم يجد فتييم وصلى ثم وجد الماء أجزته صلاته ولم يكن عليه غير ما صنع ؛ وكذلك القبلة فيما وصفت لك ٣ .

= خلال الصلاة فقد تقوى حاله فيلزمه الاستقبال ؛ وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يقول : لا يلزمه الاستقبال ؛ وهو الأصح لأن صلاته هنا في الابتداء كانت صحيحة لانعدام الدليل المفسد فالتين لا تزداد القوة حكما فلا يلزمه الانتقال ، بخلاف ما بعد الشك لأن هناك صلاته ليست بصحيحة إلا باليقين بالإصابة فإذا تبين أنه أصاب فقد تقوى حاله حكما فلهذا نلزمه الاستقبال ١٥ - ما قاله السرخسى في شرح المختصر ص ١٩٥ .

- (١) قوله « بتييم » كذا في ع ، ز ، م ؛ وفي هـ « فتييم » تصحيف .
- (٢) قال السرخسى : وكذلك لو افتتح الصلاة بالتييم ثم رأى إنسانا فظن أن عنده خبر الماء يتم صلاته ثم يسأله ، فإن أخبره أن الماء قريب منه يعيد الصلاة ، فإن لم يعلم من خبر الماء شيئا فليس عليه إعادة الصلاة ، وقد بينا في كتاب الصلاة هذه الفصول والفرق بينهما وبين ما إذا سأله في الابتداء فلم يخبره حتى صلى بالتييم ثم أخبره فليس عليه إعادة الصلاة - ١٥ ص ١٩٥ من شرح المختصر .
- (٣) قال السرخسى في شرح المختصر : ولم يذكر في الكتاب أن هذا الاشتباه =

ولو أن رجلا كانت له غنم مسالينخ ذكية فاختلطت بها شاة

= لو كان له بمكة ولم يكن بحضرته من يسأله فعلى بالتحرى ثم تبين له أنه أخطأ هل يلزمه الإعادة؟ فقد ذكر ابن رستم عن محمد أنه لا إعادة عليه، وهذا هو الأقيس لأنه لما كان محبوسا في بيت وقد انقطعت عنه الأدلة ففرضه التحرى ويحكم بجواز صلاته بالتحرى فلا تلزمه الإعادة، كما لو كان خارج مسكة؛ وكان أبو بكر الرازى يقول: هنا تلزمه الإعادة لأنه يتقن بالخطأ إذا كان بمكة؛ قال: وكذلك إذا كان بالمدينة لأن القبلة بالمدينة مقطوع بها فانه إنما نصها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوحى، بخلاف سائر البقاع؛ ولأن الاشتباه بمكة يندر والحكم لا يبنى على النادر فلا يندر تحريه للحكم بالجواز هنا، بخلاف سائر البقاع فإن الاشتباه يكثر فيها اهـ ١٠/١٩٦. قلت: ومسألة تحرى القبلة مرت صورة منها في كتاب الصلاة - راجع ص ٤٤؛ من الجزء الأول من كتاب الأصل.

(١) كذا في الأصول الثلاثة، وفي «مسالينخ»؛ قلت: المسالينخ جمع المسلوخة، وفي ج ١ ص ٢٥٩ من المغرب: المسلوخة: الشاة المسلوخ جلدها بلا رأس ولا قوائم ولا بطن؛ صفة غالبية لها - اهـ. وقال السرخسى في شرح المختصر في هذه المسألة: مسألة المسالينخ تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أما إن تكون الغلبة للحلال، أو للحرام، أو كانا متساويين، وفيه حالتان: حالة الضرورة بأن كان لا يجد غيرها، وحالة الاختيار؛ ففي حالة الضرورة يجوز له التحرى في الفصول كلها لأن تناول الميتة عند الضرورة جائز له شرعا فلا يجوز له التحرى عند الضرورة وإصابة الحلال بتحريه مأمول كان أولى، وأما في حالة الاختيار فان كانت الغلبة للحلال بأن كانت المسالينخ ثلاثة أحدها ميتة جاز له التحرى أيضا لأن الحلال هو الغالب والحكم للغالب، فبهذا الطريق جاز له تناول منها إلا ما يعلم أنه ميتة فالسبيل أن يوقع تحريه على أحدها أنها ميتة فيتجنبها ويتناول ما سوى ذلك =

مسلوخة ذبيحة مجوسى أو ذبيحة^١ مسلم ترك التسمية^٢ عمدا أو ميتة فلم يدر صاحب الغنم أتيهن هى فانه لا ينبغي له أن يأكل منه شيئا حتى يتحرى فيلقى من ذلك الذى يظن أنه ميتة و يأكل البقية ؛ وهذا قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد .

و كذلك لو كان الذكى شاتين و الميتة واحدة ، فأما إذا كانت الميتة اثنتين و الذكية واحدة فلا تجزى^٣ هاهنا لأن الغالب هو الحرام ، و لا ينبغي أن ينتفع بشيء^٤ من ذلك ؛ وهذا قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد .

= لا بالتحرى بل بغلبة الحلال و كون الحكم له ، و إن كان الحرام غالبا فليس له أن يتحرى ، و كذلك إن كانا متساويين لأن عند المساواة يغلب الحرام شرعا ، قال صلى الله عليه وسلم : ما اجتمع الحرام و الحلال فى شيء إلا غلب الحرام الحلال ؛ و لأن التحرز عن تناول الحرام فرض و هو مخير فى تناول الحلال إن شاء أصاب من غيره ، و لا يتحقق المعارضة بين الفرض و المباح فيترجح جانب الفرض و هو الاحتباب عن الحرام ما لم يعلم الحلال بعينه أو بعلامة يستدل بها عليه ، و من العلامة أن الميتة إذا أقيت فى الماء تطفو لما بقى من الدم فيها ، و الذكية ترسب ، و قد يعرف الناس ذلك بكثرة النشيش و بسرعة الفساد إليها ، و لكن هذا كله ينهدم إذا كان الحرام ذبيحة المجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عمدا - اهـ مع التصرف و الاختصار ، راجع ١٠/١٩٦ - ١٩٧ منه .

(١) وفى هـ « شرك » مكان « ذبيحة » .

(٢) وفى هـ « مشرك التسمية » تصحيف ، و الصواب ما فى بقية الأصول ترك التسمية .

(٣) وفى ز « فلا يجزى » .

(٤) وفى هـ « شيء » تحريف .

وكذلك لو كانت واحدة ميتة وإحدى ذكية لم يأكل من ذلك شيئاً بتحر ولا غيره ، إلا فى خصلة واحدة : إن كان له فى الذكى علم ودلالة تدل عليه حتى يعرف بذلك من الميتة فلا بأس بأكل ذلك بالدلالة والعلم الذى يعلم به ، وإنما افترق الغالب من ذلك وغيره لأن الغالب يقع عليه التحرى إذا كان غالباً وهو حلال ، وفى ذلك وجوه كثيرة من الفقه ؛ منها أن رجلاً لو كان له زيت فاختلط^٣ به بعض ودك^٤ ميتة أو شحم خنزير إلا أن الزيت هو الغالب على ذلك لم نزهه^٥ بأساً بأن يستصبح به وأن يدبغ به الجلود ثم يغسله وأن يبيعه ويبين عيه ، ولو كان ودك الميتة أو شحم الخنزير هو الغالب على الزيت أو كانا سواء لا يغلب واحد منهما على صاحبه لم ينبغ أن ينتفع بشيء منه ولا يباع^{١٠} ولا يستصبح به ولا يدهن به جلد ولا غير ذلك ، لأن ودك الميتة وشحم الخنزير إذا كانا الغالبين على الزيت فكأنه لا زيت معهما وكان ذلك كله ميتة وشحم الخنزير ، ولا ينبغى الانتفاع بذلك على حال^٧ .

(١) وفى « التذكى » .

(٢) سقط حرف « من » من « .

(٣) فى « فاخلط » .

(٤) وفى م « دهن » مكان « ودك » وليس بشيء .

(٥) وفى « م » لم ير « وليس بصواب .

(٦) وفى « يتقع » تصحيف .

