

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ما يرجع إلى نفس الركن - القسم الثاني .

وجه قولهما : أن في الاستثناء الموصول يقف أول الكلام على آخره فكان قوله ثلاثا و ثلاثا كلاما واحدا فيعمل فيه الاستثناء كما لو قال : أنت طالق ستا إن شاء الله تعالى و لأنه جمع بين الجملتين بحرف الجمع و هو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ واحد فقال : أنت طالق ستا إن شاء الله تعالى .

و لأبي حنيفة : أن العدد الثاني وقع لغوا لأنه لا يتعلق به حكم إذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار فاصلا فمنع صحة الاستثناء كما لو سكت بخلاف ما لو قال : : أنت طالق ستا لأنه ذكر الكل جملة واحدة فلا يمكن فصل البعض عن البعض و لو قال : أنت طالق واحدة و ثلاثا إن شاء الله تعالى جاز الاستثناء في قولهم جميعا لأن الكلام الثاني ههنا ليس بلغوا لأنه جملة يتعلق بها حكم فلم يصر فاصلا بخلاف الفصل الأول و لو جمع بين جملتين بحرف الواو ثم قال في آخرهما إن شاء الله تعالى بأن قال امرأته طالق و عبده حر إن شاء الله تعالى انصرف الاستثناء إلى الجملتين جميعا حتى لا يقع الطلاق و العتاق بالاتفاق و كذا إذا ذكر الشرط في آخر الجملتين بأن قال إن دخلت الدار أو إن كلمت فلانا .

و لو قال لزيد علي ألف درهم و لعمرو علي ألف درهم إلا خمسمائة انصرف الاستثناء إلى الجملة الأخيرة عند عامة العلماء و قال بعضهم : ينصرف إلى جميع ما تقدم من الجمل و به أخذ الشافعي و على هذا الأصل بنوا مسألة المحدود في القذف إذا تاب و شهد لأن قوله : { إلا الذين تابوا } منصرف إلى ما يليه عندنا و عندهم إلى جميع ما تقدم .

وجه قول هؤلاء : أن واو العطف إذا دخل بين الكلامين يجعلهما كلاما واحدا كما في قول القائل : جاءني زيد و عمرو معناه جاآني و كما إذا قال : امرأته طالق و عبده حر إن شاء الله تعالى أو قال : إن دخلت الدار أنه يتعلق الأمران جميعا بالشرط و إن كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما واو العطف جعل كلاما واحدا و تعلقا جميعا بالشرط كذا هذا و لهذا إذا كان المعطوف ناقصا شارك الأول في حكمه و جعل الكل كلاما واحدا بأن قال لامرأته : أنت طالق و فلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا هذا .

و لنا : أن الأصل في الاستثناء أن ينصرف إلى ما يليه لأنه أقرب إليه و متصل به و لأنه ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيدا و هذه الضرورة تندفع بالصرف إلى ما يليه فانصرف إلى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين فيجعلهما كلاما واحدا و جملة واحدة و إنما يجعل كلاما واحدا و الجملتان جملة واحدة بواو

العطف إذا كانت إحدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت عن الجملة الأخرى لا تكون مفيدة فأما إذا كانت كاملة بحيث لو فصلت عن الأخرى كانت مفيدة فلا يجعلان كلاما واحدا لأن الجعل للعطف الموجب للشركة و الشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل و الإشراف بحرف الواو و عدمه سواء و لأن جعل الكلامين كلاما واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار إليه إلا لضرورة و هي أن تكون إحدى الجملتين ناقصة إما صورة أو معنى كما في قول القائل : جاءني زيد و عمرو فإن الجملة الثانية ناقصة لأنها مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالإشراف بحرف الواو كما في قول الرجل لامرأته زينب طالق و عمرة لما قلنا أو تكون ناقصة معنى في حق حصول غرض المتكلم كما في قوله امرأته طالق و عبده حر إن شاء الله تعالى أو إن دخلت الدار فإن هناك إحدى الجملتين ناقصة في حق حصول غرض الحالف لأن غرضه أن يجعلهما جميعا جزاء واحدا للشرط . و إن كان كل واحد في نفسه يصلح جزاء تاما و هذا الغرض لا يحصل إلا بالإشراف و الوصل فيكون أحدهما بعض الجزاء فكانت جملة ناقصة في المعنى و هو تحصيل غرضه فيجعل كأنه ناقص في أصل الإفادة و مثل هذه الضرورة لم توجد ههنا فبقيت كل جملة منفردة بحكمها .

