ذيل على شرح الكنز

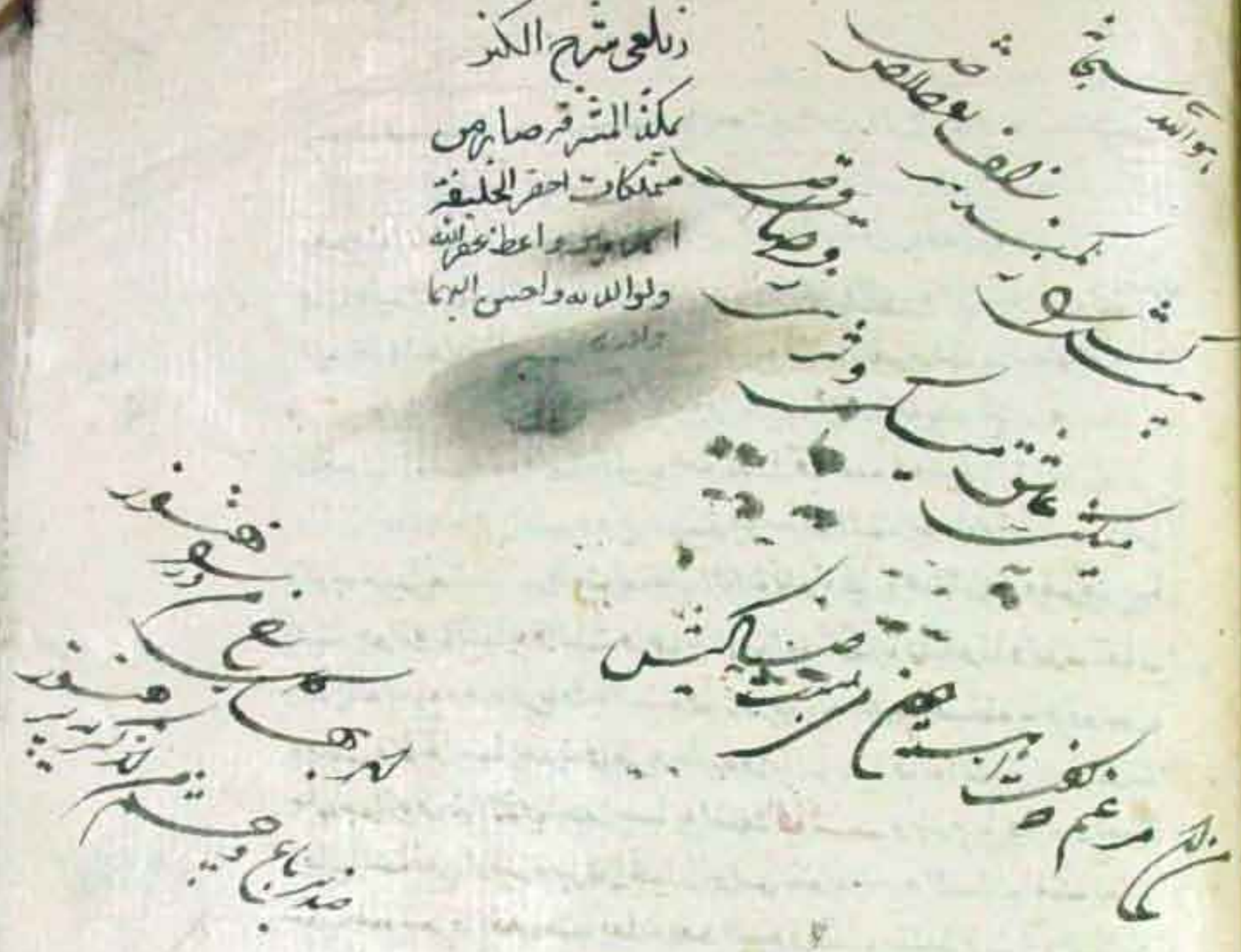
يملكه المشرفه صابرين

ممتلكات احقر الخليقة

الحمد لله واعط لحقه الله

ولوالديه واحسن اليهما

والمؤمنين



ابن حنا ذيلي در ماملك

جلال الدين

ب الوصية للاقارب وغيرهم باب الوصية بالخدمة

١٤٧١ ١٤٧٨

شهادة كتاب الخنثى مسائل شتى

١٥٠٠ ١٥٠٩

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر
قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري
على شرا اخيه لان المنهي عنه هو الشرا لا البيع قال الفرزدق رحمه الله

ان الشباب لرابح من باعه • والشيب ليس لبايعه تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال هو مبادلة المال بالمال
بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي
وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جايز
ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي انه عليه السلام باع قدحا
وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجتمعت
على جوازه وانه الذي احد اسباب الملك قال ويلزم بايجاب وقبول
وقال الشافعي لا يلزم بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساويان ولنا ان
العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون
الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كساير العقود وما
رواه محمول على خيار القبول فانه اذا وجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما
في المجلس ولم ياخذا في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان
حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجازا كساير اسما الفاعلين مثل المتحادثين
والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا
يغن الله كلا من سعته لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا
تاويل محمد قال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول

وقال

وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في
الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان
ما ذكرنا اولى بكونه مرادا وما روي عن ابن عمر انه كان يبيع ويفارقه
خطوات خشية التراد تاويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة
او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك
فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفة عليه لا لان مذهبه
كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا
هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه
من غير قيد به واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة
فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام وبيحا سماهما متبايعين لقربهما
من البيع كما سمي العصير خمرا واسماعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له
خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل
في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة
لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل
قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون
لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي
الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبي
عن التحقق كبعت واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال
والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادايهما وليس له ان يقبل بعض المبيع
دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البايع لفظة بعت كما مع ذكر الثمن لكل
واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين
كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بنا على ان البيع يتعدد
بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يفرق في القبض

عند اتحاد العقد بايفا ثمن البعض او ابرايه او تاجيله قال وبتعاط اي يلزم
بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد
به في شي خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان
جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان
يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكتفي
بتسليم المبيع قال اي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما
البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض
والرجوع فيبطل به كساير عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام
الزوج والولي لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي
خيار القبول لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والفكر
والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج
وفيما قاله الشافعي حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد
بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال ولا بد من معرفة قدر ووصف
ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسليم بالعقد عن
الفايدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا قال لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر
والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة
وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الجواز لان العوضين حاضران
بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا بخلاف راس المال السلم
حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجمع
بيانه في موضعه قال وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما
قدر لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي
الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة
قال ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من

الاطلاق

الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمي
قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده
لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال وان
اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سوا وفي المالية
مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان ترفع بالبيان فان
كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية
سوا جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان
كانت في الرواج سوا كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سوا غير
ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم
ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى
بدراهم معلومة فاعطى من ايها شا جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية قال
ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما
الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال
السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصفه
الصاع قال وبانا او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي
المانعة لا مجرد الجهالة كما فصار كالمجازفة وكبيع شي لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم
هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى
حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهكذا اذا كان الانا لا ينكبس
بالتنكيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصبة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل
والقفة فلا يجوز الا في قراب الما استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف وكذا
اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شي يخف اذا خف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة
وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر او بانا لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان
يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان

وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق
هو المشار اليه قال ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا
جاز في الكل لان البيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الي معرفة مقداره
لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين علي
ان ياخذ ايهما شا بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر
واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فيصرف الي الاقل
كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة
اتزوجها طالق حيث ينصرف الي الكل لعدم افضايه الي المنازعة ولابي حنيفة
ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه المتيقن به
وما عداه مجهول فتفسد كما اذا باع الثوب برمة بخلاف ما استشهدا به لان
الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره
موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق
الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد
وكذا اذا سمي جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو
ظهر له بالايجاب وكذا اذا اشتري ما لم يره فراه وان افترقا قبل ان يعرف فسد
فلا ينقلب صحيحا به والمجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود
صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد
بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد با
لمجلس قال ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او
كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا
ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة
الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة
فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا علي الباقي

فلا

فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلي هذا كل عددي متفاوت قال
ولو سمي الكل صح في الكل يعني لو سمي جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين
في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي
بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتاتي علي قوله وعلي قولهما لا يتاتي
لجوازه بدونه قال ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبايع
يعني لو باع صبرة وسمي جملتها بان قال بعتكها علي انها ماية قفيز بماية
درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته الي اخره لانها من المقدرات
فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها
ناقصة فله الخيار ان شا اخذها بحصتها وان شا تركها لتفرق الصفقة
عليه وان وجدها زايدة فالزايد للبايع لانه لم يدخل في البيع الا القدر
المسمي فبقي علي مالكه اذ القدر ليس بوصف قال ولو نقص ذراع اخذ
بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبايع معناه اذا باع مذروعا
وسمي جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا وجده ناقصا اخذه بكل الثمن
علي الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير
انه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط
في العقد وان وجده زايدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله
شي من الثمن ولا خيار للبايع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما
وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار
والدليل علي انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري
ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قادرا لما جاز لاحتمال ان
يزيد فيكون للبايع كما في المكيل والموزون قال ولو قال كل ذراع بكذا
ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه
انه اذا قال بعتكه علي انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده

ناقصا فهو بالخيار ان شا اخذه بحصته وان شا تركه وان وجده زايدا
اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان
يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنا جعل
اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته ويثبت
له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو بالخيار ايضا ان شا اخذه
كله كل ذراع بدرهم وان شا تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه
الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر
المسمي ويترك الزيادة لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا تري انه لا يجوز
ان يبيع بعض المذروع ابتدا وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون
اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن علي الذرعان وبقي وصفا في حق غيره
من الاحكام كدخول الفاضل في البيع وان سمي لكل ذراع ثمنا قال وفسد بيع عشرة
اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة اسهم من دار وهذا مشكل فانه
لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل من ماية سهم ونحوه يفسد
لانه مجهول لا يعرف نسبته الي جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من
ماية سهم او من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشرا وثلث ولعل الشيخ
قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار ادي اليه وقوله وفسد بيع عشرة
اذرع من دار هو قول ابي حنيفة واختلف المشايخ علي قولهما فمنهم من قال
لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشتري سهما منها او عشرة اسهم منها ولم
يقل من كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع
فيعرف فلا يفضي الي المنازعة بخلاف ما لو اشتري سهما منها او عشرة
اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من ماية ذراع فسد
عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار ماية ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة
اسهم من ماية سهم وله ان الذراع اسم لالة يذرع بها واستعير لما يحله

الذراع

الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو علي التعيين
فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من ماية
سهم لانه شايع فلا يفضي الي المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده
اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير
بيع شياة من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده والا
فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال وان اشتري عدلا علي
انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا
ولم يبين ثمن كل ثوب اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة
المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان في المردود
ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن
المعدوم وهو مجهول فيودي الي النزاع قال ولو بين ثمن كل ثوب ونقص
صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا يبقي الجهالة في المردود
فيودي الي المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم
فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد
في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة
فصار قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا
فصار قبول العقد في المعدوم كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد
منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا
وعندهما جايز فكذا هذا بنا علي ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده
يتعدد بلفظة البيع والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد
في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد
بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد
منهما شرطا لقبوله في الاخر وهو شرط فاسد تحققه ان الشيين الموصوفين

او باع ثوبين علي انهما مرويان
وبين ثمن كل واحد منهما

وصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد
في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون
الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر
فبالنظر الي وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الي انعدام ذلك الوصف
كان فاسدا فاما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد
حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فلا يتصور فيه
القبول بل هو غلط محض قال ومن اشتري ثوبا علي انه عشرة اذرع
كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة
ونصف بخيار معناه اذا اشتري ثوبا واحدا علي انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف يأخذه في الوجه الاول بعشرة
من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يأخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة وبخير
في الوجهين وقال محمد يأخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة
الا نصفا وبخير فيهما لانه لما سمي لكل ذراع ثمنا علي حدة التحق بالقدر ومن ضرورة
مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه
الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب
عما شرط فيخير كي لا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار
كل ذراع كثوب علي حدة بيع علي انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا
لا يسقط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد لما ذكرنا انه وصف وتغير
الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد
الثمن عليه فيما اذا وجده زايدا وانتقص المبيع في الاخر فلا يتم رضاه
به ولابي حنيفة انه الذراع فيه وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار
بالشرط وهو مفيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد

الحكم

الحكم الي الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الي خير وفي النقصان
يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضره القطع
او يتفاوت جوانبه كالعبايم والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا يتفاوت
جوانبها كالبطاين ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو
بمنزلة المكيل والموزون وعلي هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة
اذ لا يضره التبعيض **فصل** يدخل البنا والمفاتيح في بيع الدار من
والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل و في
العرف يتناول البنا تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل
بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي
شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والكتب ليبني م
عليها والصغيرة تنتقل من مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لان
نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الذرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها
متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع
حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد
منهما بدون الاخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق
لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس لا يدخل اصلا لانا انما استحسنا
ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي علي اصل القياس ثم الاصل
في جنس هذه المسايل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل
في البيع تبعا والا فلا الا اذا جري العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم
المتصل بالبنا يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير
كالسلم هكذا ذكره في الحاوي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان
يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة
وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية

تدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان تكون ثيابا مرتفعة الهي للعرض
فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثيابه البذلة والمهنة
ثم البايع بالخيار ان شا اعطي الذي عليه وان شا اعطي غيره لان الداخل
بحكم العرف كسوتهما لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى
لو استحق ثوب منها لا يرجع علي البايع بشي وكذا اذا وجد بها عيبا
ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها بدون تلك
الثياب وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة
والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود
علي قرن البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف
الا ان يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وحمل الاتان
والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الي موضع البيع دخل فيه للعرف
والا فلا قال ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع
الشجر الا بالشرط لانهما متصلان بهما للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما
وقال عليه السلام من اشتري ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا
ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث
يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها
ولانه لا يقدر علي فصله الا الله تعالي فلا يعتبر منفصلا في ثاني الحال
مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع لان
ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما
اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر
ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المتعارف وفي العادة ان لا يقطع
كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه
ما بينا وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض

تسليم

تسليم المعوض وانما لا يقلع فيهما لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون
القلع بخلاف الشرا لانه لملك الرقبة فلا يراعي فيه امكان الانتفاع الا تري
انه لو اشتري ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل
من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر او للزرع قيمة او لم
يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لانه بيعهما منفردا يجوز
في الحالين في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا
بذر في الارض فلم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار
كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما
ليسا منهما ولو تحالا بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها
او من مرافقها لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا
فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ
او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال
ورق التوت والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا
من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكسه الثمار في الحكم الشرب والطريق
فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع
لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا منها
ولا فيها لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيهما وهما منهما وليسا
من حقوقها فتعاكسا قال ومن باع ثمرة قد بدا صلاحها او لا صح لانه مال متقوم
منتفع به في الحال او في المآل وقيل لا يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح
وعلي هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تتناوله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه
منتفع به في المآل فصار كالاطفال والجحش قال ويقطعها المشتري في الحال تفريغا
لملك البايع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال وان شرط تركها
علي النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير

او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع انه كان للمنفعة حصة من
الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهي رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك
لما بينا وكذا اذا تناهي عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال
محمد لا يفسد استحسنه العادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط
فيه الجذ المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها
مطلقا وتركها باذن البايع طاب الفضل وان تركها بغير اذنه
تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد
ما تناهي عظمها لم يتصدق بشي لان هذا تغير احوال فان
الشمس تنضجه وياخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب
بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استاجر النخيل الى وقت
الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم المتعارف والحاجة
فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشتري الزرع واستاجر الارض الى
ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى
ما غرم من اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا
ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لعجزه
عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاحتياط والقول
قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ
والخلاص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول
بعد قضاء حاجته من البايع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري للثمار
الموجودة والمعدومة فانه جايز عند بعضهم اذا مات الموجود اكثر
فحاصله ان لهذه المسالة ثلاث صور احداها اذا خرج الثمار كله فانه
يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج شي منه فانه

لا يجوز

لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في
ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا
للموجود استحسانا لتعامل الناس والضرورة وكان شمس الايمة
الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الايمة
السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق
الضرورة والاضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او
يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده
او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل
مقصودهما بهذه الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما
للنص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم قال ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر
في سنبله وباقلا في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة
او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره
اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فتوجب
القوله بجوازه وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد
مجهول وربما لا يبقى بعده شي فيخلوا عن الفايدة او يكون رجوعا عن العقد
قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى غلاما معينا لان الباقي
معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم
بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه لما بينا من قبل الا ترى
ان بيعه مجازفة جايز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما بقي
بعد المثنى اولان كلما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناوه من
العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جايز فكذا استثناوها وهو نظير
بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناوها ولو كانت مجهولة

بان باع شاة منها بغير عينها لايجوز فكذا استثنا وها وعلي هذا طراق الجيوان
واوصاف المبيع وقوله بهما لايبقي بعده شيء الي اخره قلنا الاستثنا تصرف
لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون
رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقا الا تري انه لو قال
نسايي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا ثم
اخرج الكل بهذا الطريق صح ولايكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان
بلفظه بان قال عبيدي احرار الا عبيدي او نسايي طوالق الا نسايي حتي
لايصح هذا الكلام ويلغوا ويقع الطلاق والعتاق علي الجميع فكذا هنا لايكون
رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو
ما اذا باع بئرا في بستانه الي اخره فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز
بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لايجوز لانه المعقود عليه مستور
عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن
في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب
في السنبلة الحنطة الا تري انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال
هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلي هذا الخلاف الفستق واليندق
والجوز والحمص الاخضر وساير الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما
انه عليه السلام نهي عن بيع النخل حتي يزهو وعن بيع السنبل حتي يبيض
وبانت العاهة المراد به السلم بيض لايجوز الاسلام فيه حتي يوجد بين
الناس الا تري الي ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي صلي الله عليه وسلم
اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط الوجود
فيما بين حين العقد الي حين الحمل ولو اجري علي اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا
الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان
كما قاله لقال حتي يفرك قال واجرة الكيل علي البايع مراده فيما اذا بيع مكايلة

وكذا

وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده علي البايع لان الكيل والوزن والذرع
والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم و
تسليم المبيع علي البايع فكذا تمامه قال واجرة نقد الثمن ووزنه علي المشتري لما
ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن علي المشتري فكذا ما يكون من تمامه
وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البايع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك
عليه لانه هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد وفي رواية ابن رستم
عنه اجرة نقد الثمن علي البايع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف
العيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي
الصدر الشهيد رحمه الله وروي عن محمد ان اجرة النقد علي رب الدين
بعد القبض وقبله علي الدين لان علي المديون ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز
عليه وبعد القبض داخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييز
عليه قال ومن باع سلعة بثمن سلمه او لا ثم اي سلم الثمن او لا ان العقد يقتضي
المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم له الثمن او لا ليتعين حق
البايع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة
هذا ان يقال للبايع احضر المبيع ليعلم انه قايم فاذا احضر قيل للمشتري يسلم
الثمن او لا لما ذكرنا وان كان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن
حتي يحضر البايع المبيع علي مثال الراهن مع المرتهن قال والا معا اي ان لم يكن
سلعة بثمن سلما معا لاستوايهما في التعين او في عدم التعين وذلك لانه
اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال صح للمتبايعين او لاحدهما ثلاثة ايام
او اقل اي جاز خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونه لقوله
عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت
فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال ولو اكثر لا اي او شرط الاكثر من ثلاثة

ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمي
مدة معلومة لما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الي شهرين ولان الخيار
شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الي الاكثر فشابه التاجيل في الثمن
ولابي حنيفة ان شرط الخيار مخالف لمقتضي العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر علي مورد النص فينتفي الزيادة
بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة علي التحصيل وذلك بتطاول الته وحديث
ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الي شهر فيحتمل ان يكون خيار
الروية او العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال فاذا اجاز في الثلاث
جاز خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير
شهود وله ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم
واعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد
فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم الرابع
بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد
فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ اهل خراسان
فعندهم العقد موقوف علي اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد
العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه
لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه قال ولو باع علي انه
ان لم ينقد الثمن الي ثلاثة ايام فلا بيع صح والي اربعة لا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الي اربعة ايام واكثر
وقال زفر لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه
اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة
منها فسد فهذا اولي وجه الاستحسان انه في معني الشرط الخيار
بل هو عينه لانه يتخير في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضا غير انه يترك

الثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو
القطع غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان
بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان
كما اذا اشتري جارية حبلي فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع
بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع بسبب القطع وانه لا
ينافي المالية فنفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري
عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقا الي غير سارق بان يقوم
سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلي هذا الخلاف اذا
قتل بسبب وجد في يد البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه
لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع جايزا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن
عليه ولو تصرف نفذ تصرفه ولابي حنيفة ان سبب الوجوب وجد في يد البايع
والوجوب يفضي الي الوجود فيكون الوجود مضافا الي السبب السابق
فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروي
ابن المنذر عن ابي حنيفة لو اشتري جارية فولدت عند المشتري وماتت من
الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا قلنا ان منع ولين سلم فالسبب
الذي كان عند البايع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة
السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري رجع بنصف الثمن لان اليد من
الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس
غير مستحقة في يد البايع الا تري انها تحسم ولا يقطع في البرد الشديد ولا
في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وان
سري الي نفسه بخلاف ما اذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البايع لان النفس
صارت مستحقة في يد البايع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو
اختار المشتري ان يمسك العبد رجع بنصف الثمن لان القطع بسبب انه يجب كان

عند البايع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب
على ما بينا ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن عنده لانه
كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان
عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البايع للعيب الحادث عنده
ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد
البايع وان رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه
فات بسبب كان في يد المشتري فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي
فقطع عند الاخير او قتل ترجع الباعة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة وعندهما
يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بايعه واصل الخلاف
ان القطع او القتل بسبب كان في يد البايع استحقاق عنده وفيه ترجع الباعة
بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد
بالبيع وهو الاخير على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرد بالبيع
قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو
عالم بوجوب القتل او القطع فانه لا يبطل حقه لان العلم بالاستحقاق لا يمنع
الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضي به وفيما اذا اعتقه
المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية
به وعندهما يرجع بنقصانه على ما بينا من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفة
بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البايع ثم باعه ومات
عند المشتري به وبما اذا زنا عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به
لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان
عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع عند البايع ماتا بزيادة الالام وترادفها
عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره
فلا يواخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال رحمه الله ولو برئ من

كل

كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرجع بعيب وقال الشافعي لا يصح الا ان يعد
العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده
بناء على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك
حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن
نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول
لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين ابي
حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي مناظرة فقال له ابو حنيفة ارايت لو
باع جارية في موضع الماتي منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البايع
ان يري المشتري ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك
الخليفة وقال محمد لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر
بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البايع وقت البيع
ليملكه او ليبريه بل هذا بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة
والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلم وهذا بناء على انه لو باعه
بشرط البراءة من كل عيب به يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد لانه
قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم وعند
ابي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع
عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا
لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه
اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله
دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على
سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير لم يجز بيع الميتة
والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم ركن البيع

وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشيا باطل لما ذكرنا قال رحمه الله فلو
هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض
باذن المالك وقيل يضمن في المدبر وام الولد لانه لا يكون ادنى حالا من
المقبوض على سوم الشرا وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل
فيه ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف انفها
مثل الموقوذة والمدبر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض
كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه
الاشيا مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان
بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل
في حق نفسها حتى لا يضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة لما ان
الشرع امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك
بان يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة
وانما هي وسايل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن
مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها
وفيه اعزاز لها لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل فيه هو المبيع وكذا
اذا كانت معينة وبيعت بغير مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا
في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس
فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لانه جزوها
وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من الباطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب
الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته
والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل
ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة اقتضا لانها

تقبله

تقبله بخلاف المدبر وام الولد وقال في الايضاح اذا كان احد البدلين مدبرا
او مكاتبا او ام ولد ملك بالقبض لان الملك قايم بالمحل وانما يصح البيع لحقه
في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب
لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه
ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق
نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر او ام الولد في يد المشتري فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما
مال حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كساير
الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان
يجب به وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا
يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
بل يثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق
ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول اصح
لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى
عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق له
على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض
باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال رحمه الله والسمك قبل
الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه السلام نهى عن
بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم وعن بن مسعود انه عليه السلام
قال لا تشتروا السمك في الما فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز ثم
هو على وجهين فاما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا
يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث
لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك

ينبغي ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الابق بناء على انه باطل او فاسد وان
كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم
وثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان
السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتيال ربات
سد عليه فوهة النهر او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل
لانه لما احبس فيه باحتياله صار اخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل
لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت فاغلق عليه
الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هيأها له ملكه
بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه
من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه الاخذ بغير حيلة
او لا لانه لم يملكه قال رحمه الله والطير في الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ
وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده
يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا
لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان
يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم
ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان على نحو ما ذكرنا من الابق ولو
اجتمع في ارض الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو
باض فيها صيدا وتانس يكون لمن اخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل
فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا
وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهيئ ارضه
لذلك فان هيأها له بان حفر فيها بيرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيها
صيدا وتعقل به ملكه لان التهيئة احد اسباب الملك الا ترى انه لو حط طشتا
ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء

المنثور

المنثور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق عليه الباب كان
الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي في الطير لا يكون له
وقد ذكرناه من قبل ويجوز ان يكون في المسئلة روايتان والا فلا فرق بينهما
قال رحمه الله والحمل والنتاج فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود وفي
رواية نهى عن بيع الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبل التي
نتجت رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام
حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو ابق وعن شراء المغانم
حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص رواه احمد وابن
ماجة والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما
بينا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى ايكون ام لا والحبلة هو الحبل وهو
مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار
لان معناه ان يبيع ما تحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون
ذلك فنهاهم عنه عليه السلام قال رحمه الله واللبن في الضرع لما روينا ولما
روي انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن في ضرع
او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يدر ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير
المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع لانه يحتمل ان يكون
انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال رحمه الله واللؤلؤ في الصدف لان فيه
غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولانه
لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف
لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب
والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا
قال رحمه الله والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم

في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزيد من
السفل فيختلط المبيع بغيره لما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها
ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف الفصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتسارعان
في موضعه وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم
كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح
فصارت مالية المحرم فيها متعلقا بفعل محرم فلم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تاثير
له كما في الكراث وقوائم الخلاف وله ما روينا وما بيناه من المعنى والتفصيل
بمقابلة النص مردود واما الجزء الكراث وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا تعامل فيه
فلا يلحق به المنصوص عليه قال رحمه الله والجز في السقف وذراع من ثوب
لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء كان موضع القطع او لم يكن ولا يقال
هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم فيمكنه الرجوع فيتحقق
النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض
لا يضره ولو قلع البائع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ
المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان ثم ذبحه
وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف
الحيوان وظهره ما لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ
ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود
صحيحا بخلاف المجموعين فانهما حيث يجوز بيعهما وان كانت مستورة لان وجودها
معلوم وهذا يسير به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر
وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع
جاز بيع ذراع منه كالتعيين من الصبرة قال رحمه الله وضربة القانص وهو
ما يخرج من الصيد بضربة الشبكة او نحوه من المعايض في ما روينا فيه مفصلا ومجملا
وهو النهي عن الغرر لانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال والمزابنة

وهو

وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله حرصا لحديث ابن ابي سهل عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام
نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة
ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها حرصا والمخاضرة بيع
الثمار قبل ان تشتد ولانه باع مكيلا من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا
موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز
بناء على ان خمسة اوسق لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة وهو بيع
العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب
بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح
بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربا الآخذ والمعطي فيه سواء رواه
البخاري واحمد وامثاله من المنصوص لا تنحصر كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول
فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل حرام به وكذا النقد
قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا لما لو كان
اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاوتا وتابيد ان
او كانا موضوعين في الارض وعفي المزابنة بما رواه العطايا وتفسيره ان يهب
رجل لآخر نخلة من بستانه ثم يبدو للمعري دخول المعري له بستانه كل ساعة
ولا يرضى ان يخلفها الموعد ويرجع فيه فيعطيه قدره تمرا مجذوذا بالخرص بدله
وهو جائز عندنا لان الموهوب له لو هلك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا
ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة ويسمى ذلك بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض ما اعطاه اولانه اتفق في الواقعة خمسة اوسق
او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت
عن السبب كذا ذكره اهل الفقه والحديث فكان المحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا
للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع قال رحمه الله والملامسة والمنابذة
البيوع هذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان السلعة

فاذا لمسها المشتري او نظرها اليه البائع وهو مشتري فيها خصاة لزم البيع
فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه
السلام عنها بما رويناه وعن ابي عبد الله عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة
في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او النهار ولا يقلبه والمنابذة
ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض
رواه البخاري ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا في المعنى
كانه قال لمشتري اي ثوب القيت الحجر فقد بعتك وفي المغرب بيع الملامسة
والملامس ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع
وفي المنتقى عن ابي حنيفة يجب ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمسته فقد
وجب البيع او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول نبذته اليك وان
يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري او
البائع اذا القيت الحجر فقد وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان لا يمس بيده
ولا ينشره ولا يقلبه قال رحمه الله وثوب من ثوبين الجهالة المبيع هذا اذا لم
يشترط فيه خيار العيبين وان شرط فيه بان اشتري احدهما على ان يأخذ
ايهما شاء جاز وقدرنا انه يجوز الى ثلاثة ايام وحكمه اذا قبضهما قال
رحمه الله والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به
الكلاء دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جائز اذا كان مالكا لها
وانما لا يجوز بيع الكلاء واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بتبانه في ارضه
ما لم يحزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلاء والنار
رواه احمد وابو داود ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه
حرام وهو محمول على ما اذا لم يحزه وقال عليه السلام لا تمنع الماء والنار والكلاء
رواه ابن ماجة ومعناه ان حكمهما الانتفاع بشربهما وسقي الدواب والاستقاء من
الآبار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه واذا

طلب

طلب احد الماء يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه او يخرج له
هو فيغترف بقدر ما لو وقع ثوب نجس في داره يجب بالرش فيه وكذا هذا
الاستثناء من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فعلوا على ما
ذكرنا في الماء من التحكيم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان نبت
ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين واجارة لا تجوز في استهلاك
العين المملوكة فغير المملوكة اولى واجيزت في الطير والصيد لكونها آلة
للعمل تبعا وعفنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا او لجهالة فيه ان يستأجر
الارض لا يتعاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن
او الاجرة فيحصل له غرضه هذا اذا ابتنى الحشيش بنفسه وان ابتنى صاحب
الارض بان سقاها او حدق حولها او هيأها للانبات بماله وجاز بيعه
وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا
تنقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع انواع ما تزرعه
الناس حتى الرطبة كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار
لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات
فيها والكمأة كالكلا وكذا لهم ان ينتفعوا بفتو النار والاصطلاح والاستصباح
من نظيرها بدون رضا صاحبها وليس لهم ان يأخذوا من الحمى شيئا الا برضا صاحبه
قال رحمه الله والنحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما
انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه
مع الكوارات صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه
مع العسل وقال الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب
والطريق قال رحمه الله ويباع دود القز وبيعه اي يجوز بيعهما وهذا عند

محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه
وقيل فيه ايضا معه لابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه
الخنافس والوزغات وبيضهما ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال
فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار
كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال رحمه الله والابق اي لا يجوز
بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو
شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت
العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الابق ولو باعه
ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا عند
المتعاقدين وهذا ليس بابق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله
النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه اخذه ليرده على صاحبه لانه
امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على
المشتري الا ترى ان المقبوض على سوم الشرا مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن
في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة لتاكد
قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه
والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة
فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم
يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم
ياخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بنا على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه
امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان
لم يجز لانه ابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل
الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهوى قبل التملك

بخلاف

بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده
يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن ابي حنيفة انه يعود صحيحا
لان المالية فيه قائمة فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه فيفسد
فاذا آب قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبر على التسليم والتسلم فصار
كما لو ابق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي
وجماعة من اصحابنا وبالاول كان يفتي ابو عبد الله البلخي وجماعة من مشايخنا
ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في وقت
العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او يتيم في حجره جاز بخلاف
ما اذا باعه منه لان ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال رحمه الله الا
ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الابق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد
ذكرناه قال رحمه الله ولبن امراة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعا
وقال الشافعي يجوز بيعه من حرة كان او امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب
طاهر فصار كساير المايعات الطاهرة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزيها ولهما انه جزء الادمي بدليل انه
يثبت به حرمة المصاهرة بمعنى الجزئية وهو يجمع اجزايه مكرم مصون عن
الابتذال والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف
حكمي فيختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع
واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى
عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء الشهوة وابقاء النسك
فلا يدل على ان البضع مهان مبتذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة حتى
جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها
حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو
مبتذل ايضا قال رحمه الله وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيع

شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له
كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه في غير الادمي ونجاسته تشعر
بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف
لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز يتاتى بغيره
والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى شرايه لانه
يوجد مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر
الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع
فيكره لانه لا حاجة اليه للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير
وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الما القليل افسده عند ابي يوسف
لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة
يبقى على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته
قال رحمه الله وشعر الانسان والانتفاع به يعني لا يجوز بيع شعر الانسان
والانتفاع به لان الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزوه مهانا وقال عليه السلام
لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم
وعن محمد انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي انه عليه السلام حين
حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه
لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله تعالى عنه حين شرب دم النبي
صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل قلنا
حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الما لا يفسده فبطل
الاستدلال بها ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النسا وذوايبهن
قال رحمه الله وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز لما روي انه عليه
السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره ولان
نجاسته من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة كلحم الميتة بخلاف الثوب

النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست باصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع
قال رحمه الله وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى اخره
لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب
الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة
بعد الدباغ حتى يجوز بيعها ويجوز الانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة
الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع
به عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير وعندهما
كالسباع قال رحمه الله وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لان له
حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه
والهوا لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البنا القايم ولم
يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في
رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الما وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف
حتى لو سقى رجل ارضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل
شرا ارض بشربها بالف فشهد شاهدا بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما
لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارا
للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع
قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسيلة
تحتمل وجهين احدهما بيع رقبة المسيل والطريق والثاني بيع حق المرور
وحق تسييل الما فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق
معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله
الما من الارض يختلف بقلة الما وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع
رقبة النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزا شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان

المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادة لا يجوز وفي
رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين حق التسييل على رواية ابن سماعة
ان حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه
متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي
حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث
يجوز بيعه في رواية ابن سماعة ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة
الارض مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهوا
والهوا ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال رحمه الله وامة
تبين انه عبد وكذا عكسه اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين
انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس
انه يجوز وهو قول زفر لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف
في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد وكما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا
مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات
الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فاذا هو
بخلافه وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش
التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاما
الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصار جنسا
اخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه
اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك والانثى والذكر من الحيوانات يصلحان لذلك
فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد الا ترى ان
الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق
العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا

ولا

ولا يشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زايد على اصل
الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو ابلغ في
فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى موجود في
المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف
والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف
مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل
احدهما تبعا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في
العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال
ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض
المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم فاسد
وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار كانه باع شيا
بشرط ان يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط
الفاسد والنكاح واشباهه لا يبطل بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى
يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة او المكيل او الموزون يجب المسمى
ويجعل كانه سماه ولم يشر الى شي وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم
شيا لانه لا يصلح ان يثبت في الذمة قال رحمه الله وشرا ما باع بالاقل
قبل النقد ومعناه انه لو باع شيا وقبضه المشتري ولم يقبض البايع الثمن
فاشتراه باقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي يجوز وهو القياس
لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا
باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض او باقل بعد
النقد ولنا ما روي عن ابي اسحق السبيعي عن امراته انها دخلت على عايشة
رضي الله تعالى عنها فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين
اني بعت غلاما من زيد بثمان ماية درهم نسيئة واني ابتعته منه بستماية

نقدا فقالت طها عايشة بيس ما شريت وبيس ما اشتريت ان جهاده مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا
الوعيد دليل على ان هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالراي فدل على انها
قالته سماعا ولا يقال فلعل رضي الله عنها قالت اني قد بعته الى العطا فلعلها
اكرهت عليها لانا نقول كانت عايشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطا
ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله
بالصفة التي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه
فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا
اشتراه بمثل الثمن الاول اذ الكل لان الربح بينه حصل للمشتري بعد ما دخل
المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده
ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البايع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد
والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده
وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان بقرفه كبقرفه وله ان شراءه هو لا
كشراء البايع بنفسه لاتصال منافع المالين بهم وهو بمنزلة الوكيل في البيع اذا عقد
كبيعه بنفسه ثم اشتري بالاقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم
فباعه ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره باسمه
قبل نقد الثمن لم يجز ما شراوه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بايع لنفسه في
حق الحقوق فكان هذا شراء البايع من وجه والثابت من وجه كالثابت من
كل وجه في باب المحرمات واما لغيره فلان شراء المامور واقع له من حيث
الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشتري من وارث
مشتريه باقل مما اشتري به المورث فانه يجوز وعن ابي يوسف انه لا
يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام
المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البايع لم يقم مقام البايع في هذا

الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه
فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقيام مقام المشتري في هذا البيع
لانه ولاية البيع له من احكام ملك المورث فانه كان يملك البيع حال حياة
مورثه لانه ملك مورثه وقد قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم
الارث صار بيع الوارث وبيع المورث سواء فكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع
وارثه وشرطنا ان يكون الشراء من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري
من رجل او وهبه لرجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البايع الاول من ذلك الرجل
يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله حديث بريرة حيث قال
عليه السلام هو لها صدقة ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم يتغير
لانه اذا تغيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع باقل من الثمن الاول جاز
لان المنافع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا اصار اليه المبيع كما خرج عن ملكه
فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه بعمل التقصان بمنزلة العيب الحادث عند
المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان
من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان
تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه
المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمن جنسا لانه اذا اشتراه
بجنس اخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر
عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم
فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا
وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري ربا الفضل ولنا انهما جنسان صورة
وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول
يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المبيع على الحرم لقوله عليه السلام ما
اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف

فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسماية ثم اشتراه احدهما بخمسماية قبل النقد فسد
في نصيبه لانه شرا ما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسماية لانه
ما باع ولا بيع له ولو قالا لا بعناك نصيب فلان بخمسماية ولو قالا بعناك نصيب
فلان بخمسماية فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه
وهو الربع بيع واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له
وصح في الربع الاخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشتريا معا في هذه
الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح
شراوه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا شايعا صح شرا كل واحد
منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعه بالف ثم اشترياه بخمسماية
صح شرا كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا نصفه
فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل
باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسماية لا يصح لان احد
النصفين باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في
النصف الذي باعه هو وصح في النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع
الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له
قال رحمه الله وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى
مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البايع قبل نقد الثمن جاز
البيع في التي لم يشترها من البايع فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو
فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي
بجوازه صح او لانه باعتبار شبهة الربا او لانه طاري لانه يظهر بانقسام الثمن
او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال رحمه الله وزيت على انه يزنه بظرفه
ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن الظرف
اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون

مكان

مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول
لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج عند وزن
الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف
ان وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال رحمه الله وان
اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه انه اشترى سمنا في
زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو كان
خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض ضمينا
كان او امينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة
اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان
وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن يثبت تبعا لاختلافهما
في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد
ولا مقصود عليه اصلا فكذا فيما ثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف
ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة
ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق
ليس في معناه فلا يلحق به قال رحمه الله ولو امر ذميا بشرا خمر او بيعها
صح وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل
ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما ان التوكيل
يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم
وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما ثبت له
ينتقل اليه فصار كانه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة
حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة المشتري الا ترى انه يحبس
المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل لنفس التصرف والموكل بحكم التصرف

الا ترى انه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كانا لذمي فاسلم فمات قبل ان يسيب
الخنزير ويتخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف
توكيل المسلم المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا
الى الموكل وبخلاف ما اذا اتهب كافر للمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الحكم
فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل
له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم شراؤها واكل
ثمنها وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها فله
ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره
وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل
وان كان خنزيرا يسيبه وقوطها لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله ع
منقوض بمسائل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك ان يشتريه
لنفسه فلو وكل ان يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف
خمرا يامر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم
وصيا لذمي وللميت خمر يامر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح
المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتداء ولا بقاء ولا يمكن اثباته له حكما لتصرفه
بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل لملكهما
والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغوا قال رحمه الله وامة على
ان يعتق المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز بيع امة على
ان يفعل شيئا من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه
ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز
التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانها
للتوثقة والتوكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن يقتضي العقد

وموكده

وموكده ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه
ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين الناس
كشراء النعل على ان يحذوها البائع او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه
لاهل الاستحقاق واهل الاستحقاق هو المشتري والبائع والمبيع الادمي والاجنبي
لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملائما او ما عدا ذلك من
الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية على العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع
بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب
في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع
بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف
في الوصايا وتفسيره ما قلناه ولنا انه يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق
اي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير
والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه
كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر وقيل تفسيره ان
يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري
جاز البيع عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة
وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير الفساد ولا رفع له
كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر وجه الاستحسان
ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بينا ولكن من حيث
حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فلو وجد صورة الشرط
قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملائمة وهو الانتهاء فكان
الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما
ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية بشرط ان يطاها
المشتري او بشرط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما

لان قضيته اطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح في الاول
لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني
ان لم يقتضيه العقد فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي
الى النزاع فلا يفسد قال رحمه الله او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا
استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا فيه منفعة للبائع فيفسد
البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء
كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود يبطلها الشروط الفاسدة
غير ان المفسد في الكتابة مما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم به
العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله ان يخرج لان الكتابة
شبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى ويشبه النكاح من حيث انه ليس
بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء
باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد
ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام في هذه العقود يصير هو حيث صارت
هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو اوصى بجارية لانسان
الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها لاخر صح لان الوصية اخت الميراث والميراث
يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل
وحده صح قال رحمه الله او يستخدم البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او يقرض
المشتري درهما او يهدي له او يسلم الى كذا او يثوب على ان يقطعه البائع
ويخيطه قميصا لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد
ولانه ان كان بعض الثمن في مقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع
وان لم يكن بمقابلته شيء فهي اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
صفقة في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن

من

من التحصيل بدون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى
التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال رحمه الله وصح بيع نعل على ان يحذوه
او يشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه
الاستحسان ان الناس تعاملوه وبمثله يترك القياس ولهذا اجزنا الاستصناع
واستيجار الصباغ والطير والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال
رحمه الله لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود
ان لم يدر المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها مجهولة
فتفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
جاز لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة قال رحمه الله والى قدوم الحاج
والحصاد والدياس والقطاف اي لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها تتقدم
وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء افعال العباد فتثبت بحسب ما
يبدو لهم والاجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجذاذ
وهو بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء
وكسرها قطع الزرع وقرئ بهما قوله واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع
العنب من الكرم والدياس ان يوطئ الطعام الدواب قال رحمه الله ولو كفل الى
هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي متحملة في الكفالة لكونها تبرعا
فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة
والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن دفعها باقصاها بخلاف ما اذا كانت فاحشة
كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا
من غير ان يقابله شيء وفي النذر يحتمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة
انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تحتمل الجهالة في المعاوضات وان
كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة تحتمل

في اصل الدين حتى لو تكفل بما دان له عبد فلان يصح بناء على الوصف وهو الاجل او لا يخلافه
البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا كذا في وسطه قال رحمه الله ولو اسقط الاجل
قبل حلوله صح اي لو باع بثمن هذه الاجال ثم اسقط المشتري الاجال قبل ان يأخذ
الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر رحمه الله والشافعي
لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كذا اذا اسقط
الدرهم الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة على عشرة ايام ثم
اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير وطرا الجهالة
فيه فينقلب صحيحا عند ازالتها ولقول العقد موقوفا بناء الاسقاط بتبين
انه كان جايزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى
المنازعة وقد انجبر لانتفاء المنازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا
الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند
مشايخنا بخلاف الدرهم الزايد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين
وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد يبطل النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا اخر
وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان
الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في
مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا يخرج الشرط لان رضى من له
الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين
والجهالة في تاجيل الدين متحملة لتحلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في
العقد لان الجهالة المقارنة له يفسد قال رحمه الله ومن جمع بين حر وعبد او
بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبده ومدبره او بين عبده
وعبد غيره او بين ملكه ووقف صح في العتق وعبده والملك اما الاول فلما ذكرنا
على اطلاقه قول ابي حنيفة وعندهما ان بين كل واحد منهما جازة في العبد والذكية
والا فلا لانه اذا باين لم يبق ما صار اصفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف

ما اذا جمع بين حر وعبده لانه يبقى بيعا بالحصة ابتدا وهو لا يجوز ولان الصفقة
تخرة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان
في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرط الجواز
العقد في العبد والزكية فيبطل واما الثاني فهو قولهما اولا الثلاثة وقال زفر
لا يصح لان كل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام
الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرط الصحة العقد في المال فيفسد
كالفضل الاول والفرق بين الفضل في الاجنبية مطلقا وطرا اذا لم يفصل
الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم يقتضي في حقه فينقسم الثمن عليهما
حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفضل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا
فلو جاز البيع فيما ضم اليه كان بيعا بالحصة ابتدا ولا يجوز لجهالة الثمن عند
العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فتعقد
عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يجهالة المهر فيكون صحيحا
والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان الماضي
لو قضي بجواز بيع المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب يتوقف برضاه في الاصح وبين
عبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال لم يدخلوا في العقد لما انفذ كما في الحر
والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم بتقوم المدبر
وام الولد وعبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتدا بل في حالة
البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملكه ووقف روايتان في رواية يفسد
في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار حرزا عن الملك والتملك فصار
كما لو جمع بين حر وعبده ذكر الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في
الملك لان الوقف مال وطرا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق
تعلق به رده ذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف
الحر حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال وطرا لا ينتفع به انتفاع

الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال
في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم الا
ترى انه يضمن بالاتلاف وهو مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع
فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء للمساجد فيكون كانه باعه
غير مواضع المساجد والله اعلم **فصل قال رحمه الله قبض المشتري**
المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته
معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان
وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا
عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه
لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق
وقبله في المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده ان
يتملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في
الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض
لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض
البائع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما
يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان
كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضا من كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع
نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا وقوله
ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد
يعتبر قيمته يوم اتلف لانه به تقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان
من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا
يعدل فيه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق

لا تملك

لا تملك العين وانما تملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا
بما قال محمد رحمه الله انما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال ايضا من
اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري اخذها الشفيع
وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا وقع الفساد
وردها الى البائع ولو ملكها يحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة
يحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا لو ربح فيها لا يطيب
له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام اشتراه فاسدا ولو ملكه يحل
وجه القول الاول وهو الاصح لان الاب او وصيه لو باع عبدا للصغير بيعا فاسدا
فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي
لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت
بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لم يستحق الشفعة وكذا
لو اشترى جارية وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه
لما وجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطي والاكل ولم تجب الشفعة فيها
لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي
بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل
على انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف في البيع بتسليط البائع بسبب تمليكه
اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفساد العين ولا التصرف وان قبضه
لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة
الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا يلائمه والملائمة
شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين
كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف
فكان باطلا الا ترى انه لا يفيد الملك فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم
ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده

ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال
الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي
التصور وهذا لا يقال للاعمى لا يبصر ولا للانسان لا ينظر لعدم التصور منه فاذا
كان من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن
مقصودة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي تصرف في الملك بالمنع مع قيام المنهي عنه
وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة
ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها
مشروعة وهذا بخلاف الفسخ فانه تصرف في المحل بازالته من غير تعرض للمكلف
فكان في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي عن
العقود الشرعية لا يخرجها من ان تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها
وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى
في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير انه
محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في
نفسه فلا يقال عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره
لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به
وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز العقد غاية
الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية
فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة بانعقاده فاسدا لا يفيد
الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب
للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه اوجب الرفع بعد القبض للفساد
المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان ثبوت
الملك به قبل القبض يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه
تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافي

اذا

اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال في حق
احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا وهي انما تكون ثمنا
اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة مبيعا في صورة من البياعات قال رحمه الله
ولكل منهما فسخه يعني على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما
واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى ولن اسأتم فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد
منهما من الفسخ قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما
بسبيل من الفسخ من غير رضى الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ
له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان
كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر والخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ
لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط فاسد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه
منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة بالشرط الفسخ دون الاخر عند محمد
لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان
في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه ولو فسخ الاخر لابطل حقه عليه وعندهما
لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له اللزوم
قادر على تصحيحه بالحذف والكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل
وعند ابي يوسف لا يشترط علمه قال رحمه الله الا ان يبيع المشتري او يهب
او يحرز او يبني اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ
لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع
في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف تفسخ بالاعذار وفساد الشرط عذر فيفسخ
والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما
من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع
وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنى الله تعالى
بخلاف حق الشفعة حيث ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكانت اولى

بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه
والاول مشروع باصله دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة
باصلها ووصفها فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البايع فلا
ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة
والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا ان عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد
لزوال المانع وكذا لو رجع في الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضا او بغير
قضا لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد
لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا قبل قضا القاضي
بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم
القيمة بقضا القاضي فلا ينتقض قضاوه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق
ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد
لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم ما كان عين للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما
اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه
وقوله او يبني اي ينقطع حق الاسترداد ببنا المشتري في العقار المشتري شرا
فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما ان
حق البايع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ
بالشفعة الى القضا ويبطل بالتاخير ولا تورث بخلاف حق البايع ثم حق
الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبنا والغرس فهذا اولى وله ان البنا والغرس
حصل بتحصيل البايع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط بيع المشتري
وهبته فكذا ببنايه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد
رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشتري شرا فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري
فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما

وجبت

وجبت فيه الشفعة عنده علم ان حق البايع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا
ظاهر فاذا اخذه الشفيع ياخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه
بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شا اخذه بالبيع
الثاني بثمنه ولانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه هنا بالشفعة
نقض البنا والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البنا
عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه
مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق
المالك في الغصب ينقطع به حق البايع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها
ولو صبغ الثوب روي عن محمد ان البايع بالخيار ان اخذه واعطى ما زاد فيه
الصبغ وان شا ضمنه قيمته كما في الغصب قال رحمه الله وله ان يمنع المبيع
عن البايع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان
للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البايع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل
به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البايع فالمشتري احق
به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد
وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة
ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له ان
يحبس ما استاجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا
لانها معاوضة فيجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض
فهو احق بما في يده من المقبوض من ساير الغرما ولو اشترى من مدينه عبدا بدين
سابق عليه شرا فاسدا وقبض العبد باذن البايع فاراد البايع استرداد العبد
بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا ما له عليه من الدين بخلاف
الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ
الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفا الاجرة وليس

للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق
عليه قال رحمه الله وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى شيئا يتعين
بالتعيين بما لم يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما
ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في البيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن
الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلا يتمكن
الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث
لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خاف فيها المؤتمن فانه يشمل ما
يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لتعلق العقد بملك
الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير
سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر
والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر فصار في الحاصل ان الاموال نوعان
ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة
لفساده وقد ذكرناهما فتامل وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع
الفاسد ام لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين
لانه ملكه بالقبض فصار كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو
رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح
في الثمن عندهما كما في المغصوب قال رحمه الله ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها
اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له ربحه اي ما ربحه في الدراهم لان الخبث
لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما اولا فملكه ثم استحق بالتصادق
انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك الا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقه
المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل
لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا لو حلف ان لا يفارق غريمه حتى يستوفي
منه الدين فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد معه

ولم

ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المديون ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل
المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث
لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل
قال رحمه الله وكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى
بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره
فيقع فيه وانما كره لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام نهى عن النجش
وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن ان يبيع حاضر لباد وان
يتناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على
خطبة اخيه ولا يسوم على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه
ولا يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء
وروى احمد عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه الا ان
ياذن له وروى النسائي انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى
يبتاع او يذر ولان في ذلك انجاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما
اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس
ان يزيد الى ان تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره اذا جنح قلب البائع الى البيع
بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره
ان يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه السلام باع
قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة
اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي قال
رحمه الله وتلقي الجلب اي كره تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل
المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول
ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه احمد
والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يتلقى الجلب الحديث

رواه احمد ومسلم وغيرهما من ايمة الحديث هذا اذا لحقهم ضرر باهل البلد بان كانوا في قحط ان كان لا يضرهم فلا باس به الا اذا ابتلى بسعر على ما مر ويتن قال رحمه الله ويكره للحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم واحمد وابو داود قال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لباد وان كان اخاه لامه وابيه رواه البخاري وسلم وقال وقال ابن عمر رضي الله عنه نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا لحقهم اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البلد وهما في الثمن الغالب لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجيء للبادي السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باعلى من السعر الموجود وقت المجلب قال رحمه الله والبيع عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان قعد البيع او وقعاله وذكر في النهاية انهما اقاما بانيا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال رحمه الله لا يبيع من يزيد اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم سواء كان الاخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد والترمذي

وعن

وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما وذكرت ذلك له فقال له فاركسهما فارتجعهما ولا يبيعهما الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب ابي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته فقال ارجع فرده رواه الترمذي وابن ماجه وعن ابي موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجة والدارقطني وعن علي انه فرق بين جارية وولدها فرده النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني ولان الصغير يتاسى بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار النفقة الثابتة من قرابة القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا وليس بوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق لا يتناول النهي ان التفريق لم يمنع معلوم بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان الرد عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر بالزامه الغرامة للمولى بالجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه العيب من غير اختياره وكذا الاباس بالتفريق اذا اقتضى اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما ان كان فيه تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان يزيد ورعه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه او سكله لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة باس ان يسلم ابوه ويتبعه فيه ويعود الكافر يوسف يبيع الولد وحده لانه يقدر له من ابقائه في ذلك الكافر

وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في
التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار
غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان
اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق بينهما ولا يباع واحد منهما دونها وذلك مثل
الاب والام او اخت لاب واخت لام او ابوان بان ادعاه رجلان معا او عمة
وخالة لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد منهما استيناس
خلاف الاستيناف بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالتين
او العمتين لاب ولام او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيع
ويترك مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوائجه وان كان احدهما
اقرب من الاخر كما لو كان مع الام او الجدة عمة او خالة او احد الاخوة
والاخوات او كان مع الاخت لاب ولام اخت لام او لاب لا يعتد بالابعد
لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم ونفذ البيع في الكل لان النهي لغيره
وهو ما فيه من ايحاش الصغير او الاضرار باهل البلد او بالواردين اذا لبس
السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف
انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في
الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون
الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينفذ والنهي
لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكشرا
ما استامه غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخر ممن باع منه
الاخر قال رحمه الله بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما
لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا
فلا يلحق به غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى
المنصوص عليه وذكر سلمة ابن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة

معها

معها بنتها فنفله ابو بكر بنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال النبي
صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشفها ساقا
ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل مكة وفي ايديهم
اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم
وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين
ولو كان مع امراة مسبية صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل
النسب على الغير ولا يفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات
لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو باع الام على
انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا
بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها
بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما
عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله
اعلم

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة
للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال
شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على انه عينه يا
ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا ادل
من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه السلام من اقال نادما
بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين
بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا انه لا يمكن جعله
فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل
الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة
من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك
المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض

فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف هي
بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن
الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة
فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز
والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سمي خلافه وقال محمد رحمه الله هي فسخ الا
اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه
او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا
ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فيبطل
ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع
لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه
سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض
لمحمد ان اللفظ وضع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثرتي فيعمل بمقتضاه واذا
تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما
عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع
والعبرة للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع وترد بالعيب ويتجدد بها حق
الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة
له او تحتمله ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في
الكلام ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر
ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر
ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا يقتضي الصيغة فحمل عليه
في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال رحمه الله وتصح بمثل الثمن الاول

وشرط

وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ
يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراطه خلاف الثمن الاول باطلا وشرط
لعدم جواز اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز
بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان
بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ
الاقالة بلفظين يعبر احدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند
محمد يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولما كانت الاقالة بلفظ المفاسخة
او الرد او المتاركة لا يكون فسخا ثم فايدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين
يظهر في خمس مسايل احدها انه يجب على البايع رد الثمن الاول وما سميا
بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو
كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولو يرد البايع المبيع
حتى باعه ثانيا جاز ولو كان بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو
باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا
وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت
بيعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض والخامسة
لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل ثم تقايلا واسترد المبيع
من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر
فايدته في خمس مسايل احداها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه
منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب
كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع في حقه
فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد

الثمن حتى باعه آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه قبل نقد ثمنه باقل من
الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كانه ملكه بشراء جديد من المشتري الثاني والرابع
اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في
هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامس
اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به
عيبا فرده بغير قضا واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة
لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة
وقوله بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين
غير يجري على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو
ما يثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب
بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا
اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه
باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك
لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه منه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا تقبل
الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضا وادعى المبيع رجل وشهد المشتري
بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة
المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض
ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين
وكذا لو قبض وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود منه يجب رد مثل
المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه
ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه
زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضا
يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بعيب بغير

قضا

قضا **قال رحمه الله وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة وهلاك المبيع يمنع** اي يمنع
صحة الاقالة لان من شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد
يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من
صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود
في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشي يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل
شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف وهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل
القبض لا بهلاك الثمن **قال رحمه الله وهلاك بعضه بقدره** اي هلاك بعض
المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيعتبر بقدره ولو تقايضا
عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما
مبيع فكان البيع قائما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف
ما لو هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه
في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض
غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما رد
المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق
له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا بعد هلاك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو
تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع
فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيها **باب**
التولية والمرابحة وهي ان يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري
منه واليا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة
انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية
والوضيعة وهي البيع بانقص من الثمن الاول **قال رحمه الله هي** اي التولية **بيع**
بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول بعضهم هما نقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط

فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد الاول حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته
لم يوجد جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما
ملكه بالعقد والعقدان جايزان شرعا لاجتماع شرايط البيع ولتعامل الناس بهما
الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي
المهتدي فيها ويطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة
والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات
فوجب القول بجوازهما ولما اراد النبي صلى الله عليه وسلم الهجرة ابتاع ابو بكر
بعيرين فقال له عليه السلام وليني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال
اما بغير شيء فلا قال رحمه الله وشرطهما كون الثمن الاول مثليا لانه اذا لم
يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه
بذلك البدل ممن ملكه او به او بزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة
ولو باعه به وبعشرة ان كان المشتري يعلم جملة ذلك الثمن صح وان لم يكن عالما
به فان علم المشتري في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه
ومن شرطهما ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا يجوز فيه المرابحة
ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرابحة ولا التولية لانهما والمقبوض
غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله وله ان يضم الى راس المال اجر القصار
والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جرى
بالحاق هذه الاشيا براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا
تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او قيمته يلحق به فهذا هو الاصل
وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في
العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى
هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تخصيص الدار وطي
البير وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب وكشح الكروم وسقيها والزرع

وغرس

وغرس الاشجار فان فعل شيا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط انه يضم طعام
المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فاكثرهم
على انها لا تضم ولا يضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقايه الى وقت
كالطعام وفي المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد
قال رحمه الله ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب
قال رحمه الله ولا يضم اجرة الراعي والتعليم وكذا بيت الحفظ لعدم
العرف بالحاقه براس المال ولان الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة
شيا وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه وهو ذكاوه وذهنه ولا يضم
حفر البير ويضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا ونقب
اللولو ولو زوج العبد لا يضم الى راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم
اجرة الطبيب والرايض والبيطار والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه
واجرة الختان والغذا في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشيا الى راس المال
ولانها لا تزيد شيا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي
يوخذ في الطريق من الظلم لا يوخذ الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم
قال رحمه الله فان خان في مرابحة اخذه بكل ثمنه او رده وحط في
التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما
لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة
وذكر المرابحة والتولية للتزويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فان فات
الوصف المرغوب فيه يتخير كما في ساير الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي
يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول وبعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر
الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بنا العقد الثاني على الاول في حق الثمن
وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد فيحط

ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط
ذلك القدر من راس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما
اصاب الخيانة سقط معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما
ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن المسمى فيه
ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن لتبين
قدر الربح فينعقد بما سميا ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه
يزيد على الثمن الاول فتصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة
يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه
فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل
ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي
حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار
الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت
وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد ان المشتري يرد قيمة
المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على اصله في اقامة القيمة
مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي يوسف يحط كيف ما كان وكذا عند ابي
حنيفة في التولية لانه لو لم يكن له خيار الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ
بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان
العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية ان يكون
مثل الاول قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان
باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باعه
بربح ثانيا بعد ما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة
وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه
مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة

بثلاثين

بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة
ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة
اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه
المشتري من اجنبي ثم باعه المشتري من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه
مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني
ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز المرابحة فيما اخذه بالصلح
لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له من التوسع في
مالهم الحق بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول
فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد وامن بطلانه وللتاكيد حكم الحصول
الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكيدهم
ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره
ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار
العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة
ولا يقال على هذا وجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن
لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد الثاني حقيقة
وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة
وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة
لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالاجماع
لانها ليست مبنية على الامانة قال رحمه الله ولو اشترى ماذون
مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشرة مرابحة على عشرة
وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده

الماذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على
عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين والتصرف
ماله شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في
حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر
الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه
عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة
ولا يمين فينتفي عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل احد
فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا اذا لم
يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط
الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه
مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط
هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد الماذون
له لوجود التهمة بينهما **قال رحمه الله ولو كان مضاربا يبيع مرابحة
رب المال باثني عشرة ونصف** اي لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بان كان
معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب
المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح
وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي
اثني عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان
ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج
منه في تحصيل هذا الثوب اثني عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها
وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد
كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة

فكان

فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان
المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك
ان البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا اما في حق
المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه
بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا يملك
رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن فيها ربح وكذا لا يملك
نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب
وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح
قال رحمه الله ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب اي اذا تعيب المبيع
من غير صنعه او وطي الثيب يبيعه مرابحة من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده
شيء بمقابلة الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن بمجرد العقد
لكونه بيعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير ان
المشتري يخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن
اذا لم ينقصها الوطي ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو قول الشافعي وزفر على
اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه
اشتراه غير معيب لم يرض بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي يوجب
البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان يحصل
بفعله او بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالي بذهاب
ما لا يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب المشتري لا يجب عليه البيان
فصار نظير ما اذا نقص بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا
اذا نقصه العيب شيئا يسيرا وان نقصه ما لا يتغابن فيه الناس لا يجوز بيعه
مرابحة **قال رحمه الله ويبين بالتعيب ووطي البكر** اي يبيعه مرابحة
بشرط ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب منه سواء كان ذلك بفعله او بفعل

غيره واختار رشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وهو الكثير
تيسيرا لان العذرة جزء من العين فاذا تعيبت تعيبت ما فيقابله الثمن وان تعيب
بفعل البيع في نفسه كما اذا انقاعين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية
بخلاف البيع في نفسه فانه لا يعتبر لانه فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم
ان المراد بقولهم يلزمه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه سليما
بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك فاما بيان نفس العيب فلا بد
منه بان يبين العيب والثمن من غير ان بين انه اشتراه سليما ثم حدث به
العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه السلام من
غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة
الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو
اشترى ثوبا فاصابه قرض فارا وحرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو
نكسر بشره وعيبه لا يبيعه مرابحة حتى يبين ما بينا من العيب قال رحمه الله
ولو اشترى بالنسيئة وباع برجح مايه ولم يبين خير المشتري لانه
يزاد على الثمن لاجل الاجل لكان له شبها بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على جميعهما فيثبت
له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول ان الثمن الموجل ينقص في
المالية من الحال وهذا حرام الشرع الربا في الاموال الربوية فيكون ما اخذ
من المشتري زيادة في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية
اذا علم ان الثمن كان موجلا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في
المرابحة لانهما سيان في الثمن الاول قال رحمه الله فان تلف فعليه لزمه
بالف ومايتا اي ان تلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان موجلا
لزمه الالف ومايتا لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما
فيه ترفه فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا

لهذا الجانب لانا قد امنا على المرابحة بمقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة
فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المماثلة في
الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك يبطل خياره كسائر الخيارات
من خيار الشرط او الرؤية قال رحمه الله وكذا التولية اي التولية مثل
المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما واما بعد الهلاك او الاستهلاك
لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك
ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا اسلم في عشرة ازبو فاما كان عشرة جياد
وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر
المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن موجل فيرجع عليه بفضل
ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل شرطا في العقد وان لم يكن شرطا
بينه ولكنه معتاد متعارف بينهم انه يوخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل
لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والصحيح على انه يبيعه مرابحة بلا بيان
لان الثمن حال وان ساعده الباع واستوفى منه الثمن بتمامه وقد قالوا في
المجلون غبنا فاحشا له ان يرده على بايعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي
فيه روايتان عن اصحابنا وينبغي ان يرد على رواية الرد نقابا بالناس وكان صدر
الاسلام ابو اليسر يقول بان المبايعة اذا قال المشتري قيمتها عشرة عشرة كذا او قال
عشرة بعشرة وي كذا فاشتري بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم انه
غره وان لم يقل في ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما كان والصحيح
انه ينبغي بالرد ان غره والا فلا قال رحمه الله ومن ولى رجلا شيئا فقام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي الى
المنازعة قال رحمه الله ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد
في صلب العقد لا انه في مجلس العقد غير مستقر لان ساعة المجلس كساعة واحدة
دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى آخر المجلس عفوا كتاخير القبول

الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل
في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتدا واما بعد الافتراق
فاصلاح لابتدا تقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره
بيع الشي برقمه فان البيع فيه فاسد فان اعلمه البايع في المجلس صح والا فلا وانما
يخير في خلل في رضاه لان الرضا بالشي لا يتم قبل العلم به

فصل

قال رحمه الله صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لقوله عليه السلام اذا اشتريت شيا فلا تبعه حتى تقبضه
رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول
ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه
بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل
الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعيينه ليصير هالكا
حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان
على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل
القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر
الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول
به ان التصرف في الثمن قبل القبض جايز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في
المهر ونحوه جايز قبل القبض لما امن منه والفقه فيه ان المطلق للتصرف
وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما يتصور
فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف قلنا ان يمنع وقيل انه
لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما ان المقصود عليه في الاجارة المنافع
وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول قال رحمه الله لا بيع المنقول
اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه السلام اذا ابتعت
طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد

على

على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد
فتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول
قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر
على التسليم اذ ليس للبايع منع المبيع عنه وان لم ينقد فالبيع الثاني موقوف
وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته
وكان للبايع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة الفسخ فلم ينفذ في حق البايع
نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل
القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز عند ابي يوسف
لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه
التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البايع يصلح نايبا عن المشتري في
القبض فيصير قبض المامور قبضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه
بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه
فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا
يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع
الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت
انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر
فيه لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج امته الابقة جاز وان تمكن الغرر فيه
فانها لا تدري احية هي ام ميتة ولو وهب المبيع من البايع قبل قبضه فقبله
البايع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول
والفرق ان الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ديني واقلني عثرتي بخلاف
البيع قال رحمه الله ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله
ومثله الموزون والمعدود اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل او الموزون بشرط
الوزن او المعدود بشرط العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل او الوزن والعد

وان كان بعد القبض لقول جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري رواه ابن ماجة والدارقطني
وعن عثمان انه قال كنت ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بني قينقاع
وابيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت
فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض
فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل
ان يزيد على المشروط وذلك للبايع في المقدرات والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده
اكثر من كيل البايع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد
الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر
بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة
فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه
عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير واما الدراهم
والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما
اخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذه كذا في الايضاح
وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف قبل الكيل والوزن
لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان
يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز
التصرف لا يعتبر قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البايع
والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من
تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع
بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه

صاعين

صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق
التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب
السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو
مروي عن ابي حنيفة واختاره الكرخي وعنه ايضا انه كالمذروع وهو قول
ابي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدار الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون
فيما يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى
جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزايد وان وجده انقص سقط عنه
الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا
اظهر ولو اشترى المكيل والموزون شرا فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل
او وزن فالبيع الثاني جايز لان الملك في البيع الفاسد ثبت بالقبض فصار
المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما
بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد
يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع قال رحمه الله لا المذروع
اي لا يجوز التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط
الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن
ولا نقصان ان وجده زايدا او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان
سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله
وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له
فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في
الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض
لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان
قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون

المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر
انه قال كنا نبيع والابل في البقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير
الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز
ان يأخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين في حق
التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد في الثمن تمليكه ممن عليه
الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين قال
رحمه الله والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق
بكله اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط من الثمن
وان يزيد في المبيع ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك
حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع ان
يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله
بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض
ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن
اخراجه فصار برا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا يلتحق باصل العقد حتى
لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق باصل العقد
بل هو بر مبتدا فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة
يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا
ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما باسقاط الخيار او غير لازم
باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع
بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له
فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه
دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي فريضة

بعد

بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم
المفروض في العقد الا ما قام الدليل وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق
قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيئا ثم اتفقا
على تسميته لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون
الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط
الكل لانه تبديل لاصله لانه ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من
قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي الى تبديله
فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على
الكل في الزيادة ومباشر على الباقي في الحط ويظهر في الشفعة ايضا حتى
يأخذ بما بقي بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت
بالبيع الاول وهما لا يملكانه الا ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى
الفسخ ويظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة
ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر ايضا في حق الفساد
في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدنانير متساوية ثم زاد احدهما او حط ورد
المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط فسد
العقد كانهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة
مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول ابي
يوسف وفي الحط يكون هبة مبتداة ويظهر ايضا فيما اذا زاد على المبيع
حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض يسقط
حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المبتداة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن
بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في
حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية

وليست الاصالة في حق الالتحاق باصل العقد كانها كانت موجودة وقت
العقد فامكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى
الزيادة امكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى
الزيادة جميعا واما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن تقدير
ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل
لا بالعقد فاذا قبضها صارت اصلا بالقبض لان المقبض شريا بالعقد فيصير
لها حصتها من الثمن حيث لو وجد باحدهما عيبا رده بحصتها من الثمن ينقسم
الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر
ايضا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق
تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تفسخ بهلاك المبيع على ظاهر الرواية
لان المبيع لم يبق على حاله ليعود الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف
الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط
في رواية النوادر يجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة
حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد الحاقها باصل العقد بمنزلة
قيام المبيع حالة الالتحاق لحالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية
وقبضها فماتت فرادها البائع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة ثبتت مقابلة
بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه
ثبتت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن
والهلاك الحكمي يلحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم
زاد في الثمن لا يجوز لانه بتبدل سبب ملكه ارتفع العقد الاول وصار المعقود
عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او تخمر العصير
او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز استحسانا في حقيقة خلافها وعلى هذا الخلاف
في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلحق الحط باصل العقد اذا كان
الحط وصفا اما اذا كان تبعا فلا يلحق باصل العقد حتى لو اشترى

دارا

دارا بالف جياد فنقدها زيوفا او شهرجة ورضي البائع بذلك فان الشفيع
لا ياخذه الا بالجياد وكذلك اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضي به البائع
فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا يجوز الزيادة في المسلم فيه
لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه
والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز وكذا
لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بملك الزيادة المتولدة من
المملوكة في النكاح تبعا للمنكوحة قال رحمه الله وتاجيل كل دين غير
القرض اي يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله
ان يوخره الا ترى انه يملك استيفاءها بالابراء ولي ان يملك استيفاءها
مؤقتا بالتاجيل ولو اجل الى اجل مجهول يبطل فان كانت الجهالة
فاحشة كحصول الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد
جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل
خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في سائر
الديون ولنا ان القرض عارية وصلة ابتداء وهذا ينفي بلفظ الاعارة ولا يملكه
من لا يملك التبرع كالصبي والوصي والمكاتب والعبد المأذون لهم في التجارة
ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل
فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار
الانتهاء لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لا سيما اذا اتحدت
العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على
المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا
اوصى ان يقرض فلان من ماله الفقراء الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم
ولا يطالب حتى يمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها مالا
يتسامح في غيرها نظرا للموصي لانه ربما يحوج بالخدمة والكفن ويلزم

والله اعلم **باب الربا قال رحمه الله هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال** هذا في الشرع وفي اللغة وهو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن اكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سوا رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهما ربا ياكله الرجل وهو يعلم اشد من ست وثلاثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده **قال رحمه الله وعلته القدر والجنس** يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث ابن معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد ووجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة اذا ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على

تضييق

تضييق تحصيله لان الابتدا بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقا الانفس به والثمنية في الاثمان لبقا الاموال التي هي مناط مصالحها ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه السلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني ووجه التمسك به انه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم لما عرف ان ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبي عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثل بمثل بسبب الكيل او الوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث ابي سعيد وابي هريرة فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا قال انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لا تبيعوا الدرهم

بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع
وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز
فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم
لامور زايدة عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود
التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فاوجبه
صيانة لاموالهم عن التوى وتتميما للفايدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزايد
عليه قدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا الحال خير من المؤجل فيفوت به
التسوية وفايدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد
بقوله عليه السلام مثلا بمثل فعند فواته يلزم الحرمة وهو المراد بقوله
عليه السلام والفضل ربا فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فتعين القدر
والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة
والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية
تسوي المعنى لاستوائهما في المقصد الا ترى ان كيلا من بر يساوي كيلا من ارز
او شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف
لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط
التساوي فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات
والثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات
واهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى
ان الميتة اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة قبل
القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف ساير الاموال المشتركة
ولما كانت حاجة الحيوان الى الماء والهواء والتراب والنفس اشد جعله الله
تعالى اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه
اكثر فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد

الوضع

الوضع ان يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك
الحكم فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت
انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب
تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك
فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الادمي فعلم
بذلك ان قوله والمساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة
التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين
في محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في اختها فكذا القدر
والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا
هما علة الربا والقاطع للشعب انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل
والتماثل يكون بالوزن والكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون
من الاموال الربوية وان الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال
وما لا يكون من ذوات الامثال ليس من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون
محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة
والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا فحرم الفضل والنسا
بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا والنسا فقط باحدهما اي حرم
النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير
او الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل
سوا بسوا فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد رواه مسلم
واحمد وغيرهما من ائمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما
شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل
حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لانه يشبه الفضل

وليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال احدهما جزء العلة وبه لا
يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول احدهما علة
تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة
فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما لجاز النسا
كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلفة اذ النقدان يوزنان بالسنجات
ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف
غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النسا والذي
يدل عليه انه عليه السلام قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث
اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هي الغالب في راس المال ولو لم يجز لكان
رداله بالراي وهو لا يجوز قال رحمه الله وحلا بعدمهما اي حل التفاضل والنسا
بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة
بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة الا ترى ان الله تعالى اباح البيع بقوله
واحل الله البيع وحرم الربا فيجري على اطلاقه فيما لم يثبت فيه دليل الحرمة على
ما بينا من قبل قال رحمه الله وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح
والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا
اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا احكامه واما
ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا
لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير انه لما لم
يستمسك الا في وعاء شق عليهم وزنه بالامنا والسنجات في كل بالوعا فقدر الوعا
بالارطال والامنا فاكتفى به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله ثم قال في الهداية
فاذا كان موزونا فلو بيع بمكيل لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة معناه انه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير اواقي
سواء سواء لم يجز لانه باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة

فيبطل

فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب
ان يستويا في كيل اخر ايضا ولا تاثير لكون الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف
نقله فيهما وفي النهاية قال الاسبيجابي فايدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل
بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس
الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير انه يودي الى انه لا يجوز الا واقي
ايضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز
في الكل قال رحمه الله وجيده كرديه يعني جيد مال الربا ورديه سوا حتى
لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه السلام عن ذلك فيما روينا
من حديث ابي سعيد وابي هريرة حين قال له الرجل انا ناخذ الصاع من هذا
بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجميع بالدراهم الحديث ولان
تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا
قال رحمه الله ويعتبر التعيين لا التقابض في غير الصرف وقال الشافعي
يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا
من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه عليه السلام قال الذهب بالورق ربا الا هاوها والبر بالبر ربا
الا هاوها والشعير بالشعير ربا الا هاوها والتمر بالتمر ربا الا هاوها رواه
البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد
منهما لصاحبه ها اي ومراده بقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا
يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان بما يتعين بالاشارة
كالمصوغ منهما وان قوله عليه السلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض
في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في
احدهما ومجاز في الاخر وايهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف ان المشتري لا عموم
له وان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولانه يودي الى تعاقب القبض بان

يقبض احدهما دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان للمقبوض مزية على غيره فيفوت
به التساوي وهو الشرط ولنا انه بيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه
اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف
الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا
في المتعين بخلاف الحال والموجل والمراد بما روي التعيين غير ان ما يتعين به
مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين
معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من
الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية لان الثمن لا يتعين بالتعيين
فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين
باعتبار الاصل اذ الشبهة في المحرمات ملحقة بالحقيقة قال رحمه الله وصح
بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين
والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشيا ليست بمكيل
ولا موزون فلم يدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد شطريها وهو
القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة
الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا
اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون نصف
صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار من احد الجانبين
فتحقق الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب
او فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن
وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجدت
قال رحمه الله والفلس بالفلسين باعيانهما اي البدلان باعيانهما بان
كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس
الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها

لا يتعين

لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها
وهذا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير
فاذا لم يتعين يؤدي الى الربا او يحتمله بان ياخذ بايع الفلس الفلسين اولا
فيرد احدهما قضا بدينه وياخذ الاخر بغير عوض او ياخذ بايع الفلسين
الفلس اولا ثم يضم اليه فلسا اخر يردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر
بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه
والاخر بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا
بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما
من الناس لبقا اصطلاحهم على ثمنيتها ولهذا لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما
اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتها باصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح
فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربا على ما بينا فان قيل اذا
بطلت الثمنية وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون
وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى اصله
موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما
على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شي معدود لا يكون
ثمنا الا ترى ان الاواني من النحاس او نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها
ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف ان المعتبر
في كونه موزونا او مكيلا في المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه
كالاشيا الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغنا به
عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر اصلا بخلاف
المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنا فجاز بيعه ولا
يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين
حتى لا يجري فيها احكام الاثمان في حقهما فكذا لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما

لانا نقول الاصل فيها ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف
للاصل ولراي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق
للاصل فيصح وان كان فيه خلاف راي الكل قال رحمه الله واللحم بالحيوان
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه
الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون قدره مقابلا باللحم والزايد
بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس
واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون
ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا
لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكوة الا
ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا قال الله
تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا
اخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس
واحد اذ الزيت موجود فيه الحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما
بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما
جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو
كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل
لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين
بيعت احدهما بالاخرى قال رحمه الله والكرباس بالقطن وكذا بالغزل
كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا وكذا القطن
والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد رحمه الله
جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا وقال
ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق
وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في

الاخر

الاخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد
ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به
الزايد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او
بلبن يشترط ان يكون الصوف واللبن اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو
نظير بيع الزيتون بالزيت على ما يجي قال رحمه الله والرطب بالرطب وبالتمر
متماثلا والعنب بالزبيب يعني متماثلا ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سيل عنه اينقص اذا جف
فقيل نعم فقال عليه السلام الا اذا فاسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان
وفيه اشارة الى انه اشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد
الجفاف لا في الحال فصار نظير الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد
الطحن وله قوله عليه السلام في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب
تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلام حين
اهدي اليه رطب قال اوكل تمر خيبر هكذا وروي انه عليه السلام نهى عن بيع
التمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال حتى يحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد
الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه بدا باول الحديث وهو قوله عليه
السلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فياخذه وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان
في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما
متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيا وما رواه
لم يصح لان مراده على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولين صح فهو محمول
على ان السايل كان وصيا في مال يتيم او وليا لصغير فلم يرد عليه السلام بهذا
التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه يمنع من بيع الجيد بالردي من مال
الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين

وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة
بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول
الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتد واما بيع الرطب بالرطب
فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع البسر
بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه
بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر ينطلق عليه من اول ما ينعقد صورته
لا قبله وهو عددي متفاوت وهو اول ما ينشق عنه النخل سمي به لانه يستر
ما في جوفه ولتفاوته فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او
مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا
او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب مثله او اليابس منهما جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل
الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع
المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه لان
التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب
بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في غير المعقود عليه وفي
الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود
عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف لاطلاق قوله
عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة
والتمر والشعير على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر حتى منعه بما روينا من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل قال
رحمه الله واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل
الدقل بخل العنب وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم
والصورة ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في

الزكوة

في الزكوة واسماؤها ايضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير
والمقصود ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره
البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر
العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم المعز
والضان او لبنهما او لحم الغراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا
لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب في الزكوة وكذا
اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان او لم يتبدل بالصنعة
لانه بالتبدل تختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع
الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه
متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس
واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد
العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل والمقصود او بتبدل الصنعة
قال رحمه الله وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
وان كانت كلها من الضان لان اجناسا مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد
قال رحمه الله والخبز بالبر او الدقيق متفاضلا وعند ابي حنيفة انه لا يجوز
بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما
فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز
بالصنعة صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم
يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة
هي المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتاخر او السلم فيه فلا يجوز
عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر في
النهاية معزيا الى المبسوط لانه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول
لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل

وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح بالسلم
في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا
عند ابي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز السلم
في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا
للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال ابو يوسف يجوز بالوزن دون
العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال
رحمه الله لا يبيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما
الا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم اخر فيجوز لشبهة
الربا لان احدهما بر والاخر اجزاؤه او احدهما دقيق والاخر اجزاؤه وهذا لانه
بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنسا اخر فبقيت
شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع
السمسم غير ان المعيار فيهما الكيل وهو غير مسولهما الا ترى ان البر اذا طحن يزيد
عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن
السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسولهما فامكن التساوي
بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة
والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر
وقال ابو بكر محمد ابن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين
وان كانا غير مكبوسين او احدهما يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه
روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند ابي حنيفة
وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا
ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر وهو اية الاختلاف غير انه لا يجوز
ان يباع احدهما بالاخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة انهما جنس واحد
من وجه لانهما من اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس

وعدم

وعدم المسوي وكذا لا يجوز ان يباع اصل احدهما باصل الاخر وهو المقلية
بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزان لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجز لا يخالف
الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع الاخر
او معهما على ما بينا وكالبر العبك مع الموسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر
الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض
الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس ويبيع
المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس قال
رحمه الله والزيتون بالزيت والسمسم بالسيرج حتى يكون الزيت
والسيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن
الخالص اكثر مما في الاخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس
بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وان اختلف صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة
والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الاخر كان
الثجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر
هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طاري عند وجود الفضل الخالي عن
العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمتحقق الا ترى الى
ما يروى عن جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها
بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه عليه السلام انه نهى
عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع
تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم
ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا
نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل على هذا
ينبغي ان يجوز بيع السمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بان تصرف كل
جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتاتى في المنفصل خلقة دون المتصل

وذلك بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شيء لثفله قيمة كتراب
الذهب اذا بيع بالذهب وتراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب
او الفضة اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء حتى لو
جعل فسد لربا الفضل قال رحمه الله ويستقرض الخبز وزنا لا عددا
وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض
بهما وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ولا ربا بين المولى وعبده لانه وما في
يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق برقبته وما في يده
وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة رح
فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط
في كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين لان له ان ياخذ كسب عبده
المدين بعوض يعدله استخلاصا بغير شراء فجعل اخذ بهذا الطريق الا انه اذا
اخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض
لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف
المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما
لان الكل مالهما وكذا شريكي العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره
لم يجز قال رحمه الله وبين الحربي والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما في دار الحرب
وكذا اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك
مالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا
وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم
والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه
التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم
فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في

تحصيل

تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائدا بالتجارة كما
رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستامن منهم
في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم
يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف
في موضعه قال رحمه الله باب الحقوق العلو لا يدخل بشراء بيت بكل
حق وبشراء منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه
او منه ودخل بشراء دار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل
حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له
او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشراء الدار يدخل العلو وان لم
يذكر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون
التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت
ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر
والمنزل بين البيت والدار لانه اسم يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ
يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبهة
بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من
غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا
التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم
البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانة سواء كان صغيرا او كبيرا
فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف
فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم
لما ادير عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو
ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل

يبر الماء والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج
الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط ولانه خارج عن حدودها
وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها قال رحمه الله
لا الظلة الا بكل حق اي لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق ونحو
ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا
اذا كان منتهاها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة
انها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولانها
تابعة الدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث
ان قرار طرفها الاخر على شيء اخر فصارت تابعة من وجه دون وجه
فلا تدخل الا بذكر الحقوق والا فلا عملا بالشبهين قال رحمه الله ولا يدخل
الطريق والمسيل والشرب لا بنحو كل حق بخلاف فلا اجارة اي لا يدخل
هذه الاشياء في بيع الارض والمسكن الا بذكر كل حق ونحوه بخلاف فلا اجارة
حيث يدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث انها
تفضل للانتفاع بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها
بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل في البيع الا بذكر
الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري البيع فلا يلزم الشرب للانتفاع به وقد
يشتري الطريق بعد ما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع
لا غير وهذا لا يخون الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعذر
ما عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشياء عند عقد الاجارة
تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشياء توجيه خولها
فيها تصحيحها الا ترى انه لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز تعيين
الدخول فيها ولا يدخل مسيل ما لم يذكر اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج
فيه وقد ورد الحمام تدخل لانه مركب بالبناء ولو اشترى رجل يدخل الجار الاسفل

لانه

لانه مركب بالبناء وكذا الاعلى استحسانا والالات المنصبة بالبيت لان الرحى
اسم لبيت فيه مجرد دار والجار الاعلى هو الدوار والله اعلم بالصواب
الاستحقاق قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة
لا تصير حجة الا بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فينتقل قضاؤه الى
حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء والحجة ولاية على
نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله والتناقض في دعوى
الملك للحرية والطلاق والنسب لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام
المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق
والنسب بناء على الخفاء فتعذر في التناقض لان النسب يبنى على العلوق
والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله
ببيعه ولدت ذا استحقت ببينة بنتها ولدها وان قربها الرجل لا
والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل
وهذا يرجع المشتري على البايع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار
حجة قاصرة لثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة
بانبات انه بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه وهذا لا يرجع المشتري
بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار لان الملك يقدر على انشاء
الملك الحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على
انشاء الملك بشهادتهم ان لم يكن ملكا له قبل ذلك فيكون اظهارا
الملك من الاصل يستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام
لانه تبع لها فيلتقي به وقيل يشترط القضاء له بالولد وهو الاصح لان محمدا
رحمه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد
تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها
في الاقرار اذا ادعى المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له

قال رحمه الله وان قال عبد لمشتر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو
حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة فلا شي على العبد
والا رجع المشتري على العبد والعبد على البايع بخلاف الرهن يعني
اذا قال ارتهني فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن
على العبد بحال سوا كان الراهن حاضرا او غايبا وعن ابي يوسف انه
لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة
فلم يوجد واحد منهما فصار كمسيلة الرهن وكما اذا قال اشترني وانا عبده
ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا
او غايبا كالرهن يحققه انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا
وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن
قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه امن او قال كل هذا الطعام فانه
ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب به بسبب ذلك
لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة
الثمن للمشتري عند تعذر استيفايه من البايع لانه انما اقدم على الشرا
معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة المغرور من جهته والغرور في
المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات
تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حرية الاصل واهلية الضمان
وتعذر الاستيفا من جهة البايع يواخذ هو بذلك كالمولى اذا قال
لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون
ثم ظهر انه حر واستحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر
عن الغرما فجعل المولى كانه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه
ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفا

لعين

لعين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في موضع لا
يجوز فيه المبادلة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد
به من الامر بالاكل والسلوك او كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس
بعقد معاوضة وامر الاجنبي لا يعبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال
اشترني وقال انا عبده ولم يزد عليه لان الحر يشتري تخليصا كالاسير
وقد لا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا
ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على الاخر لانه قضى دينا عليه وهو
مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن
فان قال لا يتصور هذه المسيلة على قول ابي حنيفة فان الدعوى شرط
عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه
يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا
قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى
فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين
امه في حرية الاصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي
حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض
مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور يكون الدعوى
فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه لعدم الدعوى وعامتهم
على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارية وهو الصحيح
لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفا الحال
عليه فيعفى التناقض فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من
دار الحرب ولا يعلم بحرية ابويه او بحرية احدهما باسلامهما او باسلام
احدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك
فيدعي الحرية فيعذر في التناقض واما في العتق الطاري فلان المولى

يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة تقيم البينة ان زوجها
طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة
قال رحمه الله ومن ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها
لا يرجع بشيء لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شيء لا يرجع
عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا بانه اخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت
المسئلة على ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع
باعتباره فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف
فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق
في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على هذه الصورة لا تقبل
بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول
صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار او
دعوى القدر من الدار لانه معاوضة او لافتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز في
المجهول فكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب
والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشيء وان قدره بجزء معلوم بربع
مثلا او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب
ما استحق منه قال رحمه الله ولو ادعى كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح عن مائة
وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيئا تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد
بحسابه من العوض قال رحمه الله ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه ان
بقي العاقدان والمعقود عليه وله اي للمالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف
صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا
وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة
اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصغير
المحجور عليهما وعند الشافعي لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا تجوز باجازة

المالك

المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل
المالك ولم يوجد واحد منهما فيلغوا لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية
والحلية ولنا حديث عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه
دينارا ليشتري له شاة فاشترى له به شاتين فباع احدهما بدينار واتاه
بدينار وشاة فدعى له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه
البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي
صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى له اضحية فاربح
فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله صلى
الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصدق صدر
من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية
بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك
لانه مخير فاذا راى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط
عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه
نفع للمتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فتثبت القدرة الشرعية احرازا لهذا
المنافع على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع
اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع حال غيبته عادة الا من صديق متفضل
نصوح يرى لاخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب
الشرعية احكامها لا مجرد السبب فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمها وهو التمليك
لا يتصور من غير مالك فيلغوا قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا
لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب الثابت الملك الثابت لانه هو اللائق
به ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما
يلغوا اذا خلى حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة قد يتاخر حكمها

لعارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا
برهن بغير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف
الى شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر
الوجوب في حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته
وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي وهو بنفسه بعد بلوغه
لان هذه العقود لا يجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا ترى ان الولي لا
يملك انشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه
عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن توقف حتى لو اجازه الولي او
هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند
الانسان اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الابق ثم اذا باع
المبيع قبل القبض او الابق لا يجوز للنهي الذي ورد فيه فكذا بل اولى لان الابق
والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا كلامنا في انعقاد
العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الابق في
رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روي انه عليه السلام نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة
الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني
سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها له فقال
عليه السلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة
بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا
بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا
لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجازه المالك
كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك
في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

وللفضولي

وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في
النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقدين
الفضولي عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي
ذكرنا من ان الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا
كان الثمن العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة
عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على
المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل
تاثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان
مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير
مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير صح
واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج
امراة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ
ومن ضرورته انه يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار
جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب
البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما
ملكه الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين
والدين فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ولو مات المالك لا ينفذ
باجازة الوارث في الفصلين لانه يوقف على اجازة المورث لنفسه فلا
ينتقل الى غيره بخلاف الوصي او الاب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير
ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه
وانما توقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها
وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم
الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف

فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطي ابيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشرا ايضا مثل
ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك واجاز
المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول
محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع
الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله وصح عتق مشتر
من غاصب باجازة بيعه لا بيعه معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه
المشتري فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم
يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم
يملكه وقد قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولي
موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة
ان ثبت الملك بطريق الاسناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا
للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر
فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى
الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت
للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا
اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتق المشتري والخيار للبايع ثم اجاز البيع
لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك
البيع الاول لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع
المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى
الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا
لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع
الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق
مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه

وينفذ

وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة
المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجازت
الغرما البيع او اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين
او ابرا الغرما منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشي اذا
توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب
بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك
ضرورة ادا الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب
مثبتا للملك في الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما
له بل هو سبب له ضرورة عند ادا الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا
كان في البيع خيار للبايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من
انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع
منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب
المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراضي انما يثبت هنا ضرورة دفع
الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب
في حقه ويفتى بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر
المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان
لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب
وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه الاصح انه ينفذ
لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشرا فاحتمل العتق عند
الاجازة بخلاف الغاصب لانه لو ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق
لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع
الا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشتري
الاول وهو البايع الثاني ملك بات فاذا طرى على ملك موقوف لغيره ابطله

لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا
مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه
لمالكه بل كان هذا اولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف
فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فاولى ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من
الرفع لانا نقول المنع او الرفع انما يكون عند التعارض ثمة لان الملك الموقوف
لم يظهر في المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قايم بهما واذا اجاز
المالك بيع الفضولي بالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر
في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال
ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على
الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس
الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر
في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى ان عند محمد بيع الفضولي
لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير
وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل
في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت الاجازة لدفع الضرر والضرر
في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات الضارة
قال رحمه الله ولو قطعت يده عند المشتري فاجيز فارشه لمشتريه
اي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش اليد للمشتري
لان الملك ثبت له من وقت الشرا فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا
كل ما يحدث من البيع من كسب وولد وعقر قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا
وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوايد
كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى
وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبايع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري

كما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل ومع
الخيار للبايع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت
يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب
موضوع للملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوايد
قال رحمه الله وتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك
لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان
ثابتا من وجه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض يدخل في ضمانه
فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام
نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد
نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد
على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وفيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت
له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن
المشتري على اقرار البايع او على رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد
البيع العبد لم يقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد
وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل
المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة
فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكره في الزيادات ان المبيع
اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام
المشتري البينة على اقرار البايع بان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت
له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في
المسيلة الاولى وفي مسيلة الزيادات في يد المستحق وبشرط الرجوع بالثمن
ان لا يكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسيلة الكتاب ورجع
في مسيلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما

ذكر هنا فيما اذا اقام البينة على البايع انه اقر قبل البيع للمستحق واقدامه على
الشرا ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات
فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير
متناقضا فتقبل بينته قال رحمه الله ولو اقر البايع في مسيلة الكتاب
بذلك عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع بطل البيع ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري
ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد
ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البايع بالثمن
عندهما لانه وكيله فليس له ان يطالب المشتري لانه بري بالتصادق وعند
ابي يوسف له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع وهذا بنا على ان
ابرا الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو
كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل
البينة الزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان
النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الاقرار وطلب البايع الفسخ فسخ القاضي
البيع بينهما لانه يثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري
تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يوخر لان سبب الفسخ
قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف اخذ
العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا او غاب المشتري لم ياخذ
العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضا على الغايب بفسخه وللبايع
ان يحلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن
البايع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه بازا الضمان ولو
مات المالك قبل حضوره فورثه البايع واقام بينة على اقرار المالك
بانه لم يامره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها على اقرار مشتريه

بذلك

بذلك تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها
لا تقبل لانه في حال حياته اصل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته نايب عن
الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون متناقضا فلذا نايبه ولو ورثه
البايع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك سمع لانه لم يسبق منه ما يجعله
متناقضا بخلاف شريكه البايع حيث يكون متناقضا ولمشتريه ان يحلفه
بالله ما لم يعلم ان المولى امر ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ
نصف العبد ورجع المشتري على البايع بنصف الثمن وخير في النصف
الاخر لتفرق الصفقة عليه وهذا اذا اقر المشتري بان العبد ملكه الامر
ولو انكر لغا قول الامر حتى يقيم البينة على ملكه ولغى توكيل بايعه
في خصومته كيلا يصير البايع ساعيا في نقض ما اوجبه قال رحمه الله
ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنايه لم يضمن البايع ومعنى
المسيلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري
لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة
البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان
التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب
لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله وادخله المشتري في بنايه
وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البنا في ذلك باب
السلم وهو بمعنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به
لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك
العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد
بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم
على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح
لانه بيع الا ترى الى ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان

ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس ان
الله اجل السلم المؤجل وانزل فيه اطول اية وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لان المسلم فيه
مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز
فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال رحمه الله ما امكن
ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وقد
قال عليه السلام من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام
قال رحمه الله وما لا فلا اي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم
فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة فلا يجوز كساير الديون قال رحمه الله فيصح في المكيل
والموزون المثمن لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من
الدراهم والدنانير لانهما اثمان وليسا بمثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما
لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما
يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا
لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول
عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل اوجبا
العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا
العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان
فيهما كالدراهم والدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر بانفراده
يحرم النسا ولو اسلم في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان
روى الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير

معلوم

معلوم القدر لا لنفي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب حكما في
باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا
انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين
حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب في الذمة وان كان عينه حكما
فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف
لو اسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله والعددي المتقارب كالجوز والبيض
لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي
فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا
يستوي قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان
لان احادهما متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت
والتساوي وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت
احاده في المالية ويجوز السلم في هذه الاشيا كيلا ايضا وقال زفر
لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه
العادة وعنه انه لا يصح عددا ايضا لانه يؤدي الى النزاع في التسليم والتسلم
بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثا ولنا ان المقدار
يعرف بالكيل تارة وبالعدد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما
ايهما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله والفلس لانه عددي يمكن
ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج
والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا
يجوز السلم فيه عددا قلنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كساير
المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية
لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس
بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلس والنقدين قال

رحمه الله واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم لان احادها لا تختلف اختلافا يفضي
الى التنازع بعد ذكر الالة قال رحمه الله والذرعي كالثوب ان بين الذراع
والصفة والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشيا فلا يودي الى
التنازع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه
يصير معلوما به قال رحمه الله لا في الحيوان وقال الشافعي يجوز السلم
فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه السلام استقرض
بكرا ورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضي
الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن السلم في
الحيوان ولانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى
ان العبدين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني
الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة
والشدة قال قايلهم الا رب فرد يعدل الالف زايدا والف تراهم لا يساوون واحدا
وكذا ساير الحيوان يختلف اختلافا يودي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم
فيه كما في الحليات والجواهر بخلاف الثياب فانه مصنوع العباد والعبد
انما يصنع بالة فاذا اتحدت الالة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير
بعده لا يضر وما روي انه عليه السلام استقرض بكرا فالمراد به انه عليه السلام
استعجل في الصدقة ثم لم تجب الزكوة على صاحبها فردها رباعيا او استقرض
لبيت المال لانه يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول
وما روي انه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل كان قبل نزول اية
الربا الا ان الجنس بانفراده يحرم النسا او كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري
الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع انواع
الحيوان حتى العصافير لان النص لم يفصل قال رحمه الله واطرافه
يعني لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالراس والاكارع للتفاوت الفاحش

وعدم

وعدم الضبط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل
لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون
العظم والعظم في الروس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساو له فلا يمكن ان
يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدري قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو
اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل فامكن جعله تبعا للحم لقلته
كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رحمه الله والجلود
عددا اي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش
فيهما الا ان يبين ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة
والرداة فحينئذ يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان
وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله والحطب حزما والرطبة
جرزا لانه مجهول لا يعرف غلظه وطوله حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي
يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وغلظه وضبط ذلك بحيث لا يودي الى
النزاع قال رحمه الله والجوهر والخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا
وفي صغار اللولو يباع وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن لانه يباع بالوزن فامكن
معرفة قدره به قال رحمه الله والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشي المنقطع
لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان
منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك
لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال
الشافعي يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند
وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال
تحمر وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري
وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

في البائع والمبتاع رواه مسلم والبخاري وجماعة اخر وفي لفظ حتى يبيض
ويامن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث
ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع احد بيع مال معين
ينتفع به في الحال او في المآل وقوله عليه السلام فبم يستحل احدكم مال
اخيه وهو راس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع
قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه
شرط لجوازه وفي كل وقت قبل العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه
لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوبه لتدوم القدرة
على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر
يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم
بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو
انقطع عن ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار
ان شاء فسخ العقد واخذ راس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل
العقد ويرد راس المال للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا
ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير
فيه كما اذا ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه
قد فات لا الى خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل
البيع بها لانها تفوت اصلا ولا يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف
ما نحن فيه فان لادراك الثمن والقدرة على التسليم اوانا معلوما فيتخير
قال رحمه الله والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك الطري لانه
ينقطع عن ايدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع
فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة انه لا
يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف

رغباتهم

رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله وصح وزنا لو مالحا اي ان كان السمك
مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن
ايدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه
وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا
وكيلا وفي الكبار روايتان قال رحمه الله واللحم اي لا يجوز السلم في اللحم
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه
وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب والفخذ مائة رطل لانه
موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه
وزنا وهو لا يصح الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن
فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف
موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش
والخوخ النوى وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف
صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في
الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة ويجري فيه
المماسكة فالمشتري يامره بالنزع والبائع يرسه فيه وهذا النوع من الجهالة
والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان
بخلاف النوى في الثمار او العظم في الالية فانه معلوم ولهذا لا يجري فيه
المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم
اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احدهما لما عرف في موضعه والتضمين
بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه
ولئن سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة
بخلاف الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة فيما اذا
اطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا

منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله
وبمكيال او ذراع لم يدر قدره اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال
حين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع
به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم
يتاخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية ولا
بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما
ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل
فيه كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره
فلا يجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير
به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير
المنكبس والتجويز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا
كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بانا لا يعرف قدره فيشترط في ذلك
الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثناء قرب الماء ايضا قال
رحمه الله وبر قرية وثمر نخلة بعينه اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال
ان تعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما واليه اشار عليه السلام بقوله اذا
منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع
بان كان له نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه
كالشام والعراق قال رحمه الله وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة
والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الى شهر لان
الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لجوازه لما
روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا
واشتراط الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا
كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا تربها

لا شرطا

لا شرطا كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم
ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو
لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من راس المال بواسطة
التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم اولا قبل قبض
المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء
فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا
قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان
المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلوات شرعت بوضوء
فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من
قال من دخل داري فليدخل غاض البصر لا يجوز له ان يدخلها الا وهو كذلك
ومن قال من اراد ان يصلي فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها
لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه
شرط لصحة العقد فيما به سبب القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله
يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه
ليكون قادرا على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه
مع تعيينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين
المبيع او عند عدم القدرة على تسليمه حرام وانما اجيز في السلم من غير تعيين
المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام
الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن
التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمن
التحصيل او الحصاد فاسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم
القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة

لان البدل فيها معقود به لانه معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم
المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا
يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه
اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه المولى
ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما
كاتبه اصلا اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على
المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز
عن تسليمه فيؤخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل
والا لزم ان يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات
ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة
لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم
ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا
نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج
فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة
لتعذر الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام
الخروج لتعذر الوقوف عليها وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه
اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال رحمه الله واقله شهرا اي
اقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه
اجل الا ترى ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام
الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما
فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا
بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس
والمؤجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف

يوم

يوم وعن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل
في مثله فان اجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح
وبه يفتى قال رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود
اي شرطه بيان قدر راس المال اذا كان القدر يتعلق على مقداره مثل المكيل
والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر
راس المال اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام
قدره كما في الثمن والاجرة والمزروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض
انما تشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة
لا تفضي الى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط
معرفة القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر راس المال قد تفضي
الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا
ينفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في
غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه
فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بكيل معين او بوزن
معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه
فيحتاج الى فسخ العقد بعد ما انفق راس المال فيفسخانه ولا يدري كم
يرد فيفضي الى المنازعة او الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه
مع المنافي اذ هو بيع المعدوم الا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة
فبم يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل
فجهالته لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا اسلم في جنسين
ولم يبين راس مال احدهما بان اسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير
ولم يبين حصة واحد منهما من راس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة

وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما او اسلم جنسين ولم يبين قدر احدهما بان
اسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر احدهما ولم يبين الاخر
لان راس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعرف به ما يخصه من المسلم
فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت احاده لانه حينئذ يتعلق العقد
بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله ومكان الايفا فيما له حمل ومؤنة
من الاشيا اي شرط جوازه بيان مكان ايفا المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان
التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب
تسليم راس مال السلم في ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب
المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها
فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له مكانا اخر بالنص فيتعين
له ذلك المكان لانه يفوت الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط
تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط
النقل على البايع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه او يكون اجارة في بيع فيكون
مفسدا للنهي المعروف عن صفقة في صفقتين ورب السلم لا يملك المسلم فيه
قبل التسليم فاشتراطه لا يكون العمل في ملكه بل في ملك البايع وذلك غير
مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين ضرورة كاول اوقات الامكان
في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابي حنيفة
ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم
عليه في الحال ولم يوجد اذ التسليم لا يجوز الا موجلا فيكون التسليم
متاخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب
التسليم في الحال فيتعين موضع وجوب السبب ضرورة ولانه لو تعين
مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان البيع في بيع العين ولتعين

مكان

مكان العقد فيما اذا عقد في لجة البحر وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم
يبينا مكانا اخر بقي مجهولا جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة فيفسد
كاختلاف الصفة لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن
كما تختلف باختلاف الصفة الا ترى ان الحطب في المدن اغلا منه في القرى
ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفا يوجب التحالف عنده كالاختلاف
في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا
يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما لو
اختلفا في البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فكان
كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف في الثمن والاجرة
والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة موجلة بان اشترى
شيئا او استاجره بحنطة في الذمة موصوفة او اقتسما شيئا وجعلا
لاحدهما مكيلا موصوفا في الذمة الى اجل فعنده يشترط بيان مكان الايفا
في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع
ومكان التسليم العين المستاجرة وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصرا
جاز لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته
لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد فلهذا لو استاجر دابة ليعمل
عليها عملها بالمصر فله ان يعمل عليها في اي مكان كان وكذا لو دفع ماله الى
رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل في اي مكان شا وقيل هذا اذا لم
يكن المصر عظيما فان كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا
ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرطا ان يوفيه في
منزله جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل
فلا يعلم وجه الاستحسان ان يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة
والظاهر بقاؤه في منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه

اشترط الايفا وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي
الايفا وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان يوفيه
في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفا ثم اشتراط الحمل يكون
اجارة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله وما لا حمل له يوفيه حيث شا
وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة سوا بينا مكان الايفا او لم يبينا لان
لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغوا وقيل
ان لم يبين فيه مكان الايفا يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما
لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين
يتعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق فيعتبر فحاصله ان فيما
لا حمل له ولا مونة كالمسك والزعفران وما اشبههما لا يحتاج فيه الى
تعيين مكان الايفا بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه في التخريج
في اي مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله وقبض راس المال
قبل الافتراق اي شرط جواز السلم قبض راس المال قبل ان يفترقا
والمراد شرط بقايه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق
لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبي عن اخذ
عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق
ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك
بين ان يكون راس المال مما يتعين اولا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين
يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه
يتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه
لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط
يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق
فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الروية لانه غير

مفيد

مفيد لانه دين في الذمة وكلما رده عليه بخيار الروية اعطاه غيره لكونه
لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في راس المال وخيار الروية فيه
حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد
ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لا يمنع
تمام القبض حتى لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان
السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك
فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع
انعقاده في حق الحكم وهو فرق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو
اسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان راس المال قايما عند اسقاط
الخيار والا فلا لان الاتمام معتبر بالابتدا وفيه خلاف زفر وهو مبني على
قاعدته ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل
وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه
وتاجيله وبيان مكان الايفا والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله
اعلام راس المال جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد
بالقدرة على تحصيله ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل
قال رحمه الله فان اسلم مايتي درهم في كر بر ماية دين عليه وماية نقد
فالسلم في الدين باطل اي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة
النقد لوجود قبض راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه
طاري اذ السلم وقع صحيحا في الكل وهذا لو نقد مايتين قبل الافتراق صح
لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد الماية الاخرى
فلا يشيع البطلان الطاري كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض
بطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما
حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة

ابتدا فلا يجوز لجهالة ثمنه او لان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالحصة والبطلان
ولا فرق في ذلك بين ان يضيف اليهما كما ذكر في الكتاب او يضيف الى مائتين
مطلقا ثم يجعل المائة من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح
لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طاريا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد
اليه الا ترى انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو
تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث
يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك هذه المائة
والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لان نقول
اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد
فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي
الجنس بان كان له على اخر مائة درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين
في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة
العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن
زفر ان المسلم في الكل باطل في الجنس الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة
الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الاخر
فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين
ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم واما منافيه بن عباس رضي
الله عنهما قال رحمه الله ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه
قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روي انه عليه
السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع
المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق
القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى

الى

الى قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع التصرف
فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليكه بعوض
وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه بالمبيع
حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع فاخذ حكمه
قال رحمه الله فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه براس المال شيئا
يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس
مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع
الاستبدال ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما
ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا
وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه
قبل القبض فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فياخذ حكمه
من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان
حكم راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة
الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس
بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه وهذا جاز ابراؤه
عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد
الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح
الاستبدال به كساير الديون وجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله
ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا
او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل صح معناه ان يكيله لنفسه بعد القبض
ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه
وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل
مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه

رب السلم يقبضه من البايع قضا بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا
امره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا
جاز والاصل فيه ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان صاع البايع وصاع المشتري ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان
فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل
بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شرا المسلم اليه من بايعه فلم يكن المسلم
اليه بايعا لرب السلم بعد الشرا فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان
سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان
كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال
المسلم فيه بجنسه جايز الا ترى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم
الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت انه بيع جديد
بعد الشرا فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى
المستقرض كرا فامر المقرض بقبضه قضا بحقه يجوز وان لم يعد الكيل
لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا
فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة
فلم تتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه
من غير اعادة كيل قال رحمه الله ولو امره رب السلم ان يكيله في ظرفه
ففعل وهو غايب لم يكن قبضا بخلاف المبيع يعني لو دفع رب السلم الى
المسلم اليه ظرفا مثل الغرايز مثلا وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم
فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قضا ولو
كان مكان السلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البايع
ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع والمشتري غايب
صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة

ولا

ولا يمكنه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا
للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالداين اذا دفع كيسا الى المدين وامره ان يزن
دينه ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشرا فيصح
امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البايع وكيلا
في امساكه الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه
واقعا في يده حكما ولهذا اكتفي بذلك في الكيل في الصحيح الا ترى انه لو امره
بالطحن او بالقايه في البحر ففعل يكون على الامر في الشرا ويتقرر الثمن عليه
وفي السلم على المامور لما قلنا فان قيل البايع لا يصلح ان يكون وكيلا
للمشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض قضا لا يصح توكيله ولا يكون
قابضا له فكيف يتصور ان يكون وكيلا له هنا قلنا لما صح امره لكونه
مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا
ولو كان رب السلم حاضرا وكاله والمسلم اليه بحضرته وخلا بينه وبين الطعام
يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في ظرف
البايع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا للظرف من البايع
ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع
فيه واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت
البايع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعلهما
فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما
الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصايغ فضة وامره
ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان
يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه
لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث
لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه

المغل وهو الصبغ لا العين والغصل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال
ولم يتصل بالثوب فهذا لم يصر قابضا وان بدا بالدين لم يصر قابضا بقضائها
اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل
التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا المخلط لم يرض به لجواز ان
مراده البداية بالعين فلم يتيقن برضاه به حتى يكون تطريكا له وعند
ابي يوسف يصير قابضا جميعا اذا بدا بالعين لانه لما كان الدين
اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر المشتري قابضا لما قلنا ولما كان العين
بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا والدين ايضا ضرورة
انتقاله بملكه فصار كالو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون
الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البايع
وصار مستعيرا للغرفة وملك العين بعده وخلطه به صار خالطا
ملك المشتري بملك نفسه وملكه باذنه فيشاركه فيه ولم يبرأ
عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري
بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين بانتقاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضيخان
وذكر صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما ان شاء نقض
البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان المخلط ليس باستهلاك عندهما قال
رحمه الله ولو اسلم اليه في كر وقبضه الامة فتقايلا فماتت او ماتت
قبل الاقالة بيع وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل
ان يقبضها رب السلم بحكم الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد
موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل موتها في الاولى وصحت الاقالة
بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية يوم قبضها
لانه شرط صحة الاقالة بقاء المعقود وهو بقي بقاء المعقود عليه والمعقود
عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية

فصحت الاقالة وكذا بقي بعد هلاكه لان البقاء اسهل من الابتداء فاذا
انتفى العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز عنها فيجب عليه قيمتها
لقيامها مقامها كما لو تقايلا بعد عيب الجارية ثم تقايلا بعد هلاك احدهما
فانه يصح لبقاء احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك
لما قلنا قال رحمه الله وعكسها شراؤها بالكر اي عكس مسئلة السلم
شراء الجارية بالكر فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل
القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود
عليه فيها هي الجارية فلا يصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا بقاء لانعدام
المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء
بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه مقصود
عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء احدهما فحاصله ان هذا
الجنس منقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني في
بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم
الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمها اذا تقايلا فيه بعد
هلاك احد البدلين او كلاهما او هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة
قبل التقابض صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب بكل واحد
منهما في ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره
فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد عليها ورد عليه العقد
فلا يرد على المقبوض وهذا لو كان المقبوض قائما كما نظنها ان يرد غيره
بعد التقابل قال رحمه الله والقول لمدعي الزيادة والتاجيل لانا
في الوصف والاجل يمينا اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم
فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الآخر لم نشترط شيئا او قال
احدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشرط شيئا كان القول قول

يريد بها شتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا موجلا
وموصوفا فكان الظاهر شاهدا لهما ان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم
ان يجتنب الحرام وسائر المباح هو الاصل في جنس هذه المسايل انها اذا اختلفا
في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج المتفق كان باطلا وكان القول قول من
يدعي الصحة وان خرج مخرج المخصومة فالقول عند ابي حنيفة ان يتفقا على
عقد واحد وعندهما القول للمنكر وتفاصيل المسيلة ان يقول لو اسلم دراهم
الى رجل في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطتاره يا وقال رب السلم لم تشرط
شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة اذ
الظاهر ان المسلم فيه لا تزيد على راس المال وكلام المتعنت مردود وفي
عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان
القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه
لانه ينكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له اجل كان
القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو
الاجل وهو حوله فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي
فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل
يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه عادة فوجب ان يكون القول
له لانكاره تلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن
بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف
عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت
لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم
فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس
المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا وفي
عكسه بان ادعى المسلم اليه وانكر رب السلم فالقول للمسلم اليه عند ابي حنيفة

وعندهما

وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر ما عليه وهو الاجل فكان القول له وان اتفقا
على الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك ثلث الربح الا عشرة دراهم
وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم يزد كان القول لرب المال وان كان
فيه فساد العقد لانه منكر استحقاق الربح عليه ولا يجب عندهما انهما اتفقا على
عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرايطه لان شرط الذي تبع له وثبوته
بثبوت الاصل فانكار الاجل بعد ذلك رجوع منه عما اقر به فلا يقبل كالمتناكحين
اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح
بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا
صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا انهما اتفقا
على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان لكل واحد منهما ان يتملك من صاحبه
بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب
في مال رب المال فكان القول المنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج
لامراته تزوجتك وانت صغيرة وقالت بل تزوجتني وانا بالغة كان القول
قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل انكره حيث سماه الى
حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله وصح السلم والاستصناع
في نحو سمك وطست وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره
فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرايطه على ما بينا من قبل واما الاستصناع
فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو
من اقوى الحجج وقد استصنع صلى الله عليه وسلم خاتما وسيرا وقال عليه السلام
ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس ان لا يجوز
يترك بمثله كدخول الحمام والاستئجار باجر وطيب شربة ما من السقا بقلسكن في كل
جايز للمتعامل وان كان الغالب ريا به الجهالة لانه لا يفرض قدرها يتقدير الحمام

وكره قدر ما يستحل او يشرب من الماء وكبير قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس
بمقابلة الاجماع او النص وقد قال عليه السلام لا تحقه امتي على ضلالة ولانه
يشكل هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع
هذا لم يأخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف فيما كان موجودا في الصدر الاول
ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا اجري فيه
تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه
شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد
وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي وهذا يثبت فيه
الخيار كل منهما وجه قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس
والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار
الرؤية ولو قبض الثمن ماكله والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه
تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البدل في
الحال فيبطل بما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة
المستحاضة وعكسه لما المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل واحد
لا يجد شيئا مصنوعا يوافق رجاه ولا غالبا يوافق اصبعه وقد يجوز بيع
المعدوم للحاجة اصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند
الجمهور وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استعمال
من الصنع وهو العمل فتسميته العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاعيان
فيه بمنزلة الآلة للعمل وهذا يبطل بموت احدهما والاول اصح وهذا لا يشترط
ان يعمله بعد العقد حتى لو جاء به من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان
المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا لمحمد رحمه الله قال واذا جاءه مفروغا
فالمستصنع بالخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء وأثبت له خيار الرؤية وهو

لا يثبت

لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من
حيث انه يفيد طلب المنفعة فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه
بالبيع وهو المقصود اجريا فيه ما ذكرنا من احكام البيع وقيل ينعقد اجارة
ابتداء وبيعا انتهاء قبل التسليم لان البيع لا يبطل بموت احدهما بل يستوفى من
تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام البيع فجعلنا بينهما على التعاقب
لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض بعينه ابتداء بيع
انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا
توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى
البيع وجب ان يجب كل واحد منهما على الحيني ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ
بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم بناء على عبارة كان
للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية بناء على عبارة يكون المستصنع
الفسخ لانه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة
فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله
وله الخيار اذا راه اي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم
يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كما رده عليه اعطاه
غيره لكونه غير متعين اذ السلم فيه دين في الذمة يتوفى فيها حق يقتضيه
وهذا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره
وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن
ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع
فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيسخره والصحيح
ان للمستصنع الخيار دون الصانع لان المشتري ما لم يره والصانع بائع
قال رحمه الله والصانع لا يبيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار
المستصنع وقبل ان يراه كان له ان يبيعه لعدم تعينه واذا راه ورضي به

ليس له ان يطيعه لانه بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به
المستصنع ثبت اللزوم في حقه ايضا قال رحمه الله وهو جائز سلما اي اذا
اجل المستصنع صار سلما وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد ان ضرب الاجل فيما بينه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه
فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا
فتعين حمله على السلم تحرزا عن الجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه
فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة تقريرها
اولى ويحمل الاجل على الاستحسان لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل
ان يكون للاستهلاك ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان
الاستصناع عقد جائز غير لازم فيتذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة
والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة فلا يخرج به العقد
من جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع يذكر الاجل يصير سلما لكان
السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولانه لو كان يذكر الاجل سلما لكان
فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كما شرط طعام
قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو حمل على السلم افسد اذ
تريد انه يفسد اذا لم يضرب له اجلا فحملناه عليه ما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة
انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازها على خلاف القياس
للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما
فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة
المتوارثة في بعض الاشياء فكان حمله على السلم اولى فيما احتملاه لكونه اقرب
الى الجواز وهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجلا بكونه اتى بحكم
السلم وصح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح
باعتبار اللفظ الا تريان الحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة والكفالة

بشرط

بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا الوباع المتاع فكان اجارة ولان ضرب الاجل
للتاخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر
الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين وهذا الوجه به وهو من عمل غيره جاز
ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون
السلم استصناعا بحذفه الا تريان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون
المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح ان يكون اجلا في السلم
وتقريبا تقدم من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل
والا فاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستهلاك وان ذكر على وجه
الاستعجال بان قال على ان يفرغ منه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه
للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل ان ذكر ابجل مدة يتمكن فيها من العمل
فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف
العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل
المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو
للاستهلاك فيكون سلما ثم فائدة كونه سلما ان يشترط فيه شرائط السلم
من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ الى غير ذلك من احكامه
على ما بينا باب بيع المنهيات قال رحمه الله صح بيع الكلب
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار
كالهوام الموذية قال الشيخ رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه عليه
السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب
ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس انه عليه السلام
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام
قضى في كلب بار بعين درهما ولانه مال لتقوم للاصطياد فيصح بيعه كالبازي
الا تريان الشرع اباح الانتفاع به بحراسة واصطياد افكذا بيعا ولانه يجوز

تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس
العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين
وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على
ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام امر بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم
انه قال روي انه عليه السلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة
يدل على الانفساخ ولا فرق في ذلك بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير
المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا للتعليم
قال رحمه الله والفهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز الانتفاع
بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا
في الحال او في المآل وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا
ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا
قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان
عن ابي حنيفة في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده
وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح
الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب
من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز
الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله والذمي كالمسلم في بيع غير
الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون
فيحتاجون الى بيعة انفسهم ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فتشرع
في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب لتحصيل ما يفي به
الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكلما جاز للمسلمين
من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما
لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير لهم فان عقدهم فيها

كعقد

كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما من السلم وغيره ولا
يجوز ما لا يجوز لانهما اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا
وهذا لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك
ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا قال رحمه الله
ولو قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف
فباع صح بالالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة
على الضامن يعني متى زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف على
اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح وتكون الالف على
المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا
تلزمه وهذا مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلتحق باصل
العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني
ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير
المشتري اذ لا يستفيد بازائه ما لا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال
يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له
بمقابلتها شيء فكذا يجوز من الاجنبي اذ لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل
الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ
لا يسلم لها شيء بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا
فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة ان توجد المقابلة تسمية وصورة
حتى تجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم يقابله
حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد
على قيمته مالا حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها
المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم

يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتدا وهو رشوة وهو حرام فلا
يصح فصار الاصل ان كلما يحصل فيه للاصيل بمقابلته شي من البدل لا يجوز
اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم
الحصول فاذا اجازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا
يظهر في حق البايع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا اخذ البايع
الالف من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه
قام عليه به ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان
كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبي
ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول ابي يوسف لا يسترد
لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضا وان كان
بقضا يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر المشتري
ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليها
وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بامره لانه لما تعدت
من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع الحقوق اليه او لانه لم يلتزمها وانما
التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشرا يطالب هو
فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا ولو رده بعيب او تقايلا
يرد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه دون المشتري وذكر
في الكافي ان الشفيع ياخذها بالف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه
ايضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم
تظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة
بنت عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا
لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف
الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني

ضامن

ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت
الزيادة لانه يتعذر جعله زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف
ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا ادى رجع
عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل للمسئلة
ثلاث صور احدها ان يقول بعه بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف
من الثمن والثانية ان يترك قوله سوى الالف والثالثة ان يترك
قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت
الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة
المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها او يضيفها الى نفسه وان زاده
بامر المشتري جاز ولا يلزمه شي والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه
ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا
لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري بان يقول زدتك على ثمن العين
التي اشتراها فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان
بامره بل رسولا **قال رحمه الله ووطي زوج المشتراة قبض لا عقده**
يعني لو اشترى امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود
الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه
القدرة على التسليم بخلاف النكاح لوجود الملك في الرقبة الا ترى
ان تزويج الابق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطيها كان قبضا
لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه
فعله بنفسه وان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا والقياس ان يكون
قابضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة
يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطي وجه الاستحسان
انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب

من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن
لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل بها
فاوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا يضمن
بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع الا ترى انه لو اقر المشتري
بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته
بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية
قد تلفت به بثبوت حقيقة الجزئية او حقه ومن ضرورته يصير
قابضا قال رحمه الله ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البايع على
بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البايع والا بيع بدينه اي اذا
اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع البينة
ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من
القاضي ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه
القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة
الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه
القاضي في المنقول ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضا على غايب
وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من
عجز عن النظر لنفسه ونظرهما في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرا
من ضمانه والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته واذا انكشف
الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما
يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضا وهذا لان العبد في يده وقد اقر به
للغايب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغايب على الوجه
الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه فيبيعه القاضي احيا
لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف

ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق
به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير عاجز فكيف يباع لانا نقول
من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه
من ابطال يد البايع قبل ايفا الثمن والاوجه ان يقال ان البيع ليس بمقصود
وانما المقصود احيا حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشي قد يصح ضمنا وان
لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفا ثمنه فان فضل شي من ثمنه يمسك للمشتري
الغايب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شي منه يتبعه البايع اذا
ظفر به قال رحمه الله ولو غاب احد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن
وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيا
فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا
حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا
نصيبه بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن صاحبه فصار الخلاف
في مواضع احدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفا الثمن كله والثاني
في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى
والرابع في اجبار البايع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغايب
عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع على تسليم نصيب
الغايب من المبيع الى الحاضر عند ايفا الثمن كله فعندهما يجبر وعنده
لا يجبر ولابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على الغايب بغير امره
فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه
فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا
لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشرا وكمعير الرهن وصاحب
العلو في قضا الدين وبنا السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن

لان البائع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا
مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار
كالمرتهن والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما
اختلفا بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث
ان ملك الغايب يثبت بقول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت
الملك كل واحد منهما الا بقول الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان
كل واحد منهما لا يطالبه بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي والاصل
ان الشيء متى تردد بين الشيئين يوفر عليه حظهما فشبهه بالاجنبي يكون
متبرعا عند حضوره وشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا
اولى من العكس لانه في حال الحضرة يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون
مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس
المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر
محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه **قال رحمه الله ومن**
باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فيها خمسمائة لانه اضاف المثقال
اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير
كانه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا
اشترى جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثلا نصف وزن
الفضة وزنا لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد
منهما وعلى هذا الوقار الغلاني على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من
كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية
والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والعدد
والمذروع **قال رحمه الله وان قضى زيفا عن جياد وتلف فهو ضامن**
يعني اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت

او انفقها ثم علم بالعيب فلو قضاها فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين
مرعي من حيث الوصف كما يراعى من حيث القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع
بالجودة لانها وصف لا يقام بذاتها ولا يقسط اذا قوبلت بجنسها
فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه
حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز
لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم جاز من جنس حقه استيفاء
فلم يبق له الا الجودة وهي لا يقسطها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن
تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حق ممتنع ولان
الجودة تبع فلا ينقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا
والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن والمولى اذا اتلف عبده
المأذون المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون كما تلفا
لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب
عليه لحقه **قال رحمه الله وان اخرج جيادا وباعها من رجل فهو ظالم في اخذه**
من لانه مباح سبقت يده اليه فكانا ولي به لقوله
عليه السلام الصيد لمن اخذه والبيض صيد وهذا يجب على المحرم الجزاء
بكسره وشيه قال تعالى يا ايها الذين امنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد
تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن ارضه مهيأة
لذلك وان كانت مهيأة للاصطياد فقوله لان الحكم لا يضاف الى السبب
الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للصيد فتعقر به صيد
او جفر بئرا فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان
قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا
التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف

ما لو عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه
من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع
فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ من
ارض العشر قال رحمه الله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه
بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن
الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار
والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كلما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط
الفاسدة لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال
بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة
من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات
والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة
هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خالي عن العوض
وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح
والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط
فيصح تصرفه فيه الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط
واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب
القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به
يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب
الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات
قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
زيد ابن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد
الله ابن رواحة رواه البخاري فاذا فرغنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب
فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا

يجوز

يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك
ان كان بكذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا في صورة
واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته
بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل
وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او
فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن والتاجيل
او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها
البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به
فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه
من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة
والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدامة الملك
فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك
به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما نذكر في الصلح ان شاء الله تعالى
فيكون بيعا والابراء من الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه
معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل
الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة
وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار
الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا
يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا
يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق
في الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا
علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك

للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه المحال على ما بينه في موضعه ان
شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان
اذا اهل الشهر او قالا لعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند
ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان
لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضا ولابي
يوسف رحمه الله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا
بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا
اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال
رحمه الله وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح
والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصا والوصية والشركة
والمضاربة والقضا والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة
والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد
والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي
هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب
الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية
فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل
شرط العمد وكذا ابطل شرط الولا لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم
لعايشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولا لمن اعتق قاله لها حين
اراد موالي بريرة ان يكون الولا لهم بعد ما اعتقها لكن الكتابة انما لا تفسد
بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان
لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في يوم من التجارة فان
كان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل
ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء واما اذا كان الشرط داخلا في صلب

العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانه يفسد به
وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في
حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في نفسه فعملنا بالشبهين
فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا يبطل
بالشرط الفاسد ومن هذا القسم اعني من القسم الذي لا يبطل بالشروط
الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل
وشرط فيها حواله او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ
رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه
بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان
وما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره
من الاقسام وتتميما للفايدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر
بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط
فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات
التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضا والامارة على ما بينا
واما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فاربعة
عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة
والكتابة والايصا والقضا والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة
تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة
ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوثها على ما يجي بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة
معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر
به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة
والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها ويراعي فيها

شرايطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات
لان تصرف الوكيل قبل التوكيل من مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو
بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فتقبل التعليق والكفالة من باب
الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما بينه
في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما
ذكرنا والايصا بالما او باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا
لان حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها
اما الايصا الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه تعليقه بالشرط واما الوصية
بالمال فلان لفظها ينبي عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور ان يكون الحال
الا مجازا والقضا والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه
بالشرط واما الثالث وهو ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته
وفسخه والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابرا من الدين
ولان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها
بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم

كتاب الصرف

قال رحمه الله هو بيع الاثمان بعضها ببعض كالذهب والفضة
اذا بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما
الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على
الفرايض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا
عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب
منه الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله
قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد
قبل الافتراق قال رحمه الله فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان
اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس

الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب والفضة بالفضة يشترط فيه التساوي
والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة
والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط
التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة ابن الصامت انه عليه السلام
قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سوا بسوا يدا بيد
فان اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم
واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق
بالورق مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره
ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين
ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد
خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك بين ان يكونا
مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما
دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة
عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو
شرط صحة العقد او شرط البقا على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا
ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت
كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد
فيصح وقيل هو شرط البقا على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط ان
يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو نامي او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا
قبل الافتراق صح بخلاف خيار الخيرة لانه يبطل بالاعراض او بما يدل عليه
قال رحمه الله فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس
لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره
الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبض احدهما بطل لفوات الشرط وهو

القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض
ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبنيا على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت
القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس فيعود
صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الذهب او الفضة بجنسه مجازفة ثم
علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوي
حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب
تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام
تبنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء قال رحمه الله ولا يجوز التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد
بيع الثوب لان في تجويزه فوت القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي
ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود والفسوخ
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى
اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه
كاليا بكالي لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن
على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بان
يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره
الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين
لا يجوز لهذا المعنى ونقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف
فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب واما اذا كان
مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع
قبل القبض وهو لا يجوز كما بينا من قبل قال رحمه الله ولو باع امة مع طوق
قيمة كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق وان
اشتراها بالفين الف نقد والف نسيئة فالالف ثمن الطوق يعني

لو

لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي
مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها نسيئة وبالف
حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل الف
اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة
وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية
لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قل قيمتها او كثر تحريا
للجواز فلا فائدة الى بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر ان الثمن
خلاف جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهبا وبالعكس فحينئذ يفيد
بيان قيمتهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله
فالالف ثمن الطوق اي الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة
الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب
لان دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية
والمقبوض والحال الى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن موجلا
فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لان
القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر بقدر المفسد على ما بينا
ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر
في البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره
كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعده قال
رحمه الله وان باع سيفا حليته خمسون مائة ونقد خمسين فهو حصتها
وان لم يبين او قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين
انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على
الصلاح واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد
منهما قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال تعالى

فتبيا حرتها والمتبيا احدهما وقال عليه السلام اذا سافرتما فاذنا واجتمعا المراد
احدهما يحمل عليه لظاهر حملها بالاسلام وكذا اذا قال لامرأتيه اذا حضتما
حيضة او ولدتما ولدا فانتما طالقتان فولدت او حاضت احدهما طلقتا
لانه يراد به احدهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد او حيضة واحدة
بخلاف ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقتان حيث يعتبر وجوده
منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن
السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بان كمل
ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لان البيع مع الحلية شيء واحد
فجعل المنقود عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا
بهذا الطريق قال رحمه الله ولو ان تراضيا بالنقض صح في السيف دونها
ان خلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل العقدين لما ان حصة الصرف يجب
نقضه قبل الافتراق وان لم ينقض حتما فلا تبطل فيه لعقد شرطه وكذا
بالسيف ان كان لا يخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الصرف فصار كبيع جزع
مرسقف وان كان يخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار كبيع
الجارية مع الطوق وذكر في النهاية مزيدا الى المبسوط فقال لو قال خذ
هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او قال لا وتفرقا على
ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد
او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الرافع فيكون المدفوع من ثمن السيف
خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المالك فيكون اعرف بجهته قال
الراجح عندي ان تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من انه ينصرف
الى الحلية على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية
تخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا بطل في الكل وفي المحيط لو
قال هذا من ثمن النصل خاصة نظر ان لم يكن للتمييز الا بضرر يكون المنقود

ثمن

ثمن الصرف وبيعها جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود
الى الصرف فحكمنا بجوازه فصحا البيع وان لم يكن كذلك بطل الصرف
لانه صح بفساد الصرف وتقرر جواز البيع ويجوز البيع دون جواز الصرف
فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تخلص من غير ضرر
توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم ان الحصة التي هي الثمن
اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز للربا وان كان
مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والفساد هو الفضل
الخالي عن العوض فالجهالة يعلم بكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان
العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل
منه او مثله او اكثر فجهالة الفساد من وجهين بالكثرة والحرمة قال
رحمه الله ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض
والا لا ما لم يترك بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب لانه صرف وهو
يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدرها لو يقبض ولا يشيع
لانه طاري ولا يكون هذا تفريقا للصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع
باشتراط القبض لا من جهة العاقد فلا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا
بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو علم النقد قبل الافتراق بخلاف
ما اذا هلك احد العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه
لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجيء قال
رحمه الله وان استحق بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده
لان الشركة في الاناء عيب لان المستحق يضره وهذا العيب كان موجودا عند
البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا اشتري اناءا فضة وافترقا
وقد بقي عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من قبل المشتري على ما
بينا قال رحمه الله ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي

بالخيار لان السكوت ههنا ليست بعيب اذ التناقص لا يضرها بخلاف ما لا ما
لكن ان استحق قبل القبض بعضه ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا
اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق
الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك
يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان قبله بخلافه فاما اذا استحق
بعد القبض فلا لان الصفقة قد تمت بالقبض قال رحمه الله وصح بيع درهم
ودينار بدرهم ودينارين وكذا بر وشعير بصفة بان يبيع مما يجري بد
وكذا شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال
زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي
الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له
فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح
التصرف فصار كما اذا اشترى قفيزا حنطة وقفيزا بعشرة وكوبا بعشرة ثم باعهما صرابحة
بمائة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا
لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف
وخسيمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع وما لم يبع وان امكن
تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا الوجه بين عبده وعبد غيره وقال
بعتك احدهما لا يصح للتغاير وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا الوباع
درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه
صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من كل جانب الى الثوب من الجانب
الاخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده
ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه
والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان
يتعرض لعدد لان مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من

جنسه

جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد ولكن مع هذا
عند الوجود لا يوجد الا مقيدا للتعذر ووجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ
غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد
الصحيح عند تعذر الحمل بالاطلاق الا ترى انه لو قال عند المقابلة عليان يكون
الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان متناولا له لما صح فكان حمله على المقيد الصحيح اولى
من حمله على المقيد الفاسد وهو مقابلة الكل بالكل شايعا طلبا للصحة الا
ترى ان كلامه اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة
حمل على المجاز الممكن اذ حمل لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو تغيير
الوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة
الملك بالكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند
التعذر وطلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينار من
سلا نقبض كل واحد منهما دينارا لم تفسد صح البيع في المقبوض كما ولو كان
كما قالا لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع يقتضي
ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فيبطل حصة غير
المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم
والدرهم الاخر يبقى متفاضلا لذلك لم يخرج نصف كل الوباع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره فانه ينصرف الى المتعارف فلما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة
فانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تفساد
المرابحة فكان ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين
لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف
الالف وما يليه اليه او الالف وما يتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا انظر
فان الطرق متعددة في مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز ان يصرف الدينار الى
الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز ان يصرف الدرهمين

الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه اقل تغييرا فكان اولى والثانية
اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل
للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه
والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة
وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا
حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض
وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا
الباب ان احد البدلين يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فائدته
في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة
فيما تجب فيه الشفعة ثم اذا كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت
احاده فالقسمة على الاجزاء وان كان يتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان
مما فيه الربا يجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال
رحمه الله واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فتكون تلك
العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال رحمه الله ودرهم
صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما
جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم
المقطعة وقيل هي ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال
ان تكون هي المقطعة قال رحمه الله ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة
ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون
لرجل على اخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة
التي عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة
فكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه
دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين احد

العوضين

العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الاخر
للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته
بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان السالم بيقين ازيد من
الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل الا ترى انهما لو تصارفا دراهم دين
بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتا قبل البيع ويسقط
بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقا ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب
بالصرف غير الدين الذي كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه
بالقبض احترازا عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غير
دين الا ترى ان المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص
بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه اخذ ما في ذمته بدل ما وجب عليه من
ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في راس مال السلم وجه الاستحسان
انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف اخر غير الاول مضافا
الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة
اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسماية فان البيع الاول
ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين ان يكون
الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين
حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب والاول هو الاصح لان
التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف اخر فيكتفى بوجود
الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير اسناد الى ما
قبله فلا حاجة الى سبق وجوده بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز
جعله قصاصا بدين مطلقا متقدما كان او متاخرا لان المسلم فيه دين
ولو صحت المقاصة براس المال يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهي عنه

ولان جواز السلم مخالفا للقياس رخصة وهو اجل عاجل باجل للضرورة
فاذا لم يقبض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز وهذا لا يجوز اضافته الى الدين
ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه راس المال المسلم بخلاف الصرف
قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يجوز بيع
الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض
بها الا وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا يطبعان عادة بدونه
وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق
القليل من الغش بالرداءة والردي والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس
فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا
كان الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه
على ما نذكر من الفرق عن قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وغالب
الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لان العبرة للغالب في الشرع قال
فيصح بيعها بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا او وزنا لان الغش
من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب الذي في الاخر فلا يضر التقابض
فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في
البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا
لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط
القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص
لا بد ان يكون الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون
قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية
وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا
يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة
او الذهب فجعل كانه كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما

ان

ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون
ومالا بالاذابة فان الذهب والفضة يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين
حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في
الزكوة ايضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون
له في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا حتى لو عرف ان الفضة او الذهب
الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيئا كان حكمه كحكم النحاس
الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز
بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا رحمهم الله
لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدال وان كان الغالب فيهما
الغش لانها اعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل
فيها لانفتح باب الربا قال رحمه الله والتبايع والاستقراض بما يروج
عددا او وزنا او بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان
الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر
في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن
وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما
قال رحمه الله ولا تتعين بالتعيين لكونها اثمانا يعني ما دامت تروج
لانها بالاصطلاح صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل
الثمنية لقيام المقتضي قال رحمه الله وتتعين بالتعيين ان كانت لا تروج
لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما
صارت اثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان
ياخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل
بجنسها ان كان البايع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن
انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الاولى وعدمها

في الثانية قال رحمه الله والمتساوي كغالب الفضة في التتابع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه
وفضته او غشه وذهبه حكمه في التتابع والاستقراض كحكم الدراهم
التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقتراضها الا بالوزن
بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة
فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها الا ان يشير اليها في
المبالغة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو اشار في الدراهم الجيدة
ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم
يتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها
جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى
تكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الاخر
فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما
او بفضة فقط وفي فتاوى قاضي خان ان كان نصفها صفرا ونصفها
فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها
وهو يخالف ما ذكرنا ووجهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة به جعلت
كان كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال رحمه الله ولو اشترى به
او بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع اي اشترى بالدراهم التي غلب
عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام
الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقها بالثمن ثم
كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن ايدي الناس وعلى هذا اذا
باع شيئا بالدراهم ثم كسدت او انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع
ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما والا فمثله ان كان من ذوات
الامثال والا فقيمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يبطل

لان

لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما تعذر
التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الكساد لاحتمال الزوال بالرواج
فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس واذا لم يبطل
البيع عندهما وقد تعذر تسليمه تجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند
ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم
الغصب لانه مضمونا به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو اخر ما
يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب
التسليم الى ان ينقطع فاذا انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فيعتبر قيمته
يومئذ ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال
الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال ان العقد
تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لانا نقول
تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع
الرطب فانه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه
فلم يبطل وفي النحاس وامثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه
فاذا كسد رجع الى اصله على وجه يغلب على الظن انه لا يعود لان الشيء
اذا رجع الى اصله قل ما يزول وحد الكساد ان تترك المعاملة بها في
جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب
اذا لم ترج في بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته وحد
الانقطاع ان لا يوجد في السوق وان كان موجودا في يد الصيارفة
وفي البيوت قال رحمه الله وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين
لانها اموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت
في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لما انها صارت ثمنا
باصطلاح الناس وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها

لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم
ويجوز ان يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا
بابطاله بان يقولا اردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها
بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه
لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز
وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصلاح الكافة وهذا
يتاتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به واصل الخلاف
ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما
يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال رحمه الله
وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا بايع بالفلوس الكاسدة لا يجوز
البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال رحمه الله ولو كسدت
افلس القرض يجب رد مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب
عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس
بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن ايدي
الناس لكن عند ابي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم
الكساد وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع
اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي
يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف
الا بحرج ولابي حنيفة رحمه الله ان القرض اعارة وموجبها رد العين
معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض
لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا
ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز
والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى

لما

لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة فانه حرام فصار المردود
عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض
كالغصب اذ هو مضمون مثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن
غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته
بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف
يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا
عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة
لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب المعين اولى لانه اعدل
من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع
قال رحمه الله ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس
تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس
او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه باع اما بقيمة نصف درهم فضة
او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة
غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير
ما لو باع جارية بقيمة عبد واما الثاني فلان الفلوس تتقدر بالعدد
لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا بالقليل او
يكون اشترى بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا قلنا التبايع بهذا
الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة
الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول
فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز
للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم
عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين
عدد الفلوس قلنا ان يمنع قال رحمه الله ومن اعطى صيرفيا درهم

وقال العطي به نصف درهم فلوسا ونصف الاجنبي صح لانه قابل الدرهم
بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الاجنبة من الفضة فيكون بنصف درهم الا
حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال العطي
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاجنبة بطل في الكل على قياس قول ابي
حنيفة وعندهما البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد
عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد في الكل واصل
الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو
قال العطي بنصفه فلوسا واعطى بنصفه نصفا الاجنبة جاز في الفلوس
وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظائره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه مما
ان تفرق في هذه المسئلة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الاجنبة بطل
في النصف الاجنبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين
ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه
الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن
دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين
صحبه الباء او لا قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب
والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون
غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا
وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في
الاصل كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن
وهذا الاصل ما يثبت دينا في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود
لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق
بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق
بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم

الثمن

الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات
تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط
وجوده في ملك العاقد قبل العقد في غير السلم والا يصح الاستبدال به قبل
قبضه ومن شرائطها ان لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات
وان يجب تعيينهما فيما يتعينان وقبضهما فيما لا يتعينان وفي غير المقدرات
يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات
يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين او جمعهما القدر كالحنطة والشعير
وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر
كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والآخر
غير مقدر كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات يجب تعيين احد
البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئ بكالئ والله تعالى اعلم

كتاب الكفالة

وهي في مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين
اي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة
لا دين بحال وهذا لان المطالبة بايفاء الدين فرع وجوب الدين
ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب
الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه
الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيأ من الكفيل صح والشراء
بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر
الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على
خصمين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه
الا من احدهما ايهما شاء والاصح الاول لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفيان

الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى ان الوكيل بالشرا
يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه البايع صح وكذا المولى والوصي يطالبان
بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضا دين على عبده الماذون
او بيعه عند طلب الغرما بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه
من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة
لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا
وهب الدين له او اشترى به منه شيا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة
تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير
وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على احدهما غير
عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه
وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة
او تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف
اخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في
موضعه وان يكون المكفول به ممكن الاستيفا من الكفيل واهلها ان يكون
الكفيل من اهل التبرع حتى لا تصح ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له في
التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا تصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك
التبرع باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
والكفالة بالمال نوعان كفالة بالدين فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة
وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها
وذلك كالغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك
وكفالة باعيان هي امانة غير واجب التسليم كالودايع والمضاربات
والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا
وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية والمستاجرة او بعين

مضمونة

مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها مذكورة
في المتن قال رحمه الله وتصح بالنفس وان تعددت اي وان تعددت الكفالة
بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها ايضا
كما يجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس
لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره
لانه لا ينقاد له ولا يلتزم طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة
بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كما
لو باع طيرا في الهوا بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال
الامر فله ولاية على مال نفسه فيودي من ماله ولنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس او بالمال فيقتضي شرعيتها
ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم
عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان
الحاجة ماسة اليها ضرورة احيا حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان
يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا ادعاه او يكرهه
بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضي خصمه به دليل على قدرته
فيصح وان لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزم
ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى
انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه
يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل
فاذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم الاية والذم يستحق بترك الواجب
وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت ام كلثوم
بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهما خصومة وكفل رسول
الله صلى الله عليه وسلم بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة

الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة الا ترى انه اذا التزم
الف حجة بالنذر يصح ويلزمه وان لم يات منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته
على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة لان حكمها استحقاق المطالبة
وهي تحتمل التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها
التوثق فلا تنافي قال رحمه الله بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء
شايع اي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به من اعضائه
عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بان قال
تكفلت براسه وبوجهه الى اخره او تكفل بجزء شايع منه بان قال تكفلت
بثلثه او ربعه كل ذلك جايز لان هذه الاشيا يعبر بها عن جميع البدن عرفا
وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لك لانه
تصريح يقتضي الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح
بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال رحمه الله وبعلي يعني تصح
بقوله علي لان كلمة علي للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من
استطاع اليه سبيلا قال رحمه الله والي لانها بمعنى علي في هذا المقام قال عليه
السلام من ترك كلا او عيالا فالي قال رحمه الله وانا زعيم به لان الكفيل
يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل
قال رحمه الله وقبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لانه
يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله لا بانا ضامن لمعرفته
اي لا يصح كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير
ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول انه التزم معرفته دون
المطالبة فصار كالتزام دلالته عليه او قال اوقفك عليه قال رحمه الله
وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط
في الكفالة فيجب عليه الوفا به ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين

يصير

الموجل

الموجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل قال رحمه الله فان احضره فيه
والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفا ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة
لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى عليه فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزا الظلم
وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان يفصل
كما فصل في الحبس في الدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه
وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزا المماطلة فلم تظهر باول الوهلة وان ثبت
بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا فينبغي ان يفصل على
هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما
اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه
ولا يحول بينه وبين شغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة
قال رحمه الله وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه
يوجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس
للمطالة قال رحمه الله فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم
يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاوه قال رحمه الله وان غاب ولم
يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمدين اذا
ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف
ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت
فالقول قول الطالب ويومر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر
يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك
بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول
الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه
فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب بينة انه في
موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت

بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل
الكفيل مدة ذهابه وايابه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا
يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا
ليس هو كموته حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته فاما
في حق نفسه فهو حي يطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم
فيبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في
الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده
بان كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بدار الحرب مرتدا يردونه الينا
اذا طلبناه يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه فان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به
ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل
اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه قال رحمه الله فان سلمه بحيث يقدر
المكفول له ان يخاصمه كمصري برئ لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه
الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة
فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او
كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان
يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل
حق المدين فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم
وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه خذه ان شئت
ثم لا يخلو اما ان يسلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته
اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ
حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة قال رحمه الله ولو شرط تسليمه في
مجلس القاضي سلمه ثمة لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي
التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول

المقصود

المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة
الحق وان سلمه في برية او في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان
وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا
وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لان
المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما
لم يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه
وهو مفيد لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف ذلك المصر حادثته فلا يبرأ
الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك
المصر وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومات
فبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح
والعمال وكانوا يتعاونون على البر ولا يتعاونون على الاثم والميل الى الرشوة
فلا يختلف الحال بين مصره وبين مصر اخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد
وتغيرت احوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على
هذا التقدير مصره لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب
لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق
ولا يفيد في المحبوس قال رحمه الله وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب
يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول
له لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه اصيل
والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن البيع لما قلنا
وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه
في ماله لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف
الكفيل بالمال اذا مات لانه ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفا من ماله

لم يرجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره والا فلا يأخذهم كما اذا
ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل
حقه اذ هم قائمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله ويرى بدفعه اليه
وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ لان موجب التسليم البراءة فتثبت به
وان لم ينص عليها اذ موجب التعرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من ان
يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم
الكفالة او استعارة او اجارة الا اذا كان بطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى
ان ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج
فيه الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول
به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول ويبرأ فابضا بالتخلية
لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة
اوقيمتها وكالمرتهن اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير امره حيث
لا يجبر على القبول لانه ايجابي فصار كتطهير قضاء الدين من الاجنبي
قال رحمه الله وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل
ورسوله يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم
واجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء
الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون
فعلهما كفعله وشرط برائة ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة
على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب
نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على انه لا
يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط
والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان ولو سلمه الى
رجل اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله

الطالب

الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل هكذا ذكره قاضيخان
في فتاويه قال رحمه الله وان قال لا آخذ منك شيئا لم يبرأ الكفيل ما عليه
لم يوف بما اوجبت المطالبة بتسليم المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط
عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها
كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي بوجودها الا ترى انه لو كفل بما
جملة في وقت واحد صحت ولو نشأ فيما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق فالتوثق
بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة
نفس اخرى ومال اخر وقالا الثاني في الكفالتان باطلتان اما الكفالة
بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط
على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه هذا هو
القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
ونحوه وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انها
من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره ويشبه القرض ابتداء من حيث
انه التزام ابتداء فاشبهه باييهما ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار
الخطر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز
بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق
لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الحال على ما مر من
قبل فتصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يوافه مع قدرته او لعجزه
بموته او بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف
باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه
وثبوت المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال
بعدم موافاته بعد ما برئ الا ترى ان الطالب اذا ابرأه عن الكفالة بالنفس
فلم يحضره لا يجب عليه المال لعقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ

فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما يبرى
لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة
الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرا عن التسليم
ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه
وان مات الكفيل فقد ذكر قاضي خان في فتاواه ان وارثه كان بمنزلة الكفيل
ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على
الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع المكفول به الى وارث
الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه لزمه المال وهذا ظاهر قال
رحمه الله ومن ادعى على اخر ماية دينار فقال رجل ان لم اوف به غدا
فعليه الماية فلم يواف به غدا فعليه الماية وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف اخرا ولا فرق بين ان يبين الماية او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل
فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل اخر دعه
فانا كفيل بنفسه فان لم اوفك به غدا فعلي ماية دينار فادعى المدعي واثبتها
لزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله فيه
وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل
علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها
الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا تصح وان بينها المدعي لان
عدم النسبة اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان
المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح
الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال ايضا
لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه
يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه كفالة
امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف

الى

الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه واما اذا لم
يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس القاضي فيحملونها
اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم الى
وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا
بين انصرف بيانه الى ابتدا الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت
فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه
يصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على انه
ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان اخر جاز ذلك استحسانا
وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف ذكره
قاضي خان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف
قال رحمه الله ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي
حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر
ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت
لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في
دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة
شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف
نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل
فلا يشرع وله قوله عليه السلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق
ومبناهما على الدرء فالاجبار على اعطا الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع
بخلاف ساير الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات ولو اعطى بنفسه الكفيل من
غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصل فتصح الكفالة
بخلاف غيرهما من الحدود والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل
بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك منه لان الدعوى

شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما
يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود ولان الدعوى
ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع
دعوى احد فيها فلا تجوز الكفالة بها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت
فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة
فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا ان يجبر بالحبس وغيره
من العقوبة وغيرها لكن يامره بالملازمة فيدور معه حيث دار واذا اراد
دخول داره استاذنه فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من
الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب نفسه بالخروج من موضع اخر
قال رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او عدل
اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد
عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة
المستورين تصلح للحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات
والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة في الديانات وان لم يثبت به اصل
الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا
بتهمة بخلاف دعوى المال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة
فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص
ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال رحمه الله وبالمال
ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بالف وبما لك عليه وما يدركك
في هذا البيع وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك فعلي وما غصبك فلان
فعلي اي تصح الكفالة بالمال ولو كان مال المكفول به مجهولا بقوله كفلت
لان الكفالة مشروعة فيه وعليه اجماع الامة وهي مبنية على التوسع فيحتمل
فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك

انعقد

انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع وكفى حجة وشرطه
ان يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة
لا تجوز الكفالة وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم تكن
موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل
الكتابة فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه قال
رحمه الله وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب يخير ان شاء طالب
الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما معا لانه موجب الكفالة
اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة
الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا
يبرا المحيل فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ قال
رحمه الله ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر لما ذكرنا بخلاف
المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك
منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة
بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله
ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذره كان
غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط
والملائمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع
فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه
من الدين او بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلي ما
عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل
فيه قوله ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك بالاية

انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهو المجيء بالصاع
وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا عن
غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لانا
نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من جهة الملك والرسول
سفير فلا تجب عليه الاحكام لانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير
ثم يقول هو من جهته وانا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال
ان الاية تدل على ان الكفالة للمجهول جائزة وانتم لا تقولون به فلم يبق
لكم حجة لانا نقول جاز ان تنسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا بها من جهة
التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز
ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما
غصبك فعلي وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من
غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته
انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الكفالة عنه يسيرة
مثل ان يقول كفلت لك بما لك على احد هذين فحينئذ يجوز والتعيين الى
المكفول له لانه صاحب الحق قال رحمه الله ولا تصح بنحو ان هبت الريح
او جاء المطر وتصح الكفالة ويجب المال حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة
بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر وان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا
هكذا ذكره في الهداية والكفاية والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق
لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار
ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى
هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا وكذا الكفالة بالنفس تجوز
تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط
غير ملائم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتاجيل الى العطاء وقدوم الحاج

ولا

ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم
النفس حالا قال رحمه الله فان كفل بماله عليه فبرهن على الف لزمه يعني اذا
تكفل رجل بماله على فلان فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم
الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شيء لان قول
الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا
يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله والاصدق الكفيل فيما اقر بحلفه ولا ينفذ
قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسئلة بحالها وادعى الطالب
اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر المكفول عنه باكثر من ذلك
لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان
عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما غاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على
نفسه بالف مثلا فانكر الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا
والقياس ان لا يلزمه شيء لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل بما يتقرر عليه في
المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما سيجب له عليه فيشترط
الوجوب عليه فيما ياتي باي طريق كان وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه
في الحال فاذا اخبر الطالب والمطلوب ما عليه كان متهما فلا يصدق ما لم تقم
البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا اقر بدين
يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء
الصحة كان للمقر له قال رحمه الله فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى
دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه
وغير عبد محجور عليه اما اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى
رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه
او وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه

الدين لانه ينقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة او يجعل
كدينين للضرورة او نقول بوجوبه عليه الضرورة فلا يجب عليه ان يسامح
الاصيل بخلاف المامور بقضا الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردى من
الدين وان ادى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شي
في ذمته وانما ثبت له حق الرجوع بالادا بامره ولهذا لو وهب له الدين لا
يملكه فيرجع عليه بما ادى ما لم يخالف امره بالزيادة او باداء جنس اخر وبخلاف
ما اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما ادى لان
الصلح عن الاقل ابرا فيكون ابرا عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان يهبه الباقي
ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالادا وبعضه
بالهبة واما اذا تكفل بامر الصبي والعبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة
استقراض منه من المامور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم
الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لامر الامر
بخلاف الصبي والعبد الماذون لهما ان امرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيحة
وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال رحمه الله
وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداية عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله
قال رحمه الله ولا يطالب الاصيل بالمال قبل ان يودي عنه لانه التزام المطالبة
وانما يتملك الدين بالادا فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع
قبل الادا لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البايع من المشتري فيما يرجع الى
الحقوق لما انه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا
وكان للوكيل حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان ذلك للبايع اذا
استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن قبل ان يودي كما كان للمشتري
ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البايع قال رحمه
الله فان لوزم لازمه اي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل

ولاية

حتى

حتى يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة
ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك اذ تخلصه واجب عليه
قال رحمه الله وبرئ باداء الاصيل اي برئ الكفيل باداء الاصيل لان الاصيل
يبرا بالادا وبراته توجب براة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما
عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه
الله ولو ابرا الاصيل او اخر عنه برئ الكفيل وتاخر عنه اي لو ابرا الطالب
الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل وتاجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه
ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتاخر بتاخره
بخلاف ما اذا تكفل بشرط براة الاصيل ابتدا حيث يبين الاصيل وحده دون
الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ اذا اريد به
المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراة المحيل لا توجب براته
على انه لا يبرا المحيل عن الدين فيها في رواية والاحكام تشهد به الا ترى انه توى
يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرما في المال المحتال به
كانه مات وعليه دين لغيره يحققه ان الدين لم يسقط فيها بالاتفاق وانما
تحول من ذمة الى ذمة اما الدين او المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك
لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا اصلا قال رحمه الله ولا
ينعكس اي براة الاصيل لا توجب براة الكفيل ولا تاخيره عنه يوجب التاخير
عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة او تاخيره
لا يوجب سقوط الدين الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتدا فكذا بقا بخلاف
ما اذا تكفل بالمال الحال موجلا الى شهر مثلا حيث يتاخر عن الاصيل ايضا لانه
لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين
قال رحمه الله ولو صالح احدهما رب المال عن الف على نصفه برئ اي
صالح الاصيل او الكفيل الطالب على خمسماية عن الالف التي عليه برئ الكفيل

والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح بري هو وبراته توجب
براة الكفيل على ما بينا واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف
اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة لما بينا
فيبرا الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف وبراته توجب براة
الكفيل على ما بينا فاذا بريا عن خمسماية بصلح احدهما ايهما كان فان ادى الكفيل
الخمسماية الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع لما عرف
ثم هذه المسيلة على اربعة اوجه اما ان يذكر في الصلح براتهما فيبرا ان جميعا
او براة الاصيل فكذا الحكم او لم يشترط شي فكذلك ايضا او شرط ان يبرا
الكفيل لا غير فيبرا هو وحده عن خمسماية والالف على حاله على الاصيل
قال رحمه الله وان قال الطالب للكفيل بريت الي من المال رجع على المطلوب
اي الكفيل رجع عن المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراة
التي يكون ابتداوها من الكفيل وانتهاوها الى الطالب لا يكون الا بالايفا منه
فصار كانه قال دفعت الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع
الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفا من الكفيل قال رحمه الله وفي
بريت او ابراتك لا اي في قوله للكفيل بريت او ابراتك لا يرجع الكفيل
على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفا منه لان قوله بريت من غير ان يقول
الي محتمل يحتمل انه بري بابرايه ويحتمل انه بري بالادا فلا يثبت له الرجوع
بالشك وهذا عند محمد وقال ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراة
بالقبض لانه اقر ببراة ابتداوها من المطلوب لانه نسب البراة اليه ولا يقدر
المطلوب ان يبرا الا بالادا بان يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المالك
فيبرا بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع وهذا لو كتب وقال بري الكفيل
من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث
اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراة

بالايفا

بالايفا وان كانت بالابرا لا يكتب وقوله ابراتك ابتدا اسقاط لا اقرار منه
بالقبض الا ترى انه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابرا
فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادى او وهبه الطالب على ما مر وبخلاف
الوكيل بالشرا اذا ابرا البايع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما في ذمته
وهذا كله فيما اذا كان الطالب غايبا وان كان حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل
انه اوفاه او ابراه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله وبطل تعليق
البراة من الكفالة بالشرط لان في الابرا معنى التمليك كالابرا عن الدين وهذا
على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول
بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة
اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل
المطالبة دون الدين في الصحيح فكانه اسقاط محضا كالطلاق والعتاق
ولهذا لا يرتد ابرا الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التاخير عن
الكفيل حيث يرتد بالرد بخلاف الابرا عن الدين لان فيه معنى التمليك قال
رحمه الله والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة بهذه
الاشيا باطلة اما الكفالة باستيفا الحد او القصاص فلان الكفالة انما تصح
بمضمون تجري فيه النيابة في ايفايه ولا تجري النيابة في العقوبات لان
المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني
لعدم الفايدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة
من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج
عنه الا بدفعه او بدفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل
فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم
والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا ترى
انه لو هلك لا يجب عليه شي بل ينفسخ الرهن وكذا الرهن غير مضمون عليه

بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو
ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها
ولا تسليمها وهي كالودايع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة
على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله وصح لو ثمنا ومغصوبا
ومقبوضا على سوم الشرا ومبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع يصح الى
اخره لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض
على سوم الشرا والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده
يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف
الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما
تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين سوا كانت مضمونة او امانة
لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفيل
بالنفس لانه ما دام قايما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرا كالكفالة بالنفس
وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة
بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم
غير واجب فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله وحمل دابة معينة
مستاجرة وخدمة عبد استوجر للخدمة يعني لا تجوز الكفالة
بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر
عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق
عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة
لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى
لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا
كانت الدابة غير معينة لان المستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر
على ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت

معينة

معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله وبلا قبول الطالب في مجلس
العقد يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال ابو
يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سوا وقيل عنده يشترط
القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز
جاز ذكره قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون
الاخر وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان يجب
بمقابلته على غير شي فتصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته
وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه
قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود وعبارة
الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي
فانه ينعقد عند الاذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تاثير
الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند
الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره
لا يتوقف على ما ورا المجلس كساير العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام
وانشا سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة
ولا يمكن جعل عبارته قايما مقام عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم
ولايته عليه فتعين الالغا ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الاصيل
الى من يرى براته من القضاة بالكفالة لان العلما مختلفون فيها فيعود
ضررا عليه فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو
اخبار عن شي واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذ لم يتضمن ضررا باحد
قال رحمه الله الا ان يكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة الا
بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسيلة واحدة وهي ان يقول
المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمايي فتكفلوا

عنه مع غيبة الغرما فانه جايز استحسانا وان كان القياس ما باه على قولهما
اذ لا يتم الا بقوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان
ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا تصح وان لم يسم المريض
الدين وغرماوه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا
لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته
اليه تفريغا لذمته بقضا الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق
الغرما والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته
فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضا ديونه من التركة فقام
المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نايبه كان الطالب قال
اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل وانما تصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه
الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما
يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك
لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب
بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سوا وقيل يصح لان
المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في
تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضييق
المحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيوخذ
فيه بالقياس قال رحمه الله وعن ميت مفلس يعني لا تجوز الكفالة
عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد يجوز لما روي انه عليه السلام اتي بجنازة رجل من الانصار
فسال هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليه
فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول
الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم

ولان

ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط عنه الا بالايفا او الابرا او
انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شي من ذلك ولهذا يبقى في حكم الاخرة ولو
تبرع به انسان صح ولو لم يكن له عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع
وكذا يبقى اذا كان به كفيلا او ترك مالا وله انه كفل بدين ساقط لان الدين
هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين اي اداوه كما يقال وجبت عليه
الصلواة اي اداوها ويراد به الادا والادا لا يتصور من الميت فسقط
سوا كان له او لم يكن له مال في حق احكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي
قيام الدين في حق احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة
الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا
يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه في
الحكم مال لانه يوول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الادا بنفسه وتخلف
من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفا فلا يبقى والتبرع لا يعتمد
قيام الدين لانه تبرية في حق الاخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه
امر بينهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل
وما روياه كان اقرارا منه بانه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون
وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال
لو سقط الدين لبرئ الكفيل لان براته توجب براة الكفيل فلما لم يبرا علم
ان عليه دينا فيجوز ابتدا الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا
يبرا او نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا
يتعدى المطلوب قال رحمه الله وبا اثمن للموكل ولرب المال اي لا تجوز
الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجلا رجلا ببيع شي فباعه
الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع
باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة

الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل او بموت رب المال وبعزله
ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب
للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد
وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد
فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه
ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شي كان
بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي فاذا ثبت ان الوكيل اصيل
في القبض فاذا قبض صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول
والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح
ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الامر
عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان
عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في اخر الصلاة يريد
به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى كان له ان
يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله وللشريك اذا
بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة
واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا
لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن الا ولشريكه
فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولانه لا يجوز
اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد
منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل
الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي
فاذا لم يصح قسمته يكون كل شي يؤديه الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع
المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف

الباقي

الباقي الى ان لا يبقى في يده شي فيؤدي تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء بخلاف
ما اذا باعاه صفقتين بان يسمي كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان
احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة
الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا لو
قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفا
احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر وفي الفصل الاول
يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع
لا يتم الا [illegible] او عند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع
الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز
ويجوز التبرع به قال رحمه الله وبالعهدة اي لا تجوز الكفالة بالعهدة
وصورتها ان يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة
وانما لا تجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة
بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه
الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح وتطلق على العقد لانها
ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من
ثمرات العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق
ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان
للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي
ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لمتصرفه لانا
نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال
رحمه الله والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز لان تفسيره عندهما تخليص

المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو
حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق
لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفا به
وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز قال رحمه الله
ومال الكتابة اي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي
وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز
نفسه وبين ان يوفي فلا يفيد ايجابه على هذه الصفة لعدم الفايدة
واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل
اذا ملك المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق
برئ عن بدل الكتابة لان عليه اذا مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك
بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه فيبرا فصل قال رحمه الله
ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه
اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل للمكفول له ليس
للمكفول عنه ان يسترد منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضايه
الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها الى
الساعي وكمن اشترى شيا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم
اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو
ان يصير زكوة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال
قايما لا يسترد ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضا
واخذه الكفيل على وجه الاقتضا بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان ياخذ
الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع
على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب
حيث لا يصير المودي ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل

ان

ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمودي حق الطالب وهو بالاسترداد
يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقبض دينه كالمسيلة الاولى ولانه بالكفالة
وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ
الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرا الكفيل الاصيل من هذا الدين او
وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه
فيثبت بهذا ان للكفيل دينا على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يودي
عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملك فكذا هذا لم يبالاسترداد
يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال رحمه الله وما ربح الكفيل له
اي اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب
طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سوا
قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا انه تاخر
مطالبته به حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا
الا ان فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل
فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا يرجع فيه بالاجماع هذا
اذا قبضه على وجه الاقتضا وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح
على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف يطيب لعدم
التعيين واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة قال رحمه الله وندب رده
على المطلوب لو شيا يتعين يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان
المقبوض شيا يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو
قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه
لانه ملكه بالقبض على مثال ما لو قضى دينه المؤجل وربح فيه وله ان الخبث
تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاه قاصر الا ترى ان المكفول عنه بسبيل
من قضا دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلوا عن الشبهة فاذا لم يطب له

يتصدق به في رواية على الفقراء وفي رواية يرده على الاصيل لان الكراهة لحقه
ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه
يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه
الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه
فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين
عند ابي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ولو امر كفيله ان يتعين
عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل
ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس حريرا او غيره من الانواع ثم
بعه فما ربحه البايع منك وخسرته انت فعلي وصورته ان ياتي هو الى تاجر
فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر
ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة
فيصل الى العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الى اجل ويقرضه على انها
ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح
الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شيء من ذلك لانه اما ضامن لم يخسر
كذا قاله بعضهم نظرا الى قوله علي لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال الرجل
بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا الى
الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع
عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اي نسيئة من غير الميزان وهو
ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شراء ما باع باقل مما باع
وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اختلعه
اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين وابتعتم اذناب البقر ذللتم
وظهر عليكم عدوكم قال رحمه الله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او

بما

او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل ان له على
المطلوب الفا لم تقبل لانه كفل بما لا يجب في المستقبل بالقضاء او باي
سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغايب لا يجوز فلم يجب شيئا
ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل
لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب
على الاصيل فكذا القضاء وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة
فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة
بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي
فلان بكذا بعد الكفالة واقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه مالا دخل
في الكفالة ولزمهما المال قال رحمه الله ولو برهن ان له على زيد كذا
وان هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر قضي على الكفيل
فقط اي لو احضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على فلان الغايب
الف درهم وان هذا الشخص كفيلا عنه بامره قبلت البينة وقضي على الاصيل
والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضي على الكفيل فقط
ولا يقضي على الغايب لان المدعى هنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما
تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بامره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء باحدهما
لا يكون قضاء بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال
فيصير مقتضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى
على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في زعمه
فليس له ان يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه
كما يرجع المشتري على البايع بالثمن اذا استحق المبيع وان كان في زعمه ان

البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضي على الغايب اذا كانت الكفالة بامره
والقضا على الغايب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر
الا باثباته على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر
اشتراه من مولاه الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشرا والاعتاق كان الحاضر
خصما عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق نفذ على الغايب حتى
اذا حضر ليس له ان يدعيه قال رحمه الله وكفالته بالدرك تسليم
معناه اذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو
ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للمبيع واقرار منه لانه لا حق
له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها الشفعة او الاجارة لا تسمع
دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول
الكفيل الكفالة في المجلس فاذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره
صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل
سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه
الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري الا بالكفالة خوفا
من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك لها وقت البيع فلا تصح
دعواه بعد ذلك قال رحمه الله وشهادته وختمه لا اي كتابة شهادته
وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة فيها
ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد
من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى اذا
راى فيه مصلحة اجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك
لان مقصوده الانبرام على ما بينا حتى لو شهد ايضا هنا عند الحاكم بالبيع
وقضى بشهادته او لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك
لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات

لان

لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع بيعا
باتا نافذا او كتب في الشهادة كذلك من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين
او اقرارهما فيكون بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك
لانه يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر بان فلانا باع شيا
كان له ان يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا
يختمون بعد كتابة اسمايهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم
لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما او غير مختوم قال رحمه الله ومن ضمن
عن اخر خراجه او رهن به او ضمن نوايبه وقسمته صح اما الخراج فلانه
دين له مطالب من جهة العباد فصار كساير الديون وهذا لانه يجب حقا
للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان
بمنزلة الاجرة بخلاف الزكوة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من
النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ منه شي والكفالة
باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله
ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كساير
العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة
بان يوظف الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى
الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع
تجوز فيه الكفالة واما النوايب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم
اريد به ما يكون بحق كاجرة الجرار وكري النهر المشترك والمال الموظف
لتجهيز الجيش وفدا الاسرا وقال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات
التي في زماننا تاخذها الظلمة بغير حق وان كان مراد المصنف هو الاول
جازت الكفالة به لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه
اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام

البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا
دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز ضمهما
فخر الاسلام على البزدوي رحمه الله لانها في المطالبة مثل بابا الربوز بل
فوقها والمعبر في باب الكفالة المطالبة لانها شرعت لالتزامها وطعنا قلنا
ان من قام بفروع هذه النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ
بالاخطاط ما وقلنا ان من قضى نابية غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط
الرجوع كمن قضى دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل في ما اصاب الواحد
من النوايب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم
والمراد بها النصيب وقيل هي النوايب بعينها لان القسمة ما يكون مرتبا
والنوايب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذ المريكن في
بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وهو مختلف فيه وقال ابو
بكر بن ابي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل
وهذا مضمون وقيل هي ان يتبع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه
فيضمنه اثنان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم مات احد
الشريكين قسم صاحبه والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة
نعم وكذا في النهي قال رحمه الله ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان
ما يذايبه فهو كما قاله في حالة الغضب لان الضامن بصيغة الاقرار انه كفيل
بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه
في الاجل كان القول قول المقر لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهود
والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله بخلاف
ما اذا اقر بالدين الموجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث
يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر بالدين الموجل فصدقه المقر له
ثم ادعى حق النقض وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في

الكفالة نوع حيف يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين موجلا على الاصيل
وفي الدين عارض حيف لا يثبت الا بشرط فكان القول له من غير العوارض وفي
النوع القول للمقر له لانه صفة للدين وقال الشافعي رحمه الله القول
للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين موجل وحال وفي الاوصاف
القول قول المقر وقال ابو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه
ابراهيم بن يوسف لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاجيله فلا يصدق الا
ببينة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى انه لو اقر
بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن
بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة
فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال
وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف
للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له
لفظا الا ترى ان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان وصفا
له لما اختلف صفتهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه
دين موجل وادعى عليه حالا وخاف الملازمة ان اقر بالمال حالا لم يوجل فان قال موجل
فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فيتكرره وهو صادق فلا حرج عليه
وقيل من عليه الدين موجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق
فلا باس به اذا لم يرد اتواء حقه قال رحمه الله ومن اشترى من رجل بالدرك فاستحق
رجل بالدرك فاختصم به امر المشتري الكفيل حتى يوفيه ثمنه بالثمن
على البايع لان الكفالة بالدرك هي ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه
بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه بالمرة فيخير البيع ويحكم على البايع برد المثل
على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ وهذا الوجه المستحق البيع قبل

الفسخ جاز ولو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البايع
ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك الا ترى انه لو كان ثمنها عبدا
فاعتقه البايع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من
انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بايعه
ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد فاذا حكم
الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البايع رد المثل
فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضا بالحرية لان البيع يبطل لعدم المحلية
فيرجع على البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد
الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل
النقض فينتقض البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق
بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضا
بماله وعن ابي يوسف انه ان اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه
دليل الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه
احدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة
معناه اذا كان لرجل دين على اثنين فان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد
منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه
على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي
النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معاوضة بين
ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين
ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول
وهو الشرى اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة وهذا ينفذ الاول من
المريض من جميع ماله فان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث

بشرط

بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد
فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة
فقبضهما وقبض الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل
قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف لان الصرف اقوى واكد حتى اوجب
القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين ولا
معاوضة بين الاصيل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان
لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدي نايبه واذا
نايبه كادايه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه
بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه موجلا وما على صاحبه
حالا صح تعيينه لانه له معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان
يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا موجلا ليس له ان يرجع على الاصيل
قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الكفيل
فجعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسيلة الكتاب قال رحمه الله
وان كفلا عن رجل وكفل كل واحد عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه
عن شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم
مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد
من الرجلين عن صاحبه بما لزمه من الكفالة لان الكفالة عن الكفيل جايزة
كما تجوز عن الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح لبعض على البعض
اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شايعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه
اذ لا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستوا وقد حصل برجوع برجوع
احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستوا بالرجوع عليه مراعاة
لما اقتضاه العقد اذ الاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم وهو
الغرم بخلاف المسيلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا فلا يضره الرجوع

المراد به التسلسل

فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه بامره دينه احدهما
بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل
بالجميع بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على
التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد
منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في
الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا
عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم
عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد
منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد عن صاحبه بالنصف
قال رحمه الله وان ابرا الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابرا الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله
فياخذه به قال رحمه الله ولو افترق المتفاوضان وعليهما دين
اخذ الغريم ايا شاء بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما
بينا في الشركة قال رحمه الله ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف لما بينا
من الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله وان كاتب عبديه كتابة
واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادى احدهما رجع بنصفه وهذا
استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل
الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى فصار كما لو
اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه
بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل
واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الاخر معلق باداية
فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما
ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل

في

في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت
كفالة بما عليه اصله وكفالة المكاتب بما عليه اصله جائزة فكان كل واحد
منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة
الا في حق صاحبه لانها ضرورية فتتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة كل
واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما
شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع
به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما
لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو الصحيح في نفسه
فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة اوجه
احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه
ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا
فحكمه ان كل واحد منهما تلزمه حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة
المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما
ان ادعيا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن
صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق احدهما
باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا
ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم
يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
ولكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط
المولى في العقد يجب مراعاته ان كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما
جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل
به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم
يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط قال

رحمه الله ولو حرر احدهما اخذ ايا شاء حصته من لم يعتقه معناه لو
اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
في العتق لوجود المعنى العتق وهو الملك في الرقبة وبري عن حصته من بدل
الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق
وسيلة فتسقط حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما
جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط
حصة المعتق لما ذكرنا وياخذ حصته الذي لم يعتق ايهما شاء
وان شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة قال
رحمه الله فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الآخر لا ان
غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره
فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل
الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء كفيلا
فتنط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقد رضي الكفالة فيه
في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن
ايجابه ليبدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقرير الاصالة فيه فبقي كفيلا
قال رحمه الله ومن ضمن عن عبد مالا يوخذ به بعد عتقه فهو حال
وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار
او الاستقراض او بالوطي عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون
لا تظهر في حق المولى فلا يواخذ بها في الحال وانما يواخذ بها بعد
الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون تلزمه ويطالب بها في الحال
لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبوله ذمته الا ان المطالبة
تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها

في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كالموكل عن غائب ومفلس
بخلاف ما اذا كفل عن ميت او حي حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزام
المطالبة بدين والطالب لا يملك ان يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم
اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان الكفيل بالاداء مدرك
الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله دين يوخذ به
بعد عتقه احتراز عما يوخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او دين
لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة قال
رحمه الله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد برهن
المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا فكفل بنفسه رجل
فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان الكفالة تكفل عن العبد بتسليم
نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة
الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا
او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي
يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها
جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه
قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت المدعي بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام
الاصيل والبينة كاسمها بينة يظهر بها ان العبد كله بخلاف
ما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد وبنكوله لانا قد اقر الاصيل ليس
بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه قال رحمه الله
ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه
بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر ومعناه الاولى انه لا يكون
على العبد دين لانا امرنا المولى بالتكفيل به اذا لم يكن عليه دين لانرى
انه لو ان يحيله بالدين ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه

وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرما
واما كفالة المولى عن عبده فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد
منهما على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق
الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع
لان احدهما لا يستحق على الاخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل
رجل عن رجل بغير امره فبلغه الخبر فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع
فكذا هذا ثم فايدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفا الدين
من سائر امواله وفايدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته والله تعالى
اعلم

كتاب الحوالة

قال رحمه الله هي نقل الدين من ذمة الى
ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هي النقل مطلقا على ما بينا قال رحمه الله
وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال والمحال عليه وهذا من شرايطها
ومن شرايطها القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة
باجماع الامة وقال عليه الصلاة والسلام من احيل على ملي فليتبع والامر
بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على ما يقدر على تسليمه فوجب
القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبي عن
النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا
النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يوثر النقل الشرعي
في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل
الحسي وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه
الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفا فمنهم من يماطل مع القدرة
ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال
عليه يلزمه المال وتختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فمنهم
من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف

المحيل

المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه او
ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضى المكفول عنه
قال رحمه الله وبرئ المحيل بالقبول من الدين وهذا حكمها وقال زفر لا
لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة فلا تؤثر
في سقوط ما كان من المطالبة وقال ابن ابي ليلى يبرا في الكفالة ايضا
اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني
اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق بفراغ ذمة الاصيل
لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي
ان يكون موجبها ضم ذمة الى ذمة ولا يتحقق ذلك مع براة ذمة الاصيل
والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى من المحيل
واحسن من المحيل في القضا ولا يقال لو برئ لما اجبر المحتال على القبول
اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع
والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن اجنبيا
اذ قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراة فقال ابو يوسف
يبرا عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرا عن المطالبة فقط ولا يبرا
عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرا المحتال
المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن
اذا احال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند
ابي يوسف كما لو ابراه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو اجل الدين
كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات ان البايع اذا احال غريما له على
المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا
المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم
يبق له مطالبة بالدين وان احال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه

في حبس المبيع لان المطالبة باقية لان الحال عليه قايم مقام المحيل وكذا
اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبة
باقية لان الحال عليه نايب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب
على عكس ما ذكرنا فانه اذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يودي بدل
الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق ان حرية المكاتب
معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما
اذا احال المولى عليه رجلا لا يبرأ واما الرهن فالوثيقة فيبقى ما بقيت
المطالبة ويبطل اذا ابطلت وكذا البيع اعلم ان احالة المكاتب مولاه
على رجل اما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقبضه بحالة ان الحال
يكون نايبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن واحدا منهما او كان له
ولم يقبضه به لا يجوز لان الحوالة تنقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار
الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل كما لو صحت الحوالة ببدل
الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل
وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان للمولى هو الذي احال غريمه على المكاتب
لا يصح الا اذا قبضها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس للمكاتب ان يتبرع
وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل الغير عن مولاه
على ما مر من قبل قال رحمه الله ولا يرجع المحتال على المحيل الا بالتوي
وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوي لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة
بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب
وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة
الآخر ثم بالتوي عليه لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا اعتق عبده
المأذون فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق
فان اختاروا احدهما وتوي ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روي

عن

عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا
يعود الدين الى ذمة المحيل ولان المقصود من شرعها الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا يحرز الوجوب لان الذمم
لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء هذا هو المعلوم بين الناس
والمعلوم كالمشروط فصار فواته بحد الرجوع الا ترى ان البيع لما كان يتم
الفرق يراد بسلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب عند فواته
بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع
المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل
بالحالة هو قاذا قام الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب
فان احدهما ليس بخلف عن الآخر وانما ثبت للمالك الخيار ابتداء بالتخيير
للخصوم ايهما شاء اخذ عند هو هلك من غير ان يحيله عليه احد فلا يرجع
على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الآخر الا ترى ان حقه
ليس بثابت على احدهما معينا حتى يقلب الى الآخر فاذا توى قال رحمه الله
وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه او مات مفلسا بان لم
يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوي هو الخلف عن الوصول الى
حقه وتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا
فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه
على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو ميتا وانكر الميسر
ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة وقالا هو توى
لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار
كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او موته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت
في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة
المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوي في الدين لا يتصور حقيقة

وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للوجوب بموته
معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي
الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم
بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو خرج الخصم الشهود واقام البينة
عليه لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال ثبوته في المجلس وقيل هذه المسئلة
مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بامره
او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة
المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذا لم يبق الدين
عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره او بغير
امره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله فان طالب المحتال عليه
المحيل بما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين
اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه
بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه
ينكره المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة
اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة
قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة
ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل
على وجوب الدين عليه فيضمن له قال رحمه الله وان قال المحيل
للمحتال احلتك لتقبض لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك
فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر ولا
يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا
للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة مجازا قال محمد رحمه الله
اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال

ربح ولكن يقال له احل رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له
بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان
فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي
على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى ان
الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك
لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا
لنفسه لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال
رحمه الله ولو احال بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ
اي اذا كان له دراهم وديعة عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه
اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها
اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لا الى خلف
حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو
هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد
تكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة
فالمقيدة ان يقيدها بدين له عليه او بعين في يده وديعة او غصب او
نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده
من وديعة او غصب او دين او يحيله على رجل ليس عليه شيء مما ذكرنا
والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا
جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء
وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه
بتسليم ما عنده من العين او الدين الى المحتال فكذا فكذا عند الاجتماع وحكم
المطلقة انه لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع
على المحيل بعد ادائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل

الادا ولكن له ان يلازمه اذا اللزوم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه
كما في الكفالة ولو كان الدين موجلا على المحيل كان موجلا في حق المحال
عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من الدين
وصار اجنبيا ويحل بموت المحيل عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى
عنه وحكم المقيدة انه لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما احال به من
دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة
لبطل حق المحال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة
لانه لا تعلق لحقه بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل
الحوالة باخذ ما عنده او عليه من العين او الدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه
فكذا باخذه بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الادا الا منها فلو اخذه
لبطل حقه ولو ابرا المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من
الدين والعين كالمرتهن اذا ابرا الراهن يرجع برهنه ولو وهبه ليس له
ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل
كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمايه بالحصص وقال زفر رحمه الله
يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته
والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج يختص به
المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على
دين المرض لما قلنا ولنا ان هذا المال مال المحيل لم يثبت لغيره عليه
يد الاستيفا فيكون بين غرمايه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك
الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة
المحال عليه دين مع بقا دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى
على المحيل ولم يثبت عليه ايضا يد الاستيفا لان ثبوت اليد على ما في
ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان ياخذه لان المحال عليه لم يقبل

الحوالة

الحوالة الا ليتملك ما في ذمته او ليوفي من ذلك المال فلو اخذه يفوت
الرضا فيبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفا ولهذا
لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا
يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم
غرما المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة
لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال فات الرضى
بالحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح
ذلك بمسيلة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان
المحيل بالحوالة بري من دين المحتال وصار المحتال من غرما المحال عليه فلم
يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرما المحيل واذا قسم الدين بين غرما
المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرما لان الدين الذي عليه
المحال عليه صار مستحقا فليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا
بما بقي من دينه بعد المحاصصة لانه صار ثابتا فلا يرجع به على احد قال
رحمه الله وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق
وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن
وهو تقريب سفته وسفته شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما
كره لما روي انه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة
مشروطة فلا باس به والله اعلم بالصواب كتاب
القضا والقضا في اللغة الاتقان والاحكام قال قايلهم
وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع
اي احكم صنعتهما وفي الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات وبه
امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التورات فيها هدى ونور يحكم بها
النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواهم

والمحاكم نائب عن الله في ارضه في ايصال المظلوم من الظالم وايصال الحق الى
المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك
من الصفات الجميلة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك
لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله اهل الشهادة لان كل واحد منهما
يثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم المحاكم ان يحكم والمحاكم بحكمه
يلزم الخصم وان صلح اهل اصلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد
احدهما من الاخر قال رحمه الله والفاسق اهل للقضاء هو اهل للشهادة
الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان القاضي عدلا فسق لا ينعزل ويستحق
العزل واذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضا بالرشوة
لا ينفذ قضاؤه فيما ارشي وقال بعض اصحابنا اذا قلد الفاسق ابتداء صح
ولو قارن وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقارن عند الله فلم يكن راضيا دونها
كالعبد المأذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز ومن
علمائنا اللالة في الفوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول
وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء يصح
وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه السلام القضاة
ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث نفسر القاضيين احدهما
جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور والقاضي العالم العادل يحكم
بعلمه ولانه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا
وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى
المستحق وهو يحصل بالعمل بتولي غيره ولا حجة له في الحديث لانه عليه
السلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة
رضي الله عنهم اجازوا واحكم من تغلب من الامرا وجار وتقلدوا الاعمال منه
وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله والفاسق

يصلح

يصلح قضيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وغير مقبول سيء
الديانات وجه الاول انه يجتهد احدا في اتباعه الى الخطا قال رحمه الله
ولا ينبغي للقاضي ان يتولى قضاء بغداد وبينبغي ان يكون
ولي قاضيا في عافانه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار
ووجوه الفقه ويكون نسيبا من غير سفلة لينا من غير ضعف لان المقصود
من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقها واقامة حقوق الله
تعالى وهو من اهم الامور للمسلمين وافوى واجبة عليهم فكل من كان اعرف
واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من المتاعب كان اولى وينبغي
للمولي ان يتخصص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد
انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين قال رحمه الله والاجتهاد شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق
واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها
والمراد بعلمها علم ما يتعلق به الاحكام منها ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه
استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة
الفروع التي استخرجها المجتهدون وتمارسهم وقال بعضهم يشترط هذا
ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي
وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ونظر في المختصرين
فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليميز في معاني الاثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يتغلل
بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا يدخل هذا من ان يكون صاحب قريحة
يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبنى عليها قال رحمه الله
والفاسق ينبغي ان يكون هذا يعني في العلم والامانة لانه اقدر على
المقصود وابعد من الغلط والكلام هنا في دينه عند تجدد الحوادث

فيكون كلامه اوثق فيعتمد عليه وكره التقليد لمن خاف الحيف اي الظلم
كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال رحمه الله وان امنه لا اي ان امن
من الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماهم
تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله ولا يسال القضا لقوله صلى الله
عليه وسلم من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك
يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على
ربه فيلهم وكره بعض المشايخ ان يدخل في القضا مختارا لقوله عليه السلام
من ابتلي بالقضا فكانما ذبح بغير سكين ولان القضا بالحق لا يمكنه الا
بالاعوان وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرايل من فرغ نفسه للعبادة
سنين سنة يرجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضا ايسوا من نبوته فهذا
دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضا بان لم يكن احد غيره يصلح
للقضا يجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين
قال رحمه الله ويجوز تقلد القضا من السلطان العادل والجاير
ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي
رضي الله عنه وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه
اخواننا بغوا علينا وعلما السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه
من القضا بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رحمه الله
فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات
والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونظر في حال المحبوسين ونصب
الاوصيا والقيما في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان
وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا وهذا لان
القاضي يكتب نسختين احديهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى
في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة او نقصان ثم ان

كانت

كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما
كانت في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد
العزل وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم
وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب
تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنايه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا
ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه ويسالان المعزول شيا فشيا فما
كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة وما كان من نصب الاوصيا
من اموال اليتامى يجمعانه في خريطة اخرى وما كان من تعزي النفقات
يجمعانه في خريطة اخرى وما كان من نسخ قيم الاوقاف يجمعانه في خريطة
وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة لان هذه النسخ كانت تصرف المعزول
فلا تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه عليه لو لم
يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل وانما يسالان المعزول وان لم يكن
قوله حجة لينكشف عنهما ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك عنهما عليه تحرزا عن
التغيير قال رحمه الله ونظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد ينظر
في حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين قال رحمه الله فمن اقر بحق او قامت
عليه بينة الزمه لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول
لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على
فعل نفسه وان لم يقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا يعجل
بتخليته قال رحمه الله والا نادى عليه اي ان لم يقم عليه بينة ولم
يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف
له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب
فلان ابن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر
والا ففي راي القاضي ان يطلقه فان حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا

واطلقه والفرق لابي حنيفة بين هذه المسيلة وبين قسمة الشركة حيث
لا يوخذ من الورثة كفيلا اذا اراد والقسمة عنده ان الورثة خلفوا حقهم
في المال فلا يوخذ لهم التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان
ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسيلة ان القاضي لا يحبسه
الا بحق ظاهر او احتمال محبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر هذا
وهذا لان فعل المسلم محمول على الصلاح ما امكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه
قال رحمه الله وعمل في الودايع وغلات الوقف بينة او اقرار لان
كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي غير
مقبول قال رحمه الله ولم يجعل القول للمعزول لانه يقر في يد انه
سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودايع وغلات الوقف لان المعزول
التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي سلمها
اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع
كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا ابداصاحب اليد بالاقرار
لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له
الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره للثاني والمسيلة على اربعة
اوجه اما ان يقر بانه سلمه اليه بعدما اقر به لغيره فلا يقبل اقراره
الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع
ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال
رحمه الله ويقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد
وقال الشافعي في بيته ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى
انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحايض وهي ممنوعة من دخوله
ولانه بني لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات
ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والمحكم وكان عليه السلام

يفصل

يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم
في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد
كالصوات ولانه ابعد من الاشتباه على الغرماء وبعض المخيمين وابعد
من التهمة في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث
وانما ذلك في اعتقاده والحايض تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي
كما اذا كانت الخصومة على الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس
اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار مجلسا اخر في وسط البلدة
قال رحمه الله اوداره لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان فجاز ان يحكم
في منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا
من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس به اذا
كان منزله في وسط البلدة والا فليقعد في وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله
ان المجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن وبجامع الناس وليس فيه حاجب
ولا بواب افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الراي
لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق
على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكي لانه يزيد في الراي لزيادة راحة بدنه
ولكن القضاء مستوي المجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف
رحمه الله استفتي عن مسيلة وهو متكي فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى
تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده
فلا باس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له ان يجلس معه
اهل العلم لانه لا يومن من ان يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا
منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون
بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال رحمه الله ويرد هدية الا
من قريب او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى في صلة الرحم ورد ها فتطيبة

وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل
القضا وانما هي جرى على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان
لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضا فيكون من
الغلول كغيرهما من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا
كانت الصحابة رضي الله عنهم **قال رحمه الله ودعوة خاصة** اي لا يحضر
دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها
لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان
فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان تكون من القريب ومن غيره
وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين
القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته
صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول
ابي حنيفة وابو يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد
رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة
لاجله قبل القضا فعلى هذا لا فرق بينهما وبين الهدية وهو القياس **قال
رحمه الله ويشهد الجنازة ويعود المريض** لقوله عليه السلام للمسلم على
المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان
يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان
يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان
كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده **قال رحمه الله ويسوي بينهما
جلوسا** اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي
احدكم بالقضا فليسوي بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم
احدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك الى ترك
حقه وينبغي للخصمين اذا حضروا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه

ولا

ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم
كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين
او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا او رفع صوت ولا يقعد
احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار ولان جانب اليمين افضل فيكون
تقديما له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي
فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا
دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا وهكذا فعل شريح
رضي الله عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلي رضي الله عنه خليفة
فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل الى احدهما
بعد ان يحكم بينهم بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه
**قال رحمه الله وليتق عن مسارة احدهما او اشارته وتلقين حجته
وضيافته** اي يجتنب هذه الاشيا لان فيها تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو
اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما **قال رحمه الله والمزاح** اي
يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في
غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه من اجله
فان ذلك يذهب حشمته وحشمة مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان
شا بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبداه بالنطق وهو احسن
كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر
واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ من الدعوى امره بالسكوت واستنطق
الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن
من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة فان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح
دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه
ساله البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب المدعي يمينه ويرتب

الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك
امينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء
ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوة فيجلسان بين يديه وقت
الدعوى قال رحمه الله وتلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين
فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين
واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم
مكان اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء الحق ولا تهمة في مثله فكان
من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفينه وحيلولته بينه وبين
اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى
القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس

ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس
يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض
والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة
وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان
الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن النبي صلى الله
عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس
في المسجد والدهليز وبالربط ولما كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن
وكان هو اول من بناه في الاسلام وبنى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت
الناس منه فبنى سجنا اخر وسماه مخيسا وقال خيسه تخييسا اي ذلله
فيه شعرا ٢ الا تراني كيسا مكيسا ٢ بنيت بعد نافع مخيسا ٢
قال رحمه الله واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه
في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل

دين

دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد
ابائه من الدفع اليه لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده او التزمه
بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه
بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر
مطله مع القدرة فهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم استحق
العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت
الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة
يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه
لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب
المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد
والمحكي عن الشمس السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة تعتذر فيقول
ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتاتى ذلك في
الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل ان
يوفي فلم يعجل بحبسه قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك
والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله فان اقر ان له
مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول
له مال فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة
ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه فان عجز عن البينة والمدعي يدعي
ان له مالا حصل في يده وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما ذكر في المختصر
من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد
فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان يثبت
غريمه غناه فيحبسه بما راى اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك
في مثل ارش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس

بدل المال ولا يلتزم بعقد ان ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة
فحينئذ يحبسه بقدر ما يروى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي
يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع
يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا بخلاف الفصل
المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان
عادة ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس
فيه ما تعورف تعجيله والزايد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح
بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه
قادر عليه واختار الخصاف ان القول للمدين في جميع ذلك لانه يتمسك
بالاصل وهو العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي
عن اصحابنا واختار ابو عبد الله البلخي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل
القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته
بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين ما لم يكن اصله
مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك كان القول قول المدعى عليه لانه لم
يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي عن ابي
حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة
كان القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته كان القول
فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول قول المنكر لتمسكه
بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت
نفقة الموسرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق ان
احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله
وهاتان المسئلتان يخرجان على الاقوال كلها ولا يخالفان شيئا منها فيكون
القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال ابو جعفر البلخي يحكم الذي

فان

فان كانت هيئته هيئة الفقراء يعني المدين كان القول قوله وان كانت
هيئته هيئة الاغنياء كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقراء والاشراف
والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه
بما راى يحبسه قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره
ولكن المدعي اثبت بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا يشير
الى انه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه
حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاسات الحبس
وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره
وما جاء فيه من التقدير بشهرين او ثلاثة او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير
حتما قال رحمه الله ثم سال عنه اي القاضي يسال عن المحبوس بعد ما حبسه
قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه
الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا او الاثنان احوط وكيفيته
ان يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة
وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام هذا السوال من القاضي
عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار
شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل
برايه ولكن لو سال مع هذا كان احوط قال رحمه الله فان لم يظهر له
مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما قال رحمه الله
ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منتظر بانتظار الله تعالى الى الميسرة
فلو كان منتظرا بانتظارهم بان ضربوا له اجلا لا يكون لهم حق الملازمة قبل
الاجل فكذا بانتظاره تعالى بل اولى ولكنا نقول هو منتظر الى زمان قدرته

محبي لا يعاوذ لك ما كان في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب
فوق حاجته الدارة فيأخذ وقته فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم
ليس له ان يطالبه قبل حلول الاجل مع القدرة على اداءه لانه مؤخر وما نحن
فيه لنفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة
متوقعة كل لحظة فيلازمونه قال رحمه الله وزعم البينة على افلاسه
قبل حبسه لانها مبنية على اليقين فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس
وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على سبيل الوجوب على ما بينا وعن محمد
انها تقبل وبه كان يفتي ابو بكر محمد بن الفضل وبشر بن يحيى وعامة
المشايخ على الاول قال رحمه الله وبينة اليسار اسبق يعني ان اقام البينة
الملئ على اليسار واقام المديون عليه على الاعسار كانت بينة اليسار اولى
لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال رحمه الله وابد حبس الموسر
لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلد في الحبس
وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم سأل عنه
فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى
المسألة اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره
ومماطلته او ظهر له مماطلته بعدما اقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر
قال رحمه الله ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع
عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان ولان في المستقبل
لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن
مال ولا الزمته بعقد على ما بينا قال رحمه الله لا في دين ولده لان الولد لا يسعى
بتذفر ولا يحبس بسبب العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل
ورثه ولا يجب عليه الحد بقذف امه ولا بقذفه البينة يطلبه قال رحمه
الله الا اذا ابى عن الانفاق عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع

من

من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع
قصدا هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يرفعه بقتله اذا امتنع
عليه السيف ولم يملك دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان
فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا
يخاف عليها الفوت وهذا احكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس
بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لانه ماله للمولى وان كان عليه
دين يحبس لانه هذا الحبس بحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد
بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا امتنع
من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة ولانه
اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذ مجانا في ما اذا كان من خلاف
جنسه لانه ليس له ان يحمله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه
حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويقضى ما التقط من ماله فكذا يحبس بدينه
اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب مولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما
بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس
بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب
ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه يتمكن من اسقاط
هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيرده رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار
كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة به لا يجوز كما لا يجوز بدل الكتابة بخلاف
ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين
على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس ان يكون
في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى احد يدخل عليه بيتا نعوذ ولا يخرج
الجمعة ولا الجماعة ولا الى فرض ولا لحضور جنازة ولو اغمي عليه لا يمرض ولا يجيء بطبيب
ولا للاعياد ليضمد قلبه ويوثق ولا يخرج لموت قريبه الا اذا تيقن من يغسله

ويمكنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه
وان مرض مرضا امتناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا خرج ولا يخرج
للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول
امراته عليه او جاريته ان كان في السجن موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج
كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول الحوائج بخلاف الاكل
والشرب فان منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير
حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من
دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضا
الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى
يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت والله تعالى اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال رحمه الله ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب
اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور
والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان اكثر احتمالا من البينة
وجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة
الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو
على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك بيانه ونقل شهادة
وهو المراد هنا ولا يقال يستغني عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة
اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول
وقد يتعذر لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها
ايضا لان اكثر الناس لا يحسنونها وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو
يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا

يجوز

يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله
في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق
والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا
للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة
والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك
عن محمد وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية
لا يجوز في المنقولة للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة
بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة
الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس
الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المراة
او نفس الرجل وانما هما كالدين والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق
فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد دون الامة
وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل
لم يحكم له بالملك لينقلها الى المكاتب وعنده انه اجاز في الامة ايضا بشرائطه
وهي ان يكلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف
العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر
انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان جنسه
كذا وقامته كذا وسنه كذا ملك فلان المدعي هكذا وقد ابق الى بلدة كذا
وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب عنده انه من عند الكاتب
وفضه بشروطه على ما يجي سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك
لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس
العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه

اليه وثبت

وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي كاتب وشهد
الشهود ان هذا الكتاب كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين
شهدوا عنده بتغيير والشهادة بالاشارة الى العبد انه حكمه فاذا شهدوا
حكم به وكتب الى المكتوب اليه ولا يبدي كيفيته وقيل لا يحكم له به لان الحكم
على الغايب لا يجوز لانه الخصم الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غايب
ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه
ويبعث العبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة
المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبدي الكفيل وانما
فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة
وفي الحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة لا تمنع
والاشارة اليه ترفعه فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه
لا يسلمها المدعي بل يبعثها مع امين معه قال رحمه الله فان شهدوا على خصم
حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم قال رحمه الله وكتب
بجلده وهو المدعوا بجلا اي كتاب الحكم بسبب بجلا وانما يكتب حتى لا ينسى
الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى
كتابة الحكم لانه قلما يحضر الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا
قل ان غاب بعد الحكم عليه وجلده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ
حكمه قال رحمه الله ولا يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان
الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك
ثم نقل اليه تقرر بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلافا لمذهبه لان
الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتدا حكم فلا يجوز له قال
رحمه الله وكتب الشهادة بحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي
وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم انما يحكم بالشهادة وانما

نقلها

نقلها ليحكم بها المكتوب اليه وهذا حكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه
راي الكاتب بخلاف العجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول
قد استحكم بالقضا وهو فصل يجتهد فيه انكان الخصم غايبا والا فتفوق عليه
فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا الافرق بين كتاب القاضي الى القاضي
والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة
الاصول والنائب يكتب كتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي
الى القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في العادة
وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال رحمه الله وقرا عليهم
وختمه عندهم وسلمه اليهم اي القاضي الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرايطه
لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا
شهادة بدون العلم او يعلمهم ما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا
بد من ختمه جفرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من
حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في سايرالشهادات ومن شرايطه ايضا ان
يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي
المكتوب اليه وابيه وجده حتى لو اخل بشي منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان
من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما
في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر ويعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه
والمدعي بوجه يقع به التمييز وذلك بذكر جده او بذكر الحق فيه ويذكر
الشهود ان شا وان شا اتى بذكرهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه كتاب فلان ولا
على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الايمة
رحمه الله لكونه اسهل قال رحمه الله فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى
ختمه ولم يفتحه بل يدفعه الى الخصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا يفتحه الا

بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكتاب حتى يسمع الشهادة ويكتبها
والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث
يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا
يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي وان اقر فلا حاجة
الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان من اهل الحرب
حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا
ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار الخصم
ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون
معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف
رحمه الله ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به
الا ببينة قال رحمه الله فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا
في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه وفتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه
ما فيه يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في
الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم او سال من يعرفهم
من الناس الثقاة فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم
لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاف انه لا يفتحه الا بعد
ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود
لاثبات ان الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود
الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه قبل ثبوت
عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الى اخره شرط الحكم به حتى اذا
قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه لم يعمل به وشرط في الذخيرة
حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا قبول الكتاب حتى لو قبله
مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف فان عنده يقبله

من

من غير بينة ومن يد المدعي ايضا اذا جاء به وحده وكذا سهل سند الاثبات فقال
اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي
بالقضا وليس الخبر كالعيان ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده
ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في
تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة
ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدي
لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعن محمد انه لا يجوز
الشهادة على الشهادة وان كان الاصيل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في
اختلاف الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كان في مصر واحد
فكانهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز قال رحمه الله ويبطل
الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب
الى الثاني وبعد وصوله قبل ان يقرا عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة
فموت الاصول قبل اداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا
جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه
يقضي به ذكره في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله ان القاضي الكاتب بمنزلة
شهود الفروع وكتابته بمنزلة اداء شهود الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين
شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة
شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضا بها فانه لا يمنع القضا
فكذا هذا وهذا الحكم في كل شاهد مات بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا
ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا ان لهذا
النقل حكم القضا الا ترى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط
فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة
وما يجب على القاضي بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا

وفي السراجية وبه يفتى

ولم يتم بعد لان تمامه وجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على المكتوب
اليه قبل وصول الكتاب وقبل قراته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضا
فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي
قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادايهم الشهادة لانهم
اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول
او بموت الفروع كما في ساير الشهادات اذا مات الشهود بعد الادا قبل الحكم
بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به
ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان
هذا القضا مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ
من قاض اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس
القضا كما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب
لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به
بالقراة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد ادا الشهادة قبل الحكم بها
وفي اختلاف زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضايه قال رحمه
الله وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينيذ لا يبطل
بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد الى القاضي
المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي
الذي جا بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا
ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في
الامانة فصار نظير الامنا في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتدا

الى

الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان اعلام
ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين
واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا
له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة حين ابتلي بالقضا
واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر
وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به
وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعايا في غير موضع
ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب
للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضا او نقول
ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة
لان في الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه
ان يكتب كتابا الى قاض اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب
اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول
صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصاروا كانهم شهدوا عنده حقيقة
فجاز له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة وهي المجوزة للنقل
قال رحمه الله لا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه
يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان فريده
يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي
الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب
اكثر من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذلك الاسم والنسبة والختم
والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا
به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين
به فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل احد لا يحضر

مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه التفحص عن احوال الشهود فقبل الكتاب
للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصره وان
كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس
لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال رحمه الله وتقضي
المراة في غير حد وقود لان القضا يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها
جايزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاوها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص
كشهادتها لما فيها من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز ان تولي المراة القضا لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية
وبه يصير اهلا للشهادة فكذا القضا كالرجل قال رحمه الله ولا يستخلف
قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض
اليه القضا لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل
بغير اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور باداها ان يستخلف لكونها
على شرف الفوات ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف
الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز
ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني نايبا
فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت
صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا
لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو
استخلف مع ذلك بحكم الخليفة فاجازه القاضي جاز هذا اذا كان المستخلف
اهلا للقضا وان كان رقيقا او محدودا في قذف او كافرا لم يجز وكذا اذا
قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه
كالوكيل بالبيع والشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه
ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال له ول من شيت له ان يولي من

شا فيصير نايبا عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له
الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل
بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصا الى غيره
ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي
وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي
فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره ولانه كيلا تفوت مصالحه بخلاف
الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه
العزل بان قال استبدل من شيت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه
وهذا لانه نايب الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على
رضاه بتوليته غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف قال
رحمه الله فاذا رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة
المشهورة والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول
باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ
الثاني ايضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجي قاض يرى
خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر اشتغاله
قلد القضا ابا الدردا واختصم اليه رجلان فقضا لاحدهما ثم لقي عمر رضي
الله عنه المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي فقال عمر لو كنت انا مكانه
لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا قال ليس هنا نص
والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية
ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما
نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم
جا قاض اخر يرى غير ذلك امضاه قيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به
الاول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد به فيوهم انه انما يمضيه اذا كان

موافقا لرايه وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما حتى لو قضى في فصل
مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره
في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه قال شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب
ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان
كان عامدا فعنه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفي اخرى
لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع
اهواهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على
النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكر من الادلة ولو كان
مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سائغ
فينتقض وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع
ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي فحاصله ان الذي قضى به الاول
لا يخلو عن اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب
والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند
كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم
مثاله اذا رفع الى الحاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فابطل
اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعد والاحسن ان يقول ابطلت
اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضا ففيه
روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد
قبل القضا فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضا اخر
يرجح احدهما وذلك مثل القضا على الغايب وللغايب وقضا المحدود في القذف
وشهادته بعد التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على
الغايب وقضى الفاسق او المحدود في قذف لا ينفذ الا رفع الى حاكم اخر فقضى
بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا فقبل

القضا

القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع
فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذوه
لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب والسنة والاجماع فلا يعود صحيحا
بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد ويمين او بالقصاص بتعيين الولي
واحدا من اهل المحلة ويمينه او بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع
عبد معتق البعض او بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة
او امراة الجد او بسقوط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه
ومات في بطنها او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او
بابطال عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة او بعدم
وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم
الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل عند
محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا
وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما على احد القولين في عصر اخر
بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم
وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الائمة يرتفع به
بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ
قضا القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله وينفذ القضا بشهادة
الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة اي في
الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وهو قول ابي يوسف رضي الله عنه اولا ثم رجع عنه فقال
لا ينفذ ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهما ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا
فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح
لرجل على امراة وهي منكوحة الغير او معتدة وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول

علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة
بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا
نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما
كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما
البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة فكذا في كل
الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه
ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشا وانما
لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضا وما ثبت
اقتضا لا يراعى فيه شرايطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف
الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلا تكون شهادتهم
حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب الملك تزاحما
وليس تعيين البعض باولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب
ليس في وسع البشر فتعين الالغا بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا
والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة
روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي
لا يملك انشا التبرعات في ملك الغير والبيع باقل من قيمته تبرع من وجه
وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضا فلا يشترط فيه شرايطه
ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع الا ترى ان المكاتب
والعبد الماذون له يملكانه واذا ادعت المرأة ان زوجها ابانها بثلاث
او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا
يسعها الاقامة مع زوجها ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لا يشكل فيما
اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشا قبل زوج اخر وفيما دون الثلاث
مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت الانشا على قياس قول ابي حنيفة

وجوابه

وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم
يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت
عن اثباتها عند الحاكم على ما كان فيبقى ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي
الى القضا بالنكاح قال رحمه الله ولا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم
مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي على الغايب سببا لما يدعي على
الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب وقال مالك
والشافعي يجوز القضا على الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه
السلام قضى لهند امرأة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غايب فقال
لها خذي من مال ابن سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه السلام
البينة على المدعي من غير اشتراط لحضور خصم ولان الحجة وجدت على
التمام وهي مبينة كاسمها فجاز القضا بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا
قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع
كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو
داود والترمذي بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم
الانكار فلا يصح ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر
الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة
يتعدى فلا يجوز الاشتباه الا ترى انه عليه السلام قال فانك اذا سمعت
كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه القضا شرط لصحة
القضا وان الجهل به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة
لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه
فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا وانما كان فتوى
او اعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة
وكان عليه السلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضا اصلا وكذا

قوله عليه السلام البينة على المدعي ليس لها فيه حجة بل هو حجة لغا لان البينة
اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي
لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له كلام المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين
ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت
بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضي عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه
فيقضي عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو
اقر عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه وهو غايب لان له ان يطعن في البينة
فتبطل به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي بالبينة ايضا ثم من
يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي
وكلامهما ظاهر وقد يكون حكما بان يكون ما يدعيه على الغايب سببا لما
يدعيه على الحاضر وهو نوعان احدهما ان يكون ما يدعيه على الحاضر والغايب
شيا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكر ذو اليد وادعى انها
ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغايب وادعى دارا
في يد انسان شفعة ان ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري
لم اشتراها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها من فلان الغايب او
ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغايب بامره فاقر الحاضر بالكفالة
وانكر الدين فاقام المدعي البينة ان له على الغايب الف درهم تقبل بينته
في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغايب والحاضر حتى اذا حضر الغايب
لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيين
مثل ان يدعي القاذف انه عبد لفلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف
البينة ان مولاه الغايب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا او قال
المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو
يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغايب لان الحقين كشي واحد

اذ

اذ لا ينفك احدهما عن الاخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك
عن الاحرار وكذا لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه الغايب عفى عن القود
وقال انقلب نصيبي مالا يقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا يقبل في
حق الغايب ويقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغايب
بنقل امراته او عبده اليه فاقامت المراة او العبد بينة انه اعتقه او طلقها
فانها تقبل في قصر اليد عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا يقبل في حق وقوع
الطلاق والعبد فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها
زوجها من فلان الغايب واراد ردها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال
انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغايب شرطا لما يدعيه على
الحاضر ينظر فان كان الغايب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغايب
مثل ان تقول المراة لزوجها انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغايب
زوجته ثلاثا واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها
لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول
فلان الغايب الدار فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن
المتاخرين من قال في الشرط ايضا تقبل مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي
لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط ايضا قال
رحمه الله ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الاب والوصي
لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران
على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا ترى
انه لا يجوز التاجيل فيه كساير التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما
يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على ممر الزمان وترد شهوده لان
كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف
اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي

كثير الاشتغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه
اليه بطريق القرض انظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت
تهلك بغير شيء ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضي ولكونه
لا يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس الا من امين يؤتمن ولا يخاف
منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينساه
قال شمس الائمة في الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعنى ما
بينا وليس له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن
عن ابي حنيفة وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال
الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو احتل احدهم حاله اخذ منه المال لان
القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير

باب التحكيم لما كان الحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضا وهو
جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما
من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي انه عليه
السلام نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله
عنهم **قال رحمه الله حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول
في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح الحكم قاضيا** لما تلونا
وروينا ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه
بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه بالبينة او الاقرار او النكول ليكون
موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على
العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا
لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه
على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم
الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره او

ثبتت

ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تحمله العاقلة خطا كانت الجراحة او
عمدا او كان قدر ما تحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ
حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه
من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط ان يكون صالحا للقضا لانه
بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو
حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا
لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا او امراة جاز كما في القضا
لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه
وكذا يجوز تقليده القضا ليحكم بين اهل الذمة **قال رحمه الله ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع قبل حكمه** لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم
بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا
يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب ان لا يصلح عزله الا باتفاقهما لانا
نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه
كما في المضاربات والشركات والوكالات **قال رحمه الله فان حكم لزمهما**
لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل
حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه
لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه فهذا اولى **قال رحمه الله وامضى
القاضي حكمه ان وافق مذهبه** لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة
هذا الامضا ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاه
بمنزلة قضائه ولو لم يمضه لنقضه **قال رحمه الله والا ابطله** اي ان لم
يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا
رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب
او السنة او الاجماع لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان

بتقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل
فلا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين
فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما
في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا هذا
وهذا لانه اعطى حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء
وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى
من جهة الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل
الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة
الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل
لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال
المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عليك عندي
بينة بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر
المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم
عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا
قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت
عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا
وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم نحكم بيننا وقال المحكم حكمت
فالمحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه فيملك الاقرار به
وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم فلا يملك
الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة بالعزل
او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت او بخروجه من ان
يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله وان لم يلحق بدار الحرب
ولو غاب او اغمي عليه وبرئ منه او قدم من سفره او حبس كان على حكمه لان

هذه

هذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضاء ثم عزل
عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة
الوالي والولاية مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم
بينهما في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن
كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكما احدهما دون
الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما قال رحمه الله ويبطل
حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم
اي يبطل حكم الحكم هؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه
يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم
وتجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابن امراته وامها وكذا لامراة ابنه
او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته جائزة لهم فهذا
هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء لزوجته وولده اذا
كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء
للاخوة واولادهم والاعمام لان شهادته لهم جائزة باب
مسائل شتى قال رحمه الله لا يتد ذو سفل فيه ولا يثقب كوة بغير
رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا يثقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب
العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما
حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله على معنى انه لا يمنع الا ما فيه
ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة
لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما
اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل

تتعلق به حق الغير كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم
الضرر بيقين فما اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشيا من المشكل فظهر
فيها ثمرة الخلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر
على البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني ان شا ويبني عليه
علوه ثم يرجع عليه بقيمة البنا ويمنعه من السكنى فيه حتى يودي اليه
قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين
بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت
فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس
بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس
كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة
كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه
احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكنه قسمة بعضه ولو انهدم
كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه
يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد
المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر الحلواني
ان كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع
لانه متطوع اذ كان يمكنه ان يجبره وذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة
متعينة وفدا العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسيلة انهدام
العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو
تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة له
ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال
رحمه الله رابعة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها

اهل

اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة سناء سكة طويلة يتشعب منها سكة
اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى
السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها
غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا ترى انه لو بيعت دار منها كان
حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها
اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب
المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم فلا يشاركهم فيها
غيرهم ولانه يلحق بهم ضرر بان يضيق عليهم فيمنعهم بخلاف ما اذا كانت
نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح
الباب لان له رفع جداره وهو ان ينقض كله فاولى ان يكون له بعض البعض
والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول
الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف
المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الرابعة الثانية مستديرة حيث
يكون لكل واحد من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة
وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة
واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا
اذا كانت السكة المستديرة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع
المسلمين حق المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شا من التصرفات
ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك
لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين
جاره حايطا وعن ابي يوسف ان الجيران ان تاذوا من دخانه فلهم منعه
الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم
والجيران يتاذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في

داره بيرا فترسها حايط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك بيقين
فله منعه وهو خلاف اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بنا تنور في داره للخبز
الدايم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز
لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس
ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو
سقط حايط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده
في البنا قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في
زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان ان كان الحايط يحتمل
القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا اجبر وقيل ان
كان يقع في الصعود بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ
سترة وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله ادعى دارا في يد
رجل انه وهبها له في وقت فسيل البينة فقال جحد فيها فاشتريتها
وبرهن على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده
تقبل لوجود التناقض في الاول لانه يدعي الشرا بعد الهبة وشهوده
يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه
الثاني يمكن اذ الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون
متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسيلتان بحالهما لا تقبل في الاولى
وتقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين ان
يقول جحدني الهبة اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه
يدعي شرا ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد
ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ جميع
العقود تنفسخ بالجحود واذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه
لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما

الوجه

ينبغي

ينبغي ان تقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا متاخرا ومثله لو ادعى
دارا في يد رجل انه له اشتراها من ابيه في حال حياته وصحته وصاحب اليد
ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف ذو اليد فاقام المدعي البينة انه ورثها
من ابيه تقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى
الشرا منه لا تقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع صحة
الدعوى اذا لم يمكن التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا
يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه
استحسان قال رحمه الله ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر
فللبايع ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا كان ذلك
فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود
انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من
جهته فاذا ساعده البايع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطيها وله ان يردها
على بايعه بالعيب ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى
اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية
اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان يردها على بايعها
لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر
بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض
واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير
العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد
بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا
نحن لا نثبته بمجرد العزم وانما نثبته بالعزم واليمين او بالعزم والفعل
وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام
او امساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل

قد يوجد دلالة كمن قال لغيره اجرتك هذه الدابة يوما لتركبها فاخذها
واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون
القبول قال رحمه الله ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق معناه
اذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق سوا قال ذلك
موصولا او مفصولا وكذا اذا ادعى انها نبهرجة ولو ادعى انها ستوقة
لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة
ولهذا لو تجوز في الزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة
والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف
ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى حيث لا يصدق في
دعواه الزيوف لانه مناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد
فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفا عبارة
عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وبخلاف
ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البايع
لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفا عين حقه
دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف
ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه
وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض
حقه ثم في قوله قبضت دراهم جياد لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا
سوا كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفا
ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق وهو المراد بما ذكرنا
وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها
ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم
الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب

عليه

عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تصرف في غير
دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان عليه
الصفر والنحاس هو الغالب قال رحمه الله ومن قال لاخر لك علي الف فرده
ثم صدقه فلا شي عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فردها المقر له بان قال ما كان
لي عليك شي او قال بل هو لك او لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك
في مكانه او بعده فلا شي على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر
والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا
ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق اما المقر له
فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر بنسب عبده لغيره فكذبه
المقر له حيث لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه لا تصح لان الاقرار بالنسب
اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار او الابرا عن الدين
او هبته له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك
رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد
ولو اقر بشي لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو
اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة
ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شي
ثم ادعى ان له عليه دينا واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف اذا ادعى
انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه
الاشيا قبل تحققها تحرزا عن امتناع الاخر عن التسليم قال رحمه الله ومن
ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شي قط فبرهن المدعي على الف
وهو برهن على القضا او الابرا قبل اي ادعى رجل على رجل الف درهم فقال
المدعى عليه ما كان لك علي شي قط فاقام المدعي البينة ان له عليه الف درهم

واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او ابراه المدعي عنه تقبل بينة المدعي
عليه وقال زفر لا تقبل لان القضا والابرا يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون
مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي ويبرا منه الا ترى
انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شي فيثبت ظاهرا ثم يقضي الا ترى انه
لو ادعى القصاص على شخص فانكر فاقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة
على العفو والصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى
الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك علي شي لان التوفيق فيه اظهر لانه
للحال قال رحمه ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكرنا
بان قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على
القضا والابرا لتعذر التوفيق بين قوله لانه لا يكون بين اثنين معاملة
من دفع واخذ واقتضا بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري انه يقبل
ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يودي بالشغب على بابه فيامر
بعض وكلايه بارضايه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق
وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه
لا تقبل بينته وفي الكافي قيل تقبل البينة على الابرا في هذا الفصل باتفاق
الروايات وقالوا فيمن قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله
للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعي بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع
صحة الاقرار قال رحمه الله ومن ادعى على اخر انه باعه امته فقال لم ابعها
منك قط فبرهن على الشرا فوجد بها عيبا فبرهن البايع انه بري اليه
من كل عيب بها لم يقبل منه اي وجد المشتري بها عيبا فردها عليه فاقام
البينة البايع انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف
انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها وكيله وابراه عن
العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره ابو يوسف انه لو ادعى الشرا

من

من شخص وهو ينكر فاقام المدعي البينة على الشرا منه واقام المنكر البينة
انه قد رد المبيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التاويل او يقول اخذه مني
ببينة كاذبة ثم استقلته منه فاقالني ووجه الظاهر ان اشتراط البراة
تغيير للعقد من اقتضا وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد اذ
الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف ما
تقدم من مسيلة الدين لان الباطل قد يقضي على ما تقدم قال رحمه الله
ويبطل الصك بان شا الله اي يبطل صك الشرا والاقرار اذا كتب في اخره
ان شا الله حتى يبطل الشرا والاقرار بذلك ولا يلزمه شي لان الاستثنا
مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك من اقام بهذا الحق
فهو وكيلي ان شا الله او كتب فما ادرك فلان من درك فعلى فلان خلاصه
بطل الصك كله عند ابي حنيفة حتى يبطل الاقرار والشرا وقالا
ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى
الدين على حاله اذ الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق
فلو انصرف الى الكل لكان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى ما
يليه ضرورة الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلايه وقال
في اخره يفعل كذا وكذا ان شا الله ينصرف الاستثنا الى ما يليه حتى لا يبطل
الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشي واحد بحكم العطف فينصرف الى
الكل كما في الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شا الله وما ذكراه من العادة انما جرى
بان يترك فرجة او يكتب بخط على حدة فلو فعل ذلك هنا انصرف
ما يليه ولا يبطل الشرا ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق
ولان الاستثنا انما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للابطال
ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك

في الكتاب لان العادة جرت بينهم ان يكتبوا اسفل الصك من قام بهذا
الحق فهو وليّ ما قبله من الحق وفائدة هذه الكتابة ان يثبت به رضى الخصم
بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة رحمه
الله وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع
لحق الخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا
اذ لا يودي الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله ايضا وانما يفيد
على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يفيد
الرضى به وعند ابن ابي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله وان مات ولي
فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
قولهم وقالا زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث
ان تضاف الى اقربها وقاته ما بعد الموت فتضاف اليه
قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في
جوابها الطاعون وهذا الظاهر يعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره
للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم
وختنه نصراني فجاءت مسلمة بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت
الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح
للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعي
به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به فكان القول
قولهم في المسئلتين ولا يرد على هذا ما ذكرنا على سبيل التعرض
منها ما اذا كان في بلد رجل عبد فغيبت عينه فقال رجل فقأت عينه وهو
في ملك البائع وقال المشتري فقأها وهو في ملكي كان القول قول
المشتري فيما خذا رجع منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون

العبد لرجل وارثه لغيره فهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف
الموجر والمستاجر في جريان ما الطاعون وحكم الحال وكان جاريا في الحال
يستحق الاجرة بقضاء الظاهر لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر اذا لم
يكن سبب الاستحقاق موجودا في الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين
يستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا
في المسئلة الاولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية
في مسئلة الميراث فانها ليست موجودة في الحال ومنها ان المرأة اذا ادعت
ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة
فلا يرث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب وقاته لانا
نقول انما ترث لانها تملك المال وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث
قال رحمه الله وان قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال
له يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع قال هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما في
يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا اقر انه ملك الوارث وهو
اصالة بخلاف ما اذا اقر رجل انه وكيل المودع بالقبض وانه اتلفه منه
حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالتها
عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد
موته بخلاف المديون اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر
بالدفع اليه لانه اقر بحق الغرماء حتى اذا قضى الدين تقضى بانها فيؤمر
بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال لا وفاء الدين ليس له
ان يسترد من الوكيل لانه سلم في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد
لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون نائبا في الدفع
متعديا وهذا يقتضي اذا جا المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل

حتى ضاعت عنده وقال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن
لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا اقر
الملتقط انها فلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى انه وصي الميت فصدقه
مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال رحمه الله وان قال
لآخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول يعني قال مودع الميت
لرجل آخر بعدما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه الابن الاول قضي بالمال
للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على
الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل
لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما
قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدا بالاقرار بما في يده لانسان ثم اقر
بان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن القاضي على ما مر من قبل قلنا
هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له بغير قضاء القاضي ذكره في
النهاية قال رحمه الله ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث
وهذا مما احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ
الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود
لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا ثبت بالاقرار فانه يأخذ كفيلا بالاتفاق وان
قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم
من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد
الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر
في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان
يكون له وارث او غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الآبق الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب
النفقة من مال زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا

او

او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا ثبت الشراء من
هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه وهذا لان القاضي مأمور
بما ظهر عنده لا يطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره ارأيت انه لو لم يجد كفيلا
كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف
النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف في
الاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت بينته حرم تأخير
حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير
واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات
بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال ان القاضي يتلوم في هذه الصور
ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم بالاتفاق
ولو كان التأخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق
المستحق الى معنى آخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل حق موهوم غير ثابت
الا ترى ان الوهم موجود ولو قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لاجل
الوهم يكفل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه
بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز
الا ترى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو
ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكن يراد به طمأنينة القلب
فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى القاضي وقدره الطحاوي بالحول
وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على ان المجتهد يخطئ
ويصيب وعلى ان ابا حنيفة بريء من الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب
ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله
واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المأمور به وهو حجة
في حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطأ الحق الذي

هو عند الله تعالى فيكون كانه اصاب الحق تاسيس رحمه الله ولو ادعى دارا
ارثا فنقسد ولا بينة له غايب وبرهن عليها خذ نصف المدعى فقط يعني اخذ
النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغايب في يد ذي اليد ولا يستوثق
من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده
ذي اليد يكفل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده
جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجد ترك في يده لان الجاحد
خاين فلا يترك في يده اذ لا بد من الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب
وليس له تركه في يده لان البينة لا توجد في كل مرة والحمل قاض
بعدل فتبقى الاخذ منه ووضعه في يد عدل ولانه يخاف ان يتقرر فيه
لان من يدعي ان الشيء له وهو في يده متهتن ولابي حنيفة ان الحاضر
ليس بخصم عن الغايب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي ان يعرض لسوء
الناس ولا لتغريرها حتى ياخذها من ايدي من هي عنده فصار نظرا للسو
عوف القاضي كما لانسان تراه في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض
له ما لم يحضر خصم فكذا هذا وهذا لان القضاء وقع للميت مقصودا وهذا
فقوي عنده ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضي بجاحديونه
وينفذ فيه وصاياه وصاحب اليد يختار الميت او يختار ذلك فلا ينقض يده
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر انه لا يضربه
ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له والقاضي وسيط لا في
خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت القاضي فيعود الى الانكار
ولانا نقول موت القاضي والشهود الذين اقاموا القضاء او الدين شهدوا
باصل الحق وسبا خر من اقدر ما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في
المنقول فقط قبل ان يترك النصف الذي هو الغايب بالاتفاق بل يدفع
منه ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار لانه يحفظ
بنفسه وهذا ايضا الوصي يدفع المنقول الى الكبير الغايب لانه ولاية الحفظ

عليه

عليه كما للاب ذلك وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه
منهم لانهم يكون حفظه على الصغار دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقولهما في اظهر
بمعنى انه مضمون عليه ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان
الترك اعدل من التوي واما لا يوخذ الكفيل منه لانه فيها انما خصومة
والقاضي نصب لقطعها لا لانشايها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة
ولا القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون
لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا
فيقوم مقام سايرالورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه
لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نايبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم
قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه ثابت فيه عن الميت فيماله وعليه
فيكون نايبا لهم ايضا في خصومه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على جميع
الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ
بقدره لان دعوى العين لا يتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم
الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه
بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله ومن قال مالي وما املكه
في المساكين صدقة فهو على ماله الزكوة ولو اوصى بثلث ماله فهو على
كل شيء والقياس في الاول ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه
قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان ان ايجاب المعدوم ليجاب الله
تعالى ومطلق المال في باب الصدقات ينصرف الى البعض كما في
قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله خذ من اموالهم صدقة ما ذا ما يوجبه العبد
على نفسه بخلاف الوصية لانها تمليك بعد الموت والارث جار في جميع الاموال

فكذا هي ولان العادة ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال
الزكوة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه
الزكوة وهي السوايم والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت نصابا او لم
تبلغ قدر النصاب وسوا كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان
المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرايطها وتدخل فيه
الاراضي العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه
مصارف الزكوة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل
لانها سبب المونة ولهذا تجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك
لها كالاوقاف فكانت جهة المونة راجحة عنده وذكر في النهاية قول
ابي حنيفة مع محمد قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل الارض الخراجية
لانها تمحضت مونة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل
وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكوة
لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك او جميع ما املك في المساكين
صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس
والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من
المال الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك
القصاص وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك
اعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بان قال كل مال املكه مما يتصدق
به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون
النص الوارد في احدهما وارد في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان
كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة
فينصرف فيها الى جنس ما تجب فيه الزكوة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما
دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيا بعد ذلك

تصدق

تصدق بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف
الناس من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته
ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف
ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة
ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد لهم
ذلك في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت
وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد له
حاصله قال رحمه الله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف
الوكيل حتى لو باع الوصي شيا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع
ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف
انه لا يجوز بالوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما
في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه
يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث
وكثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع الجد ماله
من غير علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله
وليس باستخلاف لبقا ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية
كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه
فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن
بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز
تصرف الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور
بدون العلم قال رحمه الله ومن اعلم بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا
وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سوا اخبره بذلك
عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام وانما فيه

الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية
ولا الاسلام وحاصلها انه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز قال رحمه
الله ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة
الا بخبر عدل واحد او اثنين غير عدول الى اخره وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يشترط في المخبر هذه الاشيا الا التمييز لانها من المعاملات فصار
كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابي حنيفة ان في هذه الاشيا الزاما من
وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بيان الالزام
ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير سكوته ان يتصرف ولا يلزمه شي على
تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته
وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح
وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق
وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه في كل موضع يلزمه
من كل وجه يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في المنازعات عند الحكام
وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه
الزام من وجه دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما
المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر
الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول الله صلى الله
عليه وسلم لقوله عليه السلام الا فليبلغ الشاهد الغايب الحديث وفي
الرسول لا يشترط فيه العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج
وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته
حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في
الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي

العبد

العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم
وذلك مثل الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله ولو باع القاضي او امينه
عبدا للغرما واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يرجع اي ضاع ثمن العبد في يد
البايع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن للمشتري
لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قايم مقام الخليفة وكل
واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول
هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض
الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي
ولا امينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله ورجع المشتري على الغرما لان البيع
واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر رجعها على العاقد كما تجعل العهدة
على الموكل اذا تعذر رجعها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا
عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله وان امر القاضي الوصي ببيعه
لهم فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله
حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه
القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت لا ليكون قايما
مقام القاضي فصار كمن اوصى اليه الميت قال رحمه الله وهو على الغرما
اي رجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه
ضمان يرجع به على من يقع لهم العمل ولو ظهر بعد ذلك للميت مال رجع
الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن الوصي والمشتري
في المسيلة الاولى وهو ما اذا كان البايع القاضي او امينه لانه قضى
ذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله
لان قبض الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان

يرجع

موت

بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه
بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه لانه
هو العاقد رجع عليه المشتري لما ذكرنا قال رحمه الله ولو قال قاض عدل
عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله وسعك فعله
قيده هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر
وانما يسعه فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا
الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر
عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولي في
موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في
مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا
فقال لا يوخذ بقوله الا ان يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل
وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة زماننا والتدارك غير
ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم
غير معصوم عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة
احياء الحقوق ولان الخيانة في مثله قل ما تقع وقال ابو منصور الماتريدي
رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال
الخطا لانه بعدالته يومن من الميل بالرشوة ولفقهه يومن من الغلط
ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا
فان احسن بان يذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا باقرار او ببينة
فياتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب
وان لم يحسن بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار
او نحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا ان يعاين الحجة
لاحتمال الخطا او الخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق

بنبا

بنبا فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا القول وان لم يصدقه فلا
يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو
امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال رحمه الله وان قال قاض عزل
لرجل اخذت منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال
الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك
في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو
قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضائه صار معترفا بشهادة
الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان
بحال فجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه ثبت
انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو
اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة
ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ
منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد او بعد
العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار اذا قال طلقت واعتقت وانا مجنون والمجنون كان معهودا منه
وقال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل
كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته
ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة
في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما الطاحون وهو لو
فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية
الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه يثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح
هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد
رحمهما الله ونظيره ما اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا

عبد وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى
لعبد قد اعتقته اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال
المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا
قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان
كان المبيع مستهلكا وان كان قايما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك
الانشا فيه فيصير مدعيا وكذا في مسيلة الغلة لا يصدق في الغلة القايمة
لانه اقر بالاخذ وفي الاضافة يدعي عليه التمليك ولو اقر القاضي والاخذ
في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان
وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على
غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق فان قيل
قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا
يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة قد عارضها ما هو اقوى منها يقتضي
وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار
كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضا القاضي في حقهما حجة ظاهرة
لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي
كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن
تقلد القضا حذار الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد
الاخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي
في انه فعله في قضايه او ادعى انه فعله في غير قضايه يوخذ منه لانه اقر ان
اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة
فيه وهي نظير مسيلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسايل ما لو قال
الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم
ذلك كان القول قول الوصي لما انه اسنده الى حالة منافية للضمان واورد

في

في النهاية على المسايل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي فقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل
شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل
الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها
ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التمليك له
وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا
الفرق غير مخلص والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان
هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبي عن المعاينة
وسمي الادا شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود
بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح
اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضا ولفظة
الشهادة فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز
بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظة اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها
وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون
الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك
بالنصوص والاجماع قال رحمه الله وتلزم بطلب المدعي اي يلزم ادا الشهادة
ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا يابى الشهدا اذا ما دعوا
وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان نهيا
عن الابا وعن الكتمان لكن النهي عن الشي يكون امرا بضده ان كان له ضد واحد
لان الانتها لا يكون الا بالاشتغال به فكان ادا الشهادة فرضا قطعا لفريضة
الانتها عن الكتمان وصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاسم الى الالة التي
وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى

كله وقوله ابصرته بعيني الك من قوله ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل
على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل
شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة
فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت قالوا لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل
شهادته يأثم من لم يؤد واذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع
الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان
بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى قاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في
يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار
كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم
وليس له شيء للركوب فركبه المدعي من عنده قالوا لا باس به وتقبل شهادته لانه
من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر
وركبه المدعي من عنده قالوا لا يقبل قال رحمه الله وسترها في الحدود احب
لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا وهذا الحديث
ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما
روينا ولقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما
نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة
على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسنة ايضا لان فيه ازالة
الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون
ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا الاية لان ظاهر الاية والله اعلم يقتضي
انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة لاجل انهم امنوا وذلك صفة الكافر
فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من
العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد به بقوله فاشهدوا عليهن
اربعة منكم فلهذا حسن والاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم

عليه

عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل
قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود ليس
لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه
ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال
رحمه الله ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان اداء الشهادة بالمال واجب
اذا طلبه المدعي والستر في الحد افضل على ما بينا وامكن الجمع بينهما باقامة
الحقين بقوله اخذ لانه يجيء به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى
وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق
فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني
عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله وشرط للزنا اربعة رجال
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولقوله
تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه السلام ائت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر والمؤنث وقد انعقد
الاجماع على اشتراط المذكور فيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده
واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي
اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع
على هذه الفاحشة فلما يتحقق واوجب على من نسب الى هذه الفاحشة
الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر
ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص الا بيان جواز العمل
بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك لان
التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه
ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند

انتفايه لا ينفيه الا العدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي غيره ليل وقد
وجد الدليل على انتفايه عند انتفا العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن
بعدهم ابي يوسف هذا ان الشهود على الزنا اذا انقص عددهم عن الاربعة يجب
عليهم الحد لكونهم قذفة الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلثة الذين شهدوا
على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان
يجب على المنسوب الى الزنا ولا يلحق القياس على غيره من الحقوق لعدم
التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل
والفرع وان لا يكون في الفرع نص على الحكم به قال رحمه الله ويشترط
الحدود والقصاص رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان من بعده ان لا شهادة للنساء في
الحدود والقصاص وقال تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان
شهادة النساء فيها بشبهة البدلية لان كل اثنتين منهن قايمتين مقام رجل
فلا تقبل فيما يدرا بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما
كانت فيها بشبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة
على الاصل غالبا وشهادة امراتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من
الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا ان يشهد حال كونهما
رجلين فليشهد رجل وامراتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع
وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ايضا حتى
اذا شهد رجل وتسوة يقضي بالحق لان الكل حق يجب الضمان على الكل عند
الرجوع قال رحمه الله والولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه
رجل امراة يعني يشترط البلوغ في هذه الاشيا شهادة امراة لقوله عليه
السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى
بالالف واللام اذا لم يمكن تعريفه يراد به الجنس فيثبتنا ولا اقل وقال

حذيفة

حذيفة رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على
الولادة وقال الشافعي يشترط ان يشهد فيه اربعة من النساء لان كل امراتين
يقومان مقام رجل والحديث في الشهادة وقال ابو يوسف يشترط ان يشهد
فيه ثلثة ان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شبه الشهادات وتعذر اعتبار احدهما فيبقى الاخر وهو العدد على حاله والحجة عليه ما روينا
ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النقل لان نظر الجنس اخف
كذا يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنان او اكثر
لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها سايرشرايط الشهادة من الحرية
والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة
والعيوب قد ذكرناه في محله واحكامها في موضعها من الطلاق والبلوغ واما
شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة لانه
مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين كشهادتهما
في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان استهلال الصبي علامة
حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن
على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل
فيه شهادة المراة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قالوا
تعمدت النظر فقال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله ولغيرها رجلان
او رجل وامراتان اي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه
الرجال شهادة رجلين او رجل وامراتان ايا كان غير الحدود والقصاص سوا
كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصية
ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع
الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل علم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وتصور الولاية فانها لانقص للخلافة

ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود
والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة
خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنه اجاز
شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية
والاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي
تبتني على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتني على انتفا
التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان
المعاينة والضبط والادا لان بالاول يحصل العلم بالشاهد وبالثاني
يحصل به البقا والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل
روايتهما في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال
ولكن جا النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة
النسيان انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه
الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل
وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به واي شبهة اقوى من الهزل
بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله وللكل
لفظة الشهادة والعدالة اي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي اربع
مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة والعدالة اي يشترط لكي تقبل
حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة
بالاستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيل لانها من الفاظ
اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ
اشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر
حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتاتى بكل لفظ يعطي ذلك
المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره

مما هو في معناه وكذا الايمان يجوز باي لفظ كان لحصول المقصود به ولان الشهادة
الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص
والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه
الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول
لانه من باب الشهادة ولهذا اشترط فيه ما يشترط للشهادة من الحرية ومجلس
الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهادة والعدل هو المرضي ولان من
يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق
والكذب وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته
والحجة هو الخبر الصدق فلا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة
لا شرط اهلية الشهادة اذ الفاسق اهل لولاية القضا والسلطنة فيكون اهلا
للشهادة الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره لتهمة الكذب قال الله تعالى
ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا امر بالتبيين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على
ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في
شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استيجاره لادا الشهادة ولمروته
يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول
شهادته اكراما له قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم
وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه
بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروة له شرعا فلا يلزم قبول
شهادته حتما على وجه لا بد له منه قال رحمه الله ويسال عن الشهود سرا
وعلانية في ساير الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه

فان طعن فيه سال عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسال عنه
في السر والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول
بعضهم على بعض الا المحدود في قذف ومثل ذلك عن عمر وظاهر قوله تعالى
وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر
هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر
لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة
بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لخفائها
ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل
به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات
وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية ولا حاجة الى اشتراط السوال
الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا فتقابل الظاهران فوجب
الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يدرآن بالشبهة
ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان يسقط
ولهما ان القضاء يبتني على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا
والعدالة قبل السوال ثابتة بالظاهر ولا يصلح حجة للاستحقاق فوجب
التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن الثالث
وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه
السلام خير القرون قرني الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد
والاية التي تلونا والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كانا
في القرن الرابع بعد ما تغير احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب
فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد

في

في هذا العصر اكثر ثم التعديل في السر ان يبعث المستورة وهي المرفقة الى
المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته
وسوقه ان كان سوقيا فيسال جيرانه واصدقاوه فاذا عرفهم فمن عرفه
بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه
بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك او يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره
وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب
تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة لئلا يظهر فيوذي ولا بد من
التعديل في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد ليتنفي شبهة تعديل
غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد
كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير
ولم يقدر عليهم اهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله
تزكية العلانية بلا وقتة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة
لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح انه يكتفي بقوله هو
عدل لان من نشا في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام
ولهذا لا يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازع الخصم وما
ذكره في الجامع ان الناس احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل
فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد
عبد او قال القاذف المقذوف عبد او قال الشاج المشجوج عبد او قالت العاقلة
القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف والقصاص فيما دون النفس
ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند
ابي حنيفة فان القاضي يحكم بظاهر العدالة بكونه من المسلمين ما لم يطعن
الخصم فيهم فاذا طعن سال على ما بينا قال رحمه الله وتعديل الخصم لا يصح
هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده

على قول من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال
عن الشهود وتخيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى
والما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه خالهم كاذب بين في
الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن ابي يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز
ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم اخر اليه لانه
يجوز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى
ومراده بقوله اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا
او هم عدول صدقه فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد
على ذلك لا يلزمه لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا
يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا قال رحمه الله والواحد يكفي للتزكية
والرسالة والترجمة لان التزكية من امور الدين فلا يشترط فيها الا العدالة
حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود في قذف اذا تاب لان خبر
هؤلاء مقبول في الامور الدينية الا ترى ان روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا
عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف
الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره من الحدود
والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان او رجل وامرأتان
وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة وتبتنى على مراتب الشهادة لان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية
ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة وهما انه ليس في معنى الشهادة وانما
هو في معنى الاخبار وهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز
تزكية من لا تقبل شهادته كتزكية احد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده
وبالعكس واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس
لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار

حتى

حتى قالوا فيها لا ترجح بكثرة الرواة فالمزكي بلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط
العدد في الشهادة ولكن تركه ذلك النقص بقي ما وراءها على الاصل وفي
المحيط اجاز تزكية الصبي وقالوا يشترط الذكورة وعدد الشهادة في
تزكية شهود الحدود بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي
والمترجم عن الشهود وكل ذلك بخلاف الذي ذكرنا والحق ما بيناه من
الجانبين والاحوط في اكمل الثمان ويتبغي للقاضي ان يختار في المسايلة
عن الشهود من هو اخبر باحوال الناس وكلهم اختلافا بالحالة مع عدالته
ساترا فاما يكون جرحا وما لا يكون جرحا على اجتهاد ولا فقير كيلا يخدع بالمال
فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سأل اهل محلته وان لم يجد
منهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما
تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر
وغيرة لك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها
تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله وله ان يشهد بما سمع او راى في مثل
البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه اي يجوز
له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع لا الحكم ما ذكر وان لم
يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي ليسلا تلوثا وروينا وهذا لانه علم ما هو
الموجب نفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهو معلوم وقوله
عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد بانه باع او اقر
لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد
ظاهرا وان كان بالتعاطي فلا لان حقيقة البيع هو مبادلة المال
بالمال قد وجد وقيل لا يشهد الا على البيع بل يشهد على الاخذ والاعطاء
لانه بيع جبلي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهد اني لا اشهد كيلا يكون
كاذبا وكذا بالاقرار يقول اشهد انه لانا اقر بكذا الفلانة ولا يقول اشهد اني

لما ذكرنا ولو حمل من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذا النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره
ثم يجلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه
يتحمل به العلم وينبغي للقاضي انه اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه
النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التغيير الا ترى ان
الشهادة بالنسب يجوز في اشياء ثم عند التغيير لا تقبل وقالوا اذا
سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا عاينها يسري
تخمرها وقال رحمه الله ولا يشهد على شهادة غيره ما لم
يشهد عليه لان الشهادة لا يلتزم حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالنقل
في مجلس القضاء وهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل
كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحمل وكذا اذا
سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع الشاهد ان يشهد على شهادته لانه
لم يجعله وانما جعل غيره فصار نظير ما لو سمع خصما يوكل حيث لا يجوز للسامع
ان يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برايه قال رحمه الله ولا يجعل شاهد
وقاض ورأوا بخطه ما لم يتذكر اي لا يجعل الشاهد اذا راى خطه ان يشهد
حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود
لا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضيته قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا
ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره
وهو معروف انه قرأ على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة او
القضية او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة ووجهه قوله
تعالى الا من شهد بالحق وهو يعلمون ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم ان يكون حجة لاحتمال انه مزور وهذا

لان

لان فائدة الكتابة ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يقع القلب التذكر صار وجوده
كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز للحاكم واحد منهما ان يعمل بالكتاب ان تيقن به
وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا القاضي ان يحكم بالشهادة
وان يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد ان يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر
الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة وهذا يكتب
كل حادثة فلو لم يكتف بخطه في قطره لتعطلت احوال الناس ولان
يجعله في قطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتب
الرواة تكون في ايديهم فيؤمن من التزوير ايضا بخلاف كتابة الشاهد
لان الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التزوير والتبديل ولو نبه القاضي
فقضاه ولم يكن له بحال شهد شاهدان عنده بانه قضى بكذا على الخلاف
المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو اخبره قوم يثق
بخبرهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره
ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا
يجوز له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد ذلك كثقة الكل ولو تذكر مجلس
الشهادة دون الشهادة لا يسعه ان يشهد قال رحمه الله ولا يشهد بما لم
يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل
الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة لا تجوز الا بعلم يقيني مما لا يمكن من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة
والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى
لان حكم الملك احق من حكم النكاح وهذا لا يجوز للقاضي ان يحكم بالتسامع
والحكم بهذه الاشياء يجب به الشهادة وهذا لوضوح القاضي لا يقبله وجه الاستحسان
ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها

احكام تبقى على انقضاء القرون والقراءن الاعصار فلو لم يقبل فيها بالتسامع
ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب يتقادن بها ما تشهد به
فان النسب يشهد بالهيئة وخبته كل واحد الى الاخر عند المخاطبات
والمنادات والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الاثار والنكاح
بالشهود والولاية والدخول يتعلق باحكام مشهورة من النسب والمهر
والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم
اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط
فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا يختص
بمشاهدة اسبابها الخواص من الناس بل يحضرها الخاص من الناس والعام
وبه جرت العادة ولان الناس قاطبة مجمعون على اظهر يشهدون
بغيره الا ترى انا نشهد ان عليا تزوج فاطمة ودخل بها
وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي ولو تعلقت بحقيقته
علما السبيل ويحل على علم الشهادة بها اصلا لان سبب النسب المعلوق
ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله
وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفى بالكل بالدليل الظاهر ثم انما
يجوز له ان يشهد بجزء الاشياء بالتواتر وباخبار من يثق به واذا راى
امرأة يدخل عليها رجل وينبسط ان بساط الازواج وسمع من الناس انها
زوجته جاز له ان يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح واذا راى شخصا
جالسا بمجلس الحكم يفصل الحكومات جاز له ان يشهد انه قاض تا لوانى
الاخبار بشرط ان يخبره رجلان او رجل وامراتان وهم عدول
ليحصل ظهر نوع علم او غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار عدل واحد
او واحدة لانه قد تحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان
الغالب فيه ان يكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار اللفظ بالشهادة

في

في غير الموت وفي الموت لا يشترط فيه العدد فكل لفظ الشهادة ولو لم يحضر
الموت الا شخص واحد واراد ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا
ثم يشهد ان بذلك عند الحاكم وهو اعز من الكبريت الاحمر ولو شهد انه حضر فلانا
فهو معاينة وقوله واصل الوقف يجتزء به من شرائطه لانه اصله هو الذي
يشهده ومن شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني في حدائقه انه لا بد
من بيان الجهة بان يشهد وانه وقف على هذا المسجد او الفقراء وما اشبهه حتى
لو لم يذكر واني شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ويثبت قصرا للاستثناء على هذه
الاشياء ينبغي اعتبار التسامع في الولاء وعتاقي يوسف انه يجوز لانه بمنزلة
النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء
يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام
وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان العتق يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من
المعاينة فكان ما يبتنى عليه وذكر عمر الائمة السرخسي ان الشهادة بالعتق لا تقبل
بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف ثابت فيه ايضا ثم ينبغي ان لا يفسر انه يشهد
بالتسامع فلو فسر لا يقبل لمعاينة في بلد اشتهر فيه سوي الرقيق لكن ان يشهد له انه
فسر لا يقبل قال رحمه الله ومن رئي في يد شيء سوي الرقيق لكن ان يشهد له انه له
لان اليد بلا منازع اقوى ما يستدل به على الملك اذ الدليل لم يعرفه للملك في
حق الشاهد سوي اليد بلا منازع لان غايات ما في الباب ان يحتاج سبب
الملك من الشراء وغيره وذلك راجع الى اليد لان الملك ثبت له باليد بلا
منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشتري فثبت بهذا ان الدليل على
الملك سوي اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف
على الحقيقة فتعتمد الشهادة باليد ويجوز له ان يشهد بما في يد سوي اليد وبما
سوي اليد وبما مفاتيح وهي مشروعة فانه يجوز على انتفائها وهو المبتغى وعن
ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه يحصل له نوع علم او غلبة

ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما تلونا ورويناه ولهذا قيل لو راى درة ثمينة
في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في ابايه من هو اهل لذلك لا يسعه ان
يشهد له قالوا يحتمل هذا ان يكون تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك
ان تشهد له وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد
متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف قلنا
التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط النسفي التصرف مع اليد وان
يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه
ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف
بالدليل حقيقة وان راه يشتريه لاحتمال ان البايع لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد
تيسيرا اذ الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره عارض
فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسيلة على اربعة
اقسام احدها ان يعاين الملك والمالك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد ثم راه في يد غيره بعد جاز
له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده والثاني ان يعاين الملك دون
المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان ابن فلان الفلاني وهو لم
يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ان المحدود ملكه
على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار
الملك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق
الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا
اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات
الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك
ولا المالك ولكن سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية
كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له

ان

ان يشهد له بالملك والرابع ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل
معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط الشهادة على ما
بينا وقوله سوى الرقيق الى انه لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا راه في
يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله
فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى تعتبر لاطلاق الشهادة بالملك
ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر
ايضا يستخدم طايعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي
يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية جعل ذلك
عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا ترى ان من ادعى
رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذي اليد لان الظاهر
شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه
ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز له
الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه
يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كساير الاموال قال
رحمه الله وان فسر للقاضي ان يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا تقبل
اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في موضع يجوز له الشهادة بالتسامع او فسر
بانه يشهد له بالملك برويته في يده في موضع يجوز له الشهادة برويته في
يده لان التسامع او الروية في اليد يجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه
القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او لاطلاق لاحتمال
المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او روية في يده فلا يزيده علما
فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو
تواتر عنده ولا برويته نفسه في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره

او برؤية غيره وهذا لان القضا يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب
فكذا ينبغي ان لا تجوز به الشهادة فيما لا يجوز القضا به الا انا استحسنا في
المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضا على اصل القياس
قال رحمه الله وان شهد انه حضر دفن فلان او صلى عليه فهو معاينة حتى
لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله
تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله
اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله ولا تقبل
شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيها التسامع وهو رواية عن ابي
حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال ابو يوسف
والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة
وهو العلم والادا يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل
بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم
يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة
على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا ان الادا يفتقر
الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين
من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان
فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف
الغايب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطي امراته حيث
يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج
الى اقتضا الشهوة وبقا النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر
المراة وكذلك اذا عمي بعد الادا قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط وقت
القضا لتصير حجة فصار كما خرس او جن او فسق او ارتد والعياذ بالله بخلاف
ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها

قال

قال رحمه الله والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيها من الزام
الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل فيه ولاية المرء على نفسه ولا ولاية
لهما على انفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله الا ان يتحملا
في الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل التحمل لان التحمل بالمشاهدة
والسماع ويبقى الى وقت الادا بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الادا
هما اهل للشهادة قال رحمه الله والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي تقبل
شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثنا اذا تعقب جملة
بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القايل امراته طالق وعبده
حر وعليه المشي الى بيت الله الحرام الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى جميع
ما تقدم ولان هذا افترا على عبد من عباد الله والافترا على الله تعالى وهو الكفر
لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم تقبل شهادته فهذا اولى ولانه
لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته فهذا اولى ولا جايز ان يكون
اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مظهر
ايضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا
ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التابيد فمن قال هو موقت الى
وجود التوبة يكون ردا لما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على
الكفر وغيره من الجرايم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة
معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد اذ العطف
للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم
فكان الكل جزا جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها
لان ما قبلها حدود ولهذا امر الايمة به وقوله واولئك هم الفاسقون
ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قايم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد

ينع بفصل الايمة لا بوصف قام بالذات فلا يتفرع الاستثنائي الجميع ولو انفرد
لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى واولئك هم
او منظم لاو وعطف فيكون منقطعا عن الاول فيتفرع الاستثنائي ما يليه
ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم الاترى انه لا يصلح جزاء جريمة والجار
ورد الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مولوز اجز عن ارتكاب هذه
الجريمة فصار رد الشهادة قطعا للالة وهي الخائنة معنى وهي اللسان كقطع
اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم
كن الواو والعطف لا يتفرع الاستثنائي الجميع بخلاف ما ذكرنا من المثال لان الواو
فيه العطف لا ترى حاكما جعل انسانا فيتوقف كلها على اخرها حتى اذا وجد
المخيري الاخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لتفقد شرطه وهو ان
لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص يمنع التأييد فكيف يمكن القياس
عليه ولا يجوز ان يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق
التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد
لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة
لاجل انه حد لا الفسق وهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنا تقبل
شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا شهادته
قال رحمه الا ان يجد الكافر في تلك الدار اسلم فانه تقبل شهادته بعد
الاسلام لان هذه الشهادة استفادها بعد المحد بالاسلام فلم يجعلها رد
لانها لم ترد شيئا وهذه الا ترى ان المردود لا تقبل على المسلم وهذه تقبل
فبطل الاول لا ترى ان الثانية بخلافه للعبد اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته
لانه لم تكن له شهادة على احد وقت الجلد فلم يتم الرد بعد الاعتاق في حقه
فلا يتصور تبوطها من غير اقامة البينة على المقذوف فانه زنا على ما مر وهذا
لان الرد من تمام الحد في الكافر تبين حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية

ولو

ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضربها باقي بعد الاسلام تقبل
شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل
هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه اذا ضرب السوط
الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء
تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر بعد
الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي
المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد
مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو
لا يسقط الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي عنه
انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة
الحد على ما بينا قال رحمه والولد لابويه وجديه وعلى واحد
الزوجين للام وابن والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل
شهادة المولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمستأجره ولان المنافع بين
هؤلاء متصلة وهذا لا يجوز اذ بعضهم الزكوة الى بعض فيكون شهادة لنفسه
من وجه فلا تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لا يكون لان له حقا
في ماله كيف ما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعمل
ضرر استاذه ضرر نفسه وتنفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السوال والمراد من يكون تبعا
للقنوع كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السايل يطلب معاشه منهم
وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص
فيستوجب الاجر على منفعته فاذا شهد في مدة الاجارة يكون كانه شهد
له باجر وما لك في الخانية في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم

والشافعي يخالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون
سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فصار نظير الاخوة
ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة
ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا من الحديث وما بينا
من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما غنيا بغنى صاحبه
وقيل المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى فاذا كان هذا في الزوجين
ففي الولاد اولى وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر
قال لا بل مكان الحسن قال اما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت لكن ايت بشاهد
اخر القصة الى اخرها وفيها انه استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح
في العدالة لانه انما لا يجوز لانه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه
غير مقبولة قال رحمه الله والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة
المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة
واحدة فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية
هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه
فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا
سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض
ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة
فيه ليس بشرط قال رحمه الله والمخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه
لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي
يباشر الردي من الافعال ويلين كلامه عمدا وكل ذلك معصية فلا تقبل شهادته
لقوله عليه السلام لعن الله المخنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان

عند شريح

في

في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو
عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله والمغنية لانه عليه السلام نهى عن الصوتين
الاحمقين النائحة والمغنية اطلقه في حق المرأة ولم يقيده بكونها تغني للناس
وقيده به في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على
ما نبين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب
المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا
تسقط عدالتها قال رحمه الله والعدو اذا كانت عداوته ظاهرة دنيوية
لان العداوة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه واما اذا كانت
العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من الدين فتدل على قوة دينه وعدالته
وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه
والذي يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر
والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال رحمه الله
ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي
الكافي قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا
ولم يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا تسقط عدالته
اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكرانا فيلعب به الصبيان فانه لا مروة لمثله
ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب
ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في
الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي خان لا تقبل شهادة
مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية
معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد
به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية على السكر والمحرم في الخمر
نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور لا تقبل

شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم
فلا يحترز عن شهادة الزور قال رحمه الله ومن يلعب بالطيور لانه من اللهو
ويقال بالطيور لانه ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام
ما انا من دد ولا الدد مني لان الغالب فيه ان يصعد السطوح ليطير طيره فينظر
الى عورات النسا وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته ليستانس به لا
ليطيره فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت
مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير الا اذا كانت
تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه ملك
الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته به قال رحمه الله او يغني للناس
لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو اعادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب
وقيده بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل
الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا تسقط عدالته في الصحيح
لما روي ان البرا بن مالك دخل عليه اخوه انس بن مالك وهو يغني والبرا
بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة
فهو جايز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او كان
فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به فان كانت معينة وهي حية يكره ومن
المشايخ من اجاز الغنى في العرس الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا
للنكاح وقد قال عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال
اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به
ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح
من الاقاويل بحمد الله تعالى قال رحمه الله او يرتكب ما يوجب الحد لانه من
الكباير ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكباير ترد شهادته واختلفوا
في الكبيرة فقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث

المشهور

المشهور وهي الاشراك بالله تعالى والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل
النفس بغير حق وبهت المومن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربا
واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به
فهو كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كل ما اصر عليه
المرء فهو كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وما استغفر عنه
فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار
وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة
والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة
فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهو
صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القران او في الحديث المشهور
يمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب
يرتكبه فصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيا من المحرمات
ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل
وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فهو صغيرة وقيل ما سمي فاحشة
في الشرع فكبيرة قال رحمه الله او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة
حرام وقال عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور وراى ابو حنيفة رجلا
في الحمام بغير ازار فقال ع الا ايها الناس خافوا الهكم ع ولا تدخلوا الحمام من
غير مئزر ع وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه
غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروة قال رحمه الله او ياكل الربا
لانه من الكباير وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا
يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف اكل مال اليتيم حيث لا يشترط
فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط
فيه الادمان قال رحمه الله او يقامر بالنرد والشطرنج او تفوته الصلاة

بسببهما لان ذلك فسق وكذلك اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك
من الكباير وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار
ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من يلعب بالنرد
ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا
فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها انفا
قال رحمه الله او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف يعني
الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلما كابي حنيفة واصحابه لان
هذه الاشيا تدل على قصور عقله وقلة مروته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع
عن الكذب عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من ياكل
في السوق بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة
اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف
منهم بالعدالة ولا تقبل شهادة من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس قال
رحمه الله وتقبل لاخيه وعمه وابويه رضاعا وام امراته وبنتها وزوج
بنته وامراة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة
لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولاد او احد
الزوجين للاخر على ما بينا قال رحمه الله واهل الاهوا الا الخطابية
وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهوا لانهم فسقة اذ الفسق من حيث
الاعتقاد اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان
الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتاق لا يدل على
ذلك بل ما اوقعه فيه الا تدينه الا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب ومنهم
من يجعل منزلته به بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب
حذرا عن الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول
شهادته قياسا على غير صاحب الهوا وهواه عن تاويل وتدين فلا يبطل

عدالته

عدالته به كمن يستبيح المثلث او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله
على قبول شهادته فقال ارايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو شهدوا بين يدي علي
لكان يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهوا فكيف بالخروج
عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تاويل وتدين لم يمنع قبول شهادته
وشرط في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي
النهاية ان اصول اهل الاهوا ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه
والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشر فرقة والخطابية قوم من الروافض
ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا
للمدعي اذا حلف عندهم انه حق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم
هذا تمكنت الشبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل
انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيا على غيره يجب ان يشهد له بقية
شيعته وذكر الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة
قتله عيسى ابن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب
هو الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر قال رحمه الله والذمي على
مثله وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله ولا على
الحربي لانهم فسقة بين الله تعالى فسقهم في ايات من القران وهو اغلظ
من الفسق تعاطيا فكان اولى برد شهادته ولان الله تعالى قال ممن
ترضون من الشهدا والكافر غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق
اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته تودي
الى الزام الحاكم القضا بشهادته ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر
ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الايات
عنادا مع علمهم انها حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم

ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها
كالمرتد ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من
كان اهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت
مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلف لا تقبل لقوله عليه السلام
لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة
على اهل الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود
عليهما بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر ابن عبد الله انه عليه السلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى
او اخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها
الذين امنوا فهذا نص على ان شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي
وصية الكافر اولى ثم انتساخه في حق المسلم لاجل ان ولايتهم على المسلمين
انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة
لانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فاذا بقيت ولاية بعضهم
على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل
ذلك على ان الاية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها
بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه
امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه ابو داود والدارقطني
وقالت عائشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا سورة المائدة قال
نعم قالت فانها اخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما
وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدل على انها ليست بمنسوخة
في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع
عن محظور دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والوصي

ثبت

ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم
بذلك فقال ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية
مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره
ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة
والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من اهل الولاية على احد كالصبي
والشهادة من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلا
للشهادة ايضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضاء بقول الكافر وانما
لزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضاء امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما
يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب
وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذي
حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون
في عصرنا منهم ان يكون عالما بالحق بل الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله
به ولو علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الا ترى الى قوله
تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى ان فريقا منهم
ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان اهلا للشهادة لا يختلف بين
شخص وشخص قلنا انما اختلفت بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل
هذا غير منكر شرعا على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته
ولاد الا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص
للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته على احد
كالعبد والصبي وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على
بعض وان اختلفت مللهم لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التقول
عليه قال رحمه الله والحربي على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي
وله ولاية على الحربي والذمي اعلى حالا منه لانه من اهل دارنا فجازت

شهادته عليه ولا يجوز شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فيجوز
احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع
الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك
لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الاخر وماله قال
رحمه الله ومن الم بصغيرة ان اجتنب الكباير اي تقبل شهادة من عصى
معصية صغيرة بشرط ان يجتنب الكباير واللمم الصغيرة والم اذا اذنب
ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكباير كلها وكانت حسناته
اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكباير والصغاير فبقي الكلام في العدالة
والاصل ان العدالة شرط القبول للشهادة وهي الاستقامة يقال طريق
عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل وتعارض العقل هوا
يضله ويصده عن الاستقامة وليس كمال الاستقامة جد يدرك مداه
ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤديا الى تضييع الحقوق وادناه رجحان
جهة الدين والعقل على الهوا والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب
كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان
الكذب الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف ان العدل
في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكباير ولا يكون مصرا على الصغاير
ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطايه لان الصغيرة تكون
كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد فلم يوجد
ما يدل على الاجتناب على الكذب والالمام من غير اصرار لا يقدح في العدالة
اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبيا عليهم السلام فيؤدي
اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك
جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهدا على الناس اي عدولا وقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف قال رحمه الله

والاقلف

والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة
هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا
بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن
عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة
ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة
ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع
وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم
وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته
او بعد السابع بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك به لما روي ان الحسن
والحسين رضي الله عنهم ختنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ
وهو سنة للرجال عندنا دون النسا وقال بعضهم انه فرض ولنا قوله عليه
السلام الختان للرجال سنة وللنسا مكرمة قال الحلواني رحمه الله كان
النسا يختتن في زمن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان مكرمة لانها
تكون الذلة عند المواقعة قال رحمه الله والخصي وولد الزنا والخنثى
لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او جناية احد ابويه
لا توجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي
والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن
مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة في حق الشهادة
احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم يضم اليه امراة ولا مع النسا
بلا رجل معهن قال رحمه الله والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين
ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة
المشايخ وقيل هم الامرا وقيل الذين يعملون بايديهم ويوجرون
انفسهم واياما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل عبادة وله الاجر

على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها
في الناس ذا مروة لا يجازف في الكلام تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتسامح احد على استيجاره على الشهادة
الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة وروي ان فضيل
ابن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته
فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا
يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة
انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك
ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في
مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان
الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم
وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للسدوري ان من قام بتوزيع
هذه النوايب على المسلمين بالقسط والعدالة كان ماجورا وان كان
اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع
ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم
فيما تقدم وبايع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت
بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه
اراد به من يبخل بالواجبات كالزكوة ونفقة الزوجات والاقارب
قال رحمه الله والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه
وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند
شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله عنهم اجمعين
قال رحمه الله ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز
وان انكر لا كما لو شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او

انكر

انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى رجل
والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل
شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغايب قد وكل هذا الرجل
بقبض ديونه سوا ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز
الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى اليهما او لهما او الغريمان لهما
عليه دين او عليهما له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة
استحسانا والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة
من يحفظ ماله او من يستوفي منه او من تبرا ذمته بالتسليم اليه او من
يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار
نظير مسيلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب
الوصي اذا كان طالبا وكان الموت معروفا فيكتفي القاضي بهذه الشهادة
ومونة التعيين وزكياه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل في من
يعين وفيمن يصلح فيعين من ثبتت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص
لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شي لم يكن له فعله ونظيرها
القرعة فانها ليست بموجبة شيا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا
جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال
اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم
لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم اليهما ثالثا
لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما ثالثا بخلاف ما اذا
كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصية
وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب
الوصي الا بهذا البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل
لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسيلة

الوكالة وهي ما اذا اقام شخصان البينة ان اباهما الغايب وكل فلانا بقبض
حقوقهما حيث لا تقبل وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغايب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة
فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن
الموت ظاهرا لانهما يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له
فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى
القبول ان يامر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه الا ان يبرا عن الدين
بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فتقبل في حقه والبراءة
حق لهما فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله ولا يسمع القاضي الشهادة
على جرح اي مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق
العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه
بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جايز
على ما نبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز
لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانا نقول لا ضرورة الى هذه
الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى ترد شهادتهما فامكن الامتناع
عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله
تعالى كقولهما زنوا او شربوا الخمر او كان فيه اثبات حق العبد كقولهم اخذوا
المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان
فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد وايجاب حق العبد
وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت
الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا علي به
واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال

اعطاهم

اعطاهم المدعي من مال الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده
تقبل بينته لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو
مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي
ولم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا
له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعا مجرد جرح لانه لم يدع قبله
حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها
لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو اقام
البينة على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه
لا حق له في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه استاجر الشهود
او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا
اقام البينة ان الشهود عبيد او محدودون في قذف لان في العبد اثبات
الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما
حكوا باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على
اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة
او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم
لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه
انه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل الشهادة ولو
اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم
يتقادم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما
لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحق متقادم مردودة وما ذكره
الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تاويله اذا اقامها
على اقرار المدعي بذلك او على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي وغيره
من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم

زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل بحمل الاول على انه لو كان متقادما والا فلا
فرق بين قولهم زناة او زنوا الى اخره قال رحمه الله ومن شهد ولم يدع حتى قال
اوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا اي اخطات بذكر زيادة كانت باطلة
او بنسيان بعض ما كان يجب على ذكره تقبل لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة
مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان
قال ذلك بعد ما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين
بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت
في خمسماية يقضي بالالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على
القاضي القضا به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد
الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الايمة السرخسي
هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة
الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي والمدعى عليه او يترك الاشارة
الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا
مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان قوله يقبل في غير المجلس في الكل
والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة
او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين ان يكون قبل
القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا
لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر ذلك
يقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضا فذكره ذلك للقاضي دليل على
صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا
والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي
انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد

الشيين

الشيين بعد الدعوى اما الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما
اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما
اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى
فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم
الشرط وقد تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى
فيها ليس بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان
كل احد خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجودة ولانه تعالى لما
امر باقامتها كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد
من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها
قال رحمه الله ادعى دارا ارثا او شرا فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل
بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا
بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحقه
المدعي بزوايده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على
بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير
قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله وبعكسه لا
اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين
لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع
قبول الشهادة قال رحمه الله ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى
لان القضا لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به
لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد
بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع
لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل ماية درهم فشهد شاهد بدرهم

واخر بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي
حنيفة لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة وكذا ان شهد احدهما
بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي
يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتين والطلقة والطلقتان
او الثلاثة ولهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت
ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمهما وذلك ليس باختلاف
الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا
لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا
شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الالف وخمسماية
بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان المدعي كذب من يشهد
بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ
يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف
غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين
لانه لم يشهد على واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين
لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان يثبت الالف ضمنا فاذا
لم يثبت المتضمن لم يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال
لامراته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شيء وان اتفق
اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى شرط للقبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط
اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا
باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والقتل والاخر
بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف وخمسماية لان الشاهدين اتفقا على
الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف

غير

غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة
ونصف والماية والماية والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر حيث لا
تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي
الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان
يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزايد او ابرأته
عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت
المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو ان
يشهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود
في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه
فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره
ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل
شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله فان شهد
احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما
في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما
ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلث تطليقات وفرق
القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على
شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كانا كما قالا ان الواحدة
توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي
نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث
صارت في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج
الفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع اي عدد شاء
الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال رحمه الله وان شهد الاخر بالف

وخمسماية والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسماية تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي
الالف وخمسماية لاتفاقهما بالالف وتفرد احدهما بخمسماية بخلاف ما اذا كان
يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة
على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى العقد فلا
تقبل الشهادة على ما يجي من بعد ان شا الله تعالى قال رحمه الله ولو شهدا
بالف وقال احدهما قضاه خمسماية تقبل بالف ولم يسمع قوله انه قضاه
الا ان يشهد معه اخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد احدهما
بقضا النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسماية
منا قضا لشهادته بالف لان قضا الدين طريقه المقاصة معناه ان الداين
يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقا دينه فلا يكون كاذبا ولا يقول ان المدعي كذب
شاهده بالقضا فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف وخمسماية والمدعي يدعي
الفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح
كما اذا شهد له انسان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان اخر فان شهادتهما له
لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما
فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسماية فقط لان
مضمون شهادة شاهد القضا ان لا دين الا خمسماية في المعنى وهو المعتبر
عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى
كمذهب ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد له بخمسماية ابتدا بل اتفق الشاهدان
على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضا فلا يسمع قال
رحمه الله وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه
ان لا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسماية حتى يقر المدعي انه
قبض خمسماية كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله ولو شهدا بقرض

الف

الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في
القرض وعدمها في القضا وذكر الطحاوي عن بعض اصحابنا انه لا يقضي به
القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين انه لا شي عليه من المال ولو
قضى لكان قضا بشهادة الواحد وهو غير جايز ولان المدعي كذب شاهد
القضا والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على ما ذكرنا في المسيلة المتقدمة
اذ لا فرق بين المسيلتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضا كل الدين
في هذه وفي الاولى بقضا البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف
الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشرا والطلاق والعتق والوكالة
والوصية والرهن والدين والقرض والبراة والكفالة والحوالة والقذف
تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل
ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان
او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود
به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور
الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع القبول لان
الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود
به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلفا شاهد القذف في زمانه
او مكانه لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشا فهما غيران
وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشا والاخر اخبارا فهما لا
يتفقان لان الانشا ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك
بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشا والاخر
سمع الاقرار به وثبت عنده قذفه فهما شاهدان به قال رحمه الله ولو شهدا
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله بمصر ردتا يعني طايفتين
كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره

ترد الطايفتان لان احداهما كاذبة يقينا ولبست احداهما باولى بالقبول
من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول
حركات انقرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول
يحدثها الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول
حتى يصير تكرار الاول ما عادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل ولا يتصور
فكانا اثنين من حقيقته وحكما بخلاف القول لان القول يبقى بالقول
فكان الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او المكان او الالة
التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله فان قضى باحدهما
اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة
الطايفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال
القضاء بها فلا تنقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بكلمة صار ذلك
حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور
فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان احدهما بخس تحري وصلى في احدهما
ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول لما تصل
بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الاخر قال رحمه الله ولو شهدا
ببرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة
والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة
بان قال احدهما سرق بقرة بيضا وقال الاخر بقرة سودا تقبل شهادتهما
وتقطع يده بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى او اختلفا
في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عندنا خلافا
لزفر لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا
سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد منهما نصاب الشهادة فلم تثبت
وصار كما اختلفا فيما في الذكورة والانوثة وكما اختلفا فيما في اللون في الغصب

بل

بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة
حد يسقط بها حتى صار نظير اختلافهما في قيمتها ولهما انهما اختلفا فيما لا يكلفا
تعيينه لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف حتى صار كما اختلفا فيما في باب
السارق الا تري انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان
القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعتبرا انهما بلغا نصابا ولان التوفيق
ممكن لان السرقة تكون في الليالي قاليا ويكون المحل فيها من بعيد يشتبه
عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان كان احدهما ابيض
والجانب الاخر اسود فيشهد كل منهما رأي او ما وقع عنده بخلاف الوصف
المذكور والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على
تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه بان كانا مرتين مختلفتين فلم يتم
في كل واحدة نصابا للشهادة وبخلاف الغصب لان المحل فيه بالنهار لان
الغصب يقع بالنهار وهو بقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه المحل تكون الشهادة
عن تحقيق وتأمل لكلمة من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق
احتمال لا يجاب الحد وهو بحتمال الدرية لا يجابه قلنا القطع لا يضاف
الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء
يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل فعلى هذا تكون البقرة المسروقة
بلقاء والمشهود ببرقتها ابيضا او سودا ولم يقبل واحد منهما انها بلقاء
فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين اما
في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون فحكمها بيضا
او سودا بناء على ما شاهد من مواشيها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعى
يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف اما اذا ادعى سرقة بقرة بيضا
او سودا لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعى كذب احدهما وقيل هذا
في لونين متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان

الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف ما اذا اختلفا في ثوب
بان قال احدهما هروي والاخر مروي وان اختلفا في الزمان او المكان
لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه
اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف
وخمسماية فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد
منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع
ولا فرق بين ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود
اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان
الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن
مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم الا بسبب
معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق
ممكن لان الشرا الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسماية بان يشتريه بالف
ثم يزيده عليه خمسماية فقد اتفقا على شرا واحد ولو اختلفا في الجنس بان
شهد احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بماية دينار
بطلت لعدم امكان التوفيق لان الشرا الواحد لا يتصور ان يكون بالف
درهم ثم يصير بماية دينار قال رحمه الله وكذا الكتابة والخلع اي اذا
اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات
السبب وهذا اذا كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل
له مقصوده وهو العتق بالادا فصار نظير الشرا وان كان المدعي هو المولى
فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات السبب وهذا
لان البدل في ابتدا العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند ادا المال فيصير
مقابلا بالعتق فقبل الادا بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد

وقيل

وقيل ان كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد
لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية للخلع
لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار
نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت
قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع
الطلاق باقراره فيكون بمنزلة الدعوى للدين فيثبت اقلهما وهو الذي
اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال
فان كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد
والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان
المدعي هو المولى والولي يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى
الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا وان
كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن
اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شا فلا فايدة
في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه
وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن ان يدعي انه رهنه
الفا وخمسماية وادعى انه قبضه ثم اخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه
فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية يثبت اقلهما
وفي الاجارة ان كان قبل استيفا المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير
البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي
كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي
الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع هذه
الصور كما بينا في الدين قال رحمه الله فاما النكاح يفسخ بالف يعني باقل

المالين وهذا على ابي حنيفة سواء كانت الدعوى من الزوج او من المراة وسواء
ادعى الاقل او الاكثر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا
يقضى بشيء لانا لمقصود من الجانبين اثبات النسب والنكاح بالغ غير
النكاح بالغ وضمانه تبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي
او المراة في المدعية لاستباح بلوت النكاح باقرار احدهما بخلاف العتق على
مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو
الزوج والمولى والولي لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق
فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما
تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم فرضا لها مهرا
صح التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى اثبات العقد وانما يحتاج الى قيامه
وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من
اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة
البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبينة على التسمية
في حال يحتمل العقد لا تكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان
الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين بخلاف
العقيقتين شهادتهما لم يقبل الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية
وبقاء النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج
والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بفسخه ولا يفسد
بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فيبقى العقد سالما عن الاختلاف فلزم
وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل من دعواه في الدين وقبله
الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية يجعل ابو حنيفة مقصودها المال
فيخرجه على ما بيناه وهما يجعلان مقصودها العقد لما بيناهما واما اذا كان
المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد

بالغ غير العقد بالغ وضمانه على ما بيناه والاول هو الاصح وقد بينا وجهه
وهو استحسان ويستوي فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الاصح لاتفاقهما
في الاصل وهو العقد والاختلاف في تبعه لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من
وجوب المال بحيث لا اقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيبا
للشاهد لجواز ان الاقل هو الحق ثم صار اكثر بالزيادة قال رحمه الله
وملك الموروث لم يقض لوارثه بلا حجة اقام البينة او برهن
حسنهما وقت الموت بيانه اذا اثبت ذي انه ملك المورث بان ادعى
الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين شهدا ان هذه
كانت لابيه لا يقضى له حتى يحر الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له
او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه من
المستعير وغيره والاصل فيه ان الحر شرط وهو ان يقول الشاهدان مات وتركها
ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان حرا لانه اثبت ملكه
او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للانتقال
وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان
كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد
ملك بواسطة الضمان اذ امانات مجهلا لتركه الحفظ به والمضمون يملكه
الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثبات الملك واثبات
يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر والغاصب والمرتهن وغيرهم
اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الحر فاكتفى به عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الحر ليس
بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد
ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافه عنه ولهذا يرد بالعيب
ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اذا اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين

ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لاستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان على ما
كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ملكية الوارث لم تكن ثابتة
قبل موت المورث فكان ثبوتها ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال لان
ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يد في الدار المشفوع بها وان كان
يدفع دعوى غيره به لما مر وكذا اذا اثبت الحي انها كانت له حيث
يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة
فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا
يكلف اقامة البينة انه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك البائع يضاف
الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال بل ملك البائع لانه
ليس بموضوع للملك حقا لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء
والى الموت فثبوت ملك الوارث يضاف الى كون المال ملك المورث وقت
الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله

حكم

فكم من ثبوت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت
مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا
قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر قال رحمه الله ولو شهدا ان هذا العين
ملك فلان مات وورثه ابنه حي مسلما وهو حي ردت اي اذا شهدا ان هذا العين كانت ملك فلان مات وورثه ابنه حي مسلما وهو حي ردت
الشهادة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تقبل لان اليد مقصودة
كالملك فوجبان تقبل كما تقبل الشهادة بالملك كما ذكره مات وورثه ابنه حي مسلما وهو حي ردت
ويبقى الجواب لو يوجد ما يزيله فاليد وصارت كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي
او بالاقرار منه باليد له وجه ان الشهادة فاتت بحجة لان اليد منقطعة وهي
متنوعة الى ملك وامانة وضمانة فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه
معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب
الرد لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على
ما يجيء ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المحقق الا البيان
يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان كالمتباعا قال رحمه الله ولو اقر
المدعي عليه بذلك وشهد شاهدان انه اقر انه كان غصبه المدعي ودفع الى
المدعي اي اقر المدعي عليه باليد للمدعي وشهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ شهر ردت ذلك الى المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة
المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان علي شيء صح ويجب عليه
البيان ولا تصح الشهادة به والله اعلم بالصواب باب
الشهادة على الشهادة قال رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهات ان شهد
رجلان على شهادة شاهدين اي يجوز الشهادة على الشهادة بشرط ان يشهد
شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة عبادة بدنية وجب على شاهد الاصل وليست بحق المشهود له
بدليل انه لا يجوز الخصومة بها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة

البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول
وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز
عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد
يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتوا الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة
فروع الفروع الى ما لا نهاية له فصار ككتاب القاضي الى القاضي وقوله
فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة
وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النسا
لما فيها من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة
البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في
الوقف والصحيح انها تجوز فيه احيا له وصونا عن اندراسه وقوله
ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد من الشاهدين
رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام
النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى
لو اشهد احدهما على شهادته رجلين واشهدهما الاخر بعينهما جاز وقال
الشافعي لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين اشهدهما
صاحبه لان كل شاهدين قايمان مقام اصل واحد فلا يتم حجة القضا
بهما كالمراتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما
تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد ان يشهد على تلك الشهادة على غيره
الا ترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهده صاحبه
على شهادته مع رجل اخر وقال مالك يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد
لان الفرع قايم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته
الى مجلس القاضي وكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان

رواية

رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على
شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بان اكل اصل
فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند
القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضا فلا بد من
النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة احدهما جاز ان يشهدا على اخر ايضا لان
الشاهدين تجوز لهما ان يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امراتين لان النصاب
لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شي لان المراتين كرجل واحد وبخلاف ما
ما اذا شهدا احد الاصلين على صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم
الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيا ولان معنى الاصالة
تقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية تقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان
فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد
بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان
نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لا يثبت ثلاثة ارباع الحق
ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد
الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان
الفرعين ليسا ببدل عن الذي يشهد معهما بل عن الذي لم يحضره وقوله
ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامراتان
لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمراة
ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامراتين ويشترط ان يشهد
على شهادة كل امراة نصاب الشهادة كما بينا قال رحمه الله ولا تقبل شهادة
واحد اي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف
فيه قال رحمه الله والاشهاد ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد ان
فلانا اقر عندي بكذا وهذه صفة الاشهاد ولا بد منه او ما يقوم مقامه

لانه كالنايب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد
عند القاضي لينقله الى مجلس القضا ويحصل ذلك بما ذكر هنا ويقول له
عند التحميل اشهدني على نفسه انشا وليس بلازم لان من عاين الحق حل له
ان يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال اشهد اني سمعت فلانا يقر لفلان
بكذا فاشهد انت على شهادتي بذلك او قال اشهد ان لفلانا على فلان كذا
فاشهد انت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود ولا يقول اشهد على
بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود
به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون
امرا بان يشهد مثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب
قال رحمه الله واداء الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذه صفة
اداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
والجملة تحصل لذلك وله لفظ اطول منه واقصر وكلا طرفي الامر ذميم
واوسطها صميم فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
انه شهد ان فلان ابن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان ابن فلان عليه
الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي
لفلان بكذا ففيه ثماني شينات او يقول اشهد ان فلانا شهد عندي بكذا
واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد بشهادته على ذلك فيذكر فيه ست
شينات وما ذكرناه في المتن فيه خمس شينات والاقصر منه ان يقول امرني
فلان ان اشهد على شهادته ان لفلان على فلان كذا وانا اشهد على شهادته
بذلك فيذكر فيه اربع شينات ان يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر
فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث
وابي جعفر وشمس الايمة السرخسي رحمهم الله وهو اسهل وايسر واقصر وروي

ان

ان ابا جعفر كان يخالفه علما عصره فاخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له
قال رحمه الله ولا شهادة للفرع الا بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها
للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشيا والمراد بالمرض ما لا يستطيع
الحضور معه الى مجلس الحكم لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا سقط
جاز له ان يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جايز
وامر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يودي الى الحرج وربما
لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر
ظاهر الا ترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم
وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير
محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد
احيا لحقوق الناس والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في ساير الاحكام
والثاني وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق لان احيا الحقوق واجب ما امكن
والشاهد ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله
حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحيا لحقوق الناس
واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروي عن محمد انها تجوز كيف ما كان
حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته
في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الايمة
السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح ادب القاضي للخصاف رحمهم
الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر يجب ان تجوز على
قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا تجوز بنا على ان التوكيل بغير رضى الخصم
لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البنا ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره
مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه

في الشهادة الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق
الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه
في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله فان
عدلهم الفروع صح لان الفروع من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل
وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ
شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس
الحق وكان يندب باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد
برد شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخرى معه وان اتفق الرد فهي انما ترد
لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة
والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله والا عدلوا اي ان لم
يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الاصول لان المأخوذ على الفروع
النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف
القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة
فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم
وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر سأل عن الذين لم يعرفهم بها
فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في غير ظاهر الرواية
عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية
ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهما ولا نخبرك
بحالهم قال رحمه الله وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة
اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او
غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم
يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا

صادقين

صادقين بذلك فلا يثبت التحمل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو شهدا على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما
يعرفانها فجاءا بامرأة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات
شاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما
والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلا
بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره ما اذا شهدوا ببيع محدود
بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من اخرين
يشهدان ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به
وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في
يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده قال رحمه الله وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه
ان القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي
بكذا من المال على فلانة بنت فلان واحضر المدعي امرأة عند القاضي
المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد
من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في
المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب
لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من
اثنين على كل اصل على ما بينا قال رحمه الله ولو قالا فيهما التميمية
لم يجز حتى ينسباها الى فخذها اي لو قال الشاهدان في الشهادة
على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية
لم يجز حتى ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه
ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى
الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة

ثم العشيرة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب
النهاية العشيرة اخو الكل فالشعب يجمع القبايل والقبيلة يجمع العماير
والعمارة يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصايل
فخزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ
والعباس فصيلة وبني الشعب شعبا لان القبايل يتشعب منه
والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل
بالنسبة الى الخاصة دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم
بالنسبة اليه والعرغايبة شعبة عامة وكذا السمرقنديه والبخاريه
والمصريه والاوزجنديه خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة
بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي
حنيفة ومحمد فذكر الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين
يقوم مقام الجد قال رحمه الله ومن اقر انه شهد زورا يشهد
ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يوجع ضربا
ويحبس وهو قول الشافعي لقبل شهادته القضا ولم يتصل لانه
ارتكب كبيرة وفيها ضرر للمسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير
ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام ايها
الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلى قوله تعالى فاجتنبوا
الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكباير
فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس
بغير نفس وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع
وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة
رحمه الله ان شريحا كان شهر ولا يضرب وكان يبلغه الى سوقه ان كان

سوطيا

سوطيا والى قومه ان كان غير سوطي بعد العصر اجمع ما يكون ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
وحذروه الناس ويشهر رحمه الله وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة
في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة
فمن كان بمثله من ائمة التابعين تحكيم حكم الصحابة حتى روي
عن ابي حنيفة انه تقلدهم وعدهم فقال مثل سروق والحسن وعلقمة
وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا
تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتخوينهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فانه
كان قاضيا في زمان عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفا فيكون فعله
مثل قولهم اذ لا يليق بهم ان يولي الا من يصلح لان يكون وهو المحترز عنه
ضرورة وما روي عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه اربعين سوطا
وهو حد العبد في القذف وبدليل تسخيم وهو مثلة لم يجز الاجماع
ولذا لم يقولوا به لنبيه عليه الصلاة والسلام عن المثلة ولو في الكلب
العقور ولان التعزير التأديب والتسخيم يمنعان عن الرجوع بعد
الوقوع فلا يليق بالتعزير وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندها ايضا
وقال الامام الحاكم ابو محمد الحاجب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة
اوجه احدها ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر
بالاجماع والثاني ان يرجع عن غير توبة وهو مصر على ما كان عليه فانه
يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه باي سبب فانه على الاختلاف
الذي ذكرنا قوله ومن اقر انه شهد زورا يصح بانه انما يجيء التشهير
او التعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد
كاذبا متعمدا واما اذا قال غلطت او نسيت او اخطأت او وردت
شهادته ثم تمت او خالف بين الشهادة والدعوى او بين شهادتين فانه

لا يعزر لانا لا ندري من هو الكاذب منهم المشهود له او الشاهدان او احدهما
وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة
لانه من باب النفي والبينة حجة للاثبات ولا حجة في اقراره على نفسه
فيقبل اقراره على نفسه ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا
اذا شهدوا بقتل شخص او موته ثم جاء المشهود بموته او بقتله حيا
لتيقننا بكذبهم والرجال والنساء واهل الذمة في شاهد الزور سوا
وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل
لان الذي حمله على الشهادة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال
الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة اشهر
وبعضهم بسنة والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان عدلا
او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا تعتمد وروى الفقيه
ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتى فتلخص لنا
من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها
انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود
له وهو وصلة خاصة بين الشاهد وبين المشهود له كقرابة الولادة
والزوجية واما الدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد
التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان باربعة شهداء دليل
كذبهم بقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم
الكاذبون والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا
الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه وقال عليه الصلاة
والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر
على ما بيناه وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يدفع قدميه

من

من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب
عنها واذا وقعت منه خطا او عمدا يجب عليه ان يتوب والتوبة عنها لا
لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحيا من الناس وخوف الائمة
لان الاستحيا من الخالق اولى من الاستحيا من المخلوقين وفيه تدارك
ما اتلف بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في
حق المدعي ثم ركن الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت
بزور فيما شهدت وشرطه ان يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضا
التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله ولا يصح الرجوع
الا عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
مجلس الحاكم اي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته
ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضى المتبايعين ولان الرجوع عن
الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما
قال عليه الصلاة والسلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت
الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند
غيره غير صحيح فلو اقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير
القاضي وطلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا
باطلا بخلاف ما اذا اقر انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما
وان اقر برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف
ما اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض اخر غير الذي كان قضى بالحق
حيث تقبل هناك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا قال رحمه الله فان
رجعا قبل حكمه لم يقض لان كلا منهما متناقض والقاضي لا يحكم
بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا
على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضا فلم يتلفا

على المدعى عليه شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما
بل هو باق على اصل العدم على ما كان غاية الامر ان يقال لولا رجوعهما
لقضي بشهادتهما ولثبت الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا ان
يشهدا ابتدا ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما
عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز
ان يجرحا ولان المدعي على دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول
فيثبت حقه ولا يتوى ولان توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما
قال رحمه الله وبعده لم ينقض اي اذا رجعوا بعد ما حكم القاضي
بشهادتهم لم ينفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالتناقض
لا ينتقض الحكم بالتناقض لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد
ترجح الاول باتصال القضا به فصار نظير ما لو شهدا ان عمرو قتله بكر
بالكوفة وشهد اخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضا يردان وبعده
لا ينتقض لترجحه باتصال القضا به ولانه لو نقض ادى الى النقض
الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الى
غير نهاية قال رحمه الله وضمنا ما اتلفاه للمشهود عليه اذا قبض
المدعي المال دينا كان او عينا لان التسبيب على وجه التعدي يوجب
الضمان كحفر البير ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال
الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة
قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود فان كان مباشرا
لانه ملجا من جهتهما فان القضا واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى
لو امتنع ياثم ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس
عن تقلد القضا مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم
قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة

كوضع

كوضع الحجر على الطريق ومن العجب ان الشافعي يوجب اضافة الحكم القصاص
على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة
وامر الدم اعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان
القاضي ملجا ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال
انتم ايضا تناقض قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم
توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزا الجناية لانا نقول
القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيتصور
ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة
والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا ترى ان القصاص لا يجب
في الخطا والمال يجب والخطا اقوى من التسبيب لوجود المباشرة
فيه ولهذا يوجب حرمان الارث فيه بخلاف التسبيب فاولى ان يسقط
به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا وهذا
اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي
ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان
المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان
لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زال ملك
المشهود عليه عنها بالقضا الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف
فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه
فلو رجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب
الدين وفي العين يتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم
لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي حنيفة
وابي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف
بالكلام فصار كالوديعة فانه لو ادعى العقار عند شخص فاقر به المودع

لغيره فانه يضمن للمودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق فان لم يتحقق
بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابراه من الدين او حلله او تصدق به
عليه او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير
مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا
بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس
بمال لان المال غير الادمي قال رحمه الله فان رجع احدهما ضمن
النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب
الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق
بان بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب
ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم ببعض العلة فوجب ان
لا يبقى به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت
به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب
وان لم ينعقد به ابتداء قال رحمه الله فان شهد ثلاثة ورجع واحد
لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين يكفي
لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا
بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان ثم استحق
المتلف ببينة لا يضمن الاول شيئا فكذا هذا قال رحمه الله وان رجع
اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق
ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا
الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف
الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين
فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان
النصف اذ ليس احدهما باولى من الاخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان

اذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان
لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان برجوع غيري
قال رحمه الله وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع
لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامراة اذ الرجل وحده بالنصف
قال رحمه الله وان رجعتا ضمنتا النصف لانه ببقاء الرجل بقي
نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة
فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت
امراتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله وان شهد رجل وعشرة
نسوة فرجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهو الرجل والمراتان قال رحمه الله فان رجعت اخرى ضمن ربعه
لانه ببقاء الرجل والمراة بقي ثلثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع
بالمراة قال رحمه الله فان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه على
الرجل وخمسة اسداسه على النسوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد وهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل
فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت
بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين
في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا
يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك
عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد
قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين
شهادة رجل واحد فصار كما اذا شهدا بذلك ستة رجال ثم رجعوا
فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن

لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال
الا ترى ان كل اثنين منهن في الميراث يقومان مقام ابن
واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن
وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع
النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق
لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذا اذا رجع
الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال
في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق
ولا شيء على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل
الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب ان يكون
النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه
لو رجع رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما
وجب على المراة شيء وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض
الشاهد فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان
ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف
وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس
على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف كله
عندهما ولا يجب على المراة شيء وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا
على ما تقدم قال رحمه الله وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح
بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا سواء كانت هي المدعية او هو ومراده
هذا بقوله عليه او عليها لان الشهود اتلفا عليه شيئا بعوض يقابله

والاتلاف

والاتلاف بعوض كالاتلاف فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما
اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في حق الزوج فغير مستقيم
لان البضع غير متقوم واتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب
ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك
والكلام فيه قال رحمه الله وان زاد عليه ضمناها اي ان زاد على
مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي المدعية النكاح وهو ينكره
لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا
شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل فحكمه انهما لا يضمنان لها شيئا
لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم
اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة
ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص
والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان
مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان
كان بعوض لا يعادله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها
عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها
او بعضه فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها
مالا وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو شهدا عليها انه تزوجها
على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما
ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه
اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بازالة ملكها
عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء
به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه اصلا بل وقعت
اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكر في التجريد وهو وارد على

ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة
البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب ان لا يجب شيء
على ما بينا وهو ان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما
تتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا
بالقبض حتى قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا
للمراة الفا لانهما لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف
قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان
جميعه ولو ادعى على امراته انه تزوجها على ماية وقالت تزوجني
على الف وذلك مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضي له
بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعماية في قول ابي حنيفة
ومحمد ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو بناء على مسئلة النكاح
في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا
شهادتهما لقضي عليه بالف فاتلفا عليها من ذلك تسعماية فيضمنانه
وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيئا وهذا يبين ان المراد بقوله
الا ان ياتي بشيء مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون
عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته بماية واجرة
مثلها مايتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستاجر
والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة
من غير عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي
صاحب الدابة والاخر منكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا
عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم يضمنا قال
رحمه الله ولم يضمنا في البيع الا ما نقص يعني اذا شهدا على البايع انه
باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة او اكثر

لانهما

لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض كالاتلاف
وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر
اتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك ان يكون البيع بخيار الشرط للبايع
او كان باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط
الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار
للبايع لا يزيل ملك البايع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن
نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فوجب ان لا
يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود
به وان تاخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع
بزوايده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا
لان البايع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير
كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم
فليتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له ان يرجع
على الشهود لانه اتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى السبب مع وجود
المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد
الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع مثلا بالف فقضي به
القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضا به ثم رجعا
عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء
ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن اقل من
قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه هذا القدر
بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة
فقضي به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي
يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب

سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب
بطلانه لا يقتضي به وهذا قالوا الزوج شهد شاهدان بالبيع والاقالة
دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقترانه ما يوجب
انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء
فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته او اقل لم يضمنا شيئا للمشتري
لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان اكثر
من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزائد
بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بشرط الخيار للمشتري
وجاز البيع بمضي المدة وان جازا بإجازته لا يضمنان على ما بينا
في حق الباءة قال رحمه الله وفي الطلاق قبل الدخول يضمنا نصف
المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا
للزوج نصف المهر لانهما اتلفا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال
ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها
فيسقط المهر به والتأكيد حكم الايجاب فصار كأنهما اوجبا عليه
الا ترى ان المحرم لو اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزاء
ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب
وللتقرر حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا
توجب شيئا اذ اليمين من جهته وهما باضافة الفرقة اليه الزماه
نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بسببين ذكرهما في
الخبز احداهما امرأة طلقها على رجل الف درهم وجعل شاهدان
انه حال فاخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين
كان على شرف السقوط لانه لو كان هو وجلا على حاله لسقط بارتدادها

والثانية

والثانية لو ان رجلا قتل امرأة قبل ان يدخل بها وجب عليه
جميع المهر ولا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لولا قتله لكان
احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل منهي للنكاح والشيء اذا انتهى
يتقرر والدين الموجل ثابت في الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا
لو مات من عليه الدين وجل ولم يوكد بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل
محال ونقول لا نسلم ان دينها يسقط بل يكون لورثتها ويقضي به
ديونها فلا يسقط بنطل السؤال من الاصل والابن اذا اكره امرأة ابيه
فزنا بها يلزمها نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكراهه
اياها الزم اياه نصف المهر فصار بظهر الشهود ولو رجع الشهود بعد
موت الزوج غرموا الورثة لانهم قايمون مقامه ولم ترث لوقوع الفرقة
بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حياته قبل
الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا
للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان موكدا ظاهرا بالموت
بحيث لا يسقط بسقوط وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فبها بهذه
الشهادة ابطلا عليها نصفا موكدا من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان
لها ذلك ذكره في الكافي قال رحمه الله ولم يضمنا للورثة يعني
لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة
لم يضمنا لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي يضمنان
للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل
عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر
لان البضع متقوم الا ترى انه متقوم حال الدخول حقيقة لا يقصد ان
يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه من ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين
ما دخل في ملكه من ضرورة تقومه في احدى الحالتين التقوم في الحالة

الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق
استيفاء منافع البضع الا ترى انه ليس له ان يضمن المتلف بالوطي
شيا حتى لو وطيت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان
له ولكان له ان يزوجها من انسان كملك اليمين ولان الضمان من شرطه
المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون
مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون
الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا
عن الابتذال ولا يملك مجانا فانما يملك مجانا لا يعظم خطره عند
اصابته وذلك محل له خطر النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى
لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تتملك على الزوج شيا لكن يسقط
عنها ملك الزوج الا ترى ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود
والولي لا يشترط شي منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج
دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها من الزوج
وله ان يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك
مال والمال مثل المال فعند الاتلاف يضمن المال قال رحمه الله
وفي العتق ضمنا القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم
بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا
عليه مالية العبد من غير عوض والولا للذي شهدا عليه بالعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولا ولا يمتنع وجوب الضمان
عليهما بثبوت الولا للمولى لان الولا ليس بمال متقوم بل هو كالنسب
لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا
عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا
موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق

لانه

لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فاوجب
الشارع عليه المواساة صلة والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكوة
ونفقة الاقارب ولهذا لو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم
رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا للعبد حق العتق وبذلك
تنتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان
للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته مدبرا
ويرجعان به عليه اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده فقضى بالكتابة
ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصار كالغاصب
له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها
لانهما قام مقام المولى في ذلك حيث ضمنا قيمته وكان من قضية
الضمان ان يملكان كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل
النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يودي ما عليه كما كان
قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولا للمولى لانه هو المكاتب له واما
الشاهدان قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاداوه اليهما
كادايه الى المولى ويطيب لهما ما اخذ من المكاتب ان كان بدل الكتابة
مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد في الرق
كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى
ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار
نظير ما اذا غصب المدبر فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جا من
الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب ما اخذه منه فكذا
هذا ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك
ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك
ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه

على وجهين اما ان يكون الرجوع هنا حال حياة المولى وبعد وقاته فان
لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى خاصة يضمن المولى
نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمن الورثة باقي قيمتها
لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة فقوتا عليهم بهذا القدر وان رجعا
بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها الورثة لانتلافهما ذلك عليهم وان
كان معها ولد ورجع حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا
وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما لما كان عبدا له فقوتا عليه ذلك
فاما اذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان
له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان
رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه
فيؤدي من تركته ان كان له تركة والا فلا شيء على الابن لان من افتر على
مورثه دينا وليس له تركة لا يجب عليه شيء وان كان معه شريك فان
الشاهدان يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام
ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا والا يرجعان
بما اخذه منهما شريكه لانه في زعمه ظلمها فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فانهما
يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذه الولد بالارث وان رجعا بعد
وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث
وحده وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له
حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد
ولا يرجعان على الولد هنا بما اخذه منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه
لا ظلمهما به فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب
عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما اتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها
شيأ للمولى بخلاف المسألة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال

حياة

حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسألة بحالها فقضى بشهادتهما
القاضي ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا
وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما اخذه الولد يالارث
بخلاف ما اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما اخذه
الولد من التركة والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحياة لا تكون شهادة
بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن ولا يرثه الاب فلا يكون
شهادتهما اتلافا للمال فلا يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على
المال فيكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا
شهادتهما كان عبدا يدل ظاهر قال رحمه الله وفي القصاص الدية
ولم يقتصا اي فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بان شهدا
بانه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لانهما تسببا للقتل فصار
كالمكره بالكسر ولي لان الولي يمين والمكره يمين فكانت الشهادة افضى الى
القتل واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا للقتل وليسا
بملجئين اذ الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفى بل يرجحان بالعفو فترجح
والتسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة
فلا يجب لانتهايته للجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة للقتل
ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير
قتلا بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي
قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المتسبب
كالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد ثم هو جد منه القتل
حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجأ هو الذي يخاف
العقوبة الدنيوية على نفسه فيفوت نفسه بالطبع فيكون كسلوب الاختيار

ولم يوجد ذلك في حق المولى ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف
العقوبة في الاخرة ولا يصير به ملجا لان كل احد يقيم الطاعة خوفا
من العقوبة في الاخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولي يباشر القتل
باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف يتاتى الاكراه
في حقه بخلاف المكره فان المكره يوثر حياته فيقدم على القتل فينسب
الفعل الى المكره والمكره كالالة له ولان اقل احواله ان يكون شبهة والقصاص
يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي معهما او
جا المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شا ضمن الولي الدية وان
شا ضمن الشاهدين لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان
له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن لا يرجع
على صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن
الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة
فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطا له فقضي بها فاخذ
الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قام مقام الولي وان لم
يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه اخر فهلك
عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الاول فضمنه فللغاصب
ان يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر
وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى ملكه الولي وورثته اذا مات
من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا
على ان يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السما
تنعقد في ايجاب الكفارة التي هي خلف عن البر لما كان الاصل هو البر وهو
متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة
كان لهم ان يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منها شيا ولابي حنيفة

ان

ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه
على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا
يعتبر مجرد التسبيب مع المباشر الا ترى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت
بهذا انهم جناة ومن ضمن بجناية لا يرجع على غيره واما في الخطا فانما يرجعان
عليه لانهما انما ضمنا ملكا الدية وقد اتلفه القابض بصرفه الى حاجته
فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على ان يعمل في بدله
ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في
القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس
ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان
قتله شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود
شيا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة
وبهذا فارق مسيلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة
لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد
السبب له فيكون له ان يرجع بالمبدل لذلك قال رحمه الله وان
رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم
في مجلس الحكم قال رحمه الله لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا
او اشهدناهم وغلطنا اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود
الفرع او بقولهم اشهدناهم وغلطنا لان القضا وقع بشهادة الفروع اذ القاضي
يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم
نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد وهو خبر يحتمل الصدق والكذب
فلا يبطل القضا به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضا بخلاف ما اذا قالوا
ذلك قبل القضا حيث لا يقضي به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال
محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان

الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فيحصل القضا
بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم مجلس
القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا
حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة
وابي يوسف ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة
في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شي فلا يلزمها الضمان وهذا لان
الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختص المرجوع به بنا عليه
للتناسب ولا نقول ان الفروع نايبون منابهم في نقل شهادتهم الى
مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن ادا الشهادة كان عليهم
الادا اذ دعاهم المدعي عليه ولو كانوا نايبين عن الاصول لما كان لهم ذلك
بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على
شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول
بان قالوا اشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك فعندهما لا يضمنون
وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله ولو رجع
الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل بالشهادة
الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول
منسوبون للتلف من كل وجه وقد عرف ان المسبب والمباشر اذا اجتمعا
وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال
محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا
ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين
الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نايبون
عنهم ونقلوا شهادتهم باسرهم فيخير في تضمين اي الفريقين شا
والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة

الفروع

الفروع على شهادة الاصول او نقول احديهما شهادة والاخرى ادا الشهادة
في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد
فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت
بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد
الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل
فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر
لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي
بشهادتهم يأثم وكذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان ادا الفروع
منقول الى الاصول لان الفروع مضطرون من جهة الاصول الى الادا بعد
الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الادا اثموا فصاروا نظير القاضي لما
الجاه الشهود الى القضا نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع
على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع
على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله ولا يلتفت
الى قول الفروع كذبنا الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم
لان ما مضى من القضا لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم
ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا
قال رحمه الله وضمن المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو
اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا
لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا ولم يتعرضوا له بالاصالة
وانما اثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولابي
حنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة
من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيا بدون

التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة
وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم
لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا
يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية بشهود الحد لان الشهادة
لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا
لا يجوز ان يكون النساء مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا يصلحن
للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان
التاثير هو المعتبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذا علة العلة مؤثرة
ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود
الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه
بقولهم انه حر مسلم تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد اوفاها حقها شرعا
بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا
مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما
سببا للاخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب
الزنا عند الاحصان قال رحمه الله وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين
ومعنى المسئلة ان يشهدا بتعليق العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط
قبل الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر
لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق
وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد
الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع قال
رحمه الله لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان
ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو يقول
ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب

الرجم

الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة الا ترى ان حافر البير يضمن
عند عدم من يلقي والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان
علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان توجد العلة بصورتها
ويتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان
العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت
صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنا ثم احصن لا يرجم ولكن
اذا زنا وهو محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم
يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة
المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلوا اما ان يرجعوا وحدهم او مع شهود
العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر
يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين
اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت حر او انت طالق
والاخرون اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه
لان الحكم يضاف الى علته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا
لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط
وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يعارضه
العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها
فجاز ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص
عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر
الاسلام علي البزدوي واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان
بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض
سبب والله تعالى اعلم

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال

وكلتك بما لي يملك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض
والاعتماد ومنه التوكيل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا
والتوكيل تفويض المتصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل
وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل
القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى
الله عليه وسلم حكيم ابن حزام بشرا الاضحية وقال تعالى حكاية عن
اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة الاية وكان
البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر
نسخها ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله
فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا
للحرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او هويت
او اوجبت او رضيت او شئت او اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق المرأة
لا يكون توكيلا قال رحمه الله صح التوكيل لما بينا من الادلة قال
رحمه الله وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اي المتصرف
الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت
به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بينا من قبل
قال رحمه الله ممن يملكه اي التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل
ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر
على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له
ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما
على قول ابي حنيفة فالشرط ان تكون حاصلة بما يملكه الوكيل فاما
كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل
المسلم الذمي ببيع الخمر او الخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد

وقيل

وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في
بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد ان يكون ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب
من الاحكام اسبابها فاذا كان ممن لا تثبت له الاحكام لا يصح توكيلهما كالصبي
والعبد المحجور عليهما قال رحمه الله اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو
صبيا وعبدا محجورا يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل ممن
يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا عليهما
والمراد ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه
ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به ثبوت الحكم او الربح
لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من
اهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل قال رحمه الله
بكل ما يعقده بنفسه اي جاز التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه
لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا التوكيل حيث لا يجوز
ان يوكل فيما وكل فيه لان المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه لا فيما
استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بامر امره
وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس
والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز ان
يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض
له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في
ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه
ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم فيه غيره
مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل
عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف
في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة

الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف
ان التوكيل بالاستقراض جائز قال رحمه الله وبالخصومة في الحقوق برضى
الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مدة السفر او مريد السفر
او مخدرة اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع هذه الحقوق بشرط ان
يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار التي ذكرها فحينئذ يجوز
بغير رضى الخصم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز التوكيل
بالخصومة من غير رضى الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي
رحمه الله لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضى الخصم كالتوكيل
بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها اذ لا يهتدي اليها
كل احد ولا يرضى بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله ابن جعفر رضي
الله عنه كان علي رضي الله عنه لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان
الشيطان يحضرها وان لها فحما وكان اذا خوصم في شيء من امواله وكل
عقيلا فلما كبر عقيلا وكل عبد الله ابن جعفر فقال هو وكيلي فما قضي
عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير
رضى خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضى الخصم كساير حقوقه
ولابي حنيفة ان التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضى المحال عليه فكذا
التوكيل وهذا لان الخصوم تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير
الحوالة الا ترى انه لا يوكل الا من هو الد واشد انكارا ويلحقه بذلك
ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان
به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه
الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اين اريد
ان اسافر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فانه لا يخفى هيئة من
يسافر والمتاخرون من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم

من

من الخصم التعنت في الاباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل
من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه
التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن الاعذار
الحيض من المدعا عليها اذا كان الحكم في المسجد والحبس اذا كان من غير
القاضي الذي ترافعوا اليه قال رحمه الله وبايفائها واستيفائها الا
في حد وقود ان غاب الموكل اي يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق
والاستيفاء لما بينا الا باستيفاء الحدود والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام
الغير لما فيه من نوع شبهة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله يستوفى
القصاص في حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط
بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون قد عفى
بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو
كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو
وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء او لان قلبه لا يحتمل
ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم
ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة
فاذا قامت بينته وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف
لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد
مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة الا انه يجوزه من غير عذر ولا رضى
الخصم وعند ابي حنيفة لا يجوز الا باحدهما وقيل هذا الخلاف في حال
غيبة الموكل واما حال حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل
ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه
لابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل للابدال

في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة النساء ولا الاشارة من الاخرس لانه اخرس اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا توجه به لا يصح بالاثبات ايضا وظهر ان التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة وشرط محض لا اثر لها في الوجوب ولا في الظهور اذ الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكذا في ابي حنيفة فيه اظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به قال رحمه الله والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار يتعلق بالوكيل ان لم يكن مجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل اشتراه وقال الشافعي يتعلق بالموكل لان الحقوق تتبع الحكم وليست باصل والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في حقوق التي هي من توابع الحكم نصارا كالرسول والتوكيل بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصل في العقد لان العقد يقوم بكلامه وصحة كلامه باعتبار كونه ادميا فاقتضيته ان يكون الحاصل بالتصرف

واقعا

واقعا له غير ان الموكل لما استناب في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده ورأينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على انه اصل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا لكان عسى ان استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حيث تضاف العقد الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر اضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصيلا فيه فيتم له بنفسه لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق ما اشتري والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون سفيرا مبادلة حكمية قلنا ان سلم والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى ان الوكيل اصل في حق الحل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع لهم من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يبيع ويصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشتري قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى آخره وكذا اذا اشتري زوجته بالوكالة لا يبطل النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصلا في حق الحقوق جاز توكيله بها ولا يجوز توكيل الموكل بها لانه اجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن مجورا اشارة الى ان العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما المطالبة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حالا وموجل جاز بيعه ولزمته المطالبة وان كان وكيلا بالشراء ان كان بثمن موجل لا تلزمه المطالبة بتاتا واحتاط بان تكون المطالبة على الآمر حتى يطالب المباشر بالامر بالثمن دون المباشر

لان ما يلزمه من العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الامر ضمان
كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري
وهذا لا يفيده فيه وانما يلتزم مالا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله
وهذا هو معنى الكفالة ولا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال والقياس ان لا
تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن
ما يفيد الملك في المشتري وهنا يملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبس
المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه
وهو من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن موجلا لانه لا يملك
المشتري لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة
من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امره ان يشتري له بالنقد فاشترى
كما امره فالشرا جايز والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز لانه تلزمه
العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا
لانه وان لحقته العهدة كان له ان يرجع على الذي امره به ويحبس
المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالمبيع فيخرج من ان يكون متبرعا ولو
امره بالشرا نسيئة فاشتراه كما امره كان ما اشتراه له دون الامر لان
الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين
فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا
الى ان المحجور عليه لا يتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة
لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد فيتعلق بالموكل كما في الرسول
والقاضي وامينه ثم العبد اذا اعتق يلزمه تلك العهدة والصبي اذا
بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو
من اهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه
ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلا

فيه

فيه فانتفا اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفا الجواز ولو كان المامور مرتدا
جاز تصرفه لانه من اهل العبارة فاعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة
عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على
كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته للنفس قال رحمه الله وفيما
يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمدا وعن انكار
يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها اي في كل
عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره
لان الوكيل فيهما سفير محض ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل
حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور
ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع
لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب
لانها من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها
تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان اسقاطا
للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطي ولهذا لا يظهر
في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما ورا الوطي فهو اسقاط جريا على
الاصل اذ الحرية تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في
حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط
لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتدا وهو
الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط
الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا
لان المحل خلق فيه مباحا وقابلا للتملك بطريق الاصالة وذلك الحكم
مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه
الى شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة

الى جعله غير اصل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن اخوات هذا النوع
العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض
والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي
محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذلك اذا كان
التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى
لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل
القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون
عوضه لي ونظير التوكيل بالشحاتة فكان باطلا وما استقرضه فهو
لنفسه وله ان يمنعه من الامر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من
هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون
العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن
ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة
حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيه
قال رحمه الله وللمشتري منع الموكل من الثمن يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء
فباعه ثم ان الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن
العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله وان دفع
اليه اي للموكل صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة
في نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه
بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته
بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى العوض ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله
اصلا فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون في الدفع اليه تضييع فلا يعتد
به واما الموكل في مسئلتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم عليه احد فيه فيكون
قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل

الصرف

الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض
قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان
بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب
والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل
تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط
وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف
الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول
فلا بد من وجوده حقيقة او حكما باضافة العقد الى الدين وهذا
عندهما وقال ابو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز
ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه
وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر
بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل
اولى عندهما كما لو ابراه معا فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل
ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة
المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما
امره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف
ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما ان الابراء اسقاط لحق القبض
والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك
ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن
القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يتعين ملك الامر
في المقبوض فاذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة
الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن
لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف

ابرا الوصي والوصي فيما باعاه من مال الغير والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشرا

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا
يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة انواع جهالة فاحشة
وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سوا بين الثمن او لم يبين كما لو
وكله بشرا ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما
كانت في النوع المحض كما لو وكله بشرا فرس او حمار او ثوب هروي او مروي
او نحو ذلك فانه تجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر
لا يجوز والحجة عليه ما روي انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن
حزام بشرا شاة بدينار للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود
ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا
وكل رجلا بشرا فرس فاشترى فرسا يصلح للمملوك لا يلزمه والثالثة
جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشرا عبد او جارية ان بين الثمن و
النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا او نحو ذلك جازت الوكالة وان
لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد وببيان
النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة
بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن
لان ذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا تفيد المعرفة قال رحمه الله
امره بشرا ثوب هروي او فرس او نعل صح سمى ثمنا او لا لانه لم تبق الجهالة
بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على
تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب
اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة
لانه ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشرا ثوب
هروي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصا في الصفة والبيان

في

في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا
والحرج مدفوع قال رحمه الله وبشرا عبد او دار جاز ان سمى ثمنا والا فلا
لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا
يسيرة فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم
بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه
التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل
جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجهال
منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا جعل روية الوجه من بني ادم كروية
الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار
هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري
وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما
جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه
اولى ان يجوز قال رحمه الله وبشرا ثوب او دابة لا وان سمى ثمنا يعني لو
وكله بشرا ثوب او دابة لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس
فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه
الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل ان يقول عنيت خلافه والامر بما
لا يمكن الامتثال به باطل فتلخص لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت
في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان
كانت ما بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق
بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته انواع
متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال
على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص
وقيل كل اسم منتظم اشيا نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا

الذي ذكرنا كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم
بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رايه فاي شي
اشتراه له يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي شيا بالف او دوابا او اشيا
او ما شيت او ما رايت او ادنى شي حضرك او ما يوجد او ما يتفق جاز لان التعميم
دلالة التفويض الى رايه وكذا لو قال اشتر لي بالف وبع جازت الوكالة
ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البايع قابضا للامر اولا بحكم القرض
ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة
يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا
لانه تفويض عام فكانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك على الشرا
وكذا لو قال اذنت لك ان تشتري به لما بينا قال رحمه الله وبشرا
طعام يقع على البر ودقيقه اي لو وكله بشرا طعام ينصرف الى الحنطة
ودقيقها حتى لا يكون له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان
يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا ياكل طعاما وجه الاستحسان
ان الطعام مقرونا بالبيع والشرا يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما
اذا كان مقرونا بالاكل فبقي على حقيقته فيحنث باكل اي طعام كان حتى
لو حلف ان لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل
ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت
بين الامرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى
اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة
يتخذها هو جاز له ان يشتري الخبز لان حاله يدل على انه ما يشتريه
للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق
لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض
مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المتهيا

للاكل

للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه
الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه
وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات
والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود
الامر بما سمي له قال رحمه الله وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده
يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق
بالوكيل دون الموكل فيستبد به قال رحمه الله ولو سلمه الى الامر لا يرده
الا بامره لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه
ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه اصيل في
حق الحقوق نايب في حق الحكم في اصح الاقوال فكان له جانبان فجانب
النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبل
الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق
ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في
الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابرا عن الثمن فعن العيب اولى
واختلف المشايخ على قول ابي يوسف فعامتهم صححوا ابراه وفرقوا بين هذا
وبين الابرا عن الثمن بان الابرا عن الثمن يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال
ان يكون المشتري املا من الوكيل فاذا ابرى يبقى دينه في ذمة الوكيل وهو
مفلس فيتضرر به بخلاف الابرا عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شا
رضي بالعيب واخذه وان شا رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرايه ولا
يسقط خياره به وهذا لان بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من
الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط
حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه
الله وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله اي الوكيل بالشرا لو اشترى

ودفع الثمن من ماله للبايع له ان يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه البايع من
ماله لما ذكرنا من المبادلة الحكمية فجرت بينهما وصار الوكيل كالبايع
والموكل كالمشتري منه وهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا
في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له عن جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان
توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من
ماله فصار كالوادن تصريحا فيرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع
الثمن اليه لتنزله منزلة البايع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع
اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وهذا لانه
لما تنزل منزلة المشتري منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكن من اخذه حتى
يوفيه ثمنه كالموكان بايعا له حقيقة يحققه ان حبس المبيع عن
الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بايع له حكما وهذا المعنى
لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن ولم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل
حبس المبيع عن الموكل لانه نايب عنه تنقوم يده مقام يد الموكل ويكون
قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع امانة
في يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل
ملك المبيع بعقد باشره الوكيل بدليل استوجبه عليه وهذا معنى البيع
فيجعله به كالموباعه اياه حقيقة وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة
حكمية وهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند
الاختلاف في الثمن وهذا من خصايص البيع ثم هذا هو الحكم ولا نسلم
ان بقبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز ان يكون لاحياء حق نفسه ويجوز
ان يكون للتتميم مقصود الموكل فيتدين في الاخرة بحسبه ان القبض كان
لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم عليه بشيء
ولان هذا القبض لا يملك التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض بوجه لا يصير

الموكل

الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير
رضاه اذ في سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله فلو هلك في يده قبل حبسه
هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان الوكيل في القبض عامل للموكل
فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فالمبيع منه لا يكون مسترده له
فاذا هلك هلك من ماله لانه صار مسترده بالحبس او بين به انه قبض لنفسه
قال رحمه الله وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك
بالثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر هو كالغصب فيضمن
جميع قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنده قبل الحبس يكون متعديا كالمودع
يمنع المودع عن صاحبها وقال ابو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا
بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفا بعد
ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون
بنفس العقد حبسه البايع او لم يحبسه بحقه ان حبسه للاستيفا
بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن
بخلاف المبيع فيه يكون محبوسا به من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه
ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا
بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ
بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم
يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع والدليل
على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف للبايع والحبس بحكم الرهن
لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل ثبت الاجل في حق الموكل
ولو كانت بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل
والموكل يملكان البيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع

فانه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني
قال رحمه الله ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل
لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان
لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح
وان لم يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق
العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد بوجود شرطه فان فارقه قبل القبض
بطل لفقد شرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد
بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام
الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول
قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا
عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل
صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهرزاده وهذا
مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر
فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر
وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه اطلاق ساير الكتب دليل على ان مفارقة
الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي قوله ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف
والسلم اشارة الى ان التوكيل فيهما جايز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز
ان يوكل به كساير انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف يجري على
اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع
راس المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال يبقى المسلم
فيه في ذمته وهو مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط
ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا
لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه الى الامر على وجه

التمليك

التمليك منه كان قرضا قال رحمه الله ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة
بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر
في بعض نسخ القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر
الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف ان هذا خلاف الى خير منه لان المامور
بصرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه
كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي
عشرين منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه
الى شر لان الامر تناول لحما يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم وجه الاول انه
امره بشراء عشرة ولم يامره باكثر منه فينفذ الزايد عليه والعشرة على الامر بخلاف
ما استشهد به لان الزايد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا
هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد عشرة
دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف
الا بالجزر وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسيلة اللحم فانه موزون مقدر
فينقسم الثمن على اجزايه على السوا وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر
حقيهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة لانه لا يكون موافقا
بمثله عنده هنا كما اذا امره ان يطلق امراته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا
يقع شي عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم
للاختلاف لان الاتفاق فيها شرط لانا نقول ذاك فيما اذا لم يجد نفاذا
على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشرا
لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين
فبنفوذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسيلة الطلاق والشهادة
فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط

شرط فيه قال رحمه الله ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه معناه
لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه او تلفظ
بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غايب
حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان
له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه من غير علمه
لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه له من مولاه او
وكل العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للامر ما لم
يصرح به للمولى ان يشتريه فيهما للامر مع انه وكيل بشراء شيء بعينه وانما كان
كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف
ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح
الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف
الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء
الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به لا يكون
مخالفا به اذ لا يعتبر في المطلقات الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات
على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام
الامر في جنس الثمن او قدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى
ولو وكله رجل اخر بان يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشترى له كان للموكل
الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فاولى ان لا يملك الشراء
لغيره قال رحمه الله فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمى له من الثمن
وقع للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو
وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غايب كان الملك للوكيل
الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره
وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه

على

على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غايبا وبخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق
اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره
رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشيء بل يبلغ
الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك
وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه
الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء
فيما ذكرنا قال رحمه الله وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل الا ان ينوي
للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا
فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله
او يشتريه بماله ان يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه اما ان يضيف
العقد الى ثمن معين او الى مطلق من الثمن فاذا اضافه الى معين كان المشتري
لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشراء الى مال من يشتريه له وهذا
وان كان الثمن لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعين
قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه
يمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر
شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف
العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك
ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا
نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى
ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا او موجلا فان كان حالا فلا يخلو
اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيه
فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت
باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد

ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري بنفسه وللموكل فاذا عينه فقد تعين
ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية
يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه
لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا او يجري على عوايده وان اتفقا على انه لم
تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من
التصرفات يكون لنفسه فصار كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينو انه للمحجوج عنه
وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التعيين فبقي موقوفا فمن
اي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور
بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن
المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط
فيها فلا يصير بتركها مخالفا فبقي الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام
في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اولا الاضافة فيكون المسلم فيه
لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد ان تصادقا
على النية وان تكاذبا فيحكم النقد فان تصادقا على انه لم تحضره النية
فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين ابي يوسف
ومحمد في الشرا فيما اذا تصادقا على ان النية لم تحضره بل بالاجماع يكون
للعاقد وانما الخلاف في السلم لان للنقد فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستبدل
به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشرا ففرق لهذا القايل لابي يوسف
بهذا الفرق وان كان الثمن موجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين في الوكالة
فاذا اشترى بثمن موجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون
مخالفا قال رحمه الله وان قال اشتريت للامر وقال الامر لنفسك
فالقول للامر وان كان وقع الثمن اليه فللمامور معناه امره بان يشتري
له عبدا بالف مثلا ثم قال المامور اشتريت لك عبدا وقال الامر اشتريته

لنفسك

لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان
مدفوعا اليه كان القول للمامور وهذه المسالة على ثمانية اوجه اما ان
يكون مامورا بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان
يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد
حيا حين اخبر الوكيل بالشرا او ميتا فان كان مامورا بشرا عبد بعينه فان
اخبر بشرايه والعبد حي قايم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن
او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استيفاءه والمخبر به في التحقق والثبوت
يستغني عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة
وكذبته فان القول له وبهذا وقع التقصي عن الولي اذا اقر على موليته
بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاءه
شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود بخلاف الشرا فانه يقدر على
اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي
بعد الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر
عما لا يملك استيفاءه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع
بالثمن والامر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور
مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من
الوجه الذي امره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا
فقال المامور اشتريته لك وقال الامر لا بل اشتريته لنفسك فان كان
الثمن منقودا فالقول للمامور لانه مخبر عما يملك استيفاءه وان لم يكن
منقودا فالقول للامر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمامور
لانه اخبر عما يملك استيفاءه فصح كما في المعين وعند ابي حنيفة القول
للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة
الزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل

قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا
وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه
لنفسه بذلك الثمن بحال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن
اذا كان منقودا فالقول للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر
فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك
الانشاء فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة
وفي موضع التهمة القول للآمر قال رحمه الله وان قال بعني هذا لفلان فباعه
ثم انكر الآمر اخذه فلان اي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني
اشتريه له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته
فانه ياخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة
بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله الا ان يقول
لم امر به اي الا ان يقول فلان المشتري له لم امره بالشراء فحينئذ لا ياخذه بل
يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ
على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال
رحمه الله الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشتري له فيكون له بالتسليم
لان اقراره الاول ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان
المشتري له واخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه
صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه
المشتري الى المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي
لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف
ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض منكم قال رحمه الله وان امره بشراء عبدين معينين ولم
يسم ثمنا فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز

ان

ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن واقل او بزيادة يتغابن الناس
في مثله وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له ان
يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي حنيفة على ما
يجيء من الفرق بينهما له وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض
صوره على ما يجيء وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولانه قد يتعذر
الجمع بينهما الا بما يتغابن الناس في مثله فيكون شراء احدهما حيلة لتحصيلهما
فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله وبشرائهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى
احدهما بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة
اي لو وكله بشراء العبدين بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصف الالف او
اقل جاز الشراء وبالاكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة
او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين
دلالة فيكون امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري
الباقي بما بقي من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو
تحصيل العبدين بالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقهما
فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان
اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من
الالف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا
تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة
او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف
فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشتري بمثله الباقي لتحصيل غرضه
قال رحمه الله وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى له صح ولو غير عين نفذ
على المامور اي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بان يشتري له

هذا العبد بذلك الدين فاشتري جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين
فاشتري لا يكون للامر بل يتقيد على المامور حتى لو مات عند المامور مات من
ماله المامور والا فعليه فان قبضه الامر تقوله وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو
لازم للامر في الوجهين وعلى هذا اذا قال اذا اديت لك الدين الذي عليك
الى فلان فاديت فلانا لم يجز عنه وعندهما يجوز كيفما كان وكذا
لو امره بان يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى
دين لا يصح عند ابي حنيفة اذ المركل البايع او المبيع متعينا وعندهما يصح
كيفما كان طعا ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كان او دينا وهذا
لو اشتري شيا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه
مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء فجاز عن الدين حتى اذا
وكله بان يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البايع ولا المبيع جاز التوكيل
وكذا هذا فصار كما لو قال تصدق بما علي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز
وكذا لو اجر حمارا باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجره ابنه
وامر المستاجر ان يثقب به الاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق على الدابة وصار
نظير ما لو كان البايع او المبيع متعينا ولابي حنيفة ان النقود تتعين
في الوكالات وظهر لو قيدها بالعين منها او بالدين منها ثم هلك الموكل واسقط
الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا قبل الدين من غير من عليه
الدين وذلك لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشتري بدين على غير المشتري او
يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض فيتاه وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي
عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو
معلوم فيصح لتعينه فيصير البايع اولا قابضا له ثم يملكه وتعيين المبيع
تعيين للبايع فكان معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ماله
لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير يتصدق نايبا عن الله تعالى في قبض حقه

والله

والله تعالى محيط بكل شئ علما فيكون القبول الذي يقبضه له معلوما فيصح
واما مسئلة الحمام ونحوها فتقدير هو قوطها وان كان قول الكل فانما جاز
باعتبار الضرورة لانه لا تتاخر الاجرة كل وقت فاقيم الحمام مقام
الاجرة بخلاف القبض واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشراء به قالا ان
النقود لا تتعين في البيع دينا كان او عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان
الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها
وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض في الاصح وكذا
بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى
الزيادات والذخيرة وعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة والتعليل
الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل
به وانما جاز في العين لكونه امرا له بالقبض ثم بالتمليك لا يكون توكيلا
للمديون بالتمليك وان لم يكن معينا لانه امر مجهول فكان توكيلا للمديون
بالتمليك اياه للاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل
عنده لفد الشراء على المامور حتى اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا ابرئه
الامر منه فحينئذ ينفسخ البيع بينهما بالتعاطي فيكون الامر قالا رحمه الله
وبشراء امة اي وكله بشراء امة بالف فاشتري فقال اشتريت بخمسمائة
فقال المامور بالف فالقول للمامور يعني اذا كانت الامة تساوي الفا لانه
امين وبحجد الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة
والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا يلزم الامر لانه
خالف امره اذ الامر يتنا وللامة تساوي الفا فينفذ على المامور لانه تبين مخالفا
فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشتري بغبن
فاحش ولا فرق في ذلك بان اشتراها بالف او بخمسمائة لما ذكرنا انه مخالف
قالا رحمهما الله وان لم يزد فله الامر اي ان لم يزد في الامر الا الف فالمامور والحيلة

بحالها كان القول للآمر وتلزم الامة المامور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة
خمسماية فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها الفا
فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى
بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل ثم اذا تحالفا يفسخ العقد بينهما وتلزم
الجارية المامور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ قال رحمه الله وبشرا هذا ولم يسم
ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البايع وقال الآمر بنصفه
تحالفا اي وكله بشرا هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف
وصدقه البايع وقال الآمر بنصفه وهو خمسماية تحالفا لانهما اختلفا
في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما في المسيلة
الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر
فيجعل تصادقهما بمنزلة انشا العقد في الحال وفي المسيلة الاولى هو غايب
فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر وقال قاضي خان وهو
الاصح ومال ابو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البايع لا يعتبر لانه ان استوفى
الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الامر فلا مدخل له بينهما
وقال في الهداية وهو اظهر وقال في الكافي وهو الصحيح وقد نص محمد في الجامع
الصغير ان القول للمامور مع يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين
الوكيل لان الوكيل هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان
المقصود بالتحالف يمين المدعي دون المنكر اذ ذاك لا بد منه والموكل بمنزلة
المشتري وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكرا
فكان ياخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكره
المشايخ رحمهم الله الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث
المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور مع
يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما

ولو

ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه
له بالف وان اختلفا فيه فقال الآمر امرتك ان تشتريه لي بخمسماية وقال
المامور امرتني بالشرا بالف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من
جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المامور لمخالفته فان اقاما البينة
فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا قال رحمه الله وبشرا نفس الآمر من
سيده بالف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا
عتق وولاه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده
وعلى المشتري الف مثله اي لو وكل العبد رجلا بشرا نفسه من سيده بالف
والآمر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشرا انا
اشتري عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاوه لسيده وان قال الوكيل
اشتريته ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو
المشتري والالف الذي اخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا
ويجب على المشتري او على المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه اعتاق
على مال وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة
غير ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل مجازا
عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار
البايع معتقا فيلزمه الولا والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع
الحقوق اليه واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولى ان يشتريه لنفس العبد
يقع العقد للوكيل لان هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى
ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولاية وعقل جنايته فلا يكون الشرا للعبد
بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان يبين
للمولى انه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله
اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين

فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولا ولا يتعلق به
الحقوق بالوكيل والاخر بيع واحكامه غير العتق فلا يدل رضاه باحدهما
على الرضا بالاخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين يثبت الملك للوكيل والالف
للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري او على العبد اذا اعتق الف مثلها ثمنا
او بدل العتق لان الادا قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه بجهة اخرى وهو
انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشرا وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن
ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد
فترجع الحقوق اليه وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب
الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل
وذكر في وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع
الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله بشرا العبد كتوكيله بشرايه
لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق
سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع
حقيقة ولهذا لا يستغني عن اضافته الى العبد الامر له فلا يتعلق بالوكيل
حقوقه فيطالب الامر كما اذا كان الامر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى
حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله
وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للامر وان لم يقل لفلان العبد
بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للامر وان
اطلق العبد بان قال بعني ولم يقل لفلان عتق واصله ان العبد يصلح
ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشرا باعتبار
المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البايع لا يملك حبس العبد
حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد

كالمودع

كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبايع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد
العقد سوا اشتراه لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا اضاف
العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشرا الى نفسه بان يقول
بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشرا شي معين
فوجب ان لا يجوز له شراوه لنفسه لانا نقول اتى بجنس اخر من التصرف
لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراوه قبول العتق فيكون مخالفا
فينفذ عليه لان الوكيل بشرا شي معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا
من قبل وان اطلق بان قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا
لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل
على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلما لانا
نقول الاصل ان الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا
فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان فالظاهر ان المولى يريد
الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته
الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولا
عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا
وقع الشرا له فظاهر واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فيرجع اليه
الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الامر ولا يقال العبد هنا محجور
عليه والوكيل اذا كان محجورا لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا
بالعقد الذي باشره مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد من قبول
العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقبول
المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق
فيستبد به المولى بنا على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح

ولا يتولى طرفي العقد في البيع **فصل** قال رحمه الله الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد واحد الزوجين للآخر وعبيده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم مثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولاتهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملكه ناقص له ولهذا في مال مكاتبه حق ويتقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه او مكسبة بشبهته وجه قولهما ان الفين الفاحش ولا يتهم فيه حنيفة رحمه الله ان مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه من اعظمها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه ولا يجوز وهذا لان تقبل شهادة بعضهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر بخلاف المضارب لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان ربح المال لا يملك نصيبه من التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل يجوز ابيعهما البيع هم بمثل القيمة فعلى هذا لنا ان نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق له بان قال له الموكل بع من شئت فحينئذ يجوز بيعه هم بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته هم ان كان بالاقل من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبلوغ لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احديهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها

محل ما لو صح الوكيل من اضافة التصرف لنفسه

قال

قال رحمه الله ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعروض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير الى اخره وهذا عند ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه بغبن فاحش لان التاجر لا يتغابن الناس بمثله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير حالة او الى اجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل بما يوافقها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او موجلة باجل متعارف بين التاجر وبيع ما يساوي الفا يعشر الى مائة سنة غير متعارف يتقيد بالمعتاد وهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية والخمر والى ايام الحاجة من ذلك السنة ولابي حنيفة بغبن فاحش من وجه لجهة من وجه وهذا الوصف من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعروض من وجه ولم يوكله به ولا بالجهة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعروض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينبئ عن ذلك كقوله بعه وانتفي به دينا والنفقة او نحو ذلك متعارف عند الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة وهذا الوصف لا يبيح له ما يخالف الكل بالشفقة واليمين ينصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفقة في اضحية واما لا يملكه الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تتعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء يملكه لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نبه اليه ولا يكون ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستثنى بها ممنوعة على قول ابي حنيفة والمعاوضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما

يبيع ماله وحيث يوجد مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشر لنفسه
يجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء بعينه حيث لا يكون له
ان يشتريه الموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه
لانه بالمخالفة قد يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل
بالشراء اذا وجد به كان من ساعته مشتريا له فارتفعت التهمة و قالا رحمهما الله يتقيد
شراءه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت
تقويم المقومين اي يتقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراءه
بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة قد ذكرناه وفرق
آخر ان امره بالبيع يلاقي ملك نفسه وبالشراء ملك غيره وله في ملك نفسه
ولاية مطلقة فاعتبار اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر
تحملنا عليه على الخصوص وهو الشراء بالنقد ومثل القيمة فيتقيد بهما
ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غبن ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم
يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة يلحقه بذلك ضرر عظيم
والوكيل لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا وكذا ليس
له ان يشتري بكيل او موزون غير المقدر به بالاجماع لان التوكيل بالشراء
يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقالا قوله ذلك حتى لو اشتراه
به يتفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذ الموصوف منه ثمن بخلاف
ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين
وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحتمل ان القيمة تعرف بالحزر والظن
بعد الاجتهاد فيقدر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر
فيما لا يشتبه لتحمله ولامكان الاحتراز عنه لا يقع في مثله عادة الا عمدا
وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة
وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة

المهارسة

المهارسة في النقوف فكلما كانت المهارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر
فيخرج عن التفاوت بحسب المهارسة والصحيح الاول وفي النهاية
جعل هذا الفاحش معفوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكاسبي
وقيل لا يحمل الغبن اليسير ايضا وليس بشيء هذا كله اذا كان سعره غير
معروف بين التاس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا كان معروفا
كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفو فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا
واحدا قال رحمه الله ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح وهذا عند ابي
حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا
فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولا يملك بيع كله بهذا القدر من الثمن
جاز عنده فنصفه اولى ان يجوز وقالا ابو يوسف ومحمد لا يجوز لان فيه
ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب ينتقص به القيمة فلا يدخل
تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يخيفهما لان
بيع النصف قد يقع وسيلة الى الاشتراك بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج
الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر
في تبعيضه ولا تنقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع
الكل بنصف الثمن وفوتها استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة
قال رحمه الله وفي الشراء يوقف على المرتشتري الباقي اي في الوكيل بشراء
العبد اذا اشتري نصفه يتوقف شراؤه فان اشتري ما بقيه قبل ان يخيفهما
لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة
الى الاشتراك بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شرائه دفعة واحدة
فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا حتى يشتري الكل فاذا اشتري الكل قبل
رد الامر الشرا بين انه وسيلة فينفذ على الآمر وان لم يشتر حتى رد
الشرا نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابي حنيفة رحمه الله

على ما بينا والفرق له بينهما ان الشرا يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر
بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر
بالشرا صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد
فيتوقف على شرا الباقي ولا يقال ان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري
فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا
على العاقد واما اذا لم يجد فيتوقف كشرا العبد والصبي المحجور عليهما
لغيرهما بغير امره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه لم يجد
نفاذا على المشتري فكذا هنا شرا النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ
عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الامر
لانه لم يوافق امره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه
لزم الامر والا لزم المامور ولا فرق فيه بين التوكيل بشرا عبد بعينه
او بغير عينه فلو اعتقه الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف
ولا ينفذ عتق المامور وعند محمد بالعكس لانه قد خالف فيما امره به
وانما توقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي
فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري بقي مخالفا واذا اعتقه الامر لم ينفذ
وابو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو
اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ
اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل بشراه
لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره في النهاية
معزيا الى الايضاح قال رحمه الله ولو رد المشتري المبيع على الوكيل
بالعيب ببينة او نكول رده على الامر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله
لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسته
المبيع فلزم الامر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما يرده عليه اذا رد عليه

باقراره

باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البايع
فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله ان
العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزايدة والاصبع الزايدة
او يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة او يحدث في مثلها فان
كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا
اذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة
ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البايع وتاويل اشتراط البينة او
النكول والاقرار في الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف
تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا
الاطبا او النسا وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها
للرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شي منها
وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة
حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها
رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل فان رده عليه في هذا النوع باقرار
بقضا القاضي لا يكون ردا على الموكل وان رده عليه لان الاقرار حجة قاصرة
فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم الموكل
فيرده عليه ببينة او بنكول وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضا فليس
له ان يرده على الموكل لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما
بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضا قاض لان الرد حصل بالقضا فكان
حكمها فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق
الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان
الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر
لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان

حادثا الا انه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء
لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في
البيوع انه يكون رده على الموكل لانهما تعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع
اليه ان لا يكلفه القاضي على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة
بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع
جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا شك ان الحق متعين في الرد بل يثبت
حقا اولا في وصف السلامة ثم اذا عجز يتنقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحادث
العيب وبزيادة حدثت فيه يتنقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد
متعينا وهذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين
تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب
ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم قال رحمه الله وان باع نسيئة فقال
امرتك بنقد وقال لما مور اطلقت قال القول للامر اي الوكيل بالبيع باع
نسيئة فقال له الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه
مطلقا ولم يقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد
حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس والثمن الا تري انه لو قال وكلتك
ان تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك بما لي ليس له الا الحفظ فاذا
كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الامر كان القول له
كما اذا انكر الامر اصلا قال رحمه الله وفي المضاربة للمضارب اي باع المضارب
نسيئة فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال للمضارب اطلقت كان
القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا تري انه يملك
التفرد للمتعاد من شراء وبيع وايضاع وتوكيل واستئجار وايداع به ذكر لفظة
المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا ما هو
الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال

المضاربة

المضاربة في نوع والمضاربة في نوع اخر حيث يكون القول للمالك لسقوط
الاطلاق باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شايبة الشركة
ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اجل متعارف عندهما والى
اي اجل كان عند ابي حنيفة بخلاف المضاربة حيث تتقيد باجل متعارف بين التجار
على ما يجيء في وضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وللوكيل
بالقبض رهنا فعل او كفيلا ان توى عليه لا يضمن اي للوكيل بالبيع اذا
فعل ذلك لا يضمن لانه امين في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان
والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فملكها ولان قبض الرهن كقبض الثمن
من حيث انه قايم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن
بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض
نيابة عن الامر وهذا لا يملك الابراء ويملك الامر منعه ولذلك الوكيل
بالبيع ولو لانه امين فيه كان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة
لان التوي لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوي
يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسان وهذا كله ليس بشيء
لان المراد هنا توي مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا
لم يتوه دينه كما في الرهن والتوي الذي ذكره هنا غير مضاف الى اخذه
الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا التوي بموت المحال عليه مفلسا
وحمله على الحوالة فاسد لان المدين لا يتوي فيها بموت المحال عليه مفلسا
بل يرجع به على المحيل وانما يتوي بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه
ان يحمل المراد بالتوي توي مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل
بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى
الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مما يكما ويحكم
به ثم موت الكفيل مفلسا قال رحمه الله ولا يتصرف احد الوكيلين وحده

١١ لعل الى الحوالة

لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره
لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البايع والمشتري
ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي وامكن اجتماعهما فيه وكان
توكيلهما بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير
عوض او لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه
دون الاخر وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا
يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد
بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب
الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها
يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد
منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما
حرا عاقلا بالغا والاخر عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع احدهما
بحضرة صاحبه فان اجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان غايبا فاجازه
لم يجز في قول ابي حنيفة ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف
وحده لعدم رضاه برايه وحده قال رحمه الله الا في خصومة وطلاق
وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لان هذه الاشيا لا يحتاج
فيها الى الراي والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الراي لكن اجتماعهما في التكلم
في مجلس القاضي متعذر لانه يودي الى التلبيس على القاضي والى الشغب
والراي يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت
الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فايدة
وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الراي الا اذا قال طلقاها
ان شيتما او جعل امرها بيدهما فحينيذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس

لكونه

لكونه تمليكا او يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق شيين
لا ينزل عند وجود احدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما
ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلثا
فطلقها احدهما طلقة والاخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى
الراي فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادهما حيث لا يكون
لاحدهما ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض
صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن كله لانه
قبض بغير اذن المالك اذ امره تناولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مامورا
في حالة الانفراد بقبض شي منه وقضا الدين مثل رد الوديعة واقتضاوه
مثل استرداد الوديعة قال رحمه الله ولا يوكل الا باذن او باعمل برايك
اي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيها الا ان ياذن له الموكل او يقول له اعمل برايك
لانه رضي برايه ولم يرض براي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل
به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير
اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا خصيه عنه ويملكهما فيما نحن
فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا
عن الموكل حتى لا يكون للاول ان يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت
الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا
ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولكن
لا ينعزلان بموته والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي
الذي ولاه هو او من ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل
وكيله بموته لبطلان حقه قال رحمه الله فان وكل بلا اذن الموكل
فعقد بحضرته او باع اجنبي فاجازه اي ان وكل الوكيل بغير اذن
الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول او عقد اجنبي فاجازه

الوكيل الاول جاز بينهما لان مقصود الموكل حضور رايه وقد حصل به وكذا لو
عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود
وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول والثاني
جاز عقد في حيثية لحصول المقصود باستعمال رايه في تقدير الثمن بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون
صاحبه لان تقدير البدل لا يتم باستعمال الراي لانه في نقصانه في الشراء وفي الزيادة
في البيع وفي اختيار من يعاملانه بل هو مقصود ظاهر لان تفويضه اليهما
مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المامور واحدا لان غرضه
استعمال رايه في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود
في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل
وما عداه كالتفصيل فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في المهرة فيما
اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالي في فتاويه ان الحقوق
تتعلق بالاول وكذا ذكر الحبوبي يقينا لان الوكيل رسول يلزم المهرة الاول
دون الثاني وذكر في حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني وهو
الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد ظهر من المباشر دون غيره
وينبغي ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غايب فاجازه او عقده
اجنبي فاجازه الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق او
العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا يقع لان الامر
علقه بلفظ الاول وقد الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه
قال رحمه الله وان تزوج عبدا ومكاتبا وكافر صغيرته الحرة المسلمة
او باع ماله او اشترى له لم يجز لانه لا ولاية له لانه لا يجوز ان العبد لا يملك
النكاح لنفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على مسلم قال
الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على

المسلم

المسلم ولانها ولاية العبد اصلا والمكاتب جزء يتأدى عليه دراهم ولان هذه الولاية
نظرية فلا بد ان تفوض الى القادر المتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في
ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فان ولايته على ولده
واسوالهم موقوفة بالاجماع لانها تبتني على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة
لان احتمال عوده الى النظر وهو موجود في الحال فوجب التوقف فيه
فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما ينعقد تصرفه واذا مات او قتل على
ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف ما لو تزوج بنفسه
حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة
للمرتد فلا يتوقف اذ لا يجوز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له جواز
في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على
البلوغ اذ لا يجوز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له يجوز في الحال
وهو الولي والقاضي فيتوقف فان اسلم تقذت تصرفاته والا بطل
وبخلاف تصرفاته في ماله عندنا لانها تبتني على الملك وملكه قايم ثابت
في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف با

الوكالة بالخصومة والقبض قال رحمه الله الوكيل بالخصومة والتقاضي
لا يملك القبض وهذا قول زفر وقال علماؤنا الثلاثة يملك القبض
عينا كان او دينا لان الوكيل بالشيء وكيل بتمامه وتمامه يكون بالقبض
ولان القبض في الخصومة قايمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والحاجة ربما
يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود
من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء
يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي المطالبة والعرف قصره بمعنى
الخصومة وهو في اصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى

دينه واقبضت منه ديني اي اخذت والعرف املك فكان اولى اذ الحقيقة
مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها
اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض
حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو الد الناس خصومة
واكثرهم كذبا وخيانة واقلهم دينا ويختار في القبض من هو اوفا الناس
امانة واكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل
بخصومته لا يدلنا على الرضى بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض
وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى
اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال
الناس وكثرت الخيانات في الوكلا ولا فرق في ذلك بين الدين والعين
لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله وبقبض الدين يملك الخصومة
اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو اقيمت عليه البينة على
استيفا الموكل او ابرايه تقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة
عليه تقبل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون خصما وهو رواية
الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضى به رضى بها اذ ليس كل
من يؤتمن على المال يعتدي اليها قال رحمه الله وبقبض العين لا فلو برهن
ذو اليد على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغايب
وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو
اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين ببينته
الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغايب وكذا لو
اقامت المراة البينة على الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلاثا او اقام العبد
البينة على الوكيل بنقلها ان المولى قد اعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق
والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى ان يحضر الغايب

وهذا

وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسايل ان التوكيل اذا وقع
باستيفا عين حقه لا يكون وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير
ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا
في غير ما وكل به لان الامر بالشي انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به
للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشا
تصرف وحقوق العبد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة
من جملتها فكان وكيلا بها واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل
بقبض الدين وكيل باستيفا عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين
شيا من الدين كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى
كان له ان ياخذه بلا قضا ولا رضى كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب
خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض
الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان
المقبوض ليس بملك للموكل بل بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفا
فانتصب خصما كالوكيل بالشرا والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة
والوكيل باخذ الشفعة ومسيلتنا اشبه باخذ الشفعة فانه خصم قبل
القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل
بالشرا فانما يصير خصما بعد مباشرة الشرا واما الوكيل بقبض العين فليس
بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم تتعلق الحقوق بالقابض
ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه
لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان تتوقف حتى يحضر الموكل فاذا
حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نفس
الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فتقبل في حقه
فتقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها

تقبل في حق قصر اليد قال رحمه الله ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي
صح والا اي اذا اقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه
يخرج به عن الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند
غير القاضي ايضا وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي ايضا وهو
قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء يتناول ضده وهذا لانه لا براء والصلح
ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة محجورة لما صح
استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة
عندهما لقصده الانكار وهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة
وهذا هو العرف والوكالة تتقيد كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه
اضرارا بالموكل فلا يملكه وهذا لا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان
ولايتهما اوفر قلنا التوكيل يصح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا ودون احدهما عرفا اذ لا يجوز له ان يقر اذا كان خصمه محقا
والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها مسببة وذكر السبب
وارادة المسبب شايع او لوجوه بقابلتها اولان الجواب يكون في موضع
تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب بتناول الاقرار والانكار
عملا بعموم المجاز كالوقال لعبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق
الوقت مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل على انه يراد
به الجواب مطلقا ان القاضي يامره بالجواب فيقول له اجب خصمك
ولا يامره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله فظهر ولو حمل
على الانكار لا على احد التقديرين وهو ان يكون محقا بالاقرار ولو كان
مبطلا لا يصح وهذا لان الوكيل قايم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار
عينا وانما يملك مطلق الجواب يتعين ان كان خصمه محقا او لا ان كان مبطلا

فكذا

فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لانه يحمله عليه فاسد من
وجه ويحمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان اولى ولهذا يتعين
قطعا بلا احتمال الفساد ولو استثنى الاقرار نص ابو يوسف انه لا يصح
لانه يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملكه لكنه عينا فكذا لا يصح التوكيل
به فلا يلزمنا وعن محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا بالانكار فيملكه
وتتصيبصه عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به وعند
الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب
فصححه من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة
فله ان يوكل بشيء دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك
التوكيل بها فيه اضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة او
بنكول الموكل لان التوكيل لا يحلف فلا يفيد استثنا الاقرار في حقه وفي
ظاهر الرواية يصح استثنا الانكار مع ما ذكرنا ولان الانكار حقيقة
في الخصومة فلا يعارض المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم ابو يوسف رحمه الله
يقول الوكيل قايم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا
اقراره من قام مقامه وهذا لان التحاق ما يختص بمجلس القضا اذا لم يكن
موجبا الا بانضمام القضا بخلاف الاب والوصي لان تصرفها مقيد بشرط
النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال تعالى
قل اصلاح لهم خير وليس في اقراره خير ظهر وهما يقولان ان المراد بالخصومة
الجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث
انه اقرار والجواب يستحق عليه في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به
فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره فاذا اقر فيه
لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا فلا يتعدى الى الموكل لكن يخرج به عن الوكالة
لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه فانه ليس له ولاية الخصومة

فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي اذا اقرا بمال الصغير
لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره
وكذا انكاره ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة
في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل
توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل
فيورث شبهة في درء ما يدرا بالشبهات قال رحمه الله وبطل توكيله
الكفيل بمال معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب
الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل
هو الذي يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في
براة ذمته فانعدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه
امينا ولو صححناها وجب ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابرا نفسه
فصار نظير من اعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرما ولزم
العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرما فانه لا يصح لما ذكرنا
فكذا هذا فان قيل الداين اذا وكل المدين بابرا نفسه عن الدين يصح
وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل
كما في قوله لامراته طلقي نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من
المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه عن الكفالة لا تنقلب
صحيحة لوقوعها باطلة ابتدا كما لو كفل عن غايب فانه يقع باطلا ثم اذا
بلغه فاجازه لم يجز لما ذكرنا ولا ينبغي ان يقال تصح الوكالة وتبطل
الكفالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان
وبطلت الكفالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة
فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس
بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله ومن ادعى انه وكيل

الغايب

الغايب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على
نفسه لان ما يقبضه خالص دينه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا
بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الطالب لا يصدق
لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وتثبت الوكالة به ولم يثبت الايفا
بمجرد دعواه فلا يوخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله ان
يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان
الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث
حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة
دون النيابة وفي المسيلة نوع اشكال واهو ان التوكيل بقبض توكيل
بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين
من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا
والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة
بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد
للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا
وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من
الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني اليك وقال لك اقرضني فيصح
ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جايزة كذا ذكره
في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سوال حسن والجواب غير مخلص
على قول ابي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم قال
رحمه الله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا
لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرا ذمته
به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت وكالته والقول
قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فياخذ منه

الدين ثانيا ان لم يجز استيفاؤه قال رحمه الله ورجع به على الوكيل لو
باقيا اي رجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع
حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا
قال رحمه الله وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع
عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب
بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف
درهم مثلا وله الف اخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف
العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال
حياته فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع
بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم
هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم
زعم انه بري عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان
يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من
التركة ووجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفا
اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه
خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت الخمسمائة دينا على
الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ ما اصابه بالارث حتى يستوي
لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله الا اذا ضمنه عند الدفع
اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان
موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد
ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذي
اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله
لكن لا امن اي يجحد الوكالة وياخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه

لانه

لانه اخذه مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذه مني ثانيا فيضمن ذلك
الماخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب
وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه
الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة
في يده بتصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز بها الكفالة على ما بيناه
في موضعه قال رحمه الله او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على
ادعائه اي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة ايضا لانه دفعه اليه على
احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا بقضاء دينه تحصيلا لبراءة ذمته
فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان يكذبه
انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه ولم
يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه
كلها قبل ان يحضر الطالب لان المؤدي صار حقا للطالب اما اذا صدقه فظاهر
لانهما لا يتصدقان ظاهرا الا حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكله
وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان ياخذه منه مع بقاء هذه
الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس
منه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده
لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم البينة انه ليس بوكيل او على اقراره
بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد استحلافه على
ذلك لا يستحلف لان ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا
في نقض ما اوجبه للغايب ولو اقام الغريم البينة ان الطالب جحد الوكالة
واخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على
اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه
منه فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في اثبات السبب فيثبت قبض

الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم
يثبت قصدا ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض
واقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو اراد ان يحلفه كان
له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من الوكيل ما دفعه
اليه بعد ما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه او دفعه الى
الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريما ووهبه له وهو
قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا
ضمنه الا في صورة واحدة وهي اذا صدقه في الوكالة وان انكر الغريم
الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله
بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل
وعن ابي حنيفة انه لا يوكله يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم
ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه فاذا انكر
يحلف قال رحمه الله ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه
من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه
حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بمال نفسه ان الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن
وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من
المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في
يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه مستبد بالتسليم اليه وله
ان يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس
له ان يرجع على الوكيل لان في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو
مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع على الصفة

التي

التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على
الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها في الصور كلها
لانه يملكها باداء الضمان ولو اراد ان يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك
ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله وكذا لو ادعى الشرا
وصدقه يعني لو ادعى رجل شرا الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله ولو ادعى ان المودع
مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا
انه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع
وارثا وانه اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال
يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة
الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون
له وارث اخر ولو لم يقر من في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لا يؤمر
بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد
خصما وتمامه في التحرير ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه
ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اذا كان المال عينا في يد
المقر لانه اقر انه وكيل لصاحب المال بقبض الوديعة او الغصب بعد موته
فلا يصح كما اقر انه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر
فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضاء
في خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه
المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكله بقبض الوديعة وعلى
قول محمد الاخير وهو قول ابي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه
وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغائب من وجه
ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين اليه وتحقق

موت صاحب المال بريء بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر
الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولانه ولاية ابتاع الغريم فيسود في
البيان بين ان الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال
حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر القاضي
بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التبيين قال رحمه الله ولو وكله بقبض
مال فادعى الغريم ان ربه اخذه دفع المال اليه رجل وكل رجلا
بقبض دين له على آخر فقال الغريم للوكيل ان رب المال اخذه مني يجب
عليه دفع المال للوكيل لان وكالته ثبتت بقوله ان رب المال اخذ في
اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفا وفي ضمن دعواه اقرار بالدين
وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل
بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا
بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه
فيومر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم
تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفاه لم يحلفه لان اليمين لا تجري
فيها النيابة على ما بينا وفيه خلاف زفر من قبل قال رحمه الله واتبع رب
المال واستحلفه اي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان تبعه لو جب براة
ذمته والطالب لو اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد
بيناه من قبل قال رحمه الله وان وكله بعيب في امة وادعى البائع رضى
المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري اي وكله برد جارية بسبب عيب
فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا ترد على البائع حتى يحلف
المشتري بخلاف مسالة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه
الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضا بالفسخ
نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله فيصح القضا ويلزم ولا يستحلف

المشتري

المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز نقض القضا وفي مسالة الدين
ليس فيه قضا وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه
ورده الى الغريم من غير نقض القضا ولان حق الطالب في الدين ثابت
بيقين المتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم
ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتعين ثبوت حق المشتري في الرد
لاحتمال انه راى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في
الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب ان لا يفترق في
المسالتين بل يرد فيهما الحالة لان القضا بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما
فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يوخر في الفصلين
لان مذهبه ان القاضي لا يرد على البائع بالعيب ما لم يستحلف المشتري
بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضى فلا بد من حضور
المشتري وحلفه قال رحمه الله ولو دفع الى رجل عشرة ينفقها على
اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس
ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان
ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون
التوكيل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع
به على الامر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الامر في كل وقت ومكان وينفق
له ما امره به من غير تصرف فيشتريه له ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل
متبرعا تحقيقا لغرض الامر ودفعا للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان
في قضا الدين لانه ليس في معنى الشرا ففي القياس يكون متبرعا لان امره كان
مقيدا بالمال المدفوع اليه فيخرج دفع مال آخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في
القضا من مال نفسه ويرد على المطلوب ما اخذه منه لانه ملكه وقد كان
عنده بجهته وقد استغنى عنه ووجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل

البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا
يعتبر ولان الوكيل قد يبتلي بوجود الطالب في موضع ليس معه مال
الموكل فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ مال الآمر فكان هذا
توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع والله
اعلم بالصواب **باب عزل الوكيل** اعلم ان للموكل عزل الوكيل
عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير
بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك
عزله في هذه الحالة لانه انما خلي سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه
متى شاء فلو جاز عزله يتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من
ابطال فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب
حاضرا وكانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته لتمكنه
من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة
في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب
وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك
الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق
زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان
المرأة لا حق لها في الطلاق على هذا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت
وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت وكالته له وقيل ينعزل بقوله
كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب النهاية عندي انه يملك عزله
بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ
لانا لو لم نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود
اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما
دائما لا الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما

يبطل

يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجود اذ لا يتصور عزل
الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضي او السلطان قبل التولية
ولكن الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة بعد العزل ان يقول
رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع
عنه والوكالة منه **قال رحمه الله وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به
الموكل** وقال الشافعي ينعزل بعزله وان لم يعلم العزل لانه بالعزل يسقط
حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق
والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا ان العزل خطاب ملزم
مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع
حتى اذا بدل بالفسخ لا يثبت حكم الفسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضرارا
به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر
مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي
لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره
والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ
انعزل لانه عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك
قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد
بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا
كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا
وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة
وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل في شيء فافترقا وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا له عزل
الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة
ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا **قال رحمه الله**

وموت احدهما او جنونه ولحوقه مرتدا يعني تبطل بهذه الاشيا ايضا
لان الوكالة عقد جايز غير لازم فكالبقايه حكم الابتدا فيشترط لقيام الامر
في كل ساعة ما يشترط في الابتدا وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا
من قولهم اطبق الغيم السما اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغما وحد
المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه تسقط به الصلوات وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لانه
يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله
اية استحكامه اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى
الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه
لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع فاما قبل ذلك
فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فكذا
وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما
عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة
غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت الوكالة
مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر امراته بيدها ثم جن الزوج
لا يبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت
الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا
للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره
في النهاية وعزاه الى المبسوط ولا تبطل وكالة المراة بارتدادها ما لم
تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها
لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها
الا اذا وكلته بالتزوج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لانها
لا تملك ان تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا في

حال

في حال ردتها فزوجها بعد ما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت بان يزوجها
بعد انقضا عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت واسلمت
حيث لا يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار
معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد
اللحاق فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد ولا يعود وكيلا عند
ابي يوسف لان قضا القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه
في مدبريه وامهات اولاده ويعتق به كما يعتق بالموت وهذا لان التوكيل
اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف يملكه باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد
رحمه الله ان الوكيل يتصرف بمعان قايمة والعجز يعارض اللحاق لتباين
الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقا
تلك المعاني وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة صالحة وهذا
لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز
عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال
صار كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم
افاق وان كان العايد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن
محمد انها تعود كما قال في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد
تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر
ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة
على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت
الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت
قال رحمه الله وافتراق الشريكين اي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين
وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم

هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي
تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل
بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة في ضمن
الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح
ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل
قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك
المالان او احدهما قبل الشرا فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت
في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند
عقد الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة والثاني ان احد الشريكين وكلاهما
لو وكلا من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل
في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال رحمه الله وعجز
موكله لو مكاتبا وحجره لو ماذونا معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا
ماذونا له في التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم
لان بقا الوكالة معتبرة بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي
لا تلتزم لبقائها حكم الابتدا فيشترط في حالة البقا قيام الامر كما في الابتدا
وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم الوكيل وجهله
لان البطلان حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشي الذي وكل فيه هذا اذا كان
وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضا الدين واقتضائه
فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز والحجر يوجب الحجر عليه
من انشا التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضا الدين
واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك او
اذن للمحجور لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل
التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بعد

الكتابة

الكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد الماذون له
لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عام فكان باطلا
الا ترى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقا الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي
فيه قال رحمه الله وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة بتصرف الموكل
بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال
به مثل ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه وان
لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله
بطلاق امراته فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت
الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها
لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضا العدة فكذا الوكيل وانما تمكن من
الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة
ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقا المحل ولو وكله بتزويج
امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان
الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها من الموكل لبقا الحاجة ولو
وكله بطلاق امراته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت
في العدة لبقا تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة
موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة
لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله
ان يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في
العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته
والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا
على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شي فباعه
الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية او خيار شرط او عيب بقضا

او بفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود
الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضا او اقالة لا تعود
الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول
وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد
عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البايع هو الموكل فرد عليه بذلك
ولو وكله بهبة شي فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان يهبه لان
الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة
ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا
قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة
البيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم
الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة قايمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما
الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع
ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا
يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فاسره العدو فادخلوه في دارهم
ثم رجع الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من
المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهم من الغانمين فهو على وكالته
لانه بالاخذ الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة
به فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها الموكل ثم
ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة
لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة
معينة وهي ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز
للوكيل ان يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل
وقت التوكيل وهي جايزة ولو وكله ان يزوجه امراة معينة فارتدت

والعياذ بالله

والعياذ بالله ثم اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة
خلافا لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف
عنده بل له ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره
فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يخرج عن
الوكالة والله تعالى اعلم

كتاب الدعوى

قال رحمه الله هي اضافة الشي الى نفسه حالة المنازعة اي الدعوى ان يدعي
الشي الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة قال عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج
اليه عند الاضافة الشي الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي في اللغة اضافة
الشي الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة ماخوذ من قولهم
ادعى فلان شيا اذا اضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب
بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به
الانسان ايجاب الشي على الغير الا ان اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف
ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها
يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه
عجز عن اثباتها بالمعجزة والمدعي اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر
ادعا افتعال والف الدعوى للتانيث فلا يكون وجمعها دعاوى بفتح الواو
كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعا عليه والمال مدعا والمدعى
به خطا ثم شرط جواز الدعوى ان يكون في مجلس القاضي ولا تصح في غير
مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى
لو ادعى على غايب لا يجاب وان يكون المدعي شيا معلوما ليمكن اثباته بالبينة
ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه ان كان المدعي
مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها

وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم واقام البينة واليمين اذا
انكر قال رحمه الله والمدعي من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه اي اذا
لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما وهي من اهم ما يبتني عليه
مسايل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده فمنها ما ذكره هنا وهو
حد صحيح لكونه جامعا للحدود مانعا من دخوله غيره فيه وقيل المدعي من
يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقيل من يشمل كلامه
على الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد
هذا الشي ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من
يشمل كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك يكون
خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من
شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد نفسه لنفسه فهو
منكر ومدعى عليه وكل من شهد بما في نفسه لغيره فهو مقر وكل من شهد بما في يد
غيره فهو شاهد وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر
هو المدعي وهذا صحيح غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ
العبرة للمعنى دون الصورة فانه يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى
وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة
وهو منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه
على انه ردها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه
والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضا
الدين او ابرا الطالب فان القول للطالب مع انه يدعي شغل ذمته والمدين
البراءة لانا نقول لما اتفقنا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل
والمدين بدعواه الايفا او الابرا صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر
فكان القول له او نقول ان المودع امين فيكون القول قوله في وضع الامانة

موضعها

موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت بقضا العدة او بقاها
قال رحمه الله ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيا علم جنسه وقدره لان فايدتها
الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد والالزام في المجهول فلا يصح ولا
يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصنفها وسبب
وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار والحضور
والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم
احضار الشي المدعا ان لم يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شي
من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله
ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع عن
الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على ان الحضور مستحق عليه قال
رحمه الله وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط
وذلك بالاشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم
يمكن كالرحى حضره الحاكم او بعث امينه قال رحمه الله وان تعذر ذكر
قيمتها اي تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غايبة ذكر قيمتها
لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها
لانها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها دينا في الذمة وقال ابو الليث
يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة
فقال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قايم ولا ادري كم
كانت قيمته قال في الكافي ذكره في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان
الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه
الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة فاذا سقط بيان القيمة
عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته

قال رحمه الله وان ادعى عقارا ذكر حدوده لانه تعذر تعريفه بالاشارة
لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به قال رحمه
الله وكفت ثلاثة اي كفى ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي
ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم
بذكر الاثنين ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه
يختلف به المدعا ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعا شرا شي بثمن عن منقود
فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس ولو ذكروا ذلك واختلفوا
فيه لم تقبل ولا يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه
بها يصير معلوما للقاضي قال رحمه الله واسما اصحابها اي ذكر اسما
اصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن
غيرهم قال رحمه الله ولا بد من ذكر الحد ان لم يكن مشهورا او لا بد من ذكر كل
واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله لان التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرنا غير
مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره لحصول المقصود قال رحمه الله
وانه في يده اي وذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما
الا اذا كان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار
في يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله ولا تثبت اليد في العقار الا
بتصادقهما بل ببينة او علم القاضي بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد
فيه بخلاف المدعي والمدعى عليه ان العقار في يد المدعى عليه لان اليد فيه غير
مشاهدة ولعله في يد غيره تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى اهله بحكم
الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه او علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة
بخلاف المنقول لان البدعة معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال
رحمه الله وانه يطالبه اي ذكر للقاضي انه يطالب بالشي المدعا لان القاضي

لا يعلم

لا يعلم لما ذا ذكر حقه عنده فيذكره انه طالب يتبين له فلا بد من التنبيه عليه
لانه لو لم يتضمن على الطلب بحسب القاضي انه انما ذكر له على سبيل الحكاية
فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي ليس عليه ان يحبسه لاحتمال
ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصيب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا بين
اجابه والا فلا لاحتمال ان يكون عنده برهن او وديعة او اجارة ونحو ذلك
فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا في المنقول ان يقول هو في يده
بغير حق قال رحمه الله وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا
ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفا وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل
قال رحمه الله فان صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف
له وجه القضا ان ثبت حقه لان القضا بالبينة يخالف القضا بالاقرار
وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا واطلاق
اسم القضا فيه مجازا وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة
فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضا فيسقط بها احتمال الكذب
بالقضا في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه
الله فان اقر او انكر فبرهن المدعي قضي عليه لوجود الحجة الملزمة للقضا
قال رحمه الله والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي منه حلف المدعى عليه
اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي الك بينة فقال
لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته
اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتوا حقه على زعمه
بالانكار فمكنه الشارع من اتوا نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان
كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتوا المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر الله
تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله ولا يمين على مدع
لقوله عليه الصلاة والسلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دما رجال

واما الام بكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحمد جعل جنس اليمين على المنكر
لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء اخر حتى يكون على المدعي ونظيره
قوله عليه الصلاة والسلام الايمة من قريش وقوله عليه الصلاة والسلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر تسمعهما في الشركة وفيه
الالف واللام ايضا على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا
لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما
ذكرتم ان لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل
واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول لصاحبه ليس لك كذا
نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي
يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه وهذا يقول للخارج اول ما
ينطلق هو لي ويقوله واليد ليست لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد
منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا للمقصود دون الضمني وقال الشافعي
اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فان نكل ترد اليمين على المدعي
فان حلف قضي وان نكل لا يقضى له لان الظاهر شاهد للمدعي ينكوله فتعتبر
يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر يحلف
المدعي ويقضى له ما روي انه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين
ويروي انه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا
وما رواه ضعيف رده يحيى ابن معين فلا يعارض ما روينا ولانه يرويه
ربيعة عن سهيل ابن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي
فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة
بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على ما بينهما وهذا كما
يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على المتعاقب ولئن سلمنا انه يقتضي
الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين

المدعي

المدعى عليه وهو الحق به لان الشاهد الواحد لا يعتبر بنفسه كعدم
فيرجح يمين المنكر على ما بينا غير ان ما ذكرنا من شهادة الشاهد واليمين
في الملك المطلق وبينة الخارج اولى لا تقبل بينة ذي اليد في الملك
المطلق وان اقاما بينة فبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله بينة
ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة
على النتاج او على نكاح امرأة والمرأة في يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا
امة ولد لكل واحد منهما انها دبرها او اعتقها او استولدها واقاما
بينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولنا ان البينات شرعت للاثبات
لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها اخذت حكم الاثبات لما
انا لا علم لنا به اذ الاحكام تبنت باسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها
امارات حتى الشارع وقد حقنا لها حكم الاثبات وهذا وجب القضاء
على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا فاذا كان
كذلك كانت بينته اكثر اثباتا لانه بينة ثبتا لانه لملك الخارج قبل
القضاء بوجه ما وقد رأينا بينة صاحب اليد بينته كان ظاهرا بظاهر
يده الا ترى ان من رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له فاذا
نازعه احد في الملك يعيد بينة دفع القاضي عنه ولم يثبت بينته
شيئا لم يكن واما بينة الخارج فانها اثبت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت
اولى اذ البينات للاثبات بخلاف صاحب النتاج فان بينة صاحب
اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على ولاية الملك
والولاية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا بالوقتها لصاحب اليد
كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض لان بينة
الخارج بينة اثبات فترجحت بينة صاحب اليد بالبد وفي الملك المطلق
لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حقيقة

بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه
ايضا ان يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة
الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان التدبير لا
يدل على هذه الاشيا فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا
فترجحت بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها سبب
الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك
المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد اولى بالاتفاق اذا كان سببا
لا يتكرر في الملك على ما يجي بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكرا
سبب الملك بان ادعى كل واحد منهما انها امراته ولم يذكرا السبب
كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب لا ترى انهما لو اختلفا
في ولا شخص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه
وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة
بينة المدعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي
اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال رحمه الله وقضى له وان نكل
مرة بلا احلف واسكت اي قضى للمدعي ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله
بلا احلف واسكت ويجوز ان تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على
اي قضى على المدعى عليه واللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم
احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله
لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى عليه فان حلف
يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي
رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما
وجبت في الابتدا على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر
شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او

لاجل

لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل
عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين الكاذبة وقال اخاف ان يوافقه
قضا فيقال ان عثمن حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي ايضا انه وافق اجماعهم
فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس
لك اليه سبيل وقضى بين النكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له
قالون ومعناها اصبت بالرومية وروي عن عمر رضي الله عنه ان امراة
ادعت عنده ان زوجها قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله
ما اراد طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله
عنهما وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم ادا للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت
هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر انه
ياتي بالواجب فلا يرفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب
فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان الاشتباه
الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه
لرد اليمين على المدعي لما روينا من ان اليمين على المنكر قال رحمه الله وعرض
اليمين ثلاثا ندبا اي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلث مرات
وهو مستحب يقول له في كل مرة اني اعرض عليك اليمين فان حلفت
والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفا لاختلاف
العلما فيه فان الشافعي لا يراه فاذا كرر عليه الانزار والعرض ولم يحلف
حكم عليه اذا علم انه لا افة به من طرش او خرس وعن ابي يوسف ومحمد
ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه
ينفذ والعرض ثلاثا انه مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام

فانه مستحب فكذا هذا مبالغة في الانذار ولا بد ان يكون النكول في مجلس
القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره
في حق الخصومة فلا تعتبر وهل يشترط القضا على فور النكول فيه
اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه على دعواه لا يبطل حقه بيمينه
الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد
بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا
لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين
فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة
حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس
اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان
شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من اليمين العادلة
وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى
لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه كان لفلان على
فلان الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له الفا
وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو
اصطلحا على ان المدعي لو حلف والمدعى عليه ضامن للمال وحلف
فالصلح باطل ولا شي على المدعى عليه قال رحمه الله ولا يستحلف
في نكاح ورجعة وفي واستيلاد ورق ونسب وولا وحد ولعان
قال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله تعالى الفتوى على انه يستحلف
المنكر في الاشيا الستة يعني في هذه الاشيا التي عدها سوى الحد
واللعان وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق
تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود
واللعان وهذا لان فايدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان

اليمين

اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا
لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة
وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بدله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول
ويصح ايجابه في الذمة ابتدا ولو كان بدلا لما صح ولا وجب وكذا يجب
القصاص به فيما دون النفس ويصح في المشاع فيما يقسم ولو كان بدلا
لما صح ولا وجب فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري في هذه الاشيا لكنه
اقرار فيه شبهة البدل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان
الا ترى انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي
ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل
على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب
بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة
الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه الاشيا واليمين الكاذبة
فيها هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه
وشح نفسه وايثارا للرجوع الى الحق اذ هو اولى من التمادي على الباطل
قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا
ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري
فيها البذل والاباحة فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس
وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب
فكان اولى وهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضايه ولو كان اقرارا
لجاز مطلقا بدون القضا وكذا لو كفل رجل رجلا بما يقر له به فلان
فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل
شي ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه
الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى

عليه بالرد ثم اراد ان يرد النصف الاخر يحتاج الى خصومة واستحلاف
جديد اذ النكول ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول
الاول ولانا نعلم ان اليمين واجبة مع البدل فلا يكون تاركا الواجب به
وهذا لان اليمين يجب عليه اذا طلب تحليفه لتتمكن به من الخصومة ومع
البذل لا خصومة ولا طلب فلا يجب وانما جاز من الكاتب والعبد
والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة
كما تدخل الضيافة اليسيرة في الهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار
من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي وسعي البذل ترك
المنع وترك المنع جائز في الاموال لان المال هين بخلاف الاشياء
السبعة وانما وجب على القاضي ان يقضي بالنكول بحكم الشرع لما ان
المدعي كان له الشيء الظاهر وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل نزاعه
الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة
البذل كما في الكفالة والحوالة وانما وجب القضاء به بينهما دون النفسلان ما
دون النفس يسلك به مسلك الاموال يجوز بذله اذا كان معتبدا الا ترى
انه يجوز له قطع يده المتآكلة للفائدة فلهذا يجوز بذله لرفع اليمين
عن نفسه واي فائدة اعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن
الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة
ماله وعرضه الى اخره وانما يجوز في متاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل
صريحا وانما صار بذلا في المعين على معنى انه ترك منعه وان المدعي يأخذه
محققا فلا يتنه بالشبوع ثم الدعوى في هذه المسايل تتصور من احد
الخصمين اي هما كان الا الحد والعان والاستيلاد فانه لا يتصور ان
يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام على البزدوي
قولها المذكور على ما ذكره في المختصر واختيار المتاخرين من مشايخنا

على

على ان القاضي ينظر في حال المدعي عليه فان راه متعينا يحلفه اخذا
بقولهما وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير
ما اختاره خمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم ان راي
من الخصم التغنت وقصد الاضرار بالاخر يقبل بغير رضاه والا فلا وذكر
الصدر الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى
العبد انه قد زنا ولا بينة له عليه يستحلف المولى حينئذ اذا نكل ثبت
العتق دون الزنا ثم اذا اقام المحلف المنكر في النسب عليه هل تقبل
بينة المدعي ينظر فان كان سببا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك
مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الحدود
وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على
الغير بخلاف دعوى المولى الاعلا او الاسفل حيث تقبل وان ادعى
انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب فيهما لا يثبت الا
بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة اما الولاء فلا يثبت الا بواسطة
بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق وهذا لا ترث النساء الولاء ولو كان
بواسطة لتثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث
لما كان له كما في المال وكذا لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن بنين
ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات
المعتق فان ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما يجعل كانهم اعتقوه
ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة النصف
نصيب ابيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان سببا يثبت باقراره والا فلا
قال رحمه الله ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان موجب
فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة ويجب بالنكول والقطع وهو

لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما ثبتت السرقة بشهادة
رجل وامرأتين او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي
فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول في الاستحلاف بالله
ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد
فان قال اريد القطع قال له ان الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه
وان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه
الله والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطي فان نكل ضمن نصف
المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف
يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في
النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا
كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع
في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان شيئا لا يصح الاقرار
به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال رحمه الله وجاحد القود فان نكل في
النفس يحبس حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف
جاحد القصاص فان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص
منه وفيما دون النفس لا يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجب
عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه
عن اليمين احتمالا لا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا يجب به العقوبة
كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا
اقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة
على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة
من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش

ونظيره

ونظيره ما اذا اقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد تجب الدية وبالعكس
لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين
وامثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر
يبقى الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد
شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال حتى ابيح
قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف
النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية والدية في رواية
اخرى فاذا سلك مسلك الاموال يجري فيها البدل كالاموال الا انه
لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البدل مفيد لرفع الخصومة فصار كقطع
اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين
حق مستحق عليه يحبس فيه في القسامة قال رحمه الله ولو قال المدعي
لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد رحمه الله مع ابي حنيفة في
رواية ومع ابي يوسف في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة
في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحاكم
لا يحلف بالاجماع ولابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث
الذي روينا وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يدفع مؤنة المسافة
ويتوصل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها
لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان
ثبوت اليمين مرتب على العجز في اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه
دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج
المصر لانه قد يتعذر الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا لان في استحلافه
مع حضور الشهود هتك المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان

يتوقاه قال رحمه الله وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام
كي لا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كبير ضرر
بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى يعدي عليه
ويستحضر الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا
بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فايدة التكفيل وهذا
استحسان والقياس ان لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف
ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلس القاضي حتى اذا
كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل
عشرة ايام يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل
وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا والظاهر
من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على التكفيل
لكن اذا اعطاه باختياره يوخذ منه وهذا اذا قال لي بينة
حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يوخذ منه
كفيل لعدم الفايدة في التكفيل لان الغايب كالهالك من وجه وليس كل
غايب اتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل
قال رحمه الله فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان يكفل
لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامره بملازمته مقدار مدة التكفيل
على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله ولو كان غريبا لازمه مقدار
مجلس القاضي اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على
ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه
كفيل لا يوخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل

بخصومته

بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان
اعطاه وكيلا فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل فان اعطاه كفيلا
بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعا دينا
لان الدين يستوفا من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله
ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفا وقد يكون من
الاصيل ايسر وان كان المدعا منقولا فله ان يطالب مع ذلك كفيلا بالعين
ليحضرها ولا يغيبها المدعا عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك
لانه لا يقبل التغييب قال رحمه الله واليمين بالله تعالى لا بطلاق
وعتاق الا اذا الح الخصم لما روي ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام سمع
عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله تعالى ينهاكم ان تحلفوا بابايكم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه البخاري ومسلم واحمد
وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف
الا بالله او ليصمت وكانت قريش تحلف بابايها فقال صلى الله عليه وسلم
لا تحلفوا بابايكم رواه احمد ومسلم والنسائي وعن ابي هريرة رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بالله ولا تحلفوا الا
وانتم صادقون رواه النسائي وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف
بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح
الخصم لغة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا
يقضي عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضي عليه بالنكول
لا ينفذ ولو طلب المدعا عليه تحليف الشاهد والمدعي انه لا يعلم ان الشاهد
كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه
اليمين لا سيما اذا اقام بينة قال رحمه الله وتغلظ بذكر اوصافه
اي توكد اليمين بذكر اوصاف الله وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا

هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية
ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شي
منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند
عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا ان شا وله ان
ينقص عليه الا انه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسما على بعض كيلا
يتكرر عليه اليمين ولو امره بالعطف واتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي
عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ
جاز وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ
في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل
عن التغليظ لا يقضي عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد
حصل قال رحمه الله لا بزمان ومكان اي لا تؤكد عليه اليمين لا بزمان
ولا بمكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة او لعان او
مال عظيم يبلغ مايتي مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام
ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند
الحجرة ان كان ببيت المقدس وفي الجوامع في غيرها وان لم يكن ففي المساجد
ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة
والسلام واليمين على من انكر والتخصيص بالزمان او المكان زيادة على
النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون
ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو
مدفوع ولان فيه تاخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولانه اخذ ما
تنقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة قال رحمه الله ويستحلف
اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله

الذي

الذي خلق النار والوثني بالله لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا
الاعور اليهودي اشهد بالله الذي خلق النار والوثني انزل التوراة على موسى
ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد
عليهم بذكر المنزل عليه والمجوسي يعتقد تعظيم ذكر النار فيؤكد عليه بذكر
خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد ان الله تعالى خالقه
وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم
ليقولن الله وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احدا الا بالله تعالى
خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف
انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض
مشايخنا لان في ذكر النار تعظيما لها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي
ان تعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة
التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل فكانه وقع عند محمد رحمه الله
انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعاير ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه
الله ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع
عن حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع ايضا قال رحمه الله
ويحلف على الحاصل اي بالله ما بينكما بيع قايم ونكاح قايم وما يجب
عليك رده وما هي باين منك الان في دعوى البيع والنكاح والغصب
والطلاق ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت
ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشيا قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق
والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه
على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر بالسبب ثم ادعى طرو
الرافع لا تقبل منه فيحتال على هذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان
المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يحلف على السبب لان اليمين
حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعا هو السبب الا اذا دعا عرض المدعى عليه
بان قال قد بيع البيع ثم يتقايلان ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على
الحاصل نظرا له كيلا يفوت حقه وعنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان
انكر السبب يحلفه عليه وان انكر الحكم يحلفه على الحاصل وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرفع برافع
وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع
فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد
ثم بالالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام
او السيف عند الارتداد وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي
مثل ان يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل ان تدعي المبتوتة
النفقة والزوج لا يراها فانه يحلف على السبب بالاجماع لان في تحليفه
على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل
حق المدعي قال رحمه الله وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة
والمشتري والزوج لا يراها يحلف على السبب لما ذكرنا فحاصله ان التحليف
على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى الى الاضرار بالمدعي وكان سببا
لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند ابي يوسف التحليف على السبب
هو الاصل الا اذا عرض فحينئذ يحلف على الحاصل على ما بينا قال رحمه الله
وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه اخر اي يحلف على العلم اذ ورث عبدا
وادعى اخر انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث
فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو بحق ظاهر فلا يصار اليه دفعا
للضرر عنه قال رحمه الله وعلى البتات لو وهب له او اشتراه يعني يحلف

على

على البتات ان كان ملكه بالهبة له او بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب
موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملك بالملك له
لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد
التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما اطلق له يكون
باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم
يوجد ما يطلق له اليمين على البتات لان الوارث خلف عن الميت واليمين
لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له
اصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير
فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات الا ترى
انه عليه السلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على
البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني
هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري
ان العبد ابق ونحو ذلك فاراد المشتري تحليف البائع فانه يحلفه
على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع
سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات
ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي
بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال
ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى
قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ثم كل
موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف فيه على العلم لا يكون معتبرا
حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب
اليمين فيه على العلم فحلف على البتات تعتبر اليمين حتى تسقط اليمين
عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا بخلاف

العكس قال رحمه الله ولو اقتدى المنكر بيمينه او صالحه منها على شيء
صح ولم يحلف بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى عليه اربعون
درهما فاعطى شيئا واقتدى بيمينه ولم يحلف فقيل له الا تحلف وانت
صادق قال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه
الكاذبة وقيل كان له على المقداد سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه
منها اربعة الاف فترافعا الى عمر فلم يحلف ولان بالاقتداء صيانة عرضه
وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن اعراضكم
باموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما يقع عند الناس انكاره وان
كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن
نفسه والمدعي ياخذه على انه حقه او عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق
مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد واحد جهتان كمن اقر بحرية عبد
ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فدا
في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل
حقه في حق المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر
ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفدا لا يكون له ان يستحلفه
بعد ذلك ابتداء بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لان الشرا
عقد تمليك المال بمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين
على حاله

باب التحالف

قال رحمه الله اختلفا في قدر
الثمن او المبيع قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بالبينة
اذ البينة مبينة كاسمها فيقع في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة
اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها
مجرد الدعوى قال رحمه الله وان برهنا فللمثبت الزيادة اي اذا اقام
كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات

شرعت

شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله
ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه
الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما
البينة فبينة البائع اولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة
للاثبات دون النفي قال رحمه الله وان عجز ولم يرضيا بدعوى احدهما
تحالفا اي ان عجز عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه
بعدما قيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع
عليك تحالفا وانما يقول لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا
طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك
قال رحمه الله وبدئ بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر وابي يوسف
اظهر ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا
اذ هو المطالب باليمين اولا فينكر عند المطالبة فيكون باديا بالانكار
وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكر من غير تاخر فيتعجل به فايدة اليمين
وهو الاقرار او البدل عند النكول وبنكول البائع تتاخر الفايدة
لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي
الثمن فكان ما يتعجل به فايدته اولى وعن ابي يوسف انه يبدا بيمين البائع
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه
بالذكر فكان ينبغي ان يكتفي بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن
افادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداية هذا اذا باع سلعة بثمن وان
باع ثمنا بثمن او سلعة بسلعة بدا القاضي بايهما شاء لاستوائهما في فايدة
النكول قال رحمه الله وفسخ القاضي بطلب احدهما لقوله عليه الصلاة
والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت

ما ادعاه كل واحد منهما فيبيع بيع بثمن مجهول او بدل فينفسخ لان البيع
بلا ثمن وبثمن مجهول فاسد ولا بدل للفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفسه
بالتحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكر في المبسوط ان وطئ الجارية المبيعة
قبل بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل
وصفة اليمين ان يحلف البايع باسم ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف
المشتري باسم ما اشتراه بما ادعاه البايع وذكر في الزيادات انه يحلف
باسم ما باعه بالف ولقد باعه بالعين ويحلف المشتري باسم ما اشتراه
بالعين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار
على النفي لان الايمان على ذلك وضعت الا ترى انه تقصد عليه في القسامة
بقولهم ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين يجب على المنكر
وهو الذي يحلف على هيئة النفي شعارا بان الحالف وجب عليه لانكاره
وانما وجب على البايع والمشتري لان كلا منهما منكر لان البايع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكر ويدعي المشتري زيادة المبيع والبايع ينكر وان كان
المختلف فيهما وان كان الخلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل
والاخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند
تسليم المبدل والاخر ينكره فصارا مدعيين فتقبل بينة كل واحد منهما
لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض
احد البدلين فظاهر وهو قياسي وان كان بعده فخالف للقياس لان
القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر ولكن
عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا قال رحمه الله ومن نكل لزمه دعوى
الاخر لانه صار مقرا به اوباذلا لانه لزمه اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله
لزمه دعوى الاخر لانه بدون اتصال القضا لا يوجب شيئا اما على اعتبار

البدل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البدل فلا
يكون موجبا بانفراده وهذا الذي ذكرنا في التحالف اذا كان اختلافهما
في البدل مقصودا واما اذا كان في ضمن بيع اخر بخمر او خنزير او بيتة
من اخر حمارا بزق ووزنه مايتا رطل ثم جا بالزق ليرده على صاحبه ووزنه
عشرون رطلا فقال البايع ليس هذا زقي وقال المشتري هذا هو زقك فالقول
قول المشتري سواء كمل رطل شيئا اولم يكمل بخلاف هذا اختلافا في
المقبوض وفيه القول قول المقابض في نفس المقبض والمقبوض فكذا في
مقدار المقبوض وان كان في ضمنه اختلافا في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان
الزق وينقص بزيادته فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم
يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع في مقتضى
اختلافهما في الزق قال رحمه الله وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار
او في قبض بعض الثمن او بعض المبيع او بعضه او في بدل الكتابة
او في راس المال بعد ما قالا اسلمنا لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه
اما الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به واشبه الاختلاف في الحط والابراء وبهذا
لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث
يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حيث يجري فيه التحالف لانه يرجع الى
نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل
لانه ليس بوصف له الا ترى ان للثمن وجودا بدونه وكذا سائر ما يختلف
فان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق
البايع وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في اصله او قدره
لان هذا اختلاف معقول لاختلاف في قدر مالية الثمن فان الموجل انقص من الحال
في المالية ولان النص اوجب التحالف عند اختلافهما بين ولم يفصل

قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع
فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن
لا بالاجل فصار كانه قال اذا اختلفا المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا
وقد بينا ان الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا للثمن لذهب عند
ذهابه اذ الشيء لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن
فيه عند ابي حنيفة فانه جعل هناك القول قول من يدعي الاجل وجعل
القول هنا لمنكره والفرق انه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما
عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف
ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه
لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين بانه باعه
بالف الى شهر وشهد الاخر انه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما
كما لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلاث ولم يذكر الاخر الخيار
ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا في اصل البيع او مكان ايفا
المسلم فيه لا يتحالفان لان احدهما انفرد في انكار اصل البيع والاختلاف
في مكان الايفا قد مر بيانه في البيوع واما اختلافهما بعد هلاك المبيع
فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي رحمهما الله
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع
عن ملكه او صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في
الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة ادنى منها لانه يقول
والله اعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق من
الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد
الهلاك فاذا كان يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجري عند

عدم

عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه
اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا ترى ان الشاهدين في البيع اذا اختلفا
في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من المبيعين
فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع متايضة فهلك
احد البدلين او اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فايدة وهو تسليم
ما يدعيه البايع له على تقدير نكول المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري
على تقدير عدم نكوله ولابي حنيفة وابي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا شرط ان تكون السلعة
قائمة وما روياه من المطلق محمول عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد
يكون في القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان راويهما
عن النبي عليه السلام واحد بالاجماع وبحال ترك الراوي عن النبي صلى الله عليه
وسلم المقيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن
النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم
يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهاذان الحديثان
هنا يرويهما ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيوخذ بالمقيد لما ذكرنا
والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا
يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد
منهما الى راس ماله ولا يدعي المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض
على ما بيناه ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه
العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا يجوز الاقالة ولا الرد بالعيب
بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه
الاخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى
ان الوكيل بالبيع بالف يبيعه بالفين وان البيع بالف يصير بالفين

بالزيادة في الثمن وبخمسماية بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا
في القدر مع اتحاد الجنس لان المدعا احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف
ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البايع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر
والمشتري يدعي الشرا بالدراهم والبايع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه
لان البيع لا يسلم له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا
على ثمن وهنا اتفقا على الف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية
جاز وطيها قبل الفسخ بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى
احدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة
لان كل واحد مبيع فكان البيع قايما ببقا المعقود عليه ولهذا يجوز الاقالة
فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاخر مثل الهالك ان كان من
ذوات الامثال والا فقيمته ولا نسلم ان في التحالف هنا فايدة لان المقصود
في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذي ورد
عليه العقد وهنا يسلم المبيع الى المشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم
يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن اقر بالف
من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يومر بالدفع اليه لاتحاد الحكم
بخلاف ما اذا قال بعتني هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها
فانه لا يجوز له ان يطاها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين يخالف
حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البايع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه
العقد الى صاحبه فلا يكون في الفسخ فايدة لان ما يعتبر من الفايدة
هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا اي فايدة كانت واما اختلافهما
بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وصورته
انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا
في الثمن قال القدوري فيها لا يتحالفان الا ان يرضى البايع ان يترك حصة

الهالك

الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير القول
قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشا البايع ان ياخذ
الحي ولا شي له وقال قاضي خان وذكر في الاصل الا ان يشا البايع ان ياخذ
الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ
العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري
وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك
لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ان لا يمنع
ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقيد بقدره ولابي
حنيفة رحمه الله ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس
ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة
بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على اعتبار حصته
من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحزر والظن
فتودي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك فحينيذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك
عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد
فيه واخذه ولا ياخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيا وايهما نكل لزمه
دعوى الاخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف
لان المذكور فيه قبل الاستثنا قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير
يدل على انهما لا يتحالفان وان يحلف المشتري وحده لان المستثنى منه
يمين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا الاستثنا
الى ماذا ينصرف فقال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري ومعناه
ان البايع ياخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة ويجعل
صلحهما على هذا العبد لصلحهما على عبد اخر وصار تقدير ما قال في الكتاب

على قول هو لا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله ويكون القول قول
المشتري مع يمينه الا ان يأخذ البايع الجي ولا يأخذ شيأ اخر خيئيذ لا يحلف
المشتري وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يتوجه لان الاخذ
معلق بمشيئة البايع ولو كان اخذ الجي بطريق الصلح كان معلقا بمشيتهما
قال الراجي عفو ربه ليس في هذا الاخذ فايدة ايضا ولا يحتملها فلا يصار
اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل بقابله ليس من الحكمة
ثم قال وعامة المشايخ على ان الاستثنا ينصرف الى التحالف وصار تقدير
ما قالوا في الكتاب على قول هو لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يأخذ
البايع ان يأخذ الجي ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ خيئيذ يتحالفان
عند ابي حنيفة لان المذكور قبل الاستثنا التحالف دون يمين المشتري
فكان صرف الاستثنا الى المذكور اولى وبعضهم قالوا بل ينصرف الى
يمين المشتري على معنى ان البايع اذا رضي ان يأخذ الجي ولا يأخذ من
ثمن الميت شيأ خيئيذ لا يحلف المشتري لان البايع اذا اعرض عن دعواه
لا معنى لتحليف المشتري وهذا اسهل الاولى في علم الغايلة ثم قال
وقال الامام الكبير اني رحمه الله يأخذ البايع من حق الهالك من المشتري
ما يقربه المشتري خيئيذ لا يحلفان لان الاستحلاف انما شرع في حق
المشتري اذا احتاج ان يذكر ما يدعيه البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى
الزيادة واخذ الجي ورضي به المشتري فلا حاجة الى الاستحلاف من المشتري
والصحيح هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البايع
لا يترك ثمن الهالك كله وانما يترك الزايد على ما يقربه المشتري ومعنى
قوله لا يأخذ شيأ اي لا يأخذ من الزيادة التي يدعيها شيأ وعلى هذا التقدير
يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشتري ومن اصحابنا من قال ينصرف
الاستثنا الى التحالف وهو اظهر لانه لما منع من التحالف وهو الهالك قد زال

بخروجه

بخروجه من ان يكون مبيعا قصار كان المبيع هو الجي وحده او يرضى بالقرب
المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الا مختلفا في بيعهما الا في ثمن الجي فيتحالفان
فانهما تكل لزمه دعوى الاخر ثم تفسير التحالف على قول محمد ظاهر لان
الهالك عنده لا يوزع قصار كانهما حيان واختلفوا في تفسيره على قول
ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القايم بحصته من الثمن وعلى الهالك
لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يتوجه لان المشتري
لو حلف بالله ما اشتراها بالعين فان تكل لزمه دعوى الاخر وان حلف
يحلف البايع بالله ما باعهما بالف فان تكل لزمه دعوى المشتري وان
حلف فسخ العقد بينهما في القايم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك من الثمن الذي يقربه المشتري فانه يقسم على قيمتهما
يوم القبض فما اصاب الجي سقط وما اصاب الهالك لزم المشتري وان
اختلفا في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة تقبل بينته فان اقاما
البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لها بينة
كان القول قول البايع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على
المشتري ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك
والبايع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في الاصل في رجل
اشتري عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك احدهما عند المشتري
يسقط عنه ثمن ما رده ويجب عليه ثمن ما هلك عنده ويقسم الثمن
على قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك واقام احدهما بينة تقبل
بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا وان
لم يكن لها بينة كان القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على
وجوب كل الثمن ثم المدعي يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة
الهالك اقل والبايع ينكر فكان القول له ايضا وهذا الفقه وهو

ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على احد الخصمين وهما يعرفان
حقيقة الحال فيبتني الامر عليها والبايع منكر حقيقة فكان القول له
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعرفان حقيقة الامر
فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا
وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البايع اذا
رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه
الذي ذكرنا لابي يوسف هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله
يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه
فلا يودي الى تفريق الصفقة على البايع فعلم بهذا ان التعليل بان
السلعة اسم لجميعها غير سديد واما اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع
على الاخر لان المولى يدعي بدلا زايدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق
العتق على المولى عند اداء ما يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا
في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى اليه ولابي حنيفة
ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال
وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيا وقد بينا ان التحالف
بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد
لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله اصلا
حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة
بالعين المستاجرة عند العقد ثم تنتقل الى المنفعة عند الاستيفا
وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح
وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه

والكتابة

والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا يكون في معناه فلا يتحالفان يوضحه
ان البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل
احدهما لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب
اذا نكل لا يلزمه شي لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى
لا يجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى
من وجه فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار
الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما
بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة
المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه
يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول
بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى
خمسماية يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا
وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه
البدل واما اذا اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم لا يملك المسلم فيه
بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه
حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود
السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما
الى راس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام
تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو
فسخ الاقالة في السلم بعد نفاذها لا يحتمل الفسخ الا ترى انهما لو قالا
نقضنا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان راس المال عرضا فقبضه المسلم
اليه ثم رده عليه بعيب بقضا قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم
لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف

الاقالة في البيع حيث ينتقض بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم
فيه سقط بالاقالة فلو انتقضت الاقالة لكان حكما لاقتضاهما عود المسلم
فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فامكن
عوده الى ملك المشتري قال رحمه الله وان اختلفا في مقدار الثمن بعد
الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم
الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول لان
التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ان كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى
الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا
استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا
يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يتحالفان لانه يرى
النقض مطلقا بعد القبض ايضا قال رحمه الله وان اختلفا في المهر قضي
لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه تورد عواه بها وهي كاسمها مبينة
قال رحمه الله وان برهنا فللمرأة اي اذا اقاما البينة كانت بينة المرأة
اولى لانها تثبت الزيادة والبينات للاثبات لكان اولى هذا اذا كان
مهر المثل يشهد للزوج بان كان مسلما يدعي الزوج اقل لان الظاهر
يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر
المثل يشهد لها بان كان ما تدعيه او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها
تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا
وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة او اكثر
مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان
بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى
قال رحمه الله وان عجزا اي عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ النكاح
لان كل واحد منهما ينفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فبقيت العقد بلا تسمية

وذلك

وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال رحمه الله
بالحكم مهر المثل تفسير قوله لو كان كما قاله واقل وبقولها لو كان كما
قالت او اكثر وبه لو بينهما اي بينهما قالته هي وبين ما قاله هو لانه
لما انتفى بينهما التسمية اعتبر الى حكم مهر المثل يتقضي بقول من يشهد
له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر مما
اقر به هو قضي بذلك وهذا تخريج الكرخي رحمه الله وتخريج الرازي
خلافي ذلك فانه يبدأ باليمين اولا فيحمل القول لمن يشهد له الظاهر
وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا
ويبدأ بيمين الزوج لتحمل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند
ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي
ببينة مستكثر وقد بيناه في النكاح قال رحمه الله ولو اختلفا في الاجارة
قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء المانع لان الاجارة قبل قبض
المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على
صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يختلفان الفسخ وهما
عقد معاوضة فان قبل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة
فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم
ولان العين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها
فصارت كانها قائمة فان كان الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر
وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وانها تكل لزعمه دعوى الاخر
وايهما اقام البينة تقبل بينته فان اقامها فبينة الموجر اولى ان كان
الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر
اولى وان كان الاختلاف بينهما فبينة الموجر اولى في الاجرة وبينة
المستأجر اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما كان اكثر اثباتا

كان اولى قال رحمه الله وبعده لا والقول قول المستاجر اي ان اختلفا
بعد استيفا المنافع لا يتحالفان فكان القول قول المستاجر مع يمينه لان
فايدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع التحالف
وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ظاهر لان
الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان
عليها ولو جرى التحالف هنا فسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين انه لا عقد فاذا امتنع
التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو المنكر قال رحمه الله والبعض
معتبر بالكل معناه اذا استوفا بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد
منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفا ويكون القول قول المستاجر
كما لو استوفا الكل ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم
يستوف شيا وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع
فان التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا وهما خالفا اصلهما في المبيع
والفرق لمحمد ما بيناه في استيفا الكل من ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو
تحالفا لا يبقى العقد فلم يكن ايجاب شي والفرق لابي حنيفة ان العقد في
الاجارة لا ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير
كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا على حدة فلا يلزم من تعذر
التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان
فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل
لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يودي الى
تفريق الصفقة على البايع على ما بينا من قبل قال رحمه الله وان اختلف
الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له
لان الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح قايما بينهما او لم

يكن

يكن قايما ومما يصلح للرجال العمامة والقميص والقبا والقلنسوة والطيلسان
والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها
قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمراة الخمار والدرع والاساورة وخواتيم
النسا والحلي والخلخال وامثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما
ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشيا فلا يكون القول قولها مع يمينها
لما ذكرنا لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال
لا يكون القول قوله في ذلك قال رحمه الله وله فيما يصلح لهما اي اذا
اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المراة وما في يدها في يد
الزوج والقول لصاحب اليد في الدعاوي بخلاف ما يختص بالمراة لان
الظاهر يقابله ظاهر اخر من جهتهما فيتعارضان فيرجح بالاستعمال
من جهتها والذي يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار
والمواشي والنقود قال رحمه الله فان مات احدهما فللحي اذا مات احد
الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده
من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما
ولا يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وخالفه ابو يوسف رحمه الله في المشكل
فقال يدفع الى المراة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما
فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون
في حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا ان ما يصلح لاحدهما
فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى يقوم ورثته مقامه واختلفوا
فيما يصلح لهما فابو حنيفة جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي
بعد موت احدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين وابو يوسف

رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز بها مثلها في الحالتين لانها يأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل بظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر وهما في الاستوا بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لا حق خلفاوه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي حنيفة رحمه الله ان يد الباقي منهما اسبق الى المتاع لان الوارث ثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع في الصلاحية للاستعمال على ما بينا بل اولى لان للميت رجحانا مطلقا حتى يترجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا تعارض الاصل وقالا الغرفي المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قالا لابي حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما استويا في سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالتبعية في الخصومات الا ترى ان لسكاف وعطار اختلفا في آلة الاسكافة او آلة العطارين وهي في ايديهما فتقضي بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثيابه بدنه لان المرأة هي الساكنة فيه وهذا تحكم فعيدنه ويد صاحب البيت على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره وفي الدعاوي يتقدم صاحب اليد وقال ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج كيف ما كانه لان المرأة في يد الزوج فما في البيت يقضى يكون في يده وان كان البيت ظاهر صاحب البيت وان البيت يضاف اليه فصار بمنزلة الموجر مع المستأجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه والمسكن وليس للموجر سوى ما عليه من ثياب بدنه هكذا هذا وهذه هي المسبعة وقد

ذكرنا

ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله احدهما ان يكونا حرين في الحياة والموت اي مملوكا كان احد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما وللحي منهما بعد موت احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك واما اذا مات احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي من المعارض فكان الحي منهما احق كذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير وكذا ان مات احدهما كان المتاع للحي منهما ثم قال وقع في بعض النسخ الحي منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وقالا العبد المأذون لمن في التجارة والعبد المكاتب كالحر لانهما يد مقيدة في الخصومات وهذا الوا ختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد الملاك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى فترجحت به في حق متاع البيت الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا اولى ان تترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد للاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قوله زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم بالصواب قال رحمه الله فان ادعى احدهما ان هذا الشيء او دعنيه او اجرنيه او اعارنيه فلان الغائب ورهنه او غصبنيه منه وبرهن عليه قضيت خصومته المدعي لانه اثبت بينته ان العين وصلت

اليه من جهة الغايب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما لو اقر المدعي
بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشيا دون الملك
حتى لو شهدوا بالملك للغايب دون هذه الاشيا لم تندفع الخصومة وقال
ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة به لانه بظاهر يده صار خصما
فلا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغايب لعدم الخصم عنه
ولا ولاية لاحد في ادخال الشي في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان
يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون اصله
كالوصية الثانية في ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار نظير
ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال
ابن ابي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغايب من غير اقامة البينة لان
كلامه اقرار منه بالملك للغايب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن
التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار الا ترى من اقر بعين
لغايب ثم اقر بها لحاضر فرجع الغايب فصدقه يومر بالتسليم اليه وكذا
الصحيح لو اقر بشي لشخص ثم غاب يقضي عليه به ويوخذ من ماله ولو لم
يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه يخلوا اما ان يكون صادقا
او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على
نفسه صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته
اثبتت امرين الملك للغايب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة
عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المراة او الامة
اذا قامت بينة على الطلاق او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون
ثبوت الطلاق والعتاق على ما بينا من قبل فصار كان المدعي اقر بذلك
او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة لنفسه
لا اثبات الملك للغايب وهو خصم في اثبات يده فثبتت دون الملك

للغايب

للغايب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر
يده ولهذا يجبر بالحضور ويوخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة
كما اذا ادعى احالة غريمه على غيره ولان دفعها بلا بينة يودي الى اتوا
الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه من ان يكون خصما في
ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك متوقف على قبوله
فيتوقف على قبوله فيتوقف بواجبه واندفاع الخصومة منها
فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين ان ملكه ثابتا وقت الاقرار وان يده
كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا لا يومر بالتسليم الى المقر له اذا حضر
ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به
الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما لو ادعى العين بعد
هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة وان اقام بينة على انها كانت
وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي القيمة وهي في
ذمته الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين ان
ذمته كانت لغيره وفي العين تبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب
وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا
تندفع الخصومة وان اقام بينته على انها كانت وديعة عنده
بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي القيمة وهي في ذمته
الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين ان ذمته
كانت لغيره وفي العين تبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب
وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع
الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره الا ترى ان دعوى الفعل تجوز
على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع
بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة ان يده

حافظة وليست بيد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال ابو يوسف
اخرا ان كان المدعي عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل
والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغايب لان
المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب
من البلدة ويواعده ان يرده اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على
ان هذا الشي اودعه غيره عندما يدعيه صاحبه فيضع بذلك ماله فيجب
على القاضي ان ينظر في احوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى
هذا القول بعدما ولي القضا وابتلي بامور الناس وليس الخبر كالعيان
وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير
باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا لا نعرفه
بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد
بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل
المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفع لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع
لا تبطل وان كان غيره تبطل فلا تبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر
عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة
عند محمد رحمه الله لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا احاله
على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط
لا تكون معرفة الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل اتعرف فلانا
قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه قال لا فقال اذ لا تعرفه ولذا لو حلف
لا تعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا
بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند
ابي حنيفة تندفع الخصومة لان ذا اليد اثبت ببينته ان العين اخذها
من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون

غير

غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة وان هذي العين
ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر
للمدعي بعد التمكين من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى
شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فاضروا به ونحن نسلم انه بمثله
لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت
انه ليس بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى
معرفته من كل وجه وينبغي ان يكون على قول ابي يوسف على التفصيل
الذي ذكرنا وتسمى هذه المسيلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها
خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما او فيها اختلاف
خمسة من الايمة وقد بيناه بحمد الله تعالى قال رحمه الله وان قال
ابتعته من الغايب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو اليد
اودعنيه فلان وبرهن عليه لا اي لا تندفع الخصومة في هذه الصور
وان اقام المدعا عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في المسيلة الاولى
بدعواه الشرا من الغايب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه
خصم وفي المسيلة الثانية ان المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني
صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج
عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح
على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفا يده حقيقة بخلاف دعوى
الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له ثم
جا المقر له الغايب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لان الغايب لم
يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول
المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جهد
بالبنا للمفعول لاجل المسير عليه كيلا تقطع يده فصار كانه قال سرقته

مني بالبينة للمعمول وجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسيلة الغصب
لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ للحر لا يجب
على غاصبه فلا يحتاج الى كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذي اليد وقبضها
ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت الخصومة
وان ادعى عليه فعلا لان المدعي عقد استوفى احكامه فصار كالعدم فكان
كدعوى ملك مطلق حقيقة ولو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال
رحمه الله وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه
فلان فهو كما لو قال قضى الصومة لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي
فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعي مزورة فلم يكن ذو اليد خصما
وللمدعي اخذه من يده الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فيأخذه
لكونه احق بالحفظ ولو صدقه في شرايه منه لا يأمر القاضي بالتسليم اليه
حتى لا يكون قضاء على الغايب وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه
وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينته لان وصول الدار الى ذي
اليد لم تثبت من جهة الشري ممن اشتري هو منه لانكار ذي اليد ولا
من جهة وكيله لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل
ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسيلة الاولى وهي مسيلة
الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغايب ثبت بتصادقهما
باقرار ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن
المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا
اودعنيها فقال المدعي كان اودعك اياها وانكره واليدا استحلف
باسمانه ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما لان نكوله
كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف
لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها والله

اعلم

اعلم بالصواب باب ما يدعيه الرجلان قال رحمه الله
برهنا عليه في يد اخر تقضي بها بينهما اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما
وبرهن كل واحد منهما انها كلها له ولم يذكروا سبب الملك ولا تاريخه قضي
بالعين بينهما لعدم الاولوية وعند الشافعي رحمه الله تراد وعنه انه يقرع
بينهما لان احد ي الطايفتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك شخصان
عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين القرعة لما تراد لعدم الاولوية كما في دعوى
النكاح والمصير الى القرعة لما روي انه عليه الصلاة والسلام اقرع بين
رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم
انت تقضي بين عبادك بالحق ثم تفيض بهما من خرجت له قرعته
ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك
يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل قوي
في الحجة فلا يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان في يده
اكثر عددا لان طا بينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روي عن ابي
موسى الاشعري ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم تكن لاحدهما بينة فاقرع بينهما فاعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصفين
رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو
داود والنسائي واحمد وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كما لو صرح بها بان ادعى
كل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان
في الشركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين لها تراد ولان البينات
مرجح الشرع يجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لان الايدي قد تتوالى
في عين واحدة في اوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب

المطلق للشهادة وهو اليد يحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون
الشهود اعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز
الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي
انه عليه الصلاة والسلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت
كان القارع فيه مبلغا ثم انتسخ بانتساخ القمار لان القرعة لتعيين
الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فلهذا التعيين المستحق وانما يقرع
في المتهة لتطييب القلوب وفي التهمة لا لاستحقاق الا ترى ان للامام
ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله وعلى نكاح
امرأة سقطا وبينة من صادقت او سبقت بينته يعني لو اقام اثنان
بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء
بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح
مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجح قولها بتصديقها بمنجعل عبارة قولهما
ان احدهما زوجها واسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل
بها احدهما فيكون هو اولى لا يعتبر قولها لانها تملكه من نفسها او من الدخول
بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فيكون
هو اولى لان الصريح يفوت الدلالة فلا تعتبر معه فصار كما لو ادعى رجل
نكاح امرأة فاقام بينة فحكم له به حتى لا تقبل دعوى احد النكاح فيها
بعده لكونها اقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله او سبقت بينته
احدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا ينقض لغير المتأكد الا اذا
اثبت الثانية انه تكاحه اسبق فحينئذ تكون اولى لانه اثبت بالبينة
كالثابت عيانا فحاصله انهما اذا تنازعا في امرأة واقام البينة فان ارخا
وكان احدهما اقدم كان اولى وان لم يورخا او استويا تاريخهما فان كان
مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم

يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله وعلى الشراء من
لكل نصفه يعني له ان شاء اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة
على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف
الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي
ان يقضي بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير
كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضولين اذا باع كل
واحد منهما عبدا واحدا من رجل واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما
جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يكن ذلك حقيقة ويحمل على ان البيع لكل واحد منهما صادر من
وكيله وذلك هكذا في وقت واحد قال رحمه الله وبايا احدهما بعد
القضاء لم يأخذ الآخر كله اي لو وفى به القاضي بينهما وبايا احدهما
ان يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر ان يأخذ كله لانه صار
في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته
استحق جميعه وكان يسلم له لو لا بينة صاحبه وما وفى القاضي به
بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له ان يخلفه
بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء بينهما حيث
يكون للآخر ان يأخذه جميعه لانه اثبت ببينته انه اشتراه بالكل
وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء بينهما ولم يوجد
فصار نظير تسليم احد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللآخر
ان يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له ان يأخذ الا النصف
لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء بينهما
قال رحمه الله وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا الشراء في يد
انتفاء على انه ملك للبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه

المطلق للشهادة وهو اليد يحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون
الشهود اعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز
الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي
انه عليه الصلاة والسلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت
كان القمار فيه مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار لا ترى ان القرعة لتعيين
الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع
في القسمة لتطييب القلوب وفي التهمة لا لاستحقاق الا ترى ان للامام
ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله وعلى نكاح
امرأة سقطا وفي من صداقها او سبقت بينته يعني لو اقام اثنان
بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء
بهما اذ النكاح لا يتبعض الاشتراك وهي زوجته لمن صدقته منهما لان النكاح
مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجعل باعتبار قولها
ان احدهما زوجها او سبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل
بها احدهما فيكون هو اولى لا يعتبار قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول
بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فيكون
هو اولى لان الخروج يفوت الدلالة فلا تعتبر معه فصار كما لو ادعى رجل
نكاح امرأة فاقام بينة فحكم له به حتى لا تقبل دعوى احد النكاح فيها
بعده لكونها اقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله او سبقت بينته
احدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا ينقض بغير المتأكد الا اذا
اثبت الثانية ان نكاحه اسبق فحينئذ تكون اولى لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا فحاصله انها اذا تنازعا في امرأة واقام البينة فان ارخا
وكان احدهما اقدم كان اولى وان لم يورخا او استويا تاريخهما فان كان
مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم

يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله وعلى الشراء
لكل نصفه بدله ان شاء اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة
على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف
الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي
ان يقضي بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير
كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل
واحد منهما عبدا واحدا من رجل واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما
جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يكن ذلك حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من
وكيله وذلك في وقت واحد قال رحمه الله وبأيهما احدهما بعد
القضاء لم يأخذ الآخر كله اي لو وفى به القاضي بينهما وأيهما احدهما
ان يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر ان يأخذ كله لانه صار
في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته
استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه وبما قضى القاضي به
بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له اخذه
بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء بينهما حيث
يكون للآخر ان يأخذه جميعا لانه اثبت ببينته انه اشترى الكل
وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء بينهما ولو لم يوجد
فصار نظير تسليم احد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللآخر
ان يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له ان يأخذ الا النصف
لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء بينهما
قال رحمه الله وان ارخا فالسابق لانها لما ادعيا الشراء في اليد
اتفقا على انه ملك للبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه

فيه احد فاندفع به الاخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشرا من
رجل اخر غير الذي يدعي الشرا منه الاخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ
الاسبق لان كل واحد منهما خصم عن بايعه في اثبات الملك له وملك
بايعهما لا تاريخ فيه فصار كان البايعين حضرا واثبتا الملك لانفسهما
مطلقا من غير تاريخ وكذا لو ارخت احديهما ولم تورخ الاخرى كان
صاحب التاريخ اولى لانهما اتفقا على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك
لهما الا بالتلقي منه وان شراوهما حادث والحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات الا اذا ثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المورخ
اولى بخلاف ما اذا اختلفا بايعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا
الملك ولم يدعيا الشرا من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ
اولى عند ابي حنيفة ومحمد على ما نبين فرقه من قريب ان شا الله تعالى
قال رحمه الله والا فلذي القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما
قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق
شرايه ولانهما استويا في اثبات الشرا من ذي اليد وترجح احدهما بالقبض
فلا ينتقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينتقض
بتاريخ الاخر ايضا لبقا الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراوه قبل شرا
صاحب اليد فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف
ما اذا اختلف بايعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض
اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبايعهما اولا فاذا يجتمع فيه
في حق البايعين ببينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج
اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبايع بثبوته
بتصادقهما وكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في
حق القابض اقوى لتاكده بالقبض قال رحمه الله والشرا احق من

الهبة

الهبة معناه اذا ادعى احدهما شرا من شخص وادعى الاخر هبة وقبضا
من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشرا اولى لانه
اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك لنفسه بخلاف ما
اذا اختلف الملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشرا فيه اولى
لانهما عند اختلاف الملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته
الى اثبات الملك له وهما في ذلك سوا وفيما اذا اتحد الملك لا يحتاجان
الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب
الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والملك
لهما واحد لان لاقدامهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد
وبخلاف ما اذا كان الملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ
على ما نبينه من قريب ان شا الله تعالى وكذا الشرا مع الصدقة في جميع
ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض
فهما مستويان لاستوايهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم
لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل
والترجيح يكون بمعنى قايم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول
المقصود بها وهو الاجر لا لقوة في السبب ولو حصل المقصود في
بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له
عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل
القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة
والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع فصار كاقامة البينتين
على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز بنا على ان
هبة الواحد من اثنين جايز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد
بقضا القاضي وقضاوه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع

لان الشيوع طارلان كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد
ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا
لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يتقيد له بالعقد الذي شهد به
شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا
فيما اذا لم توقتا البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتتا
فصاحب الوقت الاقدم اولي وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو اولي
وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله والشراء
والمهر سواء يعني اذا ادعى احدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة ان ذلك
الرجل تزوجها على تلك العين فهما سواء لاستوا السببين في القوة لان
كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع
على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق
نصف المبيع وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء
فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله الشراء اولي وهما على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن
فيصار اليه اذ البينة حجة الشرع والعمل بهما مهما امكن واجب وقد امكن
العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز ويجب قيمته
عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقديم النكاح يبطل البيع اذ لا يجوز
بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وملك
النكاح ملك المتعي فيه ومتى قدر متاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما
لا يصار الى تاخر الشراء ليجعل كانهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك
العين فلا يقدم احدهما على الاخر كدعوي الشراء منهما بل القياس ان يكون
النكاح اولي من الشراء لانه اقوي الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف بنفس
العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان

فيما

فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يكون اثباته
الا بحجة قال رحمه الله والرهن احق من الهبة يعني لو ادعى احدهما رهنا
وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن مع
واحد منهما تاريخا ولا قبض كان الرهن اولي وهذا استحسان والقياس
ان تكون الهبة اولي لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة
المثبتة للزيادة اولي وهذا رواية كتاب الشهادات ووجه الاستحسان
ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون اقوي فكان اولي فيه وبخلاف
الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولي لكونه عقد ضمان يثبت
الملك للحال صورة ومعني والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معني لا صورة
قال رحمه الله ولو برهن احدهما على الملك والتاريخ اولي من الشراء من
واحد غير ذي اليد قال استحسانا اي لو اقام الخارجان البينة على الملك
المطلق والتاريخ كان سبقهما تاريخا اولي فيهما اما الاولي فالمراد به
ما ذكر في اول الباب وانما اعاده هنا لاجل ذكر التاريخ وانما كان سبقهما
تاريخا اولي لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي
هذا القول متفقا عليه لان دعوي ملك مطلق دعوي الملك من جهة المدعي
عليه لان ما يستحقه ذي اليد من الملك الثابت ظاهرا يصير
استحقاقا للملك عليه اذ ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتاريخ معتبر في
دعوي التملك فصار كانه ادعي التملك بالشراء من جهة المدعا عليه وجعل
صاحب الاماني ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد اولا وهو قول ابي يوسف
اولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوي الملك المطلق لانه دعوي
اولية الملك معني حتي يستحق بزوايده المنفصلة كالنتاج والمقصود
من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه ليترجح بينته
على بينة الخصم والثابت زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوي ولاية

الملك فكان التقدم والتاخر فيه سوا ولو ارخت احديهما دون الاخرى
فهما سوا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف المورخ اولى وقال محمد المبهم
اولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بينا
الا ترى انه يستحق الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي
يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الاخر فكان
المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشرا من واحد ولابي حنيفة
رحمه الله ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المورخ مع الاحتمال بخلاف ما
اذا ادعيا الشرا من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى اقرب
اوقاته ما لم يورخ فاذا ارخ دل على سبق ملكه فيترجح به على الاخر وان
لم يورخ واحد منهما فهما سوا على ما ذكرنا في اول الباب وكذا ارخا تاريخا
واحدا لعدم المرجح واما الثانية فلانهما لما ادعيا الشرا من شخص واحد
فقد اتفقا على ان الملك له فمن اثبت منهما التلقي من جهته في زمان لم
يزاحمه فيه احد كان اولى لاتفاقهما على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي
منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر غير الذي
يدعي صاحبه منه الشرا على ما يجي من قريب ان شا الله تعالى ولو لم يورخا
فهما سوا وان ارخت احديهما دون الاخرى فالمورخ اولى لما بينا وان كان
مع احديهما قبض كان هو اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا
فحاصله ان هذه المسيلة مثل المسيلة المتقدمة وهي ما اذا ادعيا الشرا
من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى اذا ادعى احدهما الشرا والاخر
الهبة والقبض او ادعا احدهما الشرا والاخر المهر او ادعى احدهما الرهن
والاخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا
والجامع بينهما ان المدعيين في المسيلتين اتفقا بدعواهما الشرا من شخص
واحد على ان الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما

واحدا

واحدا قال رحمه الله وعلى الشرا من اخر وذكرا تاريخا استويا يعني لو
اقام كل واحد منهما بينة على الشرا من رجل غير الذي يدعي الشرا منه
صاحبه كانا سوا حتى يكون بينهما نصفين سوا كان تاريخ احدهما
اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبايعه وملك بايعه
مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البايعين ملك مطلق فيكون
بينهما فصار كما اذا حضر البايعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو
ذكر احدهما تاريخا دون الاخر فهم سوا لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة
فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون
اقدمهما تاريخا اولى لان ملك بايعهما ثبت باقرارهما فلا يتصور التملك
الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير
مالك فلا يجوز وكذا لو ارخا احدهما كان المورخ اولى به لما ذكرنا من
قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل فادعا الاخر شرا من غيره
وادعا ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم
واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا سوا كان معهم تاريخ او مع بعضهم
او لم يكن لما ذكرنا انهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا
يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله ولو برهن الخارج على ملك
مورخ وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر
او الخارج على الملك وذو اليد على الشرا منه فذو اليد احق منه يعني في
المسايل الثلاث اما في الاولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف
ورواية عن محمد ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق
اصلا لان البينة في الملك المطلق تثبت اولية الملك فيستوي فيها التقدم
والتاخر فصار كانهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكر السبب
كالشرا ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم اولى ما لم يكن للتاخر

يد ذي التلقي من جهة المتقدم وجه قولها ان البينة مع التاريخ تدفع ملك
غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا تثبت الملك
لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما
او لم يكن مع واحد منهما تاريخ او كان مع احدهما دون الآخر كان الخارج اولى لان
بينته تثبت غير الظاهر باليد والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج
اولى لما مر ثبت ذي اليد المتقدم عليه مرجحا بلا احتمال وفيما اذا ارخت
بينة ذي اليد وحدها خلاف ابي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد
اولى فيها وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان ملكه ثبت في وقت
متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يزاحم المتيقن فصار كما اذا ارخت
احديهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا
تضمنت الدفع ولم يتضمنها الاحتمال ان يكون ملك الخارج اقدم بخلاف
ما اذا ادعيا الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد اولى في الصور كلها
الا اذا ارخا وكان تاريخ الخارج اقدم لانه تمكنه من القبض يدل على سبقه
على ما بينا ولو كان للمدعي في ايديهما وارخا كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما
لما بينا ان بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا
يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو ارخت احديهما دون الاخرى والمسئلة
بحالها كان بينهما عند ابي حنيفة ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ
من احد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بيناه ومحمد لا يعتبره بالكلية
فيكون بينهما وعند ابي يوسف للمورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده
لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح باليقين
واما الثانية وهي ما اذا اقاما البينة على النتاج او على سبق ملك احد
لا يتكرر فلان بينتهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات
وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية

الملك

الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اخذ التاريخان
او اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعا والقياس
ان يكون الخارج اولى لانهما استويا في اثبات اولية الملك وترجح الخارج
باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك فكان اولى وبه قال ابن ابي ليلى
وقال عيسى ابن ابان تهاترتا البينتان وتتركان في يد ذي اليد لان على
وجه القضاء لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة من ابوين
فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روي
انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة
انها ناقته بنتجها واقام ذو اليد بينة انها ناقته بنتجها ولان اليد
لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فبالبينة تندفع
الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع لا لاثبات الوارث في دعوى
الشراء وبينة ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند ابي
حنيفة وابي يوسف لما فيها من تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم
ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية
حيث تكون بينة للخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينته
للخارج في هذه الصور اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد
وهو الغصب وما شاكله اذ هو غير ثابت اصلا واولية الملك ان لم يكن
ثابتا باليد فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه
دون وجه فكان اثباتا متغيرا والثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات
وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما
البينة على النتاج انه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله لهما
لتهاترتا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسواقط في يد
الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج يقضى بها وبالسواقط

لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما ما في يده
وثمرة ما قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو اقام
الخارج البينة انه اشتراه من فلان وانه ولد عنده واقاما ذو اليد البينة انه
اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى لان كل واحد منهما
خصم في اثبات نتاج بايعه كما انه خصم في اثبات الملك له ولو حضر
البايعان واقاما البينة على النتاج كان صاحب اليد اولى فكذا من قام مقامها
ولو اقام احدهما على الملك والاخر على النتاج كان صاحب النتاج اولى ايهما
كان لانه يثبت اولية الملك وبعده لا يملكه غيره الا بالتلقي من جهته
وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب
اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد
لان الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له ان يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك
الملك لو اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضا لان الخارج
لم يستحق على ذي اليد شيا لان ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعد
ما ثبت الملك له به لا يتصور ان يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج
لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد
بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما
يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون له من جهة صاحب اليد فامكن
ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا
على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد
فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الاجنبي
لانه بمنزلة نص نزل بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم
به للاحتمال الذي ذكرنا انفا فصار الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة
لا يقضى له والا قضي له بها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب

لا يتكرر

لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا
من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف
والمرعز او غزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر
قضي به للخارج وهو مثل الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم
ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون
ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا
غيره لان البنا والغرس والزراعة يتلقى فيها التكرار وان اشكل عليهم
يسال عدول اهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاحوط اثنان وان اشكل عليهم قضي به
للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو
في معناه من كل وجه بشرط ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد
في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما او ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب
او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد
دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان
الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج اولى ولا
تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي او نسج
في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا جبني اتخذته انا
او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي والشاة التي حلب منها
لبنه ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او قال
حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينة
ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت
في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان

القضا قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاوه ما لم
يظهر خطاوه بيقين واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك
واقام ذو اليد البينة على الشرا منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته
واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له بحكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن
دعواه الشرا منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا
ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان يمكن الشرا منه لانه لا تنافي
اذ التوفيق ممكن قال رحمه الله ولو برهن كل على الشرا من الاخر ولا تاريخا
سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي
اليد او الخارجين او ذي الايدي البينة على الشرا من صاحبه ولا تاريخ
لهما تهاترت البينتان ويترك المدعا في يد ذي اليد لا على وجه القضا
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت في يد احدهما
يقضي بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا
من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيومر بالدفع اليه لان تمكنه
من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز
وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشرا من صاحبه اقرار منه
بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الاخر وفيه
التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه يلزم من القضا بهما القضا
لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك باطل
لانه يودي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد
حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا يخرج
من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم
لذي اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضا له بمجرد السبب وانه لا يجوز
ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد

وتساويا

وتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد
منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتاتى القصاص
عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتاتى الوجوب عنده ولو شهد الفريقان
بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما عندهما
فظاهر على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جايزين لوجودهما
بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل احدهما
سابقا والاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر قبض المبيع لانه امكن هناك
ان يجعل شرا ذي اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب
الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط انه يقضي لهما عنده
فيجعل القبض المعاين اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشتريين
كان الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض بالدار له ومثله
في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في العقار
ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضي بها لصاحب اليد
عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد
وهو جايز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه
قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي ان يقضي بها لذي اليد عنده ايضا
فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد
وان اثبتا قبضا يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جايزان
على القولين لان الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح
وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضي بها للخارج سوا شهدوا بالقبض
او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراوه سابقا فيجعل
كانه اشترى اولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بايعه وهو الخارج فيحمل
على انه لم يسلم اليه ان يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم عاد اليه بسبب

اخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله ولا يرجح بزيادة عدد الشهود
معناه ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده
لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا لا يصلح
للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الاية باية اخرى ولا الخبر بالخبر
وانما ترجح بقوة فيها بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد او كان احدهما
مفسرا والاخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف
فيه وكذا لا يرجح احد القياسين بالقياس الاخر لما ذكرنا قال رحمه الله
دار في يد اخر ادعى رجل نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي
للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم
استوت منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم المدعي الكل ثلاثة
ارباع الدار والمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول
ابي حنيفة وقالا يقسم الدار اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث
لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي النصفين والاخر النصف الواحد
وليس لشيء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقيهما
وهذا بطريق العول ولها نظاير واضداد بينهما مختصرا فنقول ان
جنس القسمة على اربعة انواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي
ثمان مسايل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت
وزادت على الثلث والمحابات والدراهم المرسلة والسعاية والعبد
اذا قلع عين رجل وقتل اخر خطا فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا
الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا
وهي مسيلة واحدة فضولي باع عبدا لغيره من رجل وفضولي اخر باع
نصفه من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون المشتري
الكل ثلاثة ارباع ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع ما

يقسم

يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي مسايل
احدها اذا ادعى احدهما نصف الدار والاخر كلها وفي مسيلة الكتاب والثانية
اذا اوصى لرجل بجميع ماله والاخر بنصف ماله واجازت الورثة والثالثة
اذا اوصى لرجل بعبد بعينه والاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال
غيره منها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق
المنازعة وهي خمس مسايل احدها عبد ماذون له في التجارة بين رجلين
ادانه احدهما ماية وادانه اجنبي ماية فدين المولى سقط نصفه
لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصف الدين في نصيب شريكه
فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية اذا
ادانه اجنبيان احدهما ماية والاخر مايتين يقتسمان ثمنه على هذا
والثالثة عبد قتل رجلا خطا واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى
احدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان مدبرا على هذا
الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت
مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما
على التعاقب فانها تسعى في ثلثة ارباع قيمتها فيقسم بين الساكتين
فيعطى الربع لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي اخرا عنده
وعندهما ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت
في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية
ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز او كان حق احدهما
في البعض الشايع وحق الاخر في الكل كانت القسمة على العول المنازعة
والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت
القسمة على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة
على المنازعة وبيان طرق هذه المسايل وتخريجها على هذه الاصول

وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضي خان قال رحمه الله ولو
كانت في ايديهما فهي للثاني اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة
بحالها كانت لمدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده
لتكون يده يدا محقة لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك
لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيئا مما
في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر لا ينازعه
احد فيما في يده فتترك في يده لا على وجه القضا واستوت منازعتهما
فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك
النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضا والنصف
الاخر بالقضا قال رحمه الله ولو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي
لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه
سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها
ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد
ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير
تاريخ يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما
او في يد ثالث قال رحمه الله وان اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن
الدابة في موافقته احد التاريخين يقضى لهما بها لان احدهما ليس
باولى من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث
وكذا ان كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد
لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا وان خالف
سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين
فيترك من كانت في يده والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما
ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كان في يد احدهما يقضى بها

لذي

لذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان
في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ
وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل
في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره
الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشي قال رحمه الله برهن احد الخارجين
على الغصب والاخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد
رجل فاقاما رجلان على البينة احدهما بالغصب والاخر على الوديعة
استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير
غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف
ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شا الله
تعالى قال رحمه الله والراكب واللابس احق من اخذ اللجام والكم
معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر اخذ بلجامها او تنازعا
في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى
من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبي
يد والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث تكون
بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما
بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من
التصرف على انه في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك
فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح وكذا لو كان احدهما راكبا على
السرج والاخر رديفا له كان الراكب على السرج اولى لان تمكنه من ذلك
الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث
تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها
والاخر ممسكا لجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك بلجامها

لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا
في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم
الاستوا بينهما لا بطريق القضا لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب
واللبس الا ترى انه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا
بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف
ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما لاحتمال
انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما قال رحمه الله وصاحب
الحمل والجذع والاتصال احق من الغير فمعنى الاول ان يتنازعا في دابة
وعليها حمل لاحدهما كانت يد صاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف
المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم
راكبها والاخر ممسك بسكانها والاخر يجذف فيها واخر يمدها فهي بينهم
الا من يمدها فانه لا شي له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون
فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل بينهما كانت لهما لاستوايهما ولا يرجح
بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا
ومعنى الثاني ان يكون حايط عليه هرادي لرجل ولاخر عليه جذوع
او متصل بنيانه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادي لان صاحب
الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبنا يبنى للجذوع عادة
لا لوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل
وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب
الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان يتداخل لبن البنا المتنازع فيه
في لبن جداره وساج احدهما مركب على ساج الاخر لان الاتصال بهذه المثابة
لا يكون الا عند البنا فدل ذلك على ان بانيهما واحد في وقت واحد فترجح
به وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحايط المتنازع

فيه

فيه متصلا بحايطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحايطان متصلا بحايط
له بمقابلة الحايط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ
يكون الكل في حكم شي واحد والمروي عن ابي يوسف ان اتصال جانبي
الحايط المتنازع فيه بحايطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحايطين
بحايط له بمقابلة الحايط المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله
لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحايط المتنازع فيه من الجانبين
وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط المتنازع فيه وان كان الجدار من
خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الاخر واما اذا نقب
وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع
لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ولا بوضع الهرادي ولا البواري
لان الحايط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر اصلا كوضع
الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حايط لاحدهما عليه هرادي ولا شي
للاخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما ولا يرجح صاحب الهرادي لعدم
الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه
ولان البنا للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي رحمه الله
لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا يكون
حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحايط فكان في يده
والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحايط يبنى
للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح ان يكون علامة كما اذا
اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو
كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوايهما في اصل
العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلثا لان الترجيح بالقوة
لا بالكثرة على ما بينا وانما شرطنا ان يبلغ ثلثا لان الحايط يبنى للتسقيف

وذلك لا يحصل بما دون الثلث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ولو
كان عليه جذوع لاحدهما ثلثة وللاخر اقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا
وهو قول ابي حنيفة والقياس وهو مروي عن ابي حنيفة ان يكون بينهما
نصفين لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه كما اذا كان
لهما حمل على دابة لاحدهما ماية من وللاخر من او منوان فانها بينهما
نصفان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى
الحايط لاجل الواحد والاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة
الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد والاثنين حق الوضع باتفاق الروايات
لانا حكمنا بالحايط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق
فلا يومر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحايط له بالبينة حيث يومر
بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو الشفعة
حتى لا تستحق بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة
ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز ونحوه حيث يومر بالقلع وان كان استحقاقه
باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير
ابتداء وبدا وانما يكون موقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق اومر
بالازالة واما وضع الخشبة فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة بذلك
الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في انه يملك ذلك الموضع ام لا
فذكر في كتاب الاقرار ان الحايط كله الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعيه
يريد به حق الوضع لان الحايط لا يبنى لاجل جذع واحد وجذعين عادة
وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسيلة الدابة اذا كان لاحدهما
عليها حمل وللاخر كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحايط
بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده
حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبة

لوجود

لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من اصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات
بينهما على قدر الاخشاب واكثرهم على انه لا يملك صاحب الخشبة
او الخشبتين الا موضع خشبه ومنهم من قال يكون ما بين الخشب
بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحايط بينهما على قدر اخشابهما
اعتبارا لقدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح
وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة
كما ذكر في الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال
تربيع فصاحب الجذوع اولى لانه له تصرفا في الحايط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي
هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى لان الحايطين
بهذا الاتصال يصيران كبنا واحد فالقضا ببعضه يكون قضا بكله
ثم يبقى للاخر وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية
ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البنا وهو سابق على وضع
الجذوع وكان يده ثابتة فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق
التاريخ الا انه لا يرفع جذوع الاخر لما بينا ولا فرق في هذا ان يكون
الاتصال من جانب او من الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي
المحيط الايدي في الحايط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال
ملازقة ومجاورة وموضع جذوع ومحاذاة بنا ولا علامة لليد في
الحايط سوى هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب
الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد
ولا شي للاخر اختلف المشايخ قيل هما سوا لا يعتد به وقيل صاحب الجذع
اولى لان الحايط قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو
كان لاحدهما عليه هرادي او بواري ولا شي للاخر فهو بينهما والهرادي

لا تعتبر ولا البواري وفي قائمتي كان ان كان لاحدهما عليه طرع واحد
وللآخر هو اديمي وبواري ولم يكن عليه شيء فهو لصاحب الطرع قال
رحمه الله ثوب في يده وطرفه في يد آخر نصفين يعني لو تنازعا الخصمان
في ثوب في يد احدهما وطرفه في يد الآخر كان بينهما نصفين لان يد كل
واحد منهما ثابتة في الثوب الا ان احديهما ثابتة في الكل وذلك
لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة ولا بالكثرة فصار
كالو تنازعا في دابة وكل واحد يدعي على التفاوت كانت بينهما نصفين
ولا يعتبر تفاوت الحمل اذ كان لاحدهما سنام وللآخر مايه من كانت
بينهما بخلاف ما اذا كان في يد احدهما الهدية والباقي في يد الآخر
لان الهدية ليست بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من
الثوب فلا يزاحم الآخر قال رحمه الله صبي يعبر قال انا احد
فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل
دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال رحمه الله
ولو قال عبد فلان اولا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده اما الاول
فلانه اقر لانه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان كالمجنون في يده
كالثياب ولا يقال الاقرار بالرق من الصغار لا يعتبر من الصبي فكيف
يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لمن يثبت بقول الصبي بل بدعوى
ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي
كالثياب في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من الصغار
لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع
صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الآدمي الحرية
لانه ولد آدم وحوى عليهما السلام وهما احرار فوجب ان لا تقبل دعوى
الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كالملتقط

حيث

حيث لا يقبل قوله الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول
الاصل اذا اعتور من عليه ما يد على خلافه يبطل وثبوت اليد دليل
خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم
ان الملتقط اذا اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم
فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه
امين فيه والامين يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما
واما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع
فيكون حكما لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه
حقيقة او حكما وهذا لان الاصل في الآدمي وان كان لا يثبت عليه
يد غيره اكراما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك
عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد
امرين اما بالصغر حقيقة او بالملك حكما فيقبل قول الملتقط في ولد
كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه ما ينقض ذلك
قال رحمه الله عشرة ابيات في دار في يد رجل وبيت في يد آخر فالساحة
نصفان لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في انواع المرافق
من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك
من انواع المنافع وهما في ذلك سواء فينتصف بينهما فصارت نظير
الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف
ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر ارضيهما لان
الشرب يحتاج اليه لاجل الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة
اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف
باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله ادعى كل ارضها
او بنى احدهما او بنى ارحم فهو في يده كالوبر من نصفها

في يده لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا تثبت عند القاضي
بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها في يده او من التصرف
فيها كالتلبين او البنا او الحفر لان التمكن من هذه الاشيا دليل على انها
في يده ثم ان ادعيا انها في ايديهما لم تقض به بلا بينة لاحتمال انها في
يد غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا
على ذلك لكن ليس للمقر ان ينازعه في اليد لاقراره انها في يد صاحبه
واقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا انها ليست في يد صاحبه
فنكل احدهما فلو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه
لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض لهما فيها وبري
كل منهما عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما البينة انها في يده قضي
له باليد فيها ويكون الاخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او بنى او غرس
او فعل شيا اخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد
قضي بها لهما فان طلبا القسمة لا تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على
الملك قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما تقسم بنا ان الورثة اذا
كانت في دار في ايديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفة
لا يقسمها حتى يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم والله تعالى
اعلم