(٧) وفى « على كل حال » . وفى المختصر : وكذلك الزيت إذا اختلط به من =

أبو سليمان قال أخبرنا محمد^١ قال أخبرنا زمعة بن صالح^٢ عن
 = ودك الميتة أو شحم الخنزير مثلها أو أكثر منه لم ينبغ أن ينتفع بشيء من ذلك
 ولا يباع ولا يستصبح به ولا يدهن به جلده . ولا ينتفع به على حال ، وإن
 كان الزيت هو الغالب فلا بأس ، أن يستصبح به ويبيع وبين عيبه ويدبغ
 به الجلود ثم يغسلها - اه . قال السرخسي في شرحه : ومن المختلط الذي هو متصل
 الأجزاء مسألة الدهن إذا اختلط به ودك الميتة أو شحم الخنزير ، وهي تنقسم
 ثلاثة أقسام (فإن كان الغالب ودك الميتة لم يجز الانتفاع بشيء منه) لا بأكل
 ولا بغيره من وجوه الانتفاع لأن الحكم للغالب ، وباعتبار هذا محرم العين غير
 منتفع به فكان الكل ودك الميتة (وكذلك إن كانا متساويين) لأن عند المساواة
 يغيب الحرام فكان هذا كالأول (فأما إذا كان الغالب هو الزيت فليس له أن
 يتناول شيئاً منه في حالة الاختيار) لأن ودك الميتة وإن كان مغلوباً مستهلكاً
 حكماً فهو موجود في هذا المحل حقيقة وقد تعذر تمييز الحلال من الحرام ولا يمكنه
 أن يتناول جزءاً من الحلال إلا بتناول جزء من الحرام وهو ممنوع شرعاً من
 تناول الحرام (ويجوز له أن ينتفع بها من حيث الإستصباح ودبغ الجلود بها)
 فإن الغالب هو الحلال فلا تنافع إنما يلاق الحلال مقصوداً ، وقد روينا في
 كتاب الصلاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي رضي الله عنه جواز
 الانتفاع بالدهن النجس لأنه قال « وإن كان مانعاً فانتفعوا به دون الأكل » ؛
 (وكذلك يجوز بيعه مع بيان العيب) كالثوب النجس يجوز بيعه وإن كان
 لا تجوز الصلاة فيه (فإن باعه ولم يبين عيبه فالمشترى بالخيار إذا علم به) لتمكن
 الحلال في مقصوده حين ظهر أنه محرم الأكل (وإن دبغ به الجلد فعليه أن يغسله)
 ليحول بالغسل ما على الجلد من أثر النجاسة وما تشرب فيه فهو عفو - اه مع
 الاختصار ص ١٩٧ - ١٩٨ .

(١) كذا في الأصل وكذا في هـ ؛ وفي ز ، م « أخبرنا محمد قال أخبرنا محمد » لعل =

أبى الزبير عن جابر بن عبد الله قال : جاء نفر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : إن لنا سفينة في البحر وقد احتاجت إلى الدهن ووجدنا ناقة كثيرة الشحم ميتة أفندهنها بشحمها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تنتفعوا من الميتة بشيء .^١ وكذلك نقول : إذا كانت الميتة هي الغالبة فكأنها ميتة كلها .

= النسخ كرهه سهوا ، أو هو محمد بن أبان لأنه يروى عن ابن أبان ، ويمكن أن يروى عن زمعة من غير واسطة لأن الوكييع يروى عنه وهو من أقرانه .

(٢) زمعة بن صالح يمانى ، سكن مكة ، روى عن سلمة بن وهرام وابن طاوس وعمرو بن دينار والزهرى ، وعنه ابنه وهب وابن جريج وهو من أقرانه والسفيان بن أبان وهب وابن مهدي وعبد الرزاق ووكيع وأبو عاصم وأبو نعيم وغيرهم ، روى له م مقرونا بغيره وأبو داود في مراسيله والترمذى والنسائى وابن ماجه ، ضعفوه ، كان رجلا صالحا ، يهيم ولا يعلم ويخطئ ولا يفهم حتى غلب في حديثه المناكير التى يروىها عن المشاهير ؛ قاله ابن حبان - اهـ من تهذيب التهذيب .

(١) وفى هـ « عن » مكان « بن » تحريف .

(٢) أخرج البخارى في كتاب البيوع باب بيع الميتة والأصنام ١ / ٢٩٨ من الصحيحه : حدثنا قتيبة ثنا الليث عن يزيد بن أبى حبيب عن عطاء بن أبى رباح عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة : إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يا رسول الله ! رأيت شعوم الميتة فانه تطفى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام ؛ ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك : قاتل الله اليهود ! إن الله لما حرم شعومها أجهلوه ثم باعوه فاكلوا =

وقال أبو حنيفة: لو أن قوما من المسلمين وجدوا موتى فيهم كافر أو كافران^١ لا يعرف الكافر من المسلم غسلوا وكفنوا وصلى عليهم ونوى^٢ المصلون بالصلاة والدعاء المسلمين منهم دون الكافرين، وصلى عليهم جماعة، وإن كانوا كفارا فيهم المسلم والمسلمان لم يصل على أحد منهم، ويغسلون ويكفنون ويدفنون ولا يصل على أحد منهم. وكذلك قول أبي يوسف وقول محمد، ويدفنون في قول محمد^٣ في مقابر المشركين، فأما الأولون الذين أكثرهم المسلمون فانهم يدفنون في مقابر المسلمين^٤،

== ثمة؛ وقال أبو عاصم: ثنا عبد الحميد ثنا يزيد قال: كتب إلى عطاء: سمعت جابرا عن النبي صلى الله عليه وسلم - ٥٥ - وأخرجه في تفسير سورة الأنعام أيضا ٢/٦٦٧ وأخرج مسلم في ٢/٢٣ من صحيحه مثله سنداً ومتناً، وروى عن أبي عاصم وأبي أسامة عن عبد الحميد نحوه؛ وأخرجه أبو داود في البيوع باب ثمن النجر والبيعة من سننه ٢/١٣٧ والترمذي في باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام ص ٢٠٧ من جامعته والنسائي في بيع الخزير ٢/٢٣٠ من سننه مثله، وروى ابن ماجه في باب ما لا يحل بيعه من سننه ص ١٥٧ عن عيسى بن حماد عن الليث الحديث نحوه وروى عن أبي عاصم نحوه ما ذكره مسلم؛ قلت: ما رواه الإمام محمد عن أبي الزبير عن جابر جزء مما رواه عطاء عن جابر، وثبت بأسانيد صحيحة عند أئمة الحديث.

(١) سقط قوله «أو كافران» من ٥.

(٢) كذا في ع، م، ز؛ وفي ٥ «نوا».

(٣) قوله «في قول محمد» ساقط من ٥.

(٤-٤) سقط من قوله «فأما الأولون» إلى قوله «مقابر المسلمين» من م.

وإن كانوا نصفين من الكافرين والمسلمين لم يصل على أحد منهم حتى يكون الأكثر من المسلمين؛ وهذا أيضا يدل على الوجه الأول، فإن كان بأحدهما علامة من علامات المسلمين أو كان بأحدهما علامة من علامات المشركين فهذه دلالة فيصلى على الذى به علامة المسلمين ويترك الذى به علامة المشركين؛ ومن علامات المسلمين الختان والحضاب ولبس السواد مما يعرف به المسلم من الكافر.

(١) وفي الأصل «أحدهما» وليس بشيء، وفي بقية النسخ «بأحدهما».

(٢) وفي المختصر: وإذا اختلط موتى المسلمين وموتى الكفار فن كانت عليه علامة المسلمين صلى عليه، ومن كانت به علامة الكفار ترك، ومن علامات المسلمين: الختان والحضاب ولبس السواد ونحو ذلك، فمن كان عليهم علامة المسلمين أكثر غسلوا وكفنوا وصلى عليهم، ويتوون بالصلاة والدعاء المسلمين دون الكفار؛ ويدفنون في مقابر المسلمين؛ وإن كان الفريقان سواء أو كان الكفار أكثر لم يصل عليهم، ويفسلون ويكفنون ويدفنون في مقابر المشركين - اهـ.