و إن كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال : جاءني زيد و ذهب عمرو فإن هذا عطف جملة على جملة بحرف الواو و لم تثبت الشركة بينهما في الخبر لما قلنا كذا هذا .

و لو أدخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين بأن قال : امرأتي طالق إن دخلت الدار و عبدي حر إن كلمت فلانا إن شاء الله تعالى انصرف الاستثناء إلى ما يليه في قول أبي يوسف فتطلق امرأته و لا يعتق عبده و قال محمد : ينصرف إلى الجملتين جميعا و لا يقع الطلاق و لا العتاق .

وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا : أن الكلام معطوف بعرضه على بعض بحرف العطف لأنه عطف إحدى الجملتين على الأخرى بحرف الواو فيجعلهما كلاما واحدا كما في التنجيز بأن يقول : امرأته طالق و عبده حر إن شاء الله تعالى و أي فرق بين التنجيز و التعليق ؟ ! و حجة أبي يوسف على نحو ما ذكرنا أن الأصل في الاستثناء أن ينصرف لما يليه لما بينا و انصرافه إلى غيره لتتم الجملة الناقصة صورة و معنى أو معنى على ما ذكرنا .

وههنا كل واحدة من الجملتين تامة صورة و معنى أما الصورة فظاهر و أما المعنى فلأنه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم أن غرضه ليس جعلهما جميعا جزاء واحدا فكان كل واحد منهما جملة واحدة فكان كل واحد منهما من الطلاق و العتاق جزاء تاما صورة و معنى .

و لو قدم الاستثناء فقال : إن شاء الله تعالى فأنت طالق فهو استثناء صحيح لأنه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل و هو الفاء فيصح التعليق بمشيئة الله تعالى كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق و كذا لو قال : إن شاء الله تعالى و أنت طالق لأن الواو للجميع فتصير الجملة كلاما واحدا .

و لو قال : إن شاء الله تعالى أنت طالق جاز الاستثناء في قول أبي حنيفة و أبي يوسف و لا يقع الطلاق .

و قال محمد : هو استثناء منقطع و الطلاق واقع في القضاء و يدين فيما بينه وبين الله عز و جل أنه أراد به الاستثناء .

وجه قول محمد : أن الجزاء إذا كان متأخرا عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال و هو حرف الفاء ليتصل الجزاء بالشرط و إذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله إن شاء الله تعالى استثناء منقطعا فلم يصح و يقع الطلاق كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه لا يتعلق لعدم حرف التعليق و هو حرف الفاء فيبقى تنجيذا فيقع الطلاق كذا هذا .

و لهما : أن الفاء يضمن في كلامه تصحيحا للاستثناء و الإضمار في مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر : .

(من يفعل الحسنات الله يشكرها ... و الشر بالشر عند الله مثلان) .

أي فاء يشكرها أو يجعل الكلام على التقديم و التأخير تصحيحا للاستثناء كأنه قال أنت طالق إن شاء الله تعالى و التقديم و التأخير في الكلام جائز أيضا في اللغة و هذان الوجهان يصحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه و بين الله تعالى لا في القضاء لأن كل واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي .

ألا ترى أنه إذا قال : إن دخلت الدار أنت طالق لا يتعلق و إن أمكن تصحيح التعليق بأحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق و لا يصدق أنه أراد به التعليق في القضاء و إنما يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لا غير كذا هذا .

ووجه الفرق بين المسألتين : أن الحاجة إلى ذكر حرف الفاء في التعليق بسائر الشروط إذا كان الجزاء متأخرا عن الشرط في الملك ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط لأنه شرط يمكن الوقوف عليه و العلم به على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشيئة الله تعالى و وقوع هذا الطلاق ما لا سبيل لنا إلى الوقوف عليه رأسا حتى تقع الحاجة إلى وصل الجزاء به ليوحد عند وجوده فكان تعطيلنا في علمنا فلا حاجة إلى ذكر حرف الوصل قبل هذا الشرط .