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت
مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهي
ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري معه او بعده
وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري وهو القياس
لان اقدامه على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه
اذ المسلم لا يباشر الباطل ظاهرا فصار في دعواه متناقضا وساعيا في نقض
ما تم من جهته وهو البيع فلا تقبل اذ التناقض لا يبطل الدعوى فصار

كما

كما لو ادعاه ابو البايع او ادعاه هو اعتاقها او تدبيرها قبل البيع وجه
الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض فتقبل
دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه
بمنزلة اقامة البينة بل فوقها لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية
ثم يظهر له او قد يظن ان العلوق من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في
التناقض كالزوج اذا اكذب نفسه بعد قضا القاضي بنفي النسب
باللعان وكالمختلعة تقيم البينة ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع
وكالمكاتب يقيم البينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما
تقبل مع التناقض في الدعوى للخفا عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل
واحد منهما بالطلاق والعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتاق
والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم
يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينقض البيع
بالاحتمال حتى لو اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته لتيقننا
بكذبه بثبوت الحرية والتدبير قبل البيع وبخلاف دعوى ابن البايع لان
شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة
على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البايع استندت
الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت
الاولى اقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البايع
تبين ان البيع كان باطلا ولم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري
كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب
بثبوته من البايع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله
وان ادعاه المشتري واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه

او بعده عن ما اذا ادعاه قبله لانه اذا ادعاه المشتري ولا ثبت نسبه
منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك الا تري انه يجوز اعتاقه واعتاق
امه فلا تصح دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى الحرية وثبت لها
امومية الولد باقراره ولا تصح دعوة البايع بعده لانه قد استغنى
عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به
حق استلحاق النسب للبايع ضرورة قال رحمه الله وكذا ان ماتت
الام بخلاف موت الولد يعني اذا مات الام فادعى البايع الولد وقد
جات به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه مثل الاول بخلاف ما اذا مات
الولد ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد
هو الاصل في الباب والام تبع له فيه الا تري انها تعتاق اليه فيثبت
نسبه اولا فتعتق فتتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله
عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها وقال عليه السلام من وطي امته
فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواها ابن ماجة ولان المقصود
من الولد الدعوة الولد دون الام وهي تدخل تبعا فان كان الثابت له اقوى
والادنى يقع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاءه
لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو
ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم
لا يثبت في التبع ابتدا بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب
بالموت فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه
ويرد النقض كله عند ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام ولده ويبيعها باطل
ولا يضمنها المشتري لان مالية لها غير متقومة عنده كالحر وهذا لانقض
بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان مالية لها
متقومة عندهما تتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري

فاذا

فاذا رد الولد وهلكها يجب على البايع رد حصة ما سلم له وهو الولد ليلا
يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له
وهي الام هكذا ذكر والحكم على قولهما وكان ينبغي ان يرد البايع جميع الثمن
عندهما ايضا لتبين بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين
انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون
لاجزا المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه
ان كان باقيا والا فبدله قال رحمه الله وعتقها بموتها اي عتاق المشتري
الام والولد كوتها حتى لو اعتق الام دون الولد فادعى البايع الولد انه
ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته
كما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى يمتنع الدعوي
دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض
بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته انه ابنه ولان الاعتاق
يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد
ما ادعاه المشتري ولان للبايع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد
وما ثبت للمشتري والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه
لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار
كالاستيلاد ثم ان اقام هذا المانع بالولد استغنت دعوة البايع لما بينا
وان اقام بالام لا يمتنع فيثبت نسبه من البايع ولا نضير امه ام ولد له
لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشتري
لان نسب الولد يثبت مستندا الى وقت العلوق فيتبين انه باع ام ولده
فلم يملكها المشتري فيبطل البيع كما اذا ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد
فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الاخر انه ابنه ثبت نسبهما
منه وبطل عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة انهما خلقا من ماء واحد

وهذا يبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول
ثبوت امومية الولد ليس من احكام ثبوت النسب ولا من ضروراته الا ترى
ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير
امه ام ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لاحدهما
من الاحكام ثبت للاخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام
قيل يرد البايع من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية
بالاجماع هنا وذكر الفرق لابي حنيفة في المبسوط بين هذا وبين ما
اذا ماتت الام فان البايع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما
يخص الولد فقط والفرق ان في الاعتاق القاضي كذب البايع
فيما يزعم انها ام ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم ينفسخ
البيع بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت
فان زعم البايع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبرا في حقه اذا لم يكن
مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل
هنا للمولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البايع
بسبيل فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى
وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد
استهلكه هنا بالدعوة او لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من
قال يرد البايع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة كما في فصل الموت
لان ام الولد لا قيمة لها عنده فلا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه
واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال
يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه
بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام
يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة

لانه

لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله وان
ولدت لاكثر من ستة اشهر ردت دعوة البايع الا ان يصدقه المشتري
وهذا الكلام يشمل وجهين احدهما ان تلده لاكثر من سنتين من وقت البيع
فحكمه انه لا يصح دعواه لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو المصحح الا اذا
صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا
ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة
ام ولد له لان العلوق حادث بعد البيع فلا يستند الى ما قبل البيع حتى
يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا تنفذ الا في الملك اذ لا يقدر
غير المالك على التحرير والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع
ولاقل من سنتين منه فحكمه ان دعوة البايع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال
العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا ان يصدقه
المشتري فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له
تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق فتستند ثم اعلم ان الدعوة
هنا على ثلاثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب
يدعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصورة
كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلثة اما ان تلد لاقل من ستة اشهر
من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل واحد
بحمد الله تعالى فاحفظه قال رحمه الله ومن ادعى نسب احد التوأمين
ثبت نسبهما منه لما بينا وانما يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتهما
اقل من ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان اقل مدة الحمل ستة اشهر
فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد اخر لاقل من ستة اشهر يعلم بالضرورة انهما
من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه
وهي حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود ولا ينفتح وهي حبلى الا بخروج

الولد قال رحمه الله فان باع احدهما واعتقه المشتري بطل عتق المشتري
معناه اذا باع احد التوءمين فاعتقه المشتري فادعى البايع الذي لم
يبعه انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه لانه دعوة البايع
تحت يد الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوة ملكه فيثبت نسبه
ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر منه لانهما توءمان واحد فيلزم منه بطلان
عتق المشتري لكونهما حرين الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر
الاصل والاخر رقيقا وهما توءمان واحد فيكون نقض العتق بما هو
فوته وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوي البايع نسبه
لان العتق فيه لو بطل لبطل بمقصوده لاجل حق الدعوة للبايع وانه
لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية في الذي لم يبعه ثم
تتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت
مقصودا هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه واما اذا لم يكن العلوق
في ملكه بان اشتراها بعد الولادة او اشترى احدهما وهي حبلى بهما
او باعها بجارية بعد الاكثر من سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما
لا يفترقان فيما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان
المشتري قد اعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحديد
لعدم العلوق في الملك فلا يملكه الا من يملك الانشاء فلهذا شرط التزول
العتق عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كان
العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فيستند
ومن ضرورته عتقهما بطريق انهما حران الاصل فتبين انه باع حرا

قال رحمه الله وصح عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه وان يجوز ان يكون ابنه معناه اذا كان صبي عند رجل فقال

الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغايب ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه ابدا وان يجوز ان يكون ابن فلان الغايب ان يكون الصبي ابنه ولا يشترط
هذا المتكلم ان يكون الصبي في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا
وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر بثبوت نسبه من الغير وذلك
يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول
ابي حنيفة وقالا يصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه
لانا اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم يقر وهذا يعتق عليه بدعوته
لو كان عبد الله وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرد بالرد اذ الاقرار مما لا
يحتمل النقض يلحق بالاقرار مما يحتمل النقض وهذا يوثر فيه الهزل
والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يوثران فيما لا يحتمل النقض فصار
كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه
البايع ثم قال للمشتري انا اعتقته فان الولاء لا يتحول اليه فكذا هذا
ولان اقراره له بالنسب فيه انشاء النسب عن نفسه او انكار لوجوب
المحتوى عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بان قال ليس هو بابني ثم
قال هو ابني فكذا هذا وهذا بخلاف اذا اكذب الملاعن نفسه بعد نفي
النسب بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف
ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار
تصديقه كولد الملاعنة لا يلتحق نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه
به بتكذيبه نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد
ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي في حق نفسه لان اقراره حجة
في حق نفسه كمن اقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق
المقر حرا ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك
ولمن شهد على رجل بنسب صغير فرجعت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد

لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق
المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا تعلق به
حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب
اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حقه في الدعوى واذا ارتد
الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم
مسئلة الولا لانها على الخلاف الذي ذكره في كتاب الولا ولئن سلم
فالنسب الزم من الولا فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب
عند اعتاق الاب وكذا لو ارتدت معتقة والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب فسبيت واعتقها المولى الثاني كان الولا له والنسب لا يقبله
كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه
لاقراره به كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح
حيلة فيمن يبيع عبدا اصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك
من البايع فتبطل دعواه باقراره بنسبه لغيره عنده مطلقا وعندهما
بشرط ان لا يرد المقر له النسب بان يسكت او يقر به لميت او لغايب
لا يعرف قال رحمه الله ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني
ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي في
ايديهما فادعى النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده وادعيا معا كان
حرا ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في
المال اذ دلايل الوحدانية ظاهرة فكان الجمع فيه بين المصلحتين
وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع
بينهما اولى ولا يقال ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح
لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستوا ولا تعارض هنا
لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستوا بخلاف ما اذا ادعى كل

واحد

كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى لاستوايهما في دعوى
البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول الاسلام له
في الحال تبعا لابيه قال رحمه الله وان كان صبي في يد الزوجين
فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما
لان كل واحد منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه
فيصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما
على الاخر لاستوا ايديهما فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما
دليل ظاهر على انه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما
لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان اخر غيرك وليس لك انت فيه
شي كان الثوب بينهما ولا يصدق واحد منهما لصاحبه الا ان المقر له
يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشارك
لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر
فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه قال رحمه الله ولدت مشتراته
فاستحقت غرم الاب قيمة الابن وهو حر يعني لو اشترى امة فولدت
منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا
ملكها بسبب اخر على الشرا اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها
حرة فولدت ثم استحقت روي ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح
وعن علي رضي الله عنه في الشرا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير
نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور معذور لانه
بنى الامر على الصحة شرعا والامة ملك المستحق والولد جزوها فاستوجب
الاخر النظر فوجب الجمع بينهما ما امكن مراعاة لحقهما وذلك بان يجعل
الولد حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق
الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه

يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان
حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضا فتعتبر قيمته وقت
التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا
يوخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه
ولا ولا للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق ضرورة
القضا بالقيمة فلا تعدو موضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين
فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق
عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها
يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها
على انها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله فان
مات الولد لم يضمن الاب قيمته وان ترك مالا يعني لو مات الولد
قبل الخصومة لا يجب على الاب شي لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة
لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على ما عرف
في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة
وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم
يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله وقبض
الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه قيمته لان سلامة بدله
كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيا لا يجب عليه لان المنع
لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب بقدره اعتبارا
للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كما في ولد
المغصوب اذا اتلفه الغاصب قال رحمه الله ويرجع بالثمن وقيمته
على بايعه لا بالعقر اي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على
بايعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطيها لان البايع صار كفيلا بما شرط عليه

من

من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن
في جانب المشتري سالما للبيع وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك
بان يجعل البايع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم
قد ثبت لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك
ولان البايع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا
عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري
فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البايع بالثمن
وما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان اخذ
قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه
رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ
الاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم
لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بنا على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط
صاحب علة فنزل كالقايل انا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد
ويقال انما لزمه من الضمان انما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم
التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم
اليه بخلاف ما اذا اخبره انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط
الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشي لان الاخبار
سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما ياخذ حكم
العلة بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه
من العقر على البايع وعند الشافعي يرجع لانه ضمان لزمه بفوات السلامة
قلنا العقر عوض عما استوفي من منافع البضع فلو رجع سلم له ما استوفا
مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب
والموصي والمتصدق من قيمة الاولاد وعند الشافعي يرجع لان الغرور قد

تحقق له منه بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكة قلنا مجرد الغرور
لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكها فاخذ
اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشي بخلاف البيع فانه عقد معاوضة
يوجب السلامة او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على
المحسن من سبيل وبخلاف الزوج فانه موضوع للاستيلاد ولو باعها
المشتري من اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت يرجع المشتري الثاني
على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثاني سلامة
الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث اخذ قيمة الولد فيرجع به
عليه كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة رحمه الله ان البايع الاول
ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان
ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما
يضاف الى البيع لمباشرته باختياره فينقطع به نسب الاول بخلاف
الثمن فان البايع الاول ضمن للبايع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم
له فلم يسلم لبايعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري الاول
استحقه سليما ولم يوجد والله اعلم

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قر الشي اذا ثبت واقره غيره
اذا اثبته وفي الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد
الجحود وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طايعا وكونه حرا ليس
بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة لا يواخذ به في
الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال
المانع وهو نظير ما اذا اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ
للحال واذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا

لان

لان الاقرار اخبار وليس بانشا والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق
نفسه بخلاف الانشا ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو
كان انشا لصح قال رحمه الله هو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه
هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه لانه لو كان على غيره
لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى قال رحمه الله اذا اقر حر
مكلف صح ولو مجهولا كشي وحق لان الاقرار حجة شرعية ثبتت حجيته
بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى
فليملل الذي عليه الحق امره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملايه
معنى وقد نهى الله تعالى عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله
ربه ولا يبخس منه شيا فصار نظير امره باداء الشهادة ونهيه عن
كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهدة
قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط
شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والمراد به الاقرار
واما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية
باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال اولى ان يجب به
واما الاجماع فلان الامة اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى
اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره
لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل لا يقر
على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله فترجحت جهة الصدق
في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره
حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا
يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا
ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضا وللقاضي

ولاية عامة فينفذ في حق الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه
القضا فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا رده المقر له فيرتد برده ولو
صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب على اقراره لا يحل
له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب
من نفسه حل فيكون هبة مبتداة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
لان العبد المحجور عليه يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا الماذون
له يتاخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطي امراة
تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه
لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا
اقر بالحدود والقصاص لان العبد يبقى على اصل الحرية في حقهما الا
ترى انه اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي
والمعتوه والمجنون لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه
ماذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضروراة التجارة لانه لو لم يصح
اقراره لا يعامله احد فلا يجد بدا منه فدخل في الاذن كل ما كان طريقه
التجارة كالديون والودايع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح
اقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله
بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح
اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال
والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتدا فلا تدخل تحت الاذن
والنايم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جايز مطلقا
اذا كان مكره بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل
الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت
على شي فاقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شي وان سكر بطريق

مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شي وكذا بشرب المتخذ من الحبوب او العسل
عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله وقوله ولو مجهولا كشي وحق اي ولو كان
المقر به مجهولا بان قال على شي او حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا
بان يتلف مالا او يجرح جراحة او يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته
ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته بالايفا او التراضي فلا
يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد
والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضا القاضي ولا يمكنه القضا
بالمجهول فتبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم
وبخلاف الجهالة في المقر له سوا تفاحشت الجهالة بان قال على
الف درهم لواحد من الناس او لم تتفاحش بان قال على الف لاحد
هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبر على البيان من غير
تعيين المدعي فلا يفيد فايدته هكذا ذكر شمس الايمة رحمه الله وذكر
شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت
لا تجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعذر من ذكره وفي
مثله يومر بالتذكرة لان المقر قد نسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان
لانه قد يودي الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لايصال
الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق احد عبديه ثم
نسيه بخلاف المقر به لان الاجبار على البيان لا يودي الى ابطال
حقه بخلاف اعتاق احد العبدين لان العتق لا ينزل في المحل فلا يودي
الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر
واصطلحا بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح
ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على احدنا الف درهم لا يصح لان

المقضي عليه مجهول وذكره في النهاية قال رحمه الله ويجبر على بيانه لانه
لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب يتحقق
مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع
ما عنده من غير تحرز في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب
فيصح حتى لو فسره بالبيع او الاجارة لا يصح اقراره ولان هذه العقود لا تصح
مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل انه متى اقر بمجهول واطلق ولم
يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب
ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان لا تضره الجهالة فكذلك وان
كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر الا ترى ان
القاضي لو راى انسانا يبيع شيئا غير معين او يشتري لشيء من غير
تقدير ثمن لا يجبره على الايفاء فكذا اذا اقر به ولو عاينه يغصب شيئا
لا يعرف قدره او يودعه يامره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا اقر به
قال رحمه الله وبين ماله قيمة لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا
قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيها يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل
حبة حنطة او قطرة ماء وما اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة
ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح
والاول اصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو اقر بغصب
شيء لا يسمع منه الا اذا بين بماله قيمة لان لفظ الغصب يدل على انه يجري
فيه التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله على حق اردت به حق الاسلام
لا يصدق لانه لا يراد به عرفا وعليه التعويل قال رحمه الله والقول
للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر قال رحمه الله
وفي مال لم يصدق في اقل من درهم يعني اذا قال لفلان علي مال لم يصدق
في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو

المعتبر

المعتبر قال رحمه الله ومال عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوفا بالعظم
فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا
واوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة وعن
ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر
وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم
وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر ان يبلغ نصابا يوخذ
من جنسه الزكوة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق
في اقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكوة
من جنسه والاصح ان على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان
القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو
في الشرع متعارض فان المائتين في الزكوة وفي السرقة والمهر العشرة
عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا في
المبسوط قال رحمه الله واموال عظام ثلاثة نصب يعني من اي مال
فسره به لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به وان بينه
بغير مال الزكوة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى
في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي عن ابي حنيفة ان يعتبر
فيه حال المقر كما ذكرنا قال رحمه الله ودراهم كثيرة عشرة وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في اقل من مائتين لان النصاب
مكثر ولهذا وجب عليه مساواة غيره وله ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ
الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه وعلى هذا الخلاف
اذا قال علي ثياب كثيرة او وصايف كثيرة فعنده عشرة وعندهما ما يساوي
مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة
كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يوخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو

والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا
ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره بعد
ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري
وفي قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لي
قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لي قبل
فلان حق يكون ابراء عن الدين والامانة جميعا وهذا لان حقيقتها عبارة
عن الجهة فيتناولهما والامانة ادناهما فتحمل عليه والاول هو المذكور
في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب قال رحمه الله
عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي فيكون من خصائص العين
ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كان من خصائص
الدين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة
تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف قال رحمه الله لو
قال لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده واحلني به او قضيتك
او احلتك به فهو اقرار وبلا كناية لا ولان الها كناية عن المذكور
في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعا فيكون اقرارا بها بخلاف
ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون
كلاما مبتدا فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله بلا كناية لا والاصل فيه
ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام وكلما يصلح جوابا
ولا يصلح ابتدا يجعل جوابا وما يصلح للابتدا لا للبنا او يصلح لهما فانه
يجعل ابتدا لوقوع الشك في كونه جوابا لئلا يلزمه المال بالشك فان
ذكرها الكناية يصلح جوابا ولا ابتدا واذا لم يذكر الها لا يصلح جوابا
او يصلح ابتدا وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب
مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير

مستقل

مستقل وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه
ولو ادعى انه ابراه منها او تصدق عليه بها او وهبه اياها كان اقرارا لان هذه
الاشيا تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها كذا دعوى الاحالة بها يكون اقرارا
وكذا لو قال والله لا اقضيكها ولا ازنها لك اليوم لانه نفي القضا في وقت
معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل
المال واجبا عليه فالقضا يكون منفيا ابدا ولو قال رجل لاخر اعطني
ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو
قال افتح باب داري هذه او جصص داري هذه او اسرج دابتي هذه
او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك اقرارا منه لما بينا ان
كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل
له هل لفلان عليك كذا فاومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة
من الاخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي قال رحمه الله
وان اقر بدين مؤجل مؤجل وادعى المقر له انه حال لزمه حالا
لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا
يقبل دعواه بغير حجة كما اذا اقر بعبد في يده لرجل وانه استاجره فانه
يقبل اقراره له به ولا تسمع دعواه الا بحجة بخلاف ما اذا اقر بالدراهم
السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث السود
ولا يقبل قول المقر له لان السود نوع من الدراهم والقول للمقر في
النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول قول
المنكر في العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون
القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث
يثبت فيها من غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة في الكفالة
وخلاف ابي يوسف والشافعي فيها قال رحمه الله وحلف المقر له عليه

الاجل لانه المنكر للاجل قال رحمه الله على مائة وثوب ودرهم فهي درهم
مائة وثوب تفسير المائة يعني يرجع اليه في تفسير المائة وكذا مائة
وثوبان بخلاف مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الاثواب تفسيرا للمائة
ايضا والقياس ان يرجع في تفسيره في قوله مائة ودرهم كما في قوله مائة
وثوبا ومائة وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسر على مبهم
في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضح للبيان فبقيت
المائة على ابهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان ان عطف
الموزون والمكيل على عددي مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس
استغنوا بتكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجوز فيه
التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون واكتفوا بذكره
مرة لكثرة اسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيرها مما ليس
من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في الذمة في جميع
المعاملات فلم يتكرر دورانها في الكلام والاكتفاء الثاني للكثير فلم
يوجد فيخرج على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة اثواب حيث تكون
الاثواب تفسيرا للمائة ايضا ويستوي فيه المقدرات وغيرها لانه
ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا ينصرف اليهما فيكون بيانا لهما
وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك الا ترى انهم يقولون احد وعشرون
ثوبا والمائة وخمسون رطلا فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في
الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله مائة
وثوب ان الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة وجهه ان الثياب
والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة
واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا
للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند ابي

حنيفة

حنيفة ولو قال لفلان علي نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف
كل واحد منهما وكذا لو قال نصف هذا العبد وتصف هذه الجارية
لان الكلام كله وقع على شيء بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه
قال علي نصف هذا وتصف هذا الى آخره بخلاف ما اذا كان بعضه
معينا وبعضه غير معين بان قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث
يجب الدرهم كله ولو قال لفلان علي عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة
لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في
كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين قال
رحمه الله ولو اقر بتمر في توصرة لزماه يعني الثمن والتوصرة وفسره
في الاصل بقوله غصبت تمرا في توصرة وجهه انه اقر بغصب تمر حال
كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال
غصبت تمرا من توصرة لانه كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى
هذا الطعام في الجوالق وفي السفينة قال رحمه الله وبداية شيء
اصطبل لزمته الدابة فقط لان غير المنقول يضمن بالغصب عندهما
وعلى قياس قول محمد يضمنهما وعلى هذا الخلاف في البيت والاصل في
جنس هذه المسايل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة يظرفان
امكن نقله لزماه وان لم يكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب
الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولابي حنيفة انه لم ينقل المظروف
لا يصدق لانه اقر بغصب تام اذ هو مطلق يحمل على الكمال وعند محمد
رحمه الله لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يكن ان
يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله في درهم لم يلزمه الثاني
لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له قال رحمه الله وبخاتم له الفص والخاتمة
لان الاسم يشملهما قال رحمه الله وبسيف له النصل والجفن والحمايل

لان الاسم ينطلق على الكل النصل حديده والجفن غمده والحمايل جمع الحمالة
بكسر الحا وهي علاقته قال رحمه الله وبحجلة له العيدان والكسوة لان
الاسم ينطلق على هذه عادة وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين
بالثياب والاسترة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود قال
رحمه الله وبثوب في منديل او في ثوب لزماه لانه ظرف له وهو ممكن
حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا على
حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان ما اذا قال غصبت
اكافا الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشي من
محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط
قال رحمه الله وبثوب في عشرة لزمه ثوب وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد
يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه
على التقديم والتاخير فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي
يوسف رحمه الله وهو قول ابي حنيفة اولا لان العشرة لا تكون ظرفا
لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها
ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منهما مظروفا في حق ما وراه
قد يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق ان يكون الكل ظرفا
لواحد فلغى اخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه
احتيالا لايجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال
الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب منقوض بما اذا قال غصبت
منه كرباسا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا
قال رحمه الله وبخمسة في خمسة وعني الضرب خمسة وقال زفر عليه

عشرة

عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون
به ارتفاع احد العددين بقدر العدد الاخر ولزفر ان حرف في تستعمل
بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو الفاشي بين
الكافة وانما يراد به ارتفاع العددين بقدر الاخر عند الخواص من الناس
وهم الحساب وهذا لان حقيقته في ان تكون للظرف ولا يتصور ان تكون
الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين
اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع ومعنى مع على ما بينا وبمعنى على
قال الله تعالى حكاية عن فرعون لاصلبنكم في جذوع النخل فاذا كانت
بمعنى على لا يقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض
اولى من البعض لما ذكرنا ان الظرفية اذا تعذرت تلغوا فصار كما
اذا قال على درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين على خمسة دراهم في خمسة
دراهم لان الموجب للالغا فيه هو تعذر الظرفية وهم فيه سوا وما ذكره
الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك في الممسوح على ان الارتفاع الذي
ذكره يراد به تكثير الاجزا لا تكثير الاعداد صحيحة وتكثير الاجزا لا يوجب
تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب قال رحمه الله وعشرة ان عني مع
اي تلزمه عشرة ان اراد به معنى مع لان اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازا
على ما بينا فاذا نوى يحتمل كلامه صحت نيته لا سيما اذا كان فيه تشديد
على نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله له علي من درهم الى عشرة
او ما بين درهم الى عشرة له تسعة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرة
كلها وقال زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر
حدا والحد لا يدخل في المحدود فلا يدخل الغايتان فصار كما اذا قال لفلان
علي من هذا الحايط الى هذا الحايط او ما بين هذين الحايطين فان الحايطين
لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد ان الغاية لا بد ان تكون

ماخوذة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه
فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا
يدخلان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو
الاصل كما قال زفر لكن هنا لا بد من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني
والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا يعقل الثاني بدون الاول فدخلت
الغاية الاولى ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا فيها بالقياس فلا تدخل
ولان العدد يقتضي فاذا اخرجنا الاول من ان يكون ابتدا صار الثاني هو
الابتدا فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتدا كالاول وكذا الثالث والرابع الى
اخره فيودي الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان باطلا ولو قال
لفلان علي كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة كر حنطة وكر
شعير الا قفيزا لان القفيز الاخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما
يلزمه الكران ولو قال علي عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة
يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير
وذكر المسيلتين قال رحمه الله له من داري ما بين هذا الحايط الى هذا
الحايط له ما بينهما فقط لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل في المغيا
قال رحمه الله وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا
وقوله ان بين سببا صالحا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي
يشترط فيه بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا فان قال
مات ابوه فورثته او اوصى به يجوز والا فلا وعند ابي يوسف ومحمد
يجوز الاقرار وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجايز بالاجماع وان لم
يبين السبب لمحمد رحمه الله في الخلافية ان الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله
ما امكن وقد امكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن انه ورثه او اوصى
له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد او الصبي الماذون

له

له في التجارة فانه يجوز لامكان الجواز فان احتمل الفساد بان اقر بمال ليس
للتجارة ولهذا جاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف ان لجوازه
طريقين الارث والوصية وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل كمن اشترى
عبدا بالف ثم باعه وعبدا اخر معه من البايع بالف وخمسماية فانه يبطل في
العبد المشترى وان امكن جوازه بان يجعل الالف او اكثر حصة المشترا
والباقي حصة الاخر بخلاف اقرار الماذون له في التجارة لان الحصة جهة
واحدة وهي التجارة وبخلاف الاقرار لصحة جهة واحدة وهي الوصية على
ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق
الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد الماذون له
وينفذ اقرار احد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا ينفذ
فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه احد فبطل
وحاصله ان للمسيلة ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما
ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز
بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله
ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع
لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان احد
اوليايه بايعه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى الجنين
ايضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان الباني غيره وهم الاجراء
اذا صح الاقرار للحمل اذا جات في مدة يعلم انه كان موجودا وقت الاقرار
ويحتمل ذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر اذا كانت ذات زوج او لاقل
من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ولدته حيا كان له ما اقر به
وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصي او ورثة ابيه وان ولدت ولدين
فان كانا ذكرين او انثيين فهو بينهما نصفان وان كان احدهما ذكرا

والاخر انتفى فلا زلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا ان الاقرار بالحمل جايز بالاجماع وان ابهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار له ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار واحتمل ذلك على الوجه الذي بينا وان كان حمل بهيمة يقدر بياض في مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال رحمه الله وان قرن بالاقرار الخيار لزمه المال وبطل الشرط معناه اذا قال لفلان علي الف درهم قرضا وغصب او وديعة او عارية قائمة او مستهلكة علي انه بالخيار ثلاثة ايام وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكاين وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار يتخير به صفة العقد ويتخير من له الخياران فسخه وامضايه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدقا اختارا ولم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعلام واما اذا قال علي الف درهم من ثمن مبيع بعته علي اني بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا البتة حجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار والقول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان اقر بالدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد صحيح يصح اشتراط الخيار فيه بخلاف الصور المتقدمة لانها افعال لا تقبل الخيار كذا الاقرار بها والله اعلم باب الاستثناء وما في معناه الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي بطريق المعارضة وهذا

مشكل

مشكل فان الاستثناء جايز في الطلاق والعتاق وان كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان علي الف درهم الا ماية او خمسين فعندنا يلزمه تسعماية لانه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شاركنا في التكلم به والاصل قراءة الزم فلا يلزمه الزايد بالشك فصار تقديره ما لو قال علي تسعمايه او تسعمايه وخمسين فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الاستثناء صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو المشكوك والباقي على حاله قال رحمه الله صح استثناء بعض ما اقر به متصلا ولزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا فصار اسماله فيلزمه كانه تكلم بالباقي ابتدا ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشيء دليل على الجواز الاكثر جايز وهو المذهب وقال الفراء لا يجوز لان العرب ما تكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما كان اكثر لزمه وقال الشاعر اد والتي نقصت تسعين من ماية ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما استثنى تسعين من مايه وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثنا الاقل والاكثر وان لم تكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كما استثنا الكسور لم تكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح قال رحمه الله لا استثنا الكل اي لا يصح استثنا الكل لانه لا استثنا تكلم بالباقي بعده ولم يبق شيء ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثنا بلفظ المستثنى منه مثل ان يقول عشرة الا عشرة

او يقول هولا احرار الا هولا واما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتى على
الكل وذلك مثل ان يقول عبيدي احرار الا هولا او نقول نسائي طوالق
الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير المستثنى صح المستثنى
فلا يعتق احد منهم ولا يطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم
بقا شي من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثنا
ولا يشترط حقيقة البقا لان الاستثنا يتبع صحة الكلام لفظا لا تحقق
ما دخل تحته الا ترى انه اذا قال لامراته انت طالق الفا الا تسعماية
وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم
لوقع الثلاث كما اذا قال انت طالق ثلثا الا الفا وعلى هذا لو قال
اوصيت بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح المستثنى ويأخذ الموصى له
ثلث ماله ولو قال اوصيت له بثلث مالي الا الفا وثلث ماله الفا
لا غير صح الاستثنا ولا يستحق الموصى له شيا لما ذكرنا انه يتبع صحة
اللفظ لانه تصرف لفظي فينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف
ما اذا وقع الاستثنا بعين ذلك اللفظ لانه لا يصح لاخراج بعض
ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ والاستثنا

قال رحمه الله وصح استثنا الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما

حتى اذا قال علي الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينار صح وكذا لو قال
علي ماية دينار الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر لا يصح ولو قال علي ماية درهم
الا ثوبا لا يصح باتفاق اصحابنا وقال الشافعي يصح فيهما يعني في المثلي وغيره
لان حكم الاستثنا امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض
عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال علي عشرة الا خمسة يصير
كانه قال الا خمسة فانها ليست علي فاذا كان بطريق المعارضة يجب

العمل

العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فان كان المعارض من جنسه يجب اخراج
قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض
بقدر الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثنا اخراج بعض ما تناوله الكلام على
معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف
الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس
ما قاله محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل
والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة
حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلف صورها فاذا كانت في المعنى
جنسا واحدا جاز استثناوها باعتبار المعنى لان الاستثنا استخراج
بطريق المعنى على ان يصير الكلام به عبارة عما ورا المستثنى وما ذكره
الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفا
احدهما لا ينافي ثبوت الاخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر ان يبقي
ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان
ينتفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه
البعض والكل كالفسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال
لان المعارض لا يشترط ان يكون مقارنا وانما ذلك في المغير ولان
الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان احدهما كذبا وذلك
لا يجوز لانه موجود في القران قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا
خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم الف سنة ثم اخبر
انه لم يلبث خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا واما
هو اسم للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم تسعماية وخمسين عاما لانك
اذا قلت علي عشرة الا خمسة اسم للخمسة كانك قلت علي خمسة لا انك اقررت
بعشرة ثم اسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا يتفاوت

احاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم
والدنانير قال رحمه الله ولو وصل اقراره بان شاء الله بطل اقراره لانه
ابطال او تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر
وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال
لفلان علي الف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه
علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار
لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا
يصير كذبا بفوات الشرط فان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط
فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس
بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان
دخلت الدار او امطرت السماء او هبت الريح او ان قضى الله او اراده او رضيه
او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بكذا فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار
ان كان موصولا للمعنى الذي ذكرنا ولو قال اشهدوا انه له علي الف درهم
ان مت فهو عليه ان مات او عاش فان هذا ليس بتعليق لان موته اذا
جحدت الورثة فيكون راجعا الى تاكيد الاقرار فيلزمه المال عاش او مات
وكذا لو قال علي الف ان جاء راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الفطر
او الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت
المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا تقبل الا بحجة هكذا ذكره
في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسئلة فقال
اصله ان تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن
كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن
ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا

بوجود

بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغى تعليق الاقرار بالشرط الا اذا
كان الشرط سببا كطول الاجل والموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك
الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في مسائل المبسوط
فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا
والقياس ان استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك
انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء
مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط الا ترى ان موسى
عليه السلام لم يعاقب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوقب لان الوعد
من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام
هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في المختصر ان يكون موصولا
لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل بما روي عنه
عليه الصلاة والسلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة
ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبي
صلى الله عليه وسلم كان لامتثال امر الله تعالى بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد
وقد ذكرنا في كتاب الطلاق على هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده
او ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد فلا يفيده قال
رحمه الله ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له لان البناء دخل في
الدار تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا
من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء
من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الاوصاف بخلاف ما
اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لان اجزاء الدار تحت داخلة تحت لفظ فيصح
استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء او مات قبل القبض تسقط حصته
من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير

البناء في الدار قال رحمه الله وان قال بنائي وهالي والعرصة لفلان تهو
قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بنائي من هذه
الارض دون بناء فلان بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان
حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء وبخلاف ما اذا
قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما اقر له
به لانه لما اقر بالبناء لزيد صار كانه اقر له بالدار فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض
اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الاولى لان البناء مملوك له
فاذا اقر بالارض لغيره يتبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال
ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان كان الكل للاول لانه لما
اقر بالارض لم يملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره
ولو قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان فكل واحد منهما ما اقر له
به لقيام ملكه عند الاقرار بها فينفذ فتخرج هذه المسائل مبنية على ان دعواه
لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان لا يقبل في حق غيره قال
رحمه الله ولو قال علي الف من ثمن عبد لهما قبضه فان عين العبد
وسلمه لزمه والا لا اي ان عين العبد المقر وسلمه المقر له لزمه المشتري
الثمن بهذا القيد لانه اقر له بالقبض صفقة فيلزمه على الصفة التي اقر بها
وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه
اليه وحكمها ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني
ان يقول المقر له بالعبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا آخر وسلمته
اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا على ما اقر به من ان كلا واحد منهما
يستحق ما اقر به غيرانهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما
ولا باختلافهما السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما لو
اقر له بكر انهما اختلفا في سبب الاستحقاق بغصب الف درهم فقال المقر

له

له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث ان
يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزمه المقر به لما ذكرنا انه اقر له
على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع ان يقول
المقر له ما بعتك هذا العبد وانما بعتك عبدا آخر وحكمه ان يتحالفا لانهما
اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف قال رحمه الله وان لم يعين لزمه الالف
كقوله من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا
اقر بالف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله ان لم يقبض المبيع ولا
يشره بثمن الخمر وصل ام فصل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق في المسئلتين فلا يلزمه شيء وان فصل
لم يصدق اذا الكل المقر له ان يكون من ثمن عبد او خمر لانه اقر له بالمال
وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء مات المجالة
عند العقد او بعده بالاختلاط باشاله لانه يفسد به العقد او بهلاك
به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصار كلامه
لا يقتضي به الوجوب فصار بيانا غير ملائم كالاستثنا والشرط والخيار
يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان
للوجوب فاتيانه بما ياتي في الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا
كان او مفصولا ولان المقر له اوجب تاخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره في
التاجيل ويجب عليه حالا لان في اضافة البيع الى المحل المجهول انه لا يودي
الى التاخير ابدا كما تقدم وفي بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار
البائع المبيع فلو احضر البائع عينا ليسلمه اليه فالمشتري ان يقول
المبيع غير هذا وكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل البائع
الى قبض الثمن ابدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه
لا يتاتى فيه ذلك فلا يودي الى البطلان فيلزمه على الوجه الذي اقر به

على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتكه
فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر
المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر لانه لم يقبض
المبيع وصل ام فصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي امر القبض محتملا
لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضا لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون
اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف
ما اذا لم يصدقه في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغير على ما بينا
فلا يصح مفصولا وهنا لا تغير فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب
المحملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال اني اشتريت منه مبيعا
الا اني لم اقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن
عليه وانما اقر بوجود الشرا منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه
بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار
بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا
وعندهما اذا فصل البيان لانه قد اقر هناك بالوجوب فلا يسقط باخر
كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان علي الف درهم
حرام او ربوا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره
ولو قال علي الف درهم زور او باطل ان صدقه المقر له فلا شي عليه وان
كذبه لزمه ولو اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض
الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد في يده فالظاهر انه ملكه
فاذا اقر به لغيره نفذ على الوجه الذي اقر به فكان القول له اذا انكر
المقر له قال رحمه الله ولو قال من ثمن متاع او اقرضني وهي زيوف
او نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال في

الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وذكر في النهاية
لابي يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان لهما
انه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول
الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز في الصرف والسلم جاز والستوقة
بمجازه الا ان مجازه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان
تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما
اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد سبعة ولابي حنيفة رحمه الله
ان هذه الاشيا عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع
عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال
المشتري لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص من
الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن
خمسة لانه استثنا القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف
ما اذا قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها ردية حيث
تقبل موصولا ومفصولا لان الرداة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي
السلامة فيها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها
على ما بينا في استثنا البنا بخلاف ما اذا اقر بغصب الف درهم او بالوديعة
حيث يقبل قوله في هذه الاشيا لان الغصب لا يقتضي السلامة لان
الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة
فيقبل قوله الا انه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا
وموصولا لانها نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف
اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان او امينا وفي
الستوقة ولا يصدق الا موصولا لانها ليس من جنس الدراهم وانما يتناولها
الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن ابي حنيفة في غير

رواية الاصول في القرض ان يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض
فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه
ما يجب بالبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال غصبت الفا ثم قال
هي زيوف لم يصدق واذا فصل كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه
بالقبض ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل
يصدق اجماعا لانه اذا وصل لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به
وقيل هو على الخلاف لانه مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب
موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه الله ولو قال الا انه
ينقص من كذا متصلا صدق والا فلا لانه استثنى القدر فيكون تغييرا
فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الاستثنا بسبب
انقطاع النفس وبسبب دفع السوال فعن ابي يوسف انه يصح اذا
وصله به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم كثير ويذكر
الاستثنا في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم
يجعل عذرا يكون عليهم حرج قال رحمه الله ومن اقر بغصب ثوب وجاء بعيب
صدق لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بينا قال رحمه الله
واذا قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال اخذتها غصبا
فهو ضامن لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان اخذ مال الغير سبب
لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد
ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان القول
قوله مع يمينه ووجوب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا ان
يتكلم الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها قرضا
حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه
والاخذ باذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الاخذ الا باعتبار

عقد

عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فكان القول قول المنكر
وعلى هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا كان
القول قول المنكر لما ذكرنا قال رحمه الله ولو قال اعطيتنيها وديعة
وقال غصبتنيها لا اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت
وقال المالك لا بل غصبتها مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل
اقر بالاعطا وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر
يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض
كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطا فلا
يوجب الضمان فان قيل اعطاؤه والدفع لا يكون الا بقبضه فوجب ان
يكون اقرارا بالقبض قلنا قد تكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو
اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر
الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سبب الضمان لانه عدم في حق غيره
قال رحمه الله وان قال هذا كان وديعة لي عندك فاخذته فقال
هو لي اخذه لان المقر اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما
بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان
كان قائما والا فقيمته وكذا لو قال اقرضتك الف درهم ثم اخذتها
منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله وان قال اجرت
بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه فرده فالقول للمقر وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول من اخذ منه البعير
والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة والاسكان
ثم اخذه منهم وجه القياس انه اقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل
اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما
مر وجه الاستحسان ان اليد في الاجارة والاعارة ثبتت ضرورة استيفا

المعقود عليه وهو المانع فلا يكون اقرارا باليد لهما مقصودا فلا يظهر في
حق الاستيفاء على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة
فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر في الاجارة والاعارة اقر
بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسئلة
الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بان يهب
فيه الهواء ويلقيه في داره حتى لو قال ودعتها كان على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الطرف والاخر ايضا في الاقرار وذكر
في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر فلو كانت
معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب
خاطه بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو
على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم
فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشيء ولو قال اقتضيت
الف درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول قوله فله ان ياخذها
منه وهذا اظهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانما اخذه منه اقتضاء
بحقه وهو مضمون عليه ان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء
فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعا عليه ما يبريه من الضمان وهو يملكه عليه
بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره فكان القول قوله بخلاف
دعوى الاجارة واشباهها لانه لم يقر له فيها بالملك لا باليد له مقصودا
ولا وجد منه ما يدل على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا
لو اخذنا الناس في الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منها فكان عليهم
حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يواخذون به استحسانا دفعا للحرج
ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك
كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر لا

بل

بل استعنت بك ففعلت باجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لا صريحا
ولا اقتضاء وانما اقر بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه
بان يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه
فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته
منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصور فعله في يد المقر وفي بيته بخلاف
ما اذا اقر له بالسكنى لا يكون الا باليد فيكون اقراره به اقرارا باليد ولو اقر
ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف
من غنمه او هذا الثمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان
الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل قال رحمه الله
ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول
وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به للاول صح اقراره له وصح ملكا له
وقوله بعد ذلك لا بل لفلان وديعة اضراب عنه ورجوع فلا يقبل
قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقرار له بها
وقد اتلفها عليه باقراره لها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره في حقه
بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني
شيئا لانه لم يقر بالايداع منه وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد به للثاني
فرجوعه لا يصح وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار وشهادته لا تقبل
وفي مسئلة الكتاب اقر بالايداع من الثاني فرجوعه وقد عجز عن رد الوديعة
بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان
قال لفلان علي الف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه
عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا
بان قال لفلان علي الف درهم لا بل لفلان يلزمه اكثرهما استحسانا وهو
الالفان والقياس ان يجب عليه المالان وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر

لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن
الاول لا يصح واقراره بالالفين صحيح فلزماه كما اذا اختلف المقر لهما على ما
بينا او اختلف جنس المالين فان قال لفلان علي الف درهم لا بل الف دينار
فانه يلزمه المالان بالاجماع قلنا فكذا هذا وجه الاستحسان انهما اقراران
لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له امكن جعله
تكرارا كما اذا اقر له مرتين بان قال لفلان علي الف درهم ثم قال له علي
لفلان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن
ذلك عند اختلاف الجنس او اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس
يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول
واقرارا به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف
بان قال علي الف درهم ديا لا بل زيوف لا بل جياد لزمته الجياد استحسانا
لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه
في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد لان الاردي
داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم
ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا مائة درهم لزمه لكل منهما كله لانه اقر
بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني
مثلها ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلان مائة دينار وفلان كر
حنطة لا بل من فلان فانه يغرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك
ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله سبحانه اعلم

باب اقرار المريض

قال رحمه الله دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب
معروف مقدم على ما اقر به في مرض موته وقال الشافعي رحمه الله دين
الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار
وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان

في

في الوجوب وصحته بصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق
ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة
المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والانابة
فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا
يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج
بمهر المثل ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير الا ترى
انه اذا رهن عينا او اجره ليس له ان يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق
الغير وهنا ايضا اقراره ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق بماله
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقيد بالثلث
بخلاف ما اذا كان معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات
كالبيع المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في غيره اقراره والبيع لا يبطل
حقهم ايضا لانهم حقهم في المالية وهي باقية ايضا ان كان يبطل لكن
حقه فيه من الحوائج الاصلية كماكله وملبسه ومسكنه وثمن الادوية
واجرة الطبيب ونحو ذلك فيتقدم على حق الغرماء بخلاف حالة
الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله
ولهذا لم يمتنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة
المرض حالة عجز فتمنع حتى لو اقر بعين في يده لاخر لا يصح في حق غرماء
الصحة والمرض باسباب معلومة ولا يجوز للمريض ان يقضي دين
بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما
استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة
لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل اخرجه عن ملكه الى محل حصله
فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض او رد البيع بعيب وهذا لان
اخراجه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا وبخلاف ما اذا تزوج امراة

واعطاها المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة فيما قبضت وكذا اذا استاجر
عينا واوفا اجرتها فانهم يشاركونه فانه اخرج عن ملكه ما تعلق حقهم
بها من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق
حقهم بها فصار كانه قضا حق بعض الغرما وهم فيه ان يشاركوه
فيه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بورث اخر وفيه ابطال حق الورثة
لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان
كان فيه ابطال حق من الغرما بالمزاحمة ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب
قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب
قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث له منه المال ثم رجعا لم يضمنا
شيا لانه ورث بالموت فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمنع
من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار
لان احوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيه
السابق واللاحق كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق
الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة
من الاطلاق والحجر فيتقدم دين الاطلاق على ما اقر به في حالة الحجر كالعبد
الماذون اذا حجر عليه ثم اقر بما بيده يقبل اقراره به ويقدم فيه حالة الاذن
لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس ان لا ينفذ
الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة
بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله
عنهما انه قال اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر
في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يترك بالقياس فيحمل على انه سمعه
من النبي صلى الله عليه وسلم ولان قضا الدين من الحوائج الاصلية لان فيه

تفريغ

تفريغ ذمته ورفع الحايل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الورثة كساير
حوايجه على ما بينا لان شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدم
حقه عليهم قال رحمه الله واخر الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها
في حالة المرض لما بينا انفا قال رحمه الله وان اقر المريض لوارثه بطل
الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله يجوز اقراره بنا
على اصله لانه لا حجر عليه فيما فيه فكاك رقبته لما فيه من اظهار حق ثابت
عليه وجانب الصدق راجح عنه فصار كاقراره لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة
مستهلكة للوارث وهي معروفة بان اودعها على رؤس الاشهاد ولنا
قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله
عنهما اذا اقر الرجل في مرضه لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط ذلك
بماله وان اقر لوارث فغير جايز الا ان يصدقه الورثة ولان فيه ايثار
بعض الورثة بماله بعدما تعلق حقهم به لاستغنايه عنه بعد الموت
فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية وهذا
القياس في الاقرار لاجنبي الا انا تركناه لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن
معاملته حذرا من قوى اموالهم فتفسد عليه طريق التجارة والمداينة
فيخرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر
عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى
فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه
من غير حرج فلا يودي الى سد بابها والاقرار بالنسب من حوايجه
الاصلية لانه يحتاج الى بقا نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة
ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم
بالموت بشرط ان يتحد دينها وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا
فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا

فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها الا ترى ان لو كذبناه
فمات وجب الضمان من ماله لانه مات مجتهدا وعليه بينة فلا فايدة في
تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا ان
يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه
عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان
يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا
بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه
لا يصح الا ان يصدقه البقية قال رحمه الله وان اقر لاجنبي صح وان
احاط بماله والقياس ان لا يصح اصلا كما في حق الوارث وبما زاد على الثلث
كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رحمه الله
وان اقر لاجنبي ثم اقر ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر
لاجنبية نكحها صح بخلاف الهبة والوصية حيث لا يصحان لها ايضا
كما لا تصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة
عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها
واوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله
في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا ان النسب يستند الى حالة العلوق
فتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا تجوز ولا كذلك الزوجية
فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره
كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيئا
او اوصى لها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك بعد الموت
وهي وارثة حينئذ فلا تصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث
على ما ياتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله
ان الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما

ان

ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت فان كان وارثا وقت الموت
وان كان وارثا فيهما الاقرار دون وقت الموت فان اقر لاخيه مثلا ثم
ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما
لا فيما بينهما بان اقر لامراته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها او
والى رجلا فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقداها ثانيا لا يجوز الاقرار عند
ابي يوسف لان المقر منهم في الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانيا وعند
محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب
ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا نفذ الاقرار كما لو انشا في ذلك الوقت
الا ترى انه لو لم يعقد ثانيا كان جايزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا
وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب
كان قايما وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب
لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز
وقال زفر لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا
صار وارثا بالنسب ولنا ان الاقرار حين حصل صدر للاجنبي لا للوارث
فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث
فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر مسلم
مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجورا بالابن ولو اقر لوارثه
ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قايما وقت
الاقرار ولو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة
المريض لم يجز اقراره عند ابي يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث ابتدا
وانتها وقال اخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج
من ان يكون وارثا وكذا لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة
المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته

وكذا المريض بعبد اجنبي وقال لاجنبي هو فلان وارثه المريض فيصح
اقراره لما ذكرنا ولو اقر لاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه
قال رحمه الله ولو اقر بطلقها ثلثا في مرضه اي في المرض الذي مات فيه
الا ترك والدين هذا اذا اطلقها بسؤالها او ان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث
بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق
المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لها اقرها بالدين
بقياس تهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينتفع بايب
الاقرار لها فيعطا اقل ما اراد انفذ ها وعلى هذا اذا اوصى لها بعين على
الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بسعتها
في الطلاق قال رحمه الله وان قال غلام مجهول ولد مثله اي لمثل المقر
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة لان النسب
من الحوائج الاصلية وهو ايضا على نفسه على ما بينا وليس فيه ضرر على
غيره تصدر انفيصح وقد ذكرنا هذا في الدعوى والعتاق والشرط ان لا يكون
له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة
الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط ان يولد مثله لمثله كي لا يكذبه
الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه
ان كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا
يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره صح
شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله
وصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد والوالدين لانه اقر على نفسه وليس
فيه حمل النسب على الغير وشروطه ما بينا في الابن قال رحمه الله والزوجة
والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما تناصفا فيهما من غير اضرار باحد
فينفذ قال رحمه الله واقرارها اي يصح اقرار المرأة بالوالدين والزوج

والمولى

والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره بالاقرار هو
ليس فيه الا الزام نفسها فينفذ قال رحمه الله وبالولد ان لم يلد قابلة
او صدقها الزوج اي يقبل اقرار المرأة بهذا الشرط لان قول القابلة
حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه السلام الولد
للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلزمه بالاقرار
له هذا اذا كانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه
تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقوله اما اذا لم يكن لها زوج ولا معتدة
او كانت لها وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها فينفذ عليها فصار كما ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده
من امرأة لا يصدق في حقها الا بتصديقها قال رحمه الله ولا يلزم تصديق
هو لا يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان الاقرار غير لازم له
لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر
عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير وه
يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله وصح التصديق بعد موت المقر
لا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب ونكاح ثم مات
المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا اقرت المرأة بالزوج
فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاولى فلان النسب يبقى بعد الموت
وكذا اقرار الزوج بالزوجة فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في
حق ارثها وهو العدة فلها من آثار النكاح وهذا جائز لها غسله ميتا كما في
حالة الحياة واما المسألة الثانية وهو ما اذا اقرت الزوجة بالزوج فصدقها
بعد موتها فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد
موتها لان النكاح يبقى بالموت ولا يبطل كالنسب والمشهور من مذهبه
ان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل النسب والاقرار انما صح لان
تصديقه وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار انما صح لان

التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح
بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت
بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها على النكاح
تقبل ولولا ان النكاح قايم في حق الارث لما قبلت فكذا تصادقهما يعمل فيه
ايضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم
يبق له اثر واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق
حكم كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار
والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتدا فيكون التصديق واقعا في
شي هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه امكن
جعل النكاح باقيا ببقا اثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا اقر رجل
لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له
استحق الكسب والارث في مسيلتنا فوجب ان يصح تصديقه في حقه
قلنا الكسب يقع ملكا لصاحب الرقبة من الابتدا لانه في حكم المنفعة
ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما بتبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا
بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد واما الارث
فانما يثبت بعد موتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدا
فلا يصح وهذا لان ما اقرت هي به نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث
فلا يكون تصديقا لها فيما اقرت هي به بل هو دعوى مبتداة فلا تقبل
دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت
بها مدعاه قال رحمه الله وان اقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت
يعني اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك
مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب والجد بالة ابنه وكذا اذا اقر بالجد
او بابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون

اقامة البينة الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة
والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارها حجة عليهما قال رحمه الله
فان لم يكن له غيره ورثه وان كان لا اي وان كان للمقر وارث لا يرث
المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف
قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام او بعيدا كمولى الموالاة وان لم
يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند
عدم الاضرار بغيره وهذا لانه اقر بسببين بالنسب وباستحقاق ماله
بعده وهذا في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على
نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم
الوارث يضعه حيث يشا حتى لو كان له ان يوصي بجميع ماله فكذا له
ان يجعل لهذا المقر له لانه وصية من وجه حق كان للمقر له ان يرجع عن
الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ارث من وجه حتى لو
اوصى لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر
مصرا على المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كانه وارث حقيقة
قال رحمه الله ومن مات ابوه فاقر باخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه
لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره
نظيره مشتري العبد اذا اقر البايع انه اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله
اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا وعند
مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شايعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه
ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر
باخ اخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر له نصف ما في يده وعندهما
ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ اقراره
في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده

وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب اخيه بطل اقراره فيه
لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر
ظالم بانكاره فيجعل ما في يده الهالك فيكون بينهما بالسوية ولو اقر
باخت يأخذ ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في
يد هما يأخذ نصفه ولو اقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم
نصيب المقر بينهما اسداسا وعندهما ارباعا والمقر ظاهر ولو اقر بامرأة
انها زوجة ابيه اخذ ثمن ما في يده ولو اقر بجدة في ام الميت اخذت سدس
ما في يده فيما هو في يده كما يعامل بما ثبت او ثبت ما اقر به وقال في
الايضاح لو اقر احد الابنين المهر وفي بن وزوجة اخذت شيئ مما في يده
كما ذكر في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان وكل
ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه من زعم بما صار له لك كما لها لك
فتقر بثلثي بجزء وهو سهمان ويقر بالابن بقدر حقه وهو سبعة
فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك دين ابراهيم
يلحقها ثمن ما في يده لانا قراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر
وله سبعة اسهم قال رحمه الله وان ترك ابنين وله على اخر مائة فاقر
احدهما بقبض ابيه خمسين منها فلا شيء له فيها والاخر خمسون
لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير
الدين فيكون مضمونا على القابض بيقين في ذمته ثم يتقاصان فاذا
كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت
خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستقر في نصيبه
فلا يأخذ منه شيئا حتى اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه وليس له
ان يشاركه اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما
لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على المقر بما بقي من الدين على

زعمه

زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما اخذه من اخيه المكاتب
لان الوارث لا يأخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى
مذهب ابن ابي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار
الى الكل شائعا لانه اقر على نفسه وعلى اخيه فاقراره في حقه مقبول
فيه وفي حق اخيه لا يقبل فلا يرجع ولو اقر ان اباه قبض الدين والميراة
يحلفها بالله ما ابوه كاذب لانا لا نعلم ذلك لكنا نحلف المنكر لحق المدعي بما
ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف رجع الغريم بنصيبه
بخلاف الميراة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كان حاصلا
له لان جهة المقر فيه حاجبة الى تخليفه وههنا لم يحصل له الا النصف
فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة اخرى غير الدين والميراة
يحلفها فاقتسماها ارجح المكاتب على الغريم بنصيبه وان نكل برئت ذمته
وان حلف اخذ نصيبه وهم خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك
على المقر يأخذه من نصيبه من التركة لانه لما اقر فيقضي به المائة
فقد اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي بيناه

كتاب الصلح

قال رحمه الله هو عقد يرفع النزاع
هو في الشرع وفي اللغة هو اسم جنس للصلحة وهو السلامة بخلاف
الخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه
الذاتي وكم من فساد انقلب بالصلح الى الصلاح لحسنه وهذا امر الله تعالى
به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين
اقتتلوا فاصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا
او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير حتى
قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خص
بخروج النقيل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه

حسن لان فيه اطفا النايرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم
وهو ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك
الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يودي الى الانكار لا سيما عند
الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام البينة تكثر
العداوة ويهيج الفتن بين المدعى عليه والمدعي والشهود والقاضي
والى هذا اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا
وقال ابو منصور الماتريدي لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضا
في بني ادم مثل ما يعلم في ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع
هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النايرات بين الناس واقامة
الفتن والمكابرات الا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب
تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم اربعون الفا فامتدت الحرب
بينهم الى ان وقع الصلح فارتفعت النايرات ولان العقود انما شرعت
للحاجة والحاجة اليه امس لدفع الشر فكان اولى به قال رحمه الله
وهو جايز باقرار وسكوت وانكار لاطلاق ما تلونا وما روينا
من المعنى ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جايز فيما بين المسلمين
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار
والسكوت لما روينا وهذا به الصفة لان البدل كان حلالا للدافع
حراما على الاخذ فبالصلح ينعكس فيكون حراما على الدافع حلالا على
الاخذ ويقول ان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعا حلالا قبل
الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا احل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال
لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فان كان التمليك رشوة كان
التملك قبول الرشوة اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك منها فيكون المدعا
عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي اخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا بمراد

النبي

النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار ايضا لان الصلح
يقع عادة على ما دون حقه فمن زاد على الماذ الى تمام حقه كان حلالا
للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه
قبل الصلح وحل له بعده ولو كان هذا المعنى مرادا لما صح مطلقا بل البيع
ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان
حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا ساير العقود المشروعة
فيودي هذا الى تحريم اسباب الملك باسرها وانما مراده عليه الصلاة والسلام
ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل
ان يصالح على الخمر والخنزير او تصالح احد الضرتين زوجها على ان يطا
الاخرى او امته فيحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه عليه
الصلاة والسلام ذكر الحلال والحرام مطلقا والمطلق منهما ينصرف
الى الكامل وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقوله رشوة وتملكه
قبول الرشوة الى اخره لا يسلم بل هو في زعم المدعي عين حقه او بدله
فهو حلال له اخذه واكله وفي حق المدعا عليه لاقتدا اليمين ودفع
الشر عن نفسه وهو ايضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا
قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان اجوز ما يكون من الصلح الصلح على
الانكار ولان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة
والخصومة والفساد الذي يتولد منهما واما مع الاقرار فلا يوجد
فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى
الصلح بل هو استيفا لبعض حقه من جنسه وان اخذ من خلافه
فهو يقع عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جايزة للدافع
لدفع الظلم عن نفسه وما جا فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام
لعن الله الراشي والمرتشي المراد به اذا كان هو الظالم يندفع بالبعض

الظلمة من ولاة الامور يستعين على الظلم بالرشوة واما لدفع الضرر عن
نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن ابي يوسف رحمه الله انه اجازه لك
من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عن اليتيم الا ترى ان الخضر عليه السلام
خرق السفينة كيلا ياخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح
والله يعلم المفسد من المصلح وقوله اذ لا تملك الا من الجهة التي قلنا
لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل تختلف الجهة بينهما كمن اقر
بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري
على الثمن فدا في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبله كل
واحد من الجماعة في التحري ما ادى اليه اجتهاده والخلع يمين في حقه
معاوضة في حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ
في حق المتعاقدين قال رحمه الله وان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر
بيعا لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض
فتجري فيه احكام البيوع وهذا لان الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه
العقود له فتجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا
جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال
ينظر فان وقع على خلاف جنس المدعا فهو بيع وشرا كما ذكرنا وان وقع
على جنسه فان كان باقل من المدعا فهو حط وابرا وان كان بمثله
فهو قبض واستيفا وان كان باكثر منه فهو فضل وربوا قال
رحمه الله فتثبت له الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط
لان هذه الاشيا من احكام البيع فتثبت فيه قال رحمه الله فتفسده
جهالة البدل الذي وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه بيع
فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير ان المصالح عنه

لا يحتاج

لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج الى
تسليمه فيفسده دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا
يفضي الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل موجلا
قال رحمه الله وان استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعي عليه بحصة
ذلك او كله ولو استحق المصالح عليه او بعضه لان كل واحد منهما عوض
عن الاخر فايهما استحق عليه ما اخذه رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا
فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال رحمه الله وان وقع عن مال
بمنفعة اعتبر اجارة يعني الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون
اجارة لما ذكرنا انه يحمل على اشبه عقود له اذ العبرة للمعاني فوجب
حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض قال رحمه الله
فيشترط التوقيت ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها
على ما عرف في موضعه وانما يشترط التوقيت في الاجير الخاص بان
ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط
كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل طعام الى موضع
ولو مات احدهما او محل المنفعة قبل الاستيفا بطل الصلح فيرجع بالمدعي
ولو كان ذلك بعد استيفا بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي
ولو كان ذلك بعد استيفا بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي
بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل
بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي
يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد
وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة
ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت احدهما
اعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن

الاستيفاء فيه اما باستمرار العاقد او باقامة وارثه مقامه فيما يتفاوتون
كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعي عليه بقي لامكان الاستيفاء
بالاستمرار وان مات المدعي بنطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه
يتضرر المالك لذلك وان قتل العبد بطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة
لانه اجارة على ما بينا وعند ابي يوسف ينتقض فان قتله المدعي او الاجنبي
يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى
بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة
فالرضى بالاول لا يكون رضى بالثاني وان قتله المدعي عليه بطل بالاجماع
لان المولى لا يضمن عبد نفسه فصار كما اذا مات حتفا نفسه او اعتقه
المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق
لانه فوت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والقبض قال رحمه الله
والصلح عن سكوت او انكار فداء في حق المنكر وعاوضة في حق المدعي
لما بينا ويجوز ان يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين
كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيوا خذ كل واحد
منهما بما يزعم وهذا في الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار انه ما اعطيه
لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار
فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت
به كونها في يده عوضا عما رفع بالشك قال رحمه الله فلا شفعة ان صالحها
عن دارها وجب لو صالحها على دارهما اي المنكر والساكت اذا ادعي
على كل واحد منهما داره فصالح احدهما بدفع شيء اخر لم يجب بداره الشفعة
لانه يدعي انها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعي
ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة ولو ادعي على
كل واحد منهما شيئا فصالحا عنه على دار دفعها الى المدعي يدعي انه باخذها

عوضا

عوضا عما ادعي فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان
يواخذ بزعمه حتى لو ادعي عليه دارا فانكر فصالحه عنها على دار اخري
وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخري لما ذكرنا وانكار الاخر
المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا ترى ان رجلا لو قال انا اشتريت
هذه الدار من فلان وفلان ينكر يا خذها الشفيع بالشفعة وكذا لو
ادعي انه داره من فلان وهو ينكر يا خذها الشفيع بالشفعة ههنا
لان زعمه حجة في حق نفسه قال رحمه الله ولو استحق المدعي فيه
رجع المدعي بالخصومة ورد البدل ولو بعضه بقدره يعني لو ادعي
رجل على شخص شيئا فانكره فصالحه على شيء ثم استحق المدعي كله او بعضه
رد المدعي العوض الذي اخذه كله او بعضه بقدر ما استحق على المدعي عليه
ورجع هو بالخصومة به المستحق لانه اخذه على زعمه عوضا عما ادعي
فاذا استحق ذلك رجع عليه المدعي عليه بما على زعمه كانه اشتراه منه
ولان المدعي عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى
المدعي في يده من غير خصومة فاذا استحق لم يحصل له مقصوده
وتبين ايضا ان المدعي لم يكن له خصومة يرجع عليه فصار نظير ما اذا
ادعي المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك
ثم قضي المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما اعطاه لان غرضه لم
يحصل له وانما يرجع المدعي بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعي
عليه حين اخذ المدعي منه فيكون له ان يخاصمه قال رحمه الله ولو
استحق المصالح عليه او بعضه رجع الى الدعوي في كله او بعضه
اي استحق المزعوم وقع عليه الصلح ويد المدعي رجع المدعي الى الدعوي
في كله ان استحق كل العوض او في بعضه ان استحق البعض لان المدعي انما
ترك الدعوي لا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالبدل وهو

الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك
هذا البيت بهذا وقال الاخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق
على المدعى عليه بالمدعا نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على
المبايعة اقرار منه بان المدعا ملك المدعي فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح
لانه لم يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع
الخصومة قال رحمه الله وهلاك البدل قبل التسليم كاستحقاقه
في الفصلين اي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا
كان كاستحقاقه يبطل الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل فكذا
هذا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه
فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره
ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق وهذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين
كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود
والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما
في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك فصل قال رحمه الله الصلح جائز
عن دعوى المال لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع عنه بمال عن اقرار
او في حق المدعي وحده ان وقع عن انكار وسكوت وفي حق الاخر
لافتداء اليمين وقطع الخصومة او في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع
وكل ذلك جائز على ما بينا قال رحمه الله والمنفعة يعني الصلح عن
دعوى المنفعة ايضا جائز ويكون في معنى الاجارة ان وقع عنه بمال
او منافع لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا
بعقد الصلح الا ترى ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال
او منفعة جاز فهذا اولى لكونه معلوما لان الظاهر مدة متناهية لكن انما
يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان يصالح على

السكنى

السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد
جنسهما كما اذا اصطلح عن السكنى او عن المزارعة على الزراعة فلا يجوز
لانه استئجار المنفعة بمثلها بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف
الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال رحمه الله والجناية
يعني الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على
النفس وما دونها عمدا كان وخطا سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت
اما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية في الصلح عن دم العمد
ومعناها من بذل له بدل من دم المقتول مالا وذلك لا يكون الا بالصلح
ولانه حق ثابت في المحل في حق الفعل فجاز اخذ العوض عنه كملك النكاح
وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال
المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود
مثل الخمر والخنزير لكن في النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال
والعفو مشروع بدونه مندوب وهذا لو لم يسم شيئا فيما يجب في النكاح
مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو
الموجب الاصلي وفي العفو عن القود لا يجب شيء لانه لا يتقوم الا بالتقويم
ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بمماثلة غيره مقامه والقصاص لا يقوم
غيره مقامه اذ لا يماثله غيره الا ان الشرع اجاز اخذ عوضه عند اتفاقهما
فجاز اخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز اخذه
لانه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري وانما له ان يتملك وذلك
مباح واختيار فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار
الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية
في الصلح في الجناية كما اذا اصطلحا على دابة او ثوب غير موصوف تجب الدية

لان الولي لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف
ما اذا لم يسم شيئا او سمى الخمر ونحوه حيث لا يجوز شي لما ذكرنا واختلفوا
في سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لان الكفالة
بالنفس وسيلة الى المال غالبا فاخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه
بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص واما الخطا في النفس فلان موجبه
المال والصلح عن دعواه جايز على ما ذكرنا الا انه لا يصح الزيادة على قدر
الدية اذا وقع الصلح عن احد مقادير الدية للربوا كما لا يجوز الصلح على اكثر
من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن العقود حيث تجوز
الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان اقل من عشرة دراهم
لانه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بقدره بخلاف النكاح
حيث لا يجوز تسميته ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع
الصلح على غير مقادير الدية جاز كيف كان لعدم الربوا الا انه يشترط
القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا
عن كالي بكالي ولو قضى القاضي باخذ مقادير الدية فصالح عن جنس
اخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضا فكان غيره من
مقادير الدية كجنس اخر فامكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه
ابتدا لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضا القاضي فكما لا يجوز
للقاضي ان يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما ايضا ان
يصطلحا عليها لم يلزم من الربوا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد
الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح
على ساير الديون وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب
القصاص فيه بالعمد وما يوجب المال فيه بالخطا فيها ثم لا يختلف هذا
الحكم في هذه الاشيا بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت لما ذكرنا

من

من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة او افتدا يمين قال رحمه الله
بخلاف الحد يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بان رفع الزاني
او شارب الخمر او القاذف فصالح هو المرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز
الصلح فله ان يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق المرافع
والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المراة ان ولدها
من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شي حتى تترك الدعوى كان الصلح
باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة وكنيف على
طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شي كان الصلح باطلا
لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على
الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان للامام
ولاية عامة وله ان يتصرف في مصالحهم فاذا راى ذلك مصلحة ينفذ
لان الاعتياض من المشترك العام جايز من الامام ولهذا لو باع شيا
من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ
فصالحه رجل من اهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق مملوكة
لاهلها فيظهر في حق الاقرار والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه ثم
يتوصل الى تحصيل رضى الباقين فيجوز قال رحمه الله ومن نكاح اي يجوز
الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمراة تنكر
لانه امكن اعتبار الصحة فيه بان يجعل في حقه في معنى الخلع لان اخذ
المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه
على ما مر ذكره وفي حقها لافتدا اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا
وان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري
انه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا للزوج لا يعطي العوض
في الفرقة اذ لم يسلم له شي في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس

وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هي على
دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار اليه وذكر
في بعضها انه يجوز لانه يجعل كانه زادها على مهرها ثم خالعها على اصل
المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال رحمه الله والرق وكان
عتقا على مال يعني الصلح جاز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي
بمعنى العتق على مال وفي حق الاحكام في الخصومة لانه امكن تصحيحه
بهذا الاعتبار فجاز وهذا يبتنى على جواز الزامه اجل الكتابة
باعتبار الزعم المدعي فان الجواب ثبت في الذمة في معاوضة المال
بغير المال كالنكاح والخلع لانه لا ولاية عليه لانه ينكر العتق ويدعي
انه حر الاصل الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في
حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا
بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل موضع وقع فيه الصلح والمدعي كاذب
فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى اخذ العوض عنه ونظيره المقر
له اذا كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيب نفس
بان يكون جبنه هبة مبتدأة فيطيب له قال رحمه الله وان قتل العبد
المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه وان قتل عبد المأذون رجلا
عمدا فصالح عنه جاز اي لو صالح العبد المأذون له ولي المقتول
عن عبده جاز عن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان
المأذون له لا يجوز له ان يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا يتعلق
تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى
اذا كان بعوض لان تصرفه في مال الغير بغير اذنه وهو المولى وكذا
لا يجوز له ان يبيع نفسه ويبيع بينه وبين المولى حتى لا يجوز له قتله
بعد العفو لانه مكلف فيجب تصرفه في نفسه ولا يجب عليه البدل

للحال

للحال لانه وما في يده مال المولى وبتأخر الى ما بعد العتق كالاتلاف
زوجها على مال فقبلت ووقع بينهما الطلاق بائنا لانه بعوض ويجب
عليها المال بعد العتق كانه طلق او صالح على دين موجل وتصرفه في غير اذنه
من باب التجارة لان اختلاعه كشرائه لانه باستحقاقه العتق صار كالزائل
عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له ان يشتريه فكذا له ان يبتغي نفسه
بخلاف المكاتب حيث لا يجوز له ان يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن
يد المولى وهذا الولد يجب على حد ربقته كان هو الخصم فيه فاذا جني عليه
كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تودي
جماكتابته ويتحكم بحريته في آخر حياته فيكون الفضل لهم فصار كالحر
فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه
عن نفسه قال رحمه الله ولو صالح عن الخصوم المتاع بما زاد على قيمته
او على عرض صح ولو اعتق عبدا مشتركا فصالح الشريك على اكثر
من نصف قيمته لا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب ايضا على اكثر من قيمته بما لا يتغابن
الناس في مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لانها هي التي
يمكن وجوبها في الذمة دون العين اذ العين ليست مرزوءات الاموال
فتكون العين قد هلكت ولم يبق لها اثر فلا يمكن ان يقابلها شيء ولو امكن
لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهي مقدرة فلا يجوز الزيادة
عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمان العتق لا يجوز الزيادة
على مقادير الدية وعلى نصف وصار كما اذا احكم الحاكم بالقيمة وهذا
لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى اجل لا يجوز
ولو كان بدلا عن العين لجاز ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان بدل
العين المستهلكة يجوز بالقليل والكثير كما اذا كانت قائمة حقيقة وهذا لان

الواجبية ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى وهذا
يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها في الذمة ممكن
الا ترى ان الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدرات تجب في الذمة
في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير
مال فكذا في المغصوب اذ لا تغاير في نفس الوجوب لا عند الاخذ
يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان
الاخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك فلا فيه من التفاوت والتفاحش
ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو العالم به
فكان الواجب مثله فاذا اخذ عوضه الذي من قيمته لا يكون ربوا
لانه ليس من اموال الربوا كما في حالة قيام العين او نقول ان العين
بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه والمم يضمنه او تقرر حقه
في القيمة بحكم الحاكم الا ترى انه لو اختار ترك التضمين بقي العين
في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان ابقاؤها فعاد من اباقه كان مملوكا
له فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربوا فيها
كما في حالة قيام العين او نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله
عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند
الضرورة وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل الماخوذ بدلا
عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما
بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا يجوز الزيادة
عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر ما ذكرنا بما هو
فوقه وانما لا يجوز الصلح على ما هو موصوف في الذمة غير النقدين
الى اجل لان المستهلك لا يوقف على ثمره وما لا يوقف على ثمره يكون
في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان موجلا

حتى

حتى لو لم يكن موجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة
لما جاز الا اذا كان معجلا لانه يكون بيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان
لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من
المقدرات لانه ليس بين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال رحمه
الله وان وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه
يضمنه بل يلزم الموكل هذا اذا صالح عنه عن انكار او سكوت او عن اقرار
في دم عمد او فيما لا يحمل على العاقلة وضمنه الصلح على بعض الدين لان الوكيل
في هذه سفير ومعبر وهذا لان الصلح عن الانكار معاوضة باسقاط
الحق وكذا الصلح عن السكوت واما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض
فصارت هذه الاشياء بمنزلة الطلاق عن مال وهذا جائز الصلح من
الاجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل منه شيء الا
بالتزام لانه لامر بالصلح عنه امر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح
عنه جائز بغير امر فكان فائدة امره الرجوع عليه اذ ضمن عنه بخلاف
النكاح لانه لا يتفرد عليه من الاجنبي فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم
انه ضمن جهة ذلك وادى يكون متبرعا والامر بالخلع مثل الامر بالصلح
حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما اذا صالح عنه فيما يحمل
على العاقلة بانكار عن مال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما
صالح عليه ثم يرجع به على الموكل فيطالب هو بالعوض دون الوكيل قال
رحمه الله وان صالح عنه بلا امره جاز ان ضمن المال او اضاف فايجابه له
او قال على الف درهم وسلم والا توقف وان اجازه المدعى عليه جاز والا بطل
وهذه المسئلة على اربعة اوجه لانه لا يخلو اما ان يكون ضمن المال
او لا فان لم يضمن فلا يخلو اما ان سلم العوض او لا فان الصلح جائز ويثبت

الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه
ولم يسلمه الى المدعي اما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير امره وضمن
المال فالصلح فيه جائز لان للمدعا عليه ليس الا البراءة وفي مثله يستوي
المدعا عليه والاجنبي لانه لم يسلم للمدعا عليه شيء كما لا يسلم للاجنبي ومع
ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا الاجنبي والمقصود من
هذا الصلح رضى صاحب الحق لا رضى المدعا عليه اذ لا حظ له فيه لان
الوضع مفروض فيما لا يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص واخواته على
ما بيناه انفا والمدعي ينفرد بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه
مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا توقف
على اجازة المدعا عليه وسلامته تكون بالضمان لانه ان لم يلزمه بالعقد
لكونه سفيرا يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة
الى نفسه بان يقول صالحتك على الف هذه او على عبدي هذا لان الاضافة
الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه
تسليمه فصار كالو ضمن فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بان قال
صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه تعين
التسليم اليه بشرطه فيتم به وكذا بتسليم العوض اليه بان عقد المتبرع
عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه
ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق
الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل العوض في هذه المواضع الثلاثة
تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للمصالح شيء لانه سفير ومعبر بخلاف
ما اذا صالح عن غيره في يد المدعا عليه وهو مقر به انه للمدعي حيث يملك المتبرع
العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه
اذ الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه

التي

التي تقدمت او وجده زيوفا او ستوقة لم يرجع على المصالح لانه متبرع
التزم تسليم شيء معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شيء اخر لم يلزمه
اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه
مجانا الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان
فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجب عليه بخلاف غيره من
الصور والرابع ان يصالحه على الف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه
ولم يسلمه بان قال صالحتك على الف فالحكم فيه ان يكون موقوفا لانه لم
يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فاذا اجازه
المدعا عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان
المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما
ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الالف
المشار اليه والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المرأة
والله اعلم

باب الصلح في الدين

قال رحمه الله الصلح عما استحق
بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا معاوضة هكذا ذكر
في بعض نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهو سهو لانه اذا صالح عن
الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاط للباقي وانما يكون
كذلك ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين الا ترى انه لو وقع عن
الدين بجنس اخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق
بعقد المداينة الى اخره فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا
ذكر القدوري رحمه الله في مختصره بقوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو
مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض
حقه واسقط باقيه وذكر بعضهم ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين
يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة

اذا وقع على بعض الدين لان في حمله عليها فساد العقد المربوا وفي حمله على انه
استوفا بعض حقه واسقط الباقي تجوزه فكان ولي حملا لامور المسلمين
على الصحة ما امكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد
اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه قال رحمه الله فلو صالح
عن الالف على نصفه او على الف موجل جاز لانه يجعل مستوفيا للنصف حقه
ومسقطا للنصف في الاولى وفي الثانية يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا
للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لانه لو باع الدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل
يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائة موجلة جاز
كانه ابراه عن النصف واخر النصف وعلى هذا لو صالح عن الف جياد على
خمسمائة زيوف حاله او موجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة
ومستوفيا البعض حقه او مؤخرا لان من له حق الجياد استحق الزيوف
وهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز
لان المبادلة بدل رأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلافه على عكسه
وهو ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز
لانه لا يكون حاملا على انه استوفا بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق
الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز للتفاضل فيها لان جيدها
ورديها سواء الا ما عرف في موضعه وكذا لو كان له الف موجلة فصالحه
على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه اخذ
عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا
قال رحمه الله وعلى دنانير موجلة او عن الف موجلة او سود على نصف
حال او بيض لا يعني لو صالحه عن الف درهم على دنانير موجلة او عن الف
موجل على خمسمائة حالة او عن الف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لان من
له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله
ومن له دين موجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض

لانها

لانها الجود على ما بينا فيكون اخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفا
وشرط صحة المعاوضة في الجنس الحكم المقدر بالمساواة ولم توجد فلذا بطل
الصلح حتى لو صالحه على الف حالة عن الالف موجلة او صالحه على الف بيض
عن الالف سود جاز بشرط قبضه في المجلس او جود المساواة في القدر
وهو المعتبر في الصرف وفي المساواة في الصفة ولو كان عليه الف فصالحه
على طعام موصوف في الذمة موجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين
فلا يجوز ولو كان عليه العشرة دراهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم
جاز سواء كانت حالة او موجلة لانه يجعل اسقاط الدنانير بكلها والدراهم
الا مائة وتأجيلا للمائة التي بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه
فساده ولان جهة الاسقاط اترح لان الصلح مبني على الاغماض وهذا
يجوز عن المجهول والاصل في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي وقع
عليه الصلح ادون من جنس حقه قدرا ووصفا وقتا او في احد هذه الاشياء
فهو اسقاط البعض واستيفا الباقي لانه استوفى دون حقه وانما ان نزيد
منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحق من وصف او ما هو بمعنى الوصف
كتعجيل الموجل من اختلفا في جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفا
في غير مستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة وانما كان تعجيل الموجل
كالوصف لان الاجل خير من الموجل وهذا ينقص المال لاجله فيكون الحط
بمقابلة الاجل فيكون ربوا فلا يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه على الف
موجلة على خمسمائة حالة فانه يجوز لانه معنى الارفاق فيما بينهما
اظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال وكلامه
ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه شرعا ومساهلة من
المكاتب فيما يجب قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو ايضا
مندوب اليه في الشرع قال رحمه الله ومن له على آخر الف فقال ادع

لتضمنه على انك بريء من الفضل فيحمل لو برئ منها الا الا اي ان لم يود غدا الدفع
وهو خمسماية لا يبرأ وغدا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبرأ وان لم
يود ولا تعود اليه خمس المائة ابدا قطعا ابدا الان اشتراط الاداء اضاع بيع
لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه فيه اذ المال عليه حال فيبطل
التقييد وصار ابرا مطلقا وهذا لانه جعل اداء خمس المائة عوضا لان كلمة
على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر
لفظ ابرا عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار
وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك
من خمسماية من الالف على ان تعطيني خمسماية غدا بخلاف ما اذا قال
فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مفيد وهو تعليق الفسخ بعدم
النقد فانه بمنزلة خيار الشرط وهذا جائز في البيع ايضا على ما مر ذكره
وهما انكلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها
على المعاوضة على ما ذكر توجيهه في الفرق فاذا كان للشرط جاز تقييد الابراء
به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فان
الاصيل يبرأ بتقييده على صفة وهو سلامة العوض له من الهالك عليه
فصار كما اذا ابرأه عن البعض بشرط ان يعطيه كفيلا بالباقي او رهنا
فاذا احتال ذلك وجعله عليه لان للشرط غرضا صحيحا فيه نظرا فلا سبيل
او توسل الى بخارة اربح منه بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه برئ بالبداية
به فلا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ باوله واخره معلق
بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على تحتمله فعلى تقدير
ان تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وانما يبرأ بالاداء وعلى تقدير ان تكون للعوض
يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والاحتمال فهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرنا والثاني ان يصح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف على

الخمسماية

الخمسماية تدفعها الي غدا وانت بريء من الزيادة على ذلك ان لم تدفعها الي
غدا فلا تبرأ من الباقي فيكون الامر كما قالا لكنه صرح بما يجب لهما بالفظ فلا
يزاحم غيره والثالث ان يصح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف
على خمسماية اذا قال ابرأتك عن خمسماية من الالف فيجعل تفسيرا لتعطيني خمس المائة
غدا فحكمه ان يبرأ مطلقا اذ في الخمسماية بيا الغد اولم يود لان البراءة قد
حصلت بالاطلاق اولا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ما ذكرنا
من الفرق بين هذه المسئلة والاولى والرابع ان يقول اداء الى خمسماية
على انك بريء من باقيه ولم يوقت للاداء وقتا فحكمه انه يبرأ مطلقا لانه
ابرأ مطلقا اذ لم يوقت له وقتا وليس له غرض صحيح لان الاداء واجب
عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو
قول بخلاف المسئلة الاولى لان الابراء ثمة قيد بعدم الاداء وهو غرض
صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامسة اذا قال ان اديت الي خمسماية
فانت بريء من الباقي اديت فحكمه انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا
والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك لانه يملك ما
في ذمته وهذا بخلاف الرد بالعيب والطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز
تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من انواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها
فيها بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت بل هو
مضاف فعلا الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر
من كل وجه قال رحمه الله ومن قال لآخر اقرك بما لك حتى يوم
فعلي او حتى يقدم فلان فعلي فهو عليه لانه ليس بكفيل لانه التزام
البينة او التخليف بمنكر وهو يطيق الصلح معه لانكار لان كل واحد منهما
لا يأبى الطوع والاختيار في تصرفه اقتضى ما بقي فيجب لما بانه مقطر

لان الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة والله
اعلم **فصل قال رحمه الله دين بينهما صالح احدهما من نصيبه
على ثوب لشريكه ان يبيع المديون بنصفه او يأخذ نصف الثوب من
شريكه الا ان يضمن ربع الدين** يعني الا ان يضمن المصالح لشريكه ربع
الدين لان احد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا يجوز قسمته
قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته ان يضمنه ربع الدين ولا
يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشرا لانه اخذ عوضه لكن الصلح
مبني على الحط فلو الزمناه ربع الدين لتضرر فاثبتنا له الخيار بين ان
يرجع على المدين بنصيبه وبين ان يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا
رجع على المصالح اثبتنا للمصالح الخيار ايضا بين ان يدفع ما وقع عليه
الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل الشرا
والاقتضا لنفس الدين لان الشرا مبني على المماكسة فالظاهر انه استوفا
قدر حقه بل اكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضا
قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما ان قسمة الدين قبل
القبض لا يتصور لانه معنى في الذمة فيأخذ حصته منه اذ لا ضرر
عليه فيه فجعلنا المقبوض كانه عين حقه وان كان غيره حقيقة
ولهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين
غير الدين حقيقة ولهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض وقد
قبضه بدلا عن حقه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته
لما ذكرنا فالدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع
بان كان لكل واحد منهما عين على حدة او كان لهما عين مشتركة بينهما
وباع الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن كل واحد منهما او قيمة
العين المشتركة المستهلكة او بدل القرض من المال المشترك بينهما او

يكون

يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح
عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص ببدل الصلح وليس
لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال
حقيقة بخلاف الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف
جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على المدين
وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا
من الحكم بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان المدعيين
يتصادقان على المدعا عليه دينا وما يأخذه بدل عنه وزعمهما يكون حجة
عليهما ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض
فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو يبريه عن دينه او يبيع
الطالب كفا من زبيب او نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبريه من الدين
ثم يأخذ ثمن الزبيب **قال رحمه الله ولو قبض نصيبه شريكه فيه
ورجعا بالباقي على الغريم** لان قسمة الدين لا يتصور والمقبوض بدلا عنه
فله ان يشاركه فيه ان شا لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب ان يأخذه
منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضا ولا اجبار على
المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له ان يشاركه فيه بخلاف
ما اذا اشترى ثوبا حيث لا يكون له ان يشاركه فيه لانه مبادلة من
كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شا لانه اتلف عليه نصيبه وان شا
رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له ان يشاركه في
الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع
الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضا ولو سلم له المقبوض
واختار متابعة الغريم ثم نوى نصيبه بان مات الغريم مفلسا رجع
على القابض بنصف ما قبض لان التسليم يتقيد بشرط سلامة الباقي

له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له ان يرجع في عين تلك
الدراهم المقبوضة لان حقه قد فيها بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى
ويعود الى ذمته في مثلها قال رحمه الله ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمنه
ربع الدين يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه
لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين
قبل القبض لا يتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين
قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة في ضمن
صحة الشرا وصحة المصالحة وكم من شي يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم
ان يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا
ان له حق المشاركة فكان له ان لا يشاركه ولو كان للمطلوب على احدهما
دينا قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه
لانه قضا دينا كان عليه لما عرف ان اخر الدينين قضا لاولهما وبه لا يجب
الضمان لاولهما وانما يجب بالاقتضا وكذا المشاركة لا تجب بالقضا وانما
تجب بالاقتضا ولو ابراه احدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابرا
فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيئا فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا
اولى ان لا يضمن ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما
بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب احدهما عينا من المدين
او اشترى منه شرا فاسدا فهلك عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب للغريم
عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم اخرهما فيكون قضا من الغريم واقتضا
من الطالب فيضمن لشريكه والاستيجار بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لان
للمنافع حكم المال وعن محمد انه اذا اضاف العقد الى الدين لا يرجع عليه
لانه اتلاف ولو احرق احدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند
ابي يوسف حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شي بخلاف الغصب

ثم

ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان اتلفه بالاحراق لان الضمان حصل
بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا احرقه في يد
مالكه من غير قبض وعند محمد هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب
عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا ان اخر الدين
قضا للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه وتزوج احدهما بنصيبه بان كان لهما
دين على امراة فزوجته عليه نفسها وعلى مولى الامة ليس بقبض في ظاهر
الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شي يمكنه المشاركة فيه
فصار كالجناية على نفس المدين وكالابرا وعن ابي يوسف انه يرجع عليه
لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف
ولان النكاح يتعلق بغير الدين عند الاضافة اليه فتملكه بعينه ثم يسقط
عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم تضف العقد اليه بان سمى دراهم مطلقة
فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالاجماع لانها لم تملكه
وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد ليس
بقبض لانه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته ولو اخر احدهما نصيبه
لم يجز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع
ابي حنيفة في اخرى لابي يوسف رحمه الله ابرا موقت فيعتبر بالابرا المؤبد
ولانه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة بل يبقى
كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك بان يكون المؤجل بينهما اذا اجل
الاجل ويرجع المؤجر على القابض عند حلول الاجل ولابي حنيفة انه
يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان القسمة فيها معنى
تمييز الحقوق والاقرار وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور
فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة فبطل
وانما قلنا انه يؤدي الى قسمة الدين لان المحال والمؤجل مختلفان وصفا

وحكما حتى يطالب الساكت بنصيبه في الحال وكيف يتصور هذا الاختلاف
بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة فيه الا دعوى المحال ولان فيه
ضررا على شريكه بان يجعل مؤنة الطاحن عليه فقط بيانه ان الساكت يطالب
بنصيبه في الحال فاذا خلص منه رجع هو عليه بنصفه عند حلول الاجل ثم
يرجعان على الغريم فيوجر هو نصيبه ايضا مثل ما اجر في الاول فيطالب
الساكت بنصيبه فاذا خلص منه رجع عليه عند حلول الاجل ولم يزل
يعمل هكذا الى ان يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من وصول حقه
له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على احد فلا يمكن منه كما لا يمكن احد الشريكين
ان يكاتب نصيبه بغير رضى الاخر بخلاف الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو
ايضا لا يودي الى قسمة لان القسمة انما تكون مع بقاء النصيبين مملوكا
للشريكين ولم يبق للمبرء فيه ملك فلا يكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه
فقط وذلك جائز قبل القسمة الا ترى انه لو اقر بنصيبه من الدين لانسان
صح اقراره وصح ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز
ذلك قال رحمه الله ويطالب احدهما بالمسلم عن نصيبه على ما ذكرنا
اي على ما وقع من رأس المال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز هذا الصلح وانما شرط ان يكون هذا الصلح عن رأس المال لانه لو
كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه ولابي يوسف
رحمه الله انه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر الديون وهذا لان الصلح
فيه على رأس المال كالصلح في غيره على ما اراد من المال الا ترى انه يجوز اذا
اجازه شريكه ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم فاذا كان كذلك
وجبان يفيد في حقه لم يكن لشريكه الخيار ان شاء شاركه فيما قبض
ويكون الدين بينهما وان شاء رجع على المسلم اليه كسائر الديون وكما قال في نصيبه
في المبيع المعين ولهما ان هذا العقد حقهما فلا يتمكن احدهما بفسخه وهذا

لان

لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار
وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر
العلة وشطر العلة لا يثبت فيه شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الاخر
كما لو زوج احد المعتقين المعتقة بخلاف شراء العين فان العين اصل
لوجود العقد حقيقة لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا يكون اصلا للحكم الذي
لان العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية
التصرف فيها ولا يستبد بالعقد فكذا ارتفاعه لتمام العلة فيها وفي المسلم
فيه لا يثبت الملك الا بالعقد ولا ولاية التصرف الا به فكان فعلها علة
لثبوت الشركة والولاية ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون شريكه
لكان قسمة الدين وهو غير الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا
يدري اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين
وهو المسلم فيه الى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه وهذا لو
تقايلا ثم فسخا الاقالة لانفسخ بخلاف رد بيع العين ويلزم منه ايضا
ان يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد الى ذمته وكذا ثالثا ورابعا
الى ان لا يبقى منه شيء لان غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك الا بسقوط
الكل هذا اذا كان رأس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد
كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما ايضا لان
المانع كونه يودي الى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا
لان الدافع يأخذ ما دفعه اليه وليس للاخر ان يشركه فيه لانه لم يدفع
اليه شيئا اخر فلا يودي الى عوده بعد السقوط وقال بعضهم هذه
الصورة ايضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يودي الى قسمة
الدين قبل القبض ولان العقد حقهما فلا يتمكن احدهما بفسخه وقد وجد هذا المعنى
هنا فلا يجوز وهو الصحيح لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة

تبطل بعلة واحدة عند وجود الخلط بعلل ولان ما اجازه لم يجزه الا لعدم
العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ان يخلفه غيره على
ان لا مسلم ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض اذا لم يخلطا المال بل له ان يشاركه
فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونها اشتراكا في دين السلم والشركة في دين
السلم ثابتة باتحاد العقد ولهذا لا يقبض احدهما شيئا من المسلم فيه الا اذا شاركه
فيه صاحبه ولا لعدمه وكذا في راس المال عند الفسخ وكان الاحتياج به باطلا
قال رحمه الله وان اخرجت الورثة احدهم عن عرض او عقار بمال او عن ذهب
بفضة او بالعكس اي عن فضة بذهب صح قل او كثر يعني قل ما اعطوه او كثر
لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابرا اذ لا دين عليهم
ولا يتصور الابرا عن العين وبيع العروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع
الذهب بالفضة لعدم الربوا لاختلاف الجنس وفيه الاثر ان تماضر امراة
عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار وقيل
على ثلاثة وثمانين الفا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وروي ان ذلك
كان نصف حقها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال يتخارج اهل
الميراث اي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط ان تكون اعيان
التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه
جائز كمن اقر بغصب شي فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره لما ذكرنا
ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا يستر معرفته
بالاتفاق وقال ذكره في التتمة وقال في الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب
بفضة او وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير
ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض
ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا غير مانع لا بد من تجديد القبض
لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا الى ان العلم به شرط لان

قبض

قبض المجهول لا يمكن ثم ذكره بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل
او الموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة
لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه
بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة عند اتحاد القبضين ينوب احدهما عن
الاخر كالمضمون عن المضمون والامانة عن الامانة قال رحمه الله وعن نقدين
وغيرهما باحد النقدين لا ما لم يكن العطا اكثر من حظه منه اي لو صالح عن
الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار عن الذهب والفضة لا يجوز
الصلح حتى يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر
نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة
لتعذر حمله على الابرا من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك
بما ذكرنا انه لو اعطوه قدر حقه او اقل تكون العروض او العروض وبعض
الذهب والفضة حاصل لهم بلا عوض فيكون ربوا وكذا لو لم يعلم قدر نصيبه
لاحتمال الربوا لان الفساد على تقدير ان يكون مساويا له او اقل فكان ارجح
واولى بالاعتبار وقال ابو الفضل الحاكم الشهيد انما يبطل عن اقل من نصيبه
في مال الربوا في حالة التصادق واما حالة التناكر بان انكروا وراثته
فيجوز وجه ذلك ان في حالة التكاذب ما ياخذه لا يكون بدلا لا في حق
الاخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد من التقابض فيما
يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا
في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان او كثيرا قبض في المجلس او لم يقبض
لعدم الربوا واذا كان بدل الصلح دراهم ودنانير صح الصلح كيف ما كان لانا
نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل اولى به لان
المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل
الافتراق لانه صرف قال رحمه الله ولو في التركة دين على الناس فاخرجوه

ليكون الدين ظهر بطل لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين
وهم الورثة فتبطل فيه ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين
حصة الدين او لم يبين واصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد او شاة
ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن
بطل في الكل عندهما خلافا لابي يوسف ومحمد وفي النهاية تردد هذه
المسئلة يخرج على مسئلة الصلح على قول ابي يوسف ومحمد فيما اذا سلم
حنطة في شعير وزيت فاخذها قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة
الشعير وهنا قالا فسد في الكل قال هذا ما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط
شيخ الاسلام ويمكن ان يقال مرادهما في مسئلة الصلح فيما اذا بين ما
يقابل كل واحد منهما وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما تصحيحا
لما عدلتهما قال رحمه الله وان شرطوا ان يبرا الغرماء منه اي من الدين صح لانه
اسقاط وتمليك للدين من عليه الدين وكل ذلك جايز وقال صاحب الهداية
وهذه حيلة الجواز واخرى اي حيلة اخرى ان يجعلوا قضاء تصييه
متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر بقية الورثة والاوجه ان يقرضوا
المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه
من الغرماء وهذا في الوجهين ظاهر لاضرار اعطوا المصالح شيئا بمقابلة الدين
او قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر بيوي وليس في
الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان صرح قدر الدين لكن
حصل الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الا ضرر التقديم فان العين خير
من الدين والاوجه منهم ان يبيعوه كما من نمرا ونحوه بقدر الدين ثم
يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوا له ثم يأخذوه
لانفسهم ولو كانت تلك عيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون
فصولح عن مكيل او موزون قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا الصلح لما

فيه

فيه من احتمال الربوا بان يكون ثمن التركة مكيلا وموزونا من جنسه فيكون
في حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال الفقيه ابو جعفر يجوز لانه يحتمل
ان لا يكون في التركة ويحتمل ان يكون فيها فان كان فيها يحتمل ان يكون
الذي وقع عليه الصلح اكثر وان احتماله ان يكون مثله او دونه هو احتمال
الاحتمال فتزول شبهة الشبهة فالشبهة في المعتبرة دونها هذا هو الصحيح
وهذا يدل على ان الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع
وبيع المجهول لا يجوز والاول اصح لان الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة
لانها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت في يد
المصالح او بعضها لا يجوز حتى يسلم جميع ما في يده معلوما للحاجة الى
التسليم قال رحمه الله ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والشهة
لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة لان الدين مستغرق يمنع من
دخول التركة في ملك الوارث لان حاجة مقدمة على الارث ولو من رجل
وهو الميت فتصير حواله فيخلوا مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم
فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا يتبع لهم ان يقسموه او يصالحوا عنه
وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة
مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق
فيمنع من خروجه من ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلوا من دين
قليل فلو منع غير المستغرق منه يملك الوارث ادى الى الحرج او ان لا يكفوا
اصلا لقلنا بانه يملكونه دفعا للضرر عنهم لان الضرر يدفعون من التركة قال
الدين ويترك حتى يقضي به الدين كيلا يحتاجوا الى نقض القسمة كتاب
المضاربة قال رحمه الله هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب يعني
المضاربة عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر هذا في الشرع

والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة
على ما نبين وقيل هي عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح
بينهما على ما شرطا فيكون الربح بينهما لرب المال بسبب ماله لانه نما ملكه وللمضارب
باعتبار انه سبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو
السير فيها قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون
للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب في الارض غالبا لطلب الربح ولهذا
قال الله تعالى يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح واهل
الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال
يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة
لكونها موافقة لما تلونا من نظم الاية وهي مشروعة لشدة الحاجة اليها
من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي للتصرف ومنهم
من هو بالعكس فشرعت لتنظم مصالحهم فان عليه الصلاة والسلام بعث والناس
يتعاملونها فاقرهم عليها وتعاملتها الصحابة رضي الله عنهم الا ترى الى ما
يروى ان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذا وقع مالا مضاربة شرط عليه
لانه لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا وان لا يشتري ذات كبد رطب فان
فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت
مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون راس المال من الاثمان وهو معلوم
والربح بينهما شايعا ونصيب كل منهما معلوما وان يكون معينا مسلما اليه
فان فقد شيا من هذه الاشيا فسدت وركنها ان يقول دفعت اليك
هذا المال مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق
الله بيننا نصفان او نحو ذلك من الالفاظ التي يثبت بها المضاربة
وحكمها ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وانواعها عامة وخاصة
فيما يجي كل واحد منهما مفصلا قال رحمه الله والمضارب امين وبالتصرف

وكيل

وكيل وبالربح شريك وبالف اذا جبر وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح
له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع يعني بدفع المال اليه
على وجه المضاربة يكون امينا لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل
والوثيقة واذا اراد ان يجعله عليه مضمونا اقرضه راس المال كله ويشهد عليه
ويسلم اليه ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به
في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط واخذ راس المال بالقرض
وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل او اقرضه كله الا درهما منه
وسلمه اليه وعقد شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض
فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا
بالتصرف لانه متصرف في ملكه بامره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا
له اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة صحتها
وصحة الاشتراط وانما صار اجيرا اذا فسدت لان الواجب فيها اجر المثل
كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة
وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل
بخلاف الشريك حيث لا يستحق اجرة اذا فسدت لان استحقاقه الربح
بالمال لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله
على النحو الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي
على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على
الوجه الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما
صار مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار
راس المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان واذا شرط
ان يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع راس المال مقتضى قضيته ان لا يرد
راس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن لفظة المضاربة

تقتضي رد راس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض
ادنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون الهبة تقطع عنهما فكان اولى
لكونه اقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان
المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا
فهذا هو المعنى البضاعة فكانه نص عليها قال رحمه الله وانما تصح بما تصح به
الشركة ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير
عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة وقال ابن ابي
ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير
راس المال بمثل المقبوض وقال مالك يجوز بالعروض لانها متقومة يستربح
عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وامكن
تقدير راس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا
تجوز الابتداء بها ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم
يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها امانة في يد المضارب
وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شركة في الربح فحصل ربح ما لم
يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف
النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في الذمة لانها لا تتعين بالتعيين
فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن المكيل والموزون عرض الا ترى انها
تتعين بالتعيين فاول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح
بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا
استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع
اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي لا يجوز
لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد الموت البيع وقبض الثمن
ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة

على

على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا
قال له بع هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل
ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف ان الاضافة
الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط الا ترى ان الاضافة سبب للحال
دون التعليق ولو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون
ذلك راس المال فهو باطل ايضا لان القيمة تختلف باختلاف المتقومين
فلا يمكن ضبطها فلا يصلح راس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان
واعمل فيه مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة المضاربة
الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين
الذي لي عليك حيث لا يجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء
والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع او المبيع
عند ابي حنيفة فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمامور
وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه
وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا
حتى يكون مشتريا للامر لكن المشتري عروض فلا تصح المضاربة بها
على ما بينا قال رحمه الله ويكون الربح بينهما مشاعا اي لا تصح المضاربة
الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به حتى لو شرط لاحدهما
دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد
الربح على المسمى قال رحمه الله فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر
مثله ولا يجاوز عن المشروط وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو
الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه
ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب
بتسليم المنافع او العمل كما في اجير الواحد وقد وجد وعن ابي يوسف

انه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منها مع انها فوقها في امضا حكمها واستحقاق
المسمى فيها والمال في المضاربة الفاسدة امانة غير مضمون في الهلاك كما لا
في الصحيحة منها ولو تلف بعد العمل العمل فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بنا على اختلافهم في
الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة
وهو بمنزلة اجير المشترك لان له ان ياخذ بهذا الطريق ما شا من
المال والفرق لهما ان على الظاهر ان هذه مضاربة لفظا واجارة معنى
من حيث انه طلب لعمله اجرة فعملنا باللفظ في انتفا الضمان وبالمعنى في حق
وجوب اجر مثله ربح او لم يربح او نقول كانه كاجير الوحدة من حيث انه
لا يتمكن من ايجار نفسه في ذلك الوقت قال رحمه الله وكل شرط يوجب
جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يودي الى جهالة من
الشروط ان يشترط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها
سنة او داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن
عمله او لبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته
ويسقط ما اصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب
صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة صحة العمل اذ نصيبه من
الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزا
معلوما من الربح شايعا ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها
لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها
تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زايد لا يوجب قطع
الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة وهي
الخسران على رب المال لان ما فات جزا بالهلاك يلزم صاحب المال
دون غيره والمضارب امين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصيل فيه ان

كل

كل شرط يوجب جهالة في الربح او قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا قال
رحمه الله ويدفع المال الى المضارب يعني رب المال يسلم اليه ولا بد له من
ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما ياخذه مقابل بعمله والمال
محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال امانة في يده فلا يتم
الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم
المال الى الاخر ولان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفا يد رب المال
فيها يخرج العقد من ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من
احد الجانبين والعمل من الاخر فلا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه
له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك
فلا يجوز سوا كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما
على مالهما بجهة الملك كالبير فبقا يدهما يمنع كونهما مسلما الى المضارب
وكذا احد الشريكين فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن
مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ليس باهل
للمضاربة في ذلك المال يفسده كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط
عمله مع المضارب لان التصرف فيه واليد ثابتة له في هذا المال ويده يد
نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة
المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ ماله مضاربة لم تفسد
المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا
بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جايز لانهما لو اخذا ماله مضاربة
ليعملا بانفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح
لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا
مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة
فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير

لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد الماذون ماله مضاربة وشرط
عمل مولاه مع المضارب ينظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة فيه وان كان
عليه دين فالمضاربة جايزة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا حق للمولى
فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه
لا تفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين
او لم يكن قال رحمه الله ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر
ويبضع ويودع يعني للمضارب ان يفعل هذه الاشيا كلها اذا كانت
المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم
يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع فله ان يفعل معتاد بين التجار
لانه قد يربح في جهة التصرف دون جهة او في نوع من الانواع دون نوع
فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع
والمسافرة من صنيعهم وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر به لانه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وعنه عن ابي حنيفة انه اذا دفع اليه المال
في بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له ان
يسافر به الى بلده ولان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم
بدار الغربة دايما في الغالب واعطاوه المال مضاربة في هذه الحالة مع
علمه في حاله يدل على رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من الضرب
في الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ دل عليه ولانه لم
انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه ولا معتبر بالموهوم الا ترى ان للمودع
ان يسافر بالوديعة مع انه ليس له ان يودع والمضارب ليس له ذلك
فكان ادنى منها واولى بالجواز وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة
لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن التصرف فيه
فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض

يمكن

يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع
اهلاك او تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول
البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الاطلاق
لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو اقرب الى تحصيل الربح عادة فكان
اوفق لمقصود رب المال وله ان ياذن لعبد من مال المضاربة في التجارة
لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد انه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب
يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال رحمه الله ولا يزوج عبدا
ولا امة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من الاكتساب
لانه يصل الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف تزوج العبد فان فيه
اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه ليس من باب
التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل
المال بطريق التجارة لا باي طريق كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب
ولا يعتق على مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث
يجوز له ان يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب
دون التجارة ولهذا كان له ان يكاتب فيملك تزويج الامة ايضا
ونظيرها الاب والوصي حيث يملك تزويج الامة والكتابة دون
تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فيما كان فيه نظر
للصغير وما لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة عنان او مفاوضة
حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال رحمه الله ولا يضارب الا
باذن او باعمل برايك يعني لا يجوز له ان يعطي المال مضاربة الا ان
ياذن له رب المال او يقول رب المال اعمل برايك لان الشي لا يتضمن مثله
بالتنصيص عليه او بالتفويض المطلق اليه الا ترى ان الوكيل ليس
له ان يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد الماذون له والمستعير

حيث تقتضيه هذه العقود امثالها لانه تصرف بحكم الملكية لا بحكم النيابة
لان الملك اذا صار حرا يد فله ان يكاتب ولان الكتابة كالبيع من نفس العبد
ثم ملكه والماذون يملك البيع يتصرفا للنفسه فله ان ياذن لعبده والمستعير
يملك ايضا تمليك المنفعة وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكها لان
الاباحة تصرح لان المراد من قوله اعمل برايك المعهود فيما هو من عادة التجار
منه قصار كالهته والصدقة ونظير المضاربة والشركة والخلط بمال
نفسه لاخيه ان صبغ المجاز فيه خلط خلطه وله اعمل برايك قال رحمه الله
ولو يتعد عما عينه من بلد وساعة ووقت ومعامل حال في الشركة اي اذا
خص لرب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها او في معاملة رجل
بعينه لا يجوز له ان يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل
وفي التخصيص فائدة من امن خطر الطريق وجناية المضارب من نفقته
في ماله وكذا الاسعار تختلف فالتقييد تحصيل الفائدة فتعتبر ولو
عين له بلدا او اخرجه الى غيره او دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد
فتلف لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيئا بعرة لك كان المشتري
له لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتعذر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير
فكان له كمن غصب مالا فاشترى شيئا ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيئا
حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ بالضمان كالمودع اذا خالف في
الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية
بالعقد السابق وكذا الورد والبعض يكون المرد ومضاربة حقيقة اذا اشترى
في ذلك البلد كان المضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به وصار بنفس
الاخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر بالشراء من بلد اخر فاذا رجع قبل تقرره وزال
الضمان عاد ما بيناه فربح المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا اتجر في سوق معين
من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد تتفاوت جوانبه واسواقه

لانه

لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالزي بان قال لتعمل في هذا
السوق ولا تعمل في غيره شيئا يتقيد به لان المال له وولاية التصرف
فيه اليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما الا ترى ان
المودع اذا شرط عليه الحفظ في محلته ليس له ان يحفظها في محلة اخرى
فاذا تصور الاختلاف تقيد به بخلاف ما اذا خالفه بخلاف ما اذا قال له
بع نسيئة ولا تبع حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر
بينهما لانه خالفه الى خير بيقين فهو نظير من وكل بشراء عبد
بالف درهم ونهاه عن الشراء بالزيادة فباعه الوكيل بالفين فانه يجوز لما
قلنا فكذا هذا وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حقيقة اذ ودع وقال
لا تفتها من يدك ليلا ولا نهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه في الالفاظ
التي تفيد التقييد بالمذكور قوله خذه مضاربة تعمل به في مصر لان قوله
تعمل تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان
للحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لان الفا للوصل والتعقيب والذي
وصل الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله
فاعمل به لان الفا للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه
كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف في مصر لان في الظروف
وانما تكون ظروفا اذا حصل الفاعل والفعل وكذا اذا قال خذه واعمل به
في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره لان الواو والعطف والشيء
لا يوصف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كان بعدها
جملة فتكون مستقلة لا شرطية الاول وفي الكافي ما يفيد التقييد من
الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل بالكوفة او لتعمل به
بخرزما او مرنوعا او فاعمل به بالكوفة وما لا يفيد التقييد لقطان دفعت
اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط ان رجل المال

متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتدا او يمكن جعله مبنيا على ما
قبله ويجعل مبتدا كما في اللفظين الاخرين وحينئذ تكون الزيادة
شورى فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري
به الطعام او قال لتشتري به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام
فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع
منه صح التقييد وليس له ان يشتري ويبيع من غيره لان التقييد مفيد
لتفاوت الناس في المعاملة قضا واقتضا ولو قال على ان تشتري به من
اهل الكوفة او من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او من
غير الصيارفة جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد
بالمكان او بالنوع فتقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج في غير
الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان
والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد
منهما جمع كثير لا يمكن احصاوهم فيجتمع فيهم الطالح والصالح فلا يفيد التقييد
بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو
وكذا ان وقعت المضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد
بالنوع والمكان قال رحمه الله ولم يشتر من يعتق على المالك اي ليس له
ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او بسبب يمين لان عقد المضاربة
شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشرا وفي التصرف فيه كثيرا والعتق
ينافيه بخلاف الوكيل بشرا العبد حيث يجوز له ان يشتري من يعتق على
الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بمال يمكن
التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال
اشتري لي عبدا ابيعه او قال استخدمه او جارية اطاوها كان الحكم
كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشرا

اذا

اذا وجد نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى
الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بينا قال رحمه
الله او عليه ان ظهر ربح اي ليس للمضارب ان يشتري من يعتق عليه اذا كان
في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال او يعتق
على الاختلاف الذي بينا في العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد من ظهور
الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشتري اكثر من راس المال سوا كان في
جملة مال المضاربة ربح او لم يكن لانه اذا كان قيمة المال العين مثل راس
المال واقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا
كان راس المال واقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس المال
حتى اذا كان راس المال الفا وصار عشرة الاف درهم ثم اشترى المضارب
من يعتق عليه وقيمته او اقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلثة اولاد او اكثر
وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق منهم شي لان كل واحد مشغول
براس المال ولا يملك المضارب منهم شي حتى يزيد قيمة كل عين على راس المال
على حدة من غير ضمه الى اخر قال رحمه الله وضمن ان فعل اي ان ضمن المضارب
ان اشترى قريبه وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه
فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال رحمه الله وان لم يظهر ربح صح اي ان لم
يكن في قيمة العبد المشتري زيادة على راس المال جاز شراوه للمضاربة لانه اذا
لم تزد قيمته على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا
براس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله فان ظهر عتق
حفظه اي ان ظهر الربح في المشتري بعد الشرا بان كانت قيمته وقت
الشرا قدر راس المال او اقل ثم زادت قيمته حتى صارت اكثر من راس المال
عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب ان يعتق عليه بعضه
بقدره قال رحمه الله ولم يضمن لرب المال لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه

بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره
قال رحمه الله ويسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه لانه احتسب
ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه وفي الكافي
لو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان
هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما
لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب
حتى اذا اشترى احد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الاخر نفذ
على المشتري كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب والوصي لانه لا نظر
فيه الى الصغير بخلاف العبد المأذون له وانه اذا اشترى ذا رحم محرم
من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى
وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما بناء على انهما
انه هل يدخل في ملك المولى ام لا قال رحمه الله معه الف بالنصف
اي مع المضارب فاشترى به امة قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا
فادعاه موسرا اي ادعاه المضارب في حال يساره فبلغت قيمته الفا وخمسماية
سعى لرب المال في الف وربعه اي ربع الالف وهو مايتان وخمسون واعتقه
فان قبض الالف ضمن المدعي وهو المضارب نصف قيمتها اي نصف قيمة
الجارية وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه
يحمل على انه اولده من النكاح بان يحمل على ان البايع زوجها منه ثم باعها منه
وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك
وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول براس المال
فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة
كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لان بعضها
ليس باولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الامة

ولا

ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت
قيمة الغلام وصارت الفا وخمسماية ظهر الربح فيه في ذلك الوقت فملك المضارب
منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق
لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة
فاخبار فاذا رد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك
صار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت
دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن
المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب صارت
العلة ذات وجهين والملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق ولان
الحكم يضاف الى الوصف الاخير اصله وضع العقد على السفينة والقدح
الاخير ولهذا قال الصديق رضي الله عنه للذي اقر بين يديه بالزنا ثلاث
مرات اياك والرابعة فانما هي الموجبة ولا صنع للمضارب في الملك فلا
يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان
رب المال بالخيار ان شاء اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه في الف
ومايتين وخمسين لان الالف مستحق له براس المال ومايتين وخمسين
نصيبه من الربح فاذا قبض منه الف درهم صار مستوفيا لراس ماله
وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن راس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ
فيها دعوة المضارب وصارت كلها ام ولد له لان الاستيلاد اذا صادف
محلا يحتمل النقل لا يتجزى بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا
كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار
ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان تملك ولهذا لو ورث ام ولده مع غيره
يتملكها كلها ويجب عليه ان يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان او معسرا

بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في
ملكه فلا يجب بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار ليعلم انه لا يجب
على احد وانما شرط قبض المال الالف من الغلام فرغت عن راس المال وصارت
كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت ام ولد له لما ذكرنا فان قيل
لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله ربحا
وهي مشغولة براس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس راس ماله
فكان هو ان يجعل من راس المال ولان راس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم
لهما شيء من الربح الا بعد سلامة راس المال لرب المال فكان جعله به اولى
بعد وصوله الى يده ولم تزد قيمة الولد على الف وزادت قيمة الام حتى
صارت الفا وخمسمائة صارت الجارية ام ولد للمضارب ويضمن لرب
المال الف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر
فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه
لرب المال راس ماله وهو الف ويجب عليه ايضا نصيبه من الربح وهو
مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده الفا استوفا راس المال وصار
الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى
رب الالف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا في الام ثم ياخذ منه مائتين
وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت
الجارية ام ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما وياخذ راس المال من
المضارب لان ما وجب عليه ايسر المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية
موجلة والعبد معسر وياخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن
ايضا نصف عقرها لانه لما استوفا راس المال ظهر انه ربح لان عقر مال
المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه
نصيب المضارب

باب المضارب يضارب

قال رحمه الله

فان

فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني اي اذا دفع
المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف
الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يضمن حتى
يربح وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف او لم يتصرف وهو رواية عن
ابي يوسف لانه ليس له ان يدفع المال على وجه المضاربة لان العقد لا يقتضي
مثله على ما بيناه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما متعد
كالمودع اذا اعار الوديعة بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر ان الدفع
ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروي عن
ابي حنيفة رحمه الله ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي
بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك
ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له ان يوكل وهذا
لانه لا يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا الا ترى ان
له بفعل كل واحد منهما على الانفراد فلا يكون ضامنا لكن اذا ربح اثبت
الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان كما اذا اختلطه
بمال غيره ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول راس ماله لانه صار غاصبا
بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير
اذن صاحبه وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع
المودع واما عند ابي حنيفة فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع
وقيل يضمن الثاني عنده ايضا لانه قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع
فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين
الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لانه باداء الضمان ملكه من وقت
خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني وان ضمن الثاني
يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم

يسلم له ربح عليه لحقه اذ هو مغرور من جهته لكونه غاصبا ومحله
المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا
الى وقت التعدي تبين انه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما
على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل
ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وحكمه فيه
يلبث مستندا فلا يخلق عن شبهة فيكون سبيله التصدق وهذا اذا
كانت المضاربتان صحيحتين واما اذا كانت احداهما فاسدة او كلتاهما
فالضمان على واحد منهما لانه اذا كانت الثانية هي الفاسدة صار
اجيرا على ما بينا والاول لن يستأجر ما يعمل في المال وان كانت هي الاولى
فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت
صارتا جائزة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية فهي هذه
الحالة لصار الثاني شريكا وليس للاجير ان يشرك غيره بل المضارب
لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا
فاسدتين فاذا كانا اجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال للاجير ليس
له ان يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول ان يستأجر بعد ما
فسدت الاولى وهو اجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر
بالصحيح منها فلما كان ان يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له ان يستأجر
في الفاسدة ايضا قال رحمه الله فان دفعه باذن رب المال وقبل ما
رزق الله بيننا نصفان فهالك النصف وللاول السدس وللثاني
الثلث اي دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني بالثلث وكان رب
المال قال للاول على ان ما رزقه الله بيننا نصفان وربح الثاني فلرب
المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثاني الثلث لان
الدفع الى الثاني صحيح لانه بامر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف

جميع

جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الثاني للاول ثلثه فيتصرف ذلك الى
نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقي له السدس
ويطيب ذلك كله لان رب المال يستحقه بالمال لانه نماؤه والمضارب
الاول والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير
ما استأجر خياطا يخيط له ثوبا بدرهم واستأجر هو غيره يخيط له
ذلك الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب خياطه درهما فانه
يفوز بالربح فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح
قاعدة قال رحمه الله ولو قال ما رزقك الله بيننا نصفان اي قال
رب المال للاول ذلك والمسألة بحالها فللثاني لله والباقي بين
الاول والمالك نصفان لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله
تعالى المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان
لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو ما فاز له فيه فلم يبق
من رزق الاول الا الثلثين فتكون بينهما نصفان ويطيب لهما ايضا بلا
شبهة لما ذكرنا وهذا احسن من حق الاول قال رحمه الله ولو قال ما
ربحت بيننا نصفان وربحا النصف فللثاني النصف واستويا
فيما بقي اي قال رب المال للمضارب الاول اي ربحت فهو بيننا
نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول
شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف
استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان
رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح
هو الا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول
وهذا مثل المسألة الثانية غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى
لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما قال رحمه الله ولو قال له

ما رزق الله فلي نصفه او ما كان من فضل الله فبيننا نصفين فدفع
بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول لان
رب المال ما رزق الله او ما كان من فضل الله فبيننا نصفين ينصرف
الى جميع الربح فيكون له ايضا النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول
للثاني نصف جميع الربح فيكون له ايضا النصف فلم يبق للاول شيء من الربح
فيخرج بغير شيء كمن استاجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير
غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ما ربحت بيننا
نصفان او ما رزقك الله حيث يكون فيها لرب المال فيها نصف ما بقي
من الثاني وهذه المسئلة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه ان رب المال
متى ما شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط
من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه
فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن ان يخرج الاول في هذه
بغير شيء وفي الاول يمكن على ما رايت ويمكن ان يضمن للثاني على ما نبين
قال رحمه الله ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ضمن الاول
للثاني سدسا اي سدس الربح من ماله لان رب المال اذ لا يقدر ان يغير
شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه
غره في عقد المضاربة وهو ايضا سبب للرجوع كمن استاجر رجلا لخياطة
ثوب بدرهم ونصف قال رحمه الله وان شرط للمالك ثلثه ولعبده
ثلثه على ان يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اي اذا شرط المضارب لرب المال
ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد مع المضارب
ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكانه
شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من اهل ان يضارب
في مال مولاه وللعبد يد حقيقة ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه

العبد

العبد فان كان محجورا عليه لا سيما هنا لانه يكون العبد ماذونا له باشتراط
العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة
لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لانه بقاء يده
تمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى
سواء شرط فيها او لم يشترط وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله
وان لم يشترط عمله فهو للمولى وهنا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا
في مال مولاه فيكون كسبه له فياخذه غرماؤه والا فهو للمولى وان لم
يشترط عمله فهو اجنبي عن العقد فكان المشروط كمسكوت عنه فيكون له
لانه نماء ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب
المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضاربة
يصح سواء اشترط عليه العمل او لم يشترط ان لم يكن عليه دين لان ما
شرطه له للمولى فيكون كانه شرط للمولى من الابتداء فان كان عليه دين
ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز
ويكون ما شرط لرب المال عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده
المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه
وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فيبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب
المال بلا عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له
لانه نماء ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المديون فاشتراطه للعبد
يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد
الماذون له عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح
ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان
كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده
المديون فصار من اهل ان يعمل في المضاربة وعندهما يملك كسب عبده

المدين فلا يجوز ولو شرط بعض مكاتب رب المال والمضارب ان شرط عمله
جاز وكان المشروط له لانه صار مضاربا باشتراط العمل عليه وهو من اهل
ان يضارب في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز
لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا تلزم وعلى هذا
غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والا فلا ويعلم
بما ذكرنا ان اشتراط عمل العبد مع المضاربة في المختصر وقع اتفاقا واعلاما
ان يده ليست يد المولى حتى لا يمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى
قال رحمه الله وتبطل بموت احدهما لان المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا
تورث وقد عرف في موضعه قال رحمه الله وبلحوق المالك مرتدا يعني
تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت
ولهذا يورث ماله ويعتق امهات اولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف
تصرف مضاربة عند ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت
او القتل لانه يتصرف له فكان كتصرفه ولو كان المضارب هو المرتد
فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما تتوقف لمكان توقفه في
ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة على حالها قال رحمه الله وينعزل بعزله
على ما بينا في الوكالة قال رحمه الله فان علم والمال عروض باعها اي علم المضارب
بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا
في الربح ولا يظهر الا بالنص فثبت له حق البيع ليظهر له ذلك قال رحمه الله
ثم لا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه
ولا حاجة اليه بعد النص فكان كما اذا عزله بعد النص وصار من جنس راس
المال قياسا لان النقدين جنس واحد من جنس الثمنية وفي الاستحسان له
ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال
وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه ضرورة وموته وارتداده مع

اللحوق

اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه
موت رب المال من بيعه كما يمنعه من عزله منه لان جواز بيعه له بعد
العزل لاجل حق المضارب لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف
بين ان يكون العزل حكميا او قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما
اذا لم يكن فيه حق بان نص كله او كان وكيلا لا مضاربا حيث لا يختلف فيه
بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي
ينعزل علم او لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما في الوكالة وهنا لا فرق
بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على
انهما يستويان فيه ان العلم في العزل لا تاثير له هنا فكذا كونه حكميا لان
القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا قال رحمه الله ولو افترقا وفي
المال ديون وربح اجبر على اقتضاء الديون لانه كالاجير والربح كالاجرة
له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة قال رحمه الله
والا لا يلزمه الاقتضاء اي ان لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل
محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع على انهما ما تبرعا به ولهذا لا يجبر الواهب
على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما اذا
اخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة
قال رحمه الله ويوكل المالك عليه اي يوكل المضارب المالك وهو رب
المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس
بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كي لا يضيع حقه
وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكيل مستبضع واذا امتنع من التقاضي لا يجبر
على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه
قال رحمه الله والسمسار يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشتري
للناس عادة باجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة

يجب عليه التقاضي والاستيفا لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا
كان في المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البايع والمشتري
فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع للناس ويشتري باجر من غير ان يستاجر
ولو استوجر باجرة معلومة على ان يشتري او يبيع شيا معلوما لا يجوز
الاجارة لانه استوجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشرا والبيع
لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البايع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة
في جوازه ان يستاجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشرا الى اجر المدة
لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة لان العقد
يتناول المنفعة وهو قادر على تسليمه بتسليم نفسه في المدة ولو عمل
من غير شرط واعطاه شيا لا باس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا
وبذلك جرت العادة وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
قال رحمه الله وما هلك من مال المضاربة فمن الربح لانه تابع وراس المال
اصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع
لاستحالة بقايه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكوة قال
رحمه الله فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لانه ضمين
فلا يكون امينا للتنافي بينهما في شي واحد قال رحمه الله وان قسم
الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح لياخذ
المالك راس ماله اي اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها
بان اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على انه راس المال واقتسم
ربح ثم هلك المتروك في يده وهو امانة ترادا الربح الذي اقتسماه حتى
يستوفي رب المال راس ماله لان الربح تابع راس المال اصل فلا يسلم الربح
بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر
لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا يسلم له نوافله

حتى

حتى تسلم له عزايمه او قال فرايضه فاذا هلك ما في يده تبين انه ليس
براس مال وانما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقا البيع بدون الاصل
فيضمن المضارب ما اخذه على انه ربح لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب
المال محسوب عليه من راس ماله ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضا
دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم
ووجب عليهم الترادّ لقضا الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليه
من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شي الا بعد قضا الدين قال رحمه الله وما
فضل فهو بينهما اي ما فضل من راس المال بعد الترادّ يكون بينهما لانه ربح
لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفا راس ماله الا في الربح قال رحمه الله
وان نقص لم يضمن المضارب لانه امين فيه قال رحمه الله وان قسم الربح
وفسخت ثم عقداها ثانيا فهلك المال لم يترادا الربح اي لو اقتسما
الربح وفسخت ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الاول
لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك
المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولى وهكذا اذا فعلا
ذلك في كل ما اقتسما لا يجب عليهما الترادّ عند الهلاك فصل
اعلم انما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو
ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستيجار للركوب
او الحمل والشراء له ولو سفينة اذا احتاج اليها وتاخير الثمن الى اجل متعارف
ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه
بمطلق العقد ويملكه اذا قيل اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلتحق
به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة وخلط
مال المضاربة بمال او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو امر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه

طريق التمييز عن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة
وقوله اعمل برايك دال عليه ونوع لايه له بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك
الا ان ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه
اللفظ وصورته هو ان يشتري بالدين بعد ما اشترى برأس المال كله نوعا
من التجارة فاذا فعل ذلك باموه كان الملك في المشترى بينهما على ما شرطا ويجب بيع
اصله حتى يستخلصانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه خلافا
لزفر ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال
عروضا ثم اشترى شيئا اخر بالدين يكون زايدا على رأس المال فلم تنعقد
عليه المضاربة او اشترى بالكل من رأس المال ابتداء ان حصة رب المال
شركة لانه لم ينص عليه كان ينعقد على المضاربة خاذا اذن له نفذ عليهما
واخذ الشفيع منهما لانه استدانة وكذا اعطاؤهما لانه اقراض والعتق
على المال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب
التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان نوعه وامرهم فاشترى بكيلا او موزون
او معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى به دنانير كان
للمضاربة استحسانا لانها جنس واحد من وجه قال رحمه الله ولا تفسد
المضاربة بدفع المال اليه المالك بضاعة وقال زفر تفسد ولا يستحق
المضارب من ربحه شيئا لانه رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصح وكيلا
فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا
لغيره فيه بل يكون مستردا ماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت
شاء اذ لم يتعلق به حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتداء وكما اذا اخذه
من غير دفع المضارب اليه وهو ناظر كما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع
ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه ان يكون المال مسلما الى المضارب
ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالموجر وفعله الموجد

لا يستحق

لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب بخلاف ما اذا استعان بصاحب الثوب بخياطه لا يستحق الاجر
عليه فاذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقا
للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبي ولان المضاربة
فيها معنى الشركة اذ حقيقة صار من غير توقيت وبعض ما يخرج من العمل ولو
عمل ولم يربح لم يستحق شيئا ولو كان اجارة لاستحق الاجرة بالعمل
وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه رب المال فرعا على المال فاذا كان
الاستيجار بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان عمله
ثابتا تقديرا وكذا يده فلا يكون باخذه لا على وجه الفسخ بمنزلة ما لو
كان الرهن اذا استعاره المرتهن لا يكون فسخا لان الرهن بخلاف ما اذا اخذه
بنفسه من غير ان يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن ان يجعل معينا هذا العدم
الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة انه يملك ذلك والاسترداد اذا
كان المال ناضا حتى لو كان عروضا واخذه من غير دفع المضارب لا يكون
استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلافه ما اذا لم يسلمه اليه ابتداء
واخذه بعد التسليم على وجه المضاربة واشترط عليه العمل ابتداء حيث يكون
هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية ويكون المال والعمل مستحقا
لمن شخص واحد فتخرج بها من ان تكون مضاربة وبخلاف مسألة الخياط
لانها اجارة محضة فلا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ
تسليم المنفعة او العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى
الشركة على ما بينا قال رحمه الله فان ما انفق على طعامه وشرابه وكسوته
وركوبه من مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله اي ان
سافر لمضاربة بالتجارة في مال المضاربة فطعامه وشرابه وملبسه يكون
في مال المضاربة وانما خص حالة السفر لانه كما يكون الدواء في ماله طلقا لان
النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا

سافر صار محبوسا به فتجب نفقته الراتبة فيه بخلاف الدوا لانه من العوارض
وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتصور بالانفاق من ماله
والمضارب لا يستحق الربح فيمكن ان لا يحصل فيه ربح فلم ينفق منه لتضرر
بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان
يعمل في مصره لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا
لانه ساكن بالسكن الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس
فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو القياس في المضارب المسافر
لانه بمنزلة الوكيل او الاجير او الشريك وكل واحد منهم لا يستحق فيما
يعمل به فكذا هذا الا انا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت
ان المضارب ياكل من مال المضاربة اذا عمل في غير مصره وفي مصره ياكل من ماله
والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاضل انه اذا كان في مكان بحيث
يمكنه ان يغدو ويروح الى منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا
به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف دابة
يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص
الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت بها ولان نظافة
البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده
الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف
حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شيء من النفقة رده الى
مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده عن المحجوج عنه
او الورثة وكالغازي اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه
من النفقة وكالامة اذا بواها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها
للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها استرده الزوج وعن الحسن
عن ابي حنيفة ان الدوا ايضا يكون في مال المضاربة لانه لاصلاح

بدنه

بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر ان النفقة معلوم
وقوعها والحاجة الى الدوا من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما في حق
المراة وفي النهاية اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال وروي
ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب
في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل
ينفق على نفسه من مال الشريك الاخر قال رحمه الله فان ربح اخذ المالك
ما انفق من راس المال اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال قدر ما كان
انفق المضارب من راس المال حتى يتم به راس المال فاذا استوفى راس ماله
وفضل شيء اقتسماه لان راس المال اصل والربح مبني عليه فلا يسلم لهما
الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا لان الذي ذهب بالنفقة هالك
والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه قال رحمه الله فان باع المتاع مرابحة
حسب ما انفق على المتاع من اجرة الحمل والطراز واجرة السمسار
والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة الى راس المال
بان يقول قام علي بكذا لان هذه الاشيا تزيد في القيمة وتعارف
التجار الحاقها براس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما انفقه
على نفسه في سفره وتقلباته في المال الى راس المال ولا يزيد هو ايضا
في قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن
صارت في معنى الثمن قال رحمه الله ولو قصر او حمل بماله وقيل له
اعمل برايك فهو متطوع يعني اذا قال رب المال للمضارب اشتر بمال
المضاربة كله متاعا فنقله او قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا
لان راس المال لم يبق من شيء فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك
استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن
بان اشترى باكثر من راس المال يكون متطوعا في الزيادة وفي الكافي

لو اشترى بكل رأس المال وهو الف ثيابا واستقرض مائة المحمل راح بالف
ومائة عند ابي حنيفة لانها قامت عليه بذلك وان باعها بالنقد كانت
عشرة من ذلك حصة المضاربة اي عشرة اسهم على شرطهما وسهم للمضارب
خاصة لانه استقرضه لنفسه والكرباسي في ماله خاصة وعندهما بينهما
الثياب مراجحة على الالف لانه غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع
في الكرباس لانه فعل بغير اذنه فصار كاستئجار الاجنبي وقال في المحيط
في تعليل قول ابي حنيفة ان المضارب في الثياب حقا بضاعة في الملك
الا ترى انه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة
المالك فقام الثياب عليهما بالف ومائة فيبيعها مراجحة على الكل
فاذا باعها مراجحة يقسم ثمنها على مالهما فما اصاب حصة المضاربة
وهو عشرة اسهم يقسم تلك العشرة عليهما على خطها وما اصاب المضاربة
المستقرضة كان له خاصة قال رحمه الله وان صبغ احمر فهو
شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يتفق لان الصبغ عين مال قائم وقد
اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف
القصارة والهلال لانه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال
المضاربة الا ترى انه يضيع على الغاصب دون الصبغ فاذا بيع المتاع
قسم الثمن على قيمة الثوب ابيض وما زاد على الصبغ فما اصاب قيمة
الثوب كان على المضاربة وما اصاب الزيادة كان له لان الثمن مال
مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يتفق للمضارب بهذا المخالط
لانه ماذون فيه لانه قال اعمل برأيك يتناوله فلا يكون متعديا بل يكون
شريكا كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في صبغ غيره او اختلط
المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك
فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله وان

بالنصف فاشترى بجميعه ثوبا بنصف الالف واشترى بالباقي ثوبا بدا فضاع
غرم الف واملك الفا اي غرم المضارب ورب المال الفا ثم غرم
رب المال وحده الفا اخرى فيغرم المضارب خمسمائة والمالك الفا وخمسمائة
وربع العبد للمضارب وما بقي على المضاربة وراس المال الفان وخمسمائة
لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين
فيصيب المضارب خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا
بينهما فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان
قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على
المضارب وهو خمسمائة وثلاثة ارباعه على رب المال وهو الف
وخمسمائة نصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه
ومال المضاربة امانة وبينهما تفاوت ونصيب رب المال لعدم ما بينا فيها
وهو بيتي قوله وبما بقي على المضاربة يعني ثلاثة ارباع العبد وراس
المال الهو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو الفان وخمسمائة لانه
دفع اليه اولا الفا ثم الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مراجحة الا على الفين
لانه الشراء بالفين وهو معنى قوله ويراجح على الفين ولو باع العبد
بعد ذلك بار بعة آلاف فلا لان له المضارب ربعه وهو الف والباقي للمضاربة
وهو ثلثة آلاف فالالفان وخمسمائة منها راس المال وخمسمائة ربح
بينهما نصفان قال رحمه الله وان اشترى عبدا ان اشتراه بالف عبدا
اشتراه بنصفه راح بنصفه اي لو اشترى المضارب من رب المال
بالعقد رهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب
مراجحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز ان يبيعه مراجحة
على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون
بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب

به فلا يجوز بنا المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن
شبهة الخيانة فيبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل
له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسماية فباعه
من رب المال بالف يبيعه على خمسماية لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم
لم ذكرنا فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه له
وناوله اياه من غير بيع قال رحمه الله معه الف بالنصف فاشترى به
عبدا قيمته الفان فقتل رجلا خطا فثلثة ارباع الفدا على المالك
وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما
لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها اكثر من راس المال يظهر الربح
وهو الف هنا بينهما نصفان والف لرب المال براس ماله لا قيمته الفان
فصار الفدا بينهما على هذا الوجه ارباعا فثلثة ارباعه على رب المال
والربع على المضارب لان الفدا مونة الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه
خرج العبد كله عن المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه
على ما بينا واما نصيب رب المال فبقضا القاضي بانقسام الفدا عليهما
لان قضاه بالفدا يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفدا يوجب
سلامة المفدا ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن تم
على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن
فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزايل عن ملكهما
اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا صار كانهما اشترياه فاذا خرج
عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى
قوله يخدم المالك ثلثة ايام اي رب المال والمضارب يوما قال
رحمه الله معه الفا فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد
دفع المالك الفا اخر ونم وراس المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع

المضارب

المضارب الف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال
فاذا دفع اليه ثم هلك قبل النقد ايضا رجع عليه ايضا وكذا يرجع عليه كلما هلك
الى ما لا يتناهى ويكون راس المال جميع ما دفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث
لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشرا الا مرة واحدة والفرق ان المال في يد
المضارب امانة ولا يمكن حمله على الاستيفا لان الاستيفا لا يكون الا بقبض
مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون امانة واذا هلك
كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشرا استيفا لانه وجب له
على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار
مضمونا عليه فاذا هلك ليس له ان يرجع على الموكل لان المستوفي لم يبق
له حق بعد الاستيفا ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا
عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا ترى ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب
جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشرا امانة حتى لو
لم يقع استيفا بان دفع اليه الثمن قبل الشرا ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد
رجع به على الموكل لوقوع الاول امانة لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشرا
لانه لم يجب له عليه شي حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك
رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم
يدفع اليه الثمن الا بعد الشرا حيث لا يرجع اصلا والمعنى ما بيناه ولان ما قبضه
الوكيل لو لم يحمل على الاستيفا لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ
منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق براس المال ويستوفيه
من الربح فلو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع دفعا للضرر عنه ولان الوكيل
انتهت وكالته بالشرا مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه
لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفا
له قال رحمه الله معه الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال

المالك دفعت الفين فالقول للمضارب ومعنى المسئلة ان يكون في
مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وقال رب المال بل دفعت
اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول لرب
المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة والربح فيه ورب المال ينكر
فالقول قول المنكر ثم رجع فالقول قول القابض في مقدار المقبوض امينا
كان او ضمينا الا ترى انه لو انكر القبض بالكلية كان القول له فاذا اختلفا
في راس المال والربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث
الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لك نصف الربح كان القول
للمضارب في قدر راس المال لانه القابض والقول لرب المال في مقدار
الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو انكر استحقاق الربح عليه بالكلية بان قال
كان المال في يده بضاعة كان القول له فكذا في انكاره الزيادة وايهما
اقام البينة تقبل بينته لانها مبينة كاسمها وان اقاما البينة في هذه
الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار راس المال وبينة المضارب
اولى في مقدار الربح اكثر اثباتا قال رحمه الله معه الف فقال هو مضاربة
بالنصف وقد ربح الفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك لان
المضارب يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله او شرطا من جهته ورب المال
منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو
وديعة او بضاعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب
لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب
المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما اتفقا على ان
الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول
قوله وايهما اقام البينة قبلت ولو اقام البينة كان بينة رب المال اولى
لانها اكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص

اوادعى

او ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة
بعينها كان القول للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك
بالاصل وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان
اعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة
الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال نهيا له
عن العموم وهو يملك ذلك فصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان
القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد
من جهته الاذن اولى والبينة بينة المضارب لحاجته لنفي الضمان
وعدم حاجته الاخر الى البينة ولو وقتا البينتان بان قال رب
المال دفعت اليك مضاربة ان تعمل في بر في رمضان وقال المضارب
دفعت الي لاعمل على طعام في شوال او بالعكس واقاما البينة كانت
بينة من يقول في شوال اولى لان اخر الشرطين ينسخ اولهما وان يوقتا
وقتا او وقتا واحدا او وقت احدهما دون الاخرى يقضى بما قال
رب المال كانهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

قال رحمه الله الايداع هو تسليط
الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين هذا في الشرع
وفي اللغة الوديعة مشتق من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام
لينتهين اقوام عن ودعتهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم او ليكتبن من
الغافلين اي تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى
قرئت بالتشديد والتخفيف والمودوع الشيء المتروك وقال عليه الصلاة
والسلام الايمان نور الله تعالى اودعه في قلوب المؤمنين فعلى العبد
ان يسال التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات
فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤديه رواه

ابو داود والترمذي وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها وحفظها موجب سعادة الدارين والخيانة
توجب الشقاء فيهما قال عليه السلام الامانة تجر الغنا والخيانة تجر الفقر وروي
ان زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه
السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقرا فمر بها يوسف عليه السلام
فقالت الامانة اقامت المملوك مقام المملوك والخيانة اقامت المملوك
مقام المملوك فسال عنها يوسف عليه السلام فقيل انها زليخا فتزوجها رحمة
لها ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع
اودعتك هذا المال او ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول
من المودع بالقول والفعل او بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع
ووجوب الادا عند الطلب وصيرورة المال امانة في يده قال رحمه الله
وهي امانة فلا تضمن بالهلاك لقوله عليه السلام لا ضمان على مؤتمن
رواه الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل
ولان يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان
بالناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول
الودايع فكانوا يخرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين ان يكون بشي
يمكن التحرز عنه او لا وبين ان هلك للامين مال غيرها معها او لم يهلك
وقال مالك ان ادعى انها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة قال رحمه الله
وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله لان المطلوب منه ان يحفظها مثل
ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته
وولده ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه الا ترى
ان المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا يضمن ولو دفع الى اجيره
الذي استاجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعند محمد رحمه الله ان المودع

اذا

اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن
يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله
مثله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه
الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لا يشترط في التحفة في
حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة
على الوجه الذي يحفظ ماله وذكر فيه اشيا حتى ذكر ان له ان يحفظ
بشريك العنان والمفاوضة وعبده الماذون له في يده ماله ثم قال وبهذا
يعلم ان العيال ليس بشرط في الحفظ الوديعة قال رحمه الله وان حفظها
بغيرهم ضمن اي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي
تختلف في الامانة ولان الشي لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب
والوضع في حرز غيره من غير استيجار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في
الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال رحمه الله الا ان
يخاف الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك اخر لان التسليم الى
جاره او الالقا الى سفينة اخرى عند احاطة النار بداره وعند تخبط السفينة
تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة
الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا
ببينة كما اذا اتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم
يمكنه دفعها الى من هو في عياله وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله
فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة
اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت في البحر ابتدا او بالتدحرج
يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله وان طلبها ربها فحبسها
قادرا على تسليمها او حفظها بماله حتى لا تتميز ضمنها لانه متعد بالمنع
بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده

بيكون ممزوجا فصارت يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط حمار
يملكها متعذرا اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب فعله فيجب عليه
الضمان ويملك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط عند ابي حنيفة وقالا
اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة
وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا معنى وجه قوله انه لا يمكنه الوصول
الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد الا لمعنى من ذلك لان اعدام المحل
لا يدخل تحت قدر تهم فيصير متلفا ولا معتبر بالقسمة لانها توجب
الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا يفضي ان تكون موجبة للشركة
لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا الايداع للخالط التناول قبل
الضمان ولو ابرا المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي حنيفة
رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط
الخيار ويتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المانع
بخلاف جنسه كالزيت بالسمن يوجب حق المالك بالضمان لانه
استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعذر
المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما
لا يخلو عن جمات الاخر فتعذر التمييز في الجملة وقيل القياس ان يكون
المخلوط مالكا للخالط عند ابي حنيفة وفي الاستحسان لا يصير فلو خلط
المانع بجنسه يتقطع حق المالك عند الامام ابي حنيفة رضي الله عنه
خلافا بينا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب احترازا
وعند محمد شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع
ولو خلطها بالغصبة بعد الاداء صار من المايعات لانه مايع

حقيقة عند الخلط فيكون في الخلاف المذكور قالا رحمهما وان خلط
بغير جنسه او بالشعير لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم
يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة املاك وقد بينا حكمها
في الشركة قال رحمه الله ولو خلطها بما هو دونها او فوقها بغير جنسها
اكمل لان البعض صار مستهلكا بها لان الضمان لا يبرأ الا بالتسليم الى
صاحبه وقد بقي ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة
فيضمن على ما بينا قال رحمه الله وان تعدى فيها ثم ازال التعدي
زال الضمان بخلاف المستعير والمستاجر واقراره بعد جحوده وقال
الشافعي لا يبرأ لان عقد الوديعة ارتفع حين صار متناولا للمنافاة بين
الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد الى صاحبها ولانه عود الامانة لا بعقد
جديد فصار كالمستعير والمستاجر والجحود لنا انه مامور بالحفظ وقد
وجد وهذا لان الامر بالخلط مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف
في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق عاد
غير اني مامور به فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما
اذا استاجرا جيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد يستحق
الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستاجر للعين اذا تعدى في العين
المستعارة والمستاجر ثم ازال التعدي حيث لا يبرأ من الضمان لان
البراءة عن الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم
يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانتفاعهما لا استيفاء المنافع فاذا
تركا الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع
فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد
رد الهلاك الى يد صاحبها فيبرأ هو ونائبه عنه وخلاف الجحود لان الجحود
رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد وبالمخالفة فقط

لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق يعود وهذا بجود الوكيل الوكالة تكون
فعا وكذا بجود احد المتفاوضين المتشاركين البيع ولا نعلما بجد
بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بالاملاك غاصبا ولو عاد الى
الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستاجر واقراره
بعد جحوده وقال ابو يوسف لو بجدها عند غير صاحبها او عند حسين
سأله عن حالها من غير ان يطلب منه الرد او طلب منه الرد ضمن بخلاف
عليها منه بجدها لا يقتضي لان الجود في هذه الصور ترك ما
مأمور به فلا يعد انكارا ولا عزلا فاوانما هو امتناع من الحفظ ولانه لا يملك
عزل نفسه بحال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال
زفر يضمن لان الجود سبب للضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف
الاحوال كالاتلاف بحقيقته قلنا هذه الاحوال ليست باتلاف وانما
تكون اتلافا اذا اراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع الطامعين
فكيف يكون اتلافا قال رحمه الله وله ان يسافر بها عند علم الذي
والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها
بالاخراج وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
له الخروج الى السفر قصيرة وان طالت لا يخرج بماله حمل ومونة
لان القصيرة لا يخاف فيها عادة بخلاف السفر المدة السفر القصير
بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بماله حمل ومونة لانه يلزمه
مونة الرد فيما له حمل ومونة والظاهر من حاله انه لا يرضى به وربما
تستغرق المونة الوديعة وجه اهر انها لا يجوز كالوكيل بالبيع حيث
لا يكون له اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال الشافعي ليس له ان
يخرج بحال سواء كان له حمل ومونة او لم يكن لان المطلق ينصرف الى
المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ بالاجنبي

ولابي

ولابي حنيفة رحمه الله ان الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كالا يتقيد
بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه فصار
كالمصر وصار كالاب والوصي في مال الصغير ان ولايتهما نظرية
لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولولا انه من
الاحسن لما جاز ذلك ولهما الا ترى ان الجودة في اموال الربوبية
تتقوم في نفسها حتى لا يتقدر بما يقابلها وربما لعدم النظر والوكيل
بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بعد قضاء الامر بالبيع
اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ باجر متعارف وهنا
فيبقى المسلم في مكان العقد وما يلزم الامين مونة الرد ضرورة
لحفظ امره فلا يعد ذلك اضرارا والمعتاد كونهم في المصر لحفظهم فيه
ومن يكون في المفازة يحفظ ماله بنفسه او بأهله لا بأجنبي ولو كان الطريق
مخوفا فليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد
بان سافر اهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن
ان كان له منه بد لان المصر بالغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن
له منه بد لا يضمن قال رحمه الله ولو اودعها ثم لم يرد فخاف الوديع الى
احرزها صفقه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي كرم
الله وجهه وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الاسال وفي غيرها ليس
له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر طالب نفسه خاصة فيؤمر بالدفع اليه
كما في الدين المشترك ولهذا لو طالبه بتسليم ماسلم اليه وهو
النصف وهو له ولهذا كان له ان يأخذه اذا ظفر فكذا يؤمر بالمودع
بتسليم ما سلم اليه بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما روينا
عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما وهذا الدفع اليه
نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي في يد صاحبه على

الاخذ بجهته بالاجماع واذا لم تقم قسمة لا يجوز له نصيب الغائب لما بيه
لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن فصفه بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها واخذ الشريك
عند الظفر به لا يدل على ان المودع يومر بالدفع الا ترى ان رجلا اذا كان
له على انسان الف درهم دين والمديون للغ درهم وديعة عند اخر فللغريم
ان ياخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يومر
بذلك وروى ان رجلا ين خلا الحمام واودعا عند الحمامي الغا فخرج
احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الاخر وطلبه فحبس الحمامي ثم ذهب
الى الامام ابي حنيفة فقال له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك
فانقطع قال رحمه الله وان اودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه
وحفظ كل واحد نصفه ولو دفع الى الاخر ضمن نصف خلافا لما لا يقسم
وهذا عند ابي حنيفة وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا
سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظا باذن الاخر في الوجهين
لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمن
كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة رضي الله عنه وهو اقيس ان المالك
رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون رضا
بامانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما
يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الاخر
ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان موضع المودع لا يضمن
عنده واما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد
في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان على حفظه انما اليل
والنهار واكثرهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما فجميعه على
الانفراد قال رحمه الله ولو قال لا تدفع الى عيالك او احفظ في هذا