السرخصى في شرحه (إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار) وهى تنقسم لثلاثة أقسام أيضا (فإن كانت الغلبة لموتى المسلمين فإنه يصلى عليهم ويدفنون في مقابر المسلمين) لأن الحكم للغالب والغالب موتى المسلمين (إلا أنه ينبغي لمن يصلى عليه أن ينوى المسلمين خاصة) لأنه لو قدر على التمييز فعلا كان عليه أن يخص المسلمين بالصلاة عليهم، فإذا عجز عن ذلك كان له أن يخص المسلمين بالنية لأن ذلك في وسعه والتكلف بحسب الوسع، ونظيره ما لو ترس المشركون بأطفال المسلمين فعلى من يرميهم أن يقصد المشركين وإن كان يعلم أنه يصيب المسلم (وإن كان الغالب موتى الكفار لا يصل على أحد منهم إلا من يعلم أنه مسلم بالعلامة) لأن الحكم للغالب والغلبة للكفار هنا (وإن كانا متساويين =

وإذا كان الرجل فى سفر ومعه ثوبان لا ثوب معه غيرهما فى أحدهما نجاسة خفية والآخـر طاهر ، وليس معه ما يغسلهما به فانه يتحرى الذى يظن أنه لا نجاسة فيه ثم يصلى فيه ، ويدع الآخر . وكذلك إن كان معه ثلاثة^١ أثواب ثوبان نجسان وثوب طاهر ، وكذلك ما كثر من

= فكذلك الجواب) لأن الصلاة على الكافر لا تجوز بحال ، قال الله تعالى " ولا تصل على أحد منهم مات أبدا " ويجوز ترك الصلاة على بعض المسلمين كأهل البنى وقطاع الطريق ، فعند المساواة يغلب ما هو الأوجب وهو الامتناع عن الصلاة على الكفار ، ولا يجوز المصير إلى التحرى هنا عندنا لما بينا أن العمل بغالب الرأى فى موضع الضرورة ، ولا تحقق الضرورة هنا ؛ وذكر فى ظاهر الرواية أنهم يدفنون فى مقابر المشركين لأن فى حكم ترك الصلاة عليه جعل كأنهم كفار كلهم فكذلك فى حكم الدفن (وهذا قول محمد ، فأما على قول أبى يوسف ينبغى أن يدفنوا فى مقابر المسلمين) مراعاة لحرمـة المسلم منهم فإن الإسلام يعلو ولا يعلى ، ودفن المسلم فى مقابر المشركين لا يجوز بحال ، وقيل : بل يتخذ لهم مقبرة على حدة لا من مقابر المسلمين ولا من مقابر المشركين فيدفنون فيها . وأصل هذا الخلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى نظير هذه المسألة ، وهو أن النصرانية إذا كانت تحت مسلم فأتت وهى حلى لا يصلى عليها لكفرها ، ثم تدفن فى مقابر المشركين عند على وابن مسعود رضى الله عنهما ، ومنهم من يقول : تدفن فى مقابر المسلمين لأن الولد الذى فى بطنها مسلم ، ومنهم من يقول : يتخذ لها مقبرة على حدة . فهذا مثله (وهذا كله إذا تعذر تمييز المسلم بالعلامة ، فإن أمكن ذلك وجب التمييز ، ومن العلامة للمسلمين الختان والحضاب ولبس السواد) - اهـ . ثم شرح الختان والحضاب والسواد .

(١) زيد لفظ " به " من شرح السرخسى ، ولم يذكر فى نسخ الأصل التى عندنا .

(٢) وفى " ثلاث " تحريف .

ذلك أو قلّ فإنه يتحرى فيصلّى في الثوب الذى يظن أنه طاهر منها؛ ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من الغنم بعضها ميتة إذا كان الغالب عليها الميت لأن هذه الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه أن يصلّى في بعضها، ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها؛ والذى وصفت لك من الغنم ليس بمضطر إليها. فإن كان في موضع لا يجد من الطعام غير تلك الغنم استوت حالها وحال الثياب فتحرى وأكل.

(١) سقط لفظ «هذا» و«قبله» من م وهو من سهو الناسخ.

(٢) وفي م «ميت».

(٣) وفي هـ «بموضع».

(٤) وفي المختصر: رجل في سفر معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلّى في الذى يقع تحريمه عليه أنه طاهر، وكذلك إن كان ثوبان نجسان أو أكثر وواحد طاهر فليس هذا كالغنم الذى وصفنا لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان عليه أن يصلّى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، والتى وصفت لك من الغنم ليس بمضطر إليها، فإن كان في موضع لا يجد من الطعام غير تلك الغنم استوت حالتها وحال الثياب فيتحرى ويأكل - اهـ ق ٣٠٥. وقال السرخسى في شرحه: ومن المختلط الذى هو منفصل الأجزاء مسألة الثياب (إذا كان في بعضها نجاسة كثيرة وليس معه ثوب غير هذه الثياب ولا ما يغسلها به ولا يعرف الطاهر من النجس فإنه يتحرى ويصلّى في الذى يقع تحريمه أنه طاهر، سواء كانت الغلبة للثياب النجسة أو للثياب الطاهرة أو كانا متساويين) بخلاف مسألة المسايخ، وعند التأمل لا فرق لأن هناك يجوز له التحرى عند الضرورة أيضا، والضرورة هنا =

فإن تحرى ثوبا من الثوبين فكان أكبر ظنه أنه هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم تحول رأيه فكان أكبر رأيه^١ أن الآخر هو الطاهر فصلى فيه العصر فإن العصر لا يحجزه لأن الظهر قد أجزته ، ولا يحجزه^٢ غيرها لأنه قد فرغ منها على تمام فلا تفسد^٣ بعد التمام إلا باليقين ، فإذا استيقن أن الثوب الذى صلى فيه الظهر هو النجس أعاد صلاة الظهر^٤ فأجزته^٥

== قد تحققت لأنه لا يجد بدا من ستر السورة ، ثم الفرق أن عين هذا الثوب ليس بنجس ولا يلزمه الاجتناب عنه بل له أن يلبسه لغير الصلاة وإن كان نجسا ، فإذا لم تكن النجاسة صفة العين كان له أن يلبس أى هذه الثياب شاء فى غير الصلاة ، فأنما يتحرى لما هو من شرائط الصلاة على الخصوص وهو طهارة الثوب فكان هذا والتحرى لاستقبال القبلة سواء ، بخلاف المسايخ فإن الميتة محرمة العين فإذا كانت الغلبة للحرام كان بمنزلة ما لو كان الكل حراما فى وجوب الاجتناب عنه ، وإلى نحو هذا أشار فى الكتاب وقال (لأن هذه الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه أن يصلى فى بعضها ثم لا يعيد الصلاة) معناه ليس عليه الاجتناب عن لبس الثوب النجس فى هذه الحالة فلأن يكون له أن يتحرى وإصابة الطاهر بتحريه مأمول أولى ، وفى المسايخ فى حالة الاختيار عليه الاجتناب عن الحرام ، فإذا كانت الغلبة للحرام كان عليه الاجتناب أيضا - ١٠٥ / ٢٠٠ .

(١) قوله « فكان أكبر رأيه » ساقط من هـ ، وفى م « فكان أكثر رأيه » .

(٢) كذا فى الأصل ، وفى ز « يحجزه » وفى م « يحزه » غير منقوط .

(٣) وفى ز « ولا يفسد » وليس بشىء .

(٤-٤) وفى هـ « الصلاة » .

(٥) وفى هـ « وأجزاته » وفى ز « وأجزته » .

صلاة العصر، فإن لم يحضره تحري حتى صلى أو لم يعلم أن في واحد منهما نجاسة حتى صلى وهو ساهٍ فصل في أحدهما الظهر وصلى في الآخر العصر وصلى في الأول المغرب وصلى في الآخر العشاء ثم نظر فإذا في أحدهما قدر ولا يدري أهو الأول أو الآخر فإن صلاة الظهر والمغرب جائزتان . وصلاة العصر والعشاء فاسدتان، لأنه صلى الظهر في أحدهما هـ قمت صلاته فلا تفسد بعد تمامها إلا بيقين، وكذلك كل صلاة صلاها في ذلك الثوب فهي بمنزلتها، وأما ما صلى في الثوب الثاني فإن ذلك لا يجزئه لأنه إن أجره لم يجزه الأول، لأننا قد علمنا أن أحدهما نجس فلا يستقيم أن يجزيا جميعاً .