و الدليل على التفرقة بين الشرطين : أنه إذا قال : إن شاء الله تعالى و أنت طالق يصح الاستثناء و لو قال : إن دخلت الدار و أنت طالق لا يصح التعليق و يقع الطلاق للحال و لو قال : عنيت به التعليق لا يصدق قضاء و لا ديانة لما ذكرنا كذا هذا كله إذا علق الطلاق بمشيئة الله فأمّا إذا علق الطلاق بمشيئة غير الله فإن علق بمشيئة من يوقف على مشيئته من العباد بأن قال : إن شاء زيد فالطلاق موقوف على مشيئته في المجلس الذي يعلم فيه بالتعليق لأن هذا النوع من التعليق تملك لما نذكر فيتقيد بالمجلس كسائر التملكيات .

و إن علقه بمشيئة من لا يوقف على مشيئته نحو أن يقول : إن شاء جبريل أو الملائكة أو الجن أو الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشيئة □□ تعالى لأنه لا يوقف على مشيئة هؤلاء كما لا يوقف على مشيئة □□ عز و جل فصار كأنه قال : إن شاء □□ تعالى و لو جمع بين مشيئة □□ تعالى و بين مشيئة العباد فقال : إن شاء □□ تعالى و شاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق لأنه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما و المعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما لو قال : إن شاء زيد و عمر فشاء أحدهما و □□ الموفق .

و منها : أن لا يكون انتهاء الغاية فإن كان لا يقع و هذا قول أبي حنيفة و زفر و قال أبو يوسف و محمد : هذا ليس بشرط و يقع و إن جعل انتهاء الغاية و هل يشترط أن لا يكون ابتداء الغاية ؟ .

قال أصحابنا الثلاثة : لا يشترط و قال زفر : يشترط و الأصل في هذا أن عند زفر : الغايتان لا يدخلان ثم ينظر إن بقي بينهما شيء وقع و إلا فلا و عند أبي يوسف و محمد : الغايتان تدخلان .

و عند أبي حنيفة الأولى تدخل لا الثانية و بيان هذه الجملة : إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة إلى اثنتين أو ما بين واحدة إلى اثنتين فهي واحدة عند أبي حنيفة و عندهما : هي اثنتان و عند زفر : لا يقع شيء و لو قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي اثنتان في قول أبي حنيفة و عندهما : هي ثلاث و عند زفر : هي واحدة . وجه قول زفر : أن كلمة من لابتداء الغاية و كلمة إلى لانتهاء الغاية يقال : سرت من البصرة إلى الكوفة أي البصرة كانت ابتداء غاية المسير و الكوفة كانت انتهاء غاية المسير و الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في البيع فإنه إذا قال : بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان في البيع فكان هذا منه إيقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية و كذا إذا قال : بعتك ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع كذا ههنا و لهذا لم تدخل إحدى الغائتين عند أبي حنيفة كذا الأخرى .

و لهما : أن ما جعل غاية لا بد من وجوده إذ المعدوم لا يصلح غاية و من ضرورة وجوده وقوعه ولهذا دخلت الغاية الأولى فكذا الثانية بخلاف البيع فإن الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها بالبيع دخولها فيه فلم تدخل و أبو حنيفة بنى الأمر في ذلك على العرف و العادة فإن الرجل يقول في العرف و العادة لفلان علي من مائة درهم إلى ألف و يريد به دخول الغاية الأولى لا الثانية و كذا يقال : سن فلان من تسعين إلى مائة و يراد به دخول الغاية الأولى لا الثانية و كذا إذا قيل : ما بين تسعين إلى مائة و قيل : إن الأصمعي ألزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال : له كم سنك

فقال : من سبعين إلى ثمانين و كان سنه أقل من ثمانين فتحير زفر و لأن انتهاء الغاية قد تدخل تحت ما ضربت له الغاية و قد لا تدخل قال ا تعالى { ثم أتموا الصيام إلى الليل } و الليل لم يدخل تحت الأمر بالصوم فيه فوقع الشك في دخول الغاية الثانية في كلامه فلا يدخل مع الشك فإن نوى واحدة في قوله من واحدة إلى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه و بين ا تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه و لا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر و قياس ظاهر أصلهما في قوله أنت طالق من واحدة إلى اثنتين أنه يقع الثلاث لأن الغايتين يدخلان عندهما إلا أنه يحتمل أنه جعل تلك الواحدة داخلة في الثنتين و يحتمل أنه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك .

و روي عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لامرأته أنت طالق اثنتين إلى اثنتين : إنه يقع ثنتان لأنه يحتمل أن يكون جعل الإبتداء هو الغاية كأنه قال : أنت طالق من اثنتين إليهما .

و كذا روي عن أبي يوسف أنه قال : إذا قال : أنت طالق ما بين واحدة و ثلاث فهي واحدة لأنه ما جعل الثلاث غاية و إنما أوقع ما بين العديدين و هو واحدة فتقع واحدة . و إن قال : أنت طالق ما بين واحدة إلى أخرى أو من واحدة إلى واحدة فهي واحدة أما على أصل أبي حنيفة فلأن الغاية الأولى تدخل و لا تدخل الثانية فتقع واحدة و أما على أصلهما فالغايتان و إن كانتا يدخلان جميعا لكن يحتمل أن يكون المراد من قوله من واحدة إلى واحدة أي منها و إليها فلا يقع أكثر من واحدة و أما على أصل زفر فالغايتان لا يدخلان و لم يبق بينهما شيء و ا عز و جل أعلم .

و منها : أن لا يكون مضروبا فيه فإن كان لا يقع و يقع المضروب و هذا قول أصحابنا الثلاثة .

و قال زفر : هذا ليس بشرط و يقع المضروب و المضروب فيه و بيان ذلك فيمن قال لإمرأته : أنت طالق واحدة في اثنتين أو قال : واحدة في ثلاث أو اثنتين في ثنتين . و جملة الجواب فيه : أنه إن نوى به الطرف و الوعاء لا يقع إلا المضروب لأن الطلاق لا يصلح طرفا و إن نوى مع من يقع المضروب و المضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف و إن نوى به الضرب و الحساب و لم تكن له نية يقع المضروب لا المضروب فيه عند أصحابنا الثلاث . و عند زفر : يقع المضروب و المضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه .

وجه قوله : أن الواحد في اثنتين اثنان على طريق الضرب و الحساب و الواحد في الثلاث ثلاثة و الإثنان في الإثنيين أربعة و هذا يقتضي وقوع المضروب و المضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد فقال : أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو أربعا إلا أن العدد المجتمع له عبارتان : إحداهما الإثنان و الثلاثة و الأربعة و الأخرى واحد في اثنين و واحد في ثلاثة و

اثنان في اثنين .

و لنا : وجوه ثلاثة : .

أحدها : أن الضرب إنما يتقدر فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب لأن تقدير ضرب الإثنين في الإثنين خطان يضم إليهما خطان آخران فمن هذا الوجه يقال : الإثنين في الإثنين أربعة و الطلاق لا يحتمل المساحة فإذا نوى في عدد الطلاق الضرب فقد أراد محالا فبطلت نيته .

و الثاني : أن الشيء لا يتعدد بالضرب و إنما يتكرر أجزاءه فواحد في اثنتين واحد له جزآن و اثنان في اثنتين اثنان له أربعة أجزاء و طلاق له جزء و طلاق له جزآن و ثلاثة و أربعة و أكثر من ذلك سواء .

و الثالث : انه جعل المضروب و الطلاق لا يصلح طرفا إذا طرف الشيء هو المحتوى عليه و لا يتصور احتواء الطلاق على شيء لأن الإحتواء من خواص الأجسام فلا يصلح طرفا للمضروب فلا يقع و لهذا لو قال لامرأته : أنت طالق في دخولك الدار أو قال لها : أنت طالق في دخولك الدار أو قال لها : أنت طالق في حيضتك لا يقع للحال لأنه جعل الدخول و الحيض طرفا و إنهما لا يصلحان طرفا لاستحالة تحقق معنى الطرف فيهما إلا أن ثمة يتعلق الطلاق بالدخول و الحيض و يجعل في بمعنى مع لمناسبة لأن مع كلمة مقارنة و المطروف يقارن الطرف فصار كأنه قال : أنت طالق مع دخول الدار أو مع حيضك و ههنا لو أراد في مع في قوله في اثنين أو في ثلاث يقع الثلاث و كذا لو أراد بكلمة في حرف الواو لأن الواو للجمع و الطرف يجمع المطروف من جميع الجهات فيجوز استعماله كله و الطرف على إرادة المقارنة أو الإجتماع من جهة واحدة و

□ تعالى الموفق