البيت

البيت فدفع الى عياله لا يضمن لانه لا بد له منها او يحفظه في بيت اخر من الدار لم
يضمن ايضا لان المودع اذا قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا
يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة
مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل ان تكون الوديعة
فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه او تكون جوهرة فيمنعها من التسليم
الى امراته او كانت بيوت الدار متساوية اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ
في من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى
امراته او كانت متعددة جوهرة فنهاه عن التسليم الى غلامه او كانت بيوت
الدار مختلفة بان كان في بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد
مفيد في مثله قال رحمه الله وان كان له منه بد او حفظها في دار اخرى
ضمن ايضا ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان
نهاه ان يدفعها الى امراته فلانة وله امراة اخرى او نهاه ان يسلمها الى
غلامه فلان وله غلام اخر فخالفه او قال له احفظها في هذا البيت
او في هذا الدار فحفظها في دار اخرى ضمن لان الناس يختلفون
في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الحفظ فالمنهي عنه الصيانة والاحتراز عما
يوجب خللا في المعاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تتفاوت
في الحرز فكان نهاه الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يخل بالوفاء بالشرط
وذلك عند وجود كل ذكرناه والا فلا قال رحمه الله ومودع الغاصب
ضامن لامودع المودع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن مودع المودع
ايضا فيكون لصاحب الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان
ضمن الاول لا يرجع به على الثاني لكونه عاملا له لان الاول لما خير فان
الى الثاني بغير اذن المالك والثاني معتد بقبضه بغير اذنه فنزل
منزلة الغاصب ومودع الغاصب والغاصب وغاصب الغاصب والغا

صب

والمتوى منه غير ان الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه
بالحقه من الغرامة وله ان يقبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن مالم
يفارقه بحضوره رايه لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبه راض به
باعتبار حضوره رايه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه
لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذا لم يقطع
راي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع مالم يفارقه فاذا فارقه صار
مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه
لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك
قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا اخر بل هو مستمر
على ذلك وهو امين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت
الحفظ الذي التزمه بعقد وهذا لانه لما صار هي اوله امينا وجب ان يبقى
كذلك حتى يوجد منه فعل بطله فصار تطيب ماله بعد الرجوع في ثوب
انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار مالم يوجد فعل
متعد فكذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء
فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل اخر ولا يقال لو لم يكن متعديا
في الابتداء فلا ينقلب متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها
الى زوجته عيالة فلما ضمن بالفراق حكمنا انه متعد فيكون القابض منه
ايضا متعديا يضمن ضرورة لانا نقول انما جاز له الدفع وهو حاضر
بالاجماع بدليل ما ذكرنا ان كان المودع قال له اذا نت لك ان تدفع الى
غيرك بشرط ان لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف
مسئلة الغاصب والغاصب منه واخواتها لان هناك صار وامثاله بالتخلي منه
ابتداء العدوان لان الملك فكذا بقائه فمودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب
رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وعليا في

اليسر انه لا يرجع وما لا يضمن لا يضمن الا بتعد وقال في النهاية وقال الزاهدي ليس
لا يضمن المودع بالايداع ولا يودع المودع بالقبض بنا على ان له ان يودع
عنده لانه يجب عليه ان يحفظ الوديعة بنفسه او يحفظ ماله وبحفظ ماله
تارة بنفسه وتارة بغيره فلما لم يوجد من المودع الرضى بالدفع الى
غيره ولا الدلالة على الرضى اذ لو رضي بغيره لم اودعها عنده فكان متعديا
بالدفع فيضمن قال رحمه الله سمعه الفقيه ابو جعفر رحمه الله عن رجلان كل واحد منه
اياه فتكل لها فالف لهما وعليه الخاطر اعلم اذا كان في يد رجل الف فادعاه
رجلان كل واحد منهما انه له اودعه اياه فحلفها فان نكل لهما حلف
الالف بينهما وعليه الف اخرى بيان ذلك ان ادعوا لها جميعا يجب عليه
اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما
ونكل للاخر قضي بما نكل وان لاخر لوجود الحجة في حقه دون
الاخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية لم يجب عليه الف
اخرى لانها لاقراره به اولا له اياه على اختلاف في الاصلين وبدا القاضي
بالتحليف جاز لتقدم الحجة بينهما وعدم الاولوية والاولى عند التساوي ان يقرع
بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل الاول لا يقضي به حتى
يحلف الثاني ليتكشف وجه القضاء هو وهما او احدهما كما اذا اقاما
البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم به لانه لا اقرار حجة ملزمة
بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء وهذا لو نكل ثم حلف لا
يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فتوخر القضاء حتى
يتكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتاخير لانه لا يقضي للمتقدم حتى
يحلف للمتاخر ولو نكل للثاني يقضي به بينهما نصفين لاستوائهما
في الحجة ويغرم الف اخرى بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول
اوجب كل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره فاذا اضر فه اليهما

نفذ صرفه نصف كل واحد منهما الى الآخر ليغرمه فلو قضى القاضي
للاول حين نكل قبل ان يحلف الثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل الثاني
كان الامر فيهما كما كان قبل القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف
نفذ قضاؤه لانه محل يجتهد فيه لان الحلف من قال ينفذ قضاؤه للاول
ولا يشاركه فيه الثاني لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسألة
في العبد ولا فرق بينهما لان النقود تتعينان في الودايع والغصوب
ثم لا يحلف المدعا عليه الثاني بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله
ما هذا العبد بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره مقتصرا
على قوله وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بان يقال له باسم ما هذا عليك
هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قيل ينبغي ان يحلف
عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف بناء على ان الموضع اذا اقر بالوديعة
ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف فانه يقول ما
فات من حقه لم يفت بجحوده اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك
بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط
القاضي على القضاء بها للاول باقراره ثم اقر للثاني بانه مودع عنده
والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله تعالى اعلم كتاب
العارية قال رحمه الله هي تمليك المنافع بغير عوض هذا في الشرع
وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ووزنها فعلية لانها من عار
وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والامام الشافعي هي اباحة
الانتفاع بملك المعير لانه يتعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب
المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك ولذا يحل فيه الوطي ولا يملك الاجارة
من غيره ونحن نقول انها تنفي عن التمليك لانها مأخوذة من العرية
وهي العطية من العار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة

كذلك فاقتضت تمليكا وهذا تتعقد بلفظ التمليك ولهذا يجبر فيما
لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كانت اباحة لما جاز لان المباح ليس له ان
يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع شرع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون
شرعا بغير عوض ايضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه
التمليك بغير بدل كالنكاح والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة
لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة له فله
ان يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها
تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة
جازت من غير ضرب مدة والذي منع من تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد
بعد فيكون امتناعا عن التمليك وهذا لا يجوز ابتداء لانها تدخل
في ملكه قبل المخدوم قال رحمه الله ونفع باعرتك اي بقوله اعرتك
لانه صريح فيه قال رحمه الله واطعمتك ارضي وخصتك ثوبي لان الاطعام
اذا اضيف الى الارض لا يوكل عينه يراد به ما يستهلك منه بحال لان محله
وخصتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الجبة لان المفيد تمليك العين عرفا
وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي الرجل شاة او
ناقة ليشرب لبنها ثم يريد ها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل
من يعطي شيأ منح واذا اراد به الجبة افاد ملك العين والا بقي على اصل
وضعه قال رحمه الله وحملتك على دابتي اي اذا لم يرد به الجبة تارة
اللفظ مستعمل فيما يتحامل فلان فلانا على دابته يراد به الجبة تارة
والعارية اخرى فاذا نوى احدها صحت نيته حمل على الادنى كيلا يلزمه
الاعلى بالشك قال رحمه الله واخذ سلبك عبدي لانه يراد به العارية
لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله وداري لك سكنى لان قوله
داري لك يحتمل ان يكون له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها وقوله

سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج
التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله ويرجع المعير متى شا لقوله
عليه السلام المنحة مردودة والعارية موداة ولان المنافع تحدث شيا
فشيا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم
يحدث فله ذلك قال رحمه الله ولو هلكت بلا تعد لا يضمن وقال
الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض
مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال عليه السلام
على اليد ما اخذت والمراد بمثله من ياخذ لنفسه وقال عليه الصلاة
والسلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه
وسلم دروعا من صفوان يوم حنين فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل
عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم
ان يضمنها له فقال انا اليوم في الاسلام ارغب رواه احمد وابو داود
والاذن بالقبض ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال
بخلاف المستاجر لان القبض فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه
وبخلاف الوديعة لان قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون
عليه مونة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع
على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان
قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا
قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي
وبن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه
الاستيفا ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا
لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف
بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفا القبض على وجه التعدي

وانتفا

وانتفا المبادلة لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان او بشبهة
بان كان فاسدا او بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد
ولا شبهة لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو
اذن له بالاتلاف فاتلفه لا يضمن فهذا اولى لانه دونه وحديث
صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد
وعند الحاجة يرخص تناول الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة
المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان
تضمن عندنا في رواية ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في
الحديث ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك
الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين
وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت يقتضي رد العين به ونقول
لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق
لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره احد لان المعير متبرع كالواهب
وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مونة الرد لان قبضه
لنفسه قال رحمه الله ولا تؤجر لان الاجارة لازمة فيلزم المعير
زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع
عليه حتى يفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزمه
من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية او عدم لزوم ما لا يلزم وهو
الاجارة فلا تجوز قال رحمه الله ولا ترهن كالوديعة لان الرهن ايفا
وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن
عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله
فان اجر فعطب فضمن لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شا
ضمن المستاجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب

فان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ملكه بالضمان فيتبين
انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤجر وهو المستعير
اذا لم يعلم انه كان عارية في يده فدفعه دفعا للضرر الغرور عن نفسه وان
علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار كالمستاجر
من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله ويجوز بما لا يختلف باختلاف المستعمل
اي يجوز المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الامام الشافعي ليس له ان يعير لان العارية اباحة المنافع
عنده والمباح ليس له ان يبيح لغيره وعندنا الملك ان تمليك المنافع
له جاز ان يعير لان المالك يملك ان يعار كالمستاجر يملك ان يؤجر
وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير وهذا اذا صدرت مطلقة
وان كانت مقيدة بشيء يتقيد به وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة او
على ما يجيء متصلة قال رحمه الله ولو قيدها بوقت او منفعة او
بهما لا يجاوز ما عينه وان اطلق فله ان ينتفع باي نوع شاء في اي وقت
شاء لانه تصرف في ملك الغير فلا يملكه الا على الوجه الذي اذن له
فيه من تقييد او اطلاق ثم لا يخلو اما ان تكون مطلقة او تكون
مقيدة بالزمان او بالانتفاع او بهما وان كانت مطلقة كمن استعار
دابة للركوب او ثوبا للبس ولم يسم شيئا فان له ان يلبس ويركب
بنفسه وله ان يعير مما لم يلبس هو او يركب فاذا البس غيره او اركبه
فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تقيد بالفعل
فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعير شيئا
يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة
فجعله كالاجارة فعلى هذا ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق الذي ذكره
هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة

على

على ما اذا قال على ان اركبه على ما ترى ثيابا او ليس الثوب من ثياب كما حمل
على الاطلاق الذي ذكره في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة
بالانتفاع دون الوقت بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او بغيره معينا
لا يجوز له ان يخالفه ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل
كالركوب واخواته والصحيح ان يفعل في اي وقت شاء وان كان لا يختلف
كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه وبغيره في اي وقت شاء وان كان
لا يختلف كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه لان التقييد بالانتفاع
فيما لا يختلف فيما لا يفيد وان كان مقيدة بالوقت تقيدت به حتى
لا يجوز له ان ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي
باقية على اطلاقه فيجوز له فيما لا يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف
على الصفة المطلقة عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما
تقيدت من حيث الوقت كيف ما كان كذا من حيث الانتفاع فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد
بالانتفاع ثم كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير
منه الى مثله كما اذا قال له احمل على هذه الدابة الحنطة كان له ان
يحمل عليها مثله او دونه في الضرر واختلفوا في ايداع المستعير قال
بعض المشايخ ليس له ان يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه
بمسئلة ذكرها في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية الى منزل صاحبها
على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس
ذلك الا ايداعا منه قال البقالي هذا القول اصح لانه للايداع تصرف
في المنفعة قصدا لملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة
بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة
لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فلا تلزقا

على انه يجوزه منهم مشايخ العراق وابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد ابن
الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين
وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلا فاولى ان يملك الادنى
قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال رحمه الله وعارية الثمين
والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة اذن في الانتفاع به
ولا يتاتى في الانتفاع بهذه الاشيا الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك
الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض
والقرض ادناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل ولان العارية توجب
رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا
صير اليه في ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع
بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقا عينها بان يستعيرها ليعاير بها
ميزانا او مكيلا او ليزين بها دكانه او غير ذلك من الانتفاعات صارت
عارية امانة ليس له ان ينتفع باهلاكها فكان نظير عارية الحلي والسيف
المحلى قال رحمه الله وان اعار ارضا للبنا او للغرس صح لان منفعتها
معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اجارتها بل اولى لكونها
تبرعا قال رحمه الله وله ان يرجع اي وقت شا قال رحمه الله ويكلفه
قلعها اي قلع البنا والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيومر بالتفريغ الا اذا
شا ان ياخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ
يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه ارضه ويستبد
هو بذلك لانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت الارض تستضر بالقلع
حيث لا يجوز الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما
في هذه الحالة بل ايهما طلب القلع اجيب قال رحمه الله ولا يضمن ان لم
يوقت اي رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البنا والغرس بالقلع

ان لم

ان لم يوقت للعارية وقتا وقال مالك يلزمه ضمان قيمتهما ويتركانه
في ارضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت للعارية
وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع
في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف
ما اذا كانت موقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث
نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم ان
يفي بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له ان يرجع عليه دفعا للضرر
عن نفسه قال رحمه الله وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع
وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير ملزم كاصل
عقدها ولهذا كان له ان يستردها في اي وقت شا والغرور انما يثبت
في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند
المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن
وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية
مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفايدة ما امكن
وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفايدة ولا يكون
ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كانه قال
ان رجعت قبل الوقت فانا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد
العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قايما غير مقلوع لان القلع
غير مستحق عليه قبل الوقت قال رحمه الله ولو استعارها ليزرعها
لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا وقت او لم يوقت لان له
نهاية معلومة فيترك باجر المثل لان فيه مراعات الحقين كما في الاجارة
اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك قال رحمه الله ومؤنة الرد على المستعير
والمودع والموجر والغاصب والمرتهن لان المنفعة حصلت لهم

والاصل ان مونة الرد تجب على من وقع القبض له اما المستعير فلانه قبضه
لمنفعته والرد واجب عليه ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد
مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستاجر فاذا وجب
عليه الرد كانت مونته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما
المستاجر فلان العين المستاجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاخر
سلم له به ولا يجب على المستاجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية
فلا يكون عليه مونة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب
ان تكون المونة عليه لانا نقول انما حصل له منفعة وهو غرض يفني
وما حصل للموجر عين تبقى فكان هو بالوجوب اولى واما الوديعة
فلان منفعة القبض حاصلة له لانه لحفظ العين ومنفعة حفظها
عايد اليها فكانت مونة ردها عليه واما العين المغصوبة فلان الغاصب
يجب عليه فسخ فعله وذلك بردها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه
هو الذي ازال يده متعديا ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه مونة ردها
دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه قبض استيفا فكان قابضا
لنفسه قال رحمه الله وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها
او العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة
وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا لانه لم يردهما الى صاحبهما وانما
ضيعهما تضييعا فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان انه
اتى بالتسليم المتعارف وهو المتعول عليه وهذا لان الاصطبل او
الدار في يد المالك ولو ردهما على المالك كان يردهما الى الاصطبل او المالك
او الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف الوديعة لانها للحفظ ولم
يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار
متعديا باثبات يده في العين وبازالة يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم

حقيقة

حقيقة وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرا الا بالتسليم الى يد
صاحبها وعن ابي سلمة انه ان كان المربط خارج الدار لا يبرا لان الظاهر
ان الدابة تكون هناك بلا حافظ قال رحمه الله وان رد المستعير
الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مع عبد رب الدابة او اجيره
برئ بخلاف الاجنبي والقياس ان لا يبرا الا بالتسليم والايصال الى يد
صاحبها ووجهه ما بيناه ووجه الاستحسان ان كل واحد من المعير والمستعير
يحفظ دوابه بسياسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم
منه الى السايس او من السايس الى السايس او من السايس الى المالك بخلاف
الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سايس المالك لعدم العرف بالتسليم
اليه ولانه انما اودعه لكونه لم يرض بغيره ولو رضي به لما اودعها
عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له ان يدفع اليه الوديعة على
ما بينا غير مرة لانه لا بد له منه وهذا في الاشيا التي تكون في يد
الغلمان عادة واما اذا لم تكن في ايديهم عادة لعقد لولو ونحو ذلك
فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او في اصطبله
يضمن لان العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه
يضمن ثم قيل هذا اذا ردها الى يد عبده الذي يقوم على الدواب والاصح
انه اليه والى غيره لانه ان لم تكن في يده دايما تدفع اليه في بعض
الاوقات فيكون في رضى المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف
الاجنبي يعني بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن لانه
متعد في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير
ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسيلة محمولة على ما اذا كانت
العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها
بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها

في يد الاجنبي وهذا لان الوديعة ادنى حالا من العارية فاذا كان يملك
الاعارة فيما لا يختلف فاولى ان يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا
يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف
في حق الانتفاع قال رحمه الله ويكتب المعار انك اطعمتني ارضك
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة
هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في
اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه اعرتني ولا يكتب البستني ولا
اسكنتني وله ان لفظ الاطعام ادل على المقصود لانه يحضر الزراعة
لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال
بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة
والبنا والمراح ونصب الخيم بخلاف الدار والثوب لان منفعتها
غير متنوعة فجعل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى وعلى
هذا ينبغي ان يكتب في كل فصل ما هو ادل على المقصود حتى يكتب
في استعارة الارض انك اطعمتني ارضك كذا لازرعها ما شاء من غلة
الشتا او الصيف لانه ادل على المقصود وابعد من الاختلاف

كتاب الهبة

قال رحمه الله هي تمليك العين بلا
عوض هذا في الاصطلاح وفي اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب
له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب
لمن يشا اناثا ويهب لمن يشا الذكور الاية وهي من صفات الكمال فان الله
تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك انت العزيز الوهاب
والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال
الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث
المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها

كان

كان من المفلحين قال تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون
وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها ان يكون الواهب عاقلا
بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب
والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازما
قال رحمه الله وتصح بايجاب كقوله وهبت ونحلت واطعمتك هذا
الطعام وجعلته لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة
ناويا الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة
سكنى او سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في
مجوز مقسوم ومشاع لا يقسم اي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الى
اخره وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس بقبضه بالاذن صريحا
لا غير كذلك في مجوز ومشاع فيما لا يقسم اما الايجاب والقبول
فلانه عقد فيعقد بهما كساير العقود واما القبض فلا بد منه لثبوت
الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى
هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة
والمراد نفي الملك وقال ابو بكر الصديق لعايشة في مرضه كنت نحلتك
جداد عشرين وسقا من مالي بالغابة وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه
وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان
فيه الزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية الموهوب له من غير
قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا اذنه اي بلا
اذن الواهب وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الا باذنه لانه تصرف
في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول
في الهبة ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود
من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه

لا يتصور الا به فتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا
بخلاف ما اذا انهاه عن القبض في المجلس لان الصريح يفوق الدلالة فلا تعمل
بمقابلته شيئا ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما انعقدت
بقوله وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه قال
عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا قال ابو بكر لعائشة رضي
الله عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله اطعمتك هذا الطعام لان الاطعام
اذا اضيف الى ما يوكل عينها يراد بها التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف
ما اذا قال اطعمتك هذه الارض لانها عينها لا توكل فيكون المراد به ما
يستعمل منها فامكن ذلك العارية وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك
فصار كانه قال ملكتك هذا الثوب الا ترى ان ذلك لو كان بعوض كان
تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله اعمرتك لقوله عليه السلام من اعمر عمرى
وهي للعمر له ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال فاشتراط
الاسترداد بعد موت المعمر فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لان الاركاب
تصرف في المنفعة فتكون عارية الا اذا اراد به الهبة فتصح لانه مستعمل
فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لا سيما
اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد بها
التمليك قال تعالى او كسوتهم المراد به التمليك لان الكفارة لا تتادى
بالمنافع وكذا يقال كسى فلان فلانا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله داري
لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه
على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك
تلبسه بخلاف ما اذا قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة حيث تكون
عارية لما بينا في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى اي لا يكون تمليكا

بقوله

بقوله داري هبة لك سكنى وقوله في مجوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما
يقسم اي تجوز الهبة في مجوز مقسوم احترز بقوله مجوز عن المتصل كالثمرة
على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رحمه الله تجوز هبة
المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت
البيع وكونه تبرعا لا ينافي الملك في الشيوع كالقرض والوصية وتسليم
ممكن بالتخلية او بتسليم الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان
الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القسمة لصحة
الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على اكمل
الوجوه في استقبال القبلة كما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على
الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة
ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود
من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض
عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه
وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان انصباءهما تتميز
تجتمع وما لا يجتمع لا يصير محوزا او يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة
الملك ولان اشتراط اصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان
على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض او كيلا تلزمه المطالبة بالتسليم
وهذا المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة ولطالبه بالقسمة
فيصير عقد التبرع موجبا للضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة
وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل
بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا القبض
الناقص فاكتفي به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه
وفيما لا ينقسم لا ينسد ولا يقال موجب المهاياة فيما لا يقسم وهو

ايجاب على المتبرع فوجب ان يمتنع لانا نقول المهاياة قسمة المنافع والتبرع
وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي به وانما المحظور الايجاب
في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح
وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه السلام
يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين في الثمنين يكون في القبض
ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء اسهل من
الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالي بوجوب الضمان القسمة
او المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة
انتهاء لانه يوجب رد المثل لكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه
ولكونه معاوضة من وجه لم يشترط القسمة عملا بالدليلين او الشبهين
ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزءا
شايعا من شريكه لم يجز ايضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو
علة لثبوت الملك فيه والحكم يدور عليه لانه به يوجد ولان العلة
يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع
قال رحمه الله فان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه
جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شايعا لا يملكه
حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ عليه تصرف الواهب
ذكره الطحاوي وقاضي خان وروي عن ابن رستم مثله وذكر عصام
انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال رحمه الله وان وهب دقيقا
في بر لا وان طحن وسلم اي لو وهب الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة ولو
طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة وكذا الدهن في السمسم والسمن واللبن
لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس
بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد

وهذا

وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وكذا بعد الاستحالة
هو عين اخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا انه
لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية
بالمعدوم جايزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والنخل في الارض
والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال
وذلك يعود الى امتناع القبض كالشايع فاذا وسلم جاز لزوال المانع
كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز
لان في وجوده احتمالا فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق
الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو
نزع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله
كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه او
الدقيق في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس
بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب
على الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قايمة في الظرف وهو آلة الحفظ
فيكون تبعا فثبوت اليد في التبع لا توجب قيامه في الاصل ونظيره
ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه
لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا لها كالجوالق
قال رحمه الله وملكه بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له يعني لو
كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد العقد
وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في
يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون
والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما
عن الاخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون

العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا
ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون
والمقبوض على سوم الشرا لا اشكال فيه لان الموهوب في يده حقيقة وحكما
فيبرا عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة لانه
قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت في يده بطريق الوديعة
فمشكل لان يده يد المالك لانه مالك نايب عنه في الحفظ وقبضه لاجل
المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبضه الهبة بل ينبغي ان يكون هذا
كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها
نزل قابضا لانا اقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد
الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله وهبة الاب
لطفله تتم بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه
فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده او يد مودعه
لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او في يد
المرتهن او في يد المستاجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد
منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير دارا والاب
ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها
في يده وسكناه ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن لا ينافي يده بل
يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره باجر لا يجوز
لما ذكرنا وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد
في المنتقى وكذا لو وهبته امه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي
وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرر ولاية حتى كان
له تاديبه وتسليمه في صناعة فيملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه وتمليكه
الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله

كالهبة

كالهبة قال رحمه الله وان وهب له اجنبي تتم بقبض وليه لان للولي ولاية
التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي
في حجره ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه
بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا
كان في حجره وليس له اب على ما نبين قال رحمه الله وامه واجنبي لو في حجرهما
اي تتم بقبض امه وبقبض اجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن هو في
يده ولاية التصرف النافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون
لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من
ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذه مقام
الولي عند عدمه لكونه نفعا محضا قال رحمه الله وبقبضه ان عقل اي
تتم بقبض الصبي نفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع
الذي لا يحتمل غيره الحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه
لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في
عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا
كان له حاجة اليه وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر
عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا
كان التصرف نفعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد
في الضار لاجله والموقف في المتردد بين النفع والضرر حتى يجيزه الولي
ان راى فيه مصلحة فكذا وجب ان ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف
الولي والاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى يفتح له سبب تحصيل
النفع بطريقين وليس من الحكمة ان تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد
منه مثل هذا النفع المحض ولا من الفقه مع انه اهله بالتمييز والاختيار
ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف لان الاب اقامه مقام

نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاجنبي صح لان الولاية له
والمانع للزوج من جهته بتمليكه وهذا مثله والاب حاضر خلافا لهم والاجنبي
حيث لا يمكنه الابعد موتها وغيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم
كان للضرورة لا بتفويض الاب فلا ضرورة مع حضوره وتملكه هي ايضا ان
كانت مميزة لما بينا واشتراط ثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار
انه يعوضها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها
في الصحيح قال رحمه الله ولو وهبا اثنان دارا لواحد صح لانهما هاله
جملة وهو بعض ما يملكانه فلا شيوع قال رحمه الله لا عكسه اي لا يجوز
عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك من واحد لا يتحقق فيه
الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل اولى لانه تأيد الشيوع في الرهن
اتوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع مما لا يقسم ايضا بخلاف الهبة
ولان الشيوع لم يوجد الا من احد الطرفين فلا يفساد ليسري فيه الزام
المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله انه هبة النصف
من كل واحد منهما وهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما جاز ولو
انه تملك الكل واحد منهما على حدة جاز فيتصرف في قبض كل واحد منهما
الى نصيبه فقط وهو شايع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا فيه بخلاف
نصيبه لشريكه او معدوما اذ قبض الشايع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر
جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما بيناه دون التسليم بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس الدايم وقد ثبت الكل واحد منهما حاملا فلا شيوع فيه
الا ترى انه لو قضي بزوائد احدهما يكون كله لمن يد الاخر ولا كذلك الهبة لانه
لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شايعا ضرورة وقولها ليس فيه
الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نعم لكن القبض ايضا مانع فلا تكون العلة

متحدة

متحدة فلا يدرء حكمها على اعلم للحكم على ما عرف ثم موضعه الا ترى ان
رجلين لو وهبا الرجل على ان تسليم احدهما لاحدهما بعينه وتسليم الاخر
للاخر لا يجوز للاشاع وليس من الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز
اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى
صاحبها في مدة الايجار بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا اجرها
من رجلين الا ترى انه يجوز ان يواجرها من شريكه لعدم هذا المعنى والاجنبي
الهبة من شريكه لما ذكرنا قال رحمه الله وصح تصدق بعشرة وهبتها لعشرين
لا لعشرين اي لو تصدق بعشرة دراهم على عشرين او وهبها لهم جاز ولا
يجوز التصدق بها على عشرين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير
جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للعشرين صدقة
والصدقة على القليل هبة والاتصال بينهما ان كل واحد منهما مجاز عن
الاخر حيث جعل الهبة للعشرين تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة
وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة على الذمي ولم
يجز الهبة لهما والفرق ان الصدقة يقتضي بها وجه الله تعالى وهو واحد
والغني نايب عنه ولا كذلك الهبة تمليك من اثنين فلا يجوز وهذا الواوي
بمنزلة الشرط للتفريع حتى وان كانوا جماعة ولين لانهما وقعت لله تعالى وهو معلوم
ولو اوصى به للاغنياء غير معينين لا يجوز والاصل سوى بينهما فقال عقيبا
ذكره الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع
يمنع القبض فوجد المانع من الجانبين اذ لا فرق بينهما فكان في المسئلة روايتان
وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة وقال في النهاية
فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين
وقال في النهاية والظاهر ان في المسئلة روايتين وهذا محمله على قول
ابي حنيفة واما عندهما فالهبة من شخصين جايزة على ما بينا فالصدقة

او بي فلا يتبادل الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا يقبله
ولو وهب رجل لرجلين دار لاحدهما ليلبها وللاخر الثلث لم يجز عند
ابي حنيفة وابي يوسف وان قبضه وقال محمد يجوز اذا قبضه
ابو حنيفة ومحمد من كل واحد على اصله لانه هبة من رجلين فلا فرق
بين ان ينص على نصيب كل واحد منهما او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما
فقال النص على البعض الشايع فلا يجوز الا ترى انه لو رهن عبدا عند
اثنين ونص كل واحد منهما على البعض لا يجوز فكذا الهبة ولو قال
لاحدهما نصفه وللاخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا وعن ابي يوسف
روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما
يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فاشبه ما لو نص عليه
بان يجعل مجازا عن الموجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على
التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عنه
موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف
فيما اذا اصل الهبة فيها اولا ثم فصل على التنصيف بان قال وهبت لكما
هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب
الاجمال فيكون لغوا واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان قال وهبت
نصف هذه لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما
اذا اجمل ثم فصل شاع وتا لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون معيبا
ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة فان لم يتقدمه اجمال
يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الاصح والاظهر عن
ابي يوسف رحمه الله [illegible] الرجوع في الهبة قال رحمه الله
لهم الرجوع فيها يعني اذا وهب الحر او قبضها وليس فيه مانع الرجوع
من زيادة وموت احدهما وعوض وخروج عن الملك وزوجية وقرابة

محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي لا يصح الرجوع
فيها الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده ولانه تمليك عقد فوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد
مقتضى العقد والعقد لا يقتضي جنده وانما يثبت جواز الرجوع في الولد لان
اخراجه عن ملكه لا يتم لان الولد كسبه او بعضه ولنا قوله الواهب احق
بهبته ما لم يثب عنها اي لم يعوض والمراد بعد التسليم لانها لا تكون هبة
حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال كلمنا خبز فلان وان
كان الخبز قد اشتراه ولا المقصود من الهبة العوض وهذا الاياد بقرض
وتاييد ذلك ما في الشرع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا والتفاعل
يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذ لم يحصل مقصوده كالمشتري
اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة
في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الولد فانه ينفرد به
فيكون له اخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في سائر امواله
كما قال عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك ان اطيب ما اكلتم
من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيا رواه احمد وابو داود
على انا لا نسلم ان الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن فضيلة
فمعناه انه لا يليق له ان يرجع فيه الا الولد فيما يهب لولده وقوله عليه
الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني
لا يزني وهو مؤمن اي لا يليق له ان يكذب ويزني وهو مؤمن لانه ينافي
صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان اقبح فكذا هذا قبح كما قال
عليه الصلاة والسلام العايد في هبته كالعايد في قيئه وقال عليه الصلاة
والسلام العايد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه وفعل الكلب لا يوصف
بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله ومنع الرجوع ومعنى قوله

يعني الموانع للرجوع في الهبة شيئا يجمعها هذه الحروف على ما بينها من بيت
شعر قيل فيه وهو قوله ٭ ومانع عن الرجوع في الهبة ٭ يا صاحبي حروف دمع حرقه
قال رحمه الله فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن لان
الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها
والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا وبطل حق
الموهوب له حقيقة وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل
دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته اولى
عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضا لان حق التملك لا يجوز
اخذ العوض عنه فبطل اصلا واطلق الغرس والبناء ومراده اذا كان يوجب
زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في
قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها
امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز به من المنفصلة
كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل
بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بالزيادة والولد لانه عقد معاوضة
فلو رد الاصل دون الزيادة يؤدي الى الربوا بسلامة الولد مجانا ورد
الولد معها لا يمكن لان العقد لم يزد فبطل اصلا ورجع بالنقصان وذكر
في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها
فلو حبلت ولم تزد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة
هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور
في المختصر وكالحمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث
السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال
حق الموهوب له في المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في
القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب ولانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع

الرجوع

الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى
مؤنة النقل ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد ينقطع حق الرجوع
وعند محمد لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر
ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل
فبطل بخلاف نفقة العبد ببدل وهو النفقة والمؤنة بلا بدل ولو
وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا حلال الدم فعفى ولي
الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب
له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب
القرآن او الكتابة او الصنعة لم يمتنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة
في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر ويروى الحال
بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى
صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ليس له ان يرجع فيه لانه حين
شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان
ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال
رحمه الله والميم موت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له
ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع
عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين
فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره
لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في
البيوع او هو مجرد حق وهو ايضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار
التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع اوجبه للواهب والوارث
ليس بواهب قال رحمه الله والعين العوض فان قال خذه عوض هبتك
او بدلها او بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لما روينا ولان ثبوت

الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل بتصارمكا اذا وجد المشتري
عيبا في المبيع ثم زال والا بد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض الهبة بان
يقول خذها بدلا عنها او بقابلتها وجزاها وثوابها ونحو ذلك مما يبني
انه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو
ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض
والاقرار لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدا وهذا يجوز
باقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض ان لا يكون بعض
الموهوب بحيث لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه
كان ثابتا في الكل واذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه
خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر املاكه
وجوابه ما قلنا ولو وهب الواهب شيئا ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة
مستقلة لكل واحد منهما ان يرجع في هبته قال رحمه الله ويجوز من الاجنبي
لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل فيصح من
الاجنبي كما يصح منه كل التبرع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول
ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بينا في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع
على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يود عنه شيئا واجبا عليه لان العوض
ليس بواجب على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يود عنه شيئا واجبا
عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث
يرجع الاجنبي على المديون اذا قضاه بامره لان الدين ثابت في ذمته
وقد امره ان يسقط مطالبته عنه فيكون امرا بان يملكه مما كان للطالب
وهو الدين فصار كالو امره ان يملكه عينا قال رحمه الله وان شرط نصف
الهبة يرجع بنصف العوض لانه لم يدفع اليه العوض الا ليسلم له الموهوب
كله واذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال

رحمه الله ولا يمكنه الا حق ارد ما في ايدي الا حق بعكسه وهو ما اذا
استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد ان العوض وقال زفر يرجع
بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له بنصف
العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة ولنا ان العوض ليس
بدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز ان يكون اقل من جنسه في المقدرات
ولو كان معاوضة لما جاز في الربويات فحقه ان الموهوب له ملك شيئا
الهبة والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط حقه في
الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع وهذا لو عوضه هذا المقدار
من الابتداء اسقط به حقه في الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة
كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من
العوض وان شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة كانه اعطاه هذا المقدار
في هذه الحالة ولان العوض شبيه بان يشبه الابتداء الهبة من حيث ان الموهوب
له متبرع فيه باختياره وشبيه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة
فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضة عند استحقاقه كله حتى
يرجع بالهبة او ببعضه حتى يثبت له الخيار بخلافه كالهبة حتى لا يرجع
بالبعض من غير رد الباقي عند استحقاق بعضه قال رحمه الله ولو عوض
النصف رجع بالنصف لان بعوض يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له ان
يرجع في النصف الآخر لان حقه في الرجوع كان في الكل قال رحمه الله
والخارج من الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج عن ملكه وتمليكه
لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقضه ثم من شرط ان لا يتبدل
الملك كالتبدل بالملاعين حصار كعين اخرى فانه لا يرجع فيها ولو وهب منها ثوب
غير هبة ثم عجنها كاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد لان هذه هبة تنتهي
حقيقة وهذا لان القبول اليه ويثبت له الملك فيها فيتصرف فيها

تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها الى اجنبي فبطل
حق الرجوع وعند ابي يوسف له ان يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب
من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق تصير ملكا لمولاه من كل وجه ثم اذا
عتق كان له ان يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب اولى
في المسئلتين من اعتبار الجانب الاخر كيلا تلزم بالشك قال رحمه الله
ويبيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شيء يعني اذا بيع نصف الهبة
يرجع في النصف الباقي كان لم يبع منها شيء فانه اذا لم يبع منها شيء كان
له ان يرجع في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع في الكل فله
ان يستوفيه ان شاء وان شاء استوفاه نصفه وكذا له ان يترك الكل ان
شاء وان شاء ترك النصف فكذا اذا بيع نصفها له ان ياخذ بعضها الباقي
لان المانع لم يوجد الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل اولى لانه
لما جاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل فاولى ان يجوز عند
العجز قال رحمه الله والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا
اي لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس
وهو ما اذا وهب لزوجته ثم ابانها ليس له الرجوع في الهبة والاصل فيه
ان الزوجية تطير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد
شهادة كل واحد منهما للاخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما
للاخر الصلة والتواد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل
فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود
فيها العوض لما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة
الهبة فان كانت اجنبية فيها كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع
فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة
دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود الا به قال

رحمه

رحمه الله والعتاق القرابة فلو وهب لذي محرم منه لا يرجع فيها لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان
المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفيها الرجوع قطعية الرحم فلا يرجع
فيها سواء كان مسلما او كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه
وهو عبد لاجنبي رجع فيها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع في الاولى وفي
الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله ان
الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به ما لم يفضل
عن حاجته فباعتبار احد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الاخر
لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك وان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما
لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا يتعدى
الى المقاصرة ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله
عن محمد ان قياس قول ابي حنيفة ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما
صلة كاملة وقال الهندواني ليس له ان يرجع في قولهم ان يرجع جميعا
لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم
منه فان عتق لا يرجع لان الملك استقر له فلا تكون صلة في حقه من كل
وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز فعند محمد لا يرجع لان الكسب كان
للمكاتب ثم انتقل الى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الاجنبي وانتقال
الملك يمنع الرجوع وعند ابي يوسف يرجع لانه بالعجز يظهر ان حقيقة
الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب اجنبيا ومولاه
قريب الواهب فان عتق المكاتب يرجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز
فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد
اخيه على ما مر قال رحمه الله والهاء الهلاك يعني هلاك العين الموهوبة
فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه

قال رحمه الله فلو ادعاه صدق اي لو ادعى المالك الموهوب له هلاك الجنبة بعد قبضه ان كان لو ينبغي الرد عليه فالشبهة الموضع قال رحمه الله وانما يرجع الرجوع بتراضيهما او بحكم الحاكم لان الملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه الا بالقضاء او الرضا ولانه مختلف فيه بين العلماء وفي اصله وهو جحود الموصول مضمونه خفا لانه يحتمل ان يكون غرضه العوض اذ ينوي فيثبت له حق الرجوع في هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء او الرضا فلم يقض الهاوي ويفسخها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يقضي لعيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لان اول القبض كان مضمونا عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستيلاء عليه وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه لم اذا حصل الرجوع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد يجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب وهذا الورده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا ان عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع غير لازم فاذا رجع اليه عين ماله كالعارية فكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان يجعل هبة مبتدأة وهذا لانه يشترط فيه قبض الواهب وصحيح في الثاني بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ وهذا لان العيب يمنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا لم يكن سليما فات رضاه بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ فاذا الموكل له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون مبتدأ

مبتدأ ضرورة غير انه اذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا للحوم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على انفسهما وانما اعتبر رد في المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره وان ابطله رد عليه كيف ما كان اختيارا او في القياس ان لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله فان تلفت الموهوبة او استحقت او ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يلتبث به الغرور بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما الوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله والهبة بشرط العوض هبة ابتداء يشترط القبض في العوضين ويبطل بالشيوع لانها ترد بالعيب وخيار الرؤية ويوصف بالشفعة وقال زفر والثاني هو بيع ابتداء وانتهاء لانها انما بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة ولنا انه احتمل على جهتين فحملناه على احدهما بما ذكرنا من الشبهين فيكون ابتداء معتبرا بلفظ تجري فيه احكام الهبة وانتهاء معتبرا بمعناه فتجري فيه احكام البيع كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من ابطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بعدمه حتى يعتبر من الثلث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز الغاؤها مع امكان العمل بها وقد امكن ههنا فيما ذكرنا

ولا تنافي بين حكميها لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار
لاحدهما وفي البيع الفاسد يكون حكم الهبة من حيث تاخيره الى القبض
والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع على ما ذكرنا من الموانع المرجوع بخلاف
المسايل المستثناة فانها فاسدة بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين
فتعين لغا اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب لابنه الطفله الصغير بشرط
العوض لم يجز عند ابي حنيفته وابي يوسف ومحمد لانه تبرع ابتداء وهو
لا يملك التبرع بماله وقال محمد يجوز لانه يبيع اتمها على ما بينا فصل
قال رحمه الله ومن وهب امة الا حملها او على ان يرد عليه شيا منها او يعتقها
او يستولدها او دار الا بيتا او على ان يرد عليه شيا منها او يعوضه عنها شيا
صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
لانه عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل الشرط وهذه كلها
شروط فاسدة اما في غير استثناء الحمل فظاهر واما في استثناء الحمل فلان
الاستثناء تصرف لغتي لا يعمل الا بما نتاوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت
اللفظ وانما هو وصف للجارية فكانها بانعها فلا يصح استثناؤه على ما
بيناه في الاقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يوثر في الهبة فيصح ويدخل
الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل ما وضع مال بغير مال كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل يجب وهو القبض والشروط
الفاسدة الحكمية لا الحسية بل الشروط تفسدها بتطل ولو اعتق ما في بطنها ثم
وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واستغلال بطنها به
لا يوجب الفساد كما اذا وهب ارضه وفيها اينه بخلاف ما اذا ادى بالحمل ثم
وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيها باق ولا يمكن ادخاله في الهبة
لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونها

لانها

لانها مشغولة به فصار بمنزلة الحمل بدون الثمر والحوامل بدون الدقيق
من حيث ان كل واحد منهما يملكه المشتري بخلاف البيع فانه يصح حيث لا يجوز في الفصول
كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير بخلاف الوصية حيث يجوز في
الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها اوسع على ما بينا في البيوع وقوله
على ان يعوضه شيا منها يتم اشكال فانه اراد به الهبة بشرط العوض فهي
والمشروط جايز ان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه
منها شيا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرده
شيا منها قال رحمه الله ومن وهب عبدا ثم قال للمولى ان ابا هذا العبد مولاك او انت
مولاه بري وادى الى المولى نصف قيمته ان شاء المولى وان شاء لم يؤد شيا
البتة فهو باطل لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء منه
اسقاط فيه معنى التمليك لانه الدين مال من وجه بالنظر الى المالية حتى يجب
فيه الزكوة ويصح شراوه به من المدين ووصف من وجه بالنظر الى الحال
حتى لو حلف انه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث فمن وجه انه
مال كان تمليكا ينرتد بالرد ومن وجه انه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف
على القبول والتعليق بالشروط تختص بالاسقاطات المحضة التي تحتمل
بحكم الطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط
بخلاف الطلاق والعتاق وهذا بخلاف قوله ابرئ من النصف على ان تؤدي الى النصف لانه
تقييد وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح قال رحمه الله ومن اعمر
للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهو ان يجعل داره له عمره فاذا
مات تردعليه الا ان يقول ان مت قبلك فهي لك وهذا تفسير الرقبي
اي بقوله ذلك لما روي عن زيد بن ثابت انه عليه السلام قال من اعمر
عمرى فهي لمن اعمرها حيا وميتا ولعقبه لا ترقبوا ولا ترقبوا فمن ارقب شيا فهو سبيل الميراث
رواه احمد وابو داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبى الذي ارقبها رواه

احمد والنسائي ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له عمرى
ثم اذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا ان الهبة لا تبطل
الشروط الفاسدة ويبطل الشروط ومعنى الرقبى ان يملكها له بعد موته
فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه
ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال ابو يوسف تصح الرقبى
ايضا بناء على انها تمليك في الحال واشتراط للاسترداد بعد موته
عنده كالعمرى كان الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روي عن ابن
عباس انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة
لمن ارقبها رواه احمد والنسائي فحاصله متى وجد التمليك في الحال
واشترط الرد في المال يجوز بالاجماع لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط
بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل
لا يجوز بالاجماع فكان الاختلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن
قال انه تمليك في الحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف
حقيقة ومثل هذا تقدم في الصابيات وفي فساد الصوم في الافطار
في الاحليل وفي وجوب الدم اذا غسل المحرم راسه بالخطمي او لبس الثوب
المعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين امكن
التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على انه اراد به
ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد الموهوب له وما جاء فيه من
الاطلاق على انه جائز والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمرى ايضا وهو
ما روي عن ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن
اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته ومماته رواه احمد والنسائي وفيهما اخبار
كثيرة بعضها تمنعهما وبعضها تجيزهما وبالحمل على ما حملنا حصل التوفيق
فلا معارضة والله اعلم قال رحمه الله والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض

ولا

ولا مشاع يحتمل القسمة لانها تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة
فامتنعت بدون القبض كالهبة قال رحمه الله ولا رجوع فيها اي في
الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية
لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم
قال من اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لانه يقصد
به العوض دون الثواب الا ترى انه في حق الفقير جعلت الصدقة
والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة
ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض
ومراعاة لفظه اولى من مراعات حال التملك ثم التصدق على الغني يكون
قربة يستحق به الثواب فقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثيرة
والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى انه عند اشتباه
الحال يتادى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا
عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا ذكر في النهاية معزيا
الى المبسوط وما ذكروه من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي هذا
لانهم هناك لم يعتبروا فيه وفي الهبة الا حال التملك حتى اجازوهما
لفقيرين ومنعوهما لغنيين على الصحيح وهو المذكور في الجامع على ما
بينا من قبل فقياسه ان يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك
الرجوع في الهبة على الفقير والله تعالى اعلم

كتاب الاجارة

قال رحمه الله هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم وقيل
هي تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استحلال
المنافع بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من اجر ياجر
من باب طلب وضرب فهو اجر وذلك ماجور اي الاجارة اسم للاجرة
وهي ما اعطي من كرا الاجير وقد اجره اذا اعطاه اجرته والاجرة ما يستحق

على عمل الخير وهذا يدعى به يقال اجرك الله واعظم الله اجرك وفي
كتاب العين اجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس اجرين
دارا فاستاجرها فهو موجر ولا تقل مواجر فانه خطا قبيح قال وليس
اجر هذا فاعل بل هو افعل وهي جايزة باجماع الامة قال الله تعالى حكاية
عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على
ان تاجرني ثماني حجج وشريعة ما قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما
اذا قص لنا لا على وجه الانكار وقال عليه الصلاة والسلام من استاجر
اجيرا فعليه اجره وشرطها ان تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان
جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع
الملك في البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة
والقياس ان لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا انها
اجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنافع والعين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول فعمله يظهر في المنفعة
ملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه اقيمت مقام المعقود
عليه في حق جواز المسلم وقال الشافعي تجعل المنافع موجودة حكما
ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع
حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد
العقد فيه فانزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا ارتباط الايجاب
بالقبول صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود
المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى
يعمل العقد فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم
بعد ذلك قبل هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد

وهو

وهو الملك يقبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا اولى
مما ذهب اليه الشافعي لانه تغيير امر حكمي بدليل شرعي وما ذهب اليه قلب
الحقايق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا يتصور وجودها
في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل
ولهذا لو اضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو اضافه الى العين جاز بالاجماع
ولان ما قلناه ليس فيه الا اقامة السبب مقام المسبب وهو امر شايع
شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان اولى قال رحمه الله وما
صح ثمنا صح اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت
الاجرة عينا جاز كل عين ان تكون اجرة كما جاز ان تكون بدلا في البيع
وان كان موصوفا في الذمة يجوز ايضا كل ما كان ثمنا او مبيعا في الذمة
كالمقدرات والمذروعات وما لا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا
ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس
كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان تجد جنسها لا يجوز كاستيجار
الدار بالسكنى وكاستيجار الارض للزراعة بزراعة ارض اخرى لان المنافع
معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس
المتحد لانه يكون كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلفي الجنس على ما
قالوا قال رحمه الله والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة
فتصح على مدة معلومة اي مدة كانت ومنه الاجير الوحدة لان المدة
اذا كانت معلومة فتجوز طالت المدة او قصرت تاخرت بان كانت مضافة
او تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي
فيه فانه يقدره بسنة في رواية ولا يجوز اكثر لان جوازها للضرورة ولا
ضرورة اكثر منها وفي رواية يقدره بثلثين سنة ولا يجوز اكثر منها لانه قل
ما يستعمل بالاجرة اكثر من ذلك وفي رواية يجوز ابدا لان بيع المنافع كبيع

الاعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان المجوز لها كونها معلومة
ولا معنى بعد ان صارت معلومة الا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب
عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني
حجج فاجاز اكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب المدة فلا تجوز
الا موجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التابيد
ايضا حتى لو ضرب لها اجلا فسد البيع وقال بعضها لا يجوز ان يضرب لها
اجلا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم
بموت المفقود عند موت اقرانه فصار كالتابيد معنى فلا يجوز لما عرف
ان التابيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي ابو عصمة العامري وبعضهم
جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة في هذا الكلام المتعاقدين وانه
يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت قال رحمه الله ولا تزاد في
الاوقاف على ثلاث سنين اي لا يجوز ان تزاد مدة الاجارة في الاوقاف
على ثلاث سنين خوفا من دعوى المستاجر انه ملكه اذا تطاولت المدة
وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين ان يعقد عقودا في كل
عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان ابن فلان استاجر الوقف كذا
وكذا سنة كذا وكذا عقدا في كل سنة وذكر صدر الاسلام الحيلة فيه ان
يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز
في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع
كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة
في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة وان اشترط لذلك
شيئا من المدة فهي على ما شرط طال او قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص
قال رحمه الله او بالتسمية كالاستيجار على صبغ الثوب وخياطته ان
المنفعة تعلم بالتسمية كما في ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استيجار الدابة

للحمل

للحمل والركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنس
الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة
صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على
العمل كاستيجاره ونحوه قال رحمه الله او بالاشارة كالاستيجار على نقل
الطعام الى كذا اي تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكر في نقل
الطعام لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة
وهذا النوع قريب من النوع الاول قال رحمه الله والاجرة لا تملك بالعقد
بل بالتاجيل او بشرطه وبالاستيفاء او بالتمكن منه اي لا تملك الاجرة
بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستاجرة لانها عقد معاوضة
فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وهذا مبني على اصله ان المنفعة المعدومة
عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد ان يكون المقصود عليه
موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص الى السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل
النطفة في الرحم كالحي حكما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا في حق الاحكام
كالارث وعتق امهات الاولاد والدليل على انه كالموجود جواز الاستيجار
بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا
ان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين
في الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد
لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجرة
لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتاخر الملك فيه ضرورة
وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا حكما فكيف يقال
ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض يبقى زمانين فلا
يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد

وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار ان العين التي هي
سبب وجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول
وفي حق وجوب التسليم اذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد
في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد
للحال في حق المنفعة لان اقصى ما يتصور العقد على المنفعة ان يكون
العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة
على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في
حكم عقود متفرقة بتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما
قامت العين مقام المنفعة تصحيحا للعقد في حق الانعقاد والتسليم ضرورة
عدم تصورهما في المنفعة ولا ضرورة في حق الملك في البدل اذ اما ثبت
للضرورة ثبت بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما لا يظهر في حق ملك
المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد للحال في
حقهما وهذا اولى من الذي ذهب اليه الشافعي فان فيه قلب الحقائق وهو
جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه الا اقامة السبب وهو
العين مقام السبب وهي المنفعة في حق بعض الاحكام وهذا القدر من
التعبير معهود في الشرع الا ترى ان الشارع اقام السفر مقام المشقة لانه
سببها واقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه
ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستيجار بالدين لان العقد لم ينعقد
في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها ايضا وعند
انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا تكون دينا
بدين اصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت الاجارة
بالدين المؤجل ايضا اصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز ان يجعل المعدوم
كالمستوفي لجاز ذلك في السلم ايضا كما اذا باع العين بالعين فاذا استوفى

المنفعة

المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها او اشترط تعجيلها
فقد التزمه بنفسه وابطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف
الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا
ولا يلزمه المحال لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل
بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا
قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشروط وفيما نحن فيه انما لا يجب
لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح
على خلافه الا ترى ان الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع
حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب
تسليمه في الحال لانه تأخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء من الاجرة
بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج
امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها فلو لم تملك
المنفعة او لم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند ابي يوسف
لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز
الابراء عنه والجواب على محمد انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد
وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة والوثيقة
فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب الا ترى انهما جائزان بالثمن في البيع
المشروط فيه الخيار بالدين وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط
فكذا بهذا الدين اما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط
ملائمة فهذا لا يكون اقل منه واما الرهن فلانه استيفاء للدين حكما فيكون
معتبرا بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما
بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمرأة ان تحبس نفسها بعد تسليم
الدار اليها لانه اوفى ما سمى لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الاطلاق

فصار كما اذا اجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا
هذا بل اولى لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه كما بينا
وقوله للشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الى اخره قلنا نعم لكن
عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكما
اذا كان يمكن تصوره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته
وكذا بالعكس واما المنافع فلا تقبل العقد اصلا حتى في حال وجودها
على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها جوازه
بل بطلانه على ما بينا على انا اعتبرناه تغيير فكان
اولى على ما بينا قال رحمه الله فان غصبت منه سقط الاجر اي لو
غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله فيما اذا غصبت
في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع
وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بينا وهل تنفسخ
الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي فخر الدين في فتاويه
والفضل لا تنتقض قال رحمه الله ولرب الدار والارض طالب الاجرة
كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله
والاصل فيه ان الاجارة معاوضة والملك فيه في المنافع يمنع ثبوته زمان
العقد فكذا الملك في الاجرة على ما بيناه ثم كان ابو حنيفة اولا يقول
في الكل لا يجب شيء من الاجرة حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل وهو
قول زفر لان المعقود جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على اجزائها
كالثمن في البيع والرهن في الدين ثم رجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة
على المدة كما في اجارة الدار والارض او على قطع المسافة كما في كراء الدابة
يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان للمستوفي اجرة معلومة من
غير مشقة ففي الدار يجب لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة والقياس ان

يجب

يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا انه يفضي الى الحرج لانه لا يعلم
حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الى ما ذكرناه لان حصته من الاجرة
معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته
بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل في البعض
غير منتفع به فلا يستوجب الاجرة بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل
وكذا اذا عمل في بيت المستاجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الاجرة على
ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية
والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي
خان والتمرتاشي انه اذا خاط البعض في بيت المستاجر يجب الاجر له بحسابه
حتى اذا سرق بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد في الاصل
على ذلك بما لو استاجر انسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله
اجر ما بنى فهذا يدل على انه يستحق الاجر ببعض العمل في الكل كالخياطة ونحوها
لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة ففي خياطته في منزل
المستاجر تحصل التسليم بمجرد الفعل ولهذا اذا فرغه في منزله يجب الاجر
من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق
الاجر على البعض الا في السكنى الدار وقطع المسافة وهو اقرب الى المروي
عن ابي حنيفة لانه روي الفرق بينهما عنه في القول المرجوع اليه على ما
ذكرنا وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل قال رحمه الله وللخباز بعد اخراج
الخبز من التنور يعني للخباز ان يطالب بالاجر اذا اخرج الخبز من التنور
لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز في
بيت المستاجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان في منزل
الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور قال رحمه الله فان اخرجه
فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه يعني اذا اخرجه من التنور ثم احترق

هذا اذا كان يخبز في منزل المستاجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ
المنزل في يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك
بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل ان يخرجه او سقط
من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر هذا لانه قبل التسليم ولانه
قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب
حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم على ما ذكره
الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه وانما لم
يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما ذكرنا
وهذا بالاجماع ولو احترق بالتنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن
لانه بجناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج
من التنور الا بالمطالبة به لانه يصير الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه
لان المنزل ليس في يده فلا بد من التسليم الحقيقي وبخلاف ما اذا خبز في
منزل المستاجر على ما ذكرنا ولو هلك قبل التسليم هنا الى صاحبه لا يستحق
الاجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان لعدم عند ابي حنيفة
وعندهما يجب الضمان لان المتاع عندهم في الاجير المشترك امانة وعندهما
مضمون ثم اذا صار ضامنا قالوا لمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل
دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه الاجر ولا يجب
عليه ضمان الحطب والملح لانه ذلك صار مستهلكا له قبل وجود الضمان عليه
ومتى ما وجب الضمان كان رهنا اقاله رحمه الله والطباخ بعد الغرف
اي للطباخ ان يطالب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان
يطبخ للوليمة واما ان كان يطبخ قدر حاجة لاهل البيت فليس عليه الغرف
لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه قاله رحمه الله
والبناء بعد الاقامة اي اذا استاجره ليضرب له لبنا في ارضه استحق

الاجر

الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يستحق حتى
يسرجه لانه لم يسلم كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذي يتولاه عادة
والمعتاد كالمشروط وتوجيه الاستحسان لابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا
وهو القياس ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتسريج عمل زايد
عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر
وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وثمرة الاختلاف تظهر
فيما اذا اصابته المطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما
لا يجب اذا هلك قبل التسريج هذا اذا ابى فارض المستاجر لانه يصير
مسلما اليه بالاقامة او بالتسريج على اختلاف الاصلين وان ابى الاجير
ان يدخل ارض نفسه لا يستحق تسليمه وذلك بالعمل بعد الاقامة عنده وعندهما
بالعمل بعد التسريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز قال رحمه الله ومن لعجانه
في الحبس كالصباغ والقصار يحبس بالاجر اي يحبس العين لاجل حق
يستوفيه لان المحبوس عليه وصف في المحل كان له حق الحبس لاستيفاء
البدل كالبايع ذكر في النهاية ان القصار اذا ظهر عمله باستعمال الثياب
كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا ازالة الدرن لختلفوا فيه والاصح
ان له حق الحبس في كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد
ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه فيه بالاظهار وعزاه الى الجامع
الصغير لكنه في خان وقال زفر ليس له ان يحبس العين باتصاله بملكه
فسقط حق الحبس به لان الاتصال كالهلاك باذنه فصار كالقبض بدلالة الاترى
انه لو امر شخصا ان يزرع ارضه حنطة من عنده فزرعها المامور صار
قابضا باتصاله بملكه وصار كما اذا اصبغ في بيت المستاجر قلنا اتصاله
العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل واشبه بهذا الاتصال ما لو جيء
تسليم بلبن عنا في تحقيق عمل الصبغ ونحوه لان الاثر في المحل اذ لا وجود

للحمل لانه كان مضطرا اليه والرضا لا يبتنى مع الاضطرار كصاحب
اذا بنى السفل لا يكون متبرعا فيما بناه لانه مضطر اليه وليس هذا كصنعه
في بيت المستاجر لقيام يده على المنزل ويمكن للعامل ان يحتال عند
بان يحمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون متبرعا بالتسليم
مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس بخلاف ما اذا سلم المبيع برضاه
ليس له ان يسترده وبخلاف الاول اذا انتقد المشتري بغير رضاه كان
للبايع ان يسترده وبخلاف هذا الاختلاف الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن
من عنده كان له ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يؤدي الثمن لانه مضطر
في نقده من عنده وعذر فليس له ان يحبس لان الوكيل يد الموكل
فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر بهذا القبض فلا يمكن التحرز
عنه اذ لا يقدر ان يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط
حق الحبس بذلك قال رحمه الله وان حبس ضاع فلا ضمان ولا اجر
لان العين امانة في يده على ما بينا ولانه ان يحبسها بالاجرة شرط فلا
يكون متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الاجر لان المعقود
عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك
قبل القبض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها
كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم
لصاحب العين الخيار ان شاء ضمنه قيمتها يوم غير معمول فلا اجر له
عليه لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولة وعليه الاجر
لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال رحمه الله ومن
لا اثر لعمله في المال والملاح لا يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل
وهو عرض معنى ولا يتصور بقاؤه ولا له اثر يقوم مقامه ولا يتصور
حبسه بخلاف ذراع الابق فانه يحبسه على الحمل وان لم يكن لعمله اثر

يقوم

يقوم مقامه لانه كان يحبس ليرغب صاحبه في تخليصه بالاجر فكانه باعه من مولاه
فكان له حق الحبس وانتفعوا في فعل التوبة حبسه تعالى اياهم في النار
بلا شك وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ولا يستحق الاجر ان تبرع بعمله
اي ليس للاجير ان يستحق غير ما اشترط عليه ان يعمل بنفسه لان المعقود عليه
العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه منفعة
بان استاجر رجلا ليخدمه الخدمة لا يقوم غيره مقامه في لزوم الاجرة ولا يستحق
به الاجر لانه استيفاء المنفعة بلا عقد التعين المعقود عليه لذلك قال
رحمه الله الا ان يستاجره الى اهله فحمل بعضه في حياله فله اجره
بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه
ابو جعفر هذا عندهما واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فله الاجر كله
متى يسلم نفسه وان كان انواعا معلوما من حيث الاجر كما في النهاية عن الفقيه
ابي الليث وان كان انواعا غير معلوم من حيث الاجر كما في الذخيرة
فله اجر ما حمل لانه اوفى بعض المعقود عليه قال رحمه الله ومن
استاجر ثورا ليحمل عليه الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة
فحمل عليه الشعير فله اجر مثله من القرية التي حمل من القرية لا يجب شيء
لان الاجر بالذهاب وان قال استاجرتك من القرية حتى احمل من القرية لا يجب شيء
لان الاجارة كانت واردة على الحمل لا غير وفي الاولى كان العقد على السير
في الذهاب وقد وفى له بذلك الموضع والحمل منه الى القرية فاستوفى
بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحسابه وعزاه الى الذخيرة وروى هشام
عن محمد رحمه الله في السغيفة وروى في المحيط قال رحمه الله ولا اجر للحمال
الخباب الجواليق ولا لحامل الطعام ان رجع الموت معناه اذا استاجره
ليذهب بطعامه الى فلان بكذا فلا اجر له ولو ذهب بكتاب اليه ورجع به فذهب
فوجد فلانا ميتا فله اجر له لانه قضى تسليم المعقود عليه بالرد قضاء
كانه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله لا اجر في الطعام لانه
الاجر بقابله حمل الطعام الى اهله وقد وفا بالمعقود فاستحق الاجرة

عليه ثم هو رده جاز فلا يسقط حقه به في الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر
فيه لا يقابل الحمل لانه مؤنة له وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب
في نقل الكتاب لانه اوفا بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر
مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لتحقق مؤنته بخلاف حمل
الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لان في حمل
الطعام مؤنة قلنا الاجر مقابل بالحمل فيهما لانه وسيلة الى
المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلمه في الكتاب فاذا رده فقد
نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة
بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول
اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل اليه او الى ورثته فله الاجر
في الذهاب لانه اتى باقصى ما في وسعه وقال في المحيط اجمالا ما ذكر
في هذه المسئلة وكذا لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد
فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر يقطع المسافة لانه في وسعه
واما الايصال فليس في وسعه فلا يقابله الاجر وباب
ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيه بالقاء الرحا صحيحا اجارة
الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها والقياس ان لا يجوز حتى
يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت
تصلح لاشياء مختلفة فيفسد ان لا يجوز لجهالة ما يعمل فيها كما يفسد
الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان ان العمل المتعارف
فيها السكنى فصار كانه بين مسكنا فيتصرف اليها لان المتعارف كالمشروط
ولانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف
الارض والثياب فانهما تختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد
من البيان قال رحمه الله وان يعلم ما على ما ذكرناه انها لا

تختلف

تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز انه ان يجلس فيها ما شاء عند الاطلاق
وله ان يسكن غيره بعقد او غيره لان السكنى لا يضر بها بل تزيد
في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكنى وله ان يضع فيها ما يدل له
من العمل حتى الدواب للحيوان لانه من تمام السكنى وهو كونه في النهاية
لانه لا يدخل الدواب في عرفنا لان المتبادر من الخباز بفتح من كان في
الناس ويكنس التنور لا دخال الدواب واهل الحوانيت جاءوا على عرفهم
في الكوفة قال رحمه الله الا انه لا يبني حائطا ولا يقطع الا وتدا
لانه يغير تصيير ما واعتبارها في هذه الاشياء ظاهر لانها تتوهن
البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة وارادة بالرحا رحا الماء او رحا
الثور واما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبناء
وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا الوكيل بالخصومة
للطحن ونحوه لانه لا يوهن البناء وان اراد على العادة بحيث يوهن
البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغي ان يكون
الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه والكثير جرت
العادة بان يدق كل اهل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك
القدر منه البناء فصار كانه ان كل ما يوهن البناء وفيه ضرر ليس
له ان يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز تطلق العقد
وان تحقق به ولو اقعد فيها حدادا او نجارا يضمن لانه متعد بالعمل فيها
لانه متعد فيها ولا اجر عليه لانه لا اجر والضمان لا يجتمعان وان لم
يتلف وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب لانه هذا
العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه كالحال في العقد وبعده سواء وجه
الاستحسان ان المعقود عليه هو السكنى وفي الحوانيت السكنى وزيادة
فيكون مستوفيا المعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وهو

نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشر مخاتيم فحمل عليها احد عشر
وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر المسمى هذا ولو اختلف الموجر والمستأجر
في الشراء اذ ذاك كان القول للموجر لانه لو انكر الاجارة كان القول له
فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع وكما اذا اقاما البينة كانت بينة المستأجر
اولى لاثباتها الزيادة قال رحمه الله والاب والوصي المزارعة الى ثلاث
سنين وقال ابو يوسف رحمه الله لا يزارع فيها ما شاء لان منفعة الارض مقصودة
وقد جرت العادة بايجارها للزراعة كل ثلاث سنين فكان العقد الاجارة عملا
بالعادة ولهما ان هذا مما يتغابن فيه فاحتمل ما يقل من الارض وعند ما يصلحها
غيران ما يزرع فيها مختلف فلا بد من بيانه او يقول على ان زرعها ما شاء فصارت الاجارة
الجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى
بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان
المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة ينعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنافع والفساد لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في
وقت الزراعة يفسد وصار كان الجهالة لم تكن فعاد صحيحا وهذا لو
استأجر ثوبا ولم يبين اللابس او استأجر شخصا عادة صحيحا لما ذكرنا
والمستأجر الذهب والطريق لان الاجارة تنعقد ولا انتفاع الا بهما بخلاف
البيع لان المقصود ومنه ملك الرقبة دون الانتفاع في الجهالة ولهذا
جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان تحته من غير ذكر الحقوق
على ما مر في البيوع قال رحمه الله والبناء والغرس اي جاز استيجار الارض
للبناء والغرس الا ان يؤقت لان منفعتهما معلومة تقصد فتعقد الاجارة عادة
فتصح كما لو استأجرها للزراعة قال رحمه الله فان مضت المدة قلعهما
وسلمها فارغة اي اذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض
الى الموجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى المالك غير مشغولة بملكه

وغرسه

وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة بينا ان
وقت تركهما الى الدوام باجر او بغير اجر ينتظر رضا صاحب الارض فتعين
القلع في الحال بخلاف ما اذا استأجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة
والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى ان يستحصد باجر
المثل لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما
اذا مات احد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالسبي
على حاله الى ان يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان الزرع نهاية
على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالسبي وابقاؤه على
حكمانا ولي الاذ لا فائدة في نقض العقد واعادته على حكمانا وبخلاف
ما اذا غصب ارضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان لنهاية لان
ابتداء فعله وقع خطأ والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستأجر
حين اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يخير باجر المثل الى ان
يستحصد الزرع دفعا للضرر عنهما ورعاية لخيرهما والقياس ان يقلع في
الصور كلها لان الارض ملكه فلا يوجر بغير اذنه كالبناء والغرس ووجه
الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه
قال رحمه الله الا ان يغرم له الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه يعني عند
منتهى المدة يجب على قلع البناء والغرس على ما بيناه الا ان يختار له الموجر
قيمة البناء او قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كان نقصان الارض بنقض القلع لان
الواجب دفع الضرر عنا فاذا امكن دفعه بنقض القلع تقرر به فكان
له ذلك فيهذا التخيير لدفع القيمة الى المستأجر ويقرر به لان المستأجر
لا يتضرر بذلك اذ الكلام في مستحق القيمة تقوم مقامه وان كانت
الارض لا تنقص بالقلع واراد ان يضمن له قيمته ويكون له البناء ليس
له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهما في بلوغ الملك وعدم ترجح احدهما

على الآخر ولا بد من انتفاعها في هذه الحالة دون الانتفاع فيما بينهما تحقيق
العارية قال رحمه الله ويرضى بتركه ويكون البناء والغرس لصاحب
الارض لحاجته لان الحق قرير الارض فاذا رضي باستقراره عليها كان
باجر او بغير اجر كان له ذلك قال رحمه الله والرطبة كالبقل لان للرطبة
لانهاية فصار المنجز تفلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع البقل قال رحمه
الله والزرع يتركه باجر المثل الى ان يدرك اي يترك الزرع باجر
المثل الى وقت ادراكه لان له نهاية معلومة وقد
ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس انتفاعا قال رحمه الله
والدابة للركوب والحمل والثوب للبس يعني يجوز استئجار هذه
الاشياء لما ذكره لانها منافع معلومة ومعتادة استئجارها فجاز
كسائر الاعيان المرهونة قال رحمه الله فان اطلق اركب والبس من شاء
اي ان اطلق له الركوب او اللبس جاز له ان يركبه بنفسه ويلبس الثوب من
شاء والمراد بالاطلاق ان يقول على ان يركبها من شاء او يلبس الثوب من
شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان
يشترط ان يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما
يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف على واحد
منها اختلافا فاحشا فاذا لو عين لدبة او خالف فتلفت اذا هلكت لعين
والاجر كما في الزراعة وذكر هذا الجنس في اللبس وفي الزجاجة وشرح
الطحاوي والخفي وذكر التأويل الذي ذكرناه في الخلاصة
وان لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما شاء صحت الاجارة بالجهالة فلو اركبها
وركب بنفسه او البس ولبس وجب عليه الضمان وفي الغياثي عليه
اجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجه الاستحسان ان
المفسد هو الجهالة التي تفضي الى المنازعة وقد ارتفع الفساد لانتفاء

يجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء والاصل ان عليه اذا هلكت المعينة
لانه غير متعد لعدم المخالفة سوى لبس بنفسه او البس غيره بخلاف ما
اذا عين له من يلبس ومن يركب فالبس او اركب غيره حيث يضمن لانه صار
مخالفا والوقاية على ان يركب ويلبس من شاء فاركب غيره او ركب بنفسه
ليس له ان يركب ويلبس غيره لانه تعين مراده من الاصل فصار كانه نص
عليه من الابتداء ذكره في الكافي قال رحمه الله وان قيد بركوبه ولبسه فخالف
ضمن لان التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيتغير فاذا
خالف صار متعديا فيضمن قال رحمه الله ومثله ما يختلف بالمستعمل
اي يضمن مثله ذكر ما يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف
لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله وفيما لا يختلف به بطل التقييد والشرط
يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور
والحوانيت له ان يسكن غيره يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور
للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه في الدار له ان يسكن
غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها
خارج بدلالة العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد لانه كالدار للسكنى
وعند ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في نصبه وضربا وقلعه
والخياط مكانه قال رحمه الله وان عين نوعا كالبس له مثله واخفا اضر
كالملح يعني لو عين نوعا وقدر ايجاره على الدابة مثل البر ولو فوقه ان يحمل عليها ما
هو اضر منه كالملح لانه اذا رضي بشيء يكون راضيا بما هو مثله او دونه
دلالة دونه ما هو اضر منه والقياس ان يضمن بالحمل عليها لاختلاف الجنس
كيف كما ان لانه يتصرف بالامر فليس له ان يخالف الا ترى ان للوكيل
بالبيع بالنقد ان يبيع بالنقد ونسيئة لا يتعذر بيعه ووجه الاستحسان ان التقييد
انما يعتبر ان لو كان مفيدا ولا فائدة في هذه المسألة في التقييد بل ربما يتضرر
ومنع كون التعيين اخف من الشعير اخف منه مكانا واجيب بالجواز حتى لو سمى

على الدابة الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن ضمن لان التقييد به
فائدة لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذ الحنطة فصار كما لو
حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال
وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر
الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا اخف من ضرر الحنطة لانه
يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما تأخذه الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط
وقال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا
او ملحا او اجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضر بها اكثر
وكذا يضمن اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر
الدابة اكثر من الحنطة وفيه حرارة ايضا فكان اضر عليها من الحنطة
فصار كما لو حمل عليها تبنا او حطبا فحاصله ان الشيئين متى كان في
احدهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في احدهما
الاذن في الآخر وان كان هو اخف ضررا من وجه آخر قال رحمه الله
وان عطبت بالارداف ضمن النصف ولا عبرة بالثقل لان الدابة قد
يعثر بها الراكب الخفيف ويخف عليها راكب ثقيل لعلمه بالعثر وسببه
ولان الاداء في البر موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد
كالجناية في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين
وان كانت لا تطيق فمن جميع قيمتها ذكره في الجامع الصغير قال والهذا اذا كان
الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر
ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييد به احترازا عما
اذا حمله الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان فعل الراكب مع
الذي حمله على عاتقه بمنزلة فعل واحد فيكون شريكا على الدابة
ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملها

ثم ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال
في النهاية وفي المحيط انه يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت اجلا ما بلغت
بقدره ونصف القيمة ثم لها ان شاء ضمن الراديف وان شاء
الراكب والراكب لا يرجع بما ضمن والراديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا
قال رحمه الله وبالزيادة يعني على الحمل المسمى ما زاد اعلم انه اذا استأجرها ليحمل
عليها شيئا معلوما فحمل عليها اكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لانها
هلكت بما هو مأذون فيه وغير مأذون والسبب للثقل فانقسم عليهما
الا اذا كانت الدابة لا تطيق ذلك واذا حمل عليها جنسا اخر غير المسمى
او جنس الحمل وكذا لو استأجر ثورا للحرث حنطة بقدرة فزاد لم
يجب الضمان بحساب الزيادة بل اوجب جميع القيمة لان الدابة هلكت
بغير المأذون فيه فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من جنس
المأذون فيه هلكت بالجميع تسقط حصة المأذون ويجب بقدر ما
تعدى حتى لو حمل عليها الحديد وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن
جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال رحمه الله وبالضرب والكبح
اي يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا
فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت الاطلاق فكانت هلاكه بالمأذون
فيه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق
يتحقق بدونه وانما تضرب بالمهماز عادة فصار كضرب الزوجة والمرور على
الطريق بخلاف ضربه لتعاضي الحمار والتعثر او فصد الفصاد حيث
لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد
على الفصاد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا
خلافا اذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما
انه يؤدب مولاه اي لهم ملاحظة في الضرب على هذا الخلاف فلهذا لو ترك

ضرب الاب والوصي الصغير اذا لم يتجاوز ضرب مثله للتاديب حتى تجب
الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير
فكان معينا به او منفعة عايدة عليه وهو ماجور عليه فصار كضرب المعلم
ايام من اولى لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيده منه بخلاف
الزوج يضرب امراته لانه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمي الى الصيد
فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة ان منفعة الصغير كالواقع له
لقيام البعضية بينهما الا ترى ان شهادته لو جعلت كشهادته لنفسه
ووضع الزكوة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم باذن الاب
لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية ضربه تاديبا واذا صح كان
المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان
على الاب ايضا فيما ضرب المعلم لان ما راى من التاديب لم يصر منقولا
اليه لانه يصح بقدر ما يمكن والزايد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود
الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود
لان الجرح لم يجب بشهادتهم قال رحمه الله ونزع السرج والاكاف بما لا
يسرج مثله معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج فاسرجه بسرج لا يسرج
بمثله الحمر او اوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لم يتناول ما يسرج بمثله
الحمر ولا اختلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج والايكاف فيضمن
جميع قيمته وان اسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن قد تناوله
اذ لا فايدة بالتقييد بالعين الا اذا كان زايدا في الوزن فحينئذ يضمن
الزيادة بحسابه وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان يوكف
بمثله الحمر الا اذا كان زايدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة
بحسابه كما في المسروج لانه هو والسرج سوا فاذا رضي بالسرج يكون راضيا
بمثله من الاكاف وجوابه ما ذكرنا ان الجنس مختلف لان الاكاف للحمل

والسرج

والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الاخر
فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسيلة
في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم
من مشايخنا من قال ليس في المسيلة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة
رحمه الله لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال
هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقدر ومنهم
من قال عن ابي حنيفة روايتان في رواية الاجارة يضمن بقدر ما زاد وفي
وفي رواية هذا الكتاب يضمن الكل قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على
على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة
رحمه الله فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر
الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن بحسابه وقيل يعتبر
بالوزن قال رحمه الله وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا اي يجب
الضمان اذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت او كان
المسلوك اوعر او اخوف او ابعد بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكونه
مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ
فله الاجر استحسانا ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين لانه
على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور
اجتماعهما في حالة واحدة ونظيره العبد المحجور عليه الاجر وان كان
يسلكه وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم
التفاوت وقال في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين
تفاوت لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفايدة اما اذا كان
بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه
الناس قال رحمه الله وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر اي يضمن جميع

يضمنه بجامع في البحر ان هلك لهما وان سلم فله الاجر وقوله بالكل عايد
الى المسايل التي تقدمت كلها من عند قوله بالضرب والكيل الى ههنا لان
الواجب في جميعها جميع القيمة وان ضمن بنيا اذا حملاه في البحر لان التفاوت
فيه فاحش وهذا ليس بمدفوع ان يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب
المسمى اعتبارا للحصول المقصود وارتفاع الخلاف قال رحمه الله وبزرع
ارضه اعتبارا للاذن بالاجر المتفاوت اي اذا اذن لهما ان يزرع الارض حنطة يجب
عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطاب اكثر ضررا بالارض
من الحنطة لانتشار عروقه فيها وكثرة الحاجة التي يسقيها فكان خلافا
الى شر فيجب اختلاف الجنس فيجب عليه بقدر ما تقدر به وهذا لانه استوفى
المشروط وزاد فيه فيجب عليه بقدر الزيادة الضمان وهنا لا يمكن ان
يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه
لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس الا ترى انه
لو استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا او حمل مثل وزنه
يضمن كل القيمة قلنا وهو نظيره قال رحمه الله ولا اجر اي لا يجب له
الاجر لانه لما خالف فصار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا يجب
الاجر به وانما يجب الاستيفاء بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة
ان يكون الشيء الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه وهذا لا يجتمع الضمان
والاجر وان نزرع بنيا ما هو اقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان
ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا قال رحمه الله
وبتبيطه قبا وامر بقميص قميصا ثوبه وله اخر القبا وقد اجر مثله
معناه اذا امره ان يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه
قبا وان شاء اخذ القبا وقد اجر مثله قبل الراد بالقبا الفرطق وهو
الذي يلبسه الاتراك مكان القميص واطلق واحد وقال تغيير الدين

القميص اذا قدر فتبرعان فيها طاق وكان قبا طاق اذا خيط جانباه
كان قميصا وهو المراد بالفرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقبا
فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما ويحمل
الجواب بجري على اطلاق في الحمل واطلاقه يدل عليه ذلك ووجهه ان
القبا والقميص يتفاوتان في المنفعة واجراهما واحد وهو الكم
والذيل والدخريص وعند ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب في الحمل
بل يضمنه القيمة حتما في الحمل رواه الحسن عنه لان القبا جنس اخر
غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فيجعل غاصبا لهما ووجه
الظاهر انه تميز من وجه لانه يمكنه حله والانتفاع به بانتفاع القميص
فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث المقطع والقالب
فيميل الى ايهما شاء وان مال الى الخلاف فضمنه قيمته وصار الثوب للخياط
وان مال الى الوفاق يأخذ القبا ويعطيه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
لانه صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بالخياطة القميص فاذا خالف
ذات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه اجر
مثله لا يجاوز به المسمى لان المتانع لا تقوم الا بالعقد او شبهه وليس
فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا يتقوم ولا يجب وهذا المعنى قلنا
لو خاطه مخالفا لما وصف يجب عليه اجر المثل ولا يجاوز به المسمى
ولو خاطه سراويل وقد امره بالقبا ضمن ان شاء بخيار التفاوت في
المنفعة والهيئة وقيل يجوز وهو الاصح لوجود الايجاد في اصل
المنفعة لان بحيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في
اصل الخياطة خصوصا اذا وقع الى رجل تخاسا فامره ان يضرب له
شبها من الاداني فضربه بخلافه فانه لا يخير لان هذا واسا علم

الشروط لانها بمنزلة البيع الا ترى انها تقال وتفسخ فيفسدها الشروط
التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع بالعقد يكون ظاهرا فيتمكن
وتصير كما لو شرط في الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من
النكاح والخلع والصلح عن دم العمد واشباهها قال رحمه الله وله اجر مثله
ايجاز وزنه المسمى هذا اذا كان الفساد لجهالة المسمى او لعدم
التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه
غير معلوم مثل ان يسمي دابة اونوبا او يستاجر الدار والحمام على
اجرة معلومة بشرط ان يعمها او يرمها وقالوا اذا استاجر دارا
على ان لا يسكنها المستاجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان يسكنها
اجرة المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا
ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما تتحمل الجهالة بالغة ما
بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما اذا كان الفساد
لجهالة او لعدم التسمية ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان
التقوم يستدعي بقاء الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه
فلا يتقوم وانما تقومت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها
واذا فسدت الاجارة وجب ان لا يجب الاجر لاعدام العقد والضرورة
لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد لانه الى كل
عقد مفض بجهالة لكونه تبعا له وكانت الضرورة باقية من كل وجه
لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح فتمس الحاجة الى الحاقها به فيكون
لها حكم قدرها وجعل جنسه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى
بالغا ما بلغ ويما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهته فلا يجب
ويبقى على الاصل بخلاف البيع لانه متقوم بنفسه صحة فيتمه بالغة
ما بلغت ولانهاية في الجزء ولا في غير المسمى يجب بالغا ما بلغ

قال

قال رحمه الله واذا اجر دارا الى شهر رجب صح بشهر رمضان الا ان يسميه
الكل لان تسمية كل واحد منهما معلوم والمقدار معلوم اما معرفة
الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة
من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا وعند ابن
حنيفة ظاهر لانه سوى بينهما وافقاه في الشهور واجاز
العقد في الصبرة في الكل والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن
رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا
اجاز في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر
الثاني والثالث للتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل
لا يعتبر فاذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانها
العقد الصحيح بشرط ان يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز
بالاجماع وقيل عندهما لا يجوز لا بحضرة الآخر وعند ابي يوسف يجوز
كما انه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبمنزلة جملة
الشهور تضيف الاجارة معلومة فتصح قال رحمه الله وكل شهر وسكن ساكنه
منه صح لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما
الامتناع عن المضي وقال بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية
لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى لان
في اعتبار الساعة حرجا عظيما الا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب
الايمان فيمن حلف ليقضين دينه فلانا مع رأس الشهر فقضاه في الليلة
التي يهل فيها الهلال وفي يومه لم يحنث استحسانا ولو فسخ في اثنا
الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه امكن توفيته
في وقت يمكن فيه الفسخ وبه كان يفتي ابو نصير ابن يحيى
ابن سلام ولو قال في اثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر

بالتهيئة فيكون فيخا مطلقا فيضا فالي اخر الشهر وعقد الاجارة يصح
مضافا فقولها فيصح ولو قدم اجرة شهر من اول الولاية وقبض الاجرة لا يكون
له ان يمنعها فالصحيح قدم الجمل اجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة التي
كانت القدر فيكون المسمى في العقد قال رحمه الله وان استاجرها سنة
صح وان لم يسم اجرة كل شهر يعني بعد ما بين الاجرة جملة لان المنفعة
صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فتصح وان لم يبين بان
شرط لكل شهر كذا اذا استاجرها شهرا ولم يبين حصته كل يوم فاذا صح
وجب ان يقسم الاجرة على الاشهر على السوا ولا يعتبر تفاوت
الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله وابتداء المدة وقت العقد
يعني ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد كالاجل واليمين ان لا يكلم
فلانا شهرا ولا نذر ولم يتعين عقيبها لم تحنث الا بمضي الجميع ولا وقيه
يبطل الاجارة والظاهر من حاله ان يقصد التعجيل فتتعين عقيب
العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا
عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز في
الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالهرمية فلا يتعين عقيب السبب
هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة واما بين تعيين
ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله واي وقت يعقل يعتبر بالاهلة
والا فبالايام يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر او كان
اولها او كانا ولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة
وان كان اولها بعد ما مضى شيء من الشهر تعتبر الشهور بالعدد
وهو ان يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند ابي حنيفة وهو
رواية عن ابي يوسف وقال محمد اذا كان ابتداؤها في اثناء الشهر
يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو

رواية

رواية عن ابي يوسف وقال محمد اذا كان ابتداؤها في اثناء الشهر
في الاصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس
والايام بدل الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين
يوما ولا يصار اليه البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر
الواحد وهو الاول وقد امكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على
الاصل وقوله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر بالباقي
ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والاتم ان يكون
الثاني والثالث وهلم الى الشهر الذي يليه قبل الاول وهو خلاف
فاذا اكمل من الثاني انتقض الاخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا
كل شهر يلي اخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة
وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله وصح اخذ اجرة الحمام لما روي انه
عليه السلام دخل الحمام في الجحفة واغتسل فيها ولان الناس وقال عليه السلام ما راه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روي
عن عمارة ابن عقبة انه قال قدمت على عثمان بن عفان رضي الله عنه
فقال لي من اين اقبلت فاخبرته اني من حمام الجحفة فقال اما انك لو
دخلت حمام ابي فاخبرته اني من حمام الجحفة فقال اما انك لو دخلت حمام ابي
لجاءك ابن وغلة الحمام وقال انه بيت الشيطان وسماه رسول الله
صلى الله عليه وسلم خبيث فانه تكشف فيه العورات وتعمل الغسالات
والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا اكره
اتخاذ حمام النساء لانه من محاسن الحرم وقد امرت بالقرار في
البيوت فاجتماعهن قل ما يخلو عن الفتن وقد روي ان سادخلن
على عايشة رضي الله عنها فقالت ان من اللاتي يدخلن الحمامات
واعرت باخراجهن والصحيح انه لا باس ببناء الحمامات للرجال والنساء

جميعا الحاجة اليه لان الناس يحتاجون اليه للاشتغال بمثل الرجال التي حاجة الناس
كثير لكثرة اسبابها الاشتغال بالحرث من الحصيد والتغاس والجذاذ
واستعمال الماء البارد قد يضر بعين وقد لا يمكن من الاستيعاب وازالة
الوسخ بمفسوده وكذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان وعائشة
رضي الله عنهما محمول على انه اذا كان يودي الى كشف العورة قال محمد
رحمه الله ونحن نكره الحمام اي بغير اجرة لما روي انه عليه السلام
احتجم واعطى الحجام اجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن
النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان اجماعا عمليا وقالت
الظاهرية لا يحل لما روي انه عليه السلام نهى عن كسبه لنتيجة كسب
الحجام وتغيير الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ لما روي انه عليه السلام
قال له رجل ان عيالا وعلي ما اجاما افاطعمهم من كسبه قال نعم
قال رحمه الله لا اجرة حسب التنبيس لقوله عليه السلام ان من السحت
حسب الكلب وهو المهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال
فلا يجوز اخذ الاجرة عليه ولانه اخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس
مهين لا قيمة له فلا يجوز اخذ الاجرة عليه قال رحمه الله والاذان
والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه يعني لا يجوز اخذ الاجر على
هذه الاشياء وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه
استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي
ذلك كالاستئجار على بناء المسجد واداء الزكوة وكتابة
المصحف والفقه ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به
وعهد عليه الصلاة والسلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت
موذنا فلا تتخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت كانت
للعامل فلا يجوز له ان يأخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم

والصلاة

والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بحق من جهة المتعلم
فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف ما نحن فيه
واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليه الاجير وكذا
الاجر الامر لوقوع الفعل عليه نيابة ولهذا لا يشارط اهلية المأمور
فيما بل اهلية الامر حتى جاز ان يستأجر الكافر فيما ولا يجوز فيما
نحن فيه والاصل فيه ان كل شيء جاز ان يستأجر الكافر عليه جاز
ان يستأجر المسلم عليه وما لا فلا قال رحمه الله والفتوى اليوم على
جواز الاستئجار لتعليم القرآن وهو مذهب المتأخرين من مشايخ
بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى اصحابنا المتقدمين الجواب على ما
شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس في زمانهم وكان ظهر عطيات
في بيت المال وانقطاع من المتعلمين بما يجازات الاحسان بالاحسان
من غير شرط مروة يعينوهم على معائشهم ومعادهم وكانوا يفعلون ذلك
المتعلم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى يؤدوا
لاقامته الواجب فيتعذر حفظه القرآن واما اليوم فقد ذهب ذلك كله
والمستقل لحفظ معائشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا
فانه حاجتهم فمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب الاجر بالتعليم لذهب
القرآن فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام تختلف
باختلاف الزمان لان الزمان زمان النسيان يخرج من الجماعات في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم وزمان ابي بكر رضي الله عنه حتى يتذكرون عمر
رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام
ابو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الامر وتحبس عليها وقال في النهاية
ينبغي جواز الاستئجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا ثم قال وفي
روضة الزندوستي كان شيخنا ابو عبد الله الخواجري يقول في زماننا

يجوز للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر قال كذا في الذخيرة ولا يجوز
استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله ولا يجوز
على الغناء والنوح والملاهي لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد
فلا يجب عليه الاجر من غير ان يستحق هو في الاجير شيئا اذ المبادلة
لا تكون الا بالاستحقاق كل واحد منهما على الاخر ولو استحق عليه المعصية
كان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية
تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستاجر مشتركان في
منفعة ذلك في الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل فيه شريك
ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل
ويجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا اخذ
المال من غير شرط يباح لانه اعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو
استاجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد ولو
استاجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القضاء ويقيم الحدود جاز
ولو استاجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استاجر في استيفاء
القصاص فيما دون النفس جاز قال رحمه الله وفسد اجارة المشاع
الا من الشريك وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بشرط بيان
نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما ان للمشاع
منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية وبالتهايؤ ولهذا يجب اجر المثل
عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وكالشيوع الطاري
بان مات احد المستاجرين وكالعارية وهي اقرب اليها لان العارية
للانتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جاز
اعارته فاذا جاز اعارته فاولى ان تجوز اجارته لان تاثير الشايع
في منع التبرع اقوى من تاثيره في منع المعاوضة الا ترى ان هبة

الشايع

الشايع لا تجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة ان المقصود من الاجارة
الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع فان
المقصود فيه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز والانتفاع حسي
فلا يمكن بمشاع فيبطل الا ترى انه يجوز بيع الحجر دون اجارته لما قلنا
والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يمكن من الانتفاع
ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما
لملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم
العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشيء
يسبقه ولا يتصور ان يكون شرطا لثبوت حكمه بخلاف ما اذا اجره من
شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف بحكم الملك
والنصف الاخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد
الحاجة على انه روي انه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي تناولها
العقد لا تتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك يفسد العقد
كمن استاجر احد زوجي المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا اجر
من رجلين لان العقد اضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع
يظهر حكما لتفرق الملك بينهما فهو طاري وكذا اذا مات احد المستاجرين
انفسخ العقد في نصيب الميت وفي نصيب شايعا وهو طاري فلا
يضر كالشيوع الطاري في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا
لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية
ليس بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه
لوجود اذنه في ذلك وصار كله عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة
المشاع ان يستاجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع
الطاري لا يفسد كما في الهبة او يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني

الفتوى في اجارة المشاع على قولهما قال رحمه الله وصح الاستيجار للضمير
باجرة معلومة والقياس ان لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو
اللبن فصار كاستيجار البقرة او الشاة ليشرب لبنها او البستان ليأكل ثمره
وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليه
اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير ولا نسلم ان العقد
يرد العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته
وخدمته واللبن تابع وانما لا يستحق الاجرة اذا ارضعته بلبن الشاة
لانها لم تأت بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل
تبعا للمنفعة كما لو استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل
الصبغ فيه تبعا للمنفعة والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة
لا على استهلاك العين بخلاف استيجار البقرة والشاة ليشرب لبنها
لان فيه عقد الاجارة ورد العين مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد
على اللبن لان المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي
ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد
بانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز
بيعه وجواز بيع الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد
الاجارة ولهذا لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة
والى هذا القول مال شمس الائمة السرخسي وقال هو الاصح والاول
اشبه بالفقه واقرب اليه وقال في الكافي وهو الصحيح وقد ذكرنا
الجواب عما ارضعته بلبن الانعام قال رحمه الله وبطعامها وكسوتها
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس
لان الاجرة مجهولة فصار كما لو استأجرها للطبخ والخبز وله ان الجهالة
هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة

على

على الاولاد ولا يشاحها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها
والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها
وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند ستة اشهر وشرطت دراهم
مسماة عند الفطام ولم تصف شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان
عند ابي حنيفة والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير وان سمى الطعام
دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اي بالاجماع وقالوا
معنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه
دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمى بدل الطعام دراهم
فحذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه اعطى
بدل الطعام دراهم وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير
ولو سمى الطعام وبين وصفه وقدره جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا
يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة اثمان ولا يشترط
في الثمن ان يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان
الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بينا في السلم قال رحمه الله
ولا يمنع الزوج من وطئها لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله
ولهذا كان للزوج ان يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم سواء كان يشبه
اجارتها بان كان وجيها في الناس او لم يشبه في الاصح لما ان له
ان يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع
والسفر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعها
من الصيام تطوعا لكن اذا ثبت الزوجية باقرارهما ليس له ان يفسخ
الاجارة لانهما يصدقانه في حق المستأجر كما اذا اقرت المنكوحة بالرق
لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستأجر
منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله وان مرضت

او حبلت فسخت اي اذا حبلت المرضعة او مرضت تفسخ الاجارة لان لبن
الحبلى والمرضعة يضر بالصغير وهي ايضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم
الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون
على متاعهم وعلى حلي الصبي واذا كانت فاجرة بينا فجورها لانها
تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها
ولا يضر ذلك الصبي وقال في النهاية ولا يبعد ان يقال عيب الفجور فوق
عيب الكفر الا ترى انه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط
عليهما السلام وما نعت امرأة نبي قط هكذا قال عليه السلام وكذا
اذا كان الصبي لا ياخذ ثديها كان لهم ان يفسخوا الاجارة وللظئر
ايضا ان تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم
تجر لهم عادة بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد على
ما يتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت انها
تضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا اعاروها به كان لها الفسخ لانها
تضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل بثديها ولو مات الصبي او
الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابو الصبي لا تنتقض لان الاجارة
واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال او لم يكن ولهذا لو كان للصبي
مال تجب الاجرة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر او اهل
الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الاخر معه قال رحمه الله
وعليها اصلاح طعام الصبي لان خدمة الصبي واجبة عليها وهذا
منه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام
والثياب على الوالد وما ذكره محمد من ان الدهن والريحان على الظئر
فهو على عادة اهل الكوفة قال رحمه الله فان ارضعته بلبن شاة فلا اجر
لانها لم تاب بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع

وهو

وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استاجر شاة لترضع
جديا او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه
وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه
وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله ولو
دفع غزلا لينسجه بنصفه او استاجره ليحمل طعامه بقفيز منه او
ليخبز له اليوم بدرهم لم يجز لانه في الاولى والثانية جعل الاجر
بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه
السلام وهو ان يستاجر له ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه
فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه ان المستاجر
عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على
التسليم شرط لصحة العقد ولا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد
قادرا فيفسد ولانه جعل الاجر سببا لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير
العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد
هي قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما
فكذا لا يصلح به قائما فاذا نسج او حمل فله اجر مثله لا يجاوز به المسمى
بخلاف ما اذا استاجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الاخر
حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال
بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا
بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع
بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكال لان احدهما
ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا
سواء كان عينا او دينا على ما بينا من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم
ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق

الاجر لا ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق
شيا فكيف يملكه وباي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون
حمل الطعام ببعض المحمول وبسح الثوب ببعض المسبوح لتعامل اهل
بلادهم بذلك وقالوا لم يجز انما لم يجوزوه بالقياس على قفيز الطحان
والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص يتناوله دلالة فالنص
يخص بالتعامل الا ترى ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن
القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجيزوا هذا التخصيص
لان ذلك تعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع
فان التعامل به جرى في كل البلاد بمثله يترك القياس ويخص الاثر
والحيلة في جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من
المحمول او المطحون فيجب في ذمة المستاجر ثم يعطيه ثم الاصل فيه انه
متى ما جعل المستاجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول
فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق الاجر المثل كمسيلة الكتاب
المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة
وان حمل لا يستحق شيا لانه ملكه بالعقد وفي الاولى لم يملكه على ما بينا
وفي الثاني وهو ما اذا استاجر ليخبز له كذا اليوم فلان المعقود عليه
مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المعقود هي المنفعة وذكر العمل
مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما
على الاخر فتقع المستاجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق العمل الا بالاجر
لكونه اجيرا مشتركا وتقع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق
الاجرة بمضي المدة عمل او لم يعمل فيفسد العقد وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان الاجارة جائزة وذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط
ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا

فرغ

فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه العمل
في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم
للتعجيل فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اول اوقات الامكان فيحمل
عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما وترجح بكون العمل مقصودا دون
الوقت وتقدير المعمول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة
لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن ابي حنيفة اذا سمى عملا او قال
في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي
الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت
فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله انت طالق
غدا او في الغد ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه
يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة ان اليوم هنا لم يذكره الا لاثبات
صفة في العمل والصفة تابع للموصوف غير مقصود الا ترى انه لو اشترى
عبدا على انه خباز او كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا
حتى لا يقاصدهما شي من الثمن واما في مسيلة الكتاب ذكر اليوم قصد
كالعمل وقد اضيف اليهما على السوا وليس احدهما في جعله معقودا عليه
باولى من الاخر لاختلاف اغراض المستاجرين ورغباتهم لان منهم من
يميل الى الوقت بلا عمل وقد يختلف اغراض الاجرا ايضا فمنهم من يميل
كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل اخر ويستريح ومنهم من يميل الى
الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح احدهما على الاخر فيفسد
قال رحمه الله وان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها
ويزرعها صح لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد
ولا تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا له قال
رحمه الله وان شرط ان يلقيها او يكري انهارها او يسقيها او يزرعها بزراعة

ارض ليزرعها اجارة السكنى بالسكنى لان الاولى للتنمية وكرى الانهار
والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون نفع صاحب الارض
وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان موجر الارض يصير
مستاجرا ساقة الاجير على وجه يبقى بعد المدة فتصير منفعة في منفعة
وهو مفسد ايضا لكونه منهيا عنه حيث لو كان بحيث لا يبقى لتعذر الفساد
بعد المدة بان كانت المدة طويلة او كان الزرع لا يحصل به لا يفسد
اشاطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا يخرج الزرع الا
بالكرب مرارا وبالسرقنة وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى اثره
الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار لان مطلقه ينصرف الى المعتاد والمعتاد
دون الجداول واستيجار الارض ليزرعها بارض اخرى يكون بيع الشيء
بجنسه نسيئة لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى والركوب
بالركوب الى غيره لما في المنافع والبه اشار محمد رحمه الله حين كتب
اليه محمد بن سماعة لم لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله فيه
جوابه لم في الكتاب انك لخطت الفكرة واصبت الحيرة وجاء الخطاي
فكانك ملكت زلة اما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع التوبي بالتوبي
نسيئة وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بحال في الجنس
ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد
على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها وتلك على ما بينا من
القاعدة تقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد
استوفيته فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم ان
الاحتياج به غير مخلص والاولى ان يقال ان الاجارة اجيزت على خلاف
القياس للحاجة ولا حاجة الى تجعل المنفعة بجنسها لانه مستغنى
بما عنده منها فبقي على الاصل فلا يجوز وكذلك عند اختلاف الجنس

لان

لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية لو استوفا
احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية
وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان المقوم المنفعة بالتسمية
والمسمى بمقابلة المستوفى منفعة وهي ليست بالمتقوم ووجه
الظاهر الرواية انها استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم
يسم الاجر وعند الشافعي يجوز استيجار المنفعة جملة موجودة عنده
فيكون بيع الموجود قال رحمه الله ولو استاجر ارضا ليزرع طعاما بينهما فلا
اجر له كراها استاجر الوشل من المرتفع اي لو استاجر احد الشريكين
صاحبه ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا اجر المثل
وقال الشافعي يجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع يجوز
في الشائع كبيع الاعيان خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده
فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه
لان المعقود عليه عمل النصف شايعا وذلك غير متصور لان العمل فعل جسم
حقيقة لا يتصور وجوده في الشائع وهذا بخلاف الجارية المشتركة
وضربها لانها فعلان حسيان لا يتصور وجود هما في الشائع ولو
تصورا حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي يحتمل وروده على الشائع
واذا لم ينعقد لا يجب الاجر اصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه انما هو مال
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في المشاع وبخلاف اجارة
المشاع عند ابي حنيفة يجب فيه اجر المثل لان فساد العقد فيه لانعدام
عن التسليم على الوجه الذي اوجبه العقد على ما بينا لانعدام الاستيفاء
اصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور ان يكون فيه عاملا لغيره

في تلك الحالة وقوله ثم الراهن استاجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز استيجار الشريك هنا كما لا يجوز استيجار الراهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حقيقة بوجوه منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك المنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن يتملك من الانتفاع به من حيث انه لا مالك له اذ المالك هو المطلق للتصرف فلا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا ابطل حقه بالايجار له صار منتفعا به على انه ملكه لتزوال لما انه قال رحمه الله ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او ما يزرعها فسخ الاجل لانه اجر مجهول والجهالة تفضي الى المنازعة وهي مفسدة في الاجارات لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من البناء والغراس ونصب الخيم ولكل ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين انه يزرعها او يبين جنس ما يزرع فيها فان زرعه وسمى الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما سقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار المزايد بي الى ثلاثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال رحمه الله وان استاجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فتلف لم يضمن لان العين امانة في يد المستاجر وان كانت الاجرة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع من اصل دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد في فاذا تعدى ضمن والاجر عليه قال رحمه الله وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان بجهالة ما يحمل عليها وما يحمل على مثلها تتفاوت ذلك فاذا تقايلا صح لزوال الموجب للفساد قال رحمه الله وان تقايلا قبل الزرع والحمل تفاسخا لان الاجارة وقعت للفساد اذ الفساد باق قبل ان ترتفع الجهالة بالتقايل بالزرع في المسألة

الاولى وبالحمل على الثانية ولو استاجر دابة ثم اجر الاجير في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما جاوز عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب عليه الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي باب ضمان الاجير الاجير على ضربين اجير خاص واجير مشترك قال رحمه الله الاجير المشترك من يعمل لغيره واحدا معناه من لا يجب عليه ان يتفرض لواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغيره واحدا بل اذا عمل لواحد ايضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عنده وارد اعلى عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص من يكون العقد وارد اعلى منافعه ولا يصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه بينه هو الوصف الذي يجلب في العين بعمله فلا يحتاج الى كون المدة ولا يمتنع عليه تقبل عمل آخر لكنه العمل من غيره لان هذا استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان بيع المسلم فيه مما كان يلاقي العين لا يملك بيعه بسببه فتولد السلم من غيره والبيع مما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فهذا كان مشتركا والاول اجير وحد واجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يقبل العمل من واحد وقال القدوري الاجير المشترك من لا يستحق الاجر حتى يجيء بالعمل والخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يوول الى

الدور لان هذا حكم لا يعرفه الامين يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما
ان الاجير المشترك له ان يتقبل من العامة لان منافعه ليست مستحقة
العمل وانوه فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد غير هذا الوجه هي مشتركة والاجير الخاص لا يملكه ان يعمل لغيره
لان منافعه صارت مستحقة للمستاجر والاجر مقابل بالمنافع وهذا يبقى
الاجر مستحقا وان تعذر العمل قال رحمه الله ولا يستحق الاجر الا اذا عمل
لان الاجارة عقد معاوضة تقتضي المساواة بينهما فالمرء يسلم المعقود
عليه للمستاجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او انوه على ما
بينا فلا بد من العمل قال رحمه الله والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك
سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب
والغارة المكابرة وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو
القياس وقالا لا يضمن الا اذا هلك باموا لا يمكن الاحتراز عنه لان عمر
وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه
الحفظ وعمل المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون
المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا
يملكه العمل الا بالحفظ فيكون الاخلال تحت العقد يتضمن بالهلاك كما في
الوديعة اذا كانت باجر وكما اذا هلك بفعله او بفعل حفيده وممن تابعه
ان القبض حصل بإذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية وهذا
لا يتضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو
المتغلب ولو كان مضمونا عليهما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا
كالغصب والمغلوب من جهة سوء الشراء وبالبيع الفاسد وعكسه الوديعة
فانه لا يضمن مطلقا ولانسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب
وجب عليه الحفظ تبعا واقتضاء لان العمل لا يتاتى بدون حفظ

العين

العين كان له حبسه ولهذا لا يتاتى له شيء من الاجر ولو كان المعقود
عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار كاجير الوحد بخلاف
الوديعة باجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا ابتداء وبخلاف ما
اذا تلف بعمل لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا
لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا
لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم النخعي فتعارضت
روايتان فلا يلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشيء
لان الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور ان يحمل على
اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على ان الحفظ مقصود عليه عندهما
لانه لا يتمكن من استيفاء المستحق وهو العمل الا بحفظ العين وما لا
يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا
عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه
يحصل صيانة اموالهم وان شرط الضمان على الاجير المشترك
في العقد وان شرط عليه فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالاجماع لانه
شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ففسدت وان شرط عليه فيما
يمكن الاحتراز عنه فيه الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد
عندهما وعنده يفسد لان العقد لا يقتضيه فيكون شرطه فيه
مفسدا قال رحمه الله وما تلف بعمله كخرقه الثوب بدقه وتمزيقه
الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المحمل وغرق السفينة من ملاحها
مضمون وقال زفر والشافعي ليس بمضمون عليه لانه مأذون فيه
فلا يجامعه الضمان كالموين للدقاق واجير الوحد وهذا لانه عمل ما عمل
باسره والامر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه العيب والسلم والتحرز
لضعف في الثوب ولين كان لعينه فعله فالاحتراز عنه غير ممكن

اذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه
الا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد
والحجام والختان ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالاجر ولنا ان
التلف حصل بعمل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير امره
ولهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل
المصلح لان الاذن ثبت في ضمن العقد على التسليم لان مطلق عقد
المعاوضة يقتضي سلامة المعقود من العيوب على ما مر في البيوع
فاذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس بماذون له فيه فصار كما اذا
وصف له نوعا من الدق فاتى بنوع اخر بخلاف معين القصار فانه متبرع
وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لانه لا يمتنع الناس عن الاعانة مخافة
الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد فيه لم يتناول
العمل المصلح لان نفس ذلك العمل افساد وانما السلامة المطلوبة من
العمل لا يجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة
المحل في احتمال الالم وسيلانه الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه
معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال عن التحرز
عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرفه بالنظر في الثوب ما يحتمل
من الدق الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد
بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا
اجتهد واخطا يكون معذورا بخلاف اجير الوحد لما نبينه وبخلاف
تلميذه لانه اجير الوحد عند استاذه واجير الوحد لا يجب عليه ضمان
ويجب على الاستاذ ما افسده التلميذ بعمله لان الاستاذ اجير مشترك
دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم
يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقد مر نظيره قال

رحمه

رحمه الله ولا يضمن به بني ادم يعني ممن غرق في السفينة او سقط من
الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما
يجب بالجناية ولهذا لا تحمله العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل
هذا اذا كان مما يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع
والصحيح انه لا فرق قال رحمه الله وان انكسر في الطريق ضمن الحمال
قيمته في مكان حمله ولا اجر وفي موضع الكسر واجره بحسابه اما الضمان
فانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل
فيضمن على ما بينا واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند
الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته
في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين انه كان متعديا من الابتداء وان مال
الى كونه ماذونا فيه من الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته
في موضع الكسر واعطاه اجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان
زلق او عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن
عند ابي حنيفة لان المتاع امانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع
الكسر لانه سلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه اجره ولا يخير في هذه
الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على
ما بينا قال رحمه الله ولا يضمن حجام او بزاغ او فصاد ان لم يتعد الموضع
المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا
يجامعه الضمان كما اذا حد القاضي او عزر ومات المضروب بذلك
الا اذا كان يمكنه التحرز منه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان
قوة الثوب ورقته يعرف به ما يحتمله من الدق من الاجتهاد فامكن

تقييده بالتسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتني على قوة الطباع
وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده
بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن
الزائد كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها
تلفت بماذون فيه وغير ماذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف
حتى الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه الدية كاملة
وان مات وجب نصف الدية لما ذكرنا وهي من اندر المسائل واغربها
حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك قال رحمه الله والخاص
يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استاجر
شهرا للخدمة او لرعي الغنم اي الاجير الخاص يستحق الاجرة بتسليم
نفسه في المدة للعمل عمل او لم يعمل سمي اجيرا خاصا واجير وحد لانه
يختص به الواحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه
في المدة صارت مستحقة والاجر مقابل له بها فيستحقه ما لم يمنعه
من العمل مانع حسي كالمطر والمرض ونحو ذلك مما يمنع العمل من التمكن قال
صاحب النهاية نقص على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه
روي عن محمد رحمه الله تعالى في خياط خاط ثوب رجل باجر نفقته
قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل لرب
الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه كان
يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل
وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل لانه نقض عمله
فصار كانه لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح اذا رد الملاح السفينة
والاسكاف الخياطة اجبر على اعادتها وانما يكون اجير وحد اذا
استاجره لرعي الغنم اذا شرط عليه ان لا يرعى لغيره او ذكر المدة

اولا

او لا يجوز ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم فانه
جعله اجير الوحد باول الكلام لانه اوقع الكلام على المدة في اوله وقوله
بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا
مشتركا لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل ويحتمل ان
يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة
فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل
فيقول استاجرتك شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد فلا يتغير حكم
الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه ولو
شرط حكم الاجير المشترك فقال على ان ترعى غنم غيري او اخر المدة
بان استاجره ليرعى له غنما مسماة باجرة معلومة شهرا كان اجيرا مشتركا
لانه جعله اجيرا مشتركا باول الكلام بايقاع العقد على العمل في اوله
وقوله شهرا في اخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير
اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا
يغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه قال رحمه الله ولا يضمن
ما تلف في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبضها
باذنه وهذا عند ابي حنيفة ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير
المشترك كان نوع استحسان صيانة لاموال الناس لانه يتقبل
الاعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الاجرة وقد عجز عن القيام بها
فتقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه
حتى لا يتوانى في حفظها واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر ولا يتقبل
الاعمال من غيره فاخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت
مملوكة للمستاجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار بايجابه فصار
فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل

بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيح منفعته وهي
سليمة واما الخرق في العمل الذي تسليم المنفعة وذلك غير معقود
عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف
به الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع قال رحمه الله وصح
تردد العمل او تردد الاجير في الثوب ونحوه او زمانا في الاول وفي
الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا اي يجوز ان يجعل الاجر
متردد ابين شيئين يجعل العمل متردد ا في الثوب بين نوعي العمل
بان يجعل له الخيار بينهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم
وان خطته روميا فبدرهمين او يجعل العمل فيه متردد ا بين زمانين
مثل ان يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم
فانه يجوز في اليوم الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول
اي في المتردد بين زمانين يجوز في الوقت الاول ويجعل المنفعة
متردد ة في دكان بان كان ان سكنته حدادا فبدرهمين وان سكنته
عطارا فبدرهم او قال ذلك في بيت او يجعله متردد ا بين مسافتين
في الدابة او بين حملين بان قال اجرتك هذه الدابة او بين حملين بان
قال اجرتكها الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا او بان قال
اجرتكها على انك ان حملت عليها قفيزا من حنطة فبخمسة وان حملت
عليها قفيزا من حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلثة اشياء جاز
ولا يجوز الكراء ذلك كله عندنا بخلاف البيوع والمعتبر في البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا يشترط اشتراط الخيار هناك وفي البيع روايتان
والفرق على احديهما ان الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود
عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة من
وجه لا يرتفع الا بإثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي وقد

بيناه في البيوع فاذا عرفت هذا يخرج ما قاله بدر الاسلام فيه مفصلا
ليتدرب الطالب في معرفة كل واحد منها بعلامتها فنقول اما الاول وهو
ما اذا قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمان
فانما جاز لانه بين نوعين معلومين من العمل وبين كل واحد منهما بدلا
معلوما فيجوز كما اذا اجره في البيت بين عدد من الحاجات بين موضعه
واما الثاني وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا
فبنصفه درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم
الثاني قول ابي حنيفة وعندهما الشرطان جائزان وبقول زفر الشرطان
فاسدان لانه اجتمع فيها تسميتان في اليومين لان المسمى في غد هو
المسمى في اليوم ايضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد وانما ذكر اليوم
والغد للتعجيل والتوقيت لا غير الا ترى انه لو قال خط لي هذا الثوب
غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب
بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى
في الوقتين فسد ولان الاجارة لازمة ذكر البدل بتمامه مبدل
واحد منهما فصار نظير قوله بعتك هذا بالف وهو جاهل بالعينين
ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته
واستعمالها للترقيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حقيقة يقوم
الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل
واحد منهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف
حالة الاقران لانه لو حمل على المتأقيت يفسد العقد اذ تعيين العمل
مع تعيين الوقت لا يجتمعان فصرفناه الى المجاز بدلالة حالها اذ مقصودها
التعجيل دون الفساد ولان حقيقة ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة
والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على

اراد المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز
لان تعيين العمل مع التوقيت مفسد فان تعيين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا
وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على
التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام
الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته
لانا لو حملناه على انه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في
الغد ايضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا تكون اجرته انقص
فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم
الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم
فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة
الفارسية والرومية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل
الاخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد
معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه اجر المثل لا يزاد على نصف
درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع
الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح
انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره
الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح
على قولهما ان ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه واما الثالث وهو
ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا
فبدرهمين فالمذكور قول ابي حنيفة وعندهما لا يجوز هذه الاجارة
وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال اجرتك هذه
الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا لهما ان الاجرة والمنفعة
مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل

ولا

ولا يدري اي العملين يقدر واي التسميتين يجب قبل التسليم بخلاف
خياطة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك
هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان
يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري ايهما يجب والاجارة
تفسد ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل
لكل واحد منهما اجرة معلومة فوجب ان يجوز كما في المسئلة الرومية
والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر انه يستوفي المنافع
وعند الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض
المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيجعل التسليم لهما والصحيح
انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما ضررا
وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بمائة
او هذه الدار بمائتين او اجرتك هذه الدار بخمسين او هذه الدار
بعشرين وكذا بين ثلاثة اشياء ولا يجوز اكثر من ذلك والمعنى قد
بيناه في البيوع قال رحمه الله ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة بلا
شرط لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه
عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يقيد بمثل هذا من التعارف فيكون
له ان ينقله الى خدمة السفر لانه الاشق فصار نظير ما لو استاجر
فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب غيره للتفاوت وكذا لو
استاجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن حدادا لانه اضر ومطلق
العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا
يملك الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر
لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستاجر
منافعه تنزل منزلة المولى فيه والمولى كان له ان يسافر به فكذا لهذا

لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة الا ترى
ان للمولى ان يبيع رقبته وان يزوجه ولا يملك المستاجر فكذا ليس له
ان يسافر به الا ان يشترط ذلك او يكون وقت الاجارة مهيا للسفر
وعرف بذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن
لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة لا يجتمعان
قال رحمه الله ولا ياخذ المستاجر من عبد محجور اجرا دفعه لعمله
معناه لو استاجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل واعطاه الاجر
ليس للمستاجر ان ياخذه منه والقياس له ان ياخذه لان عقد المحجور
عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستاجر لانه بالاستعمال صار غاصبا
له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن
عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له ان يسترده وجه الاستحسان
ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار هلاك العبد
والنافع ماذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له ان يسترده
وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر المولى لا عن تصرف ينفع المولى
الا ترى انه يجوز قبول الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق
المولى وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل محض نفعا في حق المولى
لانها جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم يجز ضاع منافع
العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح
قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح
قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد
في حالة الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن صار مالكا
له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب
عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر

له

له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات وهذا يملك قبول الهبة وجواز
الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في
هاتين الصورتين اجر المثل فان اعتقه المولى في نصف المدة نفذت
الاجارة ولا خيار للعبد واجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد
وان اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة
فاجر ما مضى للمولى فان جاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى
لانه هو العاقد قال رحمه الله ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من اجره
معناه اذا غصب رجل عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ العبد الاجر
فاكله فلا ضمان عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه ضمانه
لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له لان المال للمولى لان
اجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد
للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه والاتلاف
فيضمن ولابي حنيفة ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا
ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال ليس في يده
ولا يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه
بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه
فلا يتصور ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب
فكيف يحرز ما في يده وما لم يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة
لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد
القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل ولو اتلف
الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو اجر العبد نفسه
واخذ الاجر واكله فلا ضمان عليه فكذا اذا اجر العبد نفسه لان العبد
في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك

لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين اصلين يوزع عليه حظهما فرجحنا
جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك احق ورجحنا جانب
الغاصب في حق الضمان فقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا كان لان الاصل
وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع
كسبه لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة لان الاصل في ضمانه وهو
المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف
متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي
كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو اجر العبد
كان الاجر له قال رحمه الله ولو وجد ربه اخذه اي لو وجد رب
العبد ما في يد العبد من الاجر اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم
من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم
يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى ياخذ
المالك قال رحمه الله وصح قبض العبد اجره اي لو قبض العبد
اجرته من المستاجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق
العقد اليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب
فصح لكونه ماذونا له في التصرف النافع قال رحمه الله ولو اجره
عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والاول
باربعة لانه لما قال اولا شهرا باربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا
للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة في منزلة
الاوقات في حق اليمين ان لا يكلم فلانا لان تنكيرها مفسد فيتعين
عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي
الشهر الاول تحريا للجواز ايضا لانه اقرب الاوقات اليه فصار كما لو
صرح به قال رحمه الله ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال

معناه

معناه لو استاجر عبدا شهرا ثم قال المستاجر في اخر الشهر ابق او مرض
في المدة وانكر المولى ذلك او انكر استاده الى اول المدة فقال اصابه
قبل ان ياتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال
الجامع يمينه لان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر ووجوده
في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم
يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان
الظاهر يشهد للمستاجر ظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق
عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للموجر ففيه اشكال من حيث انه
يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه
بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره
الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما اتفقا على
وجود سبب الوجوب اقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك
يكون متعرضا لنفسه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو اعتق
جارية ولها ولد فقالت اعتقتني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي
وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد
في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر
معها كان القول قول من بيده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال رحمه
الله والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة
والاجر وعدمه يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط
بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او في كون
الصبغ بان قال صاحب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته
اصفر وقال الصباغ باجر كان القول في الكل قول المستاجر اما اذا اختلفا
في الخياطة والصبغ فلان الاذن كان يستفاد من جهة رب الثوب

فكان اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا
اذا انكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا
لو اقر لزمه فاذا انكر يحلف فاذ لحلف فالخياط ضامن وصاحب
الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب بيضا ولا اجر له او قيمته
محمولا وله اجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق
من وجه وهو اصل العمل مخالف من وجه وهو وصف الصفة فيميل
الى ايهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد انه يضمن ما زاد الصبغ فيه
لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصباغ لاتفاقهما
على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه نقصانا فكان القول قوله
مع يمينه وليست النفسة كالخيار وهو ما لو كان القول له وجوابه
ما بينا واما اذا اختلفا في الاجر فلان المستاجر ينكر تقوم عمله
ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ان كان الصانع محترفا
له اي معاملا له بان كان يدفع اليه شيئا للتجارة ويقاطعه عليه فله
الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على انه يعمله
باجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادات قد جرت بالدفع
للعمل الذي من شانه الطلب من غير تسمية الاجرة للعلم به وقال محمد ان كان
الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول
قوله والا فلا لانه لما فتح المحال لا بطل ذلك تحرزا عن التضييع على
اعتبار الظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة
رحمه الله لانه منكر وما ذكره من الظاهر لا يصلح للاستحقاق اذ الظاهر
يصلح للدفع لا غير الا ترى انه اليد يدفع المدعي بالبينة واذا بيعت
بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول

محمد باب فسخ الاجارة قال رحمه الله وتفسخ بالعيب
اي تفسخ الاجارة بالعيب لان المعقود يقتضي سلامة البدل عن العيب
فاذا لم يسلم فات رضاه فتفسخ كحالة العيب والمعقود عليه في هذا
الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا
قبل القبض في حق ما يقابل المنافع فيوجب الخيار كما اذا احدث العيب
بالمبيع قبل القبض ثم استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي
بالعيب فيلزمه جميع البدل كالمشتري المبيع فان فعل الموجر ما زاده به
العيب فللخيار للمستاجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ
والعقود يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما ياتي بعده فسقط خياره
قال رحمه الله وخيار خراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحا
اي تفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا يدل على ان الاجارة لا تنفسخ
بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهي المنافع
المخصوصة فقد فات على وجه يتصور عودها فاشبه ما قبل المبيع
قبل القبض والمستاجر وقالوا الاصل ان الاجارة في الربحا لا تنفسخ
بانقطاع الماء وقد روي هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم
بناؤه الموجر واراد المستاجر ان يمسكه بقية المدة فليس له ان
يمنعه ذلك وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا صريح لانه تنفسخ
وكذا لو انهدم المنزل الموضوع بسكنى بعد انهدام البناء ياتي فيه
السكنى بنصيبه فسقط ما يقابل العقد لان لا اجر على المستاجر لعدم
التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستيجار ولو انقطع
ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجرة بحصته
لانه بقي شيء من المعقود عليه فاشبه ما لو استوفى ملء منه بحصته قال
رحمه الله وتنفسخ بموت احد المتعاقدين لان عقودها لتنفسه

وقال الشافعي لا تبطل بموت احدهما ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان
القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة
فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات الموجر فالمنافع التي تستحق
بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بملكه فتبطل الاجارة لفوات
المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث
على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستاجر فلو بقي
العقد فانما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث
وهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات
المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث
ان احدهما بعوض والاخر بعوض اذ لوارثه خلافة ولا تتصور الا
فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث باقيا ثابتا في الوقت الاول
ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه
والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا تبقى لتورث والتي
تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان
كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال رحمه الله وان
عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق
عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات
احد المستاجرين او احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت
في نصيب الحي وقال زفر تبطل في نصيب الحي ايضا لان الشيوع مانع
من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها
في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح قال رحمه الله وتفسخ
بخيار الشرط وقال الشافعي لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستاجر
لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد له من تلف شيء

من

من المنفعة في مدة الخيار وان كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على
الكمال لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له
تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه
يمكن رد جميع المعقود عليه فيه اذ المبيع عين تبقى ولنا انه عقد معاوضة
ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه
كالبيع وهذا لان الخيار شرع في البيع للتروي حتى اذا كان فيه عين
وخسارة يفسخ لان الاجارة تقع بغتة من غير سابقة تامل فيمكن
ان يصادف غير موافق فيحتاج الى ازالته فيجوز له اشتراطه كالبيع
بخلاف النكاح لانه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتامل في الموافق
فلا يحتاج الى التروي بعده فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل الفسخ
بالاقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفسد الا ترى ان الاجارة
تفسخ بعيوب مضرة ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لان
شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما
موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد
بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لانه يمكن فسخ
البيع في جميع المبيع فلا ضرورة الا ترى ان المستاجر يجبر على القبض
بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي المبيع لا يجبر
عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك ان هلاك بعض
المعقود عليه لا يؤثر في منع الفسخ ولان المضي فيها ولان العقد
في المنافع يقع متفرقا لانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار
كل جزء من اجزاء المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا يتصور فيه
تفريق الصفقة اذ هو لا يكون الا فيما ملك بعقد واحد قال رحمه
الله والرؤية اي تفسخ بخيار الرؤية ايضا وقال الشافعي لا يجوز

استيجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي
الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي اليها لانه ان لم يوافقه يرده فلا
يمنع الجواز ثم اذا رآه يثبت له خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا بالتراضي
ولا رضى بدون العلم وقد قال عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره
فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع بيننا ولهذا هو الحديث
لفظا او دلالة **قال رحمه الله وتفسخ بالعذر** اي بالعذر وهو عجز
العاقد عن المضي في موجبه اي موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم
يستحق به اي بالعقد كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع
او ليطبخ لحفلة الوليمة فاختلعت منه او نوى ان يتجر فيه فافلس
او اجره ولزمه دين بعيان او ببيانه او باقرار ولا مال له غيره او استأجر
دابة للسفر فبدا له ان لا يسافر وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة بالاعذار
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان ومن مذهبه ان الاجارة
غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لانها انما جوزت للضرورة كالعارية
لحاجة الجانبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير
عذر كالعارية قلنا في عقد معاوضة ولزوم من الجانبين كالبيع وكونه
جوز للحاجة لا يدل على عدم لزومه الا ترى ان السلم جوز للحاجة ويلزم
اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم ولنا ما بينا ان المنافع
غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع
تنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه
الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا معنى العذر في كل واحد
من الامثلة التي ذكرناها عذرا ظاهرا في المنافع فيهما الضرر بين فوق ضرر
العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه
لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر اخذنا فيه بالقياس

فعلنا

فعلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في حق التمليكات
تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم قال في الجامع الصغير وكلما ذكرنا انه
عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء
القاضي لانه بمنزلة العيب في البيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي
الزيادات اشار الى انه يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه
فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الائمة السرخسي
هو الاصح ومنهم من توفق فقال اذا كان العذر ظاهرا ينفسخ والا فيفسخه
الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبي هو الاصح والعذر الظاهر مثل
استيجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن والطباخ ليطبخ الوليمة ثم خالع
المرأة وقوله او اجره ولزمه دين اي اجر المكان ولزمه دين ولا يقدر
على قضائه الا من ثمن ما اجر واستشكلوا في كيفيته فقال بعضهم
يبيع الدار ولا ينعقد بيعه وتنتقض الاجارة او لا ثم يبيع قوله ولزمه
دين بعيان او ببيان او اقرار وانما ذكره ليبين انه لا فرق في ثبوت
الدين بين ان يكون ثبوته مشاهدة او باقامة بينة او باقراره بالدين لانه
ضرر لانه يحبس به فيتضرر وقوله او استأجر دابة للسفر فبدا له
منه لان المستأجر اي لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ان لا يسافر
يعذر ولو بدا للمكاري لا يعذر لانه لو كلف بالسفر يلزمه مشقة
وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكاري
لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث على يد تلميذه او اجيره
وكذا لو مرض لما ذكرنا وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر
لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم
يمرض وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا **قال رحمه الله ولو**
احرق حصائد ارض مستأجرة او مستعارة فاحترق شيء في ارض

ـه لو يضمن لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد
فصار كالموضع يراي ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا اربي
رمانه في ملكه فاصابت انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه
التعدي لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة
فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة واحراق الحصايد في مثله مباح فلا
يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت
الرياح مضطربة بحيث لا يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعد
بفعله ومن ذكر في النهاية مزيادة التزم ما شيء انه لو وضع جمرة في
الطريق فاحرق شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح
الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح غلبت فعله ولو اخرج الحداد
من الكير في كانه فوضعه الهواء وضربه بمطرقة
وخرج شرر النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه
والكير اخرج الريح شيئا من الشرر فاحرق شيئا لم يضمن ولو سيخ ارضه
سقيا لاحتمال الارض تتعدى الى ارض جاره ضمن لانه لم يكن منتفعا
فيما فعل بل متعديا قال رحمه الله وان نقر خياطا او مسامير حانوته
من يطرح عليه الحجر بالنصف ح وهذا استحسان والقياس ان لا يصح لان
المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو
مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان فالعامل
اجيره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار
وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع مجلوسه من دكانه
بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا ووجه الاستحسان ان هذه شركة
المصانع وليست باجارة لان تفسير شركة المصانع ان يكون العمل
عليهما وان كان احدهما يتولى العمل بحذاقته والاخر يتولى القبول

بوجاهته واذا وجد ما له سببا لا الى الجواز وهو متفاوت وجب القول
بجهله فيكون العمل واجبا عليهما والمقبول جايزا لهما اذ ليس في كلامهما الا
تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص احدهما بالذكر لا يدل
على ما وراءه فامكنا اثبات الشركة في التقبل والعمل انتفضا ولو صرحا بشركة
التقبل فعمل احدهما اما قبله صاحبه او ما قبله بنفسه ولم يعمل الاخر
لعذر به من مرض ونحوه كان لا جر بينهما على ما عرف في موضعه فكذا
هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فلان بوجاهته
يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه
ان يشترك اثنان ليس لهما شيء بوجوههما ويبيعا وليس في هذه
بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانها هي شركة المصانع
على ما بينا قال رحمه الله وان استاجر جملا ليحمل عليه ولم يكن له
حمل معتاد والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي لان الحمل
مجهول يتفاوت في المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب
وهو معلوم والحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالعرف في المعتاد
وكذا اذا اكترى ليركب الوطاء وهو للهاد والدثار وهو ما يلقيه المرء على نفسه
والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه قال رحمه الله ورويناه احيا ايضا
المكاري الحمل اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى العلم بقيمة الوضيع
عنده قال رحمه الله ولغلام زاد فاكل منه رد عوضه اي ان استاجر جملا
ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق رد عوض ما اكل قال بعض
اصحابنا الشافعي ليس له ان يرد عوض ما اكل لان عرف المسافرين انهم
ياكلون الزاد ولا يردون بدله والمعلوق يجعل على المتعارف بخلاف الماء حيث
يكون الزاد اذا نفد ما عنده لان العرف بينهم جرى برده عند نفاده ولنا
انه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فاذا اتى بعضه وفيه ضرار بالما

والعرف متروك فان بعض الناس قد يريدون فلا يلزم ما عرف لبعض ويحمل
فعل من لا يريد على المعهود استغنوا عنه فلا يلزم حجة بظن ان يريد بعضهم وهم
لغتا يجوز اليمين قال رحمه الله وتصح الاجارة ونسخها والمزارعة والمعاملة
والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة
والطلاق والعتق مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن
تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة
ضرورة وبهذا تبين ان العقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة
وحدوثها على ما بينا في اول الكتاب وهذا هو المعنى للاضافة ونسخها
معتبر بما يجوز اضافته الا ترى ان البيع لما لم يجز اضافته لم يجز فسخه
ايضا بانضافته الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة
وفي المساقاة اجارة لان حكم يجوز بها على انهما اجارة فتجوز اضافتهما
لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك تجوز اضافته
على ما بينه والكفالة التزام المطالبة فلا يجوز اضافتها وتعليقها بالشرط
كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط
ملائم بخلاف الوكالة فانها تجوز تعليقها بمطلق الشرط اذا الحان يتعارفا
والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت لا يكون الا مضافا
الى اذا الا بصيغة الحال لا يتصور الاداء فجعل مجازا عن الوكالة
والقضاء والامارة يجوز تعليقها بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما
تولية وتفويض فجاز تعليقها بالشرط الا ترى انه عليه السلام امر
زيدا بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله ابن
رواحة رواه البخاري قال رحمه الله البيع واجارته وفسخهما والقسمة
والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء المديون
يعني هذه الاشياء لا يجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد

امكن

امكن تجويزها في الحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة
وما اشتملها لا يمكن تعليقه في الحال وكذا الوصية واما الامارة والقضاء فمن
باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بينا في البيوع كتاب
المكاتب قال رحمه الله الكتابة تجزئ المولى بدأ في الحال ورقبتي المال
هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتب الخيل والقربة
اي خرزها والكتيبة الخرز الواحزة كتيبته ومنه كتبت البغلة اذا جمع
بين شفريها بحلقة والكتيبة الطايفة من الجيش تجتمع وسمي هذا العقد
كتابة ومكاتبة لانه فيه ضم حرية البدل الى حرية الرقبة اولان فيه
جمعا بين نجمين فصاعدا اولان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو اظهر ثم شرط
الكتابة ان يكون الرق قايما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس
ويسيرا رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي اوائل العتق اجلا ورغبة
العبد في الحرية واحكامها حالا ومالا وركنها الايجاب والقبول وحكمها
زوال ملك المولى عن العبد وثبات حرية اليد في الحال حتى يكون العبد
احق بنفسه وكسبه ويجب ان لا يملك المولى بالجناية عليه او على ماله
ويثبت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال للكاتب تطارعن فلانا
العبودية ولم يتزل في ساحة الحرية فصار كالغائب انه استطيع ان يعد
وان استمهل تطاول ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة باليد للحال
ويثبت حقيقة الملك عند الاداء والفاظها كاتبتك على كذا ومايدل على
ذلك قال رحمه الله كاتبت مملوكا او صبيا لا يعقل لم يصح حال ومؤجلا او
بنجم وقبل يصح لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والاية مطلقة قلنا ولان يصح ما كونا من
الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يأتي منه الطلب وقال الشافعي
لا يجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة اما الاول فلما الصغير ليس باهل

للتصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن للصبي في التجارة فانه لا يجوز
عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الاية يشهد لنا لان المذكور
في الاية يتحقق منه اذ الكلام في صبي يعقل فاما الثاني فلانه عاجز
عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل لا يمكنه
التحصيل فلا يجوز الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على
التسليم شرط لصحة العقد الا ترى ان العجز الطاري يبطلها فالمقارن
اولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على اصله لان العاقد فيه اهل
للملك قبل العقد فالظاهر انه قادر على ايفاء ما التزم واقدامه على
العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول
الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان
البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به
قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد
فان من ليس عنده شيء جاز ان يشتري ما شاء بما شاء بخلاف السلم على
اصلنا فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا
الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة
عقد ارفاق فالظاهر انه يسامحه ولا يطالبه الحال بخلاف السلم
فانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه لا يؤخر الطلب اذا توجه
له المطالبة في الحال ولان اعساره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز
ان يملك في المجلس اضعاف بدل الكتابة لان المال عاد ورابح فلا يمتنع به
الجواز ولان عقود المداينة يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه
حتى جاز لمن لا يملك شيئا ان يشتري بجملة ولهذا يشترط ان يكون موجودا
معينا الا في السلم لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه

المال

المال فلا بد من التزامه والامر في الاية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على
المولى ان يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد
ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله امره به والامر للوجوب وقال بعض
مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم حرج غير وفاق العادة
فان العادة جرت على ان لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر
للاباحة كقوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا قلنا الامر قد يكون
للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى واتوهم من مال
الله الذي اتاكم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة وحمله على
الاباحة ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى انه لا فائدة في ذكر الشرط
لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن
مثله ولا يكون لغير فائدة اصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندبية
يعني يستحب له ان يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو
نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات
فمما ملكت ايمانكم الاية فان تعليقه بعدم القدرة على طول الحرة للندب
حتى لو تزوج امة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه والمراد
بالخير المذكور في الاية هو ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان
يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء واداء الامانة
فالصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا
اي مالا وما تنفقوا من خير اي مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء
البدل ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة اوقية فاداها الا عشر اوقيات فهو رقيق رواه ابو داود والترمذي
واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض
لان العقد يقتضي المساواة واختلف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب

علي رضي الله عنه انه يعتق بقدر ما ادى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان
فيما يسلمهما من البدل ومذهب ابن مسعود انه يعتق اذا ادى قدر قيمته
لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب
ابن عباس انه يعتق بنفس ويكون البدل دينا في ذمته كانه جعل الكتابة
واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت ان لا يعتق منه شيء
حتى يؤدي الكل وبه اخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض
احكام الحرية لما بينا فلا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد باداء
البدل وان لم يقل له المولى اذا اديته الي فانت حر وقال الشافعي
لا يعتق الا اذا قال له لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده
منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء
ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن
الجمع وهو الجمع لحرية البدل الى حرية الرقبة عند الاداء قال الشافعي انها
عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب الى عبده مالا على نجوم
لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من احكام الكتابة حتى يجوز بيعه
ونهيه عن التصرف ويملك كسبه بلا اذنه ولا تاثير لتعليق العتق
في ثبوت احكام الكتابة الا ترى انه اذا علقه بشرط اخر لا يثبت له شيء
من احكامها وكذا اذا علقه باداء المال بان قال ان اديت الي الفا
فانت حر فعلم بذلك ان هذه الاحكام تثبت بعقد الكتابة فكذا العتق
يثبت به عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في ساير
العقود وكان القياس ان يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت
عقيبه لكن تركنا ذلك بما روينا ولانه لو عتق كان المولى يتضرر
بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه ونظيره
ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في الحال تاخر ملك البدل

ايضا

ايضا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة وقال
الشافعي يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان لقوله تعالى واتوهم
من مال الله الذي اتاكم امر والامر للوجوب ولنا ان العقد يوجب البدل
فلا يجوز ان يكون موجبا اسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيئا وضده
كساير عقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الاخر
كذلك لان العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الاية
الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الامر بالكتابة فانه للندب
فكذا هذا وليس هذا من باب الاستدلال بالقران في النظم مثل قوله
اقيموا الصلاة واتوا الزكاة لان تلك الاية مشتملة بكلمتين مستقلتين
لا ارتباط لاحدهما بالاخرى فلا يجوز ان يستدل بحكم احدهما على حكم
الاخرى اما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذ البدل المامور به في الاولى
هو البدل المامور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة
اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتاء يدل عليه
لانه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز ان يكون المراد به الزكوة اليهم
بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في اية الصدقات
ويجوز ان يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانه من جملة فقراء المسلمين
كل ذلك ممكن لان الواو في الاية لا تقتضي الترتيب والقران قال
رحمه الله وكذا ان قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول النجم
كذا واخره كذا فاذا اديته فانت حر والا فقن يعني يكون مكاتبا
بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان والقياس
الا يكون مكاتبا به لان النجوم فصول الاداء وله ان يضرب على عبده ما شاء
من المال فيما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك اذا اديته
فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه

الاستحسان ان العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط
ان يكون الربح كله للمضارب فرضا وبشرط ان يكون لرب المال بضاعة
وقد اتى بمعنى الكتابة هذا مفسرا فتفقد به كما اذا اطلق الكتابة
بدل وفي لان المفسر قوي وقوله اذا اديته فانت حر لا يدمنه لان ما
يتلوه محتمل يحتمل الكتابة هنا مفسرا فتفقد به كما اذا اطلق الكتابة
وقوله اذا اديت الي فانا حر رواية في مكاتبته في رواية ابي
سليمان لانا لتجهيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده
الا بالكتابة فعلم بذلك ان مقصود المولى بالكتابة وفي رواية
اي حتى لم ليست بكاتبة بل تكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء
بدفعة واحدة والتجهيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل
تغييرا لها لانه يدخل في سائر الديون ولا تخلو الكتابة عنه فلم
يوجد ما يختص به الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح قال رحمه الله
فيخرج من يده اي اذا محض الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لان
موجب الكتابة مالكية البدل حق المكاتب وهذا لا يكون للمولى منعه
من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط
لان المقصود من الكتابة ان يتمكن من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن
من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال رحمه الله ودمه كدمه اي لا
يخرج من ملك المولى ملكا رديا ولا انها عقد معاوضة فيقتضي المساواة
بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى في ذمته مع المنافي اذ المولى
لا يستوجب على عبده دينا وهذا لان الكفالة به تثبت للعبد
بمقابلته مالكيته منفعة ايضا فاذا قام للمولى الملك بالقبض قام المالكية
للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ايضا لضرورة
المالكية فيتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو اعتقه عتق بمنعه

لبقاء ماله فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما المولى
التزمه مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال رحمه الله وعزم ان وجب
مكاتبته او وجب عليها او على ولدها او اتلف مالها لانها بعقد الكتابة
خرجت عن يد المولى وصارت للمولى كالاجنبي فصارت حق نفسها وكسبها
ليتوصل الى المقصود بالكتابة وهو حصول الحرية لها والبدل للمولى
بناء على كونها احق بمالها ونفسها ولولا ذلك لاتلف المولى ماشيء يدها
ولم يحصل له الغرض المبتغى بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالاجزاء
يجب عليه ضمانه وهو العقر الا الاتلاف بالوطي والمبتغى بالبدل الشبهة
قال رحمه الله وان كاتبه على خمر او خنزير او تيمة او حر او على غير او
ما يدري ما هو عبده عليه وصح فاسدا اما الكتابة على الخمر او على الخنزير
فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح موجبا في عقد المعاوضة وهذا لان
تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لجهالة يوجب
فساد العقد كما في النكاح بخلاف النكاح حيث لا يفسد تسمية الخمر والخنزير
لانه لا يحتاج فيه الى تسمية حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر ومع نفيه
فكذا اذا اتى بما لا يصلح لان وجوده كعدمه واما اذا كاتبه على قيمة
نفسه فلانها مجهولة القدر اذ تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها
مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد
منهما فصار كما لو تقابضا حنطة مجهولة كما اذا كاتبه على ثوب وابة لان الثوب
والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة اصلا
حتى في النكاح ولان موجب الكتابة المعاوضة المساواة والنقصان فيها
عليها النقصان على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه
على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته حتى لو اتى بقيمته يجب
المولى عليه قبولها ولو كاتبه على القيمة فاسدة لما ذكر ذلك

لانا نقول الجهتين مسيلة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وفي ايجابه
فلا يكون ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد يجب حكما لا قصدا وكم
من شيء يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا الا ترى ان الاضحية بالمعجل
لا تجوز وتجوز بما لا مع انها اذا كاتبه على عين غيره فلانه لا قدرة
له على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد ونحوهما
من المكيل والموزون على التقادين حتى لو كاتبه على دراهم او دنانير
بعينها او على غيره يجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين وفي
العقود التي هي معاوضة ولا في نسوخها وانما يجب منها بالذمة
وروي الحسن عن ابي حنيفة ان الكتابة على عين الغير جائزة حتى
لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال
متقوم والقدرة على التسليم موهومة وصار كما لو كاتبه على عبد الغير ووجه ظاهر الرواية
ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود
عليه شرط التكفير في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس
في قدرة العبد فلا يتم تسميته بخلاف ما اذا كاتبه على عين الغير لان ثمة
معقود به فلا تشترط القدرة عليه وهذا جواب عن الكتابة للحالة وبخلاف
النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع
ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة وضيعها جاز فعلى ما هو تابع فيه
وهو الصداق ولكن لا يشترط فيه القدرة وهذا جاز مع ذلك في
الصداق ايضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بكاسبه
فتثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء
فلو جاز هذا البيع حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه
التعاقب فيكون ناقضا قابلا ولا يكون كتابة لان الكتابة شرعت
لاثبات الحريتين على التعاقب فاذا لم يحصلا لم ينعقد اصلا لان كل

عقد

عقد لا يحصل به مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة
لكان للاداء من مال المولى اذ الاجارة تستند الى العقد فصير العين
من اكسابه وقت العقد ملكا له فتكون الكتابة على ملك المولى فكسب
العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا
للعين وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو اجاز صاحب العين
ذلك روي عن محمد رحمه الله انه يجوز لكونها مبنية على المسامحة والمسا
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز لانه لا يعتبر كما لو كاتبه على ما هو
المقصود بالكتابة لانها ليست بحاجة الى الاداء من كسبه ولا حاجة
اذا كان البدل عينا لانه يعلم به مقصود الكتابة عليها بينا وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجارة
يجب تسليم العين وعند عدم الاجارة يجب عليه تسليم قيمة العين
كما في النكاح وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما انه ان
ملك ذلك العين فاداه لم يعتق الا ان يكون المولى قال له اذا اديت
الي تلك العين فانت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في الخلاف
ويعقوب ان قول زفر رحمه الله قول كذلك وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة
عن ابي يوسف رحمهما الله وروي عن صاحب الاملاء عن ابي يوسف انه يعتق
بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد يتعقد به الفساد لكون
المسمى لا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما اذا كاتبه على خمر فاداها
ووجه قول ابي حنيفة ان ملك العين لم يصر بدلا في هذا العقد بتمامه
لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد اصلا فيعتق اذا ادى باعتبار
صرح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة وان
كاتبه على عين يد المكاتب وهو من كسبه بان كان عاد وما له في التجارة
فهذه رواية الجامع وفي رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه

وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه
من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا
تتعين في عقود المعاوضة واما اذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه
سيده وصيفا فالمذكور هنا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط
فما اصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل واحد ما جاز
يراد العقد جاز استثناؤه من العقد وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز
استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه تقدر بجهالة
المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية
فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهما ان بدل الكتابة مجهول
القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف
لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة
تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف ان الاستثناء معتبر
بالتسمية على ان كل ما يصلح تسمية يصلح استثناء وما لا فلا فكانت
هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على عقد وكتابة لان ما كان
من الدنانير بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة
المكاتب هو مكاتبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة ولهذا
لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة
وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها قال رحمه الله فان ادى الخمر
عتق لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا
يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة
فيعتق باداءه ولا يعتق باداء ما ليس ببدل هذا ذكره في الكفاية وعزاه
الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكر في الهداية وفي بعض نسخ الهداية

وقال

وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لانه صورة بدل ويعتق باداء القيمة
ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة ومحمد انه يعتق باداء عين
الخمر اذا قال ان اديتها الي فانت حر باعتبار انه معلق بالشرط وقد
وجد الشرط فصار نظير ما لو كتبه على ميتة او دم فانه لا يعتق الا في صورة
التعليق نصا وفي ظاهر الرواية يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق
بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال وان لم يكن لهما قيمة في
حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجبا لانعقاد العتق عند
اداء البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا بمال اصلا عند احد فلم
ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق
صريحا قال رحمه الله وسعى في قيمته لانه وجب عليه رقبته لفساد
العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد
اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده قال رحمه الله ولم ينقص من
المسمى وزيد عليه لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة بالغة ما بلغت فكذا
في البيع الفاسد غير ان المولى لم يرض ان يعتقه باقل مما سمى فلا ينقص
منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف
الحرية فيزاد عليه ان زادت قيمته عن المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته
يعتق باداء القيمة لانه هو البدل في الفساد ذكرها او لم يذكرها فامكن
اعتبار معنى العقد فيه فاثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد
بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف
اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة
فلا تعتبر اصلا حتى لو ادى قيمته ايضا لا يعتق الا اذا علقه به
قصدا بان قال ان اديت الي ثوبا فانت حر فحينئذ يعتق باداء ثوب
لانه تعليق صريح فصار من باب الايمان وهي تنعقد مع الجهالة الفاحشة

متصرف الى ما يتطلق عليه اسم الثوب والكتابة معاوضة فتمنع بالجهالة الفاحشة وما فيه ان معنى اليمين تابع لا له ثبتا يتضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر اصلا والاصل فيه عندنا ان الملامسة ان اشتري شيئا كان بيعا لا يصح عوضه الجهالة بالجنس فان العبد لا يعتق باداء المبيع ولا باداء القيمة اذ لا يعتقد هذا العقد اصلا لا على المبيع ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب تعلق باداء العوض وليس بمعلق بمطلق العقد الا اذا كان المسمى لا يصلح عوضا كثوب لا يتعلق به وانكان يصلح عوضا كالقدر والجنس والصفة وهذا امر يدار الربا في ضمان العدوان وضمان العقود اذا فسدت التسمية قال رحمه الله وصح على حيوان غير موصوف اي صح عقد الكتابة على حيوان اذا صح جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف ويصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد اصل فالعين اصل تسمية والقيمة ايضا اصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المبيع فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بان كاتبه على دابة او على دار او ثوب وكالبيع والجامع لهما معاوضة لا يحتمل الا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الكتابة على الوصف ولانها مبنية على المسامحة والمسامحة تلاقي التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كما في النكاح وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على الف على العطا ونحوه كالحصاد مع ما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال فكل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط

المالك عنه اكون العبد لا يملك مالية نفسه فصار به النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة ونحوها لان الجهالة فاحشة فلا تتحمل اصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته حيث تفسد وتجب فيه القيمة والفرق ان الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة التي في العبد جهالة في الوصف وفي القدر والجنس تحققت الجهالة وهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا ان جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة جنس منفعته لا تمنع في الكل قال رحمه الله وكاتب كافر عبده الكافر على خمر يعني صح هذا الاخر لان الخمر مال متقوم في حقهم كالخل في حق المسلم فيصح تسميته اذا كان المبيع معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه لا يقع فاسدا وتجب فيه القيمة على ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال رحمه الله واي اسلم فله قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض رد على معنى فيكون رد على ما ورد على العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فجزء عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيام بها مقام المبيع وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي خمرا ثم احدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا عن الحالة في الكتابة يصح ان تكون القيمة بدلا في الجملة الا ترى انه اذا كاتبه على وصيف او نحوه يجوز الكتابة ويجب القيمة فكانه كاتبه على القيمة وهذا ليس لمولى ان يجبر العبد على قبول القيمة فاذا اجاز ان تتعقل على القيمة فاولى ان يبقى

بخلاف البيع لا ينعقد على العتمة صحيحا اصلا فكذا لا يبقى عليها قال رحمه الله
وعتق ببعضها لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما
يوجب سلامة العوض الاخر وان ادى لانه يعتق ايضا لتفوض الكتابة
تعليق العتق باداء المجوز في المذكورة في العقد فصار كالوكاتب المسلم
عبده على خمر فانه يعتق باداء المجوز وقيمة نفسه على ما مر قال في الكافي
هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الكبيراري رحمه الله وتجم
الدين الاقطع والرطبي النيسابوري وفي شرح الجامع الصغير وفي شرح
الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان
الكتابة انقلبت ايى العتمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد
صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله ولا
يتصور بقاؤه صحيحا على الخمر بعد الاسلام فخرج الخمر من ان تكون بدلا
ضرورة وبادا غير البدل لا يعتق حيث يعتق باداء الخمر لان العقد فيه
انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق
فيعتق باعتباره ويفسخ لولاءه فيمته لانها ليست بمال باداء
ما جوز لهما بيانه ان يفعلا قال رحمه الله لهما بالبيع والشراء والسفر
لان مقصود السيد من العبد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد
منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقلما يتفقان
في الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر ولهذا كان البيع بالمحاباة لانه من عادة
التجار يعلمون ذلك اظهارا للسماحة واستمالا للقلوب الناس ليكثر
معاملوه فتكثر ربوحه وتصرفاته كلها فيصل الى مقصوده بايا دي سدة
وقليلا بالي صنعته ليخرج الى اخر قال رحمه الله وان شرط ان لا يتجر
من المصر هذا متصل بها بتاويل اي له انه ليس له ان يشترط المولى عليه انه لا يخرج
من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه ما كلية