- (١) وفي الأصل « منها » وفي البقية « منها » وهو الصواب .
- (٢) وفي المختصر: وإذا وقع تحريه في التوبين على أحدهما أنه هو الطاهر فصل في الظهر ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر فصل في العصر لم يجزه العصر، لأن الظهر قد أجرته فلا تفسد عليه إلا باليقين، فإن استيقن أن الثوب الذي صلى فيه هو النجس أعاد صلاة الظهر [و] أجرته العصر، فإن لم يحضره تحري أو لم يعلم أن في أحدهما نجاسة حتى صلى وهو ساهٍ في أحدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الأول المغرب وفي الآخر العشاء ثم نظر فإذا في أحدهما قدر ولا يدري أهو الأول أو الآخر فصلاة الظهر والمغرب جائزة، وصلاة العصر والعشاء فاسدة، لأنه صلى الظهر في أحدهما قمت صلاته فلا يفسدها إلا باليقين، وكذلك كل صلاة صلاها في ذلك الثوب فهي بمنزلتها - انتهى ق ٣٠٥ . وقال السرخسي: لأننا حين حكمنا بجواز الظهر فيه حكمنا بأن الطاهر ذلك الثوب، ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الآخر فلا يعتبر أكبر رأيه بعد ما جرى الحكم بخلافه، وهذا =

= بخلاف أمر القبلة فإنه إذا صلى الظهر إلى جهة ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى فصلى العصر أجزأه لأن هناك ليس من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بأن تلك الجهة جهة الكعبة؛ ألا ترى أنه إن تبين الخطأ جازت صلاته، فكان تحريره عند العصر إلى جهة أخرى مصادفاً محله! وهنا من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بأن الطاهر ذلك الثوب، ألا ترى أنه لو تبينت النجاسة فيه تلزمه الإعادة! يوضحه أن الصلاة إلى غير جهة الكعبة يجوز في حالة الاختيار مع العلم وهو التطوع على الدابة، والصلاة في الثوب الذى فيه نجاسة كثيرة لا يجوز في حالة الاختيار مع العلم، فمن ضرورة جواز الظهر تعين صفة الطهارة في ذلك الثوب والنجاسة في الثوب الآخر، والأخذ بالدليل الحكيم واجب ما لم يعلم خلافه (فإن استيقن أن الذى صلى فيه الظهر هو النجس أعاد صلاة الظهر) لأنه تبين له الخطأ ببقين فيما يمكن الوقوف عليه في الجملة، وكذلك لو لم يحضره التحرى ولكنه أخذ أحد الثوبين فصلى فيه الظهر فهذا وما لو فعله بالتحرى سواء لأن فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيه فيجعل كأن الطاهر هذا الثوب ويحكم بجواز صلاته، إلا أن يتبين خلافه (وكذلك لو لم يعلم أن في أحدهما نجاسة حتى صلى فيه وهو ساه في أحدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الأول المغرب وفي الآخر العشاء ثم نظر فاذا في أحدهما قدر ولا يدري أنه هو الأول أو الآخر فصلاة الظهر والمغرب جائزة، وصلاة العصر والعشاء فاسدة) لأنه لما صلى الظهر في أحدهما جازت صلاته باعتبار الطاهر فذلك بمنزلة الحكم بطهارة ذلك الثوب و نجاسة الثوب الآخر فكل صلاة أداها في الثوب الأول فهو جائزة، وكل صلاة أداها في الثوب الثانى فعليه إعادتها، ولا يلزمه إعادة ما صلى في الثوب الأول من المغرب لمكان الترتيب لأنه حين صلى المغرب ما كان يعلم أن عليه إعادة العصر، والترتيب بمثل هذا العذر يسقط - اهـ ما قاله السرخسى

ص ٢٠٠ - ٢٠١

ولو أن رجلا كان في سفر ومعه آنية ثلاثة في كل إناء ماء أحدها نجس والآخران طاهران ولم يعرف الطاهر من غيره فانه يتحرى ويتوضأ ويصلى، لأن الأكثر منها الطاهر فالتحرى يحزبه، وإن كان اثنان منها نجسين وواحد طاهر أهرقها كلها وتيمم وصلى، فإن تيمم وصلى ولم يهرقها أجزاء ذلك لأنه لا تحرى عليه في ذلك ولكن الأفضل له أن يهرقها حتى يعلم أنه لا ماء معه ثم يتيمم. وكذلك إن كانا إناءين أحدهما طاهر والآخر نجس أهرقهما وتيمم وصلى. وهذا بمنزلة ما وصفت لك من الغنم قبله. إذا كان أكثر الآنية نجسا تيمم ولم يتحرى، وإن كان أكثرها طاهرا فتحرى. وتوضأ وصلى أجزاء ذلك ما لم يعلم أنه توضأ بماء نجس.

- (١) وفي الأصول «أحدهما» والصواب «أحدها» كما في المختصر.
- (٢) من المختصر، وفي الأصول «منها».
- (٣) كذا في الأصول الثلاثة، وفي «أهراق».
- (٤) وفي ز «يهرقها».
- (٥) وفي ز «ثم تيمم».
- (٦) وفي هـ «يتيمم».
- (٧) سقط لفظ «وصلى» من هـ.
- (٨) وفي هـ، م «وكان هذا» وفي ز «فهذا» والأصوب «وهذا» لكن سقط الواو من الأصل.
- (٩-٩) وفي هـ «إذا كان الآنية أكثرها».
- (١٠) كذا في الأصل وكذا في ز؛ وفي م «لم يتحرها» وقوله «ولم يتحر» ساقط من هـ.
- (١١) وفي م «يتحرى».
- (١٢) وفي المختصر: ولو أن رجلا كان في سفر ومعه ثلاث أوان في كل إناء =

= ماء أحدها نجس والآخران طاهران ولا يعرف الطاهر من غيره فإنه يتحرى فيتوضأ بأحدها، وإن كان اثنان منها نجسا أراقها كلها ويقيم ويصلى من غير أن يريقها أجزاء لأنه لا تحرى عليه فيها والإراقة أفضل، وكذلك لو كانا إناءين أحدهما طاهر والآخر نجس - اهـ ق ٣٠٥ / ٢ . وفي شرح المختصر للسرخسي: ومن المختلط الذى هو منفصل الأجزاء مسألة (الأوانى إذا كان فى بعضها ماء نجس وفى بعضها ماء طاهر سوى ذلك ولا يعرف الطاهر من النجس فإن كانت الغلبة للأوانى الطاهرة فعليه التحرى) لأن الحكم للغالب فباعتبار الغالب لزمه استعمال الماء الطاهر وإصابته بتحريه مأمول (وإن كانت الغلبة للأوانى النجسة أو كانا سواء فليس له أن يتحرى) وهذا مسألة المسالخير سواء، والفرق بين مسألة الثياب وبين مسألة الأوانى أن الضرورة لا تتحقق فى الأوانى لأن التراب طهور له عند العجز عن الماء الطاهر فلا يضطر إلى استعمال التحرى للوضوء عند غلبة النجاسة لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل، وفى مسألة الثياب الضرورة مست لأنه ليس للستر بدل يتوصل به إلى إقامة الفرض حتى أن فى مسألة الأوانى لما كان تتحقق الضرورة فى الشرب عند العطش وعدم الماء الطاهر يجوز له أن يتحرى للشرب لأنه لما جازله شرب الماء النجس عند الضرورة فلأن يجوز التحرى وإصابة الطاهر مأمول بتحريه أولى، يوضحه أن فى مسألة الأوانى لو كانت كلها نجسة لا يؤمر بالتوضى بها، ولو فعل لا تجوز صلاته، فإذا كانت الغلبة له فكذلك أيضا، وفى مسألة الثياب وإن كان الكل نجسة يؤمر بالصلاة فى بعضها ويجزئه ذلك فكذلك إذا كانت الغلبة للنجاسة؛ وفى الكتاب يقول (إذا كانت الغلبة للماء النجس يريق الكل ثم يقيم) وهذا احتياط وليس بواجب، ولكنه إن أراق فهو أحوط ليكون تيممه فى حال عدم الماء بيقين (وإن لم يرق أجزاء) لأنه عدم آلة الوصول إلى الماء الطاهر وهو العلم، والطحاوى يقول فى كتابه: يخط المائين ثم يقيم، وهذا أحوط لأن بالإراقة ينقطع عنه منفعة الماء، وبالحل لا فإنه بعد الحلط يسقى دوابه ويشرب عند تحقق =

ولو أن رجلا له جوارٍ أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتها أعتق لم يسهه أن يتحرى في هذا فيطأهن على التحرى حتى يعلم أيتها الحرة من غيرها، وكذلك لا يسهه أن يبيع منهن شيئا، وكذلك لا يسهه الحاكم أن يخلى بينه وبينهن حتى يبين المعتقة من غيرها.

= العجز فهو أولى؛ وبعض المتأخرين من أئمة بلخ كان يقول: يتوضأ بالإثنين جميعا احتياطا لانه يتيقن بزوال الحدث عند ذلك لأنه قد توضأ مرة بالماء الطاهر وحكم نجاسة الأعضاء أخف من حكم الحدث فإذا كان قادرا على إزالته أغلظ الحديثين لزمه ذلك، وقلسوا بمن كان معه - مؤر الحمار يؤمر بالتوضي به مع التيمم احتياطا، ولنا نأخذ بهذا إذا فسد ذلك كان متوضئا بما يتيقن بنجاسته، وتنجس أعضاؤه أيضا خصوصا رأسه فانه بعد مسح بالماء يتنجس. وإن مسحه بالماء الطاهر لا يظهر فلا معنى للأمر به، بخلاف - مؤر الحمار فانه ليس بتنجس، ولهذا لو غمس الثوب فيه جازت صلاته فيه، فيستقيم الأمر بالجمع بينه وبين التيمم احتياطا - انتهى ما قاله السرخسي مختصرا بالتصرف ص ٢٠١ - ٢٠٢.

(١) وفي م «يتبين».

(٢) وفي م «و» مكان «من».

(٣) وفي المختصر: ولو أن رجلا له أربع جوارٍ أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتها أعتق لم يسهه أن يتحرى الوطأ ولا يسهه الحاكم أن يخلى بينه وبينهن حتى يتبين المعتقة من غيرها - هـ ق ٢/٣٠٥، وفي شرحه (رجل له أربع جوارٍ أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها لم يسهه أن يتحرى للوطئ) لأن المعتقة بعينها محرمة عليه فلا يحل له أن يقرب واحدة منهن حتى يعرف المحرمة بعينها، وهذا لأن قيام الملك في المحل شرط منصوص للحل، وبتحريه لا يصير هذا الشرط معلوما بيقين، بخلاف ما إذا أعتق إحداهن بغير عينها فإن العتق في المنكر لا يزال المذكور عن المعين إلا بالبيان فكان له أن يطأها من شاء منهن باعتبار الملك المتيقن به =

وكذلك رجل له أربع نسوة طلق منهن واحدة ثلاثا بعينها ثم نسيها فلم يعرفها فليس له أن يقرب^١ منهن شيئا بتحر^٢ حتى يعلم المطلقة بعينها من غيرها، وكذلك إن متن^٣ كلهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة؛ وكذلك ينبغي للقاضي إذا رفعت إليه أن يمنعها منه^٤ حتى يبين فيخبر^٥ أنها غير المطلقة، فإذا أخبر بذلك استحلفه البتة ما طلق هذه بعينها ثلاثا ثم خلى بينه وبينها، فإن كان^٦ حلف وهو جاهل بما حلف عليه فليس ينبغي له أن يقربها^٧.

ولو كان له جوار فأعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فباع منهن = في المحل، وكما لا يتحرى للوطئ هنا لا يتحرى للبيع لأن جواز البيع وإباحته شرعا لا يكون إلا باعتبار قيام الملك في المحل فإن الحرية ليست بمحل للبيع شرعا (ولا يحل الحاكم بينه وبينهن حتى يبين المعتقد من غيرها) فإنه لا يسعه إلا ذلك لأنه علم أن إحداهن محرمة عليه فليس له أن يحل بينه وبين المحرمة ليرتكب الحرام بوطئها، فيحول بينه وبينهن حتى يبين المعتقد - ١٤ ص ٢٠٢ .

(١) سقط قوله «ثم نسيها» من هـ .

(٢) وفي م «ان يفرق» .

(٣) وفي هـ «يتحرى» .

(٤) كذا في الأصول الثلاثة، وفي هـ «تبين» مكان «متن» تصحيف .

(٥) وفي هـ «يمنعه منها» .

(٦-٦) كذا في هـ؛ وفي م، ع، ز «حين يتبين فيتحرى» وليس بشيء .

(٧) وفي هـ «فإذا كان» .

(٨) قال السرخسي في شرح المختصر: (وكذلك إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثا ثم نسيها) وهذا أبغ من الأول لأن المطلقة ثلاثا محرمة العين لا تحل له بنكاح =

ثلاثاً فحكم عليه القاضى بأن أجازا^١ يبعهن و جعل الباقية هى المعتقة فأعتقها
و حكم بذلك و كان ذلك من رأيه ثم رجع بعض اللاتى^٢ باع إليه بشراء
= ولا غيره ما لم تتزوج بزواج آخر (وكذلك إن متن كلهن إلا واحدة لم يسهه
أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة) بخلاف ما إذا وقع على إحداهن بغير عينها
لأن بموت الثلاث هناك يتعين الطلاق فى الرابعة وهنا الطلاق وقع على عين
فلا يتحول بالموت من محل إلى محل فحال هذه التى بقيت بعد موت ضرائرها
كأهلها قبل موتهن (لا يسهه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة ، فإذا أخبر بذلك
فقد أخبر بحلها) وهذا أمر بينه وبين ربه فيصدق فى ذلك مع اليمين (ويستحلفه
ما طلق هذه بعينها ثلاثاً ثم يغلى بينهما) أما إذا كانت تدعى هى الثلاث فغير
مشكل ، وكذلك إن كانت لا تدعى فى الحرمة معنى حق الشرع ، ألا ترى أن
البينة تقبل فيه من غير دعوى فهذا يستحلفه القاضى إذا اتهمه (فإن حلف وهو
جاهل بذلك فلا ينبغي له أن يقربها) لأنه محاذف فى يمينه ، واليمين الكاذبة لا تحل
الحرام ، وإن ادعت كل واحدة منهن أنها المطلقة حلفه القاضى لكل واحدة
منهن فإن نكل عن اليمين لمن فرق بينه وبينهن لأن النكول فى حق كل واحدة
منهن بمنزلة الإقرار ، وإن حلف لمن بقى حكم الحيلولة كما كان ، لأننا نتيقن أنه
كاذب فى بعض هذه الأيمان ، وروى ابن سماعة عن عمار أنه قال : إذا حلف ثلاث
منهن يتعين الطلاق فى الرابعة ضرورة فيفرق بينه وبينها ، كما لو أخبر أنها هى
المطلقة ؛ ولكن هذا لا يستقيم فيما إذا وقع على المعينة فى الابتداء لأنه ليس إليه
البيان ، إنما عليه أن يتذكر وذلك لا يحصل بيمينه لبعضهن ، بخلاف ما إذا كان
الإيقاع على غير المعينة فى الابتداء - ١٥ ص ٢٠٣ .

(١) وفى ٥ «بأن أجازا» .

(٢) وفى ٥ «التى» .

أو هبة أو ميراث أو غير ذلك فليس ينبغى له أن يطأها، لأن القاضى
فضى فى ذلك بغير علم، فليس ينبغى له أن يطأ شيئاً منهن بالملك إلا أن
يتزوجها، فإن فعل فلا بأس بأن يطأها، لأنها على إحدى خصلتين: إما
حرة فتحل بالنكاح، وإما أمة فتحل بالملك.

٥. ولا يجوز التحرى فى الفروج كما يجوز التحرى فيما وصفت لك
قبله من جميع هذه الوجوه من الميتة^١ وغيرها، لأن التحرى يجوز فى
كل ما جازت^٢ فيه الضرورة، ألا ترى أن الميتة يجوز أكلها فى الضرورة
وكل ما جاز^٣ العمل به فى الضرورة وصاحبه يعلم أنه حرام، فإذا كان
مشكلاً وكان^٤ الغالب عليه الحلال أجزاءه فى ذلك التحرى؛ وأما^٥
١٠. الفروج فانه لا يجوز التحرى فيها فانها^٦ لا تحل بضرورة أبداً ولا بغيرها
فكذلك لا يجوز التحرى فيها.

ولو أن قوما عشرة أو أقل كانت لكل رجل منهم جارية فأعتق
أحدهم جاريته ولم يعرفوا الجارية المعتقة فلكل رجل منهم أن يطأ

(١) وفى م «المسألة» مكان «الميتة».

(٢) سقط لفظ «جازت» من هـ.

(٣) من قوله «ألا ترى» ساقط من هـ.

(٤) وفى هـ: «فيه» مكان «به».

(٥) وفى ز «فكان».

(٦) وفى ز «فأما».

(٧) وفى ز «لأنها».

جاريته حتى يعلم أنها المعتقة بعينها ، فإن كان أكبر رأى أحدهم أنه هو الذى أعتق فأحب إلى أن لا يقربها حتى يستيقن ذلك ، وإن قرب لم يكن ذلك عليه حراما ، لأن كل واحد منهم على حدته لم يعلم أنه أعتق فجاريته له حلال حتى يعلم أنه قد أعتقها ، ولكن لو اشتراهن جميعا رجل واحد قد علم ما قال أحدهم من العتق لم يحل له أن يقرب واحدة منهن ٥ جميعا حتى يعرف المعتقة ٢ ؛ ولو اشتراهن كلهن إلا واحدة حل له ٣ أن يطأهن جميعا ؛ فإن فعل ثم اشترى الباقية اجتمعن جميعا فى ملكه لم يحل له أن ٤ يطأ منهن شيئا ، ولا يبيع شيئا منهن حتى يستبين له المعتقة منهن . وكذلك لو اشترى كلهن بعض أصحاب الجوارى لا جارية منهن حل له ٥ أن يطأهن كلهن التى كانت عنده وغيرها ؛ فإن اشترى الباقية ١٠ فاجتمعن فى ملكه جميعا لم ينبغ له أن يقرب ٦ منهن شيئا لأنه قد استيقن

(١) وفى م : « فرق » .

(٢) أما إذا اشتراهن بعقد واحد فهذا البيع باطل ، لأن فيه الجمع بين الحرة والإماء وبيع الكل بثمن واحد ، وإن اشتراهن بعقود متفرقة فنقول : لما اجتمعن عنده وهو متيقن بأن إحداهن محرمة عليه كان هذا وما لو كان المولى فى الابتداء واحدا سواء ، لأن المقتضى عليه معلوم هنا - اه ما قاله السرخسى فى هذا القول ص ٢٠٤ .

(٣) من قوله « أن يقرب » س ٥ ساقط من ه .

(٤) سقط من قوله « يطأهن » س ٧ إلى هنا من ه .

(٥) وفى ه « لمن » تصحيف .

(٦) وفى م « يفرق » تحريف .

حين اجتماعن في ملكه أن إحداهن حرة فهو إن وطئ إحداهن وطئها
 بغير علم ولا يدري أحرّة هي أم لا، وإحداهن حرام عليه لا شك فيه،
 فاذا بقيت واحدة لم يشترها لم يعلم أن فيما اشترى حراما عليه
 ولا شك فيه، فاذا لم يعلم ذلك لم يحرم شيء من ذلك إلا باليقين .
 هـ ولا يكون اليقين إلا باجتماعهن جميعا في ملكه .

وما يدلّك^١ أيضا أن التحرى لا يجوز في الفروج أن^٢ المعتق
 لجارية من رقيقه إذا نسيها ثم مات أن القاضى لا يوجب في ذلك تحريبا^٣
 فيقول "للورثة أعتقوا أيتهن شئتم، أو أعتقوا التى أكبر؛ ظنكم أنها حرة"
 ولكنه يسألهم عن ذلك فان استيقنوا^٤ منه شيئا أمضاه على ما استيقنوا
 ١٠ فاعتقوا الذى زعموا أن الميت أعتقها بعينها واستحلّفوا على ما بقى منهم
 على علمهن، فان لم يعرفوا من ذلك شيئا أعتقن جميعا فأبطل من قيمتهن
 قيمة واحدة، وسعين^٥ فيما بقى؛ فان كنّ عشرة أبطل من قيمة كل واحدة
 منهن عشرها، وسعت كل واحدة^٦ فى تسعة أعشار قيمتها^٧ .

(١) وفى « يدل » .

(٢) وفى « اذا » مكان « ان » وليس بشيء .

(٣) وفى « محريا » تحريف .

(٤) وفى م « اكثر » .

(٥) وفى « استقبلوا » تصحيف .

(٦) وفى « سبعين » تصحيف .

(٧) وفى ز « فى كل واحدة منهن » .

(٨) قال السرخسى فى شرح هذه المسألة: ثم أعاد المسألة الأولى لإيضاح ما بينا =

أبو سليمان قال : سمعت محمدا^١ يقول في رجل له عبد فأجره من

= أن التحرى لا يجوز في الفروج فقال (لومات المولى بعد ما أعتق واحدة منهم بعينها ونسيها فليس للقاضي أن يتحرى ، ولا يأمر الورثة بذلك أيضا في تعيين المعتقة) حتى لا يقول لهم : أعتقوا التي أكبر رأيكم أنها حرة ، وأعتقوا أئتهن شئتم ؛ وكيف يقول لهم ذلك والعق الواقع على شخص بعينه لا يتصور انتقاله إلى شخص آخر بحال ! (ولكنهم يسألهم عن ذلك فان زعموا أن الميت أعتق فلانة بعينها أعتقها واستحلهم على علمهم) في الباقيات لأنهم خلفاء المورث وخبرهم تكبر المورث أن المعتقة هذه ، إلا أن اليمين في حقهم على العلم لأنه استحلاف على فعل الغير (فان لم يعرفوا شيئا من ذلك أعتقن جميعا وأبطل من قيمتهن قيمة واحدة بينهما بالحصص ويسعين فيما بقي) لأنه تعذر استدامة الملك فيهن لحق الشرع فيخرجن إلى الحرية بالسعاية ، كأم ولد النصرانية أسلمت تخرج إلى الحرية بالسعاية ، إلا أنه يسقط عنهن ما يتيقن بسقوطه ، وهو قيمة واحدة - اه
ص ٢٠٤ و ٢٠٥ .

(١) قال السرخسي : ثم ختم بهذا في بعض النسخ ذكر بابا من كتاب الإحارات ، وكأنه تذكر تلك المسائل حين صنف هذا الكتاب فأثبتها لكيلا يفوت فقال (رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة ستة أشهر ثم أعتقه المولى فاعتق نافذ) لقيام الملك في رقبته ، وحق المستأجر إنما يثبت في المنفعة دون الرقبة ، لا تأثير لما استحقه من اليد إلا في عجز المولى من تسليمه ، والقدرة على التسليم ليس بشرط لنفوذ العتق حتى ينفذ العتق في الآبق والحنين في البطن (ثم يتخير العبد في فسخ الإجارة) لأن على إحدى الطرفين الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة ، ولو أجره ابتداء بعد العتق لا يلزم العقد إلا برضاه ، فكذلك لا يتجدد انعقاد العقد لازما بعد العقد إلا برضاه ، وعلى الطريق الآخر العقد وإن انعقد جملة فهو يحتمل الفسخ بعذر والعذر =

رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه العبد ستة أشهر ثم إن المولى أعتقه فالعبد بالخيار إن شاء مضى على إجارته ، وإن شاء فسخها فيما بقي ، فإن فسخها في ما بقي بطل نصف الأجر^١ وأخذ المولى من المستأجر نصف الأجر^٢ وكان له دون العبد ، وإن مضى العبد على إجارته أجزاء^٣ ذلك فليس له بعد ذلك أن ينقضها ، فإن مضى عليها حتى تتم السنة فالأجر كله واجب على المستأجر نصفه للسيد حصة الشهور التي مضت وهو عبد قبل أن يعتق العبد^٤ . والنصف الباقي للعبد حصة الشهور التي بقيت بعد العتق ، وليس للعبد أن يقبض شيئا من الأجر إلا بوكالة المولى^٥ ، إنما الذي يقبض = قد تحقق هنا لأن لزوم تسليم النفس للخدمة بعد العتق بعقد باشره المولى يلحق الشين به ويكون ذلك عذرا له في فسخ الإجارة . أ رأيت لو تفقه وقلد القضاء أ كان يجبر على الخدمة بسبب ذلك العقد ! يقرره أن في إجارة النفس للخدمة كذا وتعبا فلا يلزم من المولى على العبد إلا في منافع مماوكة للمولى ، والمنافع بعد العتق تحدث على ملك العبد فيثبت له الخيار بظهور هذا النوع من الملك له ، كالمكوحة إذا أعتقت يثبت لها الخيار للملكها أمر نفسها أو زيادة ملك الزوج عليها - اه ص ٢٠٥ .

(١) وفي م « الآخر » في الحرفين ، والصواب ما في بقية الأصول .

(٢) كذا في ز ؛ وفي هـ ، م « أجاز » وكان في الأصل « اجر » والصواب ما في ز .

(٣) كذا في ع ، ز ؛ وفي هـ « يتم » وفي م « تم » من غير نقط .

(٤) لفظ « العبد » سقط من هـ .

(٥) سقط قوله « إلا بوكالة المولى » من هـ وفيها مكانه « ان السنة » وليس بشئ .

الاجر المولى لانه هو الذى ولى الإجارة فيقبض الاجر كله فيكون له نصفه وللعبد نصفه ، فان كان المولى حين أجر العبد سنة بمائة درهم عجل له المستأجر المائة قبل أن يعمل العبد شيئا ثم إن العبد خدم المستأجر ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد أيضا بالخيار إن شاء مضى على الإجارة ، وإن شاء فسخها ، فان فسخها ، فالقول فى ذلك كالقول فى المسألة الأولى ؛ وإن مضى على الإجارة حتى يخدم السنة كلها فالاجر كله للمولى ، ولا شيء للعبد منه لأن المولى قد كان ملك الاجر كله قبل أن يعتق العبد فلا يتحول شيء من ملك الآجر إلى العبد بعد عتقه ، فاذا لم يقبض الاجر فانما يجب الاجر بالعمل يوما بيوم و شهرا بشهر ؛ فاذا أعتق العبد فى بعض السنة فعمل ما بقى منها كان له أجر ما بقى لأن ذلك لم يملكه المولى حين عتق العبد .

و كذلك لو كان الاجر دنائير أو شيئا مما يكال أو يوزن أو عرضا من العروض أو جارية أو ثوبا بعينه أو غير ذلك إذا قبضه المولى باذن المستأجر قبل أن يعتق العبد فقد ملكه المولى ، فاذا مضى العبد على الإجارة كان الذى قبض المولى له دون العبد ، وإن كان المولى لم يقبض ذلك ، فالاجر جارية بعينها فعمل العبد و هو يملك نصف السنة ثم عتق

(١-١) وفى م « فان كان المولى أجر العبد بمائة درهم » .

(٢) سقط قوله « فان فسخها » من هـ .

(٣) وفى هـ « وإنا » .

(٤) سقط لفظ « فقد » من هـ .

(٥) وفى هـ « قبضه » وفى بقية الأصول « قبض » من غير ضمير .

فعمل نصف السنة الأخرى ولم يكن المولى قبض الجارية فنصفها للمولى
ونصفها للعبد، والذي يلى قبضها من المستأجر المولى لأنه هو الذى ولى
الإجارة فيدفع نصفها إلى العبد ويكون له نصفها؛ ولو كان المولى قبض
الجارية قبل العتق والمسألة على حالها سلمت الجارية كلها للمولى ولم يكن
للعبد منها قليل ولا كثير. ألا ترى ٢ أن رجلا لو ٢ زوج جارية له من
رجل بصداق وقبضه المولى أو لم يقبضه حتى أعتقها المولى فهى بالخيار
إن شاءت أقامت مع زوجها، وإن شاءت فارقت، فإن اختارت نفسها
ولم يكن الزوج دخل بها بطل صداقها وكانت فرقة بغير طلاق، وإن
اختارت زوجها كان الصداق لمولاهما إن كان قبض الصداق أو لم يقبض؛
١٠ وهذا الوجه إذا لم يقبض الصداق يخالف الإجارة إذا لم يقبض الأجر،
لأن الصداق يجب بالنكاح حين يقع، لا يجب منه شيء دون شيء،
وأن الإجارة إنما تجب بالعمل، كلما عمل يوما رجب له أجره، فلهذا
اختلفا إذا لم يقبض الصداق والأجر، أما إذا قبضهما ٣ المولى جميعا فهو
سواء فى جميع ما وصفت.

١٥ ولو أن رجلا قال لعبد «أجر نفسك بمائة درهم من ثلث»
فأجر نفسه من رجل سنة بمائة درهم كما أمره مولاه نخدم المستأجر
سنة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد أيضا بالخيار إن شاء فسخ الإجارة

(١) كذا فى الأصول الثلاثة، وفى «قبل» مكان «قبض».

(٢-٢) وفى «أو أن رجلا».

(٣) فى ز «قبضها».

فأخذ العبد نصف الأجر حصة ما مضى من الشهور فدفع ذلك إلى مولاه ، وإن شاء مضى على الإجارة حتى يتم وأخذ العبد الأجر كله وأعطى^١ مولاه نصفه وأخذ نصفه ، وليس للمولى على المستأجر سبيل في قبض شيء من الأجر إلا بوكالة من العبد^٢ لأن العبد هو الذى ولى الإجارة ، وإن كان العبد قبض الأجر قبل العمل ثم أعتقه المولى^٣ بعد ما عمل نصف السنة فالعبد أيضا بالخيار إن شاء نقض الإجارة وردّ على المستأجر نصف ما أخذ منه من الأجر ، وإن كان المولى أخذ ذلك من عبده فاستهلكه كان للمستأجر أن يأخذ العبد بذلك^٤ حتى يؤديه هو إليه ، ولا سبيل له على المولى ، وللعبد أن يرجع على المولى فيأخذ منه نصف ما أخذ إن كان قائما بعينه عرضا أو غيره ، وإن كان المولى^٥ استهلكه كان له أيضا أن يرجع على المولى بنصف ما قبض لأن هذا المال لم يجب على المولى للعبد فى حال رقه ، إنما وجب له بعد العتق وبعد فسخ الإجارة ؛ ألا ترى أن المستأجر لا سبيل له على المولى وإن كان العبد معدما^٦ ! لأن المولى قبض ذلك من العبد يوم قبض ولا دين على العبد ، ولو كان على العبد يومئذ دين لكان^٧ للغريم أن يأخذ^٨

(١) كذا فى ز ، م ، هـ ؛ وفى الأصل « أعطاه » .

(٢) وفى ز « بوكالة العبد » .

(٣) لفظ « بذلك » سقط من م .

(٤) وفى هـ « مقدما » تصحيف .

(٥) وفى هـ « فكان » .

المولى بما أخذ من مال عبده حتى يدفعه إليه قضاء من دينه ، فذلك^١
 كان للعبد أن يرجع على المولى بما أخذ منه حتى يوفيه المستأجر . وإن
 اختار العبد المضى على الإجارة فمضى حتى أتم الخدمة فإن كان لم يقبض
 الأجر في حال رقه فالأجر بين المولى و عبده نصفان : نصف للمولى
 ٥ حصة ما مضى من الشهور ، ونصفه^٢ للعبد ؛ فإن كان العبد قبض الأجر
 في حال رقه ثم مضى على الإجارة حتى انتهى فالأجر كله للمولى دراهم
 كانت أو دنانير أو^٣ كيلا أو وزنا أو عرضا من العروض ؛ كائنا ما كان .
 فإن قال قائل : وكيف يكون للعبد أن يفسخ الإجارة وهو الذى
 وليها ؟ قيل له : لأنها تمت في حال رقه باذن المولى له في ذلك ؛ ألا ترى
 ١٠ لو أن أمة زوجت نفسها باذن مولايها ثم أعتقت كان لها الخيار . إن
 شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقت وهى التى وليت النكاح !
 وكذلك العبد إذا ولي الإجارة . فإن قال قائل : وكيف يكون للعبد أن
 يفسخ الإجارة فى وجه من هذه الوجوه وقد كانت جائزة ؟ قيل له : لأن
 الإجارة تفسخ بعذر ، فالتعق من أفضل العذر لأن الأمر رجع إلى العبد
 ١٥ وصار أحق بنفسه من مولى ؛ ألا ترى أن رجلا لو توفى فأوصى إلى

(١) وفى « فكذلك » .

(٢) وفى « نصف » .

(٣) وفى الأصل « و » والصواب « أو » كما فى بقية النسخ .

(٤) سقط قوله « أو عرضا من العروض » من م .

(٥) كما لو كان المولى هو الذى زوجها - قاله الشارح ص ٢٠٦ .

رجل وترك ابنا صغيرا فأجره الوصى فى عمل من الأعمال فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار إن شاء مضى على العمل حتى يتمه وأخذ الأجر كله ، وإن شاء فسخ الإجارة فيما بقى وكان له أجر ما مضى . وهذا قول أبى حنيفة . فإذا كان للغلام أن ينقض الإجارة ' والأجر له فالعبد أخرى أن ينقض الإجارة ' إذا أعتق ، والأجر يكون لمولاه ' إن كان هـ قد قبضه فى حال الرق .

وكذلك لو أن الأب نفسه ٣ أجر ابنه وهو صغير فى عمل من الأعمال سنين معلومة بأجر معلوم فبلغ الغلام قبل أن يتم ' السنون ' فهو بالخيار إن شاء فسخ الإجارة ، وإن شاء مضى عليها ، وكانت ٦ حاله كحال الذى أجره الوصى ٧ .

ولو كان الوصى أو الوالد أجر دارا للصغير سنين معلومة فبلغ الغلام فأراد أن يطل الإجارة لم يكن له ذلك ، ولا يشبه هذا فى

(١-١) من قوله « والأجر له » ساقط من ع ، موجود فى بقية الأصول .

(٢) وفى « إذا » مكان « إن » .

(٣) سقط لفظ « نفسه » من م .

(٤) وفى « يتم » .

(٥) كذا فى الأصول « السنون » بالرفع ، وهو يناسب بنسبة « يتم » .

(٦) وفى « كان » .

(٧) لما بينا أن فى إجارة النفس كذا وتعبا فلا يلزم من الأب والوصى فى حق

الصبي بعد بلوغه ، وما يلحقه من المشقة يصير عذرا له فى الفسخ - قاله السرخسى

فى شرحه ص ٢٠٧ .

هذا الوجه إجارة نفسه ، لأن الوالد و الوصى فى مال الصغير ' بمزلة
الوكيلين اللذين يوكلهما الكبير ' ؛ ألا ترى أن الكبير لو وكل رجلا
يؤاجر داره فأجرها ٣ كما وكله لم يكن له أن ينقض إجارة وكيله !
فكذلك هذا .

٥ ولو آجر العبد نفسه وهو محجور عليه ' رجلا ستة بمائة درهم
ليخدمه فخدمه ° ستة أشهر ثم أعتق العبد فالقياس فى هذا أنه لا أجر

(١) سقط قوله « فى مال الصغير » من م .

(٢) قال السرخسى : والفرق لنا بين الفصلين من وجهين : أحدهما أنه ليس فى
إجارة الدار والعبد معنى الكد ، والعار فى حق الصبي إذا أدرك فلا يثبت له
حق الفسخ ، بخلاف إجارة النفس ؛ والثانى أن إجارة الدار والعبد يملك بالولاية ،
ألا ترى أن من لا ولاية له من اقربات ممن يعول الصبي ليس له ولاية إجارة
داره وعبده ، فإذا نفذ باعتبار قيام ولايتهما يجعل كأنهما بشران بعد البلوغ
بالولاية ، فأما صحة إجارة النفس ليس باعتبار الولاية بل باعتبار المنفعة والمصلحة
للولد فى ذلك ليتأدب ويتعلم ما يحتاج إليه ، ألا ترى أن من يعول اليتيم يملك
ذلك منه و يبلوغه زال هذا المعنى لأنه صار من أهل النظر نفسه فيما يحتاج إليه
فلهذا يثبت له الخيار - اهـ ص ٢٠٧ .

(٣) وفى ز « فأجرها الوصى » .

(٤) سقط لفظ « عليه » من هـ .

(٥ - ٥) قوله « ستة بمائة درهم ... » سقط من هـ .

(٦) وفى هـ « لأنه » .

للعبد فيما مضى ، لأن المستأجر كان ضامنا له ولا يجتمع الأجر والضمان ،
ولكننا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه
العبد فيدفعه إلى مولاه فيكون ذلك لمولاه دونه ، وتجوز الإجارة فيما
بقى من السنة ، وليس للعبد أن يقبض ذلك لأن الإجارة فيما بقي
إنما جازت بعد ما أعتق العبد ، فليس للعبد أن ينقض ما جاز بعد
عتقه ، لأنه إنما جاز بغير إجارة المولى ؛ ألا ترى أن أمة لو تزوجت
رجلا بغير أمر مولاه فأعتقها المولى جاز نكاحها عليها ولم يكن لها
خيار في إبطاله لأنه إنما جاز بعد العتق ، وكذلك الإجارة بما جاز
ما بقي منها بعد العتق لم يكن للعبد إبطال ذلك ، ولكن الإجارة تلزم

(١) قال الشارح : لأن في ذلك محض منفعة لا يشوبه ضرر ، والعبد غير محجور
عن اكتساب المال ، وما يكون فيه محض منفعة كالاختطاب والاحتشاش ،
بخلاف ما إذا هلك فإن الضمان قد تقرر عليه من حين استعماله ، وهو يملكه
بالضمان من ذلك الوقت ، فتبين أنه استعمل عبد نفسه فلا يجب الأجر ، وبه فارق
الصبي المحجور إذا أجر نفسه ومات في خلال العمل فإنه يجب الأجر بحساب
ما عمل ، لأن الصبي لا يملك بالضمان فلا يندعم السبب الموجب للأجر فيما مضى ،
وإن هلك الصبي من استعماله غرم ديته - اه ص ٢٠٧ .

(٢-٢) من قوله « من السنة » ... ساقط من هـ .

(٣) وفي م « وليس » .

(٤) وفي هـ « بعد ما عتقه » .

(٥) وفي هـ « اجازة » والصواب « اجارة » بالراء كما هو في بقية الأصول .

(٦) وفي هـ « لما » .

(٧) - سقط لفظ « ما » من « ما بقي » من ز .

العبد، ويكون للمولى أجر ما مضى من الشهور قبل العتق، ويكون أجر ما بقى من الشهور بعد العتق للعبد؛ فان كان العبد قبض الأجر فى حال الرق وهو دراهم أو دنانير أو شيء^١ مما يكال أو يوزن أو عرض من العروض أو لم يقبض ذلك فهو سواء يكون للمولى من ذلك^٢ حصة ما مضى من الشهور وللعبء^٣ حصة ما بقى من الشهور بعد ما عتق؛ ولا يشبه هذا الوجه فيما قبض العبد من الأجر ما مضى قبله من الإجازات باذن المولى وإجارة^٤ المولى، لأن العبد لما قبض الأجر فى هذا الوجه فقد قبض شيئاً ليس بجائز ولا يجب به^٥ الأجر حتى يجوز بعد العمل، فلما أعتق العبد وقد قبض الأجر فان كان لم يعمل شيئاً ولم يمض من السنة شيء فأنما جازت الإجارة بعد العتق ووجب الأجر بعد العتق، وصار الأجر كله للعبد؛ فان كان قد مضى من الشهور شيء قبل العتق وجب أجر ذلك للمولى بالعمل دون القبض فصار ذلك بمنزلة من لم يقبض؛ فأما أجر ما لم يمض من العمل فانه لا يجب بالقبض حتى تجوز الإجارة، وإنما جازت الإجارة بعد العتق فصار ذلك للعبد دون المولى، فلذلك اُفترق^٦ جواز الإجارة قبل العتق وجوازها بعد العتق فيما قبض

(١) وفى م «أو هو شيء» .

(٢) وفى م «من بعد ذلك» .

(٣) وفى ع «والعبد» وفى بقية الأصول «العبد» وهو الصواب .

(٤) وفى ز «إجارة» .

(٥) وفى هـ «فيه» مكان «به» .

(٦) وفى ع «اتفرن» تصحيف .

العبد من الأجر .

آخر كتاب التحرى ، والمحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم . وحسبنا الله ونعم الوكيل

(١) قال السرخسى : (وإذا سلم العبد من العمل حتى وجب الأجر بحساب ما مضى يقبضه العبد فيدفعه إلى مولاه) لأنه وجب بعقده ، ولكن بمقابلة منافع هي مملوكة للولى فيلزمه دفعه إلى المولى (وتجاوز الإجارة فيما بقى من السنة للعبد ، ولا خيار له في تقضى الإجارة) لأنها نفذت بعد عتقه بغير إجارة المولى فكأنه باشره بعد العتق (ألا ترى أن أمة لو زوجت نفسها بغير إذن المولى ثم أعتقها المولى نفذ العتق ولا خيار لها ! بخلاف ما إذا كان عقدها باذن المولى أو أجازها المولى قبل العتق فكذلك في الإجارة . وكذلك الجواب هنا إن كان قبض الأجر في حال رقه) لأن للعبد منه حصة ما بقى ، وللولى حصة ما مضى ، بخلاف ما تقدم لأن العقد هناك كان نافذا فالأجر كله بالقبض صار ملكا للولى ، وهنا العقد لم يكن نافذا لأن مباشره محجور عليه ، فانما ينفذ بحسب ما يستوفى من المنفعة لأنه حينئذ يتمحض منفعة فحصة ما استوفى من المنفعة صار مملوكا من الأجر فيكون للولى ، وحصة ما لم يستوف من المنفعة لم يصير مملوكا وإن كان مقبوضا ، وإنما يملك بعد العتق باعتبار إبقاء المنفعة ، وإنما أوفى فيما بقى من المدة المنافع التي هي مملوكة له فلهذا كان الأجر بحساب ما بقى من المدة للعبد ؛ والله أعلم بالصواب - ٥٨ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ .

(٢-٢) كذا في ع ، م ؛ وفي ز « هذا آخر ... » وفيها « وصلواته وسلامه » ولم يذكر فيها « وحسبنا الله ونعم الوكيل » ، وسقط قوله « آخر كتاب التحرى - الخ » من ه .