البد على وجه الاستاد والاختصاص بنفعه ومنافع نفسه وكسابه
وان لا يحكم عليه احد وتحصيل المال اي وجه شاء وذلك بان يتصرف
كيف شاء ويتفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن
خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى
واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه
من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده يبطل هو دون العقد
لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان فيه اخلاف طلب العقد
لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل ادا البدل وتشبه
النكاح من حيث انها تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال
في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه
فيوفر عليها حظها فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط الفاسد اذا كان في طلب
العقد وهو ان يكون في البدل مثل ان يشترط خدمته او كسابه على خمر
او خنزير ولشبهها بالنكاح لا تبطل به اذ الزيادة في صلب العقد كاشتراطه
ان لا يخرج من البلد او لا يبيع بالنسيئة وهو ذلك ولان الكتابة في جانب
العبد تشبه الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا
في هذا الشرط والاعتاق لا تبطل بالشرط كما اذا اعتق على انه سائبة
يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رحمه الله وتزوج امته لانه من
باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزوج مكاتبة نفسها حيث لا يجوز
وان كان فيه اكتساب لانه للمولى اذ فيها فيمنعها من الاستبداد بنفعها
وفيه تعييبها وربما تجز فيفوت هذا العيب على المولى فلم يكن مقصودها
ايضا بتزوج نفسها المال وانما مقصودها التحصين والاعفاف بخلاف
تزوج امتها فان المقصود منها اكتساب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي
خلافا في العبد الماذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون

و يكاتبه
نوله

الا ما يكون من باب التجارة والتزوج ليس منه فلا يملكونه قال رحمه الله
وكتابة عبده وقال الشافعي له ان يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو
ليس له ان يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل
ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها
كما يملك البيع وربما تكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه
والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده ولهذا يملكه الاب ووصيه
وهو لم يملكه على ان العقد يقتضي مثله وانما ملكه على ان الكتابة بيع من نفس
وقد بينا انه يكون انفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فاولى ان تجوز
الكتابة بخلاف ما استشهد به من المسائل لانها لو جازت لجازت على ان
العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على
مال لانه يوجب لغير الحرية مقصودا للحال وهو لا يقدر على ذلك ولان
فيه ازالة ملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد يقتضي
ما هو مثله والاعتاق على مال فوق الكتابة فاولى ان لا يملكه وكذا لا يملك
تعليق العتق باداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا ولانه فوق الكتابة
الا ترى انه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له ان يكاتب
والديه ولا ولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا له والمكاتب لا يكاتب
ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى
فيهم قال رحمه الله والولاء له ان ادى بعد عتقه اي الولاء للمكاتب الاول
ان ادى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن اعتق ومعتقه
هو المكاتب الاول وهو اهل الولاء عند عتق الثاني فكان ملكه تاما فيه
عند ذلك فيثبت الولاء له ضرورة قال رحمه الله والا لسيده اي وان لم
يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل اداه قبل
ان يعتق كان الولاء له لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل الكتابة من المكاتب

معتقا

معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كما
اذا اشترى العبد المأذون له شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه
فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه وهذا لان فيه نوع ملك ولعتقه ضرب
انضاف الى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن
مولاه وفعل النائب ينتقل الى الاصل فيكون كانه اعتقه لان فعل نائبه
ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء
اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف
جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية ليس بمعتق مباشرة بل
تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى
السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب
فاذا اعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال رحمه
الله لا التزوج بلا اذن اي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه
تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له
الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال
وفي حق ما ليس فيه اكتساب المال فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد
المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه اكتساب مال على ما بيناه ويملك
التزوج باذن المولى لان الحجر لاجلهما ان ملكه باق فيه فجاز بانفاقهما
لا غير لخروجه عن ملك المولى يدا او لثبوت ملكه في الرقبة قال رحمه
الله والهبة والتصدق الا بيسير لانهما تبرع وهما ليس من اهله الا ان
اليسير منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة او اعارة ليجتمع
عليه الناس والمجاهزون وهي من ضرورات التجارة فيملكه لان من ملك شيئا
ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه
قال رحمه الله والتكفيل والاقراض لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات

التجارة ولا من الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين ان تكون في المال
او في النفس وبين ان تكون بالامر او بغير الامر لان الكل تبرع قال رحمه الله
واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه لانه ليس باهل للاعتاق لان
العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه
ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة
المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه
اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه قال رحمه الله وتزويج عبده
اي لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه تعييب له ونقص لماليته
لكونه شاغلا لماليته ولرقبته بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب
في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال رحمه الله والاب والوصي
في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيء منه لان الاب
والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج
الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب وشريكي العنان والمفاوضة
لا يملكون الا التجارة والربح والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة
المال بالمال والبضع ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة
المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع
ولولا انها مال لثبتت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا انها مال لما صلحت
لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه ان من كان تصرفه عاما في التجارة
وغيرها يملك تزويج الامة والمكاتبة كالاب والوصي والجد والمكاتب
والقاضي وامينه وكل من تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك
والماذون له لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند محمد وابي حنيفة وقال
ابو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه ضعفا على ما بينا وجوابه انه

ليس

ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك
المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالماذون له في التجارة ولكل
وجه وجعله كالماذون اشبه قال رحمه الله ولو اشترى اباه او ابنه
تكاتب عليه لان المكاتب من اهل ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل
مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمال
رقبة والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما
لا يملك ابن ادم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر
فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان اهلا للاعتاق
بان كان بالغا عاقلا او كان صغيرا او مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق
تجب حقا للعبد فلا يختلف بين ان يكون مكلفا او لم يكن لتفاوت
الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا
الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعا لهم واقواهم
دخولا الولد المولود في الكتابة ثم ولد المشتري ثم الوالدان وعن هذا
يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة ثم ولد المشتري ثم
الوالدان يكون كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم
ابيه والولد المشتري يؤدي بدل الكتابة حالا والا رد في الرق والوالدان
يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان
الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة في الملك والبعضية الثابتة
حقيقة وقت العقد لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة
بعد الانفصال والولدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية
فانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال رحمه الله ولو اشترى
اخاه ونحوه لا اي لو اشترى اخاه او غيره من محارمه غير الولاد لا يكاتب
عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل

القرابة الحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه ويجب
نفقتهم ولا يرجم فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك
من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابي حنيفة رحمه الله ان المكاتب
كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما بينا فيه وهو الرق وهذا
لو اشترى امة لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكوة اليه ولو وجد
كنز اغير ان الكسب يكفي للصلة فيه الولد الا تري ان للمولى ان يخاطب
بنفقة الولد والولد لا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الاخ
بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة
فيختص الوجوب بمحله ولان هذه القرابة تشبه بني الاعمام في حق
الاحكام كالخلية وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة
ودفع الزكوة اليه ونسبة الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة
وحرمة الجمع بين ثنتين من هذين في النكاح فالحقناها بالولاد في العتق
وبقي الاعمام في الكتابة توفيرا على المولى حظها والعمل على هذا
الوجه اولى من العمل على كسبه لان العتق شرع نفوذا من الكتابة فان
احد الشريكين اذا اعتق نصيبه ليس للآخر ان يبطله ولو كاتبه كان
له ان يبطله قال رحمه الله ولو اشترى جارية وولدها معها لم يجز بيعهما
اي لو اشترى المكاتب ولده لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في
كتابته امتنع بيعه لما ذكرنا فتبعه امه فيه فامتنع بيعها لانه تبع
لها قال عليه السلام اعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه
ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة
اذا اشترت زوجها غير ان بيعه كبيعه كما كان لانه تحريم لم تثبت من جهتها
على ما بيناه من قبل ولو كاتبها بدون الولد جاز له بيعها عند ابي حنيفة
وقالا لا يبيعها لانها ام ولده فصار كما لو اذا اشترى جارية وولدها

وحدها

وحدها بدونه ولابي حنيفة رحمه الله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان
معها الولد لان كسبها كسبه وقوف بين ان يودي فيتقرر له وبين ان
يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذ
لو لا تعلق به المكاتب كان كسبها كسبه وهو محتمل للفسخ اذ كان الاستيلاد
محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة تخييرا يلزم ان يجعل الشيء
الذي هو غير قابل للفسخ من كل وجه ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك
يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ قوي فلا يكون تبعا لما هو دونه ومالك
المكاتب موقوف فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يحتمله الفسخ الا انه يتبع
بيعها تبعا لولدها منه وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت
بدون الولد لثبت ابتداء والقياس يفيد قال رحمه الله وان ولد له من
امته ولد مكاتب عليه وكسبه له لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه
في الكتابة على ما بيناه وكان كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه
فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا يستطيع بالدعوة اقتصاصه
ولذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان ولد المولود
تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد
والحرية والملك فاذا سري اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به
وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله وان
زوج امته من عبده فكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لهما
لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت
احق بكسبه من الاب لانه لا ملك له عليها يسري الى الولد وقد انقطع
يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي احق بها لانه
جزؤها فصار كنفسها وهي نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد
يكون قيمته لامه دون الاب لما ذكرنا انه احق به بخلاف ما اذا قتلا

الكتابة عن انفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته
بينهما ولا تكون الام احق بها لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه
والقبول وجد منهما فيتبعهما فيكون احدهما اولى به من الاخر وفيما نحن
فيه لم يدخل القبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام اولى على ما بينا
قال رحمه الله مكاتب او ماذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت
فولدها عبد يعني لو تزوج مكاتب او عبد ماذون له في التجارة امراة
زعمت انها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق
وليس له ان ياخذه بالقيمة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في
الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد
العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد
العتق ان كانت هي الغارة له وكذا اذا غره عبد ماذون او غير ماذون
له في التجارة او مكاتب يرجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب
التجارة فلا ينفذ في حق المولى في الغار وان غره حر رجع عليه في الحال
لان ضمان الغرر كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره
بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه في
الحال اذا كان التزوج باذن على ما عرف في موضعه وحكم الغرور
يثبت بالتزوج دون الاخبار بانها حرة لمحمد رحمه الله انه تزوجها
رغبة في حرية الاولاد معتمدا على قولهما ولم يحصل له فصار مغرورا
كالحر فيكون اولاده احرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما انه
مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام في الرق والحرية
وتركنا هذا في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى
الحر لان حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال

وفي

وفي العبد بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة
كذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا بان دين العبد اذا لزمه بسبب
اذن المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا
مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج
بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه في حق المولى وانما يستقيم
هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد
في الحال وتشهد المسئلة التي تلي هذه المسئلة لهذا المعنى قال رحمه
الله وان وطئ امة بشرا فاسد فردت فالعقر في المكاتبة اي لو
اشترى المكاتب امة بشرا فاسد فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع
وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق وكذا العبد الماذون له
في التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع
فاسدا اخرى والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشرا بنوعيهما فكانا
ماذونين فيهما كالتوكيل فيهما فيظهر في حق المولى فيواخذ به في
الحال قال رحمه الله ولو بنكاح اخذ به بعد عتق اي لو تزوج المكاتب
امراة فيواخذ به في الحال بغير اذن مولاه فوطئها يوخذ بالعقر
بعد العتق وكذا الماذون له في التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب
ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولا الكتابة كالكفالة
فلا يظهر في حق المولى فلا يواخذ به في الحال بخلاف الفصل الاول
وهو ما اذا وطئها بحكم الشرا الفاسد لان الاذن بالتجارة والكفالة
يتناول الشرا الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف
ما اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت حيث يواخذ بالعقر في الحال
لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم في
كل مرة بل يجوز ان يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا

الزوائد ويجب واتلافها ان تجب ما يجب بسببها المراد يكون من ضمان التجارة
وما يترتب عليه كحكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال
الا ترى ان العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت من
توابع التجارة الحقت بالتجارة حتى صار العبد ماذونا له فيها ويتناولها
الاذن بيناوله التجارة وان كانت هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه
وجب العقر باعتبار شبهة المكاتب وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من
الكسب فلا يتناوله الاذن ولا عقد الكتابة فيتناخرهما ويجب فيه
على ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى والله
اعلم قوله قال رحمه الله ولدت مكاتبة من سيدها صدقت على
كتابتها او عجزت ثم ام ولده لانها ولدت من مولاها صارت ام
ولده فتلقاها جهتا حرية عاجلة بيد ومن الكتابة واجلة
بغير بدل وفي امومية الولد تختار ايها شاءت وتسعى ولدها ثابت
بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف
ما اذا ادعى ولد جاريته مكاتبته حيث لا يثبت النسب من
المولى الا بتصديق المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها
بخلافها اذا ادعى ولد جاريته ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى
ولا يحتاج فيه لتصديق الابن لان له ان يتملك مال ولده للحاجة ١٢
فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما بيناني النكاح فلا حاجة الى تقدير تقدم
والولد حر لان المولى يملك اعتاق اولادها لانهم يتملكا يثبت عليها ولاء
يملك بيعهم فصار حكمهم حكمها واذا مضت على الكتابة اخذت عقرها من
سيدها لكونها المقبوض بقبضها واكسابها واذا مات المولى عتق بالاستيلاد
وسقط مال الكتابة لانعدام ما التزمت البدل الا لتسلمها نفسها بعقد يقتضي
جهتا حرية عاجلة وآجلة [illegible] لولد ولو ولدته مجانا فلا يجب عليها وان مات

وتركت

وتركت مالا تؤدي كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت حقها
في اخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد
لانه حر وان ولدت ولدا اخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة
وطيها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم
على المولى وطيها وان حرم فلا يلزمه حينئذ اعجزت نفسها وولدت
بعد ذلك في عدة يكون العلوق بعد التجزي ثبت نسبه من غير دعوة
الا اذا نفاه صريحا كسائر اولاد امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني
وعاش من غير وفاء بدل هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا
لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة
ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال رحمه الله وان كاتب ولده او
مدبره صح لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت ام الولد غير متقومة
عندابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل
الى ملك اليد والمكاتب في الحال والى الحرية في المال وام الولد في هذا
كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك
ما يملكه المكاتب في الحال والمال وكسبها للمولى فيتبع منه اثبات هذه
المالكية لها بالبدل ولا تملكه فيها بحكم وان لم يكن متقوما عند
ابي حنيفة فيكون اخذ العوض عنه كالقصاص قال رحمه الله وعتقت
موته مجانا اي عتقت موت المولى بخلاف حي يلزمها وسقط عنها بدل
الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد
الكتابة لعدم المنافي بينهما وان حكم عتقها بعد الموت مجانا وسلم
لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يتغير بالموت
ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى في حال حياته ولان العتق
الكتابة في حق نفسها بقي في الاولاد والاكساب لان الفسخ لا يظهر

لها في بقاء الكتابة ليتبعها اولادها في العتق ويسلم لها اكسابها فيجعل
كانها عتقت بالايفاء في حق الاولاد والاكساب ولان دخول اولادها
في الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان للتبع حكم
المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذي بينا وهو ان تنفسخ الكتابة
في حق سقوط البدل عنها فقط ويبقى في حق غيرها من الاحكام نظرا
لها ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها
الى وقت الاداء وبالاداء تقرر ولا تبطل قال رحمه الله وسعى المدبر
في ثلثي قيمته او جميع الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يسعى في الاقل منهما وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي
بدل الكتابة فالخلاف في موضعين الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي
حنيفة في المقدار ومع محمد في الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على
تحري الاعتاق وعدم التحري فعنده لما كان متحريا بقي ما وراء الثلث
عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتقه فتوجب لعتقه
جهتان كتابة موجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين
وفي التخيير فايدة لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل
واقلهما اعسر لكونه حالا فكان في التخيير فايدة وان كان جنس المال
متحدا وعندهما لما عتق كله يعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما
فبطلت الكفالة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي عليه
اصل الدين غير موجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون
التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة
كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله
عندهما ويسقط عنه بدل ثلث الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقي
عليه بدل الكتابة حالا او وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه

اقلهما

اقلهما من غير تخيير اذ لا فايدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد
فصار نظير ما لو اعتق عبده على الف او الفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار
بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابي حنيفة ان البدلين حال في مسئلة اليمين
وهما من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فايدة في التخيير وما
نحن فيه احدهما موجل فيفيد التخيير على ما بينا واما الكلام في المقدار
فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه
ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق
ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا ترى انه لو عتق كله
بالتدبير بان كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق
ثلثه به وجب ان يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو ادى كل
البدل في حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه
عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتاخر
التدبير ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف
كله الى ما يصح كرجل طلق امراته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بالف لزم الالف
كله مقابلا بما بقي وهو الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم
يكن ثابتا للمكاتبة والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له
والتدبير لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته
شيء من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه فلا يتصور ضرورة واذا
ثبت ان بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسم شيء
منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة وهذا
بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم
يستحق شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الكتابة بعد ذلك
التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو اتلفه انسان لا يضمن

لان الكتابة تفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره تبعا
بخلاف ما بيناه قال رحمه الله وان كاتبه على الف وعشرين فاداها
على نصف حال ح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو
ليس بمال والدين بالدين كما ذكرنا وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال
الا ترى انه يجوز مقابلة بالحر ومكاتب
الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا
يقدر على الاداء الا به ولان عقد الكتابة عقد من وجه ومن وجه
لانه تعليق العتق بشرط الاداء ولانه تابع محض اما في الاصل ان
لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده او العبد وما في يده لمولاه
والاجل يصلح ان يكون مالا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف
العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربح الاجل فيه شبهة
ولان الصلح امكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على
نصفها بتلك الحالة قال رحمه الله مات وترك كاتب عبده على الفين
الى سنة بنجمة الف ولم يخلف الا الف ادى الف البدل حالا والباقي
الى اجله او ادى نصفها معناه ان مريضا كاتب عبده على الفين الى سنة
وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي الف
الفين حالا والباقي الى اجله او يؤدي نصفها وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي الف الى الفين حالا والباقي
الى اجله او يؤدي ثلثا لان له ان يترك الزيادة فيبرأ كفيله
فكان له ان يؤخر الزيادة وفي الالف رهم بالطريق الاولى فصار كما
اذا اخذ المريض ما له على الف الى سنة ولم يكن له مال غيره كان
موجلا لان له ان يعطيها بدون المال وهذا لان ما زاد على الثلث في حقه
كالمعدوم حكما من انه لا يملكه اصلا فاذا ملكه موجلا لا يثبت الورثة
حق الاعتراض وهو ان جميع الحي بدل الرقبة حتى يجري عليه احكام

الا يتم الثلثين وكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس هذا محلها اذ هي
في حياته لان استحقاق الثلث قد يبطل فيبطل المقدر الذي قلنا لا تزيد
في حياته لان استحقاق الثلث قد يبطل فيبطل المقدر الذي قلنا لا تزيد
ايام الولادة اكتسابها ثم مات سقط عنه بدل الكتابة كله لاستحقاقها
الحرية بجهة اخرى فكان نفسها كانت سالمة لها بترك الجهتين ولو ادت منه
البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء
في حال حياته قال رحمه الله والاصح في الذي يتمه او كل البدل سواء
لو تقايلا وان ه وكاتبه ح لانه يملك تنجيز العتق بنفسه فيملك التعليق
بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف فك له لاحتمال
ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فينعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل
الكتابة فيبقى له جهة الحرية بخصلة قال رحمه الله وان جنى في هذا
لوجوه سبب الوجب له قال رحمه الله والاصح في الذي يتمه او ثلثي
البدل او نصفه فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته وبين ان
يسعى في بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف في
منها الخلاف في الخيار مبني على مخرجي الاعتاق وعدم تخريجه على ما بيناه
واما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل الرقبة اذ لم يستحق
شيء من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك
سقط حصته من بدل الكتابة مقابل ما لم يسلم له وهو الثلثان
على ما بيناه قال رحمه الله ومن كاتب عبده لان ملكه قائم فيه وهو
الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله وسقط بدل الكتابة لانه لزمه
لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا
بالتدبير وقد فات ذلك الاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة
من جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد رجعا من المولى بالاقرار
على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبملامة الكتابة

الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس
بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوي الفا بالفين وحق الورثة متعلق
بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة
بالبدل فكذا لا يتعلق بالمبدل واصله ان المريض اذا باع دارا قيمتها
الف بثلاثة الاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم يجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل ثلثي الثمن والثلث عليك الى
اجله والا فانقض البيع وعنده له اما ان تعجل ثلثي القيمة والباقي
عليك الى اجله فانقض البيع وحاصله ان المحاباة بالاجل تعتبر
من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل انه ثبت فيه
احكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من راس المال ويعتبر
في قدر القيمة من الثلث قال رحمه الله وان كاتبه على الف الى سنة
وقيمته الفان ولم يجيزوا ادى ثلثي القيمة حالا او رد رقيقا
وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصل في القدر والتاخير فاعتبر القدر
فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة وبين الاولى ان الزيادة على القيمة
كانت حق المريض في الاولى حتى كان يملك اسقاطها بالكتابة بان يبيعه
بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة
على اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تاجيله
لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى قال رحمه الله حر كاتب
عن عبده بالف وادى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب وصورة
المسئلة ان يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على الف درهم
على اني ان دفعت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل
الرجل ثم ادى الفا فانه يعتق لان عتقه تعلق باداية فيعتق بوجود

الشرط

الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط
واذا بلغ العبد وقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
في الانتهاء كقبوله في الابتداء ولو قبله في الابتداء او وكله به كان ينفذ
فكذا اذا اجازه ولو قال للعبد لا فادى عنه الرجل الذي كاتب عنه
لا يجوز لان العقد ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لان الكفالة
ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على ان اديت اليك فهو حر فادى
لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد
التعليق وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع
العبد وهو ان يعتق عند اداء الشروط فيما يرجع الى وجوب البدل
عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وقيل هذه صورة
مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لانه
متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو
تبرع باداء الثمن عن المشتري وقيل يرجع على المولى ويسترد ما
اداه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب الا ترى
انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع بما ادى فههنا اولى
وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق له فتم
اداؤه وهذا اذا ادى عنه بدل الكتابة كله وان ادى عنه بعضه
فله ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه
وهو العتق وكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع باداء الثمن
في بيع موقوف كان له ان يسترد من البائع بخلاف المعنى بخلاف
ما اذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل
الكتابة حيث لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل براءة ذمة العبد
بقدره من البدل وهنا لم يكن في ذمة العبد شيء حين برا باداية وكذا

لو اداه قبل اجازة العبد العقد ثم اجازه ان يرجع بما ادى سوا ادى
البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة نفذت من
الابتدا فيكون الادا مبريا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا
ان الضمان فيرجع عليه بحكم فساده قال رحمه الله وان كاتب الحاضر
والغايب وقبل الحاضر صح اي كاتبهما المولى ومعنى المسئلة ان يقول
العبد الحاضر لسيده كاتبني عن نفسي وعن فلان الغايب فكاتبهما فقبل
الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس ان لا تجوز الا عن نفسه
لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره فانه
يجوز في عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها وجه
الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغايب تبعا له
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل في
كتابتها ولدها المولود في الكتابة والمشتري فيها او المضموم اليها
في العقد تبعا لها حتى يعتقوا بادايها وليس عليهم شي من البدل
ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر وللمولى ان ينفرد به في حق
الغايب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغايب كما لو كاتب الحاضر
بالف ثم قال اذا اديته الى فلان فانت حر فانه يصح من غير قبول
الغايب فكذا هذا فاذا امكن جعل الغايب تبعا استغنى عن شرط
رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون
الغايب ولا تعتبر اجازة الغايب ولا رده اذ لا يتوقف في حقه ولا
يواخذ الغايب بالبدل ولا بشي منه لانه ليس عليه دين الكتابة
اصلا ولو اكتسب شيا ليس للمولى ان ياخذه من يده وليس له ان يبيعه
من غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابراه المولى او وهبه مال الكتابة لا يصح
لعدم وجوبه عليه ولو ابرا الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق

الغايب

الغايب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغايب دخل في العقد
مقصودا فكان البدل مقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد
المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام من البدل بعتقه لانه لا يدخل
مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك
تبعا لها وكذا ولدها المشتري ولو اعتق الحاضر لم يعتق الغايب وسقط
حصة الحاضر من الكتابة ويودي الغايب حصته حالا والا رد في الرق
بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده واذا مات
على ما عرف في موضعه قال رحمه الله واي ادى عتق اي ايهما ادى بدل
الكتابة عتق الموجود شرط عتقهما وهو ادا بدل الكتابة ويجبر المولى
على القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما اذا
دفع الغايب فلانه ينال فيه شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه
مضطرا اليه كما اذا ادى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول لحاجته
الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال رحمه الله ولا يرجع
على صاحبه اي لا يرجع واحد منهما على الاخر بما ادى الى المولى من
بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره
وان عتق معه لانه تبع له كما اذا ادى المكاتب البدل وعنده اولاده
واباه فانه لا يرجع عليهم بشي وان اعتقوا معه لكونهم اتباعا له
واما الغايب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر فيه من جهته بل
يطلب نفعا مبتدا بخلاف معير الرهن اذا ادى الدين لاستخلاص
عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته قال رحمه الله
ولا يواخذ الغايب بشي اي لا يطالب المولى الغايب ببدل الكتابة
لانه لا دين عليه اذا لم يلتزم له شيا وانما دخل في الكتابة تبعا فصار
نظير ولد المكاتب فانه لا يطالب بشي اذ ليس عليه دين ومع هذا لو

ادعى البدل يحبر المولى على القبول قال رحمه الله وقبوله لغو اى
بقبول الغايب لغو ولا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد تفسخت
وملك من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتقيد برده كمن
كفل بدين عن غيره بغير امره قبله فاجازه فان اجازته باطلة ولا
يتغير حكمه حتى لو ادى عنه لا يرجع عليه قال رحمه الله ولاى كاتبت
الامة التى تضمها او على ابنيها صغير ان ضمانها واى ادى لم ترجع
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجهه فى المسئلة
الاولى لان هذه مثلها فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لما ان الام والاب
لا ولاية لهما على ولده فيكون دخول المولود فى كتابتها كدخول الغايب فى كتابة الحاضر وايهما ادى يجبر المولى
على القبول وقبول الاولاد والكتابة ورده لا يعتبر ولو اتفق
الام بتى عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يودون ما فى الحال بخلاف
الولد المولود فى الكتابة بحصتهم يودون ما فى الحال او المشترى
حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو اعتقهم
سقط عنها بحصتهم ويعلم ما البانى على نجوم ما ولو اكتسبوا شيئا
ليس للمولى ان ياخذه ولا له ان يتيوم ولو ابراهم عن الدين
او وهبهم لا يصح ولها يصح فيعتقون ويعتقون سرها لما ذكرنا فى كتابة
الحاضر مع الغايب والله اعلم بالصواب كتابة العبد
المشترك قال رحمه الله عبد بين اثنين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب
حصته بالف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه
فهو فى المقبوض بالخيار وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه
وقالا هو مكاتب بينهما واصلها ان الكتابة تخرج عنده وعندهما لا تخرج
واصل الخلاف فى الاعتاق هل يتجزى لهما لان الكتابة شعبة من شعبه

ان تفيد الحرية فى الحال بدلا وفى المال مرفقا فيعتبر فى نصيبه عنده
وفايدة الاذن بالكتابة ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم
ياذن وفايدة انه بالقبول ان يتغير حكمه فيما يقبض بل يختص
المكاتب به فاذا قضى بدينه فقضى احد شريكى الام والولد يعتد عليه
سبيل اختص به القابض وسلم له كله كما لو جنى المولد بعد اذن المولى
بتقاضاه بدينه فقضى لم يبق لرب المولد يعتد عليه سبيل لذا هذا الا اذا
فضاه قبل الاداء فيفسخ لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان
المكاتب نصف كسبه لذا لا يتقرر له فيه احد اكون تصفه مكاتبا
والنصف للشريك الذى لم يكاتبه لان نصيبه قن فيكون كسبه
له فاذا اذن لهما ان يقبض بدينه صح اذنه وتم بقضاء دينه
فاذا كان المقبوض لا قابض وادى يجز المكاتب ولا يرجع الاذن بذلك
وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو
رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف
ما اذا تبرع شخص بقضاء دين الميت ثم استحق او هلك قبل القبض
وانفسخ البيع او تبرع بقضاء دين مات عليه الغريم فرجعت المراة
حيث يرجع بالدين والمهر لان ذمة البايع والمراة محل حق له وجود
دين المتبرع عليهما فامكن الرجوع ولو كان الشريك الاذن مريضا
وادى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه
قبله صح من الثلث لانه تبرع بغير مال وبالاول بالمنافع اذ المال
كان موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث
بالتقدير بجميع المال بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تجزى فيكون
الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابته كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا
كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون لهما

ويكون بدل الكتابة بينهما فالمقبوض بينهما قبل الحجر وبعده ولو كاتبه
بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا بناء
لما ذكرنا وكانت للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يؤدي بدل
الكتابة فما الفرق عن نفسه بخلافه اذا باع نصيبه حيث لا
يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه عن ملكه ولا يؤول الى
ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يصح لانه
لا يقبل الفسخ ولو ادى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند ابي
حنيفة لان العتق يجزي عنده وللساكت ان يأخذ من الذي
نصفه لانا العتق يجزي عنده وللساكت ان يأخذ من الذي
نصفه لانا كسب عبد مشترك بينهما
ثم يتطوان كاتب كله بالخيار يرجع على المكاتب بشيء مما اخذ منه
شريكه لانه سلم بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط عتق كله
ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو
اعتقه وله ان يأخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد
مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا
بعد الاول لان الكتابة تجزي عنده فتنفذ كتابته على كل واحد
منهما واما عندهما فلان الساكت كان له ان يفسخ فاذا كاتبه
كان فسخا منه في نصيبه وايهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه
صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بحجز يدل
المكاتبة السعي في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولاء لهما
عندهم وان قدم احدهما صار مكاتبا حصة احدهما بعتق نصيبه
عند ابي حنيفة ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية
الا ان يخير المكاتب يخير الساكت بين تضمين العتق والاعتاق

واستسعا

واستسعا العبد ان كان العبد موسرا وبين الاستسعاء والاعتاق
ان كان معسرا وعند ابي يوسف يضمن المعتق فكان موسرا ميتسعى
العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمته
نصيبه ومن بدل الكتابة يتبع به في اليسار وفي الاعسار يسعى في فكاك
وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بادائه نصيب احدهما الا باعتاقه
او ابرائه وهذا نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسألة
الاولى في الفصلين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء
نصيبه لم يبرأ الا ان المقبوض حقهما وظفر يرجع عليه شريكه به فلا
يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله ومن اعتق امة بينه وبين
غيره فاتاها احدهما فولدت فادعاه فهو ابنه وهي ام ولد الاول وضمن
شريكه نصف قيمتها ونصف قيمة ولدها ونصف عقرها ونصف
عقر ولد الاول وضمن شريكه نصف قيمتها ونصف عقرها ونصف
عقر ولدها وقيمة الولد ومهر مثله واي دفع العقر الى المكاتبة صح
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد الاول وفي مكاتبته
كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند ابي يوسف وعند محمد الاقل من نصف
القيمة ومن نصف ما بقي بدل من الكتابة ولا يثبت نسب الولد الا خير
من الاخر لا يكون الولد له بالقيمة ويلزم العقر بهما وهذا الاختلاف
مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة يتجزى عندهما لا يتجزى
واستيلاد الفتة لا يتجزى بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزى بالاجماع
فاذا عرفت هذا فنقول اذا ادعى احدهما الاول تحقق دعوته لانه
استولد جارية له في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه
ام ولد ولم يتملك نصيب صاحبه وصارت كأنها ام ولده لانه لا استيلاد
يجب تكميله ما امكن لانه يتجزأ ما لم تكن استولدت مشتركة تصير
كلها ام ولد للمستولد لامكان التكميل بالتكميل لكونها قابلة للنقل

وقد امكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا
الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق المتمكن وهي لا تتضرر به
والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراه ولهذا
يجوز عتقه عن الكتابة بخلاف ما اذا استولد مدبرة مشتركة فانه
لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يكمل تكميله اذ التدبير يمنع النقل
من ملك الى ملك ولا يقال لما لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد
لانا نقول في انفساخها وبطلان حقها في الكتابة والكتابة لا
تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستيلاد
يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين
اذا استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد على نصيبه
كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد فادعاه الاخر فقد ادعى
نسب ولد امة نصفها ملك له فتصح دعوته ويثبت نسبه منه
فان عجزت بعد ذلك جعلناه كان الكتابة لم تكن وتبين ان الامة
كلها ام ولد للاول لانه المقتضي للتكميل كائن والمانع من التكميل
الكتابة وقد زالت فيكمل المقتضي عمله من وقت وجوده فيضمن
للاخر نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف
عقرها وقيمة الولد والولد حر بالقيمة لان الاخر بمنزلة الغرور
لانه وطئها على ظن انها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة
لانه لا ملك له فيها وولد الغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه
وطئ ام ولد الغير فلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة
جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت
يرده الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند ابي حنيفة
وعندهما هي ام ولد الاول تكميلا للاستيلاد ولان الكتابة تنفسخ

فيما

فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها ام ولد له فوطئ الثاني
صارت ام ولد للغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة
ولزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان او الحد
الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال ابو منصور الماتريدي
اذا بقيت الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب لان الانفساخ
ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فيبقى الكل
للاول كما كان والمكاتبة والمكاتبة التي تعطي العقر لاختصاصها
بنفسها وبابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى الاول
لظهور اختصاصه بها ثم قال ابو يوسف يضمن الاول لشريكه
نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان
او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد يضمن الاقل
من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك
في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة
على اعتبار الاداء والاداء متيقن فيجب الاقل قال رحمه الله وان دبر
الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهذا بالاجماع اما عندهما
فلان المستولد يملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها
ام ولد للاول وانه لم يكن فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة
التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف
لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك بالتدبير
فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فاستحقت لم يبطل
النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا وهي ام ولد للاول
لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للامكان قال رحمه الله
وضمن لشريكه نصف قيمتها لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا

قال رحمه الله ونصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة بينهما فيجب
العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله والولد للاول لان
دعواه قد صحت ما مر وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله وان كاتباها
فحررها احدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت
ان كان المعتق معسرا واصله ان الاعتاق لا يتجزى عندهما والكتابة
لا تمنع العتق فعتقت كلها الحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم
الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن
باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن اصل ابي
حنيفة ان الاعتاق يتجزى فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يورث
الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما اوجبته الكتابة فلا يظهر
مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق مخففا لكتابتها فلا يضمن
المعتق قبل العجز لظهور عدم الاثر للاعتاق فيها واذا عجز ظهر اثر
العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورات في العتاق وهي ان
كان المعتق كان للمعتق ان يرجع على العبد المعتق فاذا ضمن
المعتق كان للمعتق ان يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام
الساكت وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق او الاستسعا
على ما بيناه في العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة او استولدها
فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزيان
عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا
نصيبه لان التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتدا ولا بقا
فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق
لا يقبل الكتابة ابتدا ولا بقا فينفسخ في نصيبه دون نصيب

شريكه

شريكه فاذا عجزت ظهر اثرها فيضمن قيمتها موسرا كان او معسرا لانه
ضمان تملك وعندهما لا يتجزيان فصارت كلها ام ولد له او مدبرة لان
الكتابة لا تمنع النقل لانها تنفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة
على حالها اذ لا تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال
موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار
ويضمن العقر في الاستيلاد قال رحمه الله عبد لهما دبره احدهما ثم
حرره الاخر للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره احدهما
ثم دبره الاخر لا يضمن المعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه
ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد
به نصيب الاخر فثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعا
لما عرف من مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعا
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكنه يفسد به نصيب
شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو
مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته
وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واسبابه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والغايب البيع فيسقط الثلث واذا
ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما
اذا غصب مدبرا وابق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يتملكه فكذا
هذا وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات الثلاث عنده
واذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعا
لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما
فاعتاق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه
بالتدبير ويضمن نصف قيمته قلنا لانه صادفه التدبير وهو

فن وان استغله احدهما او لا فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ
عندهما اعتق كله فلم يصادف المدبر الملك وهو يضمنه ويضمن نصف
قيمته ان كان موسرا لانه هذا ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار
عندهما بالعيب وموت المكاتب وجزه وموت المولى قال
رحمه الله مكاتب عجز عن نجم واحد مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة
ايام نظر المكاتبين والثلاثة هي التي ضربت لابلاء الاعذار كما مر في
الخصم الرفع والمديون القضاء فلا يزاد عليه قال رحمه الله والا عجزه
وفسخها او فسخها سيده برضاه يعني اذا لم يكن له مال سيصل
في الثلاثة ايام فسخ القاضي الكتابة او فسخ المولى برضى المكاتب
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجزه
حتى يتولى عليه بنجم لقول علي رضي الله عنه اذا تولى على المكاتب
نجما رده في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولان العقد
ارفاق حتى كان التعجيل فيها مستحقا وحالة الوجوب بعد حال النجم
فلا بد من انها لمهلة واولى لما مر ما تواقف عليه العاقدان ولان الفسخ
للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بعجز المطلوب فلا بد من انها لمهلة فكان
ما اتفقا عليه اولى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه مكاتبا
له عجز عن نجم فرده الى الرق ولان المقصود بالعتق رجاء جانب
المولى لتعيين المبيع عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب
تجزيره كما لو تولى عليه نجما وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والانحلال
بالعجز الواحد اخلالا ما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ
دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم ان
ووجب عليه حصته صار كانه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يتعالى
لهما ان توجب المال حالا والا رددته في الرق فكذا هذا والمروي عن

علي رضي الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذا تولى عليه نجما فلا ينفي ثبوت
الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف
من القاعدة والتاخير الى الثلاثة ايام انما كان لاجل امضاء موجب
العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان
فاستحسنا هذا القدر المذكور على ان يكون من باب التعجيل دون التاخير
نظرا لهما واظهار العذر اذ في مدة ضربت لابلاء الاعذار كما في شرط الخيار
وفي فصل الاخبار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه المدة قبل الحكم
عليه وامهال المديون القضاء فاذا استمهل ثلثا يمهل وقوله عجزه وفسخها
يعني الحاكم يعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية
عامة فيفسخ وقوله او سيده برضاه يعني او يفسخه المولى برضى
المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر اولى
وان لم يرض به العبد فلا من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد
من القضاء او الرضى كالرد بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ
ولا يشترط رضى المكاتب كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل
القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن تمر يدل على ذلك وهذا
لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا يتم فيفسخه
قبل القبض قلنا العبد بعد القبض صار في يده فصار هذا الفسخ
بعد القبض فلا بد من القضاء او الرضى قال رحمه الله وعاد احكام
الرق اي اذا عجز عاد الى احكام الرق لان الكتابة قد انفسخت
وفك الحجر كان لاجل الكتابة فلا يبقى بدونها العقد قال رحمه الله
وما في يده لسيده لانه ظهر انه كسب عبده اذا كان موقوفا عليه
او على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى

وقد تحقق العجز فكان للمولاه قال رحمه الله وان مات وله مال لم تنفسخ
ويودي كتابته ان ماله وحكم بعتقه في اخر حياته ولذا لحكم بعتق
اولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول بن مسعود رضي
الله عنه وبه اخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته
وتموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي رحمه الله له ان العقد
لو بقي ليحصل بالاداء وقد تعذر ابتاته فيبطل وهذا لا نطلا يخلوا اما
ان يكون بثبات العتق قبل الموت او بعده متصلا او مستندا الاوجه
الاول لعدم شرطه وهو الاداء الذي لا يسبق شرطه ولا الى النائب
لان الميت ليس بمحل للزول العتق عليه لان العتق ابتاث قوة المالكية
وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود
عليه بل هو عاقد والعقد يبطل موت المعقود عليه لا موت العاقد
ولان المولى يصلح ان يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا
بعده الا ترى ان المولى اذا قال انت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده
انت حر بعد موتك لا يصح ولا يلي الثاني لانه لما تعذر اثباته في
الحال تعذر اسناده لان الذي يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى
حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف
ما اذا مات المولى فان العبد باق بعد موته فيعتق لكون الميت
اهلا له على ما بينا اتفاقا ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ
بموت احد المتعاقدين فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى كان بعد
الى المولى وغيره جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده
وهو شرف الحرية بل اولى وغيره جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته
لان الذي استحقه المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه
عن اداء البدل يبطل والذي استحقه المكاتب قبل الموت لازم حتى

لو

لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت انما ينافي المالكية منه للموكيته
لان الموكيته عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت
ينافي القدرة عنه لا العجز فاذا بقي المعقد مع اقوى المنافيين في اداتهما
اولى لا ترى ان موكيته العبد باقية بعد موته حتى لو اعتقه حقيقة وجب
الكفن على مولاه فكذا هنا ايضا بقي الموكيته لمولاه ليستفاد عتقه وفي اثر فيل
اولى لما قلنا من التعذر في الابتاع كالاولاد وانها تصير ام ولد لنا
نقول لكن الكتابة تثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاتبته وبها يتمكن
من اداء الكتابة فيتبع المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية
لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكره من التزويد قلنا انه يعتق
بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى
حيا ماكما معتقا بعد الموت وهذا يقدر الميت باقيا حتى يثبت حق الجناية
اليه من امواله بتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعنه
الجمهور انه يعتق في اخر جزء من حياته اما الان سبب الاداء موجود
قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون له اخلفه كما اذا باعه بنفسه
فان قبل الاداء فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام الشرعية
قلنا نعم لكن فعل الكتابة مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة
شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيبه صار ملكا له
حتى يورث عنه والميت ليس باهل له وهو ليس باهل له بقيناه ملك
من حين لا مكان وهو اخر جزء من اجزاء حياته فهذا هنا كذا ان السبب
منعقد اوهو عقد الكتابة والعقد موقوف على الاداء والاداء جائز
بعد الموت فالحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت
كالملك في تلك الحالة حكما يعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته
واما بان يقام التركة الموجودة منه في اخر جزء من اجزاء حياته

مقام التخلية بين المال المولى وهو الاداء المستحق عليه قال رحمه الله
وان ترك ولدا ولد في كتابته لا وفا سعى في كتابته على نجومها
فاذا ادى حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته لان الولد دخل في كتابته
وكسبه فخلفه في الاداء وصار اداؤه كادائه فجعل كانه ترك وفا مع
الولد وفي الكافي لو كاتب امته على انه بالخيار ثلاثا فولدت في مدة
الخيار فماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وله ان يخيرها فاذا اجاز يبقى الولد على نجوم امه
فاذا ادى عتقت الام في اخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها
وهذا استحسان وعند محمد تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو
القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد
المكاتب وامه لم تصر مكاتبة بعد ولهما ان في ابقاء العقد فيه فايدة
بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام
بنفاذه في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد قال
رحمه الله ولو ترك ولدا مشترا عجل البدل حالا او رد رقيقا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله ولو ترك وعندهما يؤديه على نجومه
لانه تكلمت عليه فيسعى على نجومه كالولد في الكتابة لانه صار
بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المولى في الكتابة
المكاتب نفسه بخلاف ساير اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجل يثبت بالشرط في العقد فبقيت
في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل تحت العقد لانه
لم يضف اليه ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان
ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل واعطى من
ساعته صار كانه مات عن وفا بخلاف الولد المولود في الكتابة

لانه

لانه ماؤه فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه
المولود بعد الكتابة من امراة له امة ينبغي ان يدخل في كتابته لانه
من مائه بعد الكتابة قال رحمه الله وان اشترى ابنه فمات وترك
وفا ورثه ابنه لانه لما ادى بدل الكتابة حكم بعتقه في اخر جزء
من اجزاء حياته فيتبعه في ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر انه
مات حر عن ابن حر قال رحمه الله وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة يعني يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق
احدهما في وقت حكم بعتق الاخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد
على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة
اولاد حرا ومولودا في الكتابة مكاتبا معه بعقد واحد واوصى يرثه
اولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم
والدنانير ولو مات الحر قبل اداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من
حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاسناد في حقه قال رحمه الله ولو ترك
ولدا من حرة ودينا فيه وفا بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على
عاقلته لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم مولى الاب
ومولى الام في ولائه فقضي به لمولى الام فقد عجز والفرق ان القضاء
يوجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضيته قيام
الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي الام لان المكاتب وان ترك
مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند اداء بدل الكتابة فكانت جنايته
عليهم فاذا قضى به القاضي كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة
على حالها فاذا ادى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن
ولاء في جانب الاب فيجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب
من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع

من ابيه تدبيره فانه كالاجنبي المدافع عن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء
واما اذا كانت الخصومة في حق الولاء فان القاضي يقضي بكون الولاء
لمولى الام اذ الخصومة وقعت بين المولى وبين ضرورته القضاء بفسخ
الكتابة لان الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر ابتاته من جانب
الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن ان تثبت
من جانبه بالاداء وفرق آخر ان القضاء بموجب الكتابة على مولى الام
على ما مر ويجب عليه كالكفيل والقضاء لمولى الام يقتضي
القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن ان يدفع عليه الولاء انما اذا لم يفسخ
فيحكم بما يلزم الحكم بجريمة اذا ادى بدل الكتابة فاذا صار حرا
في اخر حياته انتقل ولاء الولد اليه وان انتقض القضاء وهو يجب
صيانته عن النقض فلا ينقض اذا صادف محلا يجتهد فيه والحكم
بالارث من الولد لمولى الام كالحكم بالولاء حتى تفسخ الكتابة
ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء ادت
الكتابة قال الاسكاف تفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل
الكتابة عنه لا يقبل منه وقال ابو الليث رحمه الله لا تفسخ ما لم
يعجز عجزا حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز
وحكم بحياته في اخر جزء من حياته قال رحمه الله وما ادى المكاتب
من الصدقة فاعتق وعجز طاب لسيده لان الملك قد تبدل وتبدل الملك
كتبدل العين فصار كعين اخر واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم
بقوله في حديث بريرة لها صدقة ولنا هدية قال ذلك
حين اهدت اليه وكانت مكاتبة وصار كالمغفر خوف من صدقة
اخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير

يطيب له ما اخذه من الزكوة حالة الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ
الصدقة ثم وصل الى ماله وفي يده الصدقة حل لان الحرم على الغني
ابتدا الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص فيه من غير ضرورة فاذا
اخذ في حالة الفقر فليس فيه الا استدامة فيطيب له ولو باع
الفقير العيني والهاشمي عين ما اخذ من الزكوة لا يحل لان الملك لم يتبدل
ونظيره المشتري اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب له بالاخذ ولو
ملك يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى عند محمد بلا اشكال
لان الكتابة عنده اذا عجز يملك المولى ما في يده ملكا يبتدا حتى
تنتقض اجازته وعند ابي يوسف لا يطيب لانه عجز لم يملك المولى
اكسابه ملكا يبتدا وانما كان له نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يوجد
له فيه ملك وظهر الانتقض اجازته المكاتب عنده بالعجز كما في
العبد المأذون له اذا لحق عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لما ذكرنا
ان الحرم هو ابتدا الاخذ وانما يبيح للحاجة وحرم على الغني لانه لا
حاجة له فيه وكذا على الهاشمي لصيانة قرابة النبي صلى الله عليه وسلم
عن وساخ الناس ولم يوجد من المولى الاخذ فصار كابن السبيل
الذي وصل الى ماله او تغير استغنى وفي يده ما اخذه من الصدقة
فانه يطيب له على ما ذكرنا فلذا هذا قال رحمه الله وان جنى عبد
مكاتبه جناية خطأ او جنى عليه جناية عجز ودفع فلا يبقى المولى
بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه كاتبه
وهو لا يعلم بالجناية لزمه قبضه لانه لم يصر مختارا للفداء بالكتابة
من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير ان يصير مختارا يجب عليه
الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا استغله او دبره او استولد الجارية
او باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا ان المانع من الدفع على

عرف الزوال فلم يتبين حق وفي الجناية من العبد الى القيمة فان عجز
زال الخيار فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة قال رحمه الله وكذا
ان جنى مكاتب ولم يعط نجما يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار
قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف
في موضعه وقبل ان يختار يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان
دفعه متعذر بسبب الكتابة وهذا حق يلزمه من المولى وموجب
الجناية عند الدفع يجب على ان يكون له الكسب لانه بدل نفسه
المدبر وام الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش
لما انه احق بكسبه قال رحمه الله فان قضى عليه بثمن كتابته تحول
ذهوديتبع فيه اي ان قضى بوجب الجناية على المكاتب في حال
كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه
لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عندهما بناء
الملائة وقال رحمه الله يجب عليه قيمته ويباع وهو قول
ابي يوسف والامانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو
الكتابة فوجب ان يكون موجبه القيمة ولا يتغير بجناية المدبر
وام الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى
القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ
الكتابة فلا يثبت الانتقال عن موجب الاصل الا بالقضاء او بالصلح
عن الرضا او بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا ابق لا تجب
عليه القيمة الا بالقضاء حتى اذا رجع قبل القضاء وكذا اذا قتل لان القيمة
تقوم مقامه وهذا بخلاف البيع اذا رضي المشتري بعيبه بخلاف المدبر
وام الولد لانها لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله وان جانى السيد لم
ينفسخ الكتابة لانها حق العبد فلا يبطل بموت السيد كالتدبير واشتر

الولاء

الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال رحمه الله ويؤدي
المال الى ورثته الى نجومه لان النجوم حقه لانه اجل وهو حق
المطلوب فلا يبطل موت الطالب كالاجل في الدين بخلاف ما اذا
مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته تخرب واتصل الدين
الى التركة وهي عين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض
لا يصح تاجيله لان المثلث وتذكرناه والاختلاف فيه من قبل
قال رحمه الله وان حز رقبته وعتق اي لو اعتقه جميع الورثة عتق
والقياس ان لا يعتق لانه ليس لهم بيعه لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر
الاسباب هكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولاء ولنا
ملكوه كان لهم وجه الاستحسان ان هذا يجعل براءة عن بدل الكتابة
فانه حقهم وقد جرى الارث فيه فيكون لاصاق منهم ابرا فتضا
واقرارا بالاستيفاء منه تبرا ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق
لبراءة ذمته كما اذا ابرا المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط ان
يعتقوه في مجلس واحد حتى لو اعتقه بعضهم في مجلس واعتقه
الاخرون في مجلس اخر لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون
ما لم يرجع الاول قال رحمه الله وان حز رقبة بعضهم لم ينفذ عتقه
اي لو اعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لانه لم يملكه ولو عتق
فيما لا يملك ابن ادم ولا يمكن ان يجعل ابرا ذا ولا اقرارا بالاستيفاء
لانه ابرا البعض واستيفاؤه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت
العتق في جهته فيبطل المقتضى وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين
ايضا لانه لم يثبت الابه وبطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضا
بخلاف اعتاق الجميع لانه امكن ان يجعل عبارة عما يحصل به العتق
وهو الابراء عن جميع البدل والاقرار بالاستيفاء الكل لان يرى انه لو

ابراوه جميعا او اقروا بالاستيفا عتق ولو ابراه بعضهم او اقر باستيفا
نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير امرهم لم يبرا عن نصيب
غير القابض ولهذا كان لهم ان يطالبوا المكاتب به ولو كان للمولى
وصي عليه دين مستغرق او لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة
لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سوا كان عليه دين
او لم يكن ويعتق بقبض الغرما ولو اوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه
المكاتب اليه عتق لانه اوصل الحق الى مستحقه والله تعالى اعلم

كتاب الولا

قال رحمه الله هو من الولا يعني القرب
فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة هذا في اللغة
يقال ولي الشي اذا حصل الثاني بعد الاول من غير فصل وهو
قوله عليه السلام ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى وقال
في النهاية سمي ولا العتاقة والموالاة به لان حكمها وهو الارث
يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل او من الموالاة وهو
في الشرع عبارة عن التناصر بولا العتاقة او بولا الموالاة ومن
اثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولا الاعتاق عند الجمهور
لقوله عليه السلام الولا لمن اعتق والاصح ان سببه العتق على ملكه
لانه مضاف اليه يقال ولا العتاقة ولا يقال ولا الاعتاق والاضافة
دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه
كان مولا له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافي ان يكون
العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة
وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال رحمه الله لمن اعتق عند
الاعتاق لا محالة ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب لما روينا
وهو بعمومه يتناول الكل ولان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت

في

في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحيا نحو القضا والشهادة
والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احيا له
لثبوت احكام الاحيا به كالاحيا بالايلاد فيرث به كما يرث الاب
من ولده ولهذا سمي ولا نعمة لانه انعم عليه حيث احياه حكما كما قال
الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله وانعمت عليه انعم الله عليه
بالهدى وانعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب ان يرثه
لان الغنم بالغرم والمراة في هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله
عليه السلام ليس من الولا شي الا ما اعتقن وروي ان ابنة حمزة
اعتقت عبدا ومات عن بنت فجعل النبي صلى الله عليه وسلم نصف
ماله لبنته ونصفه الاخر لبنت حمزة ولانها احيته حكما فترثه
كالرجل ولو اعتق في دار الحرب وخلاه لا ولا له حتى اذا اخرجا
الينا مسلمين لا يرثه وعند ابي يوسف يثبت له الولا ويرثه
ذكره في الكافي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاه للمولى
فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا لانه لا يملك بالارث وكذا العبد
الموصى بعتقه او بشرايه واعتقه الموصي بعد موته لانتقال فعل
الموصى اليه وكذا يعتق مدبروه وامهات اولاده بعد موته ويكون
ولاهم له قال رحمه الله وشرط السائبة لغو اي لو اعتق المولى
عبده وشرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع
فيرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرث قال رحمه الله ولو اعتق
حاملا من زوجها المعتق لا ينتقل ولا الحمل عن مولى الام ابدا لان
الجنين عتق بعتق امه وعتقت امه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا
لانه جزء الام والمولى اوقع الاعتاق على جميع اجزايها مقصودا فيكون
للجنين والولا لا ينتقل من العتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولا لمن

اعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بل تلده لاقل من ستة اشهر
من وقت العتق لتيقننا وقت العتق به وكذا اذا ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر منه وبينهما اقل من ستة اشهر لانا تيقنا
ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توأمان حملت بهما جملة
لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول
الاخر ايضا ضرورة فصار معتقا لها ولا الولا لا ينتقل من المعتق قال
رحمه الله وان ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام لان الولد
جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية الا ترى انه يتبعها في الحرية والرق
فكذا في الولا عند تعذر جعله للاب لرقه قال رحمه الله فان عتق العبد
وهو الاب جر ولا ابنه الى مواليه لان مولى الام لم يعتق الولد هنا
لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام كالنسب لتعذر
نسبته الى الاب فاذا عتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى
من جعله تبعا للام لان الولا كالنسب قال عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب
والنسب الى الاب فكذا الولا فينتقل الى موالي الاب لانه كان موجودا
عند عتق الام لثبوت نسبه العلوق الى ما قبل العتق بل الى ما قبل الفراق
ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى
موالي الاب والاصل في جر الولا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اذا كانت
الامة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا عتق ابوه جر الولا
وما روي ان الزبير ابصر فتية لعسا بخيبر فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة
لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع
فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم
موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولا الى الزبير وفي
هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولا من قبل ابيه

فاذا

فاذا ظهر له ولا بالعتق جر ولا الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت
معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم
عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة
كما في ولد الملاعنة وان اعتق الاب بعد ذلك جر ولا الاولاد الى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا
عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة
الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب
اذ لا يتصور ان يكون الانسان ولد الشخص في وقت ثم يتحول بعد ذلك
الى غيره ثم يكون ولدا لغيره وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين ان عقله
كان على قوم ابيه وقد اجبر قوم الام على الادا فيرجعون عليهم وفي
الولا حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا
على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به
قال رحمه الله عجمي تزوج معتقة فولدت فولا ولدها لمواليها وان كان
له ولا الموالاة اي وان كان للاب ولا المعاقدة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حكم الولد حكم ابيه في الوجهين اي فيما
اذا والى احدا او لم يوال ولا يكون ولا الولد لمولى الام لانه كالنسب
والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى فكذا الولا وهذا
لان الاب حر وله عشيرة وموال فكيف ينسب الى امه بخلاف ما اذا كان
الولد عبدا لانه هالك فينسب الى قوم امه حتى يعتق للتعذر فصار
كمن لا اب له وكما اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب
الى قوم ابيه دون قوم امه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها
عربية او معتقة وكعربي تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه
دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما ان العتاقة معتبر

لقوله في لقطة حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه السلام مولى القوم
منهم والنسب حق الحي ضعيف لانهم تبعوا امتابعهم ولهذا
لا تعتبر الكفاءة بينهم فيما بينهم اذ لا يتفاخرون به اصلا وانما افتخارهم
قبل الاسلام بحمالة الدية وبعده بالدين والهجرة ولنا ما روينا
الفاروق رضي الله عنه حين قيل له سلمان بن من قال سلمان
هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد ولان
كما للاب ولاء الموالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة
ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه ولذا ترى ضعيفة
الا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف الحر فان له
نسبا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام بخلاف
ما اذا تزوج الحر عربية لان اولاده منها لو نسبوا الى قوم امهم
لنسبوا الى الام بالنسب والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير
معتبر الا ترى انهم لا ينسبون اليها ولا عصوبة بينهم واولا المعتقة
ينسبون الى قوم امهم ولهم حصنهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف
في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب
وما ذكره القدوري انفاقي لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرفا
يختلف بين ان يكون المعتق من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع
نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ولم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا
وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها
من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة معتقها كان الولاء لمعتق امه
او عصبته عندهما وعندهما يكون لذوي الحر من الارحام
لان حكم ابيه فلا يكون عليه ولانهما اذا كان الاب عربيا واجمعوا
على انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى موالاة

او

او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا
عربيين اعجميين او كان احدهما عجميا والاخر عربيا قال رحمه الله
والمعتق مقدم على ذوي الارحام موضع على العصبة النسبية
وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو اخر العصبات وهو
قول علي رضي الله عنه انه موضوع ذوي الارحام لقوله تعالى واولوا
الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقال عليه السلام للمعتق
في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت عصبته شرط ارثه ان لا
يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي
الفروض يستحق بطريق الارث فوجب تاخيره عن الكل وكذا قوله
عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه به
وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا
ما روينا من حديث بنت حمزة انه عليه السلام جعل لها النصف
الباقي بعد فرض معتقها حين مات عنها فهذا هو التعصيب حقيقة
فعلم بذلك ان المراد بقوله عليه السلام ولم يدع وارثا اي وارث
هو عصبة والعقلة العصبة في قوله عليه السلام كنت انت عصبته
يدل عليه ان العصبة هو الذي يأخذ ما ابقته الفرائض وعند
الانفراد يحرز جميع المال ولا العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع
العصبة النسبية فكان موضوعا فلا يراد علينا ما ذكرتم الا ترى حيث
المزاحمة الوارث على انا لا نسلم ان التشبيه يوجب التاخير والتقديم
بل يثبت لما تثبت به من الاحكام لا يكاد الاقتباس يشارك في الارث
لان المماثلة توجبه والا فليس بمثل له لكن اخرناه عن العصبة
النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من يتقدم عليه العصبة ويتاخر

ممن تنا خرعنه العصبة قال رحمه الله فانما يجب الولاء لمن اعتق او لمن
لاقرب عصبة المولي وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او كاتبن
او كاتب من كاتبن لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس
للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب
من كاتبن او دبر من دبرن او جر ولاء من اعتقن او معتق معتقهن ولان
بقوة صفة المالكية والقوة للعتق حصل من جهتها فكان حجة
حجة له فينسب المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب اليها
معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها
الاولاد وانما ينسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمراة
ولوكانت مالكة فانما تكون مالكة والنسبة في النكاح بالفراش والملك
وفي الاناث الرجل فيه لما انها تساويه في ملك المال فينتسب
اليها ما ينسب الى الرجل وهذا جعلت عصبة فيه كالرجل فثبت
الثبت هنا الولاء للنساء فيما اعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول
ونفاه عمن فيمن اعتقه غيرهن حيث لا يرث اولادها من اعتقه مورثهن
لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما يثبت العصبة بطريق الخلافة
والخلافة انما تتحقق ممن يتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من
الذكور دون الاناث الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة ليتحملن
الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق
الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه
كالارث حتى لو ترك اباه مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك
جد مولاه واخا مولاه كان الولاء للجد لانه اقرب في العصوبة وفي
الاول خلافا لابي يوسف فانه يعطي للاخ السدس والباقي للابن
وفي الثاني خلافا لزفر رحمه الله فانه يجعل الاخ مع الجد والمسئلة معروفة

وكذا

وكذا الولاء لابن المعتقة دون اخيها وعقل جنايتها على اخيها لانه من
قوم ابيها وجناية معتقها كجنايتها فتكون عليهم وروي ان علي ابن
ابي طالب والزبير ابن العوام اختصما الى عثمان ابن عفان في معتق
صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي هو مولى عمتي فانا احق
بارثه لانها عقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى ابي فانا ارثها
فلما ارث معتقها فقضى عثمان رضي الله عنه للزبير وبالعقل على
علي رضي الله عنه ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابي مولاه كان الولاء
للابن دون ابن الابن لما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
منهم عمر وعلي وابن مسعود انهم قالوا الولاء للاكبر اي الاكبر اولاد
المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم
يترك الا ابنة المعتق فلابنة المعتق فظاهر رواية اصحابنا
ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال
اليها لا بطريق الارث بل انها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى
من بيت المال لانه يحتمل انها لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في
زماننا بيت المال ولو دفع الى السلطان او الى القاضي لا يصرفه
الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فرض احد الزوجين يرد عليه
لانها اقرب الناس اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت
من الرضاع يصرف اليهما اذ الدين صفات منها ذكره هذه المسئلة
في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد
اسباب الارث فصل قال رحمه الله اسلم رجل على يد رجل
وولاه على ان يرثه ويعقل عنه او على يد غيره وولاه صح وعقله
على مولاه وارثه له ان لم يكن له وارث وهو اخر ذوي الارحام
وقال مالك والشافعي لا اعتبار بهذا الولاء اصلا لقوله تعالى

واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقيل نزلت ناسخة
لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم ولقوله عليه
السلام لا حلف في الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا
لا يصح في حق وارث اخر وقال الليث ابن سعد من اسلم على يد رجل
كان ولاؤه له لقوله عليه السلام حين سئل عن الرجل يسلم على يد
الرجل وهو اولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين ان يوجد
منه موالاة اخرى او لم يوجد وقال يحيى ابن سعيد اذا جاء رجل
من ارض العدو فاسلم على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي
سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالمعتق
ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن ائمة
التفسير وما رواه الليث محمول على ما اذا جددوا عقد الموالاة توفيقا
بينه وبين الاية وبين اقوال الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فانه
روي عن علي وعمر وبن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين
مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه
اذا لم يكن له وارث كان له يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه
ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق
وانما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيها الامام اذا لم يكن لصاحبه
ان يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه
كان اولى من تصرف الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الاية
منسوخة بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض
قلنا الذي ورد انها منسوخة في حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه
على ذوي الارحام فنسخ ذلك التقديم وفي الاية اشارة اليه حيث
قال اولى ببعض وكونهم اولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم

الا ترى

الا ترى ان الاولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما في العصبة
ثم عند عدم من هو اولى لا يوجب سقوط الاخر وما تمسكوا به من قوله
عليه السلام لا حلف في الاسلام المراد به الحلف الذي كانوا يتعاقدون
عليه في الجاهلية من قولهم هديي هديك وديني دينك ترثني
وارثك وكان ذلك لتناصر على الحق والباطل ولتقديمه بالارث
على القريب فحظر الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون
على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه
الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك
فلا بد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك
لانه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى
ومن شرطه ان يكون مجهول النسب وان لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا
ولاء موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا عاقلا بالغا وحكمه ان يثبت
به الارث اذا مات وان يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه اولاده
الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير او مع
العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط ان يكون
مجهول النسب ويشترط ان لا يكون الاسفل غريبا لان تناصر
العرب بالقبائل فاغنى عن الموالاة وكونه اسلم على يده ليس
بشرط لصحة هذا العقد قال رحمه الله وله ان ينتقل الى غيره
بمحضر من الاخر ما لم يعقل عنه لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة
فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الاخر غائبا
لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد تم بهما كما في الشركة والمضاربة
والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى
ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه او يعتق الاسفل عبيدا على حسبان

ان عقل عبيده على المولى لاعلا يجب عليهم وعلاه فيتضرر بذلك فلا
يصح القبض الا بحضرة من الآمر بخلاف ما اذا عقد لاستقل المولاة مع غيره
فان القبض الاول حيث يصح وينقض العقد الاول لانه فسخ حكمي
بغير بحضرة من الاول حيث يصح وينقض العقد الاول لانه فسخ حكمي
فلا يشترط فيه العلم كما في المضاربة والوكالة والشركة وانما كان
كذلك لان المولاة كالنسب فاثبات من يختص بها في بيوته من غير
تنتقض ضرورة والمراة في هذا كالرجل لانها من اهل التصرف
وقولد ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له ان يتحول الى غيره
لتاكده بتعلق حق الغير به وبحصول المقصود به ولانتقال
العقل به ولان ولاية المتحول قبل ان يعقل عنه باعتبار انه
عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته
فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل
الجناية عن ابيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول
الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال رحمه الله وليس للعتيق
ان يوالي احدا لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه
لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه
لانه لا يفيد لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء المولاة
الا ترى ان يختصما لو مات وترك مولاه عتيقه ومولى مولاة كان
المال للعتيق قال رحمه الله ولو والت امراة فولدت بعضها في بطنها
بعني ولدت ولدا لا يعرف له اب ولدا لوافرت انها مولاة فلان
ومعها صغير لا يعرف له اب صح اقرارها على نفسها وبتبعها ولدها
ويصير ان مولى فلان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها
ولدها في الصورتين لان الام لا ولاء يثبتها في ماله فلان لا يكون لها
في نفسه اولى ولابي حنيفة ان الولاء كالنسب وهو نعمة تختص به

حق

حق الصغير الذي لم يدر جانبه اب ثمة لانه لا حق بقبول الهبة ولو اقر رجل
انه مملوك فلان لم يكن ذلك اقرارا بالمعتوه في الولاء اصلا وقال ابو يوسف
فاقر المعتوه لغيره بالولاء يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يصح
لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وما كان لم يوجد فكان له ان يتحول
بسبب فوت شهادته شهادة على الشاهد انه ولده لا يصح فكذا هذا
كتاب الاكراه قال رحمه الله هو فعل يفعله الانسان
بغيره فيزول به الرضى وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث
في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وهذا عبد
الشرع ولهو في اللغة حمل المكره على امر يكرهه يقال اكرهته على كذا
اي حملته عليه وهو كاره وشرطه ان يكون المكره قادرا على
ايقاع ما هدده به وان يغلب على ظن المكره ان يوقع به ذلك ان لم
يفعل وحكمه اذا حصل به الاكراه ان ينتقل الفعل الى المكره فيما يصلح ان
يكون المكره آلة للمكره يجعل كانه فعله بنفسه على ما يجيء تفاصيله
والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ هو الكامل وهو ان يكرهه بما يخاف
على نفسه او على عضو من اعضائه فانه يعدم الرضى ويوجب
الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف
على نفسه ولا على تلف عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد
او القيد او الحبس وانه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار
وغير الملجئ قاصر لا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع
من الاكراه لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضى كالبيع والاجارة
والاقرار لا يؤثر ان الهزل يؤثر فيه لعدم الرضى حتى لا ينعقد معه
فكذا مع هذا الاكراه لانه يعدم به الرضى والاول يؤثر في الكل
فيضاف فعله الى المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح

ان يكون آلة كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح ان يكون آلة له
فيتصور الفعل على المكره فيكون كانه فعله باختياره من غير اكراه احد
وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل
بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل اذا كان فيه اتلاف
فيضاف اليه من حيث لا اتلاف لصلاحيته آلة له فيه حقيقة اذا اكرهه
على العتق يعتق كانه اوقعه باختياره حتى يكون له الولاء ويضاف
الى المكره من حيث لا اتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو اكرهه على
الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بان كان قبل الدخول
ولو اكره المرأة على قبول المال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها
المال لعدم الرضا لان الرضا في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم
ان الاكراه لا ينافي اهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه
بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يتحقق للخطاب والدليل عليه ان
افعاله مترددة بين فرض وخطر واباحة ورخصة وبأيها تارة
ويؤجر تارة اخرى كسائر افعال المكلفين في حالة الاختيار ويجرم
عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه ان يمتنع
من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه اكل الميتة وشرب
الخمر ويرخص له به اجراء كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال الغير
وافساد الصوم والجناية على الاحرام ومعناه ليس على ان المخاطب
قال رحمه الله وشرط قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا
او لصا ونحوه لما ذكره ما هدد به لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء
بغيره فينتفي به رضاه ويفسد به اختياره مع بقاء اهليته وذلك
لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد
من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما

لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه وما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان
الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه
من ان القدرة والمنعة لم تكن في تلك العصر الا للسلطان فخاطب
على ما شاهد وفي زماننا كان كل متغلب وشوكة يعتد بها قدرة على ذلك
لفساد الزمان فافتينا على ما شاهدنا وبه يفتي اذ ليس في قوله
اختلاف في ظهر ية حتى لجنة قال رحمه الله اكراه ان هددوه بقتل او قطع
عضو او قيد او ضرب شديد او حبس طويل يختلف به رأي العاقل
بين ان يختار المباح او يختار لان الاكراه المبيح وغير المبيح يعدمان
الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم فيفسد عند فوات الرضا بخلاف ما اذا اكرهه
بحبس يوم او قيد يوم او ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا
يعدم الرضا بخلاف ما اذا اكرهه وهو سريع الثبوت حكم الاكراه الا اذا
كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر بذلك فيكون مكرها
بمثله لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد يفوت به الرضا وكذا
الاخ اذا رجعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب
الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع
الضرر عن نفسه وقد ما يكون من الحبس اكثر هما يجب به الاغتمام
البين دون الضرب ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد
لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأي ممتنع بل
يكون ذلك مفوضا الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف احوال
الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من
يتضرر بادنى شيء كالشرفاء والرؤساء فانهم يتضررون بضربة سوط
او بغمزة واحد لا سيما في حق النساء وبحضرة السلطان فيثبت

في حقه لاكراه عينا لان فيه هوانا وذلا لا يقطر من الالم والاكراه ما
يحبس الوالدين اوالاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم
الرضا بخلاف حبس نفسه قال رحمه الله وهو يلتمسه به الملك عند
البيع فاسدا اي بلبيته اوبالشراء ملكها الملك للمشتري لكونه
فاسدا كسائر البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به
الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا ترى انه لو اجاز بعد
زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز
بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد
الملك بالقبض كالوباع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه لا
يملك بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من
اهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفواته
الشرط تاثيره في فساد العقد كالمساواة في الاموال الربوية فانها
شرط فيها الجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف وبخلاف
البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق
بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط او نقول لما
وجد اصل البيع في محله لم يتعدم ذلك بالمكره فكان ينبغي ان يفيد
كالطلاق الا ان الشرع شرط الخيار شرطا زايدا وهو التراضي وهنا
عن التجارة بدونه فكان النهي بعد المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه
فلا يصير به البيع غير مشروع كالنهي عن بيع المحنطة بالمحنطة الا بشرط
المماثلة وانه زايد على ما يتم به البيع فكان النهي بعد المعنى في حق
غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم
شرط الجواز شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهي بالوصف
فيكون مشروعا واما صله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض

تكذا

تكذا هذا حتى لو تبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق
والتدبير جاز تصرفه فيه وانما تفذ بالاجازة لان الفساد يرتفع بها
وهو عدم التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها
يرتفع لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه
مقدم لحاجته باذنه اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل
حق الاول لحق الثاني ومن مشايخ بخارى من جعل بيع المكره كبيع
المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر
الشهيد تابع الاسلام وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك
هذا المعين بدين لك علي اي مثل قبضت الدين فهو لي فجعلوه
فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ان يفي الدين يعني
الملك عند الاتصال القبض له وينقض بيع المشتري كبيع المكره
لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره وجمع ما
ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام ابو شجاع وعلى
السغدي والامام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه
اخذه عند قضا الدين اتى بمعنى الرهن لانه هو الذي يوخذ
عند قضا الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ حيث
جعلت الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة
والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع
به واي شيء اكل من زايده يقضي ويسترده عند قضا الدين ولو
استاجره البايع لا تلزمه اجرته فجعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض
الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس
اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجواز الاستصناع
كذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله

من جعله باطلا اعتبره بالهازل وقال في الكافي والصحيح ان العقد
الذي جرى بينهما ان بلفظ البيع يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر شرط
الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا بلفظ
البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة
عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط
على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفا بالمعتاد لان المواعيد
قد تكون لازمة قال عليه السلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد
لازما لحاجة الناس وقال الدين في حواشي الهداية صورته
ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بالف على اني لو
دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفا
ويمكن ان يكون هذا الاخر على الاختلاف الذي مضى ذكره
وتفسيره به دليل على انه مثل الاول وهذا البيع موجود في المصر
متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة قال رحمه الله وقبض الثمن
طوعا اجازة كالتسليم طايعا اي لو اكره على البيع وقبض الثمن
طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طايعا لان القبض والتسليم
طايعا دليل الرضى وهو الشرط بخلاف ما اذا اكره على الهبة
دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان المكره
ما يتعلق الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق
في نفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم
او القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع دليل الاستحقاق
بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا
الى مقصود المكره وهو حمله على شي يتعلق به الاستحقاق وازالة
الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في اصل الوضع لان البيع وضع

لافادة

لافادة الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيد لكونه فاسدا والهبة لا تفيد
الملك قبل القبض باصل الوضع وان قبض مكرها فليس ذلك باجازة وعليه
رد الثمن ان كان قايما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا ياخذ
منه شيا لان الثمن كان امانة في يد المكره لانه اخذه باذن المشتري لا
على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال رحمه الله وان هلك المبيع في يد
المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع لانه قبضه
بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال رحمه الله وللمكره ان يضمن
المكره لانه آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير
لا يمكن فصار كانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شا كالغاصب
وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب
فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه
فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب
بالاستناد ولو ضمن ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع
غاصب الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشرا والقبض لانه اشتراه وهو مبيع
حقيقة من كل وجه غير انه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في
الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كساير البياعات الفاسدة ولو
كان المشتري باعه من الاخر وباع الاخر من الاخر حتى تداولته البياعات
نفذ الكل بتضمين الاول وله ان يضمن ما شا من المشتريين وايهم ضمنه
ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز
المكره احد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده وياخذ هو
الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ معه
وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل كالراهن والاجرا اذا باع الرهن او العين
المستاجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستاجر فاذا اجاز نفذ

البيع لرجحه المباشر والمجيز يكون مسقطا لحقه لا ان يكون تملكا باجازته
واما اذا اضمحل فانه لم يسقط حقه لان اخذ القيمة مثل استرداد العين
فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استرداد المبيع بل
اجازة فلا تبطل البياعات التي قبله وخلافها اذا اجاز
المالك احد بيوع ما باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي اجازه المالك
ولا يجوز ما بعده ولا ما قبله لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد
الملك المشتري منه فعند الاجازة يملكه من اجاز شراءه منه ويبطل
البقية لورود ملك بات على ملك موقوف قال رحمه الله وعلى هذا
لحم الخنزير ودمه وشرب خمر وضرب ميتة ودم يحل ولحم يحل
وقطع اي لو اكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه او على عضوه
كالضرب لا يسعه ان يقدم عليه وما يخاف يسعه ذلك لان حرمته
هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه او على عضوه مقيدة بحالة الاختيار
وفي حالة الضرورة مبقاة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم
اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة
عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الفناء فظهر ان التحريم
مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار
يحصل بالاكراه الملجئ وهو ان يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى
لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له وتقديره بعضهم بادنى الحد
وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده بادنى من ذلك
لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقوم على وجه
زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفا قلنا لا وجه
للتقدير بالرأي واحوال الناس مختلفة فمنهم من يحمل الضرب الشديد

ومنهم من يموت بالاوني منه فلا طريق سوى الرجوع الى رأي المبتلى
به فان غلب على ظنه انه لو صبر قتله او اوهنه يحل له ذلك وسعه
والا فلا قال رحمه الله وان صبر اجر اي فان امتنع من الاكل وصبر حتى
اتلف نفسه لا يأثم في هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس او
العضو بالامتناع عن مباح حرام نيابة لانه اذا لم يعلم الاباحة
في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء
وتصديقه في عدم الاحتراز عن المعصية كما في معذور آخر اما الجاهل بالخطاب
فلانه ما قصر في اول الاسلام او في دار الحرب في حق من اسلم فيه وعن ابي
يوسف انه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا
بالعزيمة فلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون
حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما
عرف ان الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة
ان يجامل معاملة المباح لا ان يكون مباحا حقيقة ولهذا قيل ان الجناية
في الرخصة موجودة وانما التفت العقوبة به فقط كالعقوبة بعد
الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما تسقط المؤاخذة فقط وعلى هذا
الخلاف لو صبر في حالة المخمصة قال رحمه الله وعلى هذا اتلاف
المسلم بقتل وقطع لا يباح بها برخص اي باكراه على كلمة الكفر واتلاف
مال انسان بقتل وقطع لا يباح بها برخص شيء يخاف على نفسه او على
اعضائه كالقطع لقتل وقطع الاطراف برخص له اجراء كلمة الكفر على لسانه
وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
وفي حديث عمار بن ياسر حين ابتلي به انه عليه السلام قال له كيف وجدت
قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد والى الاطمئنانية وفيه نزلت
الاية ولان هذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في

هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتاق لقيام التصديق به حقيقة
فلا يكون مفوتا حق الله تعالى في المعنى فيرخص له احيا لنفسه
او طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس الا ترى ان المضطر لا يرخص
له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه وكذلك كلما ثبت حرمته
يرخص له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه عند الاكراه الكامل
وهو الملجي وذلك اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية
على الاحرام لان كلمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا يتصور الاباحة فيه
اصلا وغيره وان احتمله عقلا لكن لم يوجد سمعا فالتحق بما لا يحتمل
السقوط فثبت بالاكراه الملجي رخصة الاباحة مطلقة فلا يثبت
بغير الملجي كالضرب والحبس لانه ليس بملجي ولهذا لا يكون اكراها
في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو اعظم قال رحمه الله ويثاب
بالصبر اي يكون ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا
رضي الله عنه صبر على ذلك وصلب حتى سماه النبي صلى الله عليه وسلم
سيد الشهدا وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قائمة
والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة الله او حق
غيره من العباد كان شهيدا الا ترى انه لو قاتل غيره فقتل كان شهيدا
ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه بقوله تعالى الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى في حالة الاضطرار فكيف يكون
حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثنا هنا راجع الى العذاب لانه
المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر واخواتها فان
المذكور فيه هناك الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى
على حالها ولكن لو ترخص جاز لما ان حق الله تعالى لا يفوت به ولا
حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره

قال

قال رحمه الله وللمالك ان يضمن المكره لانه هو المتلف لماله والمكره آلة
له فيما يصلح آلة قال رحمه الله وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص اي لو اكره
على قتل غيره بالقتل لا يرخص له بالقتل لاحيا نفسه لان ذلك دليل
الرخصة خوف التلف والمكره عليه في ذلك سوا فسقط الكره قال
رحمه الله وان قتله اثم وكذا لو اكرهه على قطع عضو منه بقتل او اصبع
بقتل لا يحل له الاقدام عليه لان الحرمة باقية لما ذكرنا فيما ثم بمباشرته
ولان الاثم يكون بدنيه والمكره لا يصلح ان يكون آلة له في الحقيقة
فيقتصر عليه وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس
بالضياع لانه يجي منه ولد وليس له اب على الزنا لا يرخص له لان فيه
قتل بريبة ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المراة حيث يرخص
لها بالاكراه الملجي لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى
القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا اوجب الاكراه رد الحد في حقها
دون الرجل قال رحمه الله ويقتص المكره فقط وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب القصاص في المكره دون المكره
لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه المباشر
وكذا حكما لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره
والاصل في الافعال ان يؤاخذ بها فاعلها الا سقط حكم فعله شرعا
واضيف الى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل قرر حكم فعله بدليل
انه يأثم اثم القتل يكون على القاتل وقال الشافعي رحمه الله يجب
القصاص عليهما اما المكره فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبيب
منه الى القتل حيث احدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام
ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب
القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة

الزجر والدرع والقتل بالاكراه من التغلبة غالب فلو لم يجب القصاص
لادى الى الفساد فيجب على الكل حسما لمادته وقال ابو يوسف لا يجب
على واحد منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه من حيث
انه حمل انه مكره عليه حتى اثم اثم القتل واضيف الى المكره من وجه من
حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه
ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة
في الجانبين فلا يجب فيه القصاص وظهر انه محمول على القتل بطبعه
ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح ان يكون آلة له وهو
الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآلة التي تعمل بطبعها كالسيف فان
طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها الاحراق
وكالماء فان طبعه الاغراق باستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل
فكذا هنا والدليل على ان الامر هو المستعمل له والمامور جار على موجب
طبعه ان ضمان المتلف يجب على الامر ولولا انه متلف يجب على الامر
ولولا انه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا ان الاتلاف
منسوب الى الامر وان المامور آلة له اذ لا وجه لنسبته اليه بهذا
الطريق فكان الامر مباشرا للاتلاف لا مسببا لما وجب عليه الضمان
وانما كان يجب على المامور لان المباشر والمسبب اذا اجتمعا في الاتلاف
كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا لانه يمكن ان يجعل آلة
في اتلاف المال بالاجماع بان ياخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في
النفس في حق الاتلاف يصلح ان يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف
الاثم فانه لا يصلح ان يكون آلة في حقه لان الاثم بالجناية على
دينه ولا يقدر احد ان يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في
حقه كما قلنا في الاكراه على الاعتاق فانه ينتقل الفعل الى الامر

في

في الاتلاف ويقتصر على المامور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه
لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المامور حتى عتق العبد
وكان الولاء له ولو نقل الى الامر لما عتق لانه لا عتق بدون الملك
ولا كان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق
حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الاتلاف فيرجع عليه
بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو اكره مسلم مجوسيا على ذبح
شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الامر في حق الاتلاف فيجب عليه
الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح ان يكون له آلة في حقه
في الذبح في الدين وبالعكس يحل قال رحمه الله وعلى عتاق وطلاق
ففعل وقع اي لو اكره على طلاق او عتاق فاعتق او طلق وقع العتق
والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض
الاحكام كالبيع والاجارة والاقرار لمعنى راجع الى التصرف وهو
كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا واما العتق
والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع الا ترى ان العتق والطلاق
يقعان مع العزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع واخواته
قال رحمه الله ورجع بقيمته ونصف المهر ان لم يطاها يعني على المكره
لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد عليه
موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار
اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان
افساد يتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية
انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض او لتعلق حق الغير
به كعتق الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وهو مديون
او لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا ولا يرجع المكره على

العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا
يرجع بنصف المهر اذا كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم
يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف
السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن
الزوج بشهوة وقد تأكد ذلك بالطلاق وكان تقريرا للمال من هذا
الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب فكان متلفا له
فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا
بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر ببالي الاخبار بالحرية
فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لان انشاء الحرية في الحال يعتق العبد
في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين
الله تعالى ولا يضمن المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع العتق ولو قال
خطر ببالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال
او لو اراد به شيئا او لم يخطر ببالي شيئا عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته
على المكره وعلى هذا التفاصيل الطلاق ولو اكرهه على ان يعتق عبده
او يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر
لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب
على المكره شيء لانه ان وقع الطلاق لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وان وقع
العتق وهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذا كان يمكنه ان يوقع الطلاق
ويتخلص ولو اكرهه على التوكيل بالطلاق او العتاق فاوقع وقع
استحسانا والقياس لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالعزل فكذا
مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد
البيع ولكن يوجب فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة
لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم تبطل نفذ تصرف

الوكيل

الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما تلف عليه استحسانا والقياس ان لا يرجع
لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما يتلف بفعل
الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك اصلا فلا يضاف التلف
الى التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا ان فلانا قد وكل بعتق عبده
فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان غرض المكره
زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل فعله طريقا
الى الاجازة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه
الاكراه ولو اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل
فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد ولا يرجع على المكره بما لزمه
لانه مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها اذ لو كان له الطلب
فيها لحبس فيكون اكثر مما وجب وكذلك اليمين والظهار لا يعمل
فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل
وسواء كان اليمين على الطاعة او على المعصية والاصل فيه حديث
حذيفة رضي الله عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على انه
لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين
بالله عليهم ولان الظاهر كان في الجاهلية فاوجب الشرع فيه حرمة
موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة
والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت
ملحقة به والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع
كل واحد منهما والفيء كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي اربعة
اشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع به
على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة فكذا الخلع لانه طلاق او عين

من جانب الزوج كل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المراة غير مكرهة
لزمها البدل لانها التزمته وهي طايعة وان كانت مكرهة لا يلزمها
لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو اكرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه
في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان
العتق حصل باعتبار صنع من جهته وان اكرهه على ان يعلقه بفعله
الذي لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او اكلت او شربت
ثم فعل المكره هذه الاشيا عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد
له من هذه الافعال فكان ملجا ولو اكرهه على عتق عبد بعينه
عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه ان يعتق
عبدا معينا عن الكفارة فصار بالاكراه عليه متعديا بخلاف الاول
لانه لم يامره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه عن اتلاف مال معين
ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض غير مجزي
عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابرا عن الدين وهو لا يتادى به
الكفارة ولو قال اعتقته حين اكرهتني وانا اريد به عن الكفارة ولم
اعتقه لاكراهه على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله كان باطلا عنده
وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فالاكراه
على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه على اعتاق كله
فاعتقه نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق
النصف اعتاق للكل عنده وعندهما يقتصر على النصف فيكون اتيا
ببعض ما اكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو اكرهه على الزنا فزنا
يجب الحد عليه في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ثم رجع
وقال لا يجب عليه ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب وقالا
لا يجب عليه الحد في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه

من قبل وجه الاول ان الزنا من الرجل الا بانتشار الالة والانتشار
دليل على الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح
الة له في الزنا لان الوطي بالة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل
ولهذا يسقط به احصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه
بخلاف المراة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا الا ترى انه يتحقق
منها وهي نايمة او مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن
ان يجعل الة فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله
المرجوع اليه ان انتشار الالة قد يكون طبعا في النايم فلا يدل على
الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجي لانه لولا الالجا لما
فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لاقتضا الشهوة ولان الحد
شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الاكراه ولا يمكنه الانزجار في
حالة الاكراه لما ان في الامتناع اهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه
الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله وعلى الردة لم تبن امراته
اي لو اكره على الردة فاجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان
لم تبن امراته لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد لو ادعت المراة
ذلك حتى لو ادعت المراة ذلك وانكر هو كان القول قوله استحسانا
والقياس ان يكون القول لها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر لحصول
البينونة فيستوي فيها الطايع والمكره كلفظة الطلاق ووجه
الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة
ولهذا لا يحكم وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه
دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف
ما اذا اسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد احد الركنين
وفي الركن الاخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام

والعلي عليه ونظيره الكافر فانه اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم
بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
فان لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى اسلم ثم رجع
عن الاسلام لا يقتل لانه لما تكلم الشهادة احتمل لعدم الاسلام من الابتداء
فيكون كفره اصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره تويت الاخبار
باطلا ولم اكن فعلت ما انت اسانه في الحكم لانه اقر بوجود المخلص
وجوابه بطابق السؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فالظاهر
يصدق انه نوى بذلك كلامه وقع جوابا لما طلبه منه ظاهرا فالظاهر
انما جاء ليه ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود
المخلص فلا يصدق في حق المراة انه عدل عما طلبوا منه بالنية فيجعل
مجيبا لهم طايعا ولو قال اردت ما طلبه مني وقد خطر ببالي الخير
عن الباطل بالنية ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث اجاب الى
ما طلبه منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو اكره على الصلوة الى
الصليب وعلى سجود لنبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما
قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن
بالايمان لا يدين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمذكور في
الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابت ما طلب منه
في حالة الاكراه رخصة له دون غيرها من الاحوال الحق لو خطر
بباله انه لو اكرهه العدو على كلمة الكفر لا جرى على لسانه وقلبه
مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه
اكراه فصار تقدير ما لو نوى ان يكفر في وقت المستقبل فصل
وحرمة طرف الانسان كرمة نفسه حتى لو اكره على قطع يد غير هيئة
لا يرخص له قطعها كما لا يرخص قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو

قطعها

قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما في قتل النفس ولو اكره
على قطع طرف احد حل له وقعد بخلافها اذا اكره على قتل نفسه
حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يبتلى بسلك مسلك الاموال حتى وجب
الطرف حتى يحل له قطعها اذا استأكلت ولو قال له التلقين نفسك
في النار او من الجبل او لا تتلتك فكان الالقاء بحيث لا يخلو منه
ولكن فيه نوع خفاء فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان لم يفعل
وصبر حتى يقتل عندي حنيفة لانه ابتلي ببليتين فيختار
ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة
الفعل يجري في اهلاك النفس فيصير كما يأتي عنه واصله ان الحريق
اذا وقع في سفينته وعلم انه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء
غرق فعنده يختار ايهما شاء وعندهما يصبر ثم الفي نفسه في النار
فعلى المكره القصاص وان اكره على ان يقطع يد رجل بحد سيأتي
فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه ثبت المقطوع في يده ذلك يجب
القصاص على القاطع والمكره لانه مباشر بفعلين لاحدهما القتل
الى المكره والاخر اقتصر على القاطع فصار قاتلا نفسه له وعندي
يوسف رحمه الله عليهما الدية في مالهما لان في قطع اليد على المكره
الدية عنده فصار نصيب الاخر ما لا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك
من رأس الجبل او لا تتلتك بالسيف فالقى نفسه فمات فعندي
حنيفة يجب الدية على عاقلة المكره لانه مباشر لا يجب عليه القصاص
لانه قتل بما لا يقتل غالبا فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه
وعندي يجب عليه القصاص في ماله وعند محمد يجب القصاص
على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده
ولو قال لآخر لتلقين نفسك عنده يجب الدية في الصحيح وهو

روايتا الاصل لان الاباحة لا تجري في التصرف فكان ينبغي ان يجب القصاص كما قالت الثلثة وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن بخلط المدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تحمله وفي رواية لا يجب لان نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله وثم لا ضمان فكذا هنا واذا اكره ولي المرأة على التزويج بمن فيه عبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة والسمر يرضى الولي فالولي الخيار فيهما عند ابي حنيفة لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لا خصم يتغير وفي الفضائل وقالا ليس لهم ذلك لان لهم الرضا الصريح بما جرى في ملكهم لسفاهته وهبته والله اعلم

كتاب الحجر قال رحمه الله هو منع عن التصرف قولا او فعلا لصغر او رق او جنون هذا في الشرع وفي اللغة المنع مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من العتيه وسمي العقل حجرا لانه منع من القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل لما ان الله تبارك وتعالى خلق البشر اشرف خلق وجهزهم بكمال الحكمة متفاوتين في قابلية ذلك تفاوتا عن الانعام وهو العقل وبه سعد من سعد وذلك ان الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان افضل خلقا مما يقابله من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان دون البهائم قال الله تعالى ان هم الا كالانعام بل هم اضل فجعل بعضهم ذوي الذهن وجعل منهم اعلام الدين وائمة الهدى وجعل بعضهم عميا عن الحق والبلا بعضهم عما شانا من اصحاب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبان للنقصان فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان حاملهما

مرتاعيا بما ان يضر من ايهما امامها ما خيار الكامل وجعل من يقطر في ماله خاصا وعاما واوجب عليه انظارها وسمى الصبي والمجنون سببا للجزية لما كان ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للجزية لانه مملوك صاحب كامل الراي كالمدبر والمكاتب وما في يده ملك المولى فلا يجوز لهما ان يتصرف لاجل حق المولى والانسان انما منع من التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالمرتد لانه محجور عليه مع بقاء ملكه ممنوع عن التصرف في ملك نفسه ولهذا يؤاخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال السبب وهو حق المولى واحكام نفوذه في الحال لان الحجر لحق الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول يحتمل الرد يرد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال رحمه الله فلا يحجر على مميز وعبد بلغ الا ان ولي الصبي يمنعه لان الصبي عليه العقل الا ان كان تمييزه وافرا كان يعقل البيع فيعقله ناقصا لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ يحتمل فيه التغير فلا يجوز الا اذا اذن له فيه حينئذ لتوجه جانب المصلحة فيه ومنع العبد بحق المولى فاذا اذن له المولى فقد زال ما يتضرر باهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال رحمه الله عمدا ولا يتصرف المجنون المغلوب بحال بعيد لا يجوز تصرفا صلا ولو اجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا يميز فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق اخرى فحكمه في حالة افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في نظر ماله وفيما يرفع التكليف عنه وهو النادر العاقل وقيل هو المدهوش الذي يخلط في تصرفاته وقيل هو المدهوش الذي يخلو واختلفوا في تصحيحه واختلافا كثيرا واحسن ما قيل قيل هو الذي كلامه مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل

المجنون قال رحمه الله ومن عقد منهم عقدا وهو يعقله يجيزه الولي
او يفسخه اي من عقد البيع او الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع
والشراء يعني فالبيع صالح لهم لكن جانب له ويعلم الغبن الفاحش
والبيسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء
اجازه وان شاء رده لانه اذا كان كذلك يحتمل ان يكون في
عقده مصلحة فيجيزه الولي او المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي
وهو المغبون يتوقف على اجازته فان قيل هذا في البيع مستقيم
واما الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري عندنا انما
ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذ الشراء المغبون وهنا لم يجد
نفاذا لعدم الاهلية او لتضرر المولى فيتوقف الكل قال
رحمه الله وان لغوا شيئا فملوا لما ذكرنا انهم غير محجورين عليهم
في حق الافعال اذ لا يمكن ان يجعل المثل غير المثل والقطع غير القطع
فاعتبرنا في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب وهو وجود اهلية
الوجوب وهي الذمة لان الادمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب
الحق عليه ولهذا انه لا يجاطب بالاداء الا عند القدرة كالمسلم يجانب
الاذا اليسر وكالصبي لا يؤمر بالقضاء الا اذا استيقظ من المنسوم
قال رحمه الله ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون لان اعتبار
الاقوال بالشرع الا ترى انه يحتمل الصدق والكذب وقيل الشارع
شهادة البعض في البعض فاما نزهه وابرز نظرا لهما بخلاف فعله
على ما بينا انه فعل حسي فلا مدخل للحجر فيه حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحدث لا
يعتبر فعله ايضا لان من حيث انه اتلاف يجب عليه الضمان قال
رحمه الله وينفذ اقرار العبد في حقه لانه في حق مولاه فلو اقر بمال
لزمه بعد الحرية لانه اقر على غيره وهو المولى لما انه وما في يده

ملك المولى فاقراره على غيره لا يقبل فاذا عتق لزم المقر به بتسليم
لوجود سببه عن اهليته قال رحمه الله ولو اقر بحد او قود
لزمه في الحال لان العبد بقي على اصل الحرية في حقها لانهما من خواص
الانسانية وهو بهذين صار مملوكا من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث
انه مال وهذا لا يمنع اقرار المولى بهما عليه فاذا بقي على اصل الحرية
ينفذ اقراره بهما لانه اقر بهما على نفسه وبطلان حق المولى ضمني
فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق
يعتقبل انه لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا الما بقي على اصل
الحرية في حقها يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل
الانسان على نفسه بصيرة يعتقبل ان يرجع اقراره فيتعذر لا يقال
انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على
نفسه واما اقراره على غيره فلا يقبل ولهذا لو اقر بمال لانسان ثم
مخصوص لانه متهاون لا يضن بحق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية
ولا يقال ان المنفي يحمل على انه ورد على الحرف فعا التناقض بينه وبين
ما رويتما قلنا المروي يحمل على غير هذه الصورة دفعا للتعارض
قال رحمه الله ولا ينفذ اي لا يجري عليه بسبب سفه وهذا
عند ابي حنيفة اعلم انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب
السفه والدين والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف
ماله فيما لا غرض له فيه ولا منفعة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه
والدين فيقضي ان لا تصح منه اقراره كالبيع والهبة والاجارة والصدقة
ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوه وقال الشافعي يحجر عليه بالكلية
والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل
عليه الحجر والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وان يضع

تصرفا لا القرض والقرض لا يجوز الفقراء من اهل الديانة قرضا مثل دفع
المال والاعاب وغير الحمام الطيار بغير غالب والتوسع في البخارات من
غير محذرة واصل الباب مباحات في النفرد امر بالبر والاحسان مشروع
والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا
انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقال تعالى
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها
واكسوهم فهذا اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي
يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقال تعالى فان كان الذي
عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه
بالعدل وهذا نص على اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه
ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وروى ان عبد الله ابن جعفر على ابن
ابيطالب رضي الله عنه فقال لا تبين عثمان ولا سالنه ان يحجر عليه
فاتهم لذلك عبد الله وجا الى الزبير فاخبره بذلك فقال اشركني
بنها فاشركه ثم جا علي الى عثمان رضي الله عنهما فساله ان يحجر عليه
فقال كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير
كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته ان لا غبن
في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وان
عايشة رضي الله عنها كانت تتصدق بالحاجة وروي عنها انها
كانت حاضرة فجا يبيع رباعها المتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد
الله بن الزبير فقال لاتهين عايشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها
ولان النظر له واجبا حقا لاسلامه وليس من النظر ان يمكن من
التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له
وهو من جملة التعاون على البر والتقوى فصار كالصبي بل اولى

لان

لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهو قد تحقق منه وهذا يمنع ماله
ابتدا لا بتدا ابجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير محجور عليه لا يجيد
لان ما منع من ابتدائه يستغنى بدوامه نحجر عليه نظرا له ولابي حنيفة ما روي
ان عثمان رضي الله عنه اتاه رجل فقال ان فلانا يغبن في البيوع فقال
ان كنت لا بد فاعلا فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما
قيل له انه يحجر عليه ولانه عاقل كامل العقل الا ترى انه كامل فلا يحجر عليه
كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم
يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان ينبغي التكليف
نظرا لغيبته كلف الشارع بعلم انه لا ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل
العقل والتقدير ان جهله بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرة العقلا
ومتابعة الهواء ولان في حجره اهانته بين الناس واظهار دينه وهو
اشد ضررا من المبذر ولا يحمل الاعلى الذي فحش لانه لا دنى حتى لو كان يسير
الحجر فيه ضرر عام يحجر عليه عندنا وذلك كالحجر على المفتي الجاهل بان
يستفتى هو اهلا واذا تنوعي عليهم الدوا لا يقدرون عليه اذ الضرر
وكالحجر على الحاذق المجرب وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة
كتعليم الارتداد ليبان المرة من زوجها او ليسقط عنها الزكوة
ولا يبالي ما يفعل من تحليل الحرام وتحريم الحلال وكالحجر على المكاري
المفلس وهو الذي يعقل الكرا ويهرب الدواب والناس يعتمدون عليه
يحمل عليها ولا له مال يستوفي به الدواب والناس يعتمدون عليه
ويدفعون الكرا اليه ويهرب فيها الخلق منهم في حاجته فاذا احاط الدين
بخروج يخيفه تنذهب اموال الناس ويفوت حاجاتهم من الغزو والحج
لانه في الضرر العام واجب وانكان فيه الحاق الضرر بالخاص
ولا وجه القياس على منع المال لعدم الاستواء لان الحجر بالغ غير العقوبة

من منع المال ومنع المال مفيد لان اكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يهتدي
اليها لسلامة قلبه فيغبن بالبياعات فيخسر او بالهبات والصدقات
او بان يجمع اصحابه من اهل الفسق والشر ويعطيهم ويسقيهم ويسرف في
الانفاق عليهم فاذا لم يسلم له ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله
تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم اموالنا لا اموال السفهاء والمراد بالاية
ان تطعمهم وتكسوهم من اموالنا ولا تسلمها اليهم والمراد بالسفهاء الذراري
من النساء والولدان لان النساء والصبيان اذا اسلم اليهم المال ضيعوه
هكذا قال ابن عباس وظاهر الاية يشهد لذلك حيث اضيف المال
الينا لا الى السفهاء ولئن كان المراد اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفهاء
الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تاكلوها
اسرافا وبدارا ان يكبروا يدل على ان المراد بالاية الصغار لان معنى
الاية لا تاكلوا اموالهم تبادرون كبرهم مخافة ان يكبروا فلا يكون
للاولياء عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنزع الاموال من ايديهم
بالكبر وهذا يشهد لمذهب ابي حنيفة لانه يدل على زوال ولاية الولي
بالكبر وكذا قوله تعالى وان كان عليه الحق سفيها الاية لانه يحتمل
ان يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه هو لغة
الضعيف وذلك بنقصان العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون والصغير
الذي ليس بمميز او نقول الاية تقتضي ان ينفذ تصرف السفيه
فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين ثم قال فان كان الذي عليه
الحق سفيها اي الذي لزمه بمداينته والله اعلم فليملل وليه اي المحق
فهذا يدل على ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم
هدايته الى الحساب او لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الى

فصاحة

فصاحة وتاليف كلام فيحتاج الى ان يمل عنه غيره باخباره هو واقراره
على نفسه واكثر الناس اليوم على هذا فان الذي عليه الحق لا يولف كلاما
يمله وانما يعلم ما عليه ثم يولفه غيره من الكتاب وحديث ابن عبد الله بن
جعفر دليل لنا لان عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام
علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليل لنا
ايضا لانها ما بلغها قول ابن الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا فلو
كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازة على قوله
فيما هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير قال ذلك كراهة ان تفنى
مالها فتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير الى هذا اولى ليكون
ابعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم لا سيما مثل
عائشة وهي اكرم اهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم اجمعين
وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين واما القائل
لذلك الا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وانما كان ذلك على سبيل
الشفقة والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا ترى
الى ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ذكر لرسول الله
صلى الله عليه وسلم رجل انه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة
ولو كان الحجر مشروعا واجبا او جائزا لحجر عليه وفيما روى انس رضي الله
عنه انه قال فاتى اهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله
احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه ونهاه عن البيع
فقال يا نبي الله اني لا اصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك للبيع
فهاو هاو لا خلابة رواه ابو داود واحمد وابن ماجة والدارقطني
وصححه الترمذي وهذا صريح بان الحجر غير مشروع فان نهيه عليه السلام
كان على سبيل الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه ان يقول

لا اصبر عن البيع ولا كانت بياعته تلزم وعن ابن عمر ان منقذا شفع في
راسه في الجاهلية مامومة فحبلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم انت بالخيار
ثلاثا فقال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خلابة رواه الحميدي
في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر
فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ ابن عمر وكان
رجلا قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك
التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له
فقال اذا انت بايعت فقل لا خلابة ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار
ثلث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت فارددها على صاحبها
رواه البخاري في تاريخه وابن ماجة والدارقطني هكذا ذكره في
المنتهى ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الى قاض اخر فرفع حجره واطلق
عنه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى وليس بقضا لان القضا
لقطع الخصومة بين المتخاصمين في القضا لاحدهما على الاخر ولم
يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضا فنفس القضا لا يلزم
ولا يصير مجمعا عليه ولا يصير مجمعا عليه ان لو كان الاختلاف موجودا قبل
القضا فيتاكد احد القولين بالقضا فلا ينقض بعد ذلك واما اذا
كان الاختلاف في نفس القضا فبالقضا يحصل الاختلاف فلا بد
من قضا اخر ليصير مجمعا عليه بقضايه بعد وجود الاختلاف وهذا
معناه ولكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضا فان
محمدا رحمه الله يرى الحجر بنفس السفه ولا تنفذ تصرفاته اصلا فيصير
القضا به على هذا التقدير قضا بقول محمد فيتاكد قوله بالقضا
بخلاف القضا على الغايب فان الاختلاف فيه في نفس القضا هل

يجوز

يجوز ام لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي يجوز فيحصل الاختلاف
بالقضا فلا يرتفع حتى يحكم بجواز القضا قال رحمه الله فان بلغ غير
رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه
قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا اي ان بلغ خمسا وعشرين
سنة دفع ماله اليه وهكذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يدفع اليه ماله
ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه ابدا لقوله تعالى
فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا
السفها اموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وامرنا بالدفع ان وجد
منه الرشد ولا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة
السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابي حنيفة
رحمه الله قوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ
سمي يتيما لقربه منه ولان احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار
اثر الصغار فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل حتى اذا بلغ خمسا وعشرين
سنة وقال اهل الطبايع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده
الا ترى انه قد بلغ سنا يتصور ان يصير جدا لان مدة يبلغ فيها الغلام
اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد الستة اشهر ثم الولد يبلغ في اثنتي عشرة
سنة فيولد له ولد الستة اشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشدا
ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا ليس باثر الصبي فلا يعتبر
في منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التاديب عقوبة عليه
والاشتغال بالتاديب عند رجا التادب فاذا بلغ هذا السن فقد
انقطع رجا التادب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد بما تلونا من الاية
الاولى منع اموالنا لا اموالهم على ما بينا من قبل والاية الثانية فيها

ادنى

تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على
اصلنا على ما عرف في موضعه ثم لا يتأتى التخريج على قول ابي حنيفة
رحمه الله وانما يتأتى على قول من يرى الحجر عندها اذا باع لا ينفذ بيعه
والطلاق والعتاق بل وجوده لانه مكلف عاقل فينفذ تصرفه فيما يضره كالاقرار
الصبي والمعتوه بل اولى لانه مكلف عاقل فينفذ تصرفه فيما يضره كالاقرار
وذلك محتمل لانه يجوز ان يكون السفه وجوز ان يكون لحيلة منه
لاستخلاب قلوب الجاهلين فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي
بخلاف الجنون والصغر والعتق ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين
العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر
عليه نظر له فلا بد من القضاء ليتبين احد الجانبين على الاخر وعند محمد
لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال فيثبت عليه موجبه
بغير قضاء كالصبا والجنون والجامع ان الحجر لحق نفسه والقضاء
يكون عند الخصومة ولا خصومة هنا لاحد بخلاف الحجر بسبب الدين
لانه لحق الغير حتى لا يلزمه الا الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يحتاجوه
والقاضي له ولاية فيتوقف على قضائه ليتوفر على طلبهم الا ترى انه
لو لم يطلبوا ذلك او ابرأوه او وفاهم حقهم لا يحجر عليه وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا اعتق عندهما وقال الشافعي
لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في تنفيذه تبرعه فعندهما كما زال فك
الحجر لتحريج كلامه على غير موجب العقل لقصد المصلحة ونفاذا وضع الكلام
له لا للتفاسد ثم عقله فكل كلام لا يوجب السفه وكل تصرف يباشر

فيه

فيه الضرر الذي هو مما يحتمل الفسخ يوجبه والعتق لا يوجب الضرر فينفذ
من السفيه وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ
بعد الحجر شيء من تصرفاته سواء بقي الطلاق كما لو طلق العبد واذا تعذر عندها فعلى
العبد ان يسعى في قيمته عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول
لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض لاجل النظر فيجاب اولا ثم يقضى
بثلث قيمته ان لم يكن عليه ولا مال له غيره لان الرد واجب عليه في الحال
والتعذر رد عليه يخير بقضاء معه باجاب السعاية فاذا رضي او في قول
ابي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى
ليس لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق محتقه حالا وانما تلزمه
السعاية لاجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب
حق العبد لان الرجوع بعد التدبير يحقيقة العتق الا انه في التدبير لا يجب
عليه السعاية لانه امام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير حال لو لم
للموجب فيستخدمه ولا يملك ايجاب نقصان التدبير عليه الا ترى انه
لو دبر عبده مال وقبل التدبير ولم يجب عليه المال فان مات
ولم يوسع منه الوفاء في قيمته مدبرا لانا لو اعتقناه حيا انه يجب عليه السعاية في قيمته مدبرا لانا المعتق
لا قائما مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وان جنت جارية بولد
فاما عاد ثبت نسبه منه وهو ان الولد حر والاعتام والده لان الحاقه
بالمصلح فيه حق الاستيلاد وتوفير المنفعة لاجتماعهما في ذلك لانها منه
ولدا منه كان هو في ذلك كالصبي حتى اعتق من بعد موته
ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لانها حين جنت جنت على حر وما
لو اعتقها كان فيه ان يجب الولد ولو لم يكن منها ولد فعلى محمد ام ولد

لا يقدر على بيعها وان فات سعتين وكل قيمتها عند نزلة المريض اذا قال
لامته وليس منها ولد ام ولدي وهذا لانه اذا اقام ذا منها ولد
ثبت نسب الولد بمنزلة النسب الاقراري في ابطال حق الغير وكذا
دينه حكم الخبر في تصرفه بخلاف ما اذا قال هو ابني منها ولد لانه اشاهد رطعا
فاقراره بحق العتق بمنزلة الاقرار بها بحقيقة العتق ولا يقدر
على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها في حياته
حيا نه وان تزوج امة جاز نكاحه لانه لا يتوهم فيه الخوف فلا يبطل
السيد فان يحطها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها ويبطل الفضل لان
التزوج من حوائجه الاصلية وفي ضرورة تحقق النكاح وجوب المهر
فيلزمه منه قدر مهر المثل فيبطل قدر مثل المهر لانه من ضرورات
تحقق وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من اهل التزام المال
وان طلقها قبل الدخول وجب عليها نصف المسمى لان التسمية صحيحة
في مقدار مهر المثل وكذا لو تزوج اربع نسوة او تزوج كل يوم واحدة
فطلقها وتخرج الزكوة من مال السفيه وتنفق عليه وعلى ولده
وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذي الرحم المحرم
واجب عليه حقا للقرابة والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق
الله تعالى لان الغائب يدفع اليه قدر الزكوة ليفرقها بنفسه
على الفور لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يتعلق به
هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنية وبيعث الخاص في حقه امينا
كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم الغائب المنفعة الى امينه
ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاشبه فيها بفعل
الاباء ولو حلف وحنث او نذر فكفر عن يمينه وصدقته او ظاهر
من امرأته لا يلزمه المال ويكفر بنفسه وغيرها بالصوم لانه مما يجب

بعقله ،

بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر ماله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله وان اراد الحج الاسلام
ابتداء وليس فيها منع وفي الفرائض هو ملحق بالصلاة اذ لا عذر به لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى
ولا يسلم الغائب الى امينه المنفعة بل يسلمها الى رفيقه من الحاج ينفقها
عليه في الطريق بالمعروف كيلا يبذر ولا يسرف ولو اراد عمرة واحدة
لم يمنع منها استحسانا والقياس ان يمنع لانها تطوع فصارت كالحج تطوعا
وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فتكون منها احتياطا
بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع
من انشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما
في سفر واحد والمؤنة تقل فيه اولى واحرى ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر لا يجوز الا البدنة وان جنى
في احرامه ينظر ان كان جنايته يجوز فيها الصوم كقتل الصيد
والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم
وان كان بجناية لا يجزي فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب
وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال
بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الغير الذي لا يجد ما لانه
العبد المأذون في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة
يلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا وان اوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا
استحسان والقياس انه لا يجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته
وجه الاستحسان ان الحجر عليه لحق الغير له كيلا يتلف ماله ويبقى
كلا على الناس وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما يتلف
الى الثلث وحاله بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما في
من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل اذا اوفى بالوصية

منه موافقة لوصايا اهل الخير والصلاح بقوله الوصية بالحج والمساكين
او بشيء من انواع البر الذي يقرب بها الى الله وبتحتمله المسلمون
كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور واما
اذا اوصى بوصايا يستحقها المسلمون فلا تنفذ قال محمد رحمه الله
المحجور عليه بمنزلة الصبي لا يجاز اقراره احدها ان يتصرف الصبي
في مال الصبي بما يزول به مال المحجور عليه بمنزلة الصبي لا يجاز اقراره
باطل والثالث المحجور عليه اذا اوصى بوصية جازت وصيته
من ماله ومن الصبي لا يجوز والرابع جارية المحجور عليهم اذا جاءت
بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله
وفسق اي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا
بفسقه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له
وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على
اسرافه فالفاسق اولى بذلك وهذا لان الحجر جعل اصلا للولاية
والشهادة وعندنا الحجر السفيه للتقرر له صيانة ماله والفاسق
مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم لان الرشد انكر في سياق الشرط فيعم فتناوله الآية
لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين
والاعتقاد الا ترى ان الكافر لا يحجر عليه وايّ فسق يكون اعظم
منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفا
الراشدون بعلي الكافر فهو اعظم وجوه الفساد لا يخفى على
احد فساد هذا القول قال رحمه الله وغفلة اي لا يحجر على الغافل
بسبب غفلة وهو من ليس بمفسد ولا يقصده ولكن لا يهتدي الى
التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه ولهذا عند

ابي حنيفة

ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يحجر عليه كالسفيه
صيانة لماله ونظرا له لان تبذيره اكثر ما يتفق طبعا ان النبي صلى الله
عليه وسلم اذن لحبان ان يخدع في كل بيع يبيعه فقالوا ان النبي صلى الله
لاجابهم اليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النبي لا يحاط بالعلم والعلم
انكر عليهم الا انه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على الوقوع فكم
من واقعات لم تنقل الينا بل الظاهر انه انكر عليهم وما نقل الينا
من علم اجابته ونحن الفقه نحكم بالعقل ودليل عليه قال رحمه الله
ودين وان طلب غرماؤه اي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه
الحجر عليه وقال عند ابي حنيفة رحمه الله لان في الحجر اهدار اهليته
والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر
خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لانه محجر عليه ولان البيع لا يجوز
الا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله وحبس للبيع
ماله في دينه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه
الحاكم دفعا للظلم وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها
على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين باي طريق
شاء ان شاء باع ماله وان شاء بسبيل فرغ فلا يكون ذلك اكراها
على البيع عينا وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه وباع ماله ان امتنع من بيعه وقسم ثمنه
بين غرمائه بالحصص ومنعه ان يتصرف فيضر بالغرماء كالاقرار وبيعه
باقل من قيمته لما روي ان معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولان في الحجر عليه شطرا
للغرماء كيلا يلحقهم الضرر بالاقرار والمحاباة وهو ان يبيعه من
انسان عظيم القدر لا يمكن انتزاع منه او بالاقرار له ثم ينتفع به

من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه حتى يحبس
عليه فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والاباء عن الاسلام
قلنا التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق
معين لذلك بخلاف الجب والعنة لان تعين الاخرة والبيع غير
متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون اذا كان
معسرا فان القاضي لا يوجره ليقضي من اجرته الدين وكانت امراة
لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي من اي طريق
شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة او بيع ماله بنفسه ليبيع
فقط ولان بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز حبسه لان فيه اضرارا
بهما بتعذيب المدين وتاخير حق الطالب فلا فايدة فيكون ظالما
وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي
صلى الله عليه وسلم والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويابى
ولا يظن بمعاذ انه خالف امر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولان
من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضى فكان
فعل الحاكم باطلا وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة
نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار
كالاجارة والتزويج على ما ذكرنا قال رحمه الله فلو ماله ودينه
دراهم قضى بلا امره وكذا اذا كان كلاهما دنانير لان للداين
ان ياخذه اذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي
ان يعينه قال رحمه الله ولو دينه دراهم وله دنانير او بالعكس
بيع في دينه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة
فاستحسان والقياس ان لا يجوز للقاضي لما ذكرنا ان هذا الطريق

غير

غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان انهما
متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر
في الزكوة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر
واما حكما فلانهما لا يجري بينهما ربوا الفضل لاختلافهما فالنظر الى
الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب
عن الدين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الاغراض
تتعلق بصورها واعيانها وليس للقاضي الحاق الضرر ببعضهم
بمنع غرضه في ملكه واما النقود فوسايل لان المقصود منها المالية
دون العين فافترقا قال رحمه الله ولم يبع عرضه وعقاره اي لا
يبيع القاضي عرض المدين وعقاره وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدا القاضي ببيع النقود لانها معدة
للتقلب لا ينتفع بعينها فيكون بيعها اهون على المدين فان فضل
شيء من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب ولا ينتفع بعينها
فيكون بيعها اهون على المدين فان فضل شيء من الدين باع العروض
لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كثير ضرر في بيعها
فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه
ضرر بيعه الا عند الضرورة وهو نظير صرف الدين الى اموال
الزكوة فانه يصرف اولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى
الاهون فالاهون قضاء وهذا الذي ذكره هو احدى الروايتين
عندهما وقال بعضهم يبدا القاضي ببيع ما يخشى عليه من عروضه
ثم ما يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل ان القاضي
نصب قاضيا فينبغي له ان ينظر للمدين كما ينظر للداين فيبيع
ما كان له انظر له ويبيع ما يخشى عليه التلف انظر له يترك عليه

دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان بكفايته وقيل يترك دستان
لانه اذا غسل ثيابه لا بد من يلبس وقالوا اذا كان للمديون ثياب يلبسها
ويكتفي بلبس ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين بعضي ثمنها ويترك
ما يقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان اولى من النفل وعلى
هذا اذا كان له مسكن ويمكنه ان يختار بمادونه يبيع ذلك المسكن
ويقضي بعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه وعن
هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع
البيت الكبير والمنخل في الشتاء والفرو في حالة الحر مال لزمه
بعد ذلك قضاء الدين لانه تعلق هذا المال حقا لاولين فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مال لغيرهم
حيث يؤاخذ به صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي وفجر لا يصح في
الاقرار الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف
الاقرار لان اختياره شرعي فامكن التحرز فيه ولانه غير مشاهد فيحمل
ان يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين
ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود فاقر المديون لصيانة
استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل
قضايا حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر
لا بالمستفاد بعده ويتقي على الحد من الحجر وعلى جنته واولاده
الصغار وذوي ارحامه من ماله لان حاجتهم الاصلية مقدمة على حق
حق الغرماء قال رحمه الله ولا يحبس اي لا يحبس عليه بسبب الافلاس بل
يحبس حتى يظهر للقاضي انه لا مال له فاذا ظهر له اخرجه من الحبس
وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره
وبين من يحبس في كتاب القضاء اذا اخرجه من الحبس لا يحول

بينه

بينه وبين غرمايه بعد الاخراج بل يلازمونه عند ابي حنيفة لقوله
عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لا سنوا
حتهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لانه تصرف
في خالص ملكه ولم يتعلق احد بحق في ماله وانما حقه في ذمته
فلذا ان يورث من ثلث غرمايه ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة
وذلك الى قضاء الدين ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة
الملازمة ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء
ويدورون معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس
غير مستحق عليه بعد اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال
في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا
بد لهان يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له
في الدخول يجلسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كيلا يختفي
او يهرب من جانب اخر فيفوته ما هو المقصود من الملازمة وقال
في النهاية ليس لصاحب الحق ان يمنع المديون ان يدخل بيته
لغائط او بول الا اذا اعطاه الغداء او اعد له موضعا اخر لائق بحاله
الغائط فحينئذ لهان يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وبهذا اذا كان
على المديون بيع الماء ونحوه ليس لصاحب الحق ان يمنعه من ذلك
ولكن له ان يلزمه او يلزمه نايبه او اجيره او غلامه الا اذا اكفاه نفقته
وكذلك له ان يلزمه ونفقة عياله واعطاهم فحينئذ كان له ان يمنعه عن ذلك لان لا ضرر
على المديون في هذه الصورة وقال ابو يوسف ومحمد اذا افلس الحاكم
حال بينه وبين غرمايه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لقوله
تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبت عسره

توجب انحباره فلنا دينه ثابت في ذمته وذلك يجوز مثابا بعقله
والاية توجب الانظار الى الميسرة ونحن نقول به لا يطالبه بشيء
من حقه حتى يثبتا انه قد حصل له مال وانما يلازمه ليأخذ ما
يحصل له من المال عادة وراح يمكن ان يحصل له في كل ساعة وفي كل
لحظة والملازمة لا تنافي النظرة الى الميسرة ولان الشهود على عدم
المال لا يحيط حقيقة اذ العدم لا يحاط بالعلم وانما يثبت بالاستدلال
على ظاهر حاله يمكن ان يكون له مال قد اخفاه عن الغرماء لان كثيرا
من الناس يتوصلون بزي الفقراء وهم اغنياء فيلازمونه لاحتمال
ان يظهر لهم ماله وقوله الا ان يقيموا البينة ان له مالا اشارة
الى ان بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا
من البينة وكان ينبغي ان لا تقبل البينة اصلا لما ذكرنا لكن قبلت
استحسانا بعد الحبس لا قبله لانها توجب الانضمام الى الحبس
حماية فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه كثير العيال ضيق
الحال كان زيادة بالاثبات فتقبل بلا اجرته وفي النهاية قال
محمد رحمه الله للمدعي ان يحبسه في مجد حبه وان شاء في بيته لانه
ربما يطوف به في الاسواق لكي لا يتمكن من غيبوبة وفي ذلك للمدعي
نجد وفي رواية اخرى عنه لصاحب الحق ان يلزم مديونه المعسر حيث
احب ان المصر وان كان الملزوم لا معيشة له الا من كد يده لم يكن
له ان يمنعه من الذهاب ومن ان يسعى في قدر قوته يوما فيوما
فاذا اكتسبه لكفاية يومه فله ان يمنعه من الذهاب في ذلك وجيه
قال هشام سألت محمد رحمه الله عن رجل اخرج من الحبس على
تفليس فرأى محمد الملازمة مع المفلس واشار الجامعي فقال

لعل

لعل عنده شيئا لا علم لنا به قال هشام فقلت له فان كانت الملازمة
تضر بعياله وهو ممن يكتسب شيئا بيده في طوقه فقال لا مر صاحب الحق
ان يوكل غلاما له يكون معه ولا امنعه عن طلب قدر قوت يومه له
ولعياله وكذلك ان كان يعالج سوقه قال هشام صاحب الهداية ولو اختار
المطلوب الحبس والمطالب الملازمة فالخيار الى المطالب لانه ابلغ في
حصول المقصود لاختياره لا ضيق ولا شوف عليه الا اذا علم القاضي
ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من الدخول داره وحده
فحينئذ يحبسه للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس
وبعده لا يستقيم لانه لا يحبسه مرة اخرى بعدما اخرجه من الحبس
فكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من
الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال رحمه الله
وان افلس ومتاع عين فباعه سوة الغرماء ولو اشتري متاعا
فافلس والمتاع قائم في يده فالذي باعه المتاع اسوة الغرماء فيه
بعد قبض المشتري المتاع باذن البائع وان كان قبل القبض فللبائع
ان يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير
اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي للبائع
الفسخ واخذ متاعه قبل القبض وبعده عن سمرة انه عليه السلام
قال ومن وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به رواه احمد وعن
ابي هريرة انه عليه السلام قال من ادرك ماله عند رجل قد افلس
او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة
اخر ولان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو من يثبت
للبائع حق الفسخ كالو عجز عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه ولنا
ان بينهما انفساخا وضعا فينتفي الرضا وكالسلم فانه اذا انقطع

دفاعه

المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا
عليه لا تاثير له في منع الفسخ الا ترى ان المكاتب اذا عجز عن بدل الكتابة
يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله
تعالى فنظرة الى ميسرة الاية فليس له ان يطالب قبلها ولا فسخ بدون
المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار موجلا الى الميسرة بتاجيل الشارع
وبالعجز عن الدين الموجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل
مضي الاجل فكيف يثبت له ذلك في تاجيل الشارع وهو اقوى من
تاجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبايع في ذمة المشتري
وهو الدين وذلك وصف في الذمة فلا يتصور فيه العجز ولا يتغير
عليه موجب عقده ابدا لان بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار
كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفا والايفا يقع بعين
بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه
العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك لان ما وقع عليه العقد لا يتصور
قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين الا ترى انه يجوز اسقاطه
بالابرا وبالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها ولا استبدالها
قبل القبض كما في البيع عينا ودينا لان المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض
عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبداله
قبل ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون
العجز عنه عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له
فيما روي لان المذكور في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس
بعينه فهو احق وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس
فهو احق به من غيره والمبيع ليس بعين مال البايع ولا متاع له
وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض

وانما

وانما ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودايع والاجارة
والرهن فذلك ماله بعينه فهو احق به من ساير الغرما والحديث
ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا الحديث حجة له ان لو قال فاصاب
رجل عين ماله قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض
ثمنه فهو احق به من ساير الغرما وهو نظير ما روي عن سمرة مفسرا
انه عليه السلام قال من سرق له مال او ضاع له متاع فوجده في يد
رجل بعينه فهو احق بعينه ويرجع المشتري على البايع بالثمن
رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد ان جميع ما وجد في يد
المفلس يقسم بين غرمايه ما لم يظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك
معين كان هو اولى من ساير الغرما فان قيل روي هذا الحديث بالفاظ
اخر فان ابا بكر ابن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البايع
من ثمنها شيا فهو اسوة الغرما وان مات المشتري فصاحب المتاع
اسوة الغرما وعن ابي بكر المذكور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
ايما رجل ابتاع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه
من ثمنه شيا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري فصاحب
المتاع اسوة الغرما فبين بهذا الحديث ان المراد بالحديث الاول
الباعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي هذا الحديث منقطع فلا يقوم
بمثله حجة وذكر انه مضطرب ايضا وبين وجه اضطرابه في الاثار
فلا يجوز الاحتجاج به فلا يجوز ان يكون مبينا للمراد بالحديث الاول
لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا
يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتاجيل الى الميسرة
فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الى اخره قلنا السلم فيه مبيع

والعجز عن المبيع خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيعتوف
به ما اوجبه العقد والدليل على انه مبيع علم جواز الاستبدال
به فصار العجز عن تسليمه عجزا عن تسليم ما لاجله يجب العقد لان ما
اوجب العقد وصف في الذمة والمقبوض وغيره لا ترجح ان عدم القدرة
على ايفاء الثمن لا عينه محتمل العقد ابتداء فكذا ايفاء لما ذكرنا قال فان قبل اذا
اشترى بالفلوس النافقة شيئا ثم كسدت الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم
اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب ان يكون هنا كذلك
قلنا ان الفلوس اذا كسدت بغير موجب العقد فان العقد اوجب ملك
فلوس في الذمة ثمن وبعد الكساد لا يبقى بهذه الصفة فتبطل او تقول
لما كسدت صارت متعروضا والعروض لا تجب في الذمة الا سلما فتبطل بخلاف
الدين بعد الافلاس والكتابة اذا عجز تغير على المولى موجب العقد لان
موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض
لا يملك شيأ لان الكتابة بعد والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده
وهذا لو تفلس بدل الكتابة انسان لا يبعه ويفرق العبد بفسخه فاذا
عجز قامت موجب العقد فيثبت للمولى خيار الفسخ بخلاف الدين في
ذمة المفلس فان العقد فيه اوجب ملك الثمن للبايع وبالافلاس
لا يتعدم ذلك فصار كما لو كان مليا فصل قال رحمه الله بلوغ
الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والانخناث يتم له ثمانية عشرة
سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والانخناث يتم لها سبع
عشرة سنة ويبنى بالبلوغ فيهما لخمس عشرة سنة وهذا عند ابي يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي ورواية عن ابي حنيفة والاول قول ابي
حنيفة وعنده في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به ان يطعن
في التاسعة عشرة وقيل هو اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في

بعض

بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما الاحتلام فلما روي عن
علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال حفظت عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه ابو داود
والحبل والاحبال لا يكون الا بعد الانزال وكذا الحيض يكون به او ان
الحبل عادة فجعل كالدليل على علامة البلوغ واما السن فلما روي عن
ابن عمر انه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا
ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن
خمس عشرة سنة فاجازني فالظاهر انه عليه السلام لم يجز الا لانه
بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ وكان بلوغهما لا يتاخر عنها عادة وهي
احد جانبي الشرعية فيما لا نص فيه ولابي حنيفة قوله تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني
عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والعتيبي وقيل اثنتان وعشرون سنة
وقيل ثلاث وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة واقل ما قيل فيه ثمانية عشرة سنة
فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير ان الانبات يكون من داء وراكض
اسرع فزدنا سنة في حق الغلام لاشتمالها على الفصول الاربعة التي
واحدة منها يوافق المزاج لا محالة فينمو فيه قال رحمه الله وادنى
المدة في حق الجارية تسع سنين وفي حق الجارية تسع سنين
كذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا او بالتجربة
قال رحمه الله فانه راهقا اي الغلام والجارية وقالا قد بلغا صدقا
واحكامهما احكام البالغين لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتها فيقبل
فيه قولها كما يقبل قول المراة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره
والله اعلم كتاب الماذون قال رحمه الله اذا ذكر
الجزء واسقاط الخ فلا يتوقف ولا يحتاج بعض شراح الشرح الى العبد

اهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن
تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق
لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من ان يكون بشرا الا انه حجر عليه
عن التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف
ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا اذن
المولى فقد اسقط حقه فكان العبد متصرفا باهليته الاصلية ولهذا
لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقف بزمان ولا مكان ولا ينزع
من التجارة كالمكاتب وعند زفر والشافعي هو عبارة عن توكيل وانابة
لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد
الاذن وثمرة الخلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد
ان يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما اطلق
له وعندنا يتصرف باهلية نفسه لنفسه وانما يخلفه المولى في الملك
فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدى ذلك هو كالحر لان المانع حق المولى
وقد اسقطه والاسقاط لا يقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا
رضي المستاجر ببيع عبد مستاجر من شخص بعينه دون غيره او اسلم
البائع المبيع الى المشتري قبل نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من
التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط
لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضي فانه بمنزلة الوكيل
ذكره قاضي خان في فتاواه ولا يقال هو ليس باهل لحكم التصرف
وهو الملك فكيف يكون اهلا لسببه وهو السبب والتصرف غير مشروع
لانا نقول حكمه ملك اليد وهو اهل له كالمكاتب ولهذا تقدم فيه حاجته
من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى ان ياخذ الا ما فضل منه بخلاف
المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما في حق الصبي فلا يكون مشروعا

ولا

ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس باسقاط في حق
ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد وهو في
اللغة الاعلام منه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه ان
يكون العبد ممن يعقل التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا
يشترط ان يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون
والمكاتب والشريك مفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي
وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر قال رحمه الله ويثبت
بالسكوت ان راى عبده يبيع ويشتري اي يثبت الاذن للعبد بسكوت
المولى عند ما يراه يشتري ويبيع ولا فرق في ذلك بين ان يبيع عينا
مملوكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا هكذا
ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا راى عبده
يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راى
الرابع يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن اصحابنا
انه رضي ويبطل الرهن ولو امره المولى ببيع متاع غيره يصير ماذونا
له ولو راى عبده في حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك
كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو راى المولى عبده
شيئا بدراهم المولى او دنانيره فلم ينهه يصير ماذونا له فاذا نفذ
الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد
ولو ان رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى
فراه المولى فلم ينهه كان ماذونا له في التجارة ويجوز ذلك البيع
على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قيل ترجع الى الامر وقيل الى العبد
وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عند ما يراه يبيع او
يشتري لان سكوته يحتمل الرضى ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك

ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا راى اجنبيا يبيع ماله
فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع
بدلالة الحال وهو السكوت فاولى ان لا يجوز به غيره من البياعات
وكذا لو راى القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما يبيع ويشتري وسكت
فلا يكون اذنا في التجارة مع ان له ان ياذن لليتيم اذا لم يكن له ولي
ولعبدهما وكان لكل واحد منهما ولي وامتنع من الاذن له عند طلبه
منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا
يكون رضى في رواية وكذا اذا راى عبده يتزوج او امته تتزوج
فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو اتلف مال غيره وصاحبه
ينظر وهو ساكت لا يكون اذنا منه حتى كان له ان يطالبه بالضمان
ولنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت
العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا
سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس
فانهم يعتقدون ذلك اذنا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما
يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند
امر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى
القديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت
عندما ينظر الاجنبي يبيع ماله لانه توكيل والوكيل يتصرف للموكل
لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق
ما باعه من مال المولى لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت
بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون
الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجازة في رواية فلا فرق
بينهما والفرق على الاخرى انا لو جعلناه اجازة يلزم المرتهن ضرر

عظيم

عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في جعله رهنا وهو
في الذمة لا يعرف هل يحصل او لا يقوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر
الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج العبد والامة وفي اتلاف
مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون
التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المال
جانب النفع راجح لان ما يلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب
تحصيل الربح راجح لان العبد في النكاح وكيل عن المولى لان المولى
يملك ان يعقد عليه بغير اختيار ولهذا اذا اذن له بالتزوج لا يكون
ماذونا له حتى لا يملك ان يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم
ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع قال رحمه الله وان اذن له عاما
لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري يعني لو اذن له مولاه اذنا عاما
بان قال اذنت له في التجارة ولم يقيد بشراء شيء بعينه ولا بنوع من التجارة
جاز له التصرف في جميع التجارات ولم يقيده بشراء بعينه يبيع ويشتري
لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارة واما اذا امره بشراء شيء بعينه
كالطعام والكسوة لا يكون ماذونا له لانه استخدام ولو صار ماذونا
له لانسد على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو امره ببيع ثوب بعينه
لا يكون ماذونا له وكذا لو قال اجر نفسك من فلان لانه امره
ببيع ثوب بعينه بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال
اجر نفسك من الناس او اقعد صباغا او خياطا او قصارا او قال
اد الي الفا وانت حر حيث يكون اذنا لانه امره متعددة فدل
ذلك على الاذن وكذا اذا قال له اد كل شهر كذا وكل يوم كذا كان
ماذونا له لانه لا يتوصل الى ادائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي
والفاصل بينهما انه اذا اذن له بعقود متكررة كان ماذونا له كقوله

اشتر ثوبا وبعه او بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان اذن له بعقد واحد
ولم يوجد فيه ما يدل على الاذن لم يكن ماذونا له عادة وقوله
اد الي الفا وانت حر بمنزلة قوله ان اديته الي فانت حر ولو اعطاه
راوية وبغلا وقال اسق عليه وبع الماء من الناس كان ماذونا له لانه
امره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا وامره مولاه كان
اذنا له لانه لا يمكن حمله على الاستخدام لعدم الملك فتعين الاذن ولو
امره بنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت او بمعاملة
شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على انه
توكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه ثم اذا صار ماذونا له في
جميع التجارة كان له ان يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس
في مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض
من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي في مال الصغير
والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز هذا لان المقصود من التجارة الاسترباح
وهذا ضده لانه اتلاف ولابي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع
لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشيء يكون له حكم
ذلك الشيء وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا يجري فيه
احكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد فك
عنه الحجر في حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف
الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم
مقيد بالانظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن ان يصح منهم
كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له ان يبطله
ولهذا لا يملك بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب

الجاهرين

الجاهرين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في اخرى وعلى هذا
الخلاف بيع الصبي والمعتوه الماذون لهما ولو مرض العبد الماذون وحابا
فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين
لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال
المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن فصار
كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في
الكل بخلاف غرمائه على ما يجيء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ
محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري
اد جميع المحاباة والا فرد الجميع من المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى
صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من مال المولى
كتصرفات المولى بنفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة
وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث قال رحمه الله
ويوكل بهما اي يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة
فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين قال رحمه الله ويرهن
ويسترهن لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء ويتقرر ذلك
بالهلاك قال رحمه الله ويستاجر ويضارب لانه من صنيع التجار
فيجوز له المضاربة اخذا ودفعا وكذا الاجارة بان يوجر غلمانه او
يستاجر اجراء وله ان يدفع الارض مزارعة وياخذها ومساقاة لان كل
ذلك من عمل التجارة قال عليه السلام الزراع يتاجر ربه وله ان يشتري
طعاما ويزرعه فيها ويستاجر البيوت والحوانيت ويوجرها لما فيها
من تحصيل المال قال رحمه الله ويوجر نفسه وقال الشافعي رحمه الله
ليس له ان يوجر نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس
ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع

دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع النفس لانه يبطل الاذن اصلا
لانه يحجر به بخلاف الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع
جواز الاجارة الا ترى ان الحر لا يملك اجارة نفسه ولا يملك بيعها
والراهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين بغير بدل يقابله
فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه ويشاركه شركة
عنان لانه من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له ان
يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة لكونها تبرعا قال رحمه الله
ويقر بدين ووديعة وغصب لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم
يصح اقراره لم يعامله احد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب
التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان
معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب
التجارة ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين كان شريكه مطالبا به
وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا فاقر انه وطئها يجب عليه
العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون
العقر بخلاف ما لو اقر بوطء جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب
العقر في حق المولى وانما يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب
التجارة ولهذا لو اقر احد المتفاوضين لم يلزم شريكه واقراره بالوديعة
من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا
فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته
وان كان في المرض قدم غرماء الصحة كما في الحر فحاصله ان ما يكون
من باب التجارة من ديونه يصح اقراره به صدقه المولى او كذبه
وما لا يكون من باب التجارة لا يصدقه به الا بتصديقه لانه فيه
كالمحجور عليه ويبطل اقراره للزوجة والوالد والوالدين عند ابي

حنيفة

حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء
قال رحمه الله ولا يتزوج لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا
على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته قال رحمه الله ولا
يتزوج مملوكة وقال ابو يوسف يزوج الامة دون العبد لان فيه
تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فاشبه
اجاراتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما ان الاذن
تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد
بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب
وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي لان تصرفهم
مقيد بالانظر للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف
الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا
ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الاب والوصي على هذا الخلاف
وهو سهو فانه ذكر المسئلة بنفسها في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا
ولم يذكر فيهما خلاف بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب اصحابنا
كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال رحمه الله ولا يكاتب
لانه ليس من باب التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في
الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوى
من الاذن لان الكتابة توجب حرية الحال في اليد في الحال
وحرية الرقبة في المال والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشيء
لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا اجازه المولى ولم يكن على العبد
لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع فينفذ وهذا لما عرف
ان كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون
الاجازة اللاحقة كالوكالة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل

لانه نايب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته
لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العبد كالنكاح بخلاف
المبادلة المالية ذكر في النهاية انه لو كان على العبد دليل قليل
او كثير فكتابته باطلة وان اجازه المولى لان قيام الدين يمنعه
من ذلك قل او كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته
ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز
للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة وعلى قول هذا
من يتاتى ذلك هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند ابي حنيفة
يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو ادى المكاتب البدل
الى المولى قبل الاجازة ثم اجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى
لانه كسب عبده قال رحمه الله ولا يعتق لانه فوق الكتابة فكان
اولى بالامتناع وان كان اجازه المولى وعليه دين حال وكان قبض
العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ
عند ابي حنيفة خلافا لهما بناء على انه يملك ما في يده ام لا قال
رحمه الله ولا يقرض لانه تبرع ابتدا وهو لا يملكه قال رحمه الله ولا يهب
لانه تبرع محض وسوا كان بعوض او بغير عوض لانه تبرع ابتدا وانتها
او ابتدا قال رحمه الله ويهدي طعاما يسيرا ويضيف ما يطعمه
لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهرين وروي انه عليه
السلام كان يجيب دعوة المملوك والمراد به الماذون له لان المحجور
عليه ليس له ان يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن ابي
يوسف ان المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض
رفقايه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت
شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن ان يقدر للضيافة تقدير

لانه

لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقال في الهداية ليس له ان يهدي
الدراهم ولا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها بشي يسير كرغيف
وغيره بدون استطلاع راي الزوج لان ذلك ماذون فيه عادة وما
روي انه عليه السلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المراة من بيت زوجها
مالا فقيل والطعام فقال عليه السلام الطعام افضل اموالكم المراد به
المدخر كالحنطة ودقيقها واما غير المدخر فلها ان تتصدق على
العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير
ما يملكه العبد الماذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة
قال رحمه الله ويحط من الثمن بعيب لانه من صنيع التجار وقد يكون
الحط انظر له من قبول العيب بخلاف الحط من غير عيب والحط باكثر
من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهي ليس من صنيع التجار
فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتدا لانه يحتاج اليه التاجر على ما
بيناه وله ان يوجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال
رحمه الله ودينه معلق برقبته يباع فيه او يفديه سيده وقال
زفر والشافعي يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع
كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كساير
اموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين
الا بتعلقه ولان غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال
كان فلا يكون مشروعا اصلا ولنا انه دين ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان
بيعه بالدين كان جايزا حين كان يباع الحر بالدين على ما روي انه
عليه السلام باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر
فيبقى في حقه على حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر

عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى لان العبد
الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توي مالهم فلا يحصل
غرضه فلا تعلق برقبته بعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه
بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه
بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدا بالكسب لانه اهون على المولى
مع ايفا حق الغرما وعند انعدامه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر
عن الغرما ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال
يقدم عليه او دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له
مال باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى
بالتلوم فوجب النظر للغرما بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع
عليه بين اصحابنا غير زفر وان كان ابو حنيفة لا يرى بيع القاضي
مال المفلس لان بيعه يودي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكلف
فامتنع لذلك واما العبد الماذون له فان المولى محجور عليه عن
بيعه قبل ذلك لانه لا يملك بيعه بعد تعلق الدين برقبته لما فيه
من ابطال حق الغرما فلا يكون محجورا ببيع القاضي ولهذا المعنى
يبيع القاضي كسب العبد ايضا والمراد بالدين ما ظهر في حق
المولى واما ما لم يظهر في حقه لا يباع العبد به ولا يطالب به الا بعد
الحرية قال رحمه الله وقسم ثمنه بالحصص اي بين الغرما لان ديونهم
متعلقة برقبته فيتحاصصون في الاستيفا من البدل كما في الشركة
ويشترط لبيع العبد نفسه ان يكون المالك حاضرا لان المولى هو
الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان فلا يكون العبد
خصما فيه ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور
العبد لان العبد هو الخصم في كسبه الا ترى انه اذا ادعى كسبه

كان

كان هو الخصم فيه قال رحمه الله وما بقي طولب به بعد عتقه اي ما
بقي من الدين بعد ما اقتسم الغرما ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب
به الحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته
لم تف له به فيبقى دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على
ايفايه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استيفاوه
لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري انه يباع عليه ثانيا
او يستسعى يمتنع من شرايه فيودي الى امتناع البيع بالكلية فيعود
الضرر على غرمايه فلا يشرع ولان الغرما بالخيار ان شاوا استسعوا
العبد وان شاوا باعوه فان باعوه لم يبق لهم تعلق به الا من خير
بين شيين او اشيا فاختار احدها بطل خياره في غيره ولم يبق له
بين الكل ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرما لم يكن لهم
على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد فتبدل الملك
كتبدل العين حكما فصار كانه عبد اخر ولانهم لما اختاروا البيع
بطل اختيار غيره على ما بينا ولانهم لما باعوه ملكوا السعاية للمشتري
الاول بما اخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام
مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري
الاول بما اخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام
مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري
الاول وفي نفقة الزوجة يباع مرارا كلما نفدت لان النفقة
تتجدد ساعة فساعة فتكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق
دين الغرما بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله باي
سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا بما اكتسبه بطريق التجارة
ولا يتعلق بما وهب للعبد او تصدق عليه به لان وجوب الدين

عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد
السبب وما كان من كسب تجارته فهو كسائر اموال المولى قلنا حق العبد
مقدم على حق المولى فانه لا يأخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد
من اهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد
لان العبد ليس باهل للملك يخلفه كالميت يخلفه وارثه بشرط
الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين ان يكون مكتسبا بطريق
التجارة او غيرها كتركة الميت ويسلم للمولى ما اخذه من العبد قبل
لحوق الدين لانه حين اخذه فارغ عن حاجته فيخلص له بخلاف
القيض ولو كان للمولى ان يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق
الدين كان له ان يأخذ بعده غلة مثله استحسانا والقياس ان لا يجوز
له ذلك لان حق الغرماء تعلق بكسبه على المولى ووجه الاستحسان
ان في اخذه الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما
يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فيتعذر عليهم بالحجر
الاكتساب فكان ما يأخذه من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع
منه الا اذا اخذ منه اكثر من قيمة الغلة في مثله فيسترد منه
الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في
اخذه فائدة فيوخذ فيه بالقياس فيمنعه فيتعذر فيه حقهم
قال رحمه الله ويحجر عليه اذا علم به اي اذا علم سوقه وقال الشافعي
رحمه الله لا يحجر عليه حتى يعلم به احد من اهل سوقه وهذا بناء على ان الوكيل
بالعزل اذا لم يعلم به احد من اهل سوقه وعندما يشترط هو يقول
ان المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره
ولنا ان الحجر عليه لو لم يحجر بدون علمهم لتضرروا به لانه انما اكتسب
شيئا فالمولى ياخذه وان لحقه دين يتعلق الضرر به لانه كان يحجر عليه

قبله

قبل ان يخرج الى ما بعد العشرة وهو سوقهم وليس بحجة لانه لا يدري
العشرة او ما بعدها فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى
يعلموا او قال الغرماء رضينا ويكتفي بعلم اكثر اهل سوقه والقياس ان لا
يكتفي الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم ووجه الاستحسان ان غلام التجار
متعذر او متعسر فيه حرج وهو مدفوع فيكتفي بالاكثر لان الاشتهار
وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر
محجورا عليه حتى لو باعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز لانه لما صار
ماذونا في حق من لم يعلم صار ماذونا له في حق من علم ايضا لان
الاذن لا يقبل التخصيص على ما بينا او نقول ان الحجر لا يتجزى كما لا
يتجزى الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص
فلو حجر بالكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير
من الاحكام لا سيما في موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار
حتى يستوعب الكل وهذا اكثر بتبليغ الرسالة الى الكل حتى لا
يعذر احد بعد ذلك بالجهل باحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام
وان كان في دار الحرب بخلاف ما اذا كان في موضع لم يبلغه كدار الحرب
ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته
حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر به بعد الحجر
ويلزم قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به
وانما يشترط ان يكون الحجر شايعا فيما اذا كان الاذن شايعا اما
اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه
لعدم الاشتهار بما حجر قال رحمه الله وعتق سيده وجنونه ولحوقه
بدار الحرب مرتدا اي يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد او لم
يعلم لان الاذن يتقرر لازم وما لا يكون لازما من التصرف يبقى لدوامه

حكم الابتدا كانه ياذن له ابتدا في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل
ساعة وتركه على ما كان عليه كانشا الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية
في تلك الحالة كما يشترط في الابتدا وقد زالت الاهلية بالموت والجنون
وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم
ماله بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط
فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم
كانعزال الوكيل في هذه الاشيا وبافتراق الشريكين وكما اذا اخرجه
المولى عن ملكه وكشركة المفاوضة تبطل بملك احدهما بل لا تصح فيه
الشركة وتصير عنانا وان كان لا يملك احدهما ابطالها والمراد بالجنون
المطبق وقد ذكرناه في الوكالة ولا اختلاف فيه قال رحمه الله
وبالاباق اي بالاباق ايضا يصير محجورا عليه حتى لا يشترط ان
يعلم سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي لا يكون محجورا عليه
بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتدا الاذن الا ترى انه اذا اذن لعبده
المحجور عليه الابق صح وجاز للعبد ان يتجر اذا بلغه فلان لا يمنع
بقاه وهو دونه اولى فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار
ملك المولى وقيام رايه ولم يختل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا
بخلاف ما اذا جن المولى واخواته على ما بينا ولنا ان المولى
لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا
عليه عادة دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع
الابتدا عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده قلنا ان منع
ولين سلمنا فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافهما واما
الغصب فان كان المولى يتمكن من اخذه بان كان الغاصب مقرا
بالغصب وكان للمالك بينة يمكنه ان ينزعه من يد الغاصب

وينتزع

وينتزع كسبه فيجوز ان ياذن له ابتدا فكذا بقا دلالة وان كان لا يتمكن
من اخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم تكن للمالك بينة يمتنع الاذن
ابتدا فكذا بقا لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن
لا يعود قال رحمه الله والاستيلاد اي الامة الماذون لها تصير
محجورا عليها باستيلادها المولى وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو
القياس لان المولى اذا اذن لام ولده ابتدا يجوز فكذا بقا وجه
الاستحسان ان العادة جرت بتحصين امهات الاولاد ولانه لا يرضى
بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر
كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان التصريح
يفوق الدلالة فكان اولى بالاخذ به ونظيره ما اذا قدم مايدة
لانسان فانه يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه
صريحا عن الاكل تعتبر الدلالة قال رحمه الله لا بالتدبير يعني الماذون
لها يصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم جرت بتحصين المدبرة
فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير
والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية
في المال وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر قال
رحمه الله وضمن بهما قيمتهما للغرما اي ضمن المولى بالاستيلاد
والتدبير قيمتهما لانه اتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به
حق الغرما لان بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم قال
رحمه الله وان اقر بما في يده بعد حجره صح وهذا عند ابي حنيفة
سوا اقر بانه امانة عنده او غصب او اقر بدين فيقضيه منه وقال
ابو يوسف ومحمد لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو
الاذن وقد زال بالحجر ويده على اكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور

غير معتبرة فصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل اقراره
او ثبت حجره بالبيع ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل
الحجر فاقر بعد الحجر بدين اخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرجه
من يده وبخلاف ما اذا كان عليه مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه
لان حق اصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال
حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته
فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه
بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما ان حق الغرماء لم يتعلق بكسب
المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست في يده ولان ملك المولى
في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين
مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولى
لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة
ولو ارتفعت لارتفعت حكما للحجر وشرط ارتفاعها بالحجر ان لا يكون
عليه دين الا ترى ان المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين
حتى يوفيه ولما كان شرط ابطال ولاية ابطال يد العبد عدم
الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم
يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفى بثبوت عدم الدين لعدم
دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر
فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم
الدخول وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل
شرط لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل
الوجود فكذا هذا وهو الذي يقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق
يصلح للدفع وهو استصحاب الحال وان لم يثبت الحجر بمثل هذا

العدم

العدم في حق ما في يده بقي الاذن على حاله في حقه كانه لم يحجر عليه
قال رحمه الله ولا يملك سيده ما في يده لو احاط دينه بماله ورقبته
فبطل تحريره عبدا من كسبه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يملك ما في يده من كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب
الرقبة لان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب
خروج المأذون له عن ملكه حتى لو اعتقه نفذ عتقه فيه وملك
وطي المأذون لها فكذا كسبه الذي في يده لانه تبع اصله فيكون
مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب خللا في ملكه ولو اوجب
لما حل وطي المأذون لها اذ الوطي لا يحل بدون كمال الملك بخلاف
الوارث اذا اعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث
لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه عنه
نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب
انفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين
دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة ان ملك المولى
لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له من قبل الاذن فبقي ملكه
بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى رقبته
حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من اكسابه حتى لا ينفذ
اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون عنده وعندهما في
كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه اتلف بالاعتاق ما تعلق به
حقهم وكذا لو اتلف المولى ما في يده من العبيد يضمن لما ذكرنا
لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق
الغير به وعنده في ثلث سنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو
اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما

يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت
ام ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق
لان عندهما ملكه باق حقيقة وعندهما صادف حق الملك ولهذا
لا يجوز للمولى ان يتزوجها ولو اعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق
ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب
الولد منه عند ابي حنيفة لان العتق توقف على ان ينفذ عند
تملكه الجارية الا ترى انه لو قضى دين الغرما او ابرا الغرما العبد
عن ديونهم حتى ملك الجارية الا ترى انه لو قضى دين الغرما
نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط
قال رحمه الله وان لم يحط صح اي ان لم يحط صح ان لم يحط الدين
برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر
وكذا عنده في قوله الاخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه
لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعليق لا فرق بين القليل
والكثير كما في الرهن وجه قوله الاخر ان الشرط هو الفراغ وبعضه
فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمنع الملك في الكل لان شرط
عدم الملك لم يوجد في الكل ولا يجوز ان يمنع بقدره لان البعض
ليس باولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن
قليل دين فلو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه
فيختل ما هو المقصود من الاذن واصله ان استغراق التركة
بالدين يمنع ملك الوارث في التركة فان كان غير مستغرق ففي
قول ابي حنيفة الاول كذلك وفي قوله الاخر يملك الوارث
جميع التركة على ما يجي تقريره من بعد ان شاء الله تعالى
قال رحمه الله ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة لانه لا تهمة

في

في البيع بمثل القيمة فيجوز وباقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان
حق الغرما تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع
المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند ابي حنيفة
لانه ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض
في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وهو في حق غيرهم
ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له ان يبيع جميع ماله بمثل
القيمة وباقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له
ان يحابي بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع به وبعد موت المريض
الغرما احق بالمالية والورثة احق بالعين حتى كان لهم ان
يستخلصوها بالقيمة وكذا بعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق
لهم في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى
كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرما في الموضعين لم يتعلق
الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة اصلا وقال
ابو يوسف ومحمد ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن
او يسيرا ولكن يخير بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع
لان في المحاباة ابطال حق الغرما في المالية فيتضررون به بخلاف
البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر
المشتري بازالته والمولى يؤمر بازالته لان البيع باليسير
من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين
فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي
كانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة
حيث يكون جائزا اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة

المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون له على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو اذن فيما يشتريه بنفسه
غير ان ازالة المحاباة لحق الغرما واختلفوا في قول ابي حنيفة
قيل يفسد البيع لان رد هذا البيع للتهمة فاشبه بيع المريض وارثه
بخلاف بيعه له بمثل القيمة عنده حتى حيث لا يجوز لما ذكرنا
والاصح ان قوله كقولهما لان المولى يسبيل من تخليص كسبه لنفسه
بالقيمة دون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه
مع مولاه كتصرف المريض المدين مع الاجنبي قال رحمه الله وان
باع سيده منه بمثل قيمته او اقل صح لان المولى اجنبي عن كسبه
عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع
عن ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفايدة
وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فثبت
لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد قال رحمه الله
ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه اي لو سلم المولى المبيع قبل قبض
الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشي لانه بتسليم المبيع سقط
حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف
ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرما
لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه
فكان احق به من الغرما اذ ليس هو بدين يجب في ذمة العبد ويجوز
ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرما كما لو غصب
العبد شيا من ماله او اودع ماله عند عبده او قبض المبيع بغير
اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع
قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت للعبد

الماذون

الماذون له المديون دين على مولاه الا ترى انه لو استهلك المولى شيا
من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قايما في يد
العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن لان المولى لم يسقط حقه
من العين قايما في يده لانه يجوز ان تكون العين المملوكة للمولى
في يد عبده فكذا يجوز له ملك اليد فيه واما بعد الاستهلاك فقد
صار دينا فلا ايجابه على عبده قال رحمه الله وله حبس المبيع
بالثمن اي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد
لان المبيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن ولهذا كان اخص
به من ساير الغرما لان للدين تعلقا بالعين لانه يقابله ويسلم
بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق
فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على
المكاتب لما انه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف
ما اذا سلم المولى له المبيع اولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق
حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا ولو باع المولى شيا من
العبد باكثر من قيمته يومر بازالة المحاباة او نقض البيع قليلة
كانت المحاباة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرما كما بينا
في جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز
اليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه
وقوله يومر بازالة المحاباة يدل على ان البيع يقع جايزا ويجوز
ان يكون على الروايتين عند ابي حنيفة على ما بيناه وهذا كله
فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين لا يجوز مبايعته
مع المولى لعدم الفايدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره

قال رحمه الله وصح اعتاقه اي اعتاق المولى عبده الماذون له المستغرق
بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في اكسابه بعد
الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه الله وضمن قيمته لغرمائه
اي المولى ضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه اعتق ما تعلق به حقهم
بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل النقض
فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان
الماذون له مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما
لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن البيع
متلفا حقهم فلم يضمن شيئا وان كان اكثر من قيمته ضمن بالغة
ما بلغت لان حقهم تعلق بما ليته فيضمنها كما اذا اعتق الراهن
المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يباع به دية
الحر لان القيمة هناك بدل الادمي من وجه فلا يباع به دية الحر
لان القيمة وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين او لم
يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير مما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد
الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه
بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين الدفع والفداء
فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى
ليس عليه شيء وانما يقضى باعتبار حقهم كما تلا فمال الغير وذلك
لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبرا او ام ولد
يجب على المولى قيمته لتعذر دفعه بفعله من غير ان يصير
مختارا وهنا لا يجب ما بينا قال رحمه الله وطولب ما بقي لغرمائه
بعد عتقه اي لغرمائه ان يطالبوه بعد الحرية ان بقي من دينه
شيء ولم تف به القيمة لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه

وعدم

وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه
كما كان فيرجع به عليه وهذا اذا كان لهم ان يبيعوا العبد بالدين ويربوا
المولى عنه لانه حينئذ عليه واذا اختاروا اتباع احدهما لا يبرأ الآخر
كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان
هناك الضمان واجب على احدهما فاذا اختار تضمين احدهما
برئ الآخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو
اعتقه المولى باذن الغرماء فلهم ان يضمنوا مولاه القيمة وليس
هذا كما اعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج
من الرهن باذنه والعبد الماذون له لا يبرأ من الدين باذن الغرماء
ذكره في المحيط قال رحمه الله فان باعه سيده وسلمه المشتري
ضمن الغرماء البائع قيمته لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري
قال رحمه الله فان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء
في العبد اي ان رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه
الغرماء قيمته رجع الغرماء بقيمتهم لان حق الغرماء في العبد لانه
سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع
وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب
على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها اليه هذا اذا رده عليه
بخيار الرؤية او الشرط واما رده بعيب بعد القبض بغير قضاء
فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي
اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من دينهم شيء رجعوا به
على العبد بعد الحرية او مشتريه اي لو ضمنوا مشتريه وهو معطوف
على البائع فتعذر ان باعه سيده وعيبه المشتري ضمن الغرماء
البائع وهو المولى قيمته او ضمنوا مشتري العبد قيمته لان كل واحد

منها متعذر في حق الغرماء اما البايع بما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض
والتغييب قالا رحمهما الله واجازوا البيع واخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا
احد القيمة لان لحقهم تعلق به وهو حق لاستسعاء او الاستيفاء من رقبته
وفي كل منهما فايدة فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فكان في ظهر رده وفايدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري
في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين والقرين لازما
في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء
والثمن لا يفي بديونهم فاما اذا كان مؤجلا فالبيع جايز لانه باع
ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق الغير لان حق الغرماء
متاخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز لعدم بيعه لان المرتهن
ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد الماذون
له ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بما في يده لقضاء الدين منه وكذا متاخر
الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم
واذا ظهر في البيع ميراث لم يلزمهم بانفسهم فلا ينتقض وكذا اذا كان الثمن
يفي بديونهم وهو نقدا لانهم لان حقهم تحول الى الثمن فتعذر البيع لزوال
المانع وقال صاحب الهداية قالوا وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن وان
وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم وفيه نظر
لانه ينبغي ان لهم لا يكون لهم خيار الفسخ اذا لم يفت من حقهم وان لم
يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه فيما ياتي ولا خيار لهم
ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو
قال تاويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بديونهم استقام وزال الاشكال
لان الثمن اذا لم يف بديونهم ظهر بعض البيع كما كان واذا وقع لا يبطل لهم
فتضمن كما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تاويل الدين وظاهر

الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وفيما اذا رضوا فمن قال لا يكون
المذكور هنا مخالفا لما قاله رحمه الله وان باعه بشهادة واعلم بالدين فالغرماء
رد البيع لان حقهم تعلق به وهو حق لاستسعاء او الاستيفاء من رقبته
وفي كل منهما فايدة فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فكان في ظهر رده وفايدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري
في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين والقرين لازما
في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء
والثمن لا يفي بديونهم فاما اذا كان مؤجلا فالبيع جايز لانه باع
ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق الغير لان حق الغرماء
متاخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز لعدم بيعه لان المرتهن
ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد الماذون
له ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بما في يده لقضاء الدين منه وكذا متاخر
الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم
واذا ظهر في البيع ميراث لم يلزمهم بانفسهم فلا ينتقض وكذا اذا كان الثمن
يفي بديونهم وهو نقدا لانهم لان حقهم تحول الى الثمن فتعذر البيع لزوال
المانع وقال صاحب الهداية قالوا وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن وان
وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم وفيه نظر
لانه ينبغي ان لهم لا يكون لهم خيار الفسخ اذا لم يفت من حقهم وان لم
يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه فيما ياتي ولا خيار لهم
ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو
قال تاويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بديونهم استقام وزال الاشكال
لان الثمن اذا لم يف بديونهم ظهر بعض البيع كما كان واذا وقع لا يبطل لهم
فتضمن كما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تاويل الدين وظاهر

البيع ووفا الثمن فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرما وهي مسيلة
الكتاب وذكر محمد رحمه الله في الاصل انه باطل واختلفوا في معناه
فقال بعضهم معناه انه فاسد بدليل ما قال في الاصل انه اذا اعتقه
المشتري بعد القبض او دبره صح ذلك ويلزمه قيمته قال رحمه الله
وان غاب البايع فالمشتري ليس بخصم لهم اي لو باع المولى عبده المديون
وقبضه المشتري ثم غاب البايع لا يكون المشتري خصما للغرما اذا انكر
المشتري الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكون
المشتري خصما ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف لو اشترى
دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع
فان الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له وعندهما مثل
قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين
فيكون خصما لكل من ينازعه فيه كما لو ادعوا ملك العبد لانفسهم
او ادعى رجلا انه رهن عنده ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد
وهو قايم بالبايع والمشتري فيكون الفسخ قضا على الغايب والحاضر
ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يودي الى ان لا
يجعل خصما في الانتها لانهم اذا اثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم
لانه يعود الى ملك البايع وهو غايب وفي بيعه قضا على الغايب
وهو لا يجوز بخلاف ما اذا ادعوا الملك لان صاحب اليد يظهر
في الانتها انه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما للمغصوب
منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فايدة اذ الرهن لا يباع ولو
صدقهم المشتري في الدين كان للغرما ان يردوا البيع بالاجماع
لان اقراره حجة عليه فينفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان
البايع حاضرا والمشتري غايبا فلا خصومة بينهم وبين البايع بالاجماع

حتى

حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو
غايب فما لم يبطل ملكه لا يكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم ان يضمنوا
البايع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه
القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبايع واذا اختاروا اجازة البيع
اخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم ان
المولى يبيع عبده الماذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل
مختارا للفدا بالقيمة ويبيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل
مختارا للفدا بالارش لان الدين هنا على العبد بحيث لا يبرا بالعتق
ولا يجب على المولى شي ولو اختار المولى الفدا صريحا بان قال انا
اقضي دينه كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية فان
موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع بتصرفه
تعين الارش عليه وبقي واجبا على حاله قال رحمه الله ومن قدم
مصرا فقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة
ان يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه والمسيلة
على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا
عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي وكذا القياس ان يشترط العدالة في
المخبر لان جانب الصدق بها يترجح وجه الاستحسان ان الناس يعاملوه
من غير شرط شي من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك
به القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة
تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس امره
اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان
دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني

ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه انه لا يثبت الاذن
لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون
له لان عقله ودينه يمنعان عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب
حمل امور المسلمين في الصلاح ما امكن فالعمل بالدليل الظاهر هو
الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار
انه ماذون له بل يكتفي بظاهر حاله فاذا ثبت انه ماذون بظاهر
حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون
فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا تباع رقبته
لان ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه
ولا يلزمه من وجوب الدين عليه ان يباع به الا ترى ان المدبر وام
الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه ما دام
مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل عن حاجته قال
رحمه الله وان حضر واقر باذنه بيع والا فلا اي لو حضر المولى
واقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه باقراره وان قال هو
محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا اثبت
الغرما الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا اذ هي مبينة كاسمها قال رحمه الله وان اذن للصبي
او المعتوه الذي يعقل البيع والشرا وليه فهو في الشرا والبيع كالعبد
الماذون له يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يتقيد
بنوع من التجارة دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي حتى ما
يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه
بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام من انه
لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي

حين

حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه
بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التي
ذكرناها في العبد والمراد بكونه يعقل البيع ان يعلم ان البيع سالب
للملك والشرا جالب له وان يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من
الفاحش وقال الشافعي رحمه الله لا تنفذ تصرفاته واصل الخلاف
بيننا وبينه في ان عبارته صالحة في العقود الشرعية عندنا فيما
هو متردد بين النفع والضرر او النفع المحض وعنده غير صالحة حتى
لو توكل بالتصرف جاز وعندنا لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا
السفها اموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم شرط البلوغ والرشد اليهم في هذه
الاية ونهى عن الدفع الى السفها في الاولى وهما سفيهان وليسا ببالغين
ولانهما محجور عليهما لاجل انفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول
بالاذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال
بالاذن ولانهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك
حجرهما فلا يصلحان ان يكونا وليين للتنافي ولان كونهما موليا عليهما
سبب العجز وكونهما وليا له سمة القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان
فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة واختيار الصبي
احد ابويه على اصله لان الولي لا يتولى هذه الاشيا فلا يكون موليا
عليه فيها فلا تنافي فتصح منه ولان فيه ضرورة لعدم امكان تحصيله
من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كيلا تفوته هذه المصالح بخلاف
البيع والشرا ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى امر بالابتلا وهو
الامتحان والاختبار هل هو رشد ام لا وذلك بان ياذن له في التجارة
وهذا يفيد ان الصغير اهل للتصرف وان تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة

اسم الصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله
تعالى وآتوا اليتامى اموالهم وهذا بدفع اموالهم اليهم فلولا ان تصرفه
معتبر شرعا لما امر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف
فيه ولان التصرف المشروع صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية
شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفاء في شرعية
التصرف والمحلية وكذا في الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز
وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فتثبت الولاية
صونا لكلامه عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته
وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته وبقاء ولاية الولي وتمكن
الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار
الاهلية لم نجعله موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا
فيه فحاصله ان يقرب المصالح ويبعد من المضار وهو مستحق للنظر
ومصون عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره اصدار
وصيته والحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لانه
ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان اذن له الولي والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما
كالبيع والشراء والاجارة يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه قبله
للاحتمال مع انه اهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون
موقوفا على اجازة الولي حتى اذا رأى فيه مصلحة اجازه وهذا
لانه يشبه البالغ من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله
قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه بالبالغ في التصرف النافع وبالمجنون
في الصغار وفي المترددين قبل الاذن وبالبالغ بعده ولا يقال
قد يقع البيع ايضا نفعا محضا بان باع باضعاف قيمته فاذا وقع ذلك

ينبغي

ينبغي ان ينفذ بغير اجازة الولي لان العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض
له لاتفاق الحال والبيع في اصل وضعه متردد بخلاف الهبة لانها ضرر
محض وقبولها محض ولا مدخل للولي فيهما والمنهي عن الدفع في الآية
اموالنا وكلامنا وقع في اموالهم والمذكور في الآية الثانية الدفع اليهم
اموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم وذا لا ينفي الدفع في غير
تلك الحالة لما عرف ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه
على ان لا نسلم انه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيما علم رشده فلا
يتناوله النهي والمراد بالولي ولي له تصرف في المال وهو ابوه ثم
وصي الاب ثم جده ابو ابوه ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي او وصي
القاضي واما ما عدا الاصول من العصبة كالاخ والعم او غيرهم كالام
ووصيهما وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم لهم لانهم ليس لهم ان يتصرفوا
في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف
في ماله فكذا يملكون الاذن في التجارة وكذا الصبي والمعتوه ان يأذن
لعبده ايضا لان في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه ان يأذن
لابيه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله وكذا اذا كان الاب مجنونا لان
ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأي
وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب
والجد فانهما وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه
كامل الرأي فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك
الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه وان
بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله يقول لا يصح الاذن
له قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد
وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما ان يتزوجا ولا يزوجا مملوكهما

لانه ليس من التجارة الا ان يأذن لهما المولى بالتزوج او بتزويج الامة
لان المولى يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا
يملك تفويضه اليه بخلاف المولى لانه يملك تزويج عبد عبده الماذون
فيملك العبد ايضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند اطلاق
الاذن فحاصله ان الصبي والمعتوه الماذون لهما كالعبد الماذون
له في جميع ما ذكرنا من الاحكام الا ان المولى لا يمنع من التصرف في ماله
وان كان عليهما دين ولا يقبل اقرارهما عليهما وان لم يكن عليهما دين
بخلاف المولى والفرق ان اقرار المولى عليهما شهادة لانه اقرار على
غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو في الذمة لانهما
حران فكان للوليان يتصرف فيه بعد الدين كما كان قبله فان
قيل اذا لم يملك المولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة
منه قلنا لما انفك الحجر عنهما صارا كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما
على انفسهما بخلاف المولى لانه اقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا
ولانهما لو لم يقبل اقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فلا تحصل
المقصود بالاذن فلحاجات الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة
لان الضرورة فيها حيث لو اقر بعين مورثه في يدهما لا يقبل اقرارهما
بما روي الحسن عن ابي حنيفة لعدم الحاجة الى القبول
لانه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا ان
انفكاك الحجر بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال والله اعلم
فصل قال رحمه الله غير الاب والجد لا يتولى طرفي العقد
في المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فتصير
الواحد مطالبا ومطالبا مسلما ومتسلما وهو محال وكذا الاب والجد
فيما سواه وهو قول زفر ويجوز استحسانا لانهما بكمال شفقتهما قام

مقام

مقام تحقيق وعبارته مقام عبارتين وأيه مقام مرادين فجعل كأنه
باعه منه وهو باطل فرجحنا حقوق العقد بحق الابوة لاحكام العقد بنائه
عليها حتى اذا باع الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا اشترى ماله
من ابيه الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق
الفعل لا بطريق الحكم العقد لا يوجب الا في الخالة ولو اشترى مال
ولده الصغير او باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه ان يقول
بعته منه او اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس
القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضى وهذا يتعقد بالتعاطي من غير
ايجاب وقبول وقد وجد دلالة الرضى ولو وكل رجلا بان يبيع
عبده من ابنه الصغير او يشتري عبده فعمل لا يصح لعدم كمال هذه
الشفقة فلا يلزم الحاقه بالاب بخلاف ما مر في الاب لتمام الشفقة
الا ان الاب حاضر وقبل وفاته يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على ابيه
ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لتمام شفقته مباح والصغير
قرن لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر
ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله او باع الاب مال احد
ولديه بمال الاخر او اذن لهما فيه او لعبديهما او وصيهما فتبايعا
لم يجز لانهما استفاده اولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا
لا يجز لانهما استفاده اولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا
الصبيان بخلاف اذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح وكذا اذا فعل
باذنه وصح بيع الوصي مال الصبي واشتراؤه منه بشرط انه ظاهر
وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم وقيل ما يساوي الفا بثمانمائة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر ان استحالته
ولد ان الوصي يختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فقد حققنا
النظر بخلاف الاب وبقولهما رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ
والله اعلم بالصواب
الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غير مال حتى يطلق على اخذ
الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه
اوصاف في الشرع على ما نبين قال رحمه الله هو ازالة اليد المحقة
باثبات اليد المبطلة اي في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير
اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوايد المغصوب اذا هلكت بغير تعد
لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا
غصب دابة فتبعتها اخرى او ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع
فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما
ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر
او غير المحترم كمال الربى في دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل كالعقار
وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي
هو اثبات اليد العادية لا غير حتى لا يضمن العقار بالغصب عند محمد
لوجود تفويت اليد فيه واثباتها ولا يضمن زوايد الغصب عند
محمد لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي يضمنها لوجود
اثبات اليد فيها وسنبينه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه
الله فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط
لانه باستخدام عبد الغير او الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك
اثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده ازالة المالك عنه
فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس
عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم
يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي اثر فعله
لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الماثم ان تعمده

والمغرم

والمغرم وشرطه ان يكون المغصوب مالا متقوما قال رحمه الله ويجب رد
عينه في مكان غصبه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد
ولقوله عليه السلام على لا يحل لاحدكم ان ياخذ مال اخيه لاعبا
ولا جادا وان اخذه فليرده عليه ولانه فوت عليه اليد وهي مقصودة
لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف
ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع انها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه
نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود الى ما كان واتم وجوهه رد عينه
في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت
القيمة ورد العين القيمة وهو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه اعدل
واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة والمثل مخلص يصار اليه
عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى
بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرا الغاصب برد
العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا اوهبه
له او اطعمه اياه فاكله والمالك الاصلي لم يبرا الا اذا علم وقبضه عنه
كما في قبض المثل او القيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل او القيمة
ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح
مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما
ينتقص بالدين فدل على ان الواجب هو المثل او القيمة وكونه لا يصار
اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة
فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن
اقامتها وانما يبرا الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان
حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرا
برده باي وجه كان وان لم يعلم البايع قلنا بخلاف المثل والقيمة

لان حقه متعين في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي وجه كان
وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال
والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فباي طريق وصل اليه
باب عن الواجب عليه فلغى ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان
الوقت متعينا له صار نايبا عنه ولغى ما عينه من الجهة بخلاف غيره
من العبادات حيث لا تتادى الا بالتعيين لعدم التعيين وعند
الشافعي رحمه الله لا يبرا الغاصب باكل المالك الطعام المغصوب من
غير علمه لان هذا ليس برد بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب
في اكل مال غيره ما لا يرغب في اكل مال نفسه ولو علم لما اكل فلم يكن
ردا بتقديمه للاكل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا
تعتبر ولا يمنع وقوعه عن الواجب قال رحمه الله او مثله ان هلك
وهو مثلي اي يجب عليه رد مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده
لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد امكن اعتبارهما
بايجاب المثل فكان اعدل واتم في غير الغايب فكان اولى من القيمة
واسمه ينبي عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه
فكان ايجابه اعدل واتم في حق الغايب فكان اولى من القيمة واسمه
ينبي عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان
ايجابه اعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة
باعتبار ان وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا
انه اعدل وتسميته في الاية اعتدى مجازا للمقابلة كقوله تعالى وجزا
سيئة سيئة مثلها والجزا ليست بسيئة وانما سميت بها مجازا كذا
هنا الثاني ليس باعتدا قال رحمه الله وان انصرم المثلي فقيمته يوم

الخصومة

الخصومة اي انقطع المثلي عن ايدي الناس يجب على الغاصب قيمته يوم
الخصومة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يوم
الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لان المثل هو الجواب بغصب ذات
المثل فلا ينتقل الى المثل الا عند العجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع
فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل اعدل على ما بينا فلا يصار
الى القيمة مع القدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد
انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف
ان المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم
الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثلي حتى لا
يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب
القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي
ولابي حنيفة ان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته
ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى ان يعود المثل كان
له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضا الى المثل بوجوده بعد
ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وجد الانقطاع او لا يوجد
في السوق الذي لا يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في
النهاية معزيا الى ابي بكر البلخي قال رحمه الله وما لا مثل له فقيمته
يوم غصبه اي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا
بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب
اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله
واسمها ينبي عنها قال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا لما روي ان
انسا رضي الله عنه قال كنت في حجرة عايشة رضي الله عنها قبل ان
يضرب الحجاج فاتي بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه عليه السلام

فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم يأكل من الارض ويقول غارت امكم غارت امكم ثم جاءت عائشة
رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور نفك
الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه السلام في عبد بين
رجلين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان
معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص
صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجب على المعتق وان
كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها
كان على طريق المروة ومكارم الاخلاق على طريق الواجب اذا كانت
القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي نفك الغلام بالغلام
اي بقيمة الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمة
نفسه يؤيده انه صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما انهما قضيا في ولد
المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والاية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها
المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الاية
شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة
بلا معنى ولهذا قال شريح رحمه الله من كسر عصى فهي له وعليه قيمتها
وما قال ذلك الا لانه فهمه من الاية والمراد من المثلي المكيل والموزون
والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى لا يضمن مثله عددا
خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد
ولهذا لا يجري فيه الربوا فلا يقطع بكون المضمون مثلا للمتلف فيصار
الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون لان المماثل
فيه يثبت بالنص وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل

وكذا

وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فامكن اعتبار
المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس
ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه
الاشياء متساوية فان الفلس مماثل في الفلس وكذا الجوز والبيض ولهذا
لا تتفاوت قيمة احاده عرفا فكانت المماثلة فيه اتم من المكيل والموزون
فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى ولا معنى
لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون ايضا
كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة
كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد واوضح منه ان القيمة ايضا
لا تعرف بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذا لم يكن له بد من الاجتهاد
واوضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذا لم
يكن بد من الاجتهاد والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي
المتقارب كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة
المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون
الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطشت
قال رحمه الله فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو
بقي لاظهره ثم قضى عليه ببدله لان حق المالك ثابت في العين فلا
يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى
المدين الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى راي القاضي
كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد
الرد وعكس المالك واقاما البينة فبينة الغاصب اولى عند محمد
لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند
ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت الرد وجوب الضمان

والاخر ينكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابت
باتفاقهما لكن محصل الاختلاف بينهما يرجع الى وجوب الضمان
وعدمه فكانت البينة من البيت قال رحمه الله والغصب فيما ينقل
لانه ازالة اليد الممالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول على ما
بينا قال رحمه الله فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضمن وهو
قول ابي يوسف ولان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية
وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتنافيين
على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فاذا اثبتنا اليد العادية
للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست في
الاعتبار عن القدرة على التصرف وعدم عبارة عن عدم القدرة على
التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك
فيتضمن به كما يتضمن المنقول بذلك وكما يضمن المودع العقار المودع
بالجحود وبالاقرار به لغير المالك بالرجوع عن الشهادة بعد القضاء
وقوله عليه السلام من غصب شبرا من ارض طوقه الله يوم القيامة
سبع ارضين نص على انه يتحقق فيه الغصب ولنا ان الغصب
تصرف في المغصوب باثبات يده وازالت يد المالك ولا يكون ذلك
الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وافضى ما يكون فيه اخراج المالك عنه
وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا ابعد
المالك على المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة
على الخلاف في الاصح فلا تلزم وان سلم فالضمان فيها يترك الحفظ
الملتزم بالجحود والشهود انما يضمن العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف
لو ضمان غصب حتى لو اقام الشاهد البينة ان ذلك العقار بالرجوع

لانه

ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو اقام الشاهد البينة ان ذلك العقار
له لا يقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف
والمذكور في الحديث الجزاء في الاخرة وكلامنا بالضمان في الدنيا
وهو دليل على ان المذكور جميع جزاياه ولو كان موجبا للضمان لبينه
لان الحاجة اليه امس وزيادة الضمان عليه يكون نسخا ولا يجوز
ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا
يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر
في قوله عليه السلام من باع حرا لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا
لما عرف ان في اللسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا الاختلاف
لو باع العقار بعد الغصب واقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري
او باعه من غير غصب واقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره
في حق المشتري لانه سلك ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه
لم يتلفه واما التلف حتى فاضاف الى العجز المالك عن اقامة البينة
قال رحمه الله وما نقص بكتمانه وزراعته ضمن الناقص كما في
الثاني وهذا بالاجماع والفرق انهما انه اتلفه بفعله والعقار يضمن
بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده الا ترى ان الحر
يضمن به بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده
الا ترى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول
في اليد وعلى هذا لو ركبه ابق الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى
نزل ثم هلك لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود
الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو فعل على بساط الغير بغير اذنه
وانتقلوا في تعذر الضمان قال ابن سماعة سألت محمدا عن رجل
تستأجر هذه الارض قبل الاسلام وبعده تبعض تعاونت ما بينهما

والنقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشرا يعني انه ينظر بكم يباع قبل الاستهلاك وبكم يباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك ليضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرسف فاخرجت ثمانية اكوار ونقله من الموتة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه اربعة اكوار ويتصدق بالباقي وقال ابو يوسف لا يتصدق ويجب لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الغاصب يملكه بادا الضمان والمضمونات تملك بادا الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث في ملكه اذا لخراج لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض وعلى هذا الضمان بخلاف ما اذا لم ينقصها لانعدام الملك لعدم الضمان وهذا حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وسيق الاصل فصار كما اذا لم ينقص بالاستهلاك ولان ملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر في حق انعدام الخبث ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق انعدام الخبث قال رحمه الله تصدق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح اي اذا استغل المغصوب بان كان عبدا مثلا فاجره فنقصه الاستهلاك وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق فيما اذا تصرف في المغصوب والوديعة بان باعه وربح فيه اما الاول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولها وعند ابي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه الجانبين في المسئلة التي قبلها وكان

ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لانها الغلة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا من الغاصب ان اذا كان النقصان في العين وكان تغير السوق علة انه لا خراج عليه فانه يجب عليه ضمان نقصه ما تقدير ذلك من اجر مثله كل او بعضا خلافا في حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب شيئا من الغلة لان الغلة اوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالغصب وان كان غير راجع السعر لا يضمن بعد ان رده في مكان الغصب لانه ذلك لغلة الزيادات فيه لا النقصان في العين يوضحه الخبر وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي الى الربا اذ الجودة لا يضمنها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان يأخذه ولا شيء له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه او قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف والوجه قد بيناه ولو هلك في يده بعد ما استغله تضمنه المالك كان له ان يستغل بالغلة في اداء الضمان لانه الخبث كان لاجل المالك فاذا اخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه وهذا لو سلم الغلة ليصح العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن العهدة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب فاستهلكه وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب ان يستغل بالغلة في اداء الثمن الذي المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه الا اذا كان لا يجد غيره فيرجع هو على غيره من المقر بأن انه ماله وهو محتاج اليه كان للملتقط ان يعرف

اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا بخلاف ما اذا اصابه لا تصدق بمثله
اذا كان غنيا وقتا لاستغلال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا
ومن ترجح عليه غيره من الفقراء اما الثاني وهو ما اذا تعرف فيجوز للمغصوب
او الوديعة ورجح فهو على وجوه اما ان يكون مما يتعين بالتعيين
كالعروض او لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول
منه بدل ضمان الجنس وهو الرخ المذكور اهنا فانه لا يطيب له ويتصدق
به لان العقد يتعلق بما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل
القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فعند قال الكرخي انه
على اربعة اوجه اما ان اشار اليه ونقد منه او اشار اليه ونقد من
غيره او اطلق اطلاقا ونقد منه او اشار الى غيره ونقد منه وفي
كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا اشار اليه ونقد
منه وفي كل ذلك يطيب له لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي
وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وقال ما يختار رحمه الله
لا يطيب بكل حال ان تناول منه قبل ان يغرم وبعد الضمان لا يطيب
بكل حال وهو المختار والجواب في الجامعين والمضاربة يدل عليه ذلك
ووجه ان النقد منه استيفاء سلامة المشترى وبالاشارة استيفاء
جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فيلتبث شبهة
الحرمة لما له بسبب خبيث واختار بعضهم المفتوى على قول الكرخي
في زماننا لكثرة الحرام وعندكما على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق
بشئ منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقاب
من جنس ما قبض لا يظهر الرخ قال رحمه الله وملك بلا حل انتفاع قبل
اداء الضمان بيع وطئ وعتق وزرع وانتفاع سبب وانما غير تحرير
وبناء على ساحة لانه لو لم يملك بذلك لتحقق ضرر وكان ظلما والخطاء احد

لا يظلم ولا يتيسر ثم الضابط فيه انه متى تغير تغيرا تعين المغصوب به
بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها او اختلطت بملك الغاصب
بحيث لا يمكن تمييزها اصلا او ان لا يخرج زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
وذلك كتراب بيت اللحم وطبخه وطبخ الحنطة وطحنها او زرعها واتخاذ
الحديد سيفا واما اذا اتخذ غيره مثل الصفر اناء والبناء على الساحة
بهذه المثابة يملكها الغاصب لا الذهب والفضة فانه لا يملكها باتخاذها
اوانيا ويضمنها دنانير او دراهم عند ابي حنيفة وهي المراد بقوله
غير المخرج وقال الشافعي لا يتغير حتى لا يملك عين العين وهو رواية
عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يغرم النقصان عنده
في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه
وقد بيناه من قبل وعن ابي يوسف انه ملك بالتغير ولا يملك العين
الغاصب لكنه يباع فيؤدي دينه المغصوب منه يعني ما وجب له عليه
بالغصب من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به
من سائر غرمائه حتى يملك الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الاتراك هلاك
رضاه ببطلان حقه فصار كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع
قبل ايفاء الثمن بل اولى لان الملك ثم وقع عن اليد فاذا لم يبطل حق اليد
به فاولى ان لا يبطل به حق الملك الا ترى ان العين ملكه فيبقى ملكه
ما بقيت العين وبقيتها وصفها اذ هو قائم بها فيزيد بها فيزيد هو لكونه صاحب
اصل لانها لم تبق جمادا فرقنا جزاوها وذلك لا يوجب الخروج عن
ملكه كالقطع في الثوب والذبح والطبخ والتمر بين الشاة ولان فعله
محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يبطل به تحمد الملك على اصله
فلا يعتبر فصار كما اذا وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الما

والهوى من غير صنع احد ولنا انه استهلك العين من وجه الا ترى ان
المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فاتت من وجه بالاستحالة
حتى صار له اسم اخر وقد احدث فيها الصنعة وهي حق للغاصب
وهي قايمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا على الاصل
الذي هو فايت من وجه فكانت اولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة
حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب احق
بالكسب من غيره وان كان في محل مملوك للغير لان الحكم يضاف الى
العلة لا الى المحل وذات حقه قايم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات
فكان اولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو
البقا وهذا ترجيح بالذات فكان اولى من الترجيح وهو الوجود من
كل وجه فكان الترجيح به اولى لان الحال قايمة بالذات والمحظور
لغيره لا يمنع ان يكون سببا لحكم شرعي الا ترى ان الصلوة في الارض
المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك
بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال
شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتاريب لا يفوت به المقصود
وبالذبح فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه
لان العين تبدلت وتجدد لها اسم اخر فصار كعين اخرى حصلت بكسبه
فيملكها غير انه لا يجوز له الانتفاع به قبل ان يودي الضمان كيلا يلزم
منه فتح باب المغصوب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه
السلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها
الاسارى ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه لما قال ذلك والقياس ان
يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة
لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره

ووجه

ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك
لا يدل على الحل الا ترى ان للمشتري شرا فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه
لا يحل الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذها او حكم الحاكم بالقيمة
او تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه
واخذها او حكم الحاكم بالقيمة او تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به
لوجود الرضى من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت
له المبادلة بالتراضي وقال ابو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة
المزروعة يجوز الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل
وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل واما الذهب
والفضة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يملكها الغاصب
بضربهما دنانير او دراهم او اواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع انه احدث
فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة ان
العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما الا ترى ان الاسم لم
يتغير ومعناه الثمنية وهو ايضا باق وكذا كونه موزونا باق ايضا
حتى يجري فيها الربوا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة
ايضا مطلقا الا ترى انها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف
غيرها وقال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما ينقطع حق المالك
عن الساحة اذا بنى حولها واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك
لانه متعد في البنا عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا البنا
فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي لا ينقطع
حق المالك كيف ما كان ويهدم البنا ويأخذ ساحته لانه وجد
عين ماله فكان احق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح
لان فعله ضررا بالغاصب وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام

وضرر المالك بجبور بضمان القيمة فلا نعلم ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط
المغصوب بطنا دجاجة واوى فيها فصوبا في السفينة وكان في لجة
البحر هذا اذا كانت قيمة البناء الثوب قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة
الساحة اكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية
معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله ولو ذبح شاة او خرق ثوبا فاحشا
ضمن القيمة وحل المغصوب له اليها او ضمن النقصان وكذا لو ذبح
الجزور وقطع اليد او الرجل كما في الذبح لان هذه الاشياء اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض
المنفعة في الثوب تخيير في ضمانين جميع قيمته وتركه له وبين ضمان
نقصانه واخذه وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان
يضمنه النقصان اذا اخذ البحر لان الذبح والقطع زيادة فيها لانقطاع
لحق المالك حتى تملك لغيرها والمالك لا انتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر
لانه نقصان باعتبار فوات الاغراض على ما بينا انفا ولو كانت الدابة
غير مأكولة اللحم يضمن قاطع طرفها لصاحبه حيث يضمن نصف قيمته مع
اخذه لانه منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صلح للجمع وما كان
صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة قالها لا تصلح للحمل ولا للركوب
بعد القطع قال رحمه الله وفي الخرق اليسير من نحو نعلها انه يعني مع
اخذ بيضه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله
عيب نقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان واختلفوا في حد
الخرق اليسير والكثير قيل ما يوجب نقصانا تربو القيمة فاحش
وما دونه يسير وقيل الفاحش ما يفتضح به نصف القيمة لا ستوا
الهالك والقائم فيخير المالك بين ان يميل الى الهالك او القائم
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة

ويبقى

ويبقى بعض العين وبعض المنفعة والبسير ما لا يفوت به شيء من
المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لا لاستهلاك المطلق
من كل وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة
عن تغييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بكثرة
المنافع والنقصان لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل باحدهما
ومتى امكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا امكن
اعتبار الاستهلاك والنقصان بإثبات الخيار له فلا يعتبر الرجحان
وذكر في النهاية ان الفاحش هو المتاصل للثوب وهو ان يجعل
الثوب لا يحصل الا للخرق ولا يرغب في شرائه وعزاه الى الحلواني قال
شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكرناه في الخرق في الثوب ان تخيير
المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في
الاموال الربوية فان التغيب هناك ان كان فاحشا او يسيرا كان
لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء
وبين ان يسلم العين ويضمنه مثلها او قيمته لان تضمين النقصان
متعذر لانه يؤدي الى الربوا هذا اذا قطع الثوب ولم يجده فيه
منفعة فاما اذا وجد فيه منفعة بان خاطه قميصا مثلا فانه
ينقطع حق المالك عنه عندنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة
قال رحمه الله ولو غرس او بنى في ارض الغير فلما ورد عليه قلع
البناء والغرس ورد الارض الى صاحبها لقوله عليه السلام ليس
لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه
وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال قام زيد وقام ليله قال الله
تعالى فيما يغرق كل امر حكيم ولان الارض باقية على حالها ان لم تقصر
مستهلكة ولا معنوية حقيقة ولا وجد فيها شيا يوجب الملك

الغاصب فيؤمر بتفريغها ورده الى مالكها كما اذا شغل ظرف غيره بالطعام
قال رحمه الله وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البنا والغرس مقلوعا
ويكون له اي اذا كانت الارض تنتقص بالقلع كان لصاحب الارض
ان يضمن الغاصب قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع
الضرر عنهما فتعين النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق
القلع وليس له ان يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا
وكيفية معرفتهما ان تقوم الارض وبها بنا ولا غرس فيضمن فضل ما
بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته
قايما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته ان لو قدم البنا والغرس
مقلوعا موضوعا في الارض بان يقدر الغرس حطبا والبنا اجرا او لبنا
او حجرا مكومة على الارض فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض
فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال
رحمه الله وان صبغ او لت السويق بسمن ضمنه قيمته ثوب ابيض
ومثل السويق وان شا اخذ المصبوغ او اخذهما وغرم ما زاد
الصبغ والسمن يعني اذا غصب ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن
فالمالك بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض ومثل السويق وان
شا اخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال
الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه
الى صاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان
لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير
الغرس والبنا في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا
ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب
صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب

اصل

اصل والاخر صاحب وصف وهو قايم بالاصل وكذا السويق اصل والسمن
تبع الا ترى انهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز
بخلاف البنا والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض
فامكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقا
الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بدفع
قيمة الصبغ الى صاحبه اذ لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب
بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال ابو عصمة في مسيلة الغصب
ان شا رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما به الى صاحبه
ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا والجواب في اللت
كالجواب في الصبغ غير انه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته
لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي
الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت
القلي فلم يبق مثليا كالخبز وما روي عن ابي حنيفة من ان الغاصب
اذا صبغ الثوب اسود فانه نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة
راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني امية في زمانه كانوا يمتنعون
عن لبس السواد وفي زماننا بنو العباس كانوا يلبسون السواد
فاجاز كل على ما شاهد من عادة اهل عصره ولا خلاف بينهم في الحقيقة
ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا للون الصبغ لان من
الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى للتقييد
بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان
ثوبا ينقصه الصبغ بان كانت قيمته ثلثين درهما مثلا فتراجعت
بالصبغ الى عشرين فعن محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ
فان كانت الزيادة خمسة ياخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم

لا زحام مبدله وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمته ثوبه عشرة
دراهم ووجب عليه الغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة
قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن
محمد وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب
كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان يطالبه هو والجمام
حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيا ولم
يصل اليه به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة
المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار
مسقطا له هنا **فصل** قال رحمه غيب المغصوب وضمن
قيمته كله وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا
للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا
يصلح المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه ليحصل ما هو
مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشارع فوجب ان لا يكون
سببا اذ الدنيء درجات السبب ان يكون مباحا كيلا يلزم الترغيب
في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي عنه بقوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فكان باطلا
والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة
الاباحة كالقتل تكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان
الملك ملك بدل للمغصوب رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه
عن البدل اذا كان يقبله نظرا للمضرور عن الغاصب وتحقيقا للعدل و
ضرورة حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فانه مستحيل
واسمه ينبيك عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا ما يقوم
مقام القايم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب ان يزول ملكه في

المبدل

المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم وانما لفظ الجبر لت يبقى عنه قاصرا لا يكون
الا عن الفائت بفعل الغاصب هو البدل دون الملك اذ ملكه قايم في العين
فلا يكون بدلا عن العين وظهر انه لو سرق قلب غيره فعفى عليه الغاصب
بقيمته واخذ القلب منه ان لو قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا
عن العين في ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل
واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع امكان تحقق
العدل بينهما وهذا خطأ فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال
ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوته بالمبادلة ضروريا
وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بدلا من كل وجه فلا
يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض
يثبت فيما هو سبب الملك مقصودا فلا ينفذاه واما المدبر فنقول
بزوال ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة وظهر الولد يظهر
المدبر وظهر له كسب كان للغاصب الا انه اذا ظهر المدبر يعاد الى
ملك المغصوب منه هيا نة لحق المدبر او نقول المدبر لا يقبل النقل
فيجعل الضمان بدلا عن البدل الذي فاتت بفعله الضرورة او عن العين
من غير ان يدخل في ملكه بل كما في ضمان الغصب عندهما ولا يقال
المدبر يقبل النقل من ملك الى ملك وظهر الولد يقضي الغاصبي جواز
بيعه بعد لانا نقول يفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد
القضاء لكونها قضايا بعد انقساخها والجواب عما تلي ان رضاه قد
وجد بطلان القيمة منه وتحن لا نجعل الغصب البيع سببا للملك بل
الغصب موجب رد العين عند القدرة ولزوم القيمة عند العجز بطريق
الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به
للغاصب شرط القضاء بالقيمة لاحكاما بنا بالغصب مقصودا وبهذا

لا يملك الولد بخلاف الزيادة المنفصلة والكسب لانه نفع اذ الكسب بدل
المنفعة ولا كذلك المنفصلة بخلاف البيع الموقوف والذبح فيه
للخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة ايضا لانه سبب موضوع للملك
فيستند من كل وجه تعالى حمه الله والتوليد في العين للغاصب
والبينة للمالك لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو اقام الغاصب
البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره
في النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل بينة الغاصب
لاستحلاف اليمين وقد تقبل البينة لاستحلاف اليمين لا ترى ان المودع
اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو اقام البينة تقبل بينته
ثم قال وكان ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة علمت مشكلة
في المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين الوديعة وهو الصحيح
قال رحمه الله فان ظهر وقيمته اكثر وقد ضمنه بقول المالك
او ببينته او بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك
لانه رضي به وتركه برضاه حيث سلم له ما ادعاه قال رحمه
الله وان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك بخير ان شاء امضى الضمان واخذ
المغصوب ويرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان
وانما اخذ دون المقدر من العين لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر
المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل فليس له هذه الصورة وهي ما اذا
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه الله لا خيار له لانه
توفر عليه ما اليه مكنه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو
الاصح لان فوت الخيار لفوت الرضا وقد فاته ههنا حيث لم يحصل
له ما يدعيه ولان لا يبيع ماله الا بمن يختاره ويرضى به فكان الخيار
ثم اذا اختار المالك اخذ العين فللغاصب ان يحبس العين حتى

ياخذ القيمة التي وجب فيها اليوم لانها مقابلة بالعين بدلا فلا بد من
تسليم احدهما حتى يملك الاخر فان هلكت العين في يد الغاصب هلكت
المغصوب مضمونة على المالك فيهلك بقيمته ولا يتقرر ذلك
والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا وضرورة
وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه وهذا لا يظهر الملك في حق
الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد اصل من وجه فلم يسبق
وجه قبل الانفصال وبعده من كل وجه وهذا لا يظهر الملك في
حق الاولاد والكسب نفع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وفي نفع
يخفى والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع
ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق
المشتري من الغاصب حيث ينفذ بيعه باجازة المالك عند ابي حنيفة
وابي يوسف وكذا ضمان الغاصب العينية في الاصح لانه يتم ترتب
على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق لنفوذ السبب
والدليل على انه تام فان الاشهاد شرط في النكاح الموقوف عند
العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما اشترط عند الاجازة وكذا
لو تصادق الغاصبان وتقابضا وافترقا واجاز المالك ان بعد
الافتراق صار الصرف وكذا البيع يملك عند الاجازة بزوائده
والمتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما لما ملكا ذلك كذلك قال رحمه الله
وزوائد المغصوب امانة فتفسخ بالتعدي وبالمنع بعد طلب
المالك وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة على الغاصب ولا فرق
بين ان تكون الزيادة متصلة او منفصلة او كانت بالسمن او
المذهب بين الشافعي رحمه الله انها متولدة من عين مضمونة فتكون
مضمونة مثلها لما عرفت ان الاوصاف الشرعية تجري من الاصل الى

المتولد منه الا ترى ان ولد ام الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة
يسري اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة
من الحرم يسري اليه حكم امه ولان الغاصب هو اثبات اليد ملك الغير
بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوايد حسب تحققه في
الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من
الحرم ولذا ان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق
ذلك في الزوايد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم
يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع
عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع
منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مامور كما اخرجها فيكون متعديا
بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم
المنع وعلى هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان
مطلقا تمكن من الرد او لم يتمكن فهو ضامن اتلاف لان الصيد كان
في الحرم امنا ببعده عن ايدي الناس وقد فوت عليه الامن باثبات
اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو خرج جماعة من
الحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل
لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة
واحدة يوضحه انه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن
فلان يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية اولى واحرى قال
رحمه الله وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر مولدها
اي اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا
على الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن فيه وفاء يسقط بحسابه

وقال

وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف
يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك
الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة او غيره او خصي عبد غيره فازدادت
قيمته به او علمه فاضناه التعليم وازدادت قيمته فانه يضمن الجزاء
الفايت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وان كان سبب الزيادة
والنقصان متحدا ولنا ان سبب النقصان والزيادة واحد وهي
الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية
الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به فانتفى
الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة او اكثر ثم رجعوا
عن الشهادة لا يضمنون لانهم اتلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا بها
فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده عند الغاصب
فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد
السبب لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت
الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب ان يرد
ما غصب وماليته كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ
من الضمان الا ترى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت
ثم تعافت وسمنت حتى عادت كما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان
مطلق الفوايت يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سنها او قلعه
الغاصب فنبت مكانه اخرى فردها سقط ضمانها عنه وقولهما
كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا بجبر في الحقيقة وانما هو
اعتبار لملكه منفصلا بعضه عن بعض بعد ان كان متحدا كما اذا غصب
نقرة فضة فقطعها فانه يردها ولا شيء عليه غيرها اذا لم تنقص
بالقطع وولد الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر ولدها عندنا

ولا يرد عليها وكذا اذا ماتت الام منوعة في رواية عن ابي حنيفة فانه
روي عنه ان الام اذا ماتت وفي الولد وفا بقيمتها يرجع الغاصب برده
عليه وفي رواية عن ابي حنيفة انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة
ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم
الغصب وتخريجه ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يخفى
اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي تزداد في
الام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة
وكلامنا فيما اذا اتحد واما اذا ماتت الولد قبل الرد فلانه لم يحصل
للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصا ليس بزيادة
لانه غرض به فوت المنفعة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده
لا يجب قيمته خصيا وانما يجب قيمته غير خصي وكذا الوديعة الغاصب
بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد بالخصا ولو كانت الزيادة
معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه
وهذا يشير الى انه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصا مع رده وان زادت
قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت قيمته به
لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصا مع رد الخصي بل يخير المالك
ان شا ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصي للغاصب وان شا
اخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا الى التتمة وقاضي خان
كما لا فرق هنا ان ينقص فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا
ذلك فان المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة فان العبد وغيره
قالوه له ولو زنج غصوبة فزرعت فماتت بالولادة ضامن
قيمتها ولا يطيب له الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن الامة

ايضا

ايضا الا نقصان الحمل لان الرد قد صح مع الحمل يجب عليه نقصان العيب
ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل
به الرد ولا يضمن به الغاصب الا النقصان كما اذا حدث في يد الغاصب
فردها وماتت من ذلك الحبل وزنت عند الغاصب فردها وجارت بعد
الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا
وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري
بالحمل وماتت بالولادة لم يرجع المشتري على البايع بشيء من الثمن
اتفاقا ولابي حنيفة انه لم يردها كما اخذها لانه اخذها وليس
بمضمون فيها بسبب المتلف ورد وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما
اذا جنت جنايتين في يد الغاصب فقتلت بها او قتلت بها بعد الرد
فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن
بالغصب حتى تقول بقي ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجبر دها
اصلا فاترقا وفي فصل الشراء لا يجب الرد بل التسليم كما وقع عليه
العقد ان كان وقت العقد سليما يجب عليه تسليم السليم وان كان
معيبا يجب تسليم المعيب ونموها بالولادة لا يتعدم التسليم
وفي الغصب السلامة شرط الصحة الرد فما لم يرد سئل عن اخذها لا يعتد
به فاترقا على انه ممنوع فيجب على البايع رد المثل كما لاستحقاق وبيان
فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى فانه يزول بالتدريج
فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب يجب عليه ضمان
قدر ما كان عنده وفي الزيادة قالوه له وما نقه الغصب ونحو
المسلم وخنزيره باطلا فاتي لا يضمن منافع المغصوب وغير المسلم
وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله لا يضمن الحرة اما منافع
المغصوب فالمذكور عندنا وقال الشافعي يضمن لانها منفعة مال

متقوم معلوم بالمعقود كالاعيان لان المال اسم لما يميل اليه النفس
مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة الا ترى انه يصلح صداقا ولم
يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال ولولا انها مال لما صحت صداقا وبهذا جازت
الاجارة لان العبد التاجر ولولا انها مال لما ملك لانه لا يملك العقد
بغير المال واعلم منه ان الاعيان انما تقوم بالاعتبار الانتفاع وما لا
ينتفع به فليس بمال فاذا لو تصر الاعيان مالا الا باعتبار ها فكيف
تنعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة
وهي عزيزة بنفسها عند الناس وهذا يبدو ث الاعيان لا جلها بل
تقوم الاعيان باعتبار ها فيستحيل ان لا تكون متقومة ولنا ان عمر
وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب منافع الجارية والاولاد مع علمهما
ان المستحق يطالب منفعة وان الغرور كان يستخدم بها مع اولادها ولو
كانت ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت
بفعله وكسبه والكسب كالكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احمق
بكسبه فلا يقضي كله ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد
العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل
غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها
او حال وجودها او بعد وجودها وكل ذلك محال اما قبل وجودها
او حال وجودها او بعد وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الموجود
وقعد فاذا قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها تنعدم بنفسها وجلت
فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت اموالا مضمونة لتضمنت
بالمنافع كلونها مثلها وهو ابدا فاذا لم تتضمن بها لا يمكن ان تتضمن
بالاعيان ولان الاعراض ليست بمثل الاعيان لانها لا تبقى لا يكون مثلا
لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة

اجيزت

اجيزت للضرورة او لكونها بدلا متقاربين وعند ذلك لا يشترط
التساوي بل الاتراضي ان بلغ الى باضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك
في متماثلي العدد وان بطلت المقابلة فاذا لم يكن المنفعة مثلا لا يمكن
القضاء بدلها فيتوجه ايجاب الجزاء حتى يحكم الله به بدله لان عدم
القضاء للعجز لا لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار
بمنزلة كلمة لا ارش لها في الدنيا او اذا حصل له من غير وقوله مال
متقوم لا نسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة
في نوابه الا ترى انه كذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه انه
يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود مدخر محرز ولا يقال
فلان متمول ولا مال له بالمالكولو متزوج وبكل ما يستهلك ولهذا
لا تعتبر المنافع في الثلثين حتى لو اوصى حتى جاز له اعارة جميع ماله
ولو كانت المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وبجوازها بلا بدلا تفاقهما
لانها تفيد ما الا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر واحد
الشريكين والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوق لما مر الى
آخره قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز سمي مالا والمنافع لا يتصور
فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا واما خمر المسلم وخنزيره فلعدم
تقوم ما في حقه للذمي اذا رفعوا اليه وان كانوا يتقومون لو كانا لذمي
اي ضمن متلفها الخمر والخنزير ان كانا لذمي وقال الشافعي لا يضمنهما الذمي
ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي له انهما غير متقومين في حق
المسلم ووجه ان يكونا في حقهم كذلك لانهم ابتاع لنا في الاحكام
قال عليه السلام فاذا اعطوا عقد الذمة فاعلم ان خمرهم كخمورنا وخنازيرهم
كخنازيرنا وهذا يقتضي ان كل حق ثبت في حق المسلمين ثبت في حقهم
لانا في حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام

فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما
في حقهم ولا يصح بيعهما كما في حق المسلم ولنا انا امرنا بتركهم وما
يدينون الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ماذا
تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جائز
لهم لما امرهم بذلك لان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه
يتناول المسلم فانتسخ في حقه وبقي في حق الكافر على ما كان عليه
من قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر
الاكرام بخلاف الميتة والدم لان احدا لا يعتقد تمولها وبخلاف
الربا لانه مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس
بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى واخذهم
الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله
لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستحقاق بالدين وبخلاف
متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه من المسلمين ولان ولاية
المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان
ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم اذا اتلف خمر الذمي
يجب عليه قيمتها وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي يجب عليه قيمتها
اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار
الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى
القيمة لان المثل اعدل ولو اسلم الطالب بعدما قضي له بمثلها
فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان
باسلامه مبريا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو اسلما لان في

اسلامهما

اسلامهما اسلام الطالب ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب
ثم اسلم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو رواية عن
حنيفة لان الاسلام الطاري بعد تقرر السبب كاسلام المقارن
للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا وكذا
الطلاق ولابي يوسف ان قبض الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر
استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها ايضا لانها
لو وجبت لا يخلو اما ان تجب باعتبار اصل السبب وذلك لا يمكن
لان ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة
واجبة في ذلك الوقت او تجب باعتبار انها بدل عن الخمر التي
في الذمة لا يمكن ذلك ايضا لان من شرط البدل تمليك ما في الذمة
الذي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما ان المسلم لا يقدر ان
يتملكها ولانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر
قلب غيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه ان يضمن
الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك
قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب هناك باعتبار
الجناية اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب
للضمان باعتبار الجناية من غير ان يصير موجبا للملك في المحل
كما في غصب المدبر قال رحمه الله وان غصب خمرا من مسلم فخلل
او جلد ميتة فدبغ فللمالك اخذها ورد ما زاد الدباغ
اي ياخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ ياخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ
منه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس
وبالثاني اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك والفرق ان
التخليل مظهر لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه

لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ
في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ
فيه وطريق معرفته ان ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى
قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي
حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل
قال رحمه الله وان اتلفها ضمن الخل فقط اي اتلف الغاصب الخل
والجلد المدبوغ في يده قبل ان يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن
الجلد المدبوغ وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن قيمة الجلد ايضا
مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه
وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل
ثم يعطيه الصبغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان
الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد
الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه
قيمته خلفا عنه كما في الوديعة والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم
يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب
ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة
والعارية والمستأجرة وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه
بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا ان الهلاك يفارق الاستهلاك
وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بان
قضي لاحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير واما عند اتحاد الجنس
فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم
الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي حنيفة ان ماله
وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما

فيه

فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان
حقا له والجلد تبع لصنعة الغاصب في حق التقوم لم الاصل وهو
الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك
من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه تبع الملك
والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير
متقوم بخلاف ما اذا دفعه بشيء لا قيمة له لان الصنعة لم تبق حقا
للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا يكون له حبسه والا الرجوع
ببدلها وبخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان قبل الدبغ
والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم
يتصل له به حق بالكلية فضلا ان تكون المالية حصلت بفعله وغير
المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجاني بعوض
يستحقه عليه واما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه الا
ترى ان المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع بثمن يجب عليه
له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب
بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه
بالاستهلاك كما في مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم ولو كان
قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته اذا دبغه
بشيء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ
الثوب لان للثوب قيمة وقيل عند ابي يوسف ومحمد له ذلك فيضمنه
لان الغاصب صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه
يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ولو دبغه بما لا
قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو
استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف

الدباغة هو الذي حصلها فلا يضمنه والكلام فيه على الاول ووجهه
ان صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد وبهذا
لا يرجع بها على المالك عنده فيه بالجلد اليبس فاذا صار الجلد مضمونا عليه
بالاستهلاك عند ابي حنيفة بخلافه ما اذا دبغه بشيء يتقوم ولو جعل الغاصب
الجلد فروا او خرابا او رقا او ركيكا المخصوص منه عليه سبيل لانه تبدل
الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يكفر على ما بينا ثم ان كان الجلد ذكيا
ويجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكره
في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف فيه على الايضاح والذخيرة وبينبغي
ان يكون على الخلاف والتفاصيل التي عرفت في الاستهلاك اذا استهلك
عيني ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه بالخلط بماله استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو او غيره
وعندهما اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ
الثوب ومعناه ان يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كان ينبغي
للملح مثل ما يعالانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما
ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من انه
ليس له ذلك بالاتفاق وعند ابي حنيفة خلافا لهما وهو مبني على ما
بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب
الخل فيها قيل يكون الغاصب بغير شيء عند ابي حنيفة سواء صارت خلا
من ساعتها او صار الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك
الخمر لا يوجب الضمان وعندهما صارت خلا من ساعتها فكما قال ابو
حنيفة لانه استهلاك وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر
حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كانه خلط الخل بالخل
والخلط ليس باستهلاك عندهما وان كان مائعا لان الجنسية يحكم

بجنسه

بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت
خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك
وكذا عند ابي حنيفة لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب
الضمان لان تخير المسلم لا تنقض الا تلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه
من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه
الضمان اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى فتاوى خان عن الحلواني قال
رحمه الله وان كسر رجل الفرا او اراق بعض الخل او صفا ضمن وبيع بعد هذه الاشياء
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية
فيسقط تقومها بالخمر ولانه فعل باذن الشرع لقوله عليه السلام بعثت
بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه السلام اذا رايتم احدكم
منكرا فليكرهه بيده وان لم يستطع فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه وذلك
اضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد وهذا لو فعله بامر ولي الامر
كالامام لا يضمن فبامر الشرع اولى ولابي حنيفة انه اتلف ما لا ينتفع به
من وجه اخر سوى الابهة لان الخل انما يتقوم لاجل الابهة كاستهلاك الاصنام المعتبرة
لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان
مبنيان على المالية وقد وجدت والامر بالمعروف باليد لولي الامر
لغيره تخييرا عليه وليس لغيرهم الا باللسان على انه يحتمل ان لا يكون الاتلاف
بالمنع بالاخذ منه تريقا من قيمتها مستحقة لغير المالك كما في الامة المغنية
والكلب العقور والحمامة الطيارة والديك المقاتل والفهد المعلم ويجب
قيمة الكرم والمتصفة الملك لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز
فعله بطلا في الصليب حيث يضمن قيمته مصليا لانه مما يتقوم في حقه
وقد امرنا ان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الزق والطبل الذين
يضربان بالهو واما الزق والطبل اللذان يضربان في العرس والغزو فيضمن

بالانفاق ولو شرقا فيه ضرر يضمن عند لها لامكان الاراقة بدونه
وعند ابي يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة الا به وذكر في النهاية
ان الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا
على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وهو الصدر الشهيد
في باب الحدود والاعدل من اداب القاضي رواية عن اصحابنا رحمهم الله
انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا
لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل باحراق العصير ايضا قبل ان يشتد
ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه احرق البيت على الخبث مع ما فيه بنيته وقد هجم عمر رضي الله
عنه على نائحة في بيتها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له
يا امير المومنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وتكلموا في قوله
لا حرمة لها معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت عنها
صفة حرمتها والتحقت بالاماء وروي ان الفقيه ابو بكر البلخي خرج على بعض
نهر وكان المسلي على شطه كاشفا عن الروس والذراع فقيل له كيف تفعل
في هذا فقال لا حرمة لهن وانما الشك في ايمانهن كالحربيات وانما
قال ذلك استدلالا بما روي عن عمر رضي الله عنه انه امر بالهروي فخرش
ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم انه يمتنع ان يدرك
ويضرب وهو لا يصبر على ذلك او تقع الفتنة فتركها افضل ولو علم انه يصبر
على الضرب والقهر ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد
بذلك ولو علم انهم انهم لا يقبلون منه ولا يخافهم ضربا ولا شتما فهو
بالخيار والامر افضل قال رحمه الله ومن قتل ولدا او مدبرة ضمنت
قيمة المدبرة لام الولد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يضمن لام الولد ايضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة

بخلاف

بخلاف المدبرة وقد ذكرنا وجهه من الجانبين في كتاب العتاق والله تعالى
اعلم بالصواب قضاء الشفعة وهي في اللغة مأخوذة
من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم
لانه يضم بها الى الغانمين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار
له ثانيا والشفيع فيما نحن فيه يضم الماخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة
قال رحمه الله وهي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه
هذا على الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم ويراد بها على اوصاف
من التملك بالبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري
لانها بخلد دفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة
والمعاملة من حيث اعلا الجدار وايقاد النار وشخوص النهار واثارة
الغبار وايقاظ الدواب والصغار لا سيما اذا كان يضاده كما قيل
اضيف الى الجوز معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا اصلا
كانوا وعلوا احتمل القسمة اولا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال
وركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها
جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها انها الاخذ بها بمنزلة شراء
مبتدا حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب
قال رحمه الله وتجب للجار الملاصق لفناء المبيع المقسوم
اذا حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا فتوابع الملاصق لما روي
عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة
او حايط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء
ترك واتباع ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم والنسائي وابو داود
وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين
الشركاء في الارضين والدور رواه عبد الله بن احمد في المسند وقال عليه

عليه السلام الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غايبا اذا كان
طريقهما واحدا رواه ابو داود واحمد والدارقطني وابن ماجة وقال
عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره رواه احمد وابو داود والترمذي
وصححه وقال عليه السلام الجار احق بشفعته ما كان رواه احمد والنسائي
وابن ماجة وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لانها
وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما
كان اكثر اتصالا كان اخص بالضرر واشد تضررا معه فكان احق بها
لقوة الموجب فيها فليس للاضعف ان ياخذ مع وجود الاقوى الا اذا
ترك فحينئذ ياخذ اذا اشهد بانه يطلبها عند علمه بالبيع فان لم يشهد
عند ذلك سقط حقه وعن ابي يوسف انه لا ياخذ وان ترك لانه
محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا
ترك كان له ان ياخذه وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال
الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر انه عليه السلام قضى بالشفعة
في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت فلا شفعة رواه ابو
داود وابن ماجة بمعناه ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس كيلا
يلزمه مونة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لانه لا يقسم ولهذا
لا تجب عنده في المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة كالبير والحمام والبيت
الصغير لوقوع الامن من لزوم المونة ولنا ما روينا والمراد بما روى
والله اعلم انها لا تجب للجار بقسمة الشركا لانهم احق منه وحقه متاخر
عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم ان الشفعة
وجبت لدفع اجرة القسمة وكيف يكون ذلك واجرة القسمة مشروعة
وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري باخذ ماله بغير رضاه لدفع
حكم شرعي وانما العلة الموجبة دفع ضرر التقسيمة بسوء العشرة على الدوام

ولو

ولو كان للدفع اجرة القسمة لوجبت في المنقول وقوله ان كان خاصا
اي الشرب والطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق
به الشفعة والطريق الخاص ان يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس
بخاص وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون العليا وان بيعت في العليا فلاهل
السكتين الشفعة لان لاهل العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم
كلهم ان يمروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم
ان يمروا فيها ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا في كتاب القضا والشرب
الخاص عند ابي حنيفة ومحمد ان يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن
وان كان كبيرا تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض اسفل
الاراضي التي يسقى منها لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه والجار
احق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان اهله لا يحصون فهو
كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا
في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسماية وبعضهم
باربعين وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه
قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى راي
المجتهد في كل عصر ان كان راوهم كثيرا كانوا كثيرا وان راوهم قليلا
كانوا قليلا فهو اشبه الاقاويل قال رحمه الله والشريك في خشبة
على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار ولا يكون شريكا
لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقول
وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا في الدار وكذا بالشركة
في الجذوع لا يكون شريكا فيها لكنه جار ملازق ولا يترجح بذلك
على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار

لا يقدم على غيره من الجيران لان الشريك في البنا المجرد بدون الارض لا
يستحق بها الشفعة ولو كان البنا والمكان الذي عليه البنا مشتركا
بينهما كان اولى من غيره من الجيران ويتاتى ذلك بان يبني الشريكان
في المشترك ثم يقسمان الارض غير موضع البنا وموضعه على الشركة
وانما كان هو اولى لانه شريك في بعض المبيع فيقدم على الجار وفي رواية
اخرى عنه والجار سوا في غير موضع الدار بالجوار وغيره من الجيران
يساويه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار
وبيت منها فبيعت الدار كان هو احق في المنزل لما ذكرنا واستووا
في البقية في رواية لانهم كلهم جيران في حق البقية وكذا لو كانت
دار فباعها كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار لانه شريك فيها
والشريك في البير اولى بالبير لانه شريك فيها والاخر جار وعلى هذا لو
كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين اخر فباع
هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل
لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الاخر
وشريك في الحق اذا كان طريقهما واحدا قال رحمه الله على عدد
الروس بالبيع اذا كانوا كثيرون وقال الشافعي على قدر الانصبا
لان الشفعة مرافق الملك الا ترى انها لتكميل المنفعة فاشبه الغلة
والربح والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق بوجود
استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل
والاستوا في العلة يوجب الاستوا في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل
بقوة فيها الا ترى ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اربعة
فهما سوا وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف
الحر مع الجرح فان الحر اقوى لانه لا يتخلف عنه الموت فكان اولى باضافة

الموت

الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر
الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة
اصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد بزيادة العلة ولو اسقط بعضهم حقه
قبل القضا لهم كان لمن بقي ان ياخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل
وقد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد
زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء من اجزايه
ولهذا لو اوفى البعض او كان رهنا عند رجلين فقضى دين احدهما
ليس له ان ياخذ شيا من الرهن بخلاف ما اذا اسقط حقه بعد القضا
حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب التارك لانه بالقضا قطع حق كل
واحد منهم في نصيب الاخر ولو كان بعضهم غايبا يقضى بالشفعة
بين الحاضرين في الجميع لان الغايب يحتمل ان لا يطلب فلا يوخر بالشك
وكذا لو كان الشريك غايبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا
ثم اذا حضر وطلب قضي له بها لتحقق طلبه غير ان الغايب اذا كان
يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا اسقط الحاضر حقه لتحقق
انقطاع حقه عن الباقي بالقضا وهو نظير ما لو قضى للشريك
ثم ترك ليس للجار ان ياخذه لانه بالقضا وهو الشريك انقطع حقه
وبطل لانه قضي عليه بذلك لتقدمه عليه ولو اراد الشفيع ان ياخذ
البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشتري لانه يلحقه
ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعا نصيبه لبعض
لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد روسهم
وكذا لو كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غايبا فطلب الحاضر الشفعة
في النصف على حساب انه يستحق في النصف بطلت شفعته
لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شي منها وجد الاعراض

فيه فيسقط لكونه لا يتجزى وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما
النصف وللآخر ان يأخذ الكل او يترك وليس له ان يأخذ النصف
لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع متعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه
تجب له الشفعة بعد البيع اي بعده لانه سبب له لان السبب هو
الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا اقر بالبيع اخذها
الشفيع لوجود رغبته عنها وقبل البيع هو السبب بدليل ان الشفيع
لو اسقط الشفعة قبل الشرا لا يصح لكونه اسقاط قبل وجود سببه
وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب
وجوابه انه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان
السبب لا يكون سببا الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق
قال رحمه الله وتستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف تبطل بالاعراض
فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما انه لا بد له من طلب
المواثبة وهو ان يطلب كما سمع لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها
وقال عليه السلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك تعلم
ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد
قال رحمه الله وتملك بالاخذ بالتراضي او قضا القاضي اي تملك
الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ بالتراضي او قضا القاضي
ولا يمكنه ذلك اي تملك الدار اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او
بحكم الحاكم من غير اخذ لان ملك المشتري قد تم بالشرا فلا يخرج عنه
الى الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر
على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي
عليه فكان اولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج
عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين الا اخذ الشفعة بقضا القاضي

احوط

احوط حتى كان للشفيع ان يمنع من الاخذ اذا سلم المشتري له بغير
قضا لان في القضا زيادة فايدة وهي صيرورة الحادثة معلومة
للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك باحد الامرين
فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شي من احكام الملك حتى لا تورث
عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع
بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم
ملكه فيها

باب طلب الشفعة

قال رحمه الله فان علم
الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه على الطلب ثم على البايع او في يده
اي اذا كان المبيع في يده او على المشتري او عند العقار فهذان طلبان
فالاول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو
طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة اما الاول وهو طلب
المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط ان يطلب كما علم على الفور
من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار
المجاور الحادث فتبطل شفعته به ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله
او وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد
علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضى بعد العلم
بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضى الا بعد العلم بالزوج ثم اذا اخبر
بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد بطلت من غير
اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما
بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف وليلا يكون معرضا
عنها راضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون متصلا بعلمه عند عامة
المشايخ وهو مروي عن محمد وعنه ان له التامل الى اخر المجلس
كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التامل كساير التملكات وبهذه الرواية

اخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة
الا بالله العلي العظيم او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية
لان الاول حمد على الخلاص من جوازه والثاني تعجب منه لقصد الاضرار
والثالث لافتتاح الكلام به فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا
قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب
عن مجاورة بعضه دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على
الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم
منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها
رجلان غير عدل او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله او رجل
وامرأتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها احدى
شطري الشهادة اما العدد او العدالة وقد ذكرنا من قبل مع اخواتها
وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حر كان او عبدا صغيرا
كان او كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته
ولو اخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيف ما كان
لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم واما الثاني وهو
طلب التقرير فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند
القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة فان بلغه البيع بحضرة
الشهود والمشتري او البايع حاضر او كان عند العقار يكفيه ويقوم
ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب ان ينهض
من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده
او على المشتري او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
وانما صح الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبايع خصم
فيه بالملك او باليد واما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون

البايع

البايع خصما بعد تسليم المبيع الى المشتري لعدم الملك واليد فلا
يصح عليه بالاشهاد بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر شيخ
الاسلام انه يصح استحسانا ومدة هذا مقدرة بالتمكن من الاشهاد
مع القدرة على احد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت
شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان
كانوا جميعا في مصر جاز لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة
حكما كانهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر
اخر او الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت
شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما
وان كان الشفيع غايبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر
في تاخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة وصورة
هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف
انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبته غير معلوم لا تصح
فاذا لم يبين المطلوب واما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا
بد منه ايضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا
الطلب من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله ثم لا تسقط بالتاخير
اي لا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما
استقرت شفعته بالاشهاد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس
من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض
والتسليم كما في تاخير الطلبتين الاولتين وقال محمد ان اخر هذا
الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه انه قدره بثلثة

لانه لولم يسقط بتاخيره الخيار المشتري ضرر من جهته لانه يمتنع من
التصرف فيه خشية ان ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه السلام
لاضرر ولاضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة ايام في رواية
وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر رواية عن ابي يوسف لانه اجل
وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه الظاهر ان حقه قد تقرر
بالاشهاد فلا يبطل بالتاخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه
ازالته بان يرفع الامر الى الحاكم فيامره بالاخذ او بالترك على انه
مشكل اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتاخير ولو كان
ضرره مراعا لسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين ان يكون
حاضرا او غائبا ولو كان التاخير لعذر من مرض او حبس او عدم قاض
يرى الشفعة بالجوار في بلدة لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة
لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم
على انه اذا اخرها شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس في
تعمد الاضرار بالغير قال رحمه الله فان طلب عند القاضي سال
المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به او نكل او برهن الشفيع سأله
عن الشراء فان اقر به او برهن الشفيع قضى بها اي اذا تقادم
الشفيع واد عى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سال المدعى عليه
وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع
ام لا فان اقر بانها ملكه سال القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل
اشتريتها لا فاذا اقر بانها ملكه وانكر ونكل عن اليمين او اقام الشفيع
بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود
به قد كرهنا سوال القاضي للمدعى عليه عن ملك الشفعة اولا

عقيب

عقيب طلب الشفعة وليس ذلك بل القاضي يسال اولا المدعي قبل
ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصره ومحلته وحدودها
لانه ادعى فيها حقا فلا بد ان تكون معلومة لان دعوى المجهول لا يصح
فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين ذلك سأله هل قبض
المشتري الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا دفع دعواه على المشتري
حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود
ما يشفع بها لان الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح
او يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين ذلك سأله انه متى علم وكيف
صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل
عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين سبب ذلك سأله عن طلب
التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده اقرب من
غيره ام لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل شيء
من شروطه تردد عواه اقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي
يشفع بها هل هي ملك الشفيع ام لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي
تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت
ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فان انكر ان يكون ملكا له يقول للمدعي
اقم البينة انها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلفه المشتري
باسه ما يعلم انه ملك للمدعي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا
لو اقر به لزمه فمرهونة في يد غيره فيحلف على العلم وهذا عند ابي يوسف
وعند محمد يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة
بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل او
قامت للشفيع بينة او اقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع بذلك
في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك يسأل القاضي

المدعى عليه فيقول له هل اشتريت ام لا فان انكر الشرا قال الشفيع اقم
البينة انه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشرا فلا بد من اثباته بالحجة
فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري بالله ما اشتريت
او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره
فهذا تحليف على الحاصل وهو قول ابي حنيفة ومحمد والاول على
السبب وهو قول ابي يوسف على ما بيناه في الدعوى وانما يختلف
على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي
مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل او اقر او
اقام الشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة قال رحمه الله
ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة
وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى له بالشفعة لزمه
احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له
بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا
عن توى الثمن وجه الظاهر ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه
فلا يطالب باداية والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب
فلا معنى لاحضاره قبل القضا ثم اذا قضى القاضي قبل احضار الثمن
فللمشتري ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة
البايع والمشتري وينفذ القضا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد
فيه ولو اخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا يبطل بالاجماع
لتاكدها بالقضا بخلاف ما اذا اخر قبل القضا بعد الاشهاد عند
محمد حيث تبطل لعدم التاكيد قال رحمه الله وخاصم البايع لو في يده
اي للشفيع ان يخاصم البايع اذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة
اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما

لان

لان يدهم ليس باصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله ولا يسمع البينة
حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بشهادة والعهدة على البايع لان
الشفيع مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له
فيشترط حضور البايع والمشتري للقضا بهما لان لاحدهما يدا
وللاخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضا على الغايب لا يجوز ولان
اخذه من يد البايع يوجب فوت المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب
الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض وفواته قبله يوجب
ولا يجوز ان يفسخ عليهما الا بمحضر منهما لانه قضا عليهما بالفسخ وهو
لا يجوز على الغايب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البايع
لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البايع اجنبيا عنها ثم وجه هذا
الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا في حق الاضافة الى المشتري وبقي
العقد اصلا لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب
بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قايما مقام المشتري
كان البايع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد محولا الى الشفيع
فلم ينفسخ وانما انفسخ اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات
من رمى شخصا بسهم فنفذ الى غيره فاصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض
والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجه اليه فكذا
هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كان العقد من الابتدا وقع معه
قال رحمه الله والوكيل بالشرا خصم الشفيع ما لم يسلم الى الموكل
لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد اصيلا كان او وكيلا
ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه وياخذها بحضرة
المشتري كما اذا كان البايع هو المالك على ما بينا الا انه اذا سلمها الى
الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبايع فانه

يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري فاذا سلمها لم يبق له يد ولا ملك
فخرج من ان يكون خصما وهذا مثله غير انه لا يشترط للقضا حضور الموكل
لان الوكيل نايب عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره
كحضور الموكل ولا كذلك البايع لانه ليس بنايب عن المشتري فلا بد من
حضور المشتري للقضا عليه بخروجه عن ملكه ووصيه كالوكيل
قال رحمه الله وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراة
منه لان الاخذ بالشفعة شرا من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان
كان قبله فشرا من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار ان فيه
كما اذا اشترا منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري
ولا بشرط البراة منه لان المشتري ليس بنايب فلا يعمل شرطه ورؤيته
في حقه قال رحمه الله وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول
للمشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الاخذ عند بعد الاقل والمشتري
ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف
بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين
والمشتري لا يدعي على الشفيع قال رحمه الله وان برهنا فللشفيع
اي وان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي البينة بينة المشتري لانها تثبت
الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا اختلف المشتري والبايع
والوكيل بالشرا مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو اولى لما
فيها من اثبات الزيادة ولهما ان بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها ملزمة
للمشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانها
لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه امكن ان يعمل بهما بان يثبت
العقدان فياخذ المشتري بايهما شا فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال

بالترجيح

بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده
فقال المولى قلت لك اذا اديت الي الفين مع الفين فانت حر وقال
العبد قلت لي اذا اديت الي الفا فانت حر فاقاما البينة فان البينة
بينة العبد لانها ملزمة لانه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق
العبد باداء اي المالين شا بخلاف المسايل المستشهد بها اما البايع والمشتري
فلان كل واحد منهما لا يمكن الجمع بينهما حتى ياخذ بايهما شا لان العقد
الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلا ياخذ المشتري الا بالثاني
فاذا تعذر الجمع صرفا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر
الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فياخذ باي
العقدين شا ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له ان ياخذه بالبيع
الثاني ان شا وان شا بالاول واما الوكيل والموكل فقد روى ابن
سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان
الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما
ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا
يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع
المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا واما المالك القديم
مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم والمعنى فيه ان بينته ملزمة وبينة المشتري من العدو غير
ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع وليس
سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع
الاول انفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة
وفي حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال رحمه الله وان ادعى
المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض اخذها الشفيع

بما قاله البايع لان الامر ان كان كما قاله البايع فالشفيع ياخذ به وان
كان كما قاله المشتري يكون حط من المشتري بدعواه الاقل وحط
البعض يظهر في حق الشفيع على ما بيناه في البيوع فياخذه به ولان
تمسك المشتري بايجاب البايع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت
مطالبته باقية فياخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه البايع اكثر
مما ادعاه المشتري تحالفا وايهما نكل يظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها
الشفيع بذلك لان النكول كالاقرار عما يدعيه خصمه وان قضى القاضي
العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى ياخذها الشفيع بما يقوله
البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت
بالبيع فلا يعود الى ابطاله بالفسخ الا ترى ان الدار اذا ردت
على البايع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بعيب بقضاء قال رحمه
الله وان قبضها اخذها بما قال المشتري اي لو كان البايع قبض
الثمن اخذها الشفيع بما قال المشتري اذا اثبت ذلك بالبينة او بيمينه
على ما بيناه لان البايع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب
لانتهاء العقد به فلا يلتفت الى قوله بعد الاختلاف بين الشفيع
والمشتري في حاله وقد بينا ان القول فيه قول المشتري ولو كان
قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعتك الدار بالف وقبضت الثمن
ياخذها الشفيع بالفه لانه ما برئ ابدا بالاقرار بالبيع تواطئا منه
به لانه اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يبطله على ما بينا
والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد
ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع
لانه اذا قبض الثمن خرج من البين فيكون اجنبيا فلا يقبل اقراره
بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه

يريد

يريد بذلك ان يجعل نفسه اجنبيا حتى لا يقبل اقراره بمقداره فرد
عليه فياخذها المشتري بالف وليس له ان يمتنع من قبل بيان المقدار
بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو الف درهم لم يلتفت الى
قوله في مقدار الثمن على ما بينا وقال في النهاية بظهر وهذا اذا قال
البايع في السوق قبضت جميع المال على غريمي فلان وهو الف درهم وقال
الغريم بل كان على الف درهم وقد اوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن
للالف ولا شيء على الغريم ولو قال استوفيت منه الف درهم وهو المال
عليه وقال فلان كان على الف درهم وقد اوفيتك المال فالوصي يرجع
بالف على الغائب لانه لما بين انه قبض الجميع لا يكون اجنبيا
فيقبل قوله في بيان قدره والقول لخصمه لانكاره في الاوجه وفي
الثانية قال رحمه الله وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط
الكل والزيادة اي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع حتى ياخذه
بما بقي ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد
البيع لان الحط لما التحق باصل العقد صار الباقي هو الثمن كانه لم
يسم غيره ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون الحط قبل اخذه
بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع
على المشتري بالزيادة ان كان اوفى الثمن ولو حط بعض الثمن بعد
تسليمه بالشفعة كان له ان ياخذها بالباقي لانه بين له ان الثمن
اقل فلا يصح تسليمه خلافا في حط الكل حيث لا يلتحق باصل العقد لانه
لو التحق كان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا يستحق به شفعة وكذا
الزيادة تلتحق باصل العقد واما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق
اخذها بالبيع قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير
العقد في حقه كما لا يتغير بتجديد العقد لما يلتحقه بذلك من الضرر

ويلتحق به في حق نفسه لانه له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف
بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه ايضا حتى يجاز
بناؤهما عليها لانه ليس فيه ابطال حق احد لان المشتري لا يستحق عليه
احد بيع المرابحة فيلتحق في حقهما باصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي
وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال رحمه الله وان اشترى
دارا بعرض او عقارا اخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا
لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو اما ان يكون
له مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب او
معنى لا صورة وهو ما عدى ذلك فيعتبر المثل ذلك كما في ضمان العدوان
فياخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار ياخذ كل منهما بقيمة
الاخر قال رحمه الله وبحال لو موجلا او بصبر حتى يمضي الاجل
فياخذها اي ياخذها المشتري بثمن حال اذا كان موجلا او بصبر
حتى يمضي الاجل فياخذها عند ذلك وليس له ان ياخذها في الحال
بثمن موجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لان الشفيع حق
الاخذ بالثمن الذي تملك به المشتري بصفته والاجل صفة للدين
الا ترى انه يقال دين موجل ودين حال ولنا ان الاجل يثبت بالشرط
وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا
في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق
المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع يدلنا على رضاه به في حق
الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نم انه وصف الدين لان الاجل
حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لا يستحقه
الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن موجل مرابحة او تولية لا يثبت
الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان اخذها من البايع

بثمن

بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما
بيناه من قبل ورجع البايع على الشفيع بثمن حال وان اخذها من
المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل لان الاجل ثبت
بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري
بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم
الضرر الزايد وقوله او يصبر اي عن الاخذ اما الطالب فلا بد منه
في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند ابي حنيفة
ومحمد وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل
شفعته عند ابي حنيفة ومحمد بالتاخير الى حلول الاجل لان
الطالب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال
بثمن موجل فلا فايدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض
ولهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذ بثمن حال
ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب
بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال رحمه الله وبمثل الخمر وقيمة الخنزير
ان كان الشفيع ذميا وبقيمتها لو مسلما اي لو اشترى ذمي من ذمي
عقارا بخمر او خنزير فان كان شفيعها ذميا اخذه بمثل الخمر وقيمة
الخنزير لان هذا البيع يقتضي صحته فيما بينهم فاذا صح ترتبت عليه
احكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا
كان الشفيع او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر
فياخذه بها لانها من ذوات الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه
ممنوعا من تمليكها وتملكها ويجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير
من ذوات القيم فيجب عليه قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام
عينه فوجب ان يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف

في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تملكها بان تملكها فان سلم المشتري
قبل اخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع ياخذها بقيمة الخنزير
ولو كان شفيعا مسلما اوذميا اخذ كل واحد منهما النصف باذكرنا
من قيمة الخمر اوشبهها اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي صار حكمه كالحكم
المسلم من الابتداء فياخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كانا للمسلم شليا
فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذها بقيمة الخمر كذا هذا
والمستامن كالذمي في جميع ماذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا
مادام مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك الدار ولا فرق بين ان تكون
المشتري دارا اوبيعة اوكنيسة فان الشفيع ياخذها بالشفعة
فان ملك الذمي فيها ثابت اذا يعتقدان ملكه لا يزول ليحمله بيعه
اوكنيسة وان كان يعتقد انه يزول كذا ايضا لانه باقراره على
بيعها صار معتقدا لجواز بيعها والذمي اذا كان يدين بديننا يثبت
تصرفه على معتقدي دينا وان كان في دينهم لا يجوز وهذا لوتراضوا
الينا لحكم بينهم باحكامنا ولم تدل الشفعة لم وطريق معرفة قيمته
الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم او فاسق تاب ولو اسلم احد
المتعاقدين والخمر بعد مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام يمنع تبقيها
كما لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بالتقاضه كما
اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض
بهلاكه فلا تبطل الشفعة فياخذها الشفيع بقيمة العبد قال
رحمه الله وبالثمن قيمة البناء والغرس لو في المشتري اوغرس
اوكلف المشتري قلعهما اي اذا بنى المشتري اوغرس في الارض ما
المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشتري

الشفيع

قلعه

قلعهما فياخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع والشفيع
بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك
وبه قال الشافعي رحمه الله ليس له ان يجبره على قلع بنائه والغرس لان لصاحب
الارض فيه ايضا حكم الملك لانه ليس لصاحب البناء والغرس ان يبقيهما
بغير رضا صاحب الارض فلا يعامل باحكام الجبر وان قصر كالمغصوب له
والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري فان كل واحد منهم
لا يكلف القلع لتضرره في ملكه فكذلك المشتري في المشفوعة وهذا
لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس
اهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة
عوض مزروهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل بمقابلة القلع
شيء فكان الاول اهون فكان واجبا بالتحمل ووجه ظاهر الرواية انه
بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهته حتى
لو ان الحق فيه ينتقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك
لان حق الشفيع انتوى من جهة المشتري وهذا ينتقض جميع تصرفات
المشتري حتى لو وقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب له والمشتري
شراء فاسدا عند ابي حنيفة لانه بتسليطه منه ولا تسليط من الشفيع
هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف وهذا لا ينتقض
تصرفهما فلا يتبع بعد البناء وحق الشفيع قوي فيتبع بعده كما يقلع
المستحق بناء المغرور وغرسه وله ان ياخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق
ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر ولان الزرع انما
يفصل اليه عند التناهي وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه
ضرر زايد وفي الزرع القياس ان يقلع الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع
لان له نهاية معلومة فلا يضر المشتري بالقلع من غير عوض وليس
على الشفيع كبير ضرر بالقائه لانه يترك باجر قال رحمه الله

واذا استحقت وقلعها الشفيع رجع بالثمن فقط معناه ان الشفيع
لو اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت وكلف المستحق
الشفيع بالقلع تقلع البنا والغرس ويرجع الشفيع على المشتري بالثمن
لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم
تكن ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البنا والغرس لا على البايع
ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه لا يرجع بها
تقلع بالقلع وعن ابي يوسف انه لا يرجع به لانه متملك عليه فكان
كالمشتري ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري
مغرور من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري
لان الشفيع اخذها منه جبرا وتقلعه المجازية الماسورة اذا اخذها
المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها او بالثمن فاستولدها ثم
استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة
او الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو وهبت مشتريا
حيث يرجع بهما على البايع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله وبكل
الثمن اذا خربت الدار او جف الشجر معناه لو اشتري ارضا فيها
بنا او غرس فانهدم البنا من غير صنع ياخذها الشفيع بكل الثمن ولا
يسقط من الثمن لاجل ما بعان للارض حتى يد خلاف في البيع من غير
ذكر فلا يقابلها شيء من الثمن وهذا بيع لها في هذه الصورة مراجحة
من غير بيان بخلاف ما اذا كان بعض الارض بغرق حيث يسقط من
الثمن بحصته لان الغايب بعض الاصل هذا اذا انهدم البنا ولم يبق
له نقض ولا من الشجر حطب وخشب واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه
المشتري لانفصاله عن الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط
بعض الثمن بحصته لكن لا نه عين مال قايم يبقى محتسبا عند المشتري

فيكون

فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى
قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله وبحصة العرصة ان نقض
المشتري البنا اي باخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان النقض
للمشتري البنا لانه صار مقصودا بالاتلاف والتفاوت يسير كان له حصة
من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك يافة سماوية فاذا كان له حصة
من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبنا يوم العقد عليهما بخلاف
المسئلة الاولى وهي ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث
يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة
بالحبس ونقض الاجنبي البنا كنقض المشتري قال رحمه الله والنقض له
اي النقض زالت بالانفصال قال رحمه الله وبثمرها ان ابتاع ارضا
ونخلا وشرط ثمر في يده اي باخذها الشفيع مع ثمرها ان كان
المشتري اشترى الارض مع ثمرها بان شرط في البيع او ثمر عند
المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع
بخلاف النخل والعياس ان لا يكون له اخذ الثمن لعدم التبعية ووجه
الاستحسان انه بالاتصال حاجز صار تبعا من وجه ولانه متولد
من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل الاخذ كالمبيعة
اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هذا
قال رحمه الله وان وجد المشتري بعض حصته من الثمن اي في الفصل
الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له بسقط بحصته
من الثمن بقوانين واما في الفصل الثاني فيما خذ الارض والنخل بجميع الثمن
لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في البيع الا بها
فلا يقابله شيء من الثمن وكان ابو يوسف يقول ولا يحط عنه من الثمن
في الفصل الثاني ايضا لان حال المشتري مع الشفيع كحال البايع مع

المشتري قبل قبض المبيع ولو اكل البايع الثمن الحادث بعد العقد سقط
حصته من الثمن فكذا هذا ثم رجع الى ذكر في الكتاب من انه لا يسقط شي
من الثمن فكذا هذا فيأخذه به وهذا لان الحادث لان الشفيع يأخذ بما
قام على المشتري وهو قام عليه المبيع بدون الثمن بجميع الثمن فيأخذه
به وهذا لان الحادث من الثمن قبل القبض لا حصة له من الثمن بخلاف
ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف
الحادثة قبل القبض عند البايع لانها حدثت على ملك المشتري ويكون
له حصة من الثمن اذا صارت مقصودة عند ورود القبض عليها او
بالاستهلاك وليس للشفيع ان يأخذ الثمن بعد الجداد في الفصلين
لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال رحمه الله انما تجب الشفعة
في عقار ملك بعوض هو مال وقوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا
يقسم وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم كالبير والرحى والحمام والنهر
والطريق وهذا مبني على ان الشفعة تجب لدفع اجرة القيام عنده
وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص
تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله
بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال
عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق
ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشيا على ما نبينه من قريب
قال رحمه الله لا في عرض وفلك اي لا تجب الشفعة في عرض وسفينة
وقال مالك تجب في السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي انه
عليه السلام قال لا شفعة الا في ربع او حايط ولان الاخذ بالشفعة
ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز الحاق المنقول

به

به لانه ليس في معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر
سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه
كما يدوم في العقار لان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة الناس
ثم يخرجه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال رحمه الله وبنا ونخل
بيعا بلا عرصة لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا ارض وان
بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به السفل وان كان طريقهما واحدة
يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق لان حق التعلق
يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالعقار ولا
كذلك البنا والنخل فلا يستحق بهما الشفعة قال رحمه الله ودار
جعلت مهرا او اجرة او بدل خلع او بدل صلح عن دم عمد او عوض عتق
او وهبت بلا عوض مشروط لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما
تملك به صورة ومعنى او معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك الا اذا تملك
العقار بهذه الاشيا لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذه
الشفيع بمثلها فلا يمكن شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به
المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه
الاعواض متقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثله
كما في البيع بعرض الا ترى انها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة
فهذا يدل على انه جعله قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ
بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله يتأتى فيما اذا وقعت هذه الاشيا
في جزء شايع من العقار من احد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركا
ولنا ان المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة
ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشي ما يقوم مقامه لاتحادهما

في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الاشيا فلا يكون
قيمتها غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او لضرورة فلا
يتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق
ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون الماخوذ بمقابلتها
بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري
من السبب لا بسبب اخر وهنا لو اخذه كان ياخذه بسبب اخر غير
الاول لان الاول نكاح او اجارة او غير ذلك وليس ببيع اصلا
ولو اخذه كان بيعا وفيه انشا تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة
لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا تتحول الصفقة اليه قبل القبض
وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة
لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها
بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم تكن فيها الشفعة لانه تعين لمهر
المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او
بالمسمى عند العقد او بهذه حيث يثبت فيه الشفعة لانه مبادلة
مال بمال لان ما اعطاه من المال يدل عما في ذمته من المهر ولو تزوجها
على دار على ان يرد عليه الف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند ابي
حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه
وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا
يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان
الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع الا ترى
ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في
حصة الربح لكونه تابعا فيه قال رحمه الله او بيعت بخيار للبايع
لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقا ملكه يمنع وجوب الشفعة

لان

لان شرط وجوبه ان يخرج عن ملكه فان سقط الخيار وجبت الشفعة
فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند
سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت
ووجوب الشفعة يبتني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو
ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عندهما
فظاهر لان المشتري يملكها واما عنده فلخروجه عن ملك البايع ووجوب
الشفعة يبتني عليه الا ترى ان البايع اذا اقر بالبيع وانكر المشتري
تجب الشفعة ثم ان اخذها الشفيع في الثلث لزم البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط واسمه
ينبي عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع فاذا بيعت دار بجنبها
والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البايع لم يخرج المبيع
عن ملكه ان كان الخيار له فله ان ياخذها بالشفعة ويسقط خياره
ويلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه اراد بذلك
الاستيفا اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك
المشتري عندهما ان كان له الخيار لان المبيع دخل في ملكه عنده ولانه
يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع ولانه
صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالماذون
له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم
يرها فبيعت دار بجنبها قبل ان يرى الاولى كان له الخيار ان ياخذها
بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة
كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط او باع لكنه لما اخذ المشفوعة
لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته
اولى ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له

ان ياخذها بالشفعة لانه هو اولى من المشتري لما عرف ان الشفيع
اولى من المشتري بالشفعة اذ الاولى متصلة بملكه لانعدام سبب
الشفعة في حقها وانفصالها بالمشفوعة لا يفيد لانعدام ملكه فيها
وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له ان يشاركه فيها
بالشفعة لوجوب السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط بل كل
من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له هو ان ياخذها بالشفعة
ثم اخا جا شفيع الاولى بعد ما اخذ المشتري الثانية بالشفعة
كان لهذا الذي جا ان ياخذ الاولى بالشفعة وليس له ان ياخذ
الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال
رحمه الله او بيعت فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بالبنا
اي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بشيء
يسقطه كالبنا لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري
فيكون ملك البايع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقا
ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البايع باق فيها الا ترى
انه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها
وفي اثبات الحق له تقريره فلا يجوز لانه لو جاز لتحول ذلك الفساد
بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري
حيث ياخذها الشفيع لخروجها عن ملك البايع ولم يتعلق له فيها
حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع
الفاسد ثم اذا اسقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة
وهو المراد بقوله ما لم يسقط حق الفسخ بالبنا اي بشيء المشتري
فيها لان حق البايع ينقطع به عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع
به فلا تجب فيها الشفعة ان ينقطع حق البايع ولا يختص ذلك

بالبنا

بالبنا بل ينقطع حق البايع باخراج المشتري المبيع بالبيع او غيره
على ما عرف في البيع الفاسد فان اخرجه عن ملكه بالبيع كان الشفيع
ان ياخذها بالبيع الاول لا انقطاع حق البايع فان اخذه بالبيع
الثاني ليأخذها الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا للملك
وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البايع لبطل حق الشفيع وفي
الحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق
لا يثبت على ان يبطل به حقه وكذا ان اخرجه عن ملكه بغير البيع
كالهبة وجعله مهرا او غير ذلك لنفوذ تصرفه واخذه بقيمته
لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبايع الشفعة في
المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلم الى المشتري فهو شفيع فيها لانه
الملك له ولا يودي اخذها الى تقرر الفساد لان الفسخ ممكن بعد
الاخذ بالشفعة ولا فساد في الماخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسدا
لان اخذها بالشفعة يودي الى تقرر الفساد على ما بينا ثم ان سلم
البايع المبيع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته
كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته وان سلم بعد
الحكم له بها لا تبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل
بالاخراج عن ملكه وانما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة
اذا كان قبض بعد قبضه قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك
ولا ملك له قبله وان بيعت بعد القبض فاسترجعها البايع منه
قبل ان يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه
قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم له بعينها
عن ملكه على ما ذكرنا قال رحمه الله او قسمت بين الشركا لا يجب
لجوارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها بمعنى الافراز وهذا لا يجري

فيها الخبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من
كل وجه قال رحمه الله او سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية او
عيب بقضا اي اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البايع بخيار
رؤية او شرط كيف ما كان او بعيب بقضا قاض لا تجب الشفعة فيها لانه
فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك
البايع والشفعة تجب في الانشا لا في الاستمرار والبقا على ما كان
ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ قبل القبض او بعده وفي الجامع
الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار الرؤية ولا تصح الرواية بالنصب على الشفعة
لان معناه يصير على هذا التقدير ان خيار الرؤية لا يثبت في
القسمة فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب القسمة ان خيار الرؤية
وخيار الشرط يثبتان في القسمة فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب
القسمة ان خيار الرؤية في القسمة لان ثبوتهما تخلل في الرضى في العقود
التي لا تنعقد لازمة الا بالرضا والقسمة منها لما فيها من معنى المبادلة
والمبادلة اغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية
ولا يجوز في المكيل والموزون لان معنى الاقرار فيها وهو الغالب
ولهذا كان لكل واحد من الشريكين ان ياخذ نصيبه من غير اذن
صاحبه ولانه لا فايدة فيه لان باعادة القسمة يصيبه مثله
بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا اصابه
غير ما اصابه في الاول قد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند
القسمة ثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل ان يقع في قلبه ان يصيب
غيره فتفيد الافادة وقال في الكافي وصحح شمس الايمة السرخسي
الرؤية بالنصف وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سوا

كانت

كانت القسمة بقضا او برضا وبه قال المشايخ رحمهم الله قال
رحمه الله وتجب لو ردت بلا قضا وتقايلا اي تجب الشفعة
ان ردها المشتري بغير عيب قضا القاضي او تقايلا البيع وقال
زفر لا يجب لان شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضا
اقالة والاقالة فسخ لقصدها ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين
قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير انها قصدا الفسخ
فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على انفسهما
فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا
في حق الشفيع لوجود حد البيع فيهما وهو مبادلة المال بالمال
بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية ومراده
الرد بالعيب بعد القبض لان قبله يكون فسخا من الاصل وان كان بغير
قضا وانما يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار عنده قبل
القبض فما المانع له من حمله على البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير
قضا اقالة والاقالة بيع عند ابي يوسف مطلقا ما لم يتعذر جعله
بيعا وعند ابي حنيفة وان كان فسخا في حقهما لانه بيع جديد
في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين ان يكون بعد القبض او قبله
والله تعالى اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال رحمه الله وتبطل بترك طلب المواثبة او التقرير اي تبطل الشفعة
بترك طلب المواثبة او طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بان لم
يسد احد فمه او لم يكن في الصلوة لانها تبطل بالاعراض وترك
الطلبين او احدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض على ما بينا من
قبل قال رحمه الله وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده
اي تبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع

رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق
التملك فلا يجوز اخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من
الشرط كما اذا قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على ان
تسقط شفعتك فيما اشتريت او على ان لا تطلب الثمن مني لكونه
ملائما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق
اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله اسقطت بدون
تحقق الشرط فلان لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط
الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة اولى فيصح
الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باعه شفعته بمال لما بينا ولان
البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة
عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف
الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه
في هذه الاشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به الا ترى
ان للولي ان يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم ان حقه ثبت
في المحل في حق القتل ولولا ذلك ما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا
ونظير ما نحن فيه ما اذا قال للخيرة اختاريني بالف او قال
العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار
ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي رواية اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
في الشفعة كذا لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه رواية
في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية ان الشفعة
تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح ان الكفالة والشفعة يسقطان
ولا يجب المال هذا اذا كان بعد البيع واما قبل البيع فلا يسقط

به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يصح بالاسقاط علم
بالاسقاط او لم يعلم لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام
ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو صالح على اخذ نصف الدار بنصف
الثمن يجوز ولو صالح على اخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح
ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير ان الثمن مجهول
لان حصته من الثمن غير معلومة عند الاخذ ومثله من الجهالة
يمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع من الشفيع قال
رحمه الله وبموت الشفيع لا المشتري اي بموت الشفيع قبل
الاخذ بعد الطلب او قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل
بموت المشتري وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع ايضا لان هذا
حق معتبر في الشرع قصاص وحق الرد بالعيب ولنا ان مجرد
حق وهو حق التملك وانه مجرد رأي وهو صفة فلا يورث
عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له
القصاص ولهذا جاز اخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت
فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الرأي والمسألة
ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن ارثها ولان الشفيع
يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث
بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع
الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الوارث وقت البيع
فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل
وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم
يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة
وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذه

بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف
وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها الوصي كان له نقضه
قال رحمه الله ويبيع ما لا يشفع به قبل القضاء بالشفعة اي
تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة
لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالما
وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين
فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها او لم
يعلم وكذا ابراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم
كالطلاق والعتاق الا ترى انه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف
على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها
بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع
خروج المبيع عن ملكه فلو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت
شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب
وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء ومثله ان ياخذها
منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثاني اما اعراضه
عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه
باشتغاله به مع امكان اخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن
الاخذ بسببه فلا يثبت له حق لانه اعراض بخلاف ما اذا اشتراها
ابتداء من غير ان يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءه هناك لم يتضمن
اعراضا لانه مقبل على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما
اشتراها لعدم التمكن من اخذها بطريق اخر ولا كذلك هنا وكذلك
ان استاجر الشفيع الدار المشفوعة او ساومها او طلب من المشتري
ان يوليه بطلت شفعته لانه دليل الاعراض قال رحمه الله

ولا

ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة والاصل فيه ان من باع
او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او اشتري له كان له الشفعة
لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو
البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن
باع او اشترى بين ان يكون وكيلا او اصيلا حتى لا تكون له الشفعة
في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب او العبد
الماذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة
ولو اشتريا كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا للمولى ان
كان على العبد دين وان لم يكن فلا فائدة في الاخذ لانه ملكه ولم
يتعلق به حق غيره والمخير العقد الذي باشره الفضولي كالموكل
لما عرف ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم فائدة قولنا
ان المشتري لا تبطل شفعته ان شارك غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا
عليه وان يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وان لم يسلم له عند ترك
غيره من الشفعاء والبائع ليس له ان يطلب المبيعة بالشفعة بدار
اخرى غيرها بلزقها لانه لما باعها والاخذ رغبة فيها فتنافيا
بخلاف المشتري ولو شرط البائع الخيار للثالث فاجاز فهو كالبائع
وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فاجاز كان كالمشتري والمعنى
على ما بيناه قال رحمه الله او ضمن الدرك عن البائع يعني اذا ضمن
الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان
من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به
العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا البيع قال
رحمه الله ومن ابتاع او ابتيع له فله الشفعة لان شراءه لا يدل
على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال رحمه الله وان قيل

الشفيع انما يبيعت بالف فسلم ثم علم انما يبيعت باقل او بيع او غير
قيمته الف او الا ف فله الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار الثمن او
لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلافه ذلك كان له الاخذ للتيسر
وعدم الرضا على ان يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف
بالتفاوت في الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه
التسليم في الوجوه كلها ولذا كان مكيل او موزون او عدديا متقاربا
بخلاف ما اذا علم انما يبيعت بعرض قيمته الف او الف لان الواجب فيه
القيمة وهي دراهم ودنانير فلا يظهر التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا
لو اخبر ان الثمن مكيل او موزون فظهر من خلاف جنسه من المكيل
والموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر انه جنس اخر من العروض
قيمته مثل قيمة الذي بلغه او ظهر انه ذهب او فضة قدره مثل قيمة ذلك
فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب
القيمة فلا يظهر التفاوت قال رحمه الله ولو بان انها بيعت بدنانير
قيمتها الف فلا شفعة له وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان
والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول ابي حنيفة وزفر لان
الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع
وكذا الواجب على ان يقر بالدراهم فاقر بالدنانير كان مختارا وجه
الاستحسان انهما جنس في القيمة وكلا سافيه ولهذا يضم احدهما
الى الاخر في الزكوة قال رحمه الله وان قبل ان المشتري فلان فسلم
فباع له او غيره فلا شفعة لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم
من يرغب في معاشرة ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق
البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم ان المشتري هو مع غيره كان له
ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف

فسلم

فسلم ثم بلغه شراء الكل فلا شفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه
في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه البعض اسقاطا
للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم
في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما اذا اخبر
بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان
التسليم في الكل تسليم في ابعاضه كلها ولان رغبات الناس في الكل
عادة من رغباتهم في الاشقاص فجعل الكل عن رغب في النصف فاذا لم
يرغب فيه فاولى ان لا يرغب في النصف وقيل له الشفعة لانه قد
لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقت حاجته الى النصف فيتم به حوائجه
بملكه ولا يحتاج الى الجميع وعلى هذا الى اسلام مال الى هذا القول وعلى ما
ذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل اما اذا
تبين له ان ثمن النصف مثل ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما بينا
قال رحمه الله وان باع الاذرع التي جانب الشفيع فلا شفعة
لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الا بملك البيع وكذا لو وهب هذا
القدر المشتري لعدم الالتزاق وهذه حيلة قال رحمه الله وان باع
سهما بثمن ثم باع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط
لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو
مقدم على الجار ولو اراد الحيلة الى ترك السهم الاول كثرة
الاذرع فيها والباقي بالارض فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة
الثمن لا سيما اذا كان السهم الاول جزافيا لا يعلم الا بعشر ملا او اقل وكذا
في المسئلة الاولى يأتي بمثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع او اقل
في طول الخط الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الاذرع كلها ثم يشتري الباقي
لانه ليس لجاره وايضا خاف ان لا يرغب في شراء الخيار لنفسه وان خاف

شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد
منهما اذا اجاز ان لا يجيز صاحبه وكل واحد منهما وكيلا ويشترط
عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه قال رحمه الله وان ابتاعها
بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب لان الثوب
عوض عما في ذمة المشتري فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد اخر
غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار
باضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير انه
يخاف ان يتضرر البايع بذلك لانه اذا استحقت الدار تبقى الدراهم
كلها في ذمة البايع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ثم براته كانت
حصلت بطريق ثمن المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين انه
ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البايع الثمن كله والحيلة
فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن دنانير بقدر قيمة العقار فيكون
صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين ان لا دين على
المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير
والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة اخرى تعم الجار والشريك
ان يشتريه باضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر
قيمة العقار لا قدر قيمة الدنانير مثلا فيعطيه الدينار بالباقي فيصير
صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على انه
بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف قال رحمه الله
ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكوة وهذا عند ابي يوسف
وعند محمد تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق
الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابي يوسف انه يحتال لدفع
الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره

يتضرر

يتضرر في ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده
فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام وذكر قوله في النهاية والقايل
لهذا القول قاسه على الاختلاف في الزكوة فانه لا يكره عند ابي حنيفة
وابي يوسف قبل الوجوب وعند محمد يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب
الشفعة وانما الخلاف في فصل الزكوة وقال شمس الايمة الاشتغال
بالحيل بابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة انما الخلاف
في فصل الزكوة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد
المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل
هذا قول ابي يوسف واما محمد فكره على اختلافهم ثم الحيلة تسقط
الوجوب هي ان يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته
ولا يجب عليه العوض او يقول له انا ابيعك اياه او يقول له المشتري
اشتره مني فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا اذا اجره
من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب ان يوكله ببيعها او
يضمنه الدرك او يجعل البايع الخيار اليه في عقد البيع الى غير ذلك
من الحيل التي ذكرناها من قبل ومن الحيل ان يوجر المشتري البايع شيا
ببعض العقار الذي يريد شراه كالثوب مثلا يوجره ليلبسه البايع
يوما بجزء شايع من العقار الذي يريد شراه ثم يشتري الباقي لانه لما ملك
منه جزءا شايعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه
بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك اولى وهذه الحيلة
لا تدفع الجار قال رحمه الله واخذ بعض الحط بتعدد المشتري لا
بتعدد البايع ومعناه ان المشتري اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا
والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان
ياخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع في الوجه الثاني

يأخذ نصيب بعضهم بتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
بالاخذ منه وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر
عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى
الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون الكل قبل القبض او بعضه في
الصحيح الا ان الشفيع ان يمكنه ان يأخذ نصيب احدهم اذا نقد حصته
من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة
المشتريين انفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشتري واحدا
فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا او سمى للكل جملة لان
العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر
في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة
بالشراء فاشتروا ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع ان يأخذ نصيب
بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو اصيل فيه فيتحد باتحاده
ويتعدد بتعدده ثم في الصحيح لم يفصل بينهما اذا كان بعد القبض او قبله
على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل فقال ان اخذ قبل
القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل
القبض يتضرر البائع باخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر
لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس الجميع الى ان يستوفي جميع الثمن
على ما بينا فلا يؤدي الى تفريق اليد اليه قال رحمه الله وان اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع اخذ نصيب
المشتري الذي حصل له بالقسمة وليس له ان ينقض القسمة سواء كانت
القسمة بحكم او بالتراضي لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل
الانتفاع الا ترى ان الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد

ان

ان وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه فيما يحتمل القسمة والشفيع
لا ينقض القبض لتجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض به وهذا
لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك
نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة
والشفيع يملك تصرفاته فكذا نقض قسمته لانا نقول القسمة افراز
من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها
احكام البيع من رد بعيب او خيار رؤية ومن حيث انها افراز لا يملك فلا
يملك بالشك وهذا لان القياس ان لا ينقض من تصرفات المشتري
شيئا لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه او اجره يطيب
له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما يثبت له حق الاخذ
وذلك لا يمنع تصرفاته غير ان له ان ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع
الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الاصل في حق البيع الاول
وفي حق ما له حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع
احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي
لم يبع حيث يكون للشريك نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم
تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف
بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع
نقض قسمته كان له ان يأخذ نصيب المشتري في اي جانب كان له
ان يأخذ استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على ابطال حقه فيأخذه
وهو مروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وعن ابي حنيفة
انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا
فيما يقع في الجانب الاخر قال رحمه الله وللعبد المديون الاخذ بالشفعة
من سيده كعكسه معناه اذا باع رجل دارا وللبائع عبد ماذون له

في التجارة وعليه دين محيط بماله ورقبته فللعبد ان ياخذ الدار بالشفعة
بمنزلة الشرا وهو ما اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشرا وشرا احدهما من صاحبه جايز اذا كان على العبد
دين لانه يفيد ملك اليد العبد لكون المولى لا يملك ما في العبد المديون
او لكون العبد احق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بايع لان
بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابيع
وقد بينا ان من ابتاع او ابتيع له لا تبطل شفعته قال رحمه الله وصح
تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز وعلى شفعته اذا بلغ الصغير
او بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب
والوصي عند العلم بالشرا لزفر ومحمد في الاب والوصي ان هذا ابطال
لحق الصبي كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابن اغريمه ولان ولايتهما
نظرية والنظر في الاخذ متعين الا ترى انه شرع لدفع الضرر فكان
في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى
التجارة بل عينها الا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بالشفعة
في معنى التجارة بها ترك التجارة فيملك كما يملك ترك التجارة برد البيع
عند ما يقال للاب بعتك هذا المال لابنك الصغير يوضحه انه لو اخذه
بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا اذا سلمه اليه بل اولى
لانه لو اخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا اذا سلمه
اليه بل اولى لانه اخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول
كالبايع او على المشتري ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحمل
على ان يكون الترك نفع بابقا الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ
بخلاف العفو عن القود واخيه لانه ضرر محض غير متردد لانه

ابطال

ابطال بغير عوض وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما
مثل ابطالهما لان السكوت ممن يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا
اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها مما لا يتغابن الناس في مثله
قيل جاز التسليم بالاجماع وهو الاصح فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت
باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح تسليم الاب
والوصي وهو رواية عن ابي يوسف هكذا في الهداية والكافي قال
في المختصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشرا باقل من
قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله
في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة
التبرع بماله ولا رواية عن ابي يوسف وقال في النهاية لما لم يصح
التسليم منهما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم على قول
محمد وزفر لانهما يريان تسليم الاب والوصي وشفعة الصغير
جايزا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلان لا يجوز فيما اذا بيعت باقل من
قيمتها اولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له ان ياخذه بالشفعة
لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو ان لا يكون
فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرايه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي
الشرا يشترط ان لا يكون فيه غبن فكذا بالاخذ بالشفعة والوصي
كالاب في هذا الا انه يشترط في حقه ان يكون فيه للصغير نفع
ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا انه معتبر بشرايه
وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير
لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه مال نفسه بمثل القيمة
لا يجوز حتى يكون اكثر منه في الشرا وفي البيع اقل وفي الاب يجوز
بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه ان يقول

اشتريت واخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما ملك
الصغير او مال نفسه ليس له ان ياخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير
لما ذكرنا ان من باع او بيع له فلا شفعة له والصغير ان يطلب الشفعة
اذا بلغ فيما اذا باع او بيع له فلا شفعة له والصغير مال نفسه لا مال
الصغير وكذا اذا كان في الشراء بان كان للصغير ان يطلب الشفعة
اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له ان ياخذ للصغير فلا تبطل شفعة
الصغير بكونه ولو كان البائع مال الصغير وهي القاضي كان لوليه
الميت ان ياخذه بالشفعة لانه ليس ببائع فلا يشفع واما الوكيل
فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليمه
صحيح بالاجماع فكذا سكوته اعراضا بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة
انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر ان تسليمه
لا يصح اصلا لانه اتى بضد ما امر به فصار كما اذا وكله باستيفاء الدين
فابراء الوكيل عن الدين وهما يقولان انه توكيل بالشراء لان الاخذ بها
شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري فكذا هذا له ان يترك الشفعة
غير ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فيتقيد تصرفه مطلقا
في مجلس القاضي وغيره وابو حنيفة يقول ان الوكيل بطلب
الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا
يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف
فيما اقر الوكيل بالخصومة على موكله ولو اقر هذا الوكيل وهو الوكيل
بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عند ابي
حنيفة ومحمد اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا
يجوز الا انه يخرج عن الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال

زفر

وقال زفر لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وقال
ومو ضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله اعلم **كتاب القسمة**
القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدرة للاقتدار والاسوة
للائتساء قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وهذه الشريعة
وسببها طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه المخصوص لان
كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره فاذا طلب القسمة ان يسأل
القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه
فيجب على القاضي ان يجيبه اليه وركنها هو الذي يحصل به الافراز
والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها
انما تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كان تفوت بها منفعة لا تقسم
جبرا كالبيدر والرحى والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها
تتوفر المنفعة فاذا اوت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة
بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا
حضر القسمة وبالسنة لانه عليه السلام قاسم الغنائم والمواريث وعلى
جوازها انعقد الاجماع ولانه فيها انصاف الشركاء واظهار العدل
بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها نصيب تعيين كل
واحد منهم حقيقة لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه
قال رحمه الله وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المباين
فيما اخذ حقه حال عينه صاحبه وفي غيره اي القسمة تشتمل
على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال
حتى كان لاحد الشريكين ان ياخذ نصيبه حال عينه صاحبه وهي في
غيره اي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو
الظاهر في غير المتماثل كالثياب والعقار والحيوان حقيقة يا خذ

* فيما اخذ

نصيبه حال غيبة صاحبه والدين عين فيها معنى الافراز والمبادلة
انما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من اجزائه على النصيبين
فكان نصف ماله ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف
الآخر كان لصاحبه اخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان
مبادلة ضرورة الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات
والمعدودات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين اجزائه لان
ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه وهذا جعل عين حقه فيما لغرض والصرف
والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في الغرض للافتراق قبل قبض
احد العوضين ولا في الصرف والسلم لحرمة الاستبدال فيهما وكذا
في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر
ولو كان غيره لما جبر اذ لا يجبر احد على المعاوضة وكذا جاز الاستدانة
ان يبيع مراعة حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا
لو كان له شريك جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مراعة على حصته
من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي
اظهر للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم
المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها هناك في
المثلي لانعدام ذلك من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة
بطلب بعضهم لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد
متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة
قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين
لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا
لان الطالب القسمة يطالب القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه

وان

وان يمنع الشريك عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه وان كان
اجناسا مختلفة لا يجبر عليها لتحقق التفاوت بين المقاصد فلا يمكن
اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها لامكان الوصول
الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال رحمه الله ويدب
نصيب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم ولا اجر لان القسمة من
جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق
القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاء والعاملة
والمختبين فيكون كفايته في بيت المال لانه اعد لمصالحهم كمنفعة
هؤلاء قال رحمه الله ولا يجبر قاسم يقسم باجر على المتقاسمين
بعد الدور يعني اذا لم يقسم قاسم رزقه في بيت المال يقسم قاسم
يقسم باجر على المتقاسمين لان النصب للخصوم وليس يقضا
حقيقة حتى جاز للقاضي ان يأخذ الاجر على القسمة وانما لا يجوز
لما القضاء الا ترى انه لا يفترض عليه ان يقسم بنفسه مباشرة ويباشرة
القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي اجر مثله كيلا يظلم فيأمرهم
ويحكم بالزيادة والافضل ان يرزق من بيت المال لانه اعد لهم وارفق
بالعامة وابعد عن معاودة القاضي مع القاسم وقوله بعد الدور
اي يجب عليهم الاجرة على عدد الدور ولا تفاوت بتفاوت الانصباء
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله على ما مر بيانه ان قدر بيان الاستحقاق
قال رحمه الله ويجبران كل واحد لا ستيفاء حقه بالقسمة لانه من جنس
عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك
بالامانة والعلم قال رحمه الله ولا يقبل قاسم واحد لانه لو تعين
لحكم بالزيادة على اجر مثله وهذا لما بيناه ولان القضاء تتوفر بالتواضي

ولان

احد

قال رحمه الله ويجبر ... يختار الخصم
... الشركاء التحفة يجبر ... اجابة الخاص
... ولا يجبر ... من الغائب
... الا بدليل بيانه من الهامش

كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا
ولاية لهم عليه قال رحمه الله ولا يشترك القسام ان منعهم القاضي من
الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالبة لهم
لانهم اذا اشتركوا يتوكلون وعند عدم الشركة يبادرون اليها
خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم قسمة الاجرة على عدد
الرؤوس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك وغسل
الثوب المشترك ونفقة الشيء المشترك وكبناء الجدار المشترك
وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد
منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر
فتكون مؤنته عليه اكثر وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما
يحصل منها لصاحب الكثير اكثر كانت مؤنة العين عليه اكثر ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما
الحساب بالنظر الى القليل فلا ينعكس الامر باعتبار كسور فيه
فيتعذر اعتباره الا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما
يفعله فيها فيتعلق الحكم باصل التمييز لان عمل الاقرار واقع لهما جملة
بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والمكيل
والموزون ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد ان لم يكن
فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن
يتفاوت فلو اطلقنا الجواب ولم نفرق بين ان يكون الكيل والوزن
للقسمة او لغيره واوجبنا في الكل على قدر الانصباء كان العذر له فيه
ما ذكرنا من ان الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا
يلزمه واليه مال شمس الائمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول

فاوجب

فاوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصباء وفي
الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز وفي الغسل
مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت بخلاف النفقة
لانها لابقاء الملك فتتفاوت بتفاوته وفي البناء والتطيين الاجر
مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوائد
تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع
بالقسمة دون الاخر قال رحمه الله ولا تقسم العقار بين الورثة
باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة وهذا عند ابي
حنيفة وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه في ايديهم
والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان
الموروث منقولا او كان العقار مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا
بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب
القسمة انه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق
امهات اولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا
كانت بينة ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة
على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ
وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار
منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد امكن ذلك بجعل احدهم
خصما عن الميت وغيره عن انفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار
الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فائدة الا ترى انه
لو ادعى انسان على ميت دينا فاقر الوارث بذلك واقام المدعي بينة
تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم

ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا
في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان الوارث وصي والمسئلة بحالها
المنقول لان في المسئلة نظرا لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة
حفظه وجعله مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذ القاضي نصب
ناظرا والعقار محصن في نفسه وهو غير مضمون بالقبض عنده فلا
حاجة الى القسمة بغير ثبوت وبخلاف العقار المشترى لان المبيع
زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلا تكون القسمة قضاء
على الغير على انه روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان العقار
المشترى ايضا لا يقسم لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف
فلا حاجة فيه الى القسمة فيستوي في هذه القسمة بين المشترى
والموروث والفرق على هذه الرواية ما ذكرناه وهو ان القسمة قضاء
على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء في البائع لعدم ملكه
لانه خرج عن ملكه بالبيع قال رحمه الله ويقسم في المنقول والعقار
المشترى ودعوى الملك اي يقسم في المنقول الموروث والعقار
المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم
بقولهم من غير اقامة البينة اما في المنقول الموروث والعقار المشترى
فلما بينا من المعنى والفرق واما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا
كيفية انتقاله اليهم بقولهم كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة
قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم
فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها
رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى
يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول
ابي حنيفة وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة تكون اما لحق

الملك

الملك تتميما للمنفعة او لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك
والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال رحمه الله ولو برهنا
ان العقار في ايديهما لم يقسم حتى يبرهنا انه لهما اي لو اقام رجلان بينة
ان العقار في ايديهما وطلبا من القاضي ان يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى
يقيما البينة ان العقار ملكهما لاحتمال ان يكون لغيرهما وهذا هو المذكور
في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف ذكر هذه المسئلة بعينها
قبل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا
كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية
القدوري وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين
الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا
لان الصور متحدة غير ان فيها اختلاف الروايتين كما رايت وفي مثله
تبين الروايتين ولا يذكر كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم باختلاف
الصور على انه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين
قال رحمه الله ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في ايديهم
ومعهم وارث غائب او صبي قسم ونصب وكيل او وصي يقبض نصيبه
اي الوكيل يقبض نصيب الغائب او وصي يقبض نصيب الصبي لان في قبض
نصيبه نظرا للصغير والغائب ولا بد من اقامة البينة عند ابي حنيفة
رحمه الله لما بينا في المسئلة الاولى بل اولى لان هذه المسئلة قضاء على
الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم نحو ما ذكرنا ويشهد انه قسمها
باعتراف من الحاضرين فان الصغير والغائب على حجته قال رحمه الله ولو
كانوا مشترين وغاب احدهم او كان العقار في يد الوارث الغائب او
حضر وارث واحد لم يقسم اي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم
في هذه الصور كلها اما اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت به

ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغايب بخلاف الوارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى
يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا
بشرا المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه
فصارت القسمة قضا بحضرة المتخاصمين وصح القضا لقيام البينة على
خصم حاضر وفي الشرا قامت على خصم غايب فلا تقبل ولا يقضى عليه
واما اذا كان العقار في يد الوارث الغايب فلان في القسمة قضا على الغايب
باخراج الشي من يده من غير خصم حاضر عنه وكان اذا كان بعضه في يده
والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه او في يد الصغير
او شي منه لانه يكون قضا على الغايب وعلى الصغير من غير خصم حاضر
عنه لان الامين والصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة
البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم
اذا اقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات
ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما
عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقل ما تكون الورثة كلهم
حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة تضرروا وهو مدفوع وجوابه
ما بينا واما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح ان يكون مخاصما
ومخاصما وكذا لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور
شخصين على ما بينا لانه ان كان خصما عن نفسه فليس احد بخصم
عن الميت والغايب وان كان خصما عنهما فليس احد ان يخاصم عن نفسه
يقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن ابي
يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم
الدار ووجه الظاهر ان التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم

ملك

ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا
من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم خصم
طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضا
على الغايب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي
من حيث انه دعوى على الميت فلا يجوز له نصب الوصي من حيث انه
دعوى على شركايه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما
اذا ادعى اجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت
لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الاوصيا عن
الموتى لا عن الاحيا واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما
عن الميت وعن ساير الشركا وان يكون مدعيا ومدعا عليه تعذر
قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا
وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة لان
الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الا انه اذا عجز عن الجواب
ينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير
غايبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغايب وكذا اذا حضر وارث
كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث
والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة
فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية
الورثة فصار كما لو خص وارثان ولو خص الموصى له وحده لا تسمع
بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه
الله وقسم بطلب احدهم لو انتفع كل بنصيبه لان فيها تكميل المنفعة
اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا
لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله وان تضرر الكل لم يقسم

لا برضاهم وذلك مثل البير والرحى والحايط والحمام لان القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويته الى موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب
للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه
الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر يجوز بالتراضي لان
الحق لهم وهو اعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا
منه ليلا يشتغل بما لا فايدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار واضاعة
للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من اقدام على
اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله وان انتفع البعض
وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط من القاضي
ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه
طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب
على القاضي ان يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى اهلها
ودفع المظالم ولا يعتبر بضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره
ولا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل انه
لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه لان القاضي
لا يشتغل بما لا يفيد ذكر الخصاف على عكسه لان صاحب الكثير يريد
الاضرار بغيره والاخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم ان ايهما
طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي
بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب ان ينتفع بنصيبه فيجيب
كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال
الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبهم
الى اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن ابي ليلى لا يقسم
بطلب القبض الا اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه لان المقصود

بالقسمة

بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة
بينهم في المنفعة فاذا ادت القسمة الى اضرار بالبعض لم تكن مشروعة
لانه تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب
القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره
من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بينا والضرر
الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع
الحكم بالعدل كما في ساير المواضع لان المحكوم عليه لا بد من الضرر ولو
كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل احد الى حقه قال رحمه الله
ويقسم العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة
والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا
فيملك القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله ولا يقسم جنسان والجواهر
والرقيق والبير والرحى الا برضاهم اما الجنسان فلعدم الاختلاط
بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون
جبر القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز واما الجواهر فلان
جهالتها متفاحشة الا ترى انها لا تصلح غير العين منها عوضا عما
ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت
ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم
وان اتحد تقسم كساير الاجناس واما الرقيق فالمذكور هنا قول ابي
حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس
والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا
يقسم الرقيق في القيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه
ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاحش المعاني الباطنة
كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه

وبحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها
فلا يمكن نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا يكون
قسمة وانما يكون مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات فان
الانتفاع بها لا يختلف الا شيئا يسيرا الا ترى ان الذكر والانثى من بني
ادم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه
وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر راس المال
لم يتبين الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين
وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا يلزم لان حق الغانمين تعلق
بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن
بينهم وفي غير الغنائم ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه
فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق
وحدهم وليس معهم شيء من العروض وهم ذكور فقط او اناث فقط
واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع
لان الذكور والاناث من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف
ولا يقسم الجنسان وان وقع مع الرقيق شيء اخر مما يقسم جازت
القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب
البعض وكم من شيء يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب
والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده واما الحمام
والبير والرحى فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله دور
مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل على حدة
اما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت
القسمة اصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة

واصل

واصل السكنى اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة
السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى راي القاضي وهذا لان المعتبر
في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية والمقصود دفع
الضرر عن الشركاء واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد
منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الراي
اليه ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة
فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم الا بالتراضي الا ترى ان التوكيل بشراء
دار لا يجوز وكذا التزويج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء اثواب
وفي التزويج على ثوب وهذا يؤذن بان الجنس مختلف فهذا هو
الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل
وموزون متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما
لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة
والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس
لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل
بيت على حدة اضرارا وكذا اذا كانت في محلة او محال لما ذكرنا من الضرر
والتفاوت ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد
منهما والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها
تقسم واما الدور والوضيعة او الدور وحانوت فلاختلاف الجنس
ذكره الخصاف رحمه الله وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع
الحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيحتمل ان يكون في
المسئلتين رواية او تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة

قال رحمه الله ويصور القاسم هذا بيتسمه اي على قول من لم يمكنه حفظ
قال رحمه الله ويعدله اي يسويه على سهام المقسوم ويروج ويعدله
اي يقطعه بالمقسوم عن غيره قال رحمه الله ويذرعه ويقوم البناء
لان تقدير المساحة يعلم بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما
ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا
قال رحمه الله ويعزل كل نصيب بطريقه وشربه لان القسمة لتكميل
المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يعزل بقي لنصيب بعضهم تعلق بنصيب
الاخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم
يعزله اولم يمكن جاز قال رحمه الله ويلقب لا نصبا بالاول
والثاني والثالث ويثبت اسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه اولا فله
السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والقرعة لتطييب
قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى المقتضى فيملك
الالزام ولقب لا نصبا ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد
منهم ويتعينه ان ينظر والى اقل الانصبا فيقدر به اجزاء السهام
حتى اذا كان العقار مثلا بين ثلاثة نعزل احدهم النصف والاخر
الثلث والاخر السدس وجعلها اسداسا لانه اقل فيكون لصاحب النصف
ثلثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس يلقب
النصف من اي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه
بالثالث ثم يكتب اسماء الشركاء بطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها
شبه ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا انشقت وهي بتلك البندقة
بركلها ثم يجعلها في وعاء ويخلطها ثم يخرج واحدا بعد واحد ممن خرج اسمه
اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي
الى الاخير فان خرج اولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف

كان

كان له الثلثة اسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا فان له
كذلك من الذي يليه الثاني وعلى هذا العمل في احدهم ولا يقال
تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل
الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان ثابتا قبلها وكان القاضي
ولاية الزام كل واحد منهم التطييب والتمييز اليه لتطييب قلوبهم
وهذا ليس بقمار وانما القمار نزعهم اسم لما يستحقون به شيأ لم
يكن لهم قبل الاستهام وهذه مشروعة كما اخبر الله تعالى حكاية
عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله
ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة بينها ويفوت
به التعديل ايفاء المقسوم لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك
في الحال وفي حق الاخرين الذمة فيختلف التوى ولان الجنسين المشتركين
لا يقسمان في احدهما على حدة الا بتراض واذا كان تراضيا وبنا فعن ابي
يوسف انه يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه
الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة والمساحة هي
الاصل في المقسومات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء وكان نصيبه
اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال فيملك تسمية المداق ضرورة تحة
للزوج وعن محمد رحمه الله انه لا يرى على شريكه بحالة البناء ويؤخذ
من الفرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لم تحتمل الفرصة
بقيمة البناء يخيير برد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل وهو المقسوم بالمساحة الا بالضرورة وهذا بوافق رواية الاصل
قال رحمه الله وان قسم ولاحدهم مسيل او طريق في نصيب الاخر
لم يشترط في القسمة قرعة ان امكن والا فحتى القسمة لان المقصود

من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع اسباب
تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان امكن صرفه حصل ذلك
والا لم يحصل فكانت القسمة مختلفة فتعين الفسخ والاستيناف
لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما
اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق او من تسييل الماء لان المقصود من
البيع تملك العين ولا يتصور الا جا ولو ذكر الحقوق في الوجه وهو
ما اذا امكن صرفه عن الاخر بان قال هذا لك بحقوقه كان الجواب
فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على
ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره وقد امكن
تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه الا اذا قال خذ هذا
بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه اثبت له بابلغ
وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر الحقوق حيث يدخل فيه
ما كان من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع فيه وهو
التمليك مع بقا هذا التعليق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو
ما اذا لم يكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق والمسيل
لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق فيدخل عند التنصيص
باعتبار انه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعليق
فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل
فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل
الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال
الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا تقسم الطريق بل يبقى مشتركا
مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح
كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا وتحقيقا

للافراز

للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم
ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه
يجعل على عرض باب الدار بطوله اي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد
منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب
الدار طريق متفق عليه والمختلف يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك
القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على
قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي
على الشركة كما كان ولو شرطوا ان يكون الطريق في الدار على التفاوت
جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان التسمية على التفاوت
بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان فلك ارضا
يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية على المرور قال رحمه الله
سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم
وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم
بالذراع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر
التسوية في اصل السكنى في المرافق ولمحمد ان السفل يصلح لما يصلح له
العلو كالبير والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا
يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف في
كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهما
على عادة اهل عصره فان ابا حنيفة اجاب بنا على ما شاهد من عادة
اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف اجاب بنا على
ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة
السكنى ومحمد اجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان

وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان ابا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع
كثيرة وهي تبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل
فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي
منفعة السكنى وابو يوسف يقول مستويان في الانتفاع فان لكل واحد
من صاحب العلو والسفل ان يفعل ما لا يضر بالاخر حتى كان لصاحب العلو
ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر
بصاحب العلو فاستويا بالانتفاع فيستويان بالانتفاع ومحمد
يقول العلو والسفل بنا والمعادلة في قسمة البنا بالقيمة لان في
بعض البلدان قيمة العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل
اكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والشيخ يختار العلو
وفي كل موضع يندر البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل فيه وربما
يختلف ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتا فلا يمكن اعتبار
المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير وقول
ابي حنيفة ان يجعل بمقابلة شي من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت
الكامل بان يجعل بمقابلة شي من العلو المجرد ثلثة وثلاثون وثلث
ذراع من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا
ويجعل بمقابلة شي من السفل المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان
السفل منه مثل السفل المجرد فلا يتفاوتان فبقي الثلث من السفل
المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة شي من العلو
المجرد قدر نصفه من السفل المجرد او من العلو المجرد قدر نصفه من
البيت الكامل فيقابل نصفه من السفل المجرد او من العلو المجرد
قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الاخر
السفل لاستوا السفل والعلو عنده ويجعل بمقابلة شي من السفل

المجرد

المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال رحمه الله وتقبل شهادة القاسمين
ان اختلفوا اي اذا انكر بعض الشركا بعد القسمة استيفا نصيبه فشهد
القاسمان انه استوفى حقه تقبل شهادتهما سوا كانا من جهة القاضي او
غيره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل
وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد
مع قولهما لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا تقبل
كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما
شهدا على الاستيفا والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير
ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح ان يكون مشهودا به
لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفا وهو فعل غيرهما فتقبل
الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما باجر لا تقبل شهادتهما
بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفا عمل استوجر عليه
فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه
الشهادة الى انفسهما مغنما لان الخصوم توافقهما على ايفائهما العمل
المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفا فانتفت
التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على
الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى اخر يقبل قول الامين في
دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في قول الزام الاخر اذا كان منكرا
قال رحمه الله ولو ادعى احدهم ان من نصيبه شيا في يد صاحبه وقد
اقر بالاستيفا لم يصدق الا ببينة لان القسمة من العقود اللازمة
والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا تقبل الا بحجة
وان لم تقم بينة استحلف الشركا لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروه
حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين

جمع نصيبه مع نصيبه فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه مثل
اقراره ولا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لانه تناقض
واليه اشار من بعد حيث شرط للتحالف ان لا يشهد على نفسه بالاستيفا ويشير
بذلك الى انه لو اشهد على نفسه بالاستيفا لا يتحالفان لان دعواه لم تصح
للتناقض فاذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لانه
قد اشهد على نفسه بالاستيفا فوجب ان لا تقبل دعواه قال رحمه الله
وان قال استوفيت واخذت بعضه صدق خصمه بحلفه اي لو
قال استوفيت حقي واخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه
لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال رحمه الله
وان لم يقر بالاستيفا وادعى انه ذا حظه ولم يسلم اليه وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة
فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله ولو ظهر غبن
فاحش في القسمة تفسخ وهذا اذا كانت القسمة بقضا القاضي فظاهر
لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر واما اذا كانت بالتراضي فقد قيل
لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع
فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح ذكره في
الكافي وقال ابو جعفر يجوز ان يقال لا تصح هذه الدعوى لان القسمة
بمعنى البيع فلا ينتقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا
وقعت بالقضا نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضى المالك
فصار كبيع الاب والوصي ينتقض بالغبن الفاحش ويجوز ان يقال
تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على
سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القسمة في الاشيا
المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد شرط جواز القسمة

وهو

وهو المعادلة ينجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في
القيمة ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد منهما طايفة فادعى احدهما
بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة
وان اقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل
الاشهاد على القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود
واقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه
لانه خارج فيه وبينة الخارج اولى وان اقام احدهما بينة قضي
له به وان لم يقم واحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله
اعلم قال رحمه الله ولو استحق بعض شايع من حقه رجع بقسطه
في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشايع في الاسرار
وغيره وذكر القدوري الاختلاف في نصيب احدهما بعينه والصحيح
ان الاختلاف في الشايع وفي استحقاق بعض معين لا تفسخ بالاجماع
ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة اوجه
ومحمد مع ابي حنيفة فيما حكاه ابو حفص ومع ابي يوسف فيما حكاه
ابو سليمان والاول اصح لابي يوسف انه بالاستحقاق ظهر شريك اخر
والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شايع في الكل بحقيقة
ان استحقاق جزء شايع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز الا ترى
انه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شايعا كاستحقاقه في
الكل شايعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله
ليس للغير فيه حق ولهما ان المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم
باستحقاق جزء شايع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في
الابتدا على هذا الوجه بان كان البعض المقدم مشتركا بين ثلثة

تفرد البعض الموخرين الذين نزم فاختصر الناس على ان لاحدهما
مالها من المقدم وللاخر الموخر واتفقا على ان لاحدهما ما لهما من
المقدم وبعض الموخر فرز يجوز وكذا هذا ومارا استحقاق بني بعينه
بخلاف استحقاق الشايع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع
بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا يجوز القسمة بناء على هذا الوجه
فكذا بقاء لانها لو بقيت للضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصبا
ولا ضرر هنا بالمستحق فوضح الفرق فاذا لم تبطل القسمة رجع بحسابه
على شريكه لانه لو استحق نصيب احدهم كله يرجع به على الشركا
فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل وله ان ينقض القسمة
ان شاء فما العيب التشقيص لانه اذا رجع على الشركا بحسابه يتفرق
نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شايعا ثم استحق بعض
ما بقي شايعا كان له ان يرجع على الشركا بحسابه وسقط خيار الفسخ
بيع البعض وعند ابي يوسف يرجع على ما في يده بحسابه ويضمن
حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد
مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم
الورثة التركة ثم ظهر دين محيط قبل للورثة اقضوا دين
الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على
الارث فيمنع وقوع الملك لهم الا اذا قضوا الدين او ابرا الغرما فحينئذ
تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذا الجواب
لتعلق حق الغرما بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ
تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان لا تنفسخ القسمة لعدم الحاجة
ولو ادعى احد المتقاسمين للتركة دينا في التركة صح دعواه لانه
لا تناقض فان الدين يتعلق بالعين والقسمة تصادف المضمونة ولو

ادعى

ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف
منه بان المقسوم ملكه قال رحمه الله وتوضع المهايأة في كل دار او
دارين او حانوت عبدا وعبدين او عبدا دارا او دارين مع الرقبة ايضا
اعلم ان المهايأة مشتقة من الهيئة وفي الحالة الظاهرة للهيئ الشيء
والمهايأة مفاعلة منها وهو ان يتواضعا على امر فيتراضوا به وحقيقته
ان كل واحد منهم يرضى بمنفعة واحدة ويختارها وهي في الشرع عبارة عن
قسمة المنافع وهي جايزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس ان لا
تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لا ذكل واحد من الشريكين
يتنفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته
ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله عليه الصلاة والسلام
قسمة غرر وهي قسمة يدر كل واحد من ثلثة نفر وكانوا يتهايئون في الركوب
وما روي ان رجلا خطب تلك المراة بين يدي رسول الله صلى الله عليه
وسلم وعلم انه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال عليه السلام
ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها شيء منه وان لبسته لم يكن
عليك منه شيء اي بطريق المهايأة وهذا تقرير المهايأة وعلى جوازها
اجماع الامة ولان المهايأة قسمة المنافع يصار اليها لتكميل استيفا
المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت
المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة في جميع النصيب
الشايع في مكان معين فجرت المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد
في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولم تجز المهايأة لاداء الى تعطيل
الاعيان التي لا يمكن قسمتها وانه صحيح لان الاعيان خلقت للانتفاع
بها وهو بيانه فيجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي
بها مجرى جبر في قسمة الاعيان لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة

لانه جمع المنافع في زمان واحد والتعاقب يجمع على التعاقب ولهذا لو
طلب احد الشريكين القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانها ابلغ ولا تبطل بموت
احدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستانفها الحاكم ولا فايدة في الاستيناف
ثم لو تهايا في دار واحدة على ان يسكن احدهما بعضها والاخر البعض
او احدهما العلو والاخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جايزة
فكذا المهاياة والتهايو في هذا الوجه افراز لجميع الانصبا لا مبادلة
لانه لو كان مبادلة لما صح لانه لا يجوز في الجنس الواحد نسيئة للربوا
وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربوا
وكلا القولين مشكل لان كلا منهما يترك ماله من المنفعة فيما اخذه
صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان تكون
افرازا للكل او عارية في البعض والعارية ايضا غير لازمة والمهاياة
لازمة وقيل هي افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان
والاوجه انها افراز من كل وجه في المهاياة في المكان ولهذا لا يشترط
فيها التاقيت وجاز لكل منهم ان يستعمل ما اصابه بالمهاياة على الظاهر
شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك
العارية والاجارة وفي المهاياة في الزمان افراز من وجه ويجعل
كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا
ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهاياة في المكان دون الزمان
وكذا لو تهايا في الزمان في عبد واحد جاز لانهما متعينة فيه
لتعذر التهايو في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في
التهايو من حيث الزمان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بالانفاق
لان التهايو في المكان اعدل لاستوايهما في زمان الانتفاع وليس
فيه تقديم احدهما على الاخر فكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل

واحد

واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد
من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما
تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايا في عبد على
الخدمة جاز اما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جايزة عندهما فكذا
المنفعة واما عند ابي حنيفة فروي عنه انه لا يجوز الا بالتراضي
لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده وكذا منفعته والاصح ان
القاضي يهايو بينهما جبرا بطلب احدهما لان المنافع من حيث الخدمة
فلا تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا
على ما بينا ولو تهايا بينهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه
جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا
تفضي الجهالة الى النزاع ونظيره استيجار الظئر بطعامها وكسوتها
لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالمسامحة
لاجل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا يسامح فيها عادة ولو
تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا ويجبر القاضي عليه
وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري
الجبر على قسمتهما وكذا عنده لان المنافع فيها لا تتفاوت فيجوز
ويجبر الابي منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف
القسمة لان التفاوت في اعيانها فاحش فالتحقت بالاجناس
المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولان بيع
احداهما بالاخرى جايز وفي الظاهر ان قوله كقولهما وفي الدابتين
لا يجوز التهايو على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا
بقسمة الاعيان ولابي حنيفة ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت
الراكبين فانهما بين حارق واخرق والتهايو في الركوب

في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه
يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ
في الغلة فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وفي غلة
عبد او عبدين او بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة
او لبن شاة لا اي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ اما التهايؤ في غلة
عبد واحد او بغل واحد فلان النصيبين في العقار فافترقا ولو زادت
غلة الدار الواحدة في نوبة احدهما على الغلة في نوبة الاخر يشتركان
في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع
فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هناك
فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوات
المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل
عند العقد وبخلاف ما لو تهايا على الاستغلال في الدارين وفضلت
غلة احديهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز رجح في الدارين
لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت
الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر
قرضا كانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على انه يستوفي من نصيبه
في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار
نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما
واما التهايؤ في استغلال عبدين او بغلين فالمذكور هنا قول ابي
حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما
وكذا تجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلها فصار كالدارين
بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتى الا في
زمانين فيتوهم تغييره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت

بالاستقصا

بالاستقصا فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد
حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح عادة
فلا يلحقه تعب كما يلحقه بالاستغلال ولابي حنيفة ان التهايؤ في
الخدمة يجوز للضرورة لعدم امكان قسمتها لان الغلة عين مال ولانه
يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت
بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايؤ
في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بان وقع متعاقبا في واحد
فلا يمتنع عند اختلاف المحل اولى وجملة الامر ان مسائل التهايؤ اثنا
عشر مسئلة ففي استخدام عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين
على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا
في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتها خلاف والاظهر انه يجوز
بالاتفاق وركوب بغلا وبغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال
بغل بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف واما التهايؤ في ثمرة شجرة
او لبن غنم فلانها اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها
فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة انها لا تبقى
فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن ادم حيث يجوز المهاياة فيه
حتى لو كانتا جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايا ان ترضع
احداهما ولد احدهما والاخرى ولد الاخر جاز لان لبن ابن ادم لا قيمة
له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار ونحوها ان يشتري نصيب
شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بطريق القرض
في نصيب صاحبه ان قرض المشاع جائز والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من المزارعة جائز
قال رحمه الله هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهذا في الشريعة

قال رحمه الله ويصح بذرا على الحبة الا ترى الى المزارعة واهلية العاقدين
وبيان المدة واجب البذر وجنسه وحظ الاخر والتخلية بين
الارض والعامل والشركة في الخارج وان تكون الارض لواحد والبذر من
لواحد والعمل والبقر لاخر او تكون الارض لواحد والباقي لاخر
او يكون العمل من واحد والباقي لاخر وهذا قول محمد واحد قولي ابي يوسف
وقال ابو حنيفة لا يجوز المزارعة لهما ما روي انه عليه السلام عامل
اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها عقد شركة بمال
من احد الشريكين وعمل من الاخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة ولهما
ان الحاجة تدعو صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي
اليه قد لا يجد المال فشرعت الحاجة التي تنعقد هذا العقد بينهما
بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز لانه يتمحض الزوائد
لانه لا اثر للعمل في بقائها عند حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة معانه
ليس فيها عرف ذكر المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين
من بعدهم الى يومنا هذا بالانكير ولابي حنيفة ما روي انه عليه
السلام نهى عن المخابرة قال الزراعة بالثلث والربع
ولانها استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان
ولان الاجر مجهول ومعلوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي
صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراجا مقاسمة بطريق المن عليهم
والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وضيعة وهو ان
يوضع الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق اراضيهم والثاني
خراج مقاسمة وهو ان يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث
ونحو ذلك جزاء شايعا والدليل على ذلك انه عليه السلام لم يبين
لهم مدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند

من يجيزها الا بيانا للمدة على ما بينا والدليل عليه ايضا ما روي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر
سألته اليهود ان يقرهم بها على ان يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة
فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم واحد
وهذا صريح بانها كانت خراج مقاسمة ولانهما تواضعة المسلمين
والذي هذا قرعلى ارض يقتطعها على حكمه وما يوخذ من اراضيهم خراج
ولفظ البخاري اعطى خيبر اليهود ان يعملوها ويزرعوها ولهم
شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان وضع الشركة
فيها الغلبة حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة اصلا فيكون
الدرج متولدا من العمل والمال تصيبا وعقد الشركة قد يعقد على العمل
خاصة كما في شركة الاعمال فاظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك
المزارعة لانها اجارة حتى يشترطها ضرب المدة وتنعقد لازمة
وانما كان لصاحب البذر ان يفسخ العذر والاجارة تفسخ بالاعذار
الا ترى انه ليس له ان يفسخ بعد ما بذر في الارض قاستنع القياس
عليها والحيلة للجواز عنده ان يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة
معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر
في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون فاذا
اعطاه خلاف جنسه فاذا فسدت المزارعة يجب على صاحب البذر
اجر مثل للعامل في الارض والغلة له لانها نماؤه وقالوا الفتوى اليوم
على قولهما لحاجة الناس ولتعاملهم والقياس يترك بالتعامل والضرورة
كما في الاستصناع ومن شرطها في المختصر لجوازها عندنا ان يجيزها ان تكون
الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه وان يكون البذر من
الارض والمزارع من اهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان

يبين المدة لانه عقد على منافع الارض والعامل وهي تعرف بالمدة
ويشترط ان تكون ما يتمكن فيها من الزراعة او اكثر وان لا تكون قدر
ما لا يعيش مثلهما او مثل احدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط
بيان المدة وتقع على سنة واحدة وان يبين من عليه البذر لان العقود
عليه وهو منافع العامل ومنافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه
البذر لانه المستاجر فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من
منافع الارض او من منافع العامل وان يبين جنس البذر وان يبين
نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله وحظ الاخر لانه اجرة
عمله او ارضه فلا بد ان يكون معلوما وان يخلي بين الارض والعامل
لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم
المال اليه حتى اذا شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب
الارض مع العامل لا يصح وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو
المقصود بها فتنعقد اجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء لانه هو
المقصود بها ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يودي
الى قطع الشركة في البعض المسمى او في الكل اذا لم تخرج الارض اكثر من
ذلك وكذا اذا شرط ان يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط
ان يرفع عشر الخارج او ثلثه والباقي بينهما لانه يودي الى قطع
الشركة وهو يصلح ان يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وان تكون
الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر او تكون الارض لواحد والباقي
لاخر او يكون العمل لواحد والباقي لاخر وهذه الجمل من جملة شروطها
وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على انها اجارة ففي
الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستاجرا للعامل وبقره
تبعا له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استاجر خياطا ليخيط

له

له بابرته او صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغه من عنده والاجر يقابل عمله
دون الالة فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستاجر فتخرج
المسايل على هذا كما رايت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر
مستاجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم
في الذمة وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستاجرا للعامل
وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استاجر خياطا
ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب او طيانا ليطين له
بمر من المستاجر قال رحمه الله فان كانت الارض والبقر لواحد
والعمل والبذر لاخر او كان البذر لاحدهما والباقي لاخر او كان البذر
والبقر لواحد والباقي لاخر او شرطا لاحدهما قفزانا مسماة او ما
على الماذيانات والسواقي او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع
الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللاخر
مثل اجر عمله او ارضه ولم يزد على ما شرط والشيخ رحمه الله لما بين شروط
جواز المزارعة بين ايضا الشروط لها وبين ان الخارج في الفاسدة
منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولان للاخر اجر المثل ولا يزاد على
المسمى لان صاحب البذر هو المستاجر والاخر هو الاجير والواجب
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد به على المسمى على ما عرف
وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير
مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه والاول اصح ثم قيل ان
كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له
فيتصدق بما زاد على البذر واجر الارض وهي الجملة التي عدها مفسدة
للاجارة اما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل
والبذر لاخر فلان صاحب البذر استاجر الارض واشتراط البقر على صاحب

الارض مفسد للاجارة لانا البقر لا تكون تبعا للارض لان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لانه منفعتها الاستيلام ومنفعته
البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا
مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر امكن
جعله تبعا لاتحاد منفعتها لانه منفعة البقر صلاحية يقام بها
العمل كالبرة للخياط وعن ابي يوسف يجوز التفاضل والقياس يأبى ذلك
به والظاهر الاول واما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد
والباقي لآخر وهو العمل والبقر والارض لآخر واحد والباقي لآخر
وهي المسئلة وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل واما الثالث وهو
ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والارض
فهو اذا كرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا للعمل لاختلافهما في المنافع فتفسد
المزارعة وهذا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو ان تكون البقر
لواحد والباقي لآخر قالوا هو فاسد وينبغي ان يجوز بالقياس
على العامل وحده او على الارض وحدها فانه يجوز ان يستأجر
البقر وحدها يجوز ان يستأجر العامل وحده او على الارض وحدها
فانه يجوز والارض والجواب عنه ان القياس ان لا يجوز المزارعة
لما بيناها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركنا ذلك
بالاثر والاثر اختص استئجار العامل والارض فبقي ما وراءه على الاصل
اذ استئجار شيء بأجر غير مشار اليه ولا في الذمة لا يجوز وقد ورد
في استئجار الارض والعامل في المزارعة فيقتصر عليه واما اذا شرطا
لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات والسواقي او يرفع رب
البذر بذره او ان يرفع الخارج فلما بينا انه يؤدي الى قطع الشركة
في البعض المسمى او في الكل وشرط صحتها ان يكون الخارج كله مشتركا

بينهما والمراد بالخارج هنا هو المواضعة بان يكون الموضوع على الارض
دراهم مسماة او قفزانا مسماة او منهما واما اذا كان الخارج مشتركا مسمى
بانه كان الموضوع عليها يقسم الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء
الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدي الى قطع الشركة
وقد ذكرنا ان البذر والارض لو كانا لواحد فله ان يجبر على ما بيناه وكذا اذا
شرطا لاحدهما الثلثين وللآخر الثلث لانه يحتمل ان يصيبه آفة فلا
ينعقد الحب ولا يخرج الثلثين وكذا اذا شرطا للثلثين مسمى والحب
لاحدهما لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرطا الحب مسمى ولم يتعرضا لذكر الثلثين تحت لاشتراكهما
فيما هو المقصود ثم الثلثين يكون لصاحب البذر لانه نماؤه وشيء
سقفه لا يحتاج الى الشرط كتقشيب رطبتها في المضاربة وقال مشايخ
بلخ الثلثين ايضا بينهما اعتبارا للعرف فيما لم يتعارفوا عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب مسمى سقين والثلثين لرب
البذر يحتمل لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه
ولو شرطا الثلثين للعامل فسدت لانه شرط لا يخالف موجب العقد
مخالف لمقتضى العقد وربما يؤدي الى قطع الشركة بان تصيبه آفة
ولا ينعقد الحب ولا يخرج الا الثلثين قال رحمه الله وان بعث فالخارج
على الشرط لصحة الالزام قال رحمه الله وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل
لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة قالوا بحسب العقد الصحيح
انها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة
في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة
ولم يخرج الارض لها حيث يستحق اجر المثل لان اجر المثل في الذمة وعلم
الخارج لا يمنع من وجوبه في الذمة قال رحمه الله وان ابى عن العمل

اجير الارض ليذر لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير
انها تفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر من التفريغ فله ان يعذره
لانه لا يمكنه التفريغ الا بتلف ماله وهو القاء البذر على الارض فلا يدرى
اينبت ام لا فصار نظير ما لو استاجر اجيرا ليهدم داره ثم امتنع وان
امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر
فاذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب الارض للمزارع فلا
شيء له في عمل الكرب في القضا لان عمله انما يقوم بالعقد وقد قوبه
يخلاف الشايع للخارج والاخراج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى
ان يعطيه اجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به
وهو مدفوع نيقتضي بارضايه بان يوفيه اجر مثله قال رحمه الله
وتبطل بموت احدهما لانها اجارة وهي تبطل بموت احد المتعاقدين
اذا عقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على اطلاقه هو
جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت الزرع يبقى
عقد الاجارة حتى يستحصد الزرع ثم تبطل في الباقي لان في ابقاء العقد
حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل او ورثته على حالة يقسم
على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انفسخت المزارعة لانه ليس في ذلك
اتلاف مال على المزارع ولا على العامل بمقابلة العمل لانه انما يقوم بالخارج
ولا خارج فلا يجب شيء بخلاف المسئلة الاولى حيث يبقى بارضايه
لانه كان مغرورا من جهته والاستيفاء باختياره ولم يوجد ذلك هنا
لان الموت يأتي بدون اختياره وان كان على رب الارض دين قاض
ولم يقدر على قضايه الا ببيع الارض تختار المزارعة ويبقى بالدين
لانها تفسخ بالاعذار فيما بينا وهذا عذر وليس للعامل ان يطالبه

بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع لا تتقوم بالعقد
وتتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت
الزرع ولم يستحصد لم يترك الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في
البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرج العامل
من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو مماطلا
فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظالم بالمماطلة ولا كذلك لو زرع في الارض
ولم تنبت في رواية لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قايم
لان البذر استهلاك وهذا لو استوفى صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا
لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال
فاذا الحق بكيلي لم يفرق بين بناع في الحالة الدين كابتاع قبل الزراعة
في الحال وقيل لا بتاع حتى يستحصد كالابتاع بعد النبات حتى يستحصد
ولان البذر ليس باستهلاك وانما هو استغنا الارض كالاجر
والوجه ان يكون زراعة ملك الصغير ولو كان استهلاكا لما ملكاه فكان
البذر فيها عين مال فلا يتابع كالابتاع بعد النبات قال رحمه الله فان
مضت المدة والزرع لم يدرك ترك على المزارع اجر مثل ارض حتى يدرك
اي يجب على العامل اجر مثل ارض لاخر اي انه يستحصد ويجب على غير
صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره
بخلاف ما اذا مات احدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى ان يستحصد
ولا يجب على المزارع شيء لانا بقينا عقد الاجارة هناك استحسانا بالبقا
مدة الاجارة ما لم يتمكن الاستوار للعامل ودارته على ما كان من العمل
اما هنا فلا يمكن لانقضا المدة فتعين ايجاب اجر المثل بالابقا فكانت
المؤنة ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الانهار عليهما لانها كانت
على العامل ابقا العقد لانه مستاجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى

العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف
ما اذا مات احدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء
العقد على ما بينا وان انفق احدهما على الزرع بغير امر القاضي وبغير
امر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك
لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة
ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من
الاضرار بالاخر ولو اراد المزارع ان ياخذ بقلا قيل لصاحب الارض
اقلع الزرع ان شئت فيكون بينهما او اعطه قيمة نصيبه او انفق
انت على الزرع وارجع عليه بما انفقت دفعا للضرر عنه ولو مات
المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته ان يعملوا مكانه نظرا لهم ولا اجر
لهم لانا بقينا العقد نظرا فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر في
المدة فكذا هم ولو ارادوا قلع الزرع ولم يجبروا على العمل لا بقينا العقد
نظرا لهم فاذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للاخر الاخر
نظرا له على ما بينا قال رحمه الله ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما
كاجرة الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية اي يجب عليهما نفقة
الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة اما نفقة الزرع فلما ذكرنا
واما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية مطلقا فلان عقد
المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع
بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى
بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فتجب مؤنته عليهما قال رحمه الله فان شرطا
على العامل فسدت اي شرطا العامل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد
والرفاع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد فيه منفعة
لاحدهما فيفسد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه

الاشيا

الاشيا ليست من افعال المزارعة فكانت اجنبية فيكون شرطها مفسدا
لشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف ان المزارعة مع شرط الحصاد
والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يقولون بهذه الرواية
ويزيدون على هذا ويقولون ويجوز شرط التنقية والحمل الى منزله
على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بها بين الناس ويجوز
ترك القياس بالتعامل الا ترى ان الاستصناع يجوز للعامل واختار
شمس الائمة السرخسي رواية ابي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو
شرط الجداد على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع
لعدم التعامل ولو اراد فصل القصيل او جذ التمر بسرا والتقاط
الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما انهياه لما غرما على القصيل والجداد
بسرا فصار كالحصاد بعد الادراك والله اعلم كتاب
المساقاة وهي مفاعلة من السقي لغة قال رحمه الله هي معاقدة
دفع الاشجار على من يعمل فيها على ان الثمر بينهما يعني في العرف
قال رحمه الله وهي كالمزارعة وعندهما تجوز وشرطها عندهما شروط
المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في اربعة اشيا احدها اذا امتنع احدهما
انه يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر
صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر
ويعمل بلا اجر على ما بينا والمزارعة باجر على ما بينا والثالث اذا
استحق النخيل يرجع العامل باجر عمله والمزارع بقيمة الزرع والرابع
بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك
الثمر معلوم فلا يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية
معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف

والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع
اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة
لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه
الى اول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع
النخيل او الرطاب به لان الرطبة تنمو ما دامت متروكة في الارض
فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا اطلق في الرطبة
ولم يزد على قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا اطلق في النخيل حيث
يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج منه والفرق ان ثمر النخيل لادراكه
وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة كبذره وثمار النخل
ولو اطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انتقضت المعاملة فيها لانتهاء
مدتها فان سميا فيها مدة يعلم ان الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكر مدة تحتمل
طلوع الثمر فيها جازت المساقاة لعدم التيقن بفوات المقصود
ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لعدم التيقن بفوات
لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لا تبين
الخطا في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما اذا
لم يخرج اصلا لان الذهاب باقة فلا يتبين ان العقد كان فاسدا فبقي
العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله وتصح
في الكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي
رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم ولا تجوز للزراعة الا
تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما كما قال ابو حنيفة في المزارعة وانما
جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله اصل في الشرع

وهو

وهو المضاربة والمساقاة اشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة
في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة في المزارعة
لا يتاتى في ذلك لان شرط رفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المعاملة
مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعا
لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روي عن ابن عمر
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بنصف ما يخرج
من ثمر او زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وهذا مطلق فلا
يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا
للمعاملة بالراي وقد ورد فيه احاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب
اجراؤها على اطلاقها ويحكى ايضا ان اهل خيبر كانوا يعملون في
الاشجار والرطاب ولان النصوص ان تكون معلومة فجاز تعديتها الى
ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه
معلوم قال رحمه الله فاذا دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة
تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة لان العامل لا يستحق الا
بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل
ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل
التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على
الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك
لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله فان فسدت
فللعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال
رحمه الله وتبطل بالموت لانها في الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها
فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما يقوم قبل
ذلك الى ان تدرك الثمرة وليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا

كما في المزارعة لان في منعه الحاق الضرر به فينبغي العقد دفعا للضرر عنه ولا
ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر تخير ورثته الاخرين ان يقتسموا
البسر على الشرط وبين ان يعطوا نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس
له الحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره
في وجوههم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه
بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا
اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه
بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة
بحصته فقط وهذا خلف لان ذلك يؤدي الى استحقاق العامل
بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا ولو مات
العامل فلورثته ان يقوموا عليه وليس لرب الارض ان يمنعهم من ذلك
لان فيه النظر من الجانبين وان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب
الارض بين الخيارات الثلث التي ذكرناها انفا والاشكال الوارد
في الرجوع بحصته وارد هنا ايضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق مالي وهو ترك الثمار
على الاشجار الى وقت الادراك الا ان يكون وارثه في الخيار فيموت
بخلاف خيار الشرط فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار
في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة
والخارج بسرا اخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل ان
يقوم عليها الى ان ينتهي الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على
العامل اجر حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف
المزارعة حيث يجب على المزارع مثل اجر الارض الى ان يدرك الزرع

لان

لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة
عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق
العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله وتفسخ بالعذر كالمزارعة
بان يكون العامل سارقا او مريضا لا يقدر على العمل لانها في معنى الاجارة
وقد بينا انها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه بسرقة
الثمر والسعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل ان كان
يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استئجار الاجراء ولو اراد
العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق
وتاويل قول من قال انه يمكن ان لو شرط العمل فيكون عذرا من جهة
العامل ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا
او كرما او نخلا على ان تكون الارض والشجر بين رب النخل والغارس
نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله
وهي الارض ولانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بالات الاجير
على ان يكون اجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله والاته فيكون
في معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استاجر ارضا صباغا ليصبغ
له ثوبا يصبغ نفسه على ان له نصف المصبوغ او لان صاحب الارض
مشتريا نصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهولة
ومعدومة وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة ايضا وكل ذلك يوجب
الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه واجر
مثل عمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل باجره
في ارضه صار كان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا
للغرس لاتصاله بارضه مستهلكا بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة اشجاره
واجر مثله لانه انتفى لعمله اجرا وهو نصف الارض ونصف الخارج ولم

يحصل له منه شيء فيجب عليه اجر مثله **كتاب الذبائح** قال
رحمه الله هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح اي الذبائح جمع ذبيحة
والذبيحة اسم للشيء المذبوح قال رحمه الله والذبح قطع الاوداج
لقوله عليه الصلاة والسلام افر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم
والمري والودجان وانما عبر عنه بالاداج تغليبا وبه يحل المذبوح
وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح
وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير ماكول
ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام
ذكاة الارض يبسها اي طهارتها واصل تركيب التذكية يدل على
التمام ومنه ذكا السن بالمد لنهاية الشباب وذكي النار بالقصر
لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح ما بين اللبة
واللحيين والثانية الجرح في اي موضع كان من البدن وهذا كالبدلية
وانما كان كذلك لان الاول ابلغ في اخراج الدم من الثاني فلا يترك
الا عند العجز عنه ويكتفى بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع
ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة او
دعوى كالمسلم والكتابي ويشترط في حق الصائد ان يكون حلالا
وان يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
وحل ذبيحة مسلم وكتابي لم تلونا لانه عام فيدخل فيه المسلم
والكتابي والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو مشرك والمحرم في حق
الصيد والمرتد لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد
به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اي كافر كان ولا
يشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين ان يكون
ذميا او حربيا ويشترط ان لا يذكر فيه غير اسم الله تعالى حتى لو

ذكر

ذكر الكتابي المسيح او عزيرا لا يصح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله وهو
كالمسلم في ذلك فانه لو اهل به لغير الله لا يحل قال رحمه الله وصبي
وامراة واخرس واقلف والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط
وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط
بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو ان يعلم
شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان
ضابطا والقلفة والانوثة لا تخل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكر
فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل لانه الزم قال رحمه
الله لا مجوسي ووثني ومرتد وتارك اسم الله تعالى عمدا اي لا تحل
ذبيحة هؤلاء اما المجوسي فلقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم
التوحيد اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشترك
واما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز
نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر اليهودي او تهود
لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب
لا ما قبله حتى لو تجسس اليهودي لا تحل ذكاته لما ذكرنا والمتولد بين
الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك اشر فيعتبر الاخف واما
المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد تؤكل لان
فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله غير مشروع فلا يحل اكله
وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي فلا يكون مشروعا
وكذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا يحل واما تارك اسم الله عمدا
فلقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله
صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه

فعل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا توكلا يحل اكله
والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال
الجارح توكلا عنده لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى ان
سمى اولم يسم وحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت للنبي صلى الله
عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا بلحم فلا ندري اسموا عليه اولم يسموا
فقال عليه السلام سموا انتم وكلوا ولو كانت شرطا لما امرها بالاكل
مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة
في الصلوة ولو كانت شرطا اقامت المالة مقامها كما في الناسي ولنا
ما تلونا وما رويا وعلى متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيما
كان قبل الشافعي وهذا القول منه عد خرقاله وانما كان الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم
عليه ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل وهذا قال
ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه
الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه
مخالفا للاجماع وما روا مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة
واجماع الامة فكان مردودا او نقول الحديث الاول محمول على حالة
النسيان والثاني دليل لنا انها سالت عن الاكل عند وقوع الشك
في التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمي عليه وهي شرط
فيه وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر انها لا تترك ظاهر المسلم اشتري
شيئا جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال رحمه الله
وحل لو ناسيا اي حل الملكي ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك
لا يحل ما بينا من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان موضوع حكما
بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ولان في اعتباره

حرجا

حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير
النسيان فيتعذر عليه الاحتراز عنها من جهة حاله كالاكل
في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل
وغيره في الصلوات والجماع في الحيض لا يختلف فيه بين الناسي والعامد
لانه حالة مذكرة والنص غير مخرج على اطلاقه اذ لو اريد به مطلقا
لخرجت الحاجة بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم واقامت
المالة في حق الناسي وهو معذور لا يدل الاقامة في حق العامد لا عذر له والناسي ليس بخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخص
بالقياس لانه ذكر الوسيلة تقدير القيام المالة مقامها ولا يقال ان الآية
مجملة لانه لا يدري هل اريد بها حال الذبح او الطبخ او حالة الاكل
لانا نقول اجمع السلف على ان المراد حالة الذبح فلون مفسرة فتسقط
الاحتجاج بها الا ترى ان ذبيحة المجوسي لا توكل وذبيحة الكتابي توكل
وليس بينهما فرق يعقل الا ان الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي
ثم التسمية في ذكاة الاختيار شرط ان يكون عند الذبح فاذا
لم التسمية في ذكاة الاختيار شرط ان يكون عند الذبح فاذا
التسمية على الذبيحة ولو سهوا ولم تحضره النية صح لانه اتى بالتسمية
وظاهر حاله يدل على انه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها
ولو سهوا اراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل لانه
قال الله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه نهي والنهي
شارع في الصلوة ويشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صوافي وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى فاذا
وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر ان يذبح عقيب التسمية قبل
ان يتبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل او
شرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح حل وان كان كثيرا

لا يحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن
الا بحرج عظيم فاقيم المجلس مقام الاتصال فالعمل القليل لا يقطع المجلس
والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند ارسال الخارج
او الرمي وهي على الالة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه
في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط
عند فعل يقدر عليه حتى لو اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين
التي كانت معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمى الى صيد وسمى فاصاب
صيدا اخر حل وكذا ان ارسل كلبه الى صيد فترك كلبه ذلك الصيد
واخذ غيره حل لتعليق التسمية بالالة ولو اضجع شاة وسمى وطرح السكين
واخذ سكينا اخر فذبحها به ولم يسم حلت لتعلقها بالمذبوح ولو
سمى على سهم فتركه واخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمى وذبح
شاتين على التعاقب حلت الاولى دون الثانية ولو اضجع احداهما
فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة
حل اكلها قال رحمه الله وكره ان يذكر مع اسم الله غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز
وهذا النوع على ثلثة اوجه احدها ان يذكر موصولا من غير عطف
فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان
اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدا لكن يكره
لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره بالنوازل وقال
بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه ان لا يعتبر الاعراب
بل لا يحرم مطلقا بدون العطف لان كلام الناس لا يجري عليه ومن
هذا النوع ان يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن
الذبح واقعا عليه ولكنه يكره لما ذكرنا والثاني ان يكون موصولا

على

على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول باسم الله واسم فلان بالجر او بسم
الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه اهل
به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما اهل به لغير الله وقال عليه
السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع
المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدا واختلفوا في النصب ويكره
فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث ان يقول مفصولا
عنه صورة ومعنى بان يقول قبل ان يضجع الشاة او قبل التسمية
او بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني او من فلان وهذا لا يكره لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني او
من فلان عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان
عليه السلام يقول اذا اراد الذبح اللهم هذا منك ولك لك صلاتي
ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت
وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي كرم
الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله
عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به
لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد
على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة
لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر
الله وفي الذبيحة المامور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عنه منهي عنه بقوله
تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند
الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن النبي صلى الله عليه
وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله

تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني ان يقول بسم الله
اكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال رحمه الله والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه
واسفله والاصل فيه ما روي انه عليه السلام بعث مناديا ينادي في فجاج
منى الا ان الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى
النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على ابلغ
الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح اعلا
من الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات
وفي فتاوى سمرقند ذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الامام الرستغفني
فانه قال سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان
يجب ان تبقى مما يلي الراس اتوكل ام لا فقال هذا قول العوام من الناس
وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما
يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد ثم حكي ان
شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم
ولا المري واصحابنا رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من
قطع احدهما عند الكل واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الراس
لم يحصل قطع واحد منهما فلا يوكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع
الاعلا والاسفل ثم علم فقطع مرة اخرى الحلقوم قبل ان يموت بالاول
ينظر فان كان قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول اسرع منه بالقطع الثاني
والا حل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة
فقطع اعلا من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها قال رحمه الله والمذبح
الحلقوم والوريد والودجان لما روي انه عليه السلام انه قال
افر الودجان بما شئت وهو عروق الحلق في المذبح والمري مجرى

الطعام

الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها واطلق
عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بانهار الدم ولو
قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع المري والحلقوم لا يموت فضلا
عن التوحية فلا بد من قطعهما او قطع احدهما ليحصل التوحية
ولا بد من قطع الودجين او احدهما ليحصل انهار الدم قال رحمه الله
وقطع الثلث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة
ومروة وما انهر الدم الا سنا وظفرا قائمين وهذا الاكتفاء بالثلث
مطلقا قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعن ابي يوسف
انه يشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد انه
لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربعة واجمعوا على انه يكتفي
بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة
لان كل واحد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر
بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها وابو يوسف يقول ان المقصود
من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد
منها مجرى الدم واما الحلقوم والمري فمخالفان للاوداج منهما بخلاف
الاخر فلا بد من قطعهما وابو حنيفة يقول ان الاكثر يقوم مقام
الكل واي ثلث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه
وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى
بعد المري والحلقوم ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي
بالاكثر ايهما كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال
الشافعي يكتفي بقطع الحلقوم والمري والحجة عليه ما روينا فان فيه
ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا
للاقتصار على ما دون الثلث وقوله ولو بظفر وقرن وعظم وسن

منزوع مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه الاشيا ميتة لا يحل اكلها
لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافر الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح
بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم ويروى افر الاوداج بما
شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون
ذلك اظهارا للجلد ولانها جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو
اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة الالم وقد نهينا
عنه وامرنا بضده وقوله وليطة ومروة وما انهر الدم لما روي
عن عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيد الصيد فلا نجد
سكينا الا الطرار او شقة العصا فقال عليه السلام افر الاوداج بما
شئت واذكر الله رواه البخاري ومسلم وغيرهما واما الظفر القائم والسن
القائم فلما روي عن رافع بن خديج انه قال قلت يا رسول الله نلقى العدو
غدا وليس معنا مدى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر
اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن
فعظم واما الظفر فمدى الحبشة رواه البخاري ومسلم وتاويله اذا
كان قائما على ما بينا الا ترى الى قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة
وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رحمه الله وندب حد الشفرة لقوله
عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
رواه مسلم واحمد وغيرهما ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي انه
عليه السلام راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت
ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال رحمه الله ويكره النخع

وقطع

وقطع الراس والذبح من القفا والنخع هو ان يصل الى النخاع وهو خيط
ابيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عليه السلام ان تنخع
الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل ان يمد راسها حتى يظهر
مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك
مكروه لانه في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب للحيوان بلا
فايدة ويكره ان يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وان يسلخ قبل ان تبرد لما
ذكرنا وتوكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زايد وهي زيادة الالم
فلا توجب الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره لان السنة
في الذبح ان يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في اضحيته القبلة لما اراد ذبحها
وفي الذبح من القفا زيادة الم فيكره وتحل ان بقيت حية حتى تقطع
العروق ولتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا توكل
لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله وذبح صيد استانس وجرح
نعم توحش او تردى في بير لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليها الا عند العجز
عن ذكاة الاختيار على ما مر ولم يتحقق العجز عن ذكاته فجرحه فمات من
الجرح وعلم ذلك يوكل وان علم انه لم يمت من الجرح لا يوكل وان اشكل ذلك
اكل لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف
موتها صار ذكاتها الجرح وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن
محمد ان الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار
وفي البقر والابل يتحقق العجز في الصحرا والمصر يحل بالعقر والصيال
كالندود اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد
ذكاته حل اكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلي بذكاة الاضطرار لان العجز
عن ذكاة الاختيار فيه نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روي عن رافع

ابن خارج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقدنا بكرا من بعير القوم
ولم يكن معهم خيل فجاء رجل منهم فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش فما نفعل منها هكذا فقال فاصنعوا به
هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر ولان المعتبر حقيقة العجز
وقد تحقق فيصار اليه لما قلنا الا ان سلم قدرته بل هو غالب وذكر
في النهاية معزيا الى النوازل لو نفرت بقرة فعجز عنها الولاة فاه خل
صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان
لا يقدر على مذبحه حل ايضا وان كان لا يقدر لا يحل قال رحمه الله
ومن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل واما كانت
السنة نحر الابل وذبح البقر والغنم الذبح لموافقة السنة المتوارثة
قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه
بذبح عظيم وقال تعالى وفي البقر والغنم الذبح فكان في كل واحد منهما
السنة ما هو الايسر فيه وان نحر البقر والغنم وذبح الابل يجوز لحصول
المقصود وهو تسييل الدم وكره لتركه السنة المتوارثة وهو المراد
بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه النحر
قطع المروق في اسفل العنق عند الصدر والذبح قطع المروق في اعلا العنق
تحت اللحيين قال رحمه الله ولم يذك جنين بذكاة امه حتى يحل
اكله بذكاتها وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله
وقال ابو يوسف ومحمد وجماعة اذا تم خلقه حل اكله بذكاتها لقوله
عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه وروي انه عليه السلام قيل له
يا رسول الله نحر الناقة ونذبح البقرة او الشاة في بطنها الجنين الفيه
او نأكله فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه واحتجوا ايضا بقوله
تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الابل والحمولة

الكبار فقد من الله علينا بابا حة اكله لنا ولانه جزء من الام متفقة لكونه
متصلا بها حيا فيتصل بها المراض ويتغذا بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا
حكما حتى يدخل في الاحكام الواردة على الام كالبيع والهبة والعتق
فاذا كان جزاها فيكون جرح الام ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع
انه جزء لا يتبين من ذكاتها الاختيارية فانتقل الى ما هو في وسعه
وهو الجرح في الصيد وجرح الام في الجنين فصار مثله بل فوقه لانه يموت به
قطعا والغالب في الصيد الجروح السلامة لا سيما اذا وقع الجرح في اطرافه
ولابي حنيفة ومن تابعه ان الله حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات
من غير ذكاة الا ترى ان الله تعالى شرط التزكية بقوله الا ما ذكيتم وحرم
المنخنقة والمتردية وما ذبح على النصب بالكتاب وهذا لانه اصل في الحيوة
حتى يتصور حياته بعد موته لما فيه فوجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه
فيحل به ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود من الذكاة اخراج دمه ليتميز
من اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها وهذا يفرد بايجاب القيمة ويقبل
العتق وحده وتصح الوصية له وبه ينفرد الملا يمكن جعله تبعا لامه دنيه
لانه لا يحصل المقصود بذكاة امه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد
لانه يخرج الدم وهو المقصود فيقوم الذبح عند العجز يحققه انه لو
كان جزء الام محل اكله وان لم يتم خلقه لان جميع اجزاء الام ما كولة
فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها وما رواه لا يعارض الدليل
القطعي والمراد بالحديث الاول او ان الجنين تشبيه اي ذكوة الجنين
كذكوة امه والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة
عرضها السموات والارض ويقال زيد الاسد اي كالاسد قال الشاعر
فعيناك عيناها وجيدك جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق
اي كعينيها فلا يحمل على انه يكتفي بذكاة الام والدليل عليه انه يروى

ذكاة امه بالنصب على المصدر اي يذكا ذكاة مثل ذكاة امه وهذا يبين
ان المراد بالرفع التشبيه والا لفسد المعنى لانه يودي الى ان ذكوة
الجنين هو ذكاة الام بمعنى انه يكتفى به بذكاة الام ويستغنى عن
ذكاة الام وهذا كما تقول كلام زيد كلام القوم بمعنى انه يكتفى به ولا
يحتاج الى كلامهم وانما كان كذلك لان المبتدا والخبر اذا كانا معرفتين
وجب تقديم المبتدا وتاخير الخبر بمعنى ان المتقدم هو المبتدا
والمتاخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما اشرف على الموت
قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون اي اذبحوه وكلوه وهذا مثل
ما يروى انه عليه السلام في اكل لحم الخيل اذا ذبحت لان الشيء اذا عرف
شروطه وذكر مطلقا في البيع تحريا للجواز لان البيع يفسد باستثنائه
وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ولا يقال لو لم
يحل اكله بذكاة امه لما حل ذبح امه لان فيه تضييع الولد ونهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لانا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم
ادراكه فيذبح فلا يحرم او لان المقصود لحمه فلا يتوسل الا به فكان
قتله لغرض صحيح فاذا كان يجوز قتل المسلمين للتوسل الى المقصود كما
اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالاجنة والله اعلم **فصل**
فيما يحل وما لا يحل قال رحمه الله لا يوكل ذو ناب ومخلب من سبع
وطير اي لا يحل اكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير
لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
اكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وابو
داود وجماعة اخر وعن ابي ثعلبة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل
كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف
منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب هو سلاح

وهو

وهو مفعل من المخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك ان المراد بذي مخلب
هو سباع الطير لا كل ما له مخلب وهو الظفر كما اريد في ذي ناب سباع
البهائم لا كل ما له ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى
ان يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم اكراما لبني ادم وهو نظير ما روي
انه عليه السلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ويدخل في
الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روي انه عليه السلام اباح
اكلها محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل ايضا لانه ذو ناب واليربوع
وبن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان
الجيف **قال رحمه الله وحل غراب الزرع** لانه ياكل الحب وليس من
سباع الطير ولا من الخبائث **قال رحمه الله لا الابقع الذي ياكل**
الجيف والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية
والبغل اي هذه الاشياء لا توكل اما الغراب الابقع فلانه ياكل الجيف فصار
كسباع الطير والغراب ثلثة انواع نوع ياكل الجيف فحسب فانه لا
يوكل ونوع ياكل الحب فقط فانه يوكل ونوع يخلط بينهما وهو ايضا يوكل
عند ابي حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج وعن ابي يوسف انه يكره
لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح وقال في النهاية ذكر في بعض
المواضع ان الخفاش يوكل وذكر في بعضها انه لا يوكل لان له نابا واما
الضبع فلما روينا وبينا ولانه ياكل الجيف فيكون لحمه نابتا منها
فيكون خبيثا واما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها
من الخبائث لان العرب تستخبثها قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
وما روي انه عليه السلام اباح اكله محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث
لانه لو لم يكن في الابتداء حرام الا ثلاثة اشياء على ما قال الله تعالى قل
لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما

مسفوحا او لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك اشيا لا تحصى والشافعي يجوز
اكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما روينا
وتلونا والحجة عليهما ما بينا واما الحمر الاهلية فلما روي عن ثعلبة الخشني
انه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخاري
ومسلم واحمد واما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كانت
امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان العبرة في الحل والحرمة
الام فيما تولد من ماكول وغير ماكول قال رحمه الله وحل الارنب لانه
عليه السلام امر اصحابه ان ياكلوه حين اهدي اليه مشويا رواه احمد
والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي
قال رحمه الله وذبح ما لا يوكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير
وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان اثر الذكوة في اباحة
اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار
كذبح المجوسي ولنا الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا
زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول
في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه
ايضا حتى لو وقع في الما القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به
لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالذيب اذا خالطه
شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر
فيه الدباغ لنجاسته والادمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة
لحم ما يوكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة
قال رحمه الله ولا يوكل ماي الا السمك غير طاف وقال مالك يوكل
جميع حيوان الما واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان
وعن الشافعي رضي الله عنه انه اباح ذلك كله قال صاحب الهداية

الخلاف

الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي ان يجوز بيعه بالاجماع لطهارته
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر
هو الطهور ماوه والحل ميتته وانه لا دم في هذه الاشيا اذ الدموي
لا يسكن الما والمحرم هو الدم فاشبه السمك وروى جابر انهم اصابهم
جوع شديد في غزاة فالقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فاكلنا منه
شهرا فقال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال كلوا رزقا اخرجه الله عز وجل لكم اطعمونا ان كان معكم
الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك
خبث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدوا اتخذ
فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلي محمول
على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل اكله والميتة المذكورة فيما روي
محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام
احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
وحديث جابر لا يدل على مرادهم فانه قال فجعنا جوعا شديدا فالقى
البحر حوتا ميتا لم نر مثله يقال له العنبر هكذا رواه البخاري ومسلم
واحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في حال المخمصة
وفيها تحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالاجماع
والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فتتناول البري والبحري
واما الطافي فيكره اكله لقول جابر رضي الله عنه انه عليه السلام قال
ما نضب عنه الما فكلوه وما طفى فلا تاكلوه وعن جماعة من الصحابة رضي
الله عنهم مثله وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل
لهما فيما رويا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا
الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض او نحوه ثم الاصل فيه انه متى عرف

سبب موته كلقطه او بحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة
الملتفة بحيث يمكن اخذه من غير حيلة او بابتلاع سمكة او بقتل طير
الما اياها او انجماد الما عليها فماتت حل اكلها لان سبب موتها معلوم
ولو ماتت من شدة حر الما او برده قيل توكل لان سببها معلوما وقيل
لا توكل لان الما لا يقتل السمك حارا كان او باردا وان انحسر الما عن
بعضه ومات روى هشام عن محمد انه ان كان راسه في الما لا يوكل وان
كان ذنبه في الما وراسه انحسر عنه الما اكل لان خروج راسه عن الما
سبب لموته فكان موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط
فيه ان يعلم باي سبب مات حتى لو ابان عضوه بضرب فانه يوكل
ويوكل العضو ايضا قال رحمه الله وحل بلا ذكاة كالجراد اي حل
السمك بلا ذكوة كالجراد لما روينا قال رحمه الله ولو ذبح شاة فتحركت
او خرج الدم حلت والا لا ان لم يدر حياته وان علم حل وان لم يتحرك
ولم يخرج الدم لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت
لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما او وجود احدهما
علامة الحيوة فتحل وعدمها علامة الموت فلا تحل الا اذا علم حياتها
عند الذبح فتحل لان الاصل بقا ما كان على ما كان فلم يحكم بزوال الحيوة
بالشك وذكر محمد ابن مقاتل ان خروج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم
لا ينجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهو ينافي المنخنقة
والمتردية والنطيحة والتي بقر الذيب بطنها لان ذكوة هذه الاشيا
تحل وان كانت حياتها خفية في الظاهر من الرواية لقوله تعالى
الا ما ذكيتم وعن ابي حنيفة انها انما تحل اذا كانت بحال تعيش يوما
لولا الذكوة وعند ابي يوسف ان كانت بحال لا تعيش مثله لا تحل
وعند محمد رحمه الله ان كانت بحال تعيش فوق ما تعيش المذبوحة

تحل

تحل والا فلا وسنبينها ان شا الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبح شاة مريضة
ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن مسلمة ان فتحت فاها لا توكل وان ضمت فاها
اكلت وان فتحت عينها لا توكل وان ضمت عينها اكلت وان مدت رجلها
لا توكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا توكل وان قام شعرها
اكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم
الشعر علامة الموت لانها استرخا وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر
ليست باسترخا بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضي خان
هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح وان علم حياته وقت الذبح اكل على كل حال
وكذا ذكره في المحيط والله اعلم

كتاب الاضحية

وهي اسم لما يضحى بها كالاروية وهي الانثى من الوعول وتجمع
على اضاحي بالتشديد على افاعيل كالاراوي في جمع الاروية ويقال
ضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال اضحاة وتجمع على اضحا كارطاة وارطا
وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص
عند وجود شرايطها وسببها وشرايطها الاسلام والوقت واليسار الذي
يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه اعلم ان القربة
المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف
كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع العينان فانها تقرب
باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصرف في اللحم يكون تمليكا واباحة قال
رحمه الله تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة او سبع
بدنة فجر يوم النحر الى اخر ايامه وفي الجوامع عن ابي يوسف انها سنة
وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي انها سنة موكدة على قول ابي يوسف ومحمد
وهكذا ذكره بعضهم ايضا ووجه السنة قوله عليه الصلاة والسلام اذا
رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره

رواه مسلم وابو داود واحمد وجماعة اخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب
ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة
الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة المالية فصار كالمعتبرة ووجه الوجوب
قوله عليه الصلاة والسلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا
رواه احمد وابن ماجه رضي الله عنهما ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك
غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام امر باعادتها بقوله من ضحى قبل
الصلاة فليعد بعد والامر للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب اعادتها ولانها
قربة تضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة
للاختصاص ويحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا
بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا
على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه الا يرى ان الصوم
جوز في ساير الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة يجوز
في كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد لان الاضافة الى الوقت لا يتحقق
الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت
واجبة وانما لا تجب على المسافر لان اداءها يختص باسباب تشق على المسافر
وتفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة
وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما
روي ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع
في المباح والعتيرة منسوخة وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الاسلام
والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا
تتادى الا بالملك [illegible] والاسلام لان القربة لا تتادى الا من
المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا [illegible] لا تجب الا على القادر
وهو الغني دون الفقير ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو

ايام

ايام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط ان يكون غنيا في ايام النحر
ولو كان فقيرا فايسر فيها يجب لانه ادرك وقتها وهو غني لان الموجود
في بعض الوقت كالموجود في اوله وقيل لا يجب عليه لان الوجوب يتعلق
بطلوع الفجر والفقير ليس من اهله فجعله في هذه الرواية نظير صدقة الفطر
وقوله عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه وقوله لا عن طفله اي لا يجب
عليه عن اولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل في العبادة ان لا تجب
على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب
فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في حق الولد في صدقة
الفطر دون الاضحية ولهذا لا يجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه
عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير
لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر فعلى هذه الرواية لو ولد له
ولد في ايام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها والاول ظاهر
الرواية وقد بينا وجهه وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه
من ماله عند ابي حنيفة وقال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه من مال نفسه
لا من مال الصغير والخلاف في الاضحية كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا
يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتادى بالاراقة
والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم جميعا لان
الاراقة اتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق
به ولا يمكن الصغير ان ياكل اللحم كله والاصح انه يضحي من ماله وياكل منه
ما امكن ويبتاع ما بقي ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية وفي الكافي
الاصح انه لا يجب ذلك وليس للاب ان يفعله من ماله اي من مال الصغير وقوله
شاة او سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز الهدية كلها الا عن
واحد لان الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزى الا اذا تركناه بالاثر وهو ما روي

تحفة

عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والنص في الشاة ضحى على اصل القياس
ويجوز عن ستة او خمسة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن
السبعة فمن دونها اولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل
وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل اذا بعضه
اذا خرج من ان يكون قربة خرج الكل من ان يكون قربة على ما بينا في الهدي
وقال مالك يجوز الواحدة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة
ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منا لقوله عليه الصلاة والسلام
على اهل كل بيت في عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم فتم اهل
البيت لانه البارله حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه بدليل ما يروى
عليه كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين تضحي
لجوز في الاصح لان نصف السبع يكون تبعا لثلاثة الاسباع واذا جاز على
الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه
شيء من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك ستة بعد اجزاه استحسانا والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تموله في الاشراك
ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء
وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لخرجوا وهو مدفوع
شرعا والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ولا يشتري حتى يجتمعوا قدر ما يريد
من الشركاء ليخرج منه الخلاف وعن صورة الرجوع وعن ابي حنيفة مثل قول زفر
قال رحمه الله ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره اي لا يجوز لاهل
المصر ان يذبحوا الاضحية قبل ان تصلى صلاة العيد يوم الاضحى وذبح غيره
اي غير اهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل ان يصلي الامام صلاة

العيد

العيد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فانما
ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال
عليه الصلاة والسلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية
قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى
للمتاخير عن القروي اذ لا صلاة عليه وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما
الجواز بعد الصلاة قبل ذبح الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت
في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد
الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعثه بها الى خارج المصر
في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها
من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا وهذا
لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الاداء امكان الحل وهو المال
لامكانه الفاعل اعتبارا لها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها امكان
الفاعل لانها تتعلق في الذمة والمال ليس بمحل لها ولهذا لا تسقط بهلاك
المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد قبل
ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اتفقوا بهذا
اجزاهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والا
استحسانا وقيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج
الى الجبانة فكان اصلا والاخر كالخلف عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل
ان يسلم لم يجز خلافا للحسن ولو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول اخروا
التضحية الى الزوال ثم ذبحوا لا تجزيهم التضحية ما لم يصل الامام في اليوم الاول الا
الزوال فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لا تجزيهم قبل الزوال
الا اذا كانوا لا يرجون ان يصلي الامام فحينئذ تجزيهم قبل الزوال هكذا ذكره

ك

في المحيط وذكر فيه ايضا ان التضحية في الغد او بعد الغد تجوز الصلاة
لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع
قضاء الا دافلا يظهر هذا في حق التضحية وقال هكذا ذكره القدوري في شرحه
ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية
لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكانه للاجتهاد
فيه ما فعلناه عذرا في حق جواز التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم
عن الفساد ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم
العيد تضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم لان البلدة صارت في هذا الحكم
كالسواد ولو شهد واعند الامام انه يوم العيد فصلى بهم ثم انكشف انه
يوم عرفة اجزاتهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا
الخطا فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة
لانه لا يتعذر التحرز عن مثله ووقتها ثلاثة ايام اولها افضلها لما روي
ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من
المقادير لان الراي لا يمتد اليه فيحمل عليه وانما كان اولها افضل لان فيه
مسارعة الى الخير ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط
في الظلمة وايام النحر ثلاثة ايام وايام التشريق ايضا ثلاثة والكل
يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر
وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن التضحية لانها تقع
واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهي واجبة عند البعض
وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي افضل ولا
تفوت بفواته وقتها والتصدق لا يفوت فكانت افضل وتظيره الطواف
للافاقي افضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوته بخلاف المكي فان الصلاة
في حقه افضل لانها خير ما وضع ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ولو كان عنيا

وجب

وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سواء كان اشتري اولم يشتر لانها واجبة في ذمته
فلا تخرج عن العهدة الا بالاداء كالجهة تقضي ظهرا والصوم بعد العجز
فديه وان كان فقيرا فان كان اشتري الاضحية اواوجب على نفسه بالنذر
وجب عليه ان يتصدق بذلك الذي اوجبه او اشتراه لانها تعينت
بالشراء بنية الاضحية او بالنذر فلا يجزيه غيرها الا اذا كان قد رفيمتها بخلاف
الغني لان الاضحية واجبة في ذمته فيجزيه التصدق بالشاة عنه او بقيمتها
ولا يجب عليه اكثر من ذلك الا اذا التزم التضحية بالنذر وعينه بغير الواجب
في ذمته فحينئذ يجب عليه ان يتصدق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب
الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا اذا اطلق النذر
ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه وان اراد به الواجب
بسبب الغنا لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب ينصرف الى غير
الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تكميلا له وتظيره النذر
بالحج وعليه حجة الاسلام فانه تلزمه حجة اخرى الا اذا عني به ما هو الواجب
عليه قال رحمه الله ويضحي بالجماوي التي لا قرن لها لان القرن
لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بالاولى لما قلنا قال رحمه الله
والخصي وعن ابي حنيفة هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح انه عليه الصلاة
والسلام ضحى بكبشين املحين موجوءين الاملح هو الذي فيه ملحة وهو
البياض الذي يشفه شعيرات سود وهي من لون الملح والموجوء الخصي
الوجاء هو ان يضرب عروق الخصية بشيء قال رحمه الله والثولاء هي
المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بان كانت سمينة لم
يمنعها من السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة
ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال رحمه الله لا بالعمياء والعوراء
والعجفاء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح لما روي عن البراء بن

عازب انه عليه الصلاة والسلام قال اربع لاتجوز في الاضاحي العولا
البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفا التي لا تنقي
والكسيرة التي لا تنقي رواه ابوداود والنسائي وجماعة اخر
وصححه الترمذي قال رحمه الله ومقطوع اكثر الاذان او الذنب
او العين او الالية لقول علي رضي الله عنه امرنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحي
بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقا ولا خرقا رواه ابوداود والنسائي
وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة
قطع من مؤخر اذنها والشرقا ان يكون الخرق في اذنها طولا والخرقا
ان يكون عرضا وان بقي اكثر الاذن جاز وكذا اكثر الذنب لان
للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز
عنه فجعل عفوا وعن ابي حنيفة ان الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان
يجوز وان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية
من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيرا ويروي انه الربع لانه يحكي حكاية الكل ويروي ان ذهاب
الثلث مانع لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية الثلث
والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي اكثر من النصف اجزاه
اعتبارا للحقيقة وهو اختيار ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت
بقولي يا حنيفة قال قولي كقولك قيل هو رجوع الى قول ابي يوسف
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان
عنهما وتاويل ما روينا اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف
الروايات لانه بمجرد الشق من غير ذهاب به شيء من الاذن لا يمنع ثم
معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين

قالوا

قالوا يسد عينها المعيبة بعد ان جاءت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
فاذا رأته في موضع اعلم على ذلك الموضع ثم يسد عينها الصحيحة ويقرب
العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى ما بينهما
من النقاوة فانه كان نقطا او ثلثا او غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر
والعتما التجوز وهي التي لا اسنان لها وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه
لحصول المقصود والسكاوي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغيرا يجوز
ولا يجوز الجلالة وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها والجداوي التي لا ضرع لها
ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الخداوي التي
يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت عنده بعيب مانع من التضحية
كان عليه ان يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزيه ذلك
لانه الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء والفقير
ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان
نقصانها انما غير مضمونة عليه فاشبهت نصاب الزكاة وعن ابي سعيد
انه قال اشتريت كبشا اضحي به فعدي الذيب فاخذ الالية قال فسالت
النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضحي به رواه احمد ويحمل على انه كان فقيرا لان
الغني لا يجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما
تعينت بالشراء في حقه حتى لو اوجب الفقير اضحية على نفسه بغير عينها
فاشترى اضحية معيبة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط الواجب
عنه لانه وجب عليه اضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا
لو كانت معيبة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا انه ليس بواجب عليه
وعلى هذا الاصل اذا مات المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى
ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى

في ايام النحر علي الموسر بهما وعلي المعسر بجهما وذكر الزعفراني
في رجل اشتري شاة للاضحية واوجبها اضحية فضلت منه ثم
اشتري مثلها واوجبها اضحية ثم وجد الاولي فانه اوجب الثانية
ايجابا مستانفا فعليه ان يضحي بهما وان اوجبها بدلا عن الاولي
فانه له ان يذبح ايهما شاء لان الايجاب متحد فاتحد الواجب وهذا
بناء علي اصله ان الفقير اذا اشتري شاة بنية الاضحية لاتتعين
لها عنده حتي يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لانه الشرا
لم يوضع للايجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في الكيف
الخاص لان الشرا موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية
موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية تتعين
للاضحية بالشرا لان الشرا من الفقير بنية الاضحية بمنزلة النذر
عرفا وعادة لانا لانجد في العرف فقيرا اشتري شيئا للاضحية
الا ويضحي بها لامحالة فكانه جعله ملتزما ولو اضجعها ليذبحها في يوم
النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا خلافا
لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار
كانه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيب في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال رحمه الله والاضحية من
الابل والبقر والغنم لان جواز التضحية بهذه الاشيا عرفت شرعا بالنص
علي خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف
بقر الوحش حيث لايجوز التضحية بها لان جواز ها عرف بالشرع في البقر
الاهلي دون الوحشي والقياس ممتنع وفي المتولد منهما يعتبر الام
وكذا في حق الحل يعتبر الام قال رحمه الله وجاز الثني من الكل والجذع

من

من الضان لقوله عليه الصلاة والسلام لاتذبحوا الامسنة الا ان
يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان رواه البخاري ومسلم واحد
وجاء عن اخر وقال عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية الجذع
من الضان رواه احمد وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع
من الضان اضحية رواه احمد وابن ماجة وقالوا هذا اذا كان الجزع
عظيما حيث لم يخلط بالثنيات يشتبه علي الناظر من بعيد والجزع
من الضان ماتمت له ستة اشهر عند القفها وذكر الزعفراني انه ابن
سبعة اشهر والثني من الضان والمعز ابن سنة ومن البقر ابن
سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجزع من البهايم
قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة
في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجزع
من المعز لستة ومن الضان لثمانية اشهر قال رحمه الله وان مات
احد السبعة وقال الورثة اذبحوها عنه وعنكم صح وان كان شريك
السنة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق
ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف
الجهات فيها لايضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو
القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير
عرفت قربة لانه عليه الصلاة والسلام ضحي عن امته ولم توجد القربة
في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم من المسلم
ينافيها واذا لم يقع البعض قربة يخرج الكل من ان يكون قربة لان
الاراقة لاتتجزي وهذا استحسان والقياس ان لاتجوز وهي رواية
عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلايجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
قلنا القربة قد تقع عن الميت كالتصدق للمار وبنا بخلاف الاعتاق لانه

الزام الولا للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا او امرأة ولد بان ضحى عن الصغير او
او عن ام الولد مولاها وان لم تجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو ذبحوها
بغير اذن الورثة فيما اذا مات احدهم لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف
ما تقدم لوجود الاذن من الورثة قال رحمه الله ويأكل من لحم الاضحية ويوكل
غنيا ويدخر لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن اكل لحوم الضحايا
بعد ثلث ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائي وقال
عليه السلام نبه بعد النهي عن الادخار كلوا واطعموا وادخروا والنهي
رواه مسلم والبخاري واحد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه
لما جاز له ان يأكل منه هو وهو غني فاولى ان يجوز له اطعام غيره وان
كان غنيا قال رحمه الله وندب ان لا تنقص الصدقة من الثلث لان
الجهات ثلاث الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى واطعموا
القانع والمعتر اي السايل والمعترض للسوال فانتم عليهم اثلاثا وهذا
في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وانه وجبت بالنذر
فليس لصاحبها ان يأكل منها شيأ ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان
الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل
من صدقته ولا ان يطعم الاغنياء قال رحمه الله ويتصدق بجلدها او يعمل منه
نحو غربال وجرابه لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به الاقرب ان له
ان يأكل لحمها ولا باس بان يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقايه استحسانا
وذلك مثل ما ذكرنا لان للمدرك حكم البدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا
بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على
نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا يتصرف فيه على قصد التمول واللحم بمنزلة
الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعها
بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله

عليه

عليه الصلاة والسلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهية
البيع واما البيع فجايز لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر
الجزار منها شيأ لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه تصدق
بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيأ والنهي عنه عن البيع
لانه في معنى البيع لانه ياخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع
ويكره ان يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزايها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد اقيمت بها والانتفاع
للغني بصوفها ولبنها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين قال رحمه الله
وندب ان يذبح بيده ان علم ذلك لان الاولى في القرب ان يتولاها
الانسان بنفسه وانه امر به غيره فلا يضر لانه عليه الصلاة والسلام
ساق ماية بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم اعطى الحربة عليا فنحر
الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالافضل ان يستفتي بغيره كيلا يجعلها
ميتة ولكن ينبغي له ان يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام
لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب قال رحمه الله وكره ذبح الكتابي لانها قربة وهو ليس من اهلها ولو امر
فذبح جاز لانه من اهل الزكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا
امر المجوسي لانه ليس من اهل الزكاة فكان افسادا لا اقترابا قال رحمه الله
ولو غلط وذبح كل اضحية صاحبه صح ولا يضمنان وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو
قول زفر لانه متعد بالذبح بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة
القصاب والتضحية قربة فلا تتادى بنية غيره وجه الاستحسان
انها تعينت للذبح لتعيينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها عينها
في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بل من يكون

ها

اهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام ويخاف
ان يفوت عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب
رطبها وكيف لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي
بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو اعظم من ذلك وهو ما بيناه
فيصير اذنا دلالة وهو كالصنع ومن هذا الجنس مسايل استحسانية
لاصحابنا ذكرناها في الاحرام عند الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما ياخذ
كل واحد منهما اضحية ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان
كان كل واحد منهما اكل ما ذبحه تحلل كل واحد منهما صاحبه فتجزيه
لانه لو اطعمه الكل في الابتدا يجوز وان كان غنيا فكذا لو ان يحلله
في الانتها وان تشاحا فان لكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع م
اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن
اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا وذكر في المحيط مطلقا م
من غير قيد فقال ذبح اضحية غيره بلا امره جاز استحسانا ولا
يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض
الى غيره فصار ماذونا له دلالة كالقصاب اذا سد رجل شاته
للذبح فذبحها انسان بغير امره لا يضمن ولو باع اضحيته واشترى
بثمنها غيرها فان كان الثاني انقص من الاول تصدق بما فضل
ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه
ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها
بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح اضحية غيره بغير امره
عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها يجوز عن الذابح دون المالك لانه
ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة وان اخذها

مذبوحة

مذبوحة اجزات المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره
ذبحها غيره على ما بينا والله اعلم **كتاب الكراهية**
هي ضد الارادة والرضا في اللغة قال رحمه الله المكروه الى الحرام
اقرب وعند محمد رحمه الله ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه
لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه
الى الحرام اقرب لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان
المكروه لهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر والاباحة
وهو صحيح لانه الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباح الشرع
وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لانه فيه بيان ما حسنه الشرع
وقبحه ولفظة الاستحسان احسن فلقب به لان اكثر مسايله استحسانية
لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا
من مسايله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهو الكتاب
يشتمل على فصول **فصل** في الاكل والشرب قال كره لبن الاتان
لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند
ابي حنيفة كلحمه عنده ذكره قاضي خان في فتاواه ولا يوكل لحم الجلالة
ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن اكلها وشرب
لبنها والجلالة هي التي تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فتغير
لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر
لذلك مدة في الاصل وقدره في النوادر بشهر وقيل باربعين يوما
في الابل وبعشرين يوما في البقر وبعشرة ايام في الشاة وثلاثة
ايام في الدجاجة اما التي خلط بانا تتناول النجاسة والجيف وتنتن
غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك في لحمها فلا باس به ولهذا يحل اكل جدي
غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير ذلك مستهلكا لا يبقى

ول

له اثر وعلى هذا قالوا الاباس باكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي
انه عليه الصلاة والسلام كان ياكل الدجاج وما روي انه
ايام ثم تذبح فذاك على سبيل التنزه لانه شرط ولو سقي ما يوكل لحمه خمرا
فذبح من ساعته حل اكله ويكره قال رحمه الله والاكل والشرب والادهان
والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمراة لما روي عن حذيفة انه قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاتلبسوا الحرير ولا الديباج
ولاتشربوا في انية الذهب والفضة ولا تاكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا
ولكم في الاخرة رواه البخاري ومسلم واحمد وقال عليه السلام انه الذي
ياكل ويشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه
مسلم وعن عايشة رضي الله عنها ان النبي عليه الصلاة والسلام قال
في الذي يشرب في اناء فضة كانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه احمد
وابن ماجه وعن البراء بن عازب انه قال نهانا رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن الشرب في الفضة فانه من شرب فيها في الدنيا لم
يشرب فيها في الاخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك في الشرب والاكل
وكذا في التطيب وغيرها لانه مثله في الاستعمال فيكون الوارد فيها
واردا فيما هو بمعناها دلالة كما عرف في موضعه ولانه تنعم بتنعم
المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقال الله تعالى فيهم اذهبتم
طيباتكم في حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم
فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لاطلاق
ما روينا وكذا الاكل بحلقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما
اشبه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل
اذا ردد صوته في منجرته وقال في النهاية قيل صورة الادهان
المحرم ان ياخذ اناء الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس

اما

اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لايكره
قال كذا ذكره في الذخيرة قال رحمه الله لان رصاص وزجاج وبلور
وعقيق اي لايكره استعماله الاواني من هذه الاشياء وقال الشافعي
رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر بنا قلنا لا نسلم
ولين كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غير الذهب والفضة
فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق فيهما ويجوز استعمال
الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن يزيد انه قال اتانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضا
منه رواه البخاري وابو داود وغيرهما ويمكن ان يستدل به على ابا
غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه قال رحمه الله وحل
الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على
كرسي مفضض وستقي موضع الفضة اي تتقي موضعها بانهم وقيل
بالفم واليد في الاخذ وفي السرير والسرج والكرسي موضع الجلوس
وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا
لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين او في قبضتهما ولم يضع يده في
موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المسجد او حلقة المراة
لايكره او جعل المصحف ذهبا او مفضضا وكذا المفضض من اللجام
والركاب والثغر لايكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة
وهذا كله عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف يكره ذلك
كله وقول محمد يروي مع ابي حنيفة ومع ابي يوسف رحمه الله عليهم وهذا
الاختلاف فيما تخلص واما التمويه الذي لايخلص فلا باس به بالاجماع
لانه مستهلك فلا عبرة ببقايه لهما لابي يوسف ما روي عن ابن عمر
رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال من شرب في اناء ذهب

او فضة او انا فيه شي من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني
واحتج ايضا بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشي من ذلك
ولان من استعمل انا كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع
الذهب والفضة ولابي حنيفة ما روي عن انس ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم
انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ولاحمد عن
عاصم الاحول قال رايت عند انس قدح النبي صلى الله عليه وسلم
فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصدا للجزء الذي يلاقيه العضو وما
سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم
في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب
وروي ان هذه المسالة وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانقي وابو حنيفة
وايمة عصره حاضرون فقالت الايمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل له
من اين لك فقال رايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه
ايكره ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه قال رحمه الله ويقبل
قول الكافر في الحل والحرمة وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات
ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات
خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه
حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات
ولا تقبل في الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله في المعاملات
يتضمن قبوله في الديانات فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات
فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شي يصح ضمنا وان لم يصح قصدا
الا يرى ان بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا
يدخل حتى اذا كان له خادم او اجير مجوسي فارسله ليشتري له كما فقال
اشتريته من يهودي او نصراني مسلم وسعه اكله وان قال اشتريته

من

من مجوسي لا يسعه اكله لانه لما قبل في حق الشرا منه لزم قبوله
في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه
قصدا بان قال هذا حلال او ان هذا حرام قال رحمه الله
والمملوك والصبي في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات
اي خبرها ولا يقبل فيما ذكره لانه من المعاملات واصله
ان المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان او عبدا مسلما
او كافرا صغيرا كان او كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط
اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرايط العدالة
ليعامله او يستخدمه ويبعثه الى وكلايه ونحو ذلك ولا دليل
مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب
المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات
ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها
فيها لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيها
التزاوير والاشتغال بالاباطيل ولان المعاملات اكثر وقوعا
فاشتراط العدالة فيها يودي الى الحرج فيشترط فيه التمييز لا غير
فاذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبول قوله فيها قبوله
في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال
مميز هذا اهدى اليك فلان او قالت جارية لرجل بعثني مولاي
اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطي بذلك الخبر
لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فتثبت
بثبوت المعاملات ولان كل معاملة لا تخلوا عن ديانة فلو لم يقبل
فيها في ضمن المعاملات لادى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات
بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة بخلاف الديانات

المقصودة لانها لا تكثر وقوعا كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة
ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير
متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما ان يلزما غيرهما بخلاف
المعاملة لانها جايزة معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول
قولهما لانها لا تتهيا الا بقبول قولهما ولا يقبل في الديانات قول
المستقر في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها بناء على ما
شاهد من اهل عصره لان الصلاح كان غالبا فيه ولهذا جاز القضاء بشهادته
والظاهر انه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في الديانات اكبر الراي كما في خبر
الفاسق لظهور الفساد في زماننا ويقبل قول العبد والاماء اذا كانوا عدولا
لترجح جانب الصدق بخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن
في التجارة وكل شيء ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فان كان فيه شيء من
ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما نبينه في فصل البيع من هذا الكتاب
ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره عدل انه نجس يتيمم
ولا يتوضا به وان كان المخبر فاسقا تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا في المصر
فان غلب على ظنه انه صادق تيمم ولا يتوضا به وان اراقه ثم تيمم كان احوط
لان التحري مجرد ظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر
العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان اكبر رايه
انه كاذب يتوضا ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم واما
الاحتياط فانه يتيمم ايضا لان التحري مجرد ظن فلا يمنع احتمال ضده ومن
الديانات الحل والحرمة المقصودان ولم يكن فيهما زوال الملك فحاصله
ان محل الخبر انواع احدها خبر الرسول عليه الصلاة والسلام فيما ليس فيه
عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره عليه الصلاة والسلام
عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره عليه الصلاة والسلام

فيما

فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف وهو اختيار الجصاص
خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر
رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه
دون وجه فيشترط فيها احدى شطري الشهادة اما العدد والعدالة
عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل عندهما خبر كل مميز على ما بينا
والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز وقد بينا امثلة كل قسم
في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة قال
رحمه الله ومن دعي الى وليمة وثمة لعب وغنا يقعد ويأكل اي اذا
حدث اللعب والغنا هناك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك
ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد
عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت البدعة من غيره كصلوة الجنازة
لا يتركها لاجل النايحة فاذا قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصير
لقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه
فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان وقال ابو حنيفة
ابتليت بهذا مرة هذا اذا لم يكن مقتدى به ولم يقدر على منعهم
يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين
والمحكي عن ابي حنيفة كان قبل ان يصير مقتدى به وان كان ذلك
على المايدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم
الظالمين وان كان هناك لعب وغنا قبل ان يحضرها فلا يحضرها
لانه لا يلزمه اجابة الدعوى اذا كان هناك منكر وقال علي رضي الله عنه
صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجا فراى في البيت
تصاوير فرجع رواه ابن ماجة وعن ابن عمر انه قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مايدة يشرب عليها الخمر وان يأكل

وهو منبطح رواه ابو داود ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى
التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت يدل على ذلك
لان الابتلا يكون بالمحرم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من امتي
اقوام يستحلون الخمر والحرير والمعازف اخرجه البخاري وفي لفظ ليشربن
ناس من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات
يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم القردة والخنازير رواه بن ماجه
واختلفوا في التغني المجرد فقال بعضهم انه حرام مطلقا والاستماع
اليه معصية لاطلاق ما روينا واليه اشار في الكتاب وهو اختيار شيخ
الاسلام ولو سمع بغتة فلا اثم عليه ومنهم من قال لا باس بان يتغنى ليستفيد
به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من يقول يجوز التغني لدفع الوحشة
اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال السرخسي رحمه الله لانه
يروى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولو كان في الشعر حكم
او عبر او فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امراة غير معينة وكذا لو كانت
معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره **فصل في اللبس قال**
رحمه الله حرم للرجل لا المراة لبس الحرير الا قدر اربعة اصابع
اي حرم على الرجل لا على المراة لبس الحرير واللام تاتي بمعنى على قال
الله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال
دون النسا لما روي عن ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله عليه وسلم
احل الذهب والحرير للاناث من امته وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي
والترمذي وصححه وعن عمر انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الاخرة وعن
انس مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم واحمد لان
اليسير عفو مقدار اربعة اصابع كما ذكرنا هنا لما روي عن عمر رضي الله

عنه

عنه نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة
والوسطى وضمهما رواه احمد والبخاري ومسلم وابو داود وجماعة اخر
وعن اسما انها اخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني
وفرجها مكفوفين به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يلبسها كانت عند عايشة فلما قبضت عايشة قبضتها الى نفسها
للمريض فيشفى بها رواه احمد ومسلم ولم يذكر لفظة البشر وعن معاوية
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه
احمد وابو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان
قدر اربع اصابع وان كان اكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا تكة
الحرير ولبنه وهو القب لا يحل للرجال لانه استعمال تام **قال رحمه الله**
وحل توسده وافتراشه وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد يكره له ذلك
ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول ابي يوسف مع محمد وذكره
ابو الليث مع ابي حنيفة لمحمد ما روي عن حذيفة انه عليه السلام نهانا
عن ان نشرب في انية الذهب والفضة وان ناكل فيها وعن لبس الحرير
والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال
نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على المياثر والمياثر شي
تصنعه النسا لبعولتهن على الرجل كالقطايف من الارجوان رواه مسلم
والنسائي وقال سعد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر الغضا احب الي
من ان اتكي على مرافق الحرير وعن علي انه اتي بدابة على سرجها حرير
فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة ولان التنعم والتوسد بالافتراش
مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي
الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرافقة حرير ولان القليل من الملبوس

مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل
واحد منهما نموذجا ونظيره انكشاف العورة في الصلوة فان القليل منه
لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل على ما عرف في موضعه وهذا بخلاف
كرسي الذهب والفضة حيث لا يجوز ان يقعد لانه اذا كان شيئا يسيرا
منه قال رحمه الله ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن او خز لان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدى بالحرير ولان الثوب
لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول
لا يكون ثوبا الا بها فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر اخرهما وهو
اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بالنظر لما يظهر
دون ما يخفى قال رحمه الله وعكسه حل في الحرب فقط اراد به عكس
المذكور وهو ان تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا في الحرب
لما ذكرنا ان العبرة للحمة غير ان في الحرب ضرورة ولا يجوز لبس الحرير
الخالص في الحرب عند ابي حنيفة وعنده يجوز لما روي انه عليه السلام
رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص
منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة
اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها
بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير
فلا حاجة الى الخالص منه فحاصله انه ثلثة انواع اما حرير خالص
او مخلوط وهو نوعان اما ان يكون الحرير سدا او لحمة وقد ذكرنا حكم
كل واحد بتوفيق الله تعالى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين
الظهارة والبطانة ولا ارى بحشو القز باسا لان الحشو غير ملبوس
فلا يكون ثوبا قال رحمه الله ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا
بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة لما روينا غير ان

الخاتم

الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج
والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد الاثار في جواز
التختم بالفضة وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فكان في يده
حتى توفي ثم في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم في يد
عثمان الى ان وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه فلم
يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الى ان
استشهد رضي الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر
لما روي انه عليه السلام راى على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك
رائحة الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية
اهل النار وعن ابن عمر ان رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه
خاتم ذهب فاعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة
والسلام هذا شر منه هذه حلية اهل النار ومن الناس من اطلق التختم
بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ له ثقل الحجر والتختم بالذهب حرام لما روينا
وعن علي رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل
فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى
وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص
حتى يجوز من الحجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المراة لانه للزينة
في حقها والاولى ان لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان لا يحتاج الى
الختم كالقاضي والسلطان يختم به ان كان من فضة ولا باس بمسمار
الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا
له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه السلام اتخذوه من الورق ولا
تزد على مثقال قال رحمه الله والافضل لغير السلطان والقاضي
ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار

الذهب يجعل في حجر الفص وقد بينا جميع ذلك قال رحمه الله وشد السن
بالفضة اي يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب ايضا وهو
رواية عنهما لما روي ان عرفجة ابن سعد اصيب انفه يوم كلاب فاتخذ
انفا من فضة فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب
ولان الذهب والفضة من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل
التضبيب باحدهما حل بالاخر ووجه المذكور ان استعماله حرام الا للضرورة
وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقي على الاصل
وهو الحرمة والضرورة فيما روي لم تندفع بالفضة حيث انتن ولان
كلامنا في السن والمروي في الانف فلا يلزم من عدم الاغنا في الانف
عدم الاغنا في السن الا ترى ان التختم جائز لاجل الختم ثم لما وقع الاغنا
بالادنى لا يصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل
انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير ابن العوام وعبد
الرحمن ابن عوف بلبس الحرير لاجل الحكمة في جسمهما قال رحمه الله وكره
الباس ذهب وحرير صبيا لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم
اللبس حرم الالباس ايضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا
الميتة والدم قال رحمه الله لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم اي لا يكره
الخرقة لوضوء ومخاط ولا الرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة
التي يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم
يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا احد من الصحابة ولا احد
من التابعين وانما كانوا يتمسحون باطراف ارديتهم وفيها نوع تجبر
وتكبر والصحيح انها لا تكره لان المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان
مناديل الوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط ولحمل شيء يحتاج اليه وما
وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير

حاجة

حاجة لا يكره كالتربع والاتكا فانهما لا يكرهان اذا كانا لحاجة ويكرهان
من غير حاجة والرتم هي الرتيمة وهي خيط التذكر يعقد في الاصبع
وكذا الرتمة قال الشاعر ؎ اذا كم تكن حاجتنا في نفوسكم ؎ فليس بمغن
عنك عقد الرتائم ؎ وقيل الرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت ؎
هل ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ؎
وقال معناه ان الرجل كان اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد
اغصان بعضه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني
امراتي اذا اصابه قد انحل قال خاتني هكذا المروي عن الثقاة الا ان
الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة كذا في المغرب ثم الرتيمة قد تشبه بالتميمة
على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق او في اليد في الجاهلية
لدفع المضرة عن مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة
وقد روي انه عليه السلام قال فيها ان الرقا والتمايم شرك على ما يجي بيانه
وتاويل الرقا ياتي في اخر هذا الكتاب ان شا الله تعالى عند ذكر التداوي
بالحقنة فصل في النظر والمس قال رحمه الله لا ينظر الى غير
وجه الحرة وكفيها وهذا كلام فيه خلل لانه يودي الى انه ينظر الى غير
وجه الحرة وكفيها لانه يودي الى انه لا ينظر الى شي من الاشيا الا الى
وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الى هذين العضوين والى
ترك النظر الى كل شي سواهما وليس هذا بمقصود في هذه المسيلة وانما
المقصود فيها انه يجوز له النظر الى هذين العضوين لا انه لا يفكهما
وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال
علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالصلوة في قوله تعالى لا تقربوا
الصلوة وانتم سكارى مواضعها ولان في ابدائهما ضرورة للحاجة

الى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغيره لك من انحاء العلة فيها ضرورة كالشيء
في الطريق ونحو ذلك والاصل ان لا يجوز النظر الى المرأة لما فيه من
خوف الفتنة وهذا قال عليه السلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه
الشرع وهما الوجه والكفان وهذا يفيد الى ان القدم لا يجوز له النظر اليها
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز لا تغطيته بعض الحرج وعن ابي يوسف
انه يباح النظر اليه لما انها ليست بعورة ولما علم انها
استثنى من الاعضاء لا يجوز له ان ينظر اليه لقوله عليه السلام من
نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الانك
يوم القيامة قالوا ولا باس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب
ما لم يكن ثوب يبرز عجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه السلام
من تأمل خلق امرأة ورأى شيئا حتى يبين له عجم عظامها لم يرح
رائحة الجنة ولانه متى لم تصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون
ناظرا الى ثيابها وقامتها دون اعضائها فصار كما اذا نظر الى خيمة
فيها امرأة وسيأتي كانت تصف يكون ناظرا الى اعضائها قال رحمه
الله ولا ينظر من الشابة الى وجهها الا الحاكم والشاهد وينظر
الطبيب الى موضع مرضها والاصل فيه انه لا يجوز ان ينظر الى وجه
امرأة اجنبية مع الشهوة لما رويا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة
او شك فيها وفي نظر القاضي اذا اراد ان يحكم عليها او الشاهد اذا
اراد الشهادة وفي نظر الطبيب الى موضع المرض ضرورة فيرخص
لهم مراعاة لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة
وكذا ينظر الى موضع الاحتقان للمرض لانه للمداواة وكذا للمرأة القابلة
لانه امارة المرض ويجب على الشاهد والقاضي ان يتعمد اداء الشهادة
والحاكم لاقضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء

واما

واما وقت التحمل فلا يجوز له ان ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا
يشتهي فلا حاجة اليه وينبغي للطبيب ان يعلم امرأة ان امكن لان نظر
الجنس اخف وان لم يكن ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر
ويغض بصره عن غير ذلك الموضع مما استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر
بقدرها ولو اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها لقوله عليه
السلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة انظر اليها فانه احرى ان
يدوم بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولان مقصوده اقامة
السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له ان يمس وجهها ولا كفها وان امن
الشهوة لوجود الحرم وانعدام الضرورة والبلوى وقال عليه السلام
من مس كف امرأة ليس منها بسبيل ومنع على كفه جمرة يوم القيامة
وهذا اذا كانت شابة تشتهي واما اذا كانت عجوزا لا تشتهي فلا باس
بمصافحتها ومسها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي
الله عنه كان يدخل على بعض النساء كان مسترضعا فيهم وكان يصافح
العجائز وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزا للتمريض وكانت تكبس
رجليه وتغلي رأسه وهذا اذا كان تحيجا يأمن على نفسه وعليها
وان كان لا يأمن على نفسه او عليها لا يحل له مصافحتها لما فيه من
التعريض للفتنة فحاصله انه يشترط لجواز المس سببا للوقوع
في الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى ان الشاب اذا كان لا يشتهي
مس العجوز فالعجوز تشتهي مس الشاب لانها علمت بمباشرة النساء فيؤدي الى
الاشتهاء من احد جانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان احدهما صغيرا
لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي مس الصغيرة
لا يشتهي الصغيرة ايضا لعدم العلم وهذا اذا اقامت صغيرة وصغيرة
يغسل الرجل والمرأة ما لم يبلغ حد الشهوة قال رحمه الله وينظر

الرجل الى الرجل الا العورة وهي ما بين السرة الى الركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة وانما لم يبين الشيخ العورة لهذا لانه بينها في كتاب الصلوة واكتفى بذلك وقد بينا الدليل لهناك ثم حكم الركبة في العورة اخف منه في الحظر وفي الحظر اخف منه في السوءة حتى يباح النظر اليه في كشف الركبة بر تق وفي الحظر يضيق وفي السوءة يضرب ان لم يكف قال رحمه الله والمراة للمراة والرجل حالها للرجل للرجل ومعناه المراة والرجل المراة كالرجل للرجل اي ينظر المراة الى المراة والمراة والرجل كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمراة ان ينظر منها الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل اذا امنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكيفما ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة وفي اكثر رايها انها تشتهي وشكت في ذلك يستحبطها ان تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما لا يجوز له النظر منها كالوجه والكف لا ينظر اليه خفاء من الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة عليها من غالبة وهي كالمتحقق حكما فان الشهوة في الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي ولم توجد الا منها كانت من جانب واحد والموجود من الجانبين اقوى من الا فضي الى الوقوع وانما كان للمراة ان تنظر من المراة الى ما جاز للرجل ان ينظر الى الرجل الى الجانب وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر من المراة الا الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال ربما يحوجون الى زيادة الاتكشاف وفي الرواية الاولى يجوز

وهو

وهو الاصح وما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال رحمه الله وينظر الرجل الى فرج امته وزوجته معناه عن شهوة وغير شهوة لما روي انه عليه السلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من انا واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان حافوف النظر وهو المس والغشيان مباح والنظر اولى الا انا اوجبنا ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعيرين ولانا النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه من اكثر النظر الى مسواته عوقب بالنسيان فكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وعن ابي يوسف في الامالي انه قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته او تمس فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك باسا قال لا ارجو ان يعظم الاجر والمراة بالامة هنا هي التي يحل وطيها واما اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية او المشركة او كانت امه او اخته من الرضاع او ام امرأته او بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها قال رحمه الله ووجه فرجه وراسها وصدرها وساقها وعضدها لا الى ظهرها وبطنها وفخذها اي يجوز ان ينظر الى وجه فرجه الى اخر ما ذكر ولا يجوز الى ظهرها الى اخرها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن وابائهن الاية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالراس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل

والعنق والصدر موضعها القلادة والاذن موضع القرط والعضد
موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم
والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف
البطن والظهر والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض
يدخل على البعض من غير استيذان ولا احتشام والمراة تكون في
بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرت بالستر عن محارمها
لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة والرغبة فيها
بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التابيد
بنسب او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت
المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له ان ينظر الى وجهها وكفها كالاجنبية
لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة
فلا يظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان
خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤتمن ولان فيه اظهار الفاحش بان
يقول هي بنت من زنا بها او امها والستر والستر واجب وهو بالحرمة
والحرج ايضا منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السعاة والاول اصح
اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه بالتابيد ولا نسلم الحرمة بطريق
العقوبة بل بطريق الاحتياط في باب الحرمات وقال الشافعي يجوز
للرجل ان ينظر الى ظهر محرمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر
قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار اصلا لان صورة الظهار
ان يقول لامراته انت علي كظهر امي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه
لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت
به حكم الظهار قال رحمه الله ويمس ما حل النظر اليه اي من محارمه
او من الرجل لا من الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة

والمخالطة

والمخالطة وكان عليه السلام يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح
الجنة وكان اذا قدم من سفر بدا بها فقبلها وعانقها وقال من قبل
رجل امه فكانما قبل عتبة ولا باس بالخلوة معها لقوله عليه السلام
لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد
اذا لم تكن محرما لان المحرم بسبيل منها الا اذا خاف عليها او على نفسه
الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه
السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما
البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك
كله او يكذبه فكان في كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع انواعه
وحرمة الزنا بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب الكل الا ومعها زوجها
او ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس
بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امنا
الشهوة وان خافها عليها او على نفسه او ظنا او شكا فليجتنب ذلك
بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك وان لم يمكنها يتلفف
بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد الثياب
فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان قال رحمه الله وامته غير
محرمة لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها
مع جميع الرجال كحال المراة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا
راى امة متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا ذفار
اتشبهين بالحرائر ولا يجوز له ان ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم
خلافا لمحمد ابن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس من اراد ان يشتري
جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى الظهر والبطن
كما في حق المحارم بل اولى لكمال الشهوة فيها وقلتها في المحارم ولان

ما ذهب اليه يودي الى ان النظر الى ظهرها لا يجوز لانها لصحة ظهاره
من امراته على الوجه الذي بيناه ويجوز ذلك للاجنبي وهذا
خلف قال رحمه الله وله مس ذلك ان اراد الشرا وان اشتهى اي
جاز له ان يمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه كالصدر والساق والذراع
والراس ويقلب شعره وان خاف الشهوة لان هذه موضع الشهوة لان
هذه المواضع ليس بعورة فيجوز مسها من غير شهوة كما يجوز النظر اليها
اذا امن الشهوة فان لم يامن لا يجوز كالنظر الا اذا اراد الشرا فانه
يباح له النظر والمس للضرورة وتحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات
المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له ان يعالجها في الاركاب والانزال
لان معنى العورة وان عدم ليس بالستر فمعنى الشهوة باق والاصح انه
لا باس بذلك اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها
في حاجة من بلد الى بلد ولا تجد محرما معها وهي تحتاج الى من يركبها
وينزلها الا ترى ان امة المراة قد تكبس رجل زوجها وتخلوا به ولم
يمنع من ذلك احد وام الولد والمكاتبة والمدبرة كالامة لقيام الرق
فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة
لما عرف قال رحمه الله ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد
والمراد بالازار ما يستر بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة
فلا يجوز كشفها والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة فلا تعرض
في ازار واحد روي ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتها قال
رحمه الله والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل لقوله تعالى قل
للمومنين يغضوا من ابصارهم وهم ذكور مومنون فيدخلون في هذا
الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عايشة رضي الله عنها
الخطا مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي

ويجامع

ويجامع وقيل هو اشد الناس جماعا لان الته لا تفتر فصار كالفحل وكذا
المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل وحكمه كاحكام الرجال في كل
شي وقطع تلك الالة كقطع عضو اخر منه فلا يبيح شيا منه كان حراما
وان كان المجبوب قد جف ماوه فقد رخص له بعض مشايخنا رحمهم
الله الاختلاط مع النسا لوقوع الامن من الفتنة لقوله تعالى والتابعين
غير اولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي جف ماوه والصحيح
انه لا يحل لعموم النصوص وكذا المخنث في الردي من الافعال لا يحل له
بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق ينبعد من النسا
وان كان مخنثا لتكسر ولين في اعضايه ولسانه ولا يشتهي النسا فقد
رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنسا وهو احد تاويل قوله
والتابعين غير اولي الاربة من الرجال وقيل الابله الذي لا يدري
ما يعمل بالنسا وهو همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح ان الاية من المتشابه
وقوله تعالى يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ به ونقول كل من كان
من الرجال لا يحل لهن ان يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له
ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينيذ لا باس بذلك لقوله تعالى
او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا قال رحمه الله وعبدها
كالاجنبي اي عبد المراة كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها ان تبدي
له من زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر
من سيدته الا ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك
والشافعي رحمهم الله نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى
او نسايهن ولانه لا يشكل ان الامة لها ان تنظر من سيدتها الى ما تنظر
اليه من الاجنبية فلو حمل عليه لا يفيد زيادة الجواز في حقها وفي حق
العبد يفيد حملها عليه لان الجواز في المحارم لحاجة الدخول

ن يراستبراء رحمها وهذا المعنى يتحقق بينهما فوجبا ان يكون
هو كالخارج فهما فهما الحرج بل هو محرم الا ترى انه لا يجوز لها ان يتزوجها
ولنا انه محل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه
يعلن خارج البيت والمراد بالنفر الاماء دون العبيد قال سعيد بن جبير
وسعيد بن المسيب والحسن لا يفرنكم سورة النور فانها في الاماء
دون الذكور ولا نسلم ان المولى لا يكلم لان المراد من قوله تعالى ونساءهن
الحرائر ولم تدخل الاماء بينهن حكم بن كما بين حكم الحرائر لانا لا نعرف في الحكم
الا ان الخارج وهو لم يذكره في هذا المعنى الا في هذه الاية فكان بيانا
لحكمين وكذا لا نسلم انه محرم لها لان الحرمة النكاح بينهما موقتة فصارت
كالمزوجة بالعبد واختاروجته وهذا لا يجوز لها ان تسافر معه
ولو كان محرما لجاز قال رحمه الله ويعزل عن امته بلا اذنها وعن زوجته
باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال للولي امة
اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطي حتى كان لها المطالبة به
قضاء للشهوة وتحصيلا للولد وهذا تخيير في الحب والغبة ولا حق للامة
في الوطي والعزل يخلها ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص
حق الحرة في الوطي بغير اذنها وتنقيص حق الامة ولو كانت امة غيره
فكذلك عندهما حتى لا يكون له العزل الا باذنها لانه تكميل الحرة والوطي
حق الزوجة وهذا كان لها المطالبة به وعند ابي حنيفة لا اذن للولاها
وقد ذكرناه في النكاح والله تعالى اعلم بالصواب **فصل** في
الاستبراء وغيره قال رحمه الله ومن ملك امة حرم عليه وطيها والمس
والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها لقوله عليه السلام في سبايا
اوطاس لا توطأ الحبالى حتى يضعن حمل ولا الحيالى حتى يستبرئن
بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب حدوث اليد والملك لانه

هو

هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم
صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد
عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل او توهمه لانه محترم لانه عند
الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك حقيقة او لعدم من يربيه ويتعهده ويجب
على المشتري لا على البائع لان العلة في الحقيقة ارادة الوطي والمشتري
هو الذي يريده دون البائع يجب عليه غير ان الارادة مبطنة فيدار
الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد
فاستقبا سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك
الرقبة الموكدة باليد وتعدي الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب
على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحل له وطيها
الاستبراء وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب واداره
الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهي فراغ الرحم لا يكاد الاطلاع
عليها لخفائها الشغل فيعتبر تحقق السبب مثل لزوم الشغل ولا يعتد
بالحيضة التي شاهدها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشغل
وغيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد
الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب احداث الملك
واليد وقبل وجود الانثى لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا
لا يعتد بالحاصل قبل الاجارة في بيع المفوض وان كانت في يد
المشتري ولا بالحاصل قبل القبض قبل الشراء الفاسد قبل ان يتمكن منها
صحيحا ما بينا ويجب على المشتري نصيب شريكه من جارية بينهما مشتركة
بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة
هو آخر الاوصاف ويجتزئ بالحيضة التي حاضتها وهي حبلى او مكاتبة

بعده

بان كاتبها بعد الشرا ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها
بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى الحل والحرمة
لمانع ولا يجب الاستبرا اذا رجعت الابقة وردت المغصوبة والمستاجرة
وفكت المرهونة لانعدام السبب وهو احداث الملك واليد وهو سبب متعين
قادر الحكم عليه وجودا وعدما ولو اقال البيع قبل القبض لا يجب على
البايع الاستبرا وكان ابو حنيفة اولا يقول على البايع الاستبرا
لانها زالت عن ملكه والان ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما
لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كانه لم يكن ولو اشترى من عبده
الماذون له بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن عليه دين يجتزي
بذلك الحيض لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشرا وان كان عليه
دين مستغرق فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة
وهذا بنا على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو
باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ابطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه
الاستبرا لعدم خروجها عن ملكه ولو باع ام ولده او مدبرته وقبضها
المشتري لم يطاها وان كان وطيها فعليه الاستبرا ولو زوجها بعد
الاستبرا وطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبرا في ظاهر
الرواية ولو زوجها قبل الاستبرا بعد القبض والمسيلة بحالها
فالمختار انه يجب وان احرم الوطي قبل الاستبرا حرم الدواعي ايضا
لانه يفضي الى الوطي او يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار
الحبل ودعوة البايع بخلاف الحايض بحيث لا يحرم الدواعي فيها
لان زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطي وكذا لا يحتمل
وقوعه في غير الملك وفي المشتراة يحتمل ذلك ويفضي الى الوطي
لان رغبته فيها قبل الدخول بها يكون اصدق وروي عن محمد لا تحرم

الدواعي

الدواعي في المسيلة لانه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبرا في الحامل
بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام
الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنا الشهر بطل الاستبرا بالشهر
بالقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل واقعها وليس فيها تقدير في
ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة
وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ولا باس بالاحتيال
في الاستبرا عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله والوجه ما بيناه
في الشفعة من الجانبين والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان
البايع لم يقربها في طهرها ذلك ويوخذ بقول محمد فيما اذا قربها
والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرا ثم يشتريها
ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد
الشرا لانه بالشرا ينفسخ النكاح فيجب الاستبرا بالقبض بحكم الشرا بعد
فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط ان يدخل قبل الشرا كيلا
يوجد القبض بحكم الشرا بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط
ان يدخل قبل الشرا لان ملك النكاح يفسد عند الشرا منكوحة ولا معتدة
بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشرا لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح
به فلا يلزمه الاستبرا به ذكره قاضي خان في فتاواه ولو كانت تحته
حرة فالحيلة ان يزوجها البايع قبل الشرا او المشتري قبل القبض
بمن يثق به او يزوجها بشرط ان يكون امرها بيده ثم يشتريها ويقبضها
ثم يطلقها الزوج لان عند وجود السبب وهو احداث الملك المؤكد
بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب عليه الاستبرا وان حل بعد

ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك
الحالة والمظاهر يحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة والمحرم
والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه ان سبب الحرام
حرام الا ان النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج لانهما
يمتدان وقد صح انه عليه السلام كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساه
وهن حيض قال رحمه الله له امتان اختان قبلهما بشهوة حرم وطي
واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك او نكاح او عتق
ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج الاخرى بملك او نكاح احديهما كان احسن
لانهما يحرمان عليه لا احديهما فحسب وانما حرمتا لان الجمع نكاحا او وطيا
لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد الجمع
بينهما وطيا وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطيا وعقدا ولا يعارض
بقوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي
رضي الله عنه حين سيل عنهما فقال حرمتهما اية واحلتهما اية فتلى
الايتين ثم قال الحكم للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي
الى الوطي بمنزلة الوطي ولان النص مطلق فيتناوله الوطي فصار
كانه وطيها فعند ذلك يحرمان فكذا هذا ومسها بشهوة او النظر
الى فرجها كتقبيلها حتى يحرما عليه الا اذا حرم فرج احديهما بما ذكر
لزوال الجمع بتحريم فرج احديهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل
وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظاهر لانه لا يتجزى
عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه وان كان يتجزى لكنه يحرم به الفرج
لانه معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احديهما كاعتاقهما لان
فرجها يحرم بالكتابة فحصل المقصود وبرهن احديهما واجارتها
وتدبيرها لا تحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب وقوله

حتى

حتى يحرم فرج الاخرى بملك اراد به التمليك بان يملك رقبتها من انسان
باي سبب كان من اسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح
والخلع والمهر واراد بقوله او نكاح النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما
نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها يصير حراما بهذا العقد
بمجرده الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الاخرى لان العدة
تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطي
احديهما دون الاخرى حل له وطي الموطوة دون الاخرى لان فرجها
لم يصر جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوة وكل امراتين لا يجوز
الوطي بينهما نكاحا فهما بمنزلة الاختين فيما ذكرنا قال رحمه الله
وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص
جاز كالمصافحة وفي الجامع الصغير وكره ان يقبل الرجل فم الرجل
او يده شيا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم عانق جعفر حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه
وذلك عند فتح خيبر وقال لا ادري بماذا اسر بفتح خيبر ام بقدوم
جعفر وعانق زيد ابن حارثة وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى
الله عليه وسلم وعن عطا رحمه الله انه سال ابن عباس رضي الله عنهما
عن المعانقة فقال اول ما عانق ابراهيم عليه السلام كان بمكة فاقبل
اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل
الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه
ابراهيم واعتنقه فكان اول من عانق ولهما ما روي انس رضي الله
عنه انه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم اينحني بعضنا لبعض

قال لا قلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم وروي الطحاوي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروي انه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه منسوخ به وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما الا ازار واذا كان عليهما قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الدين السرخسي وبعض المتاخرين في تقبيل يد العالم والمتورع على سبيل التبرك وقبل ابو بكر رضي الله عنه بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم ويد السلطان العادل من السنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل راسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العالم فحرام والفاعل والراضي به اثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه قبلة الوالد لولده وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امراته او امته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود واما القيام للغير فقد جاء في الحديث انه عليه الصلاة والسلام خرج

متوكيا

متوكيا على عصى فقمنا له فقال عليه السلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن انس انه عليه السلام كان يكره القيام وعن الشيخ ابي القاسم كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوهم فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا باس بالمصافحة لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة من البيعة وغير ذلك وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك في يده تناثرت ذنوبهما وقال عليه السلام من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا

فصل في البيع قال رحمه الله كره بيع العذرة لا السرقين وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فلا يجوز بيعه الا انه لا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين وانتفعوا به في سائر البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بها وانما الانتفاع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالالقاء في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز **قال رحمه الله ولمن علم امة زيد فقال بكر وكلني زيد ببيعها** معناه ان جارية لانسان فراى اخر يبيعها فقال البائع وكلني مولاها له ان يشتريها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا على ما بينا من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها او تصدق بها علي لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم انها له او لم يعلم لان خبره هو المعتمد

عليه لانه المخبر دليل شرعي الا ترى انه يقبل فيما هو اعظم منه وهو
الفروج فانه لو قال لرجل ان امرأتك حرة ولدت مني وطهرت ولو
كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك او غيره فان كان اكبر رايه انه كاذب
لا يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي انه كاذب يقوم مقام اليقين
وان لم يخبره صاحب اليد بشيء من الوكالة او انتقال الملك اليه فان كان
عرفها انها لغيره لا يشتريها حتى يعلم ان الملك انتقل اليها او وكله لان
يد الاول يد الملك وانكان لا يعرفها للاول وسعه ان يشتريها
وان كانت في يده فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر باكبر الراي
عند وجوده ليل ظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ
يستحب له ان يتنزه ولو اشتراها مع هذا لاعتماده الدليل الشرعي
وان كان الذي اقام بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل
اخبرها رجل ان زوجها الغايب مات عندها او طلقها ثلاثا او
كان غير ثقة وانا هابكتابه من عند زوجها بطلاقه ولا تدري
انه كاتبه ام لا الا انه في اكبر رايها انه حق بعد ما تحرت فلا باس
بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا تنازع لان صحة النكاح لا تمنع
ما يطرأ وكذا لو قالت طلقني زوجي وانقضت عدتها فلا باس بان
يتزوجها وكذا المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت
بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها
الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فاعتقني حل
له ان يتزوجها لان القاطع طار على ما بينا ولو اخبرها مخبر ان

اصل

اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها
من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان
وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة
لم يتزوج باختها ولا باربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر
بفساد مقارن ولا اقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده
فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر
الزوج انها ارتضعت ثدي امه او اخته بعد النكاح حيث يقبل قول
الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفروع ولو كانت
جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت
ليها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لا يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنازع في طارئ
قال رحمه الله ولم ار لاصحابنا الذين اخذ ثمن خمر باعها مسلم لاكافر
معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين
خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للدائن ان يأخذ ثمن الخمر
بدينه وان كان البايع كافرا فاذا كان يجوز له اخذه والفرق ان البيع
في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم
فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البايع وفي الوجه
الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الكافر فملكه البايع فيحل له
الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد هذا اذا كان
القضا والاقتضا بالتراضي فان كان بقضا القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضايه
وهذا مشكل فانه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد ايضا لا يرى

نفوذ القاضي باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط عنده وعلى هذا امات مسلم
وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته ان ياخذوا ذلك لانه كالمغصوب
لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق او الظلم
او الرشوة يتورع الورثة ولا ياخذوا منه شيئا وهو اولى لهم ويردونها
على اربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق
اذا تعذر الرد على صاحبه قال رحمه الله واحتكار قوت الادمي في
بلد يضر باهله اي يكره الاحتكار في القوت اذا كان يضر باهل البلد لقوله
عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به
حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم
فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم
يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقي
الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار
بالاقوات قول ابي حنيفة وقول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف كلما
اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا او دراهم ونحو ذلك
اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا بالضرر المتعارف
المعهود ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا واذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هو مقدر باربعين ليلة لقوله عليه
السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه
وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير وقد مر
في غير موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص الغرة وبين ان
يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للعاقبة في الدنيا واما الاثم
فيقع وان قلت المدة فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال
رحمه الله لا غلة ارضه وضيعته وما جلبه من بلد اخر اي لا يكره احتكار

ارضه

ارضه وضيعته واحتكار ما جلبه من بلد اخر لانه خالص حقه فلم يتعلق
حق العامة فلا يكون احتكارا الا ترى ان له ان لا يزرع ولا يجلب فكذا
له ان لا يبيع وهذا في المجلوب من قول ابي حنيفة خاصة لان حق العامة
يتعلق بما جلب وجمع في المصر او في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد
اخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع
عدم تعلق حقهم به اذا كان له ان لا ينقل كما كان له ان لا يزرع فكذا
له ان لا يبيع ذلك وقال ابو يوسف يكره ان يحبس ما جلبه من بلد اخر
لاطلاق ما روينا والحاق الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم
بان يجلبه غيره لهم او يجلبوه هم بانفسهم كما نقله هو وجلبه وكان
يحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس المجلوب
الى المصر او فنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى
وقال محمد ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه
لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ترى انه كان ينقل
لو لم ياخذ هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل
منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم ياخذه لم ينقل
اليهم فصار كغلة ضيعته قال رحمه الله ولا يسعر السلطان الا ان
يتعدى ارباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا لقوله عليه
السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان
الثمن حق البائع فكان تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا
فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير
فلا باس به بمشورة اهل النظر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن
ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضي وهذا لا يشكل عند ابي

حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم
باعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم باعيانهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى
في ذلك وينبغي للقاضي او للسلطان ان لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه
هذا الامر ولا بالتعزير بل يامره بان يبيع بما فضل عن قوته وقوت
اهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه
فان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا
حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر
الا اذا ابوا ان يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة
حقوقهم الا به فلا باس به بمشورة اهل الراي على ما بينا وان امتنع
عن البيع بالكلية قيل لا يبيع عند ابي حنيفة وعندهما يبيع بناء على
انه لا يرى الحجر ومن باع منهم على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في
بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع لان ابا حنيفة يرى الحجر
لدفع ضرر الاعلام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره الامام
صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط
وفي شرح المختار ان البايع ان كان يخاف اذا نقص ان يضربه الامام
لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول
له بعني بما تحب فحينئذ باي شيء باعه يحل ولو اصطلح اهل بلدة
على سعر الخبز واللحم وشاع فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم
او لحما فاعطاه البايع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له ان
يرجع عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري
من غير اهل تلك البلدة كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز واللحم
لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون
شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو خاف

الامام

الامام على اهل المصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا
ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو من باب دفع الضرر عنهم كما في
حالة المخمصة ذكره في شرح المختار قال رحمه الله وجاز بيع العصير من
خمار لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسبيبا
وقد نهينا عن التعاون على الاثم والعدوان والمعصية ولان العصير
يصلح لاشياء كلها جايز شرعا فيكون الفساد الى اختياره قال رحمه
الله واجارة بيت ليتخذه بيت نار او بيعة او كنيسة او يباع
فيه خمرا بالسواد اي جاز اجارة البيت ليتخذه معبدا للكفار والمراد
ببيت النار معبد المجوس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي
ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان الاجارة
على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه
وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
فصار كبيع الجارية لمن لا يستبريها او ياتيها من دبر او بيع الغلام
من لوطي والدليل عليه انه لو اجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من
عبادته وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث المعبد
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعاير الاسلام
فيها فلا يعارض باظهار شعاير الكفر بخلاف السواد قالوا هذا
في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة واما سواد غيرها فيه
شعاير الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح قال رحمه الله وحمل
خمر الذمي ما جر اي جاز ذلك ايضا وعند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هو مكروه لانه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منهم حاملها

وله ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا سببا لها وانما تحصل
المعصية بفعل فاعل مختار وليس المؤجر من ضرورة الحمل لان لحملها
قد يكون للاراقة او للتخليل فصار كما لو استاجره لعصير العنب
او قطعه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى
هذا الخلاف اذا اجره دابة ليحمل عليها الخمر او اجره نفسه ليرعى له
الخنازير فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وعندهما يكره وبيع
العصير لا يكره ممن يعلم انه يتخذه خمرا ويكره بيع الزنابير من النصراني والفلسوة من المجوسي لان
ذلك اعانة لهما وبيع الملعب المقصف للرجل ان يشتريه ليلعب به لا يكره
لانه اعانة له على لبس الحرام ولو ان انسانا امره انسان ان يتخذ له خفا
على زي المجوس او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا
على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك لان هذا تسبيب للمعصية
بالمجوس والفسقة قال رحمه الله وبيع بناء بيوت مكة وارضها
يعني يجوز اما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه الا ترى انه لو بقي شيء
للمستاجر او الموقف صار البناء كله له وجاز له بيعه واما ارضها
فالمذكور ههنا قول ابي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي
حنيفة لان ارضها ملكه لكونه لاهلها الظهور اثار الملك فيها وهو
اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا
عقيل من ربع دليل على انه ارضها تملك وتقبل الانتقال من ملك
الى ملك وقد تعارف الناس بيع ارضها والدور التي فيها من غير نكير
وهو ان اقوى من البيع وقال ابو حنيفة لا يجوز بيع ارضها لما روي انه
عليه الصلاة والسلام قال ان الله حرم مكة فحرم بيع رباعها ولانها جعلت
بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه السلام ويكره اجارة اراضيها
لقوله عليه السلام من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربا ولان اراضي

مكة

مكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي الخليفتين من بعده
السوايب فمن احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها ومن
وضع درهما على بقال يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا اسكنه الدراهم
فقد اخرجه اياه وقد شرط ان يأخذ منه ما يريد من التوابل والبقول
وغير ذلك مما يحتاج اليه ثيبا خفيا ولم يجز ذلك نسع وهو بقاء دراهمه
وكفايته للحاجات ولو كان في يده طرح من ساعته ولم يبق فيصير بيعا
معيبا فيتمكن من جر نفعا وهو مربي عنه وبنبغي ان يودعه اياه ثم يأخذ منه
شيئا خفيا وان ضاع فلا شيء عليه لان الودع يعد امانة قال رحمه الله
وتعشير المصحف وتنقيطه لان القراءة والاداء توقيفية ليس للراي
فيها مدخل بل التعشير حفظ الاي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا
حسنين لان الاعجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط
فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود انه قال جردوا القرآن فذلك
في زمنهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما انزل
وكانت القراءة سهلا عليهم وكانوا يرون النقط خللا بحفظ الاعراب
والتعشير بحفظ الاي ولا كذلك اليوم في زماننا فيستحسن لعجز
اليوم عن التعلم الا به وعلى هذا لا باس بكتابة اسامي السور وعد الاي
ونحو ذلك وان كان محدثا فمستحسن وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان
والمكان قال رحمه الله وتخليته اي يجوز تخلية المحفظ فيها من
تعظيمه كما في نفس المسجد وتزيينه وقد كان من قبل وذكر الخلاف
اذا كانت التخلية بذهبا وفضة غير موهه قال رحمه الله ودخوله
لجنب يسجد اي جاز ادخال الذمي المسجد وقال مالك يكره ذلك بيته
كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة

فوجب تنزيه المسجد عنه وعدي مالك الى ساير المساجد لعموم العلة
وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا انه عليه الصلاة والسلام انزل
وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة المشركون
نجس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاستهم شي وانما نجاستهم
على انفسهم وروي ان ابا سفيان دخل في حال كفره في مسجد النبي
صلى الله عليه وسلم والنجاسة المذكورة في الاية هو الخبث في اعتقادهم
لان كل قبيح رجس وهو النجس الا ترى ان الازلام والميسر سميت في
القران رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الاية عن قربانهم المسجد
الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكره
اهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما ارادوا ولما اعلا الله تعالى
كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين الفتح بعد الفتح نهوا عن ذلك
ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية قال رحمه الله وعيادته
اي لا تجوز عيادة الذمي لما روي ان يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله
عليه وسلم فقالوا قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند
راسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال
له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمد رسول الله ثم
مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار
ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ولم يظاهروا على
اخراجكم ان تبروهم ولا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله
وعليكم فانه عليه السلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبداوه
بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كان له حاجة فلا باس ببدايته
به ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهداية جاز لانه عليه السلام

قال

قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر لا يجوز لان
فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين باداء
الجزية فيكون دعا لهم وعلى هذا الاختلاف الدعا له بالعافية وهذا
من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده
لانه ابعد من الاسلام من اهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن
الاسلام وترغيبه فيه وتاليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة
الفاسق ايضا والاصح انه لا باس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق
المسلمين واذا مات الكافر قال لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله
عليك خيرا منه اي اصلحك بالاسلام ورزقك ولدا مسلما لان الخيرية
به تظهر ويقول في تعزية المسلم اعظم اجرك واحسن عزاك ورحم
ميتك وكثر عددك قال رحمه الله وخصا البهايم اي جاز لانه عليه
الصلاة والسلام ضحى بكبشين املحين موجوئين والموجوء المخصي ولان
لحمه يطيب به ويترك البطاح فكان حسنا قال رحمه الله وابن الحمير على
الخيل لانه عليه السلام ركب البغل وافتتاه ولو لم يجز لما فعله لان فيه
فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير الخيل قال رحمه الله
وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره
كسوته الثوب وهديته النقدين يعني الدراهم والدنانير والقياس
لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز في الشي اليسير
للضرورة استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه المجاهرون
ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيا ملك
ما هو من ضروراته وقد صح ان سلمان الفارسي اهدى الى النبي صلى الله عليه
وسلم هدية قبل ان يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة
فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه الصلاة والسلام يجيب

دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حيث روي عن
ابي سعيد مولى ابي اسيد انه قال دعوت رهطا من اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم فيهم ابو ذر رضي الله عنه فحضرت الصلوة فقدموني
وانا يومئذ عبد ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي
على الاصل قال رحمه الله واستخدام الخصي لان فيه تعريضا للناس
على الخصا وهو مثلة وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فتحرم
قال رحمه الله والدعاء بمعقد العز من عرشك اي يكره ان يقول في دعائه
اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك والمسئلة عبارتان بمعقد ومقعد
فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا
ولا شك في كراهية الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا
الاولى لانه يوهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به
يكون حادثا ضرورة والله تعالى منزه عن تعلق عزه بالحادث بل عزه
قديم لان صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها
في الازل ولن يزال به الابد ولم يزده شيء من الكمال لم يكن له في الازل
بحدوث العرش وغيره وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ ابو الليث
لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان مرة دعا بان يقول اللهم اسالك
بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك
الاعلى وكلماتك التامة والاصوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما
يخالف القطعي اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز صفة للعرش
كان جايزا لان العرش موصوف في القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز
ولا يشك احد انه موهم لظاهره وظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى
مستغنيا قال رحمه الله وبحق فلان اي يكره ان يقول في دعائه
بحق فلان وكذا بحق نبيك واوليائك وبحق عرشك وبحق البيت

والمشعر

والمشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق على الله تعالى وانما يختص الرحمة من يشاء
من غير وجوب عليه ولو قال سئلك رجل لغيره بحق الله او بالله ان تفعل كذا لا
يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان ياتي به قال رحمه الله
واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو لقوله عليه الصلاة والسلام
كل لعب ابن ادم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل اهله وتاديبه فرسه ومناضلته
بقوسه واباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات
لان فيه تشحيذ الخاطر وتزكية نار الافهام والحجة عليه ما رويناه وروي
ان ابن عمر مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه
التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الحج والجماعات
وعن ذكر الله عز وجل غالبا فيكون حراما كالنرد شير وقال عليه الصلاة
والسلام من لعب بالنرد شير فكانما صبغ يده في دم الخنزير رواه مسلم
واحمد وعن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد
فقد عصى الله ورسوله رواه مالك واحمد وغيرهما واما منفعته التي
ذكرها فمغلوبة تابعة والعبرة للغالب في المحرم الا ترى الى قوله تعالى
واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في المحرم وهل ترى من يلعب بالشطرنج
يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فكان فيما حتمه اعانة
الشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان كان يقامر به سقطت عدالته
وان لم يقامر وكان متاولا ولم يصده ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته
ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف
ومحمد لتغيير الحكم وروي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج
فلم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يكفرون بالله
وروي انه ضرب على رؤوسهم ولا باس بالمسابقة بالرجل والفرس والابل اذا شرط
المال من جانب واحد بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان

فلا شي لي لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر
رواه ابو داود وجماعة اخر وحرم لو شرطا المال من الجانبين بان يقول
ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا الا اذا ادخلا
ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان سبقناك
فلا شي لنا عليك ولكن ايهما سبق صاحبه اخذ المال المشروط وكذا المتفقهة
اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على
صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال رحمه الله وجعل الراية في عنق
العبد اي لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته ان يجعل في عنقه
طوق مسمور بمسمار عظيم يمنعه من تحريك راسه وهو معتاد بين
الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه
السلام لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بانه ابق وقال
لا باس به في زماننا لغلبة الاباق قال رحمه الله وحل قيده اي جاز
قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق
بخلاف الراية لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال عليه السلام كل محدث
بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار قال رحمه الله والحقنة
اي جازت الحقنة للتداوي وجاز ان ينظر الموضع للضرورة لقوله
عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء فاذا اصاب دواء الداء برا باذن الله
رواه مسلم واحمد وروي ان الاعراب قالت يا رسول الله الا نتداوى
قال نعم عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء او دواء
الا داء واحد قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه
ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روي عن ابن عباس رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل الجنة من امتي سبعون الفا
بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى

ربهم

ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن عباس ان امراة
سوداء اتت النبي صلى الله عليه وسلم اني ابرسم فاني اتكشف فادع الله
لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله يعافيك
فقالت اصبر فاني اتكشف فادع الله ان لا اتكشف فدعا له ورواه اولئك
الثلاثة ولنا ما روينا وروى البخاري واحمد انه عليه الصلاة والسلام
قال ما انزل الله داء الا انزل له شفاء وروي انه عليه الصلاة والسلام
تداوى واحتجم وقال جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد
ابن معاذ في اكحله مرتين رواه ابن ماجه بمعناه ولا جناح على من
يتداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى دون الدواء وان الدواء
جعله سببا لذلك والمعافي في الحقيقة هو الله تعالى عند ذلك
وما رواه بعضهم من الاخبار مما يدل على كراهة التداوي فذاك اذا كان
يرى الشفاء من الدواء ويعتقد انه لو لم يعالج لما سلم ونحن نقول
لا يجوز لمثل هذا التداوي ولا فرق في الحقيقة بين الرجل والمراة
وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل
تداو ولا يجوز الا بالطاهرة لما روى ابن مسعود انه عليه السلام
قال ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم ذكره البخاري وعن ابي الدرداء
انه عليه السلام قال ان الله لم يجعل شفاكم انزل الله الداء والدواء وجعل
لكل داء دواء فلا تداووا بحرام رواه ابو داود ويجوز التداوي بالعظام
كلها سواء كانت من الذكية او من الميتة غير انه لا يجوز من الميتة الا اذا
كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيف ما كان الا عظم
الخنزير والادمي الخنزير لنجاسته والادمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع
باجزائه ولا باس بالرقى لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وما
جاء به من النهي عنه عليه الصلاة والسلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا

يرقون يكلمت الكفر الا ترى الى ما يروى عن عروة ابن مالك قال كنا نرقا
فقلنا يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا على رقاكم لا باس
بالرقا ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وابو داود وعن ابن مسعود انه
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقا والتمايم والتولة
شرك رواه احمد وابو داود وابن ماجة والتولة ضرب من السحر قال
الاصمعي هو تحبيب المراة الى زوجها وعن جابر انه قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الرقا فجا ال عمرو ابن حزم فقالوا يا رسول الله
انه كانت رقية نرقا بها من العقرب فانك نهيت عن الرقا قال
فعرضوها عليه قال ما ارى باسا من استطاع منكم ان ينفع اخاه
فليفعل رواه مسلم وعن عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض احد من اهله نفث عليه بالمعوذات
فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت انفث عليه وامسحه بيد
نفسه لانها اعظم بركة من يدي رواه البخاري ومسلم واحمد والتداوي
لا يمنع التوكل ولو اخبره طبيب بالدوا فلم يتداوى حتى مات يأثم
لان زوال الجوع بالاكل متيقن به باعتبار العادة فان الله اجرى العادة
بازالة الجوع ويخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه اصلا بخلاف المرض
عند التداوي فانه في حيز التردد وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم
كالخمر والبول اذا اخبر طبيب مسلم ان فيه شفا ولم يجد غيره من
المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا
بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله في دوا
عرف له غير المحرم قال رحمه الله ورزق القاضي اي حل رزق القاضي
من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس بمصالحهم
والحبس من اسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المعاتلة والزوجة

يعطي

منها ما يكفيه واهله على هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم والتابعون
وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له
وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفا بعده
ياخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كانت بيت المال حلالا جمع
بحق وان كان حراما جمع بباطل لم يحل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل
الى اقامة ما عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة ما عليه
وان كان غنيا فكذلك ياخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان
ماله يفرغ بالنفقة الدايمة وفيه صيانة للحكم عن ان يهون عند
الملوك ونظرا لمن يجي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا
يتعذر رده عند تولية المحتاج هذا اذا اعطوه من غير شرط ومعاقدة
كعقد الاجارة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له الاخذ للاجر عليه
كساير الطاعات وتسميته رزقا يدل على ان ما ياخذه مقدر بالكفاية
وانه ليس باجرة وقد جرى الرسم باعطايه في اول السنة لان الخراج كان
يوخذ في اول السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية وعليه
الفتوى في الصحيح ولو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي
السنة قيل يجب عليه رد حصته ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف
في الزوجة على ما بيناه والله اعلم قال رحمه الله وسفر الامة وام
الولد بلا محرم اي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم
لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما مر قبل فكما يجوز للحرة
ان تسافر مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الرق فيها
وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند ابي حنيفة
لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل
الصلاح فيه واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه ومثله في النهاية

معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله وشرا ما لا بد للصغير منه وبيعه
للعم والام والملتقط لو في حجرهم اي يجوز لهولا الثلاثة ان يشتروا
للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل
النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع
واصله ان التصرف على الصغير على الثلاثة انواع نوع هو نفع محض
فيملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق
والطلاق فلا يملكه عليه احد ونوع هو متردد يحتمل ان يكون نفعا
ويحتمل ان يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا
يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سوا كان الصغير في ايديهم
او لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط ان يكون في
ايديهم وهكذا ذكره في الكافي وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من
كل عصبة ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند ابي حنيفة ولا يجوز من
غيرهم وقد عرف في موضعه قال رحمه الله ويوجره امه فقط معناه
ان الصغير لا يوجره احد من هولا الثلاثة الا الام فانها توجره اذا كان
في حجرها ولا يوجره الاخ والعم والملتقط والفرق ان الام تملك اتلاف
منافعه بغير عوض بان يستخدمه ولا يملكه هولا وهذه رواية الجامع
الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه
في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضررا ونفعا
محضا للصغير ولو اجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر
الا اذا فرغ من العمل لانه محض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو
نظير العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان
الصغير في يد العم فاجرته امه صح لانه من الحفظ وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد لا يجوز والله تعالى اعلم كتاب احيا الموات

قال

قال رحمه الله هي ارض تعذر زرعها لانقطاع الما او لغلبته عليها غير
مملوكة بعيدة عن العامر وهذا تفسير الموات من الارض وانما
سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها
لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به اما تفسير الحيوة الظاهرة
والمراد بالحيوة هنا هي الحيوة النامية قال الله تعالى فاحيينا به
الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة اي في الاسلام لان الميت على الاطلاق
ينصرف الى الكامل وكماله بان لا تكون مملوكة لاحد لانها اذا كانت مملوكة
لمسلم او ذمي كان ملكه باق فيها لعدم ما يزيله فلا يكون مواتا ثم ان
عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام
كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضايعة ولو ظهر لها مالكا بعد
ذلك ملكها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شي عليه
وقال القدوري فما كان منها عاديا او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف
له مالك بعينه فمراده بالعادي ما قدم خرابه كانه منسوب الى عاد
لخرابه من عهدهم وجعل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات
لان حكمه كالموات يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات لا انه موات
حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول ابي يوسف
وحد البعد ان يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في اقصى العامر
فصاح باعلا صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فانه ليس
بموات لانه فنا العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي
مواشيهم وطرح حصايدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون
مواتا وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احيا ما ينتفع به
اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احيا ما لا ينتفعون به وان كان
قريبا من العامر وشمس الايمة اعتمد قول ابي يوسف قال رحمه الله

ومن احياء باذن الامام مالكه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه من احياه
ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه السلام من عمر ارضا ليست لاحد
فهو احق بها رواه البخاري واحمد وقال عليه السلام من احيا ارضا
ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت يده اليه
فكان احق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة
قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان
هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصار فيها
ولا يختص بها احد دون رأي الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به
من الصيد وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم تكن في حكم الفي وتركوها
كان اذنا منه عليه السلام لانصب شرع لقوله عليه السلام من قتل قتيلا
فله سلبه فانه تحويش منه بالسلب لانصب شرع على ما بيناه في موضعه
في السير وبيننا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره فعلى
الثاني حقوقها لان للاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول
احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو احيا
ارضا ميتة فراحاط الاحياء بجوانبها الاربع من اربعة نفر على التعاقب
تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيا
الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمي بالاحياء
كالمسلم لانها لا تختص لغناء في سبب الملك قال رحمه الله وان حجر لا
اي ان حجر الارض لا يملكها بالتحجير لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء
جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع فالحجر
يوضع علامة من الحجارة وحصاد ما فيها من الحشيش والشوك وتنقيته
عنها وجعل حولها او باحراق ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك
لا يفيد الملك فتعين مباحة على حالها لكنه هو اولى بها فلا تؤخذ

منه

سنة للثالث سنين فاذا لم يعمرها فيؤخذ الامام منه ويدفعها الى غيره
لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج
فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة بتركها في يده وانما قدر بثلاث سنين
لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر له ان يتجاوز ثلاث سنين وموضع ثمة من دار الاسلام
وفيما دار الاسلام يتقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب
وسنة للاياب وسنة ليدبر مصلحته فلا ينبغي لاحد ان يجيء لذلك الموات
حتى يمضي ثلاث سنين وهذا من طريق الدراية واما في الحكم فاذا
احياها غيره قبل مضيها حكم بها للمحقق سبيل الملك منه دون الاول
ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر بئرا فهو تحجير وليس
باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها او ضرب عليها المسناة
او شرط لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كرب بعضها
وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها
بعد حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين وان حولها وسنم بحيث
يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال
رحمه الله ولا يجوز احياء ما قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه
تحقيقا او تقديرا على ما بينا في حصار كالنهر والطريق وعلى هذا
قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالمحتطب والاجام
يستقى منه الماء قال رحمه الله ومن حفر بئرا في موات فله حريمها
اربعون ذراعا من كل جانب لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما
حولها اربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا
بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى
ان يبني على شفير البئر ما يركب عليه البكرة وان يبني حوضا يجتمع
فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فتقدر

ضح

الشرع باربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب
عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد اربعون
ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر اخر بيرا
بجنبها فيتحول ما الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع
من كل جانب فيتقدر باربعين كيلا يتعطل عليه المصالح ثم لا فرق في ذلك
بين البير للعطن او للناضح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كانت
للعطن فاربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله
عليه السلام حريم العين خمسماية ذراع لان استحقاق الحريم باعتبار
الحاجة وحاجة بير الناضح اكثر لانه يحتاج يسير فيه الناضح وهو
البعير وقد يطول الرشا وفي بير العطن يستقى بيده فلا بد من التفاوت
بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن اصله ان المتفق على قبوله والعمل
به يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله صلى الله
عليه وسلم ما اخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون
خمسة اوسق صدقة ورجح اصحابنا كلهم قوله عليه السلام التمر بالتمر
مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما روي البير للعطن بدليل
سياقه عطنا لما شيته لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد
به مثل قوله تعالى وذروا البيع وقوله تعالى ان الذين ياكلون الربا
يتناول جميع الاشغال والمنافع والتقييد بالبيع او الاكل لكونه غالبا
ولا استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه
باعتبار عمله وعمله في موضع البير خاصة فلا يستحق فيما رواه ولكنا
تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الاثار ثبت الاستحقاق فيه
وما زاد على ذلك اخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك
ولانه يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت

الحاجة

الحاجة فيهما ولانه يمكنه ان يدير البعير ولا يحتاج الى الزيادة قال
رحمه الله وحريم العين خمسماية ذراع لما روينا ولان العين تستخرج
للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري اليه ومن موضع
يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسماية ولا مدخل للراي في
المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسماية من الجوانب الاربعة من كل جانب
ماية وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه خمسماية ذراع من كل جانب
والذراع هو المكسرة وهو ست قصبات وكان ذراع الملك ست قصبات
فكسر منه قصبة وفي الكافي قيل ان التقدير في البير والعين بما ذكرنا
لصلابتهما وفي اراضينا تزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية
فتعطل الاولى قال رحمه الله فمن حفر في حريمها منع منه لانه صار
ملكا لصاحب البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا
بالحفر في ملك غيره فان حفر رجل في حريمه كان للاول ان يكبسه لما ذكرنا
انه متعد فيه فكان له ان يمنعه ويزيل تعديه ولو اراد ان ياخذ
الثاني بحفره كان له ذلك لانه اتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما
يواخذه به قيل يكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيئا في ملك
غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له ان يكلفه الكبس بل يكبسه
بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه ان يواخذه بقيمته
لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب في البير الاولى فلا ضمان عليه لانه
غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير
اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر تخييرا وله ذلك بغير اذن فان لم
يثبت له الملك الا باذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني
لانه متعد بحفر في ملك غيره ولو حفر الثاني بيرا في منتهى حريم البير
الاولى باذن الامام فذهب ماء البير الاولى وتحول الى الثانية

فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد
فلا تكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره
فكسد الاولى بسببه وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون جانب
الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله وللقناة حريم بقدر ما
يصلحه القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء مضبط
وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند
ابي حنيفة لا حريم لها ما لم تظهر على وجه الارض لانها بمنزلة النهر
غير فرارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر تغرس في الارض
الموات خمسة اذرع حتى لا يملك غيره ان يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج
الى الحريم لجداد ثمره والوضع فيه وروي ان رجلا غرس شجرة في ارض
فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصم الى النبي
صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه السلام من الحريم خمسة اذرع واطلق
الاخر فيما وراء ذلك قال رحمه الله وما عدل عنه الفراة ولم يحتمل
عوده اليه فهو موات لانه ليس في ملك احد فجاز احياؤه اذا لم يكن
حريما لعامر قال رحمه الله وان احتمل لا اي احتمل عوده لا يكون
مواتا لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم
لحاجتهم اليه قال رحمه الله ولا حريم للنهر وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب
النهر يحتاج اليه كصاحب البير والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي
على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي
في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقى اليه الطين عند الكري
لما فيه من النقل الى اسفله من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم
في البير والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس

في

في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتاتى
بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا
نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى اسفله
لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكنه الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع
يظهر الاصل الا ترى ان بني قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما
وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر
بدون الحريم ولا يقاس على البير لان حاجته اليه دون حاجة صاحب
البير الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض
وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب
الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان للنهر حريم كان الظاهر
شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسئلة مبنية على استحقاق
الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه
فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة
مبتداة فوجد قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه
به والاستعمال به فيه فكان القول قوله كما اذا تنازعا في ثوب
واحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي
حنيفة ان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود
فيهما شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس
هو في يدهما والمصراع الاخر مركب على باب دار احدهما كان القول له
ولو كان صاحب النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض
ايضا مستعملا له بدفع المائه عن ارضه فاستويا من هذا الوجه
وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس
ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له ان يهدمه لان صاحب النهر تعلق

له به حق حيث يستمسك ماء بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان
حايط لرجل ولاخر عليه جذوع ليس له ان يهدم حايطه لما فيه من ابطال
حقه وفي الجامع مقر لرجل بمسناة وارض لاخر خلف المسناة ليس في
يد احدهما بان من لاحدهما عليه غرس ولاطين ملقى لصاحب النهر
ايضا فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريم الملقى
طينه وغيره ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو ان يكون
الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق
احدهما عينا معلوما وان كان فيه اشجار ولا يدري من غرسها فهو على
هذا الاختلاف ايضا وكذا قبل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه
لصاحب النهر بالا يخفى ثم اذا كان الحريم لاحدهما ايهما كان لا يمنع الاخر
من الانتفاع به على وجه لا يبطل حقوقها الكري كالمرور فيه والقاء الطين
عليه وعلوفة ذلك بذلك جرت العادة ولا يغير قيد الا المالك لانه يبطل
حقه قال ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند
ابي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الخصاف
وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخي وذكر في
كشف الغوامض ان الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير
لا يحتاج الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى الكري
في كل وقت فانها حريم بالاتفاق والله اعلم **مسايل الشرب** قال
رحمه الله هو نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم اي نصيب قال رحمه الله الانهار الخاص كدجلة
والفرات غير مملوك وكل ان يسقي ارضه وبستانه ويشربه ويسقيه دابته
عليه ويكري نهرا منها الى ارضه ان لم يضر بالعامة اما الدليل على كونها
غير مملوكة فلان هذه الانهار ليست لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء

يمنع قهر غيره فلا يكون مملوكا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان
لكل احد ان ينتفع به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء في ثلاث
في الماء والكلا والنار رواه احمد وابن ماجة من حديث ابن عباس والمراد بالماء
ما ليس بمحرز فاذا احرز فقد ملك وخرج من ان يكون مباحا كالصيد اذا احرز
فلا يجوز لاحد ان ينتفع به الا باذنه وشرط الجواز الانتفاع به ان لا يضر
بالعامة فان كان يضر بالعامة بان يميله بالكري او نصب الرحا فليس له
ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز اذا كان لا يضر بها احدا كالانتفاع
بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلا الحشيش الذي نبت بنفسه من
غير ان ينبته احد وان نبت ان نزرعه ويسقيه فيملكه بقطعه واحرازه
وان كان في ارض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء
بها والا يقاد من يطيبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت في الصحراء
بخلاف ما اذا اراد غيره ان ياخذ الجمر لانه يكله ويتضرر بذلك فكان له
منعه كسائر املاكه الا اذا لم يكن يضره قال رحمه الله وفي الانهار
المملوكة والابار والمحاضر لكل شربة ويسقي دابته لارضه وان خيف
تخريب النهر لكثرة البقور يمنع واما يثبت له حق الشرب وهي الدابة
لما روينا ولان الانهار والابار والمحاضر لم توضع للاحراز والمباح لا
يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكاثر في دار انسان ولان الحاجة
الى الماء تتجدد ساعة فساعة وفي سائر الانتفاع يمكنه ان يتخذ ما يكفيه الى
ان يرجع الى وطنه بخلاف الى ان ياخذ الماء من الابار والانهار التي كونت
على طريق التفسح وذا لانه وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك
لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الارض حيث يمنع صاحب
الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لارضه لان سقي
اباحة وذلك ابطال حق صاحبه اذ لا عاية لذلك فلذا هيب به شفقة

فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقي دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة
حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر صفته او غيره كان له المنع وهو المراد بقوله
ان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص
وانما اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه
يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته قال رحمه الله والمحرز في الكوز
والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه لانه ملكه بالاحراز فكان اخص به
كالصيد اذا اخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما
يسقط بالشبهات حتى لو سرقه من موضع يعز الماء فيه وهو يساوي
نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في
الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع
اختصاص البعض بالبعض الا ترى انه يقال هذا المال لاهل كذا وان
كان يختص كل واحد بماله ولا يقال هم شركاء فيه الا كان مشتركا بينهم
ولا يختص بعضهم بشيء منه ولانه لو اورث مثله شبهة لانسد باب
اقامة الحدود كلها حتى حد باب الزنا ولو كانت البئر او الحوض او النهر
في ملك رجل فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان
يجد ما يقربه فان لم يجد يقال له اما ان تخرج المالية او تتركه يدخل
بشرط ان لا يكسر صفته لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه
عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر في ارض مملوكة اما اذا احتفرها
في ارض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل والاحياء
لحق مشترك وهو اولى الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الماء حكم الكل
حتى اذا كان في ارض مملوكة قيل للمالك اما ان تقطع وتدفع اليه
والا تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على
نفسه ودابته العطش كان له ان يقاتله بالسلاح لان عمر رضي الله

عنه

عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في البئر والنهر
ونحوهما مباح غير مملوك وان كان الماء محرزا في الاواني فليس للذي
يخاف الهلاك من العطش ان يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بغير
سلاح اذا كان فضل عن حاجته لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام
حالة المخمصة وفي الكامل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير
سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير
الى انه يجوز ان يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى ان لا يقاتله به
فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تاتي على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثيرة ينقطع الماء بشربها
اختلفوا فيه فقال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا وقال اكثرهم
له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقي الاراضي ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح وقال بعضهم يتوضأ في النهر
ويغسل الثياب فيه قلنا في ذلك حرج بين فيدفع ولو اراد ان يسقي
شجرا او خضرا في داره فحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال ائمة بلخ
ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون
فيه ويعدون المنع من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب
معالي الامور ويكره سفسافها وليس له ان يسقي نخيله وارضه
وشجره من نهر غيره وبئره وقناته الا باذنه فصار له ان يمنع من ذلك
لان الماء لما دخل في المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت
لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى ارضه فيفضي
الى كسر صفته والى الحفر في حريم بين ليسيل الماء الى ارضه ويلحقه
بذلك ضرر عظيم فيمنع منه اصلا فصار في الحاصل المياه ثلاثة انواع
الانهار العظام التي لم تدخل في ملك احد والانهار التي هي مملوكة

وما صار في الاولى وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما بتوفيق الله تعالى
قال رحمه الله وكذلك يجبر على حفر بئر لمماليك لان ذلك لمصلحة العامة
ولما بينا ان لصاحب الدار ان يمنع من اتخاذ الكنيف في داره قال رحمه الله فان لم
يكن فيه بئر يجبر القاضي على الكري عليه لان الامام نصب ناظرا وفي تركه ضرر
عظيم على الناس وقد رأى ما يتفق العوام في الفصل باختيارهم فيجبرهم
عليه وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتها ولاذكم الا انه
يجبر لو كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقون نهيه
بالفهم كما في تجهيز الجيوش قال رحمه الله وكري ما هو مملوك على
اهله ويجبر الابي على كريه لان منفعته لهم على الخصوص فتكون
مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن ابى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل
ان كان خاصا لا يحتاج الى الجبر والفاصل بين الخاص والعام انما يستحق به
دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز بالزام الضرر
الخاص بدل وايضاح ان تعين ملء قعا فيدون الضرر اولى لان الابي بتركه
بذلك ضرر بل يحصل له نفع بما بذله فلا يمكن اجباره عليه بخلاف
ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر
خاص وهو ضرر شركائه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من
المؤنة اذا كان ذلك بامر القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه
الرجوع عليهم لكثرتهم ورعا لا تقبل المؤنة الشفعة عليهم فلا يدري
حصة كل واحد منهم ولا يقال في كري النهر الخاص ايضا حقوق اهل
الشفعة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا جبر لاجل حق اهل
الشفعة الا ترى ان اهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبروا
في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولو كان حق الشفعة

معتبر

معتبر لاجبر والدفع الضرر العام قال رحمه الله ومؤنة كري النهر المشترك
عليهم من اعلاه فان جاوز ارض رجل ربع وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا مؤنة الكري عليهم جميعا من اوله الى آخره بالحصص
لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلا لانه يحتاج الى
تسييل الفاضل من الماء فانه سد عليه فاض الماء على ارضه وافسد
زرعه فتبين ان كل واحد ينتفع بالنهر من اوله الى آخره فلهذا يستوون
في استحقاق الشفعة به فاذا استووا في الغنم وجب الاستواء في
الغرم ولابي حنيفة ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر وبقي
الارض منهم فاذا جاوز الكري ارض رجل فليس في كري ما بقي منفعة
فلا يلزمه شيء من مؤنته وبالتقاعد في اسفل من حيث اجراء ما فضل
من الماء فيه لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع الا ترى ان من له حق
تسييل ما سقاه الماء فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الماء عند
بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من
اسفله وزعم بعض اصحابنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من
النهر ليس عليه شيء من المؤنة والاصح ان مؤنة الكري الى حائل
ارضه واليه اشار في الاصل لانه ان يتخذ الفوهة من اي موضع
شاء من ارضه من اعلاه وان شاء من اسفله فكان منتفعا بالكري انتفاع
سائر الارض الم يجاوز حد ارضه قال رحمه الله ولا كري على اهل
الشفعة لانهم لا يحصون والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع
وهذا لان يستحقون به الشفعة قال رحمه الله ونصب دعوى الشرب
بغير ارض وهذا استحسان والقياس ان لا تصح لان شرط صحة الدعوى
اعلام المدعى به الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تفضل

الاعلام ولانه يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك في المدعى اذا البنت
دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون الارض فلا يسمع القاضي
فيه الدعوى والخصومة كالحق في المسايل ووجه الاستحسان ان الشرب
مرفوق فيه منتفع به ويكون ذلك بمقابلة ارض بالارث والوصية
وتدبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه
غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة واذا
كان لرجل ارض ولآخر فيها نخل واراد ان لا يجري الماء في ارضه لم يكن
له ذلك ويترك على حاله لان موضع الشرب منها في يد رب النهر مستعمل
له باجرا ما يه فيه فعند الاختلاف في القول قوله في انه ملكه فان لم
يكن في يده ولم يكن جاريا فيها البينة ان هذا النهر له او انه قد كان مجراه
في هذا النهر يسوقه الى ارضه فيسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملك
الرقبة ان كان المدعى فيه او حق الاجراء باثبات الخراج من غير
دعوى الملك وعلى هذا المصبة في نهر او على سطح والميزاب والممشا
في هواء غير محكم الاتصال وفيه نظيره قال رحمه الله غير ان قوم
اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب
سقي الارض والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر
ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق
ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق
وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا بغالي قد استووا في اثبات اليد
على النهر فوجب ان يستووا في الاستحقاق لانا نقول اليد لا يمكن اثبات
اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر
ان الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز وانما
وذلك الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد بحسب ذلك

وليس

وليس لاحدهم ان يسكر النهر على الاسفل وكذلك يشرب بعضهم لان في السكر
احداث شيء لم يكن فيه وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز
ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء فان تراضوا على ان الاعلى
يسكر النهر حتى يشرب بعضهم واصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم
في نوبته جاز لان المانع حقهم وقد رضوا بتواجبهم ولكن لمن يمكنه ان
يسكر بلوح او يد فليس له ان يسكر بالطين والتراب ليلا يتكيس
النهر به وفيه اضرار بالشركاء الا ان يتراضوا على ذلك ولو كان الماء في
النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم بالسكر فانه يبدأ باهل
الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك باهل الاعلى حتى يسكروا وليس
لهم ان يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود اهل اسفل النهر امراء على اهل
الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداية اهل الاسفل قال رحمه الله
وليس لاحد ان يشق منه نهرا او ينصب عليه رحى او دالية او جسرا
او يوسع فم النهر او يقسمه بالايام وقد وقعت المشاهدة بالاوعية او
يسوق نصيبه الى ارض له اخرى ليسقيها فيه شربه بالارض لهم لان في
شق النهر ونصب الرحى كسر صفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك
بالبناء وفي الكسر تغيير الماء عن سننه الا ان تكون الرحى لا تضر بالنهر
ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من
البناء في خالص ملكه وحبس الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر كسر
صفته وبالماء ان تغير عن سننه او ينقص ولم يوجد شيء من ذلك
فيجوز والمانع من الانتفاع بالمانع يقايه على حاله تفتت فاصله
الى الاضرار بغيره لاداقة الضرر عن نفسه فلم يلتفت الى تضرره
والدالية والساقية يتولد الرحى وفي الغطرة والجسر اشغال
الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون له ذلك برضا هم الدالية

جذع طويل يركب مدق الارز في راسه مغرفة كبيرة يسقى بها وقيل
هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البير والجر اسم لما
يرفع ويوضع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما يتخذ
من الاجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا كان نهر خاص لرجل
ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويسده من جانبه
كان له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان مقنطرا مسدودا
من الجانبين فاراد ان ينقض ذلك لعلة او لغير علة وان كان ذلك
يزيد في اخذ الما منع منه لحق الشركا وانما لم يكن له ان يوسع فم
النهر لان فيه كسر صفته ويزيد على مقدار حقه في اخذ الما وهذا ظاهر
فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا وسع
فم النهر يحتبس الما في ذلك الموضع فيدخل في كونه اكثر مما يدخل
قبله وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع
من فم النهر لانه يحتبس الما فيه فيزداد دخول الما فيه بخلاف ما
اذا اراد ان يسفل كواه ويرفعه من حيث العمق في مكانه حيث يكون
له ذلك في الصحيح لان قسمة الما في الاصل وقع باعتبار سعة الكوه
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع في العمق هو العادة فلا
يودي الى تغيير موقع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون ان يقسم
بالايام بعدما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله
لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص
لم يكن لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة
خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم
ان يشق نهرا ابتدا فكان الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له
ان يسوق شربه الى ارض اخرى ليس له فيها شرب لانه اذا فعل ذلك

يخشى

يخشى ان يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد
ويستدل على ذلك بالمحفور لاجرا الما فيه اليها وكذا لو اراد ان يسوق
شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى الاخرى لانه يستوفي زيادة على
حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الما قبل ان يسقي الاخرى وهو
نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه التي يفتحها في هذا الطريق بخلاف ما اذا كان
ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور
ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو اراد الاعلا من
الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا
لفيض الما عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر
وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى قد تمت
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض
ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة الشرب
بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت
الاعارة وهذا لان القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل
واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيما هو فيه او ورثته في
اي وقت شا لان العارية غير لازمة قال رحمه الله ويورث
الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب والفرق ان
الورثة خلفا الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت واملاكه
فجاز ان يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات
كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية اخت الميراث فكانت
مثله بخلاف البيع والهدية والصدقة والوصية لا تجوز للغرور او الجهالة
او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم حتى لو اتلف شرب

انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن
بعقد والوصية ببيعه او هبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز
بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى في النكاح
ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم عمد او عن دعوى لكن هذه العقود
صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك
بساير الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب على الزوج مهر المثل وعلى
المراة رد ما اخذت من المهر وعلى القاتل الدية وللمدعي ان يرجع على
دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون
الارض لما ذكرنا وان لم يكن له ارض قيل يجمع الماء في كل نوبته في حوض
فيباع الماء الى ان يقضي دينه من ذلك وقيل ينظر الامام الى ارض
لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعها برضا صاحبها ثم ينظر
الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت
ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت وقيل السبيل في معرفة الشرب
اذا اراد قسمة الثمن على قسمتها ان يقوم الشرب على تقدير ان لو كان
يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة
ينظر الى مثل هذه المراة بكم كانت تستاجر على الزنا فذلك القدر
هو مقرها في الوطي بشبهة وان لم يجد اشترى على تركة هذا
الميت ارضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعها فيؤدي من الثمن
ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرما قال رحمه الله ولو ملا ارضه
ما فنزت ارض جاره او غرقت لم يضمن لانه مسبب وليس بمتعد
فيه لان شرط وجوب الضمان في التسبب ان يكون متعديا الا ترى
ان من حفر بيرا في ارضه لا يضمن ما عطبت فيها لما قلنا وان حفر
بيرا في الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له ان يملا

ارضه

ارضه ماء ويسقيها قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها
قدر ما تحتمله عادة واما اذا سقاها سقيا لا تحتمله ارضه فيضمن
وهو نظير ما لو اوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فانه اذا كان
اوقد مثل العادة لا يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن فكان الشيخ
الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقي المعتاد اذا كان محقا
فيه بان سقى ارضه في نوبته مقدار حقه فاما اذا سقاها في غير
نوبته او في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي بالتسبيب
والله تعالى اعلم كتاب الاشربة قال رحمه الله والشراب
ما يسكر يعني في اصطلاح الفقها وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب
من المايعات والاشربة جمع شراب والمراد به هنا ما حرم شربه وكان
مسكرا قال رحمه الله والمحرم منها اربعة الخمر وهي التي من ماء العنب
اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها وقال بعضهم
كل مسكر حرام خمر لما روي عن ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام قال
كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو داود والترمذي وغيرهم
وفي لفظ كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة
والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وابو
داود والترمذي وجماعة اخر وعن النعمان ابن بشير قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا
وان من الزبيب خمرا ومن العسل خمرا رواه ابو داود والترمذي
وجماعة اخر ولانها سميت خمرا لمخامرة العقل والسكر يوجد بشرب
غيرها فكان خمرا ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر
باتفاق اهل اللغة وغيره يسمى مثلثا او ما ذاقا الى غير ذلك من
اسمايه وتسمية غيرها مجاز وعليه يحمل الحديث او على بيان الحكم

ان ثبت لانه عليه السلام بعث له لا لبيان الحقايق ولا مسلم انها
سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا انها سميت بالخمر
لمخامرتها العقل لا يلزم منه ان يسمى غيرها بالخمر قياسا على ان القياس
لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو للتعدي الحكم الشرعي على
ما عرف في موضعه الا ترى ان البرج سمي برجا لتبرجه وهو الظهور
وكذا النجم سمي نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ولا نجما وكذا يقال
للفرس ابلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان فيه
ذلك اللون وما ذكره في المختصر من حد الخمر هو قول ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد
لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع
العداوة والصد عن الصلوة واما القذف بالزبد فصفا ولا تاثير
له في احداث صفة السكر وله ان الغليان بداية الشدة وكماله
بقذف الزبد لانه يتميز به الصافي عن الكدر واحكام الشرع المتعلقة
بها قطعية كالحد وكفر مستحلها ونحو ذلك فيناط بالنهاية وقيل
يوجد في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد في وجوب الحد على الشارب
بقذف الزبد احتياطا والكلام فيها في مواضع احدها في بيان
بيان ماهيتها والثاني في وقت هذا الاسم لها وقد بيناهما والثالث
ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا متوقف عليه بخلاف غيرها
من الاشربة لان الفساد لا يحصل به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب
والسنة والاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهو من خواص
الخمر بان تزداد اللذة باستكثارها بخلاف ساير المشروبات وجاز
ان تحرم لاجل لذتها ايضا بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من
الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين الا ترى انه عليه

الصلاة

الصلاة والسلام قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الاخرة
رواه البخاري ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها
مطلقا والدليل عليه ان التي في الاخرة غير مسكرة والتنعم بها في
الدنيا هو الذي يوجب حرمانها في الاخرة كما قال تعالى اذهبتم
طيباتكم في حياتكم الدنيا ونظيره لبس الحرير فان من لبسه
في الدنيا لا يلبسه في الاخرة لاجل التنعم به لا غير والشافعي
يعدي الحكم او الاسم الى غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها
لذاتها لقوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل
لتعديه الاسم على ما بينا والرابع انها نجسة نجاسة غليظة
كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به والخامس ان مستحلها
يكفر لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق
لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم واحمد ولان الله تعالى لما نجسها
فقد اهانها والتقويم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها
فقال صاحب الهداية والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضربها
والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله
تعالى امرنا باجتنابها وفي الانتفاع به اقترابها والثامن انه يحد
شاربها وان لم يسكر منه شيئا لما بينا من قبل والتاسع ان الطبخ لا يؤثر
فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد
فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد في الفي خاصة لما ذكرنا فلا
يتعدى الى المطبوخ والعاشر يجوز تخليلها على ما يجيء من بعد ان
شاء الله تعالى قال رحمه الله والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى

ذهب اقل من ثلثه وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في المحيط
الطلا اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
وصار مسكرا وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يشربون من الطلا ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه على ما يجي من قريب وانما
سمي طلا لقول عمر رضي الله عنه ما اشبه هذا بطلا البعير وهو
القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه وفي
الهداية هو مثل ما ذكره في المختصر وهو الذي طبخ به حتى ذهب اقل
من ثلثيه ويسمى البازق ايضا سوا كان الذاهب قليلا او كثيرا
بعد ان يكون الذاهب ثلثين والمنصف منه وهو ما ذهب نصفه
وبقي نصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب
يدعوا قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا
المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث لانه ثخين وليس برقيق فلا يدعوا
قليله الى كثيره قال رحمه الله والسكر والنيء من ماء الرطب وهو
النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت
وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وفيه خلاف وقال شريك
ابن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم
ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضي الله عنهم والاية محمولة
على الابتدا حين كانت الاشربة مباحة وقيل اريد بها التوبيخ
معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا
قال رحمه الله ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب وهو

الرابع

الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روي عن ابن عباس انه عليه
السلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد
الى مسا الثالثة ثم يامر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفي رواية
فان بقي شي اهراقه او امر به فاهريقه وشرط حرمته ان يقذف
بالزبد بعد الغليان ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي كما في البازق
والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة هذه الاشيا دون حرمة الخمر
حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها
خفيفة وفي رواية ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة
على ما بينا في الغصب وعن ابي يوسف ان بيعها يجوز اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها
ويحد شاربها وان لم يسكر ولو بقطرة ونجاستها غليظة رواية
واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الاشربة
غير قطعية فلا تكون مثلها قال رحمه الله والكل حرام اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها
بخلاف الخمر وقد بينا وجهها واحكامها فلا حاجة الى اعادته
قال رحمه الله والحلال منها اربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ
ادنى طبخة وان اشتد اذا شرب منه ما لا يسكر بلا لهو وطرب
والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة
طبخ اولا والمثلث العنبي اما الاول وهو نبيذ التمر والزبيب ان
طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ الى ان يضج فلما روي عن ابي قتادة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنبذوا الزهو والرطب جميعا ولا
تنبذوا الرطب والزبيب جميعا ولكن انبذوا كل واحد منهما على حدته
رواه مسلم واحمد والبخاري وذكر التمر بدل الرطب وهذا نص على

ان المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن التمر والزبيب ان يخلط بينهما في الانباذ الحديث
الى ان قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا او بسرا فردا
رواه مسلم والنسائي وقد ورد في النهي عن الخليطين احاديث كثيرة
كلها صحاح وكلها تدل على ان كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا
محمول على المطبوخ لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي
الله عنهم على ما بينا وكذا ما روي عن انس رضي الله عنه ان الخمر حرمت
والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري ومسلم واحمد والمراد به
غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا اطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في
حرمة المتخذ من التمر احاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النيء والمحلل
على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض واما
الثاني وهو الخليطان فلما روي عن عايشة رضي الله عنها انها
قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقايه فناخذ
قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الما
فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة
رواه ابن ماجة وروي عن ابي زياد قال سقاني ابن عمر شربة
ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان
المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه وما روي من النهي عن
الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع
بين النعمتين وجاره محتاج بل يوثر باحدهما والاباحة كانت
في حالة السعة والحمل ما يوثر عن ابراهيم النخعي رحمه الله واما
الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة

فلقوله

فلقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة
رواه احمد ومسلم وغيرهما خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم اي حكمهما
واحد لا ان كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان
قليله لا يفضي الى الكثير كيف ما كان واما وهو المثلث وهو ما
يطبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روي عن
ابي موسى انه كان يشرب من الطلا ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه رواه
النسائي وله مثله عن عمر وابي الدردا وقال البخاري راى عمر
ومعاذ وابو عبيدة شرب الطلا على الثلث اذا ذهب ثلثاه وبقي
ثلثه فقال لا باس به قلت انهم يقولون يسكر فقال لا يسكر لو كان
يسكر ما اجله عمر ولانه لا يحصل الفساد من الصدق عن الصلوة
والقا العداوة بشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها
فلا يشترط فيها السكر ولان قليلها يدعو الى الكثير ولا كذلك
المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو في نفسه غذا فبقي
على الاصل الاباحة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ومالك والشافعي كلما اسكر كثيره فقليله حرام
من اي نوع كان لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام
رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وعن عايشة رضي
الله عنها قالت سيل النبي صلى الله عليه وسلم عن البتع وهو نبيذ
العسل وكان اهل اليمن يشربونه فقال كل شراب اسكر فهو حرام
رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابي موسى قلت يا رسول الله
افتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو نبيذ من العسل
حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير نبيذ حتى يشتد
وقال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعطي جوامع الكلم

بجوابيه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن
عمر انه عليه الصلاة والسلام قال كلما اسكر كثيره فقليله حرام رواه
احمد وابن ماجة والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار الصحاح ما لا
يحصى ولهما ما روينا من اطلاق الانتباذ على الانفراد والخليط
ولان المسكر هو القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف
الى الوصف الاخير من علة ذات اوجه فتقتصر الحرمة عليه
ونظيره الاسراف في الاكل فان الزايد على الشبع هو الحرام لا غير
وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوي دون التلهي وان
قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد يحد اذا سكر منه
ويقع طلاقه اذا طلق امراته وهو سكران منه كما في ساير الاشربة
المحرمة وكان ابو يوسف اولا يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما
بلغ عشرة ايام اني اكرهه وكان قوله في الاول مثل قول محمد الا
انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد اي لا يحمض لان بقاه
في هذه المدة من غير ان يفسد دليله قوته وشدته فكان اية
حرمته ومثله يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم رجع الى قول
ابي حنيفة فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها ابو حنيفة
على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم شربه اصلا كالخمر والثلثة المحرمة
وفيما يحرم السكر منه والفتوى في زماننا بقول محمد رحمه الله
حتى يحد من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين
لان الفساق يجتمعون على هذه الاشيا في زماننا ويقصدون
السكر واللهو بشربها وعن ابي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد من لحمه والاصح انه يحل عنده على ما
ذكره صاحب الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه او لئلا يودي

الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والمثلث اذا صب عليه الما
وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الما فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف
ما اذا صب الما على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الما يذهب
اولا للطافته او يذهب منهما ولا يدري ايهما اكثر فيحتمل ان يكون
الذاهب من العصير اقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصير
اكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية لا يحل
ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير
تغير فصار كما لو طبخ بعد العصير ولو جمع بين العنب والتمر
او بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر
او الزبيب ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان
يذهب ثلثاه فيعتبر جانبه احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين
عصير العنب ونقيع الزبيب لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر او نقيع
الزبيب ادنى طبخة ثم نقع فيه تمر او زبيب ان كان ما نقع فيه شيا
يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح
من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة فلا حد في شربه لان التحريم
للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره
بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تخللت
فلا ترتفع بالطبخ قال رحمه الله ويحل الانتباذ في الدباء والحنتم
والزبيب والنقير لما روي عن بريدة انه عليه السلام قال كنت
نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعا غير ان لا تشربوا
مسكرا رواه احمد ومسلم وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف
وان ظرفا لا يحل شيا ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو
داود وجماعة اخر وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن

عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدبا
وهي القرعة ونهى عن النقير وهي اصل النخل ينقر نقرا او ينسج نسجا
ونهى عن المزفت وهو المقير الحديث ثم نسخ بما روينا وقال ابو هريرة
الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر
وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل
استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها
الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلثا
وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق
وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسايل
غسل ما لا ينعصر الا بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملا ماء مرة بعد
اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما او رايحة
حكم بطهارته قال رحمه الله وخل الخمر سواء خللت او تخللت
اي خل خل الخمر ولا فرق في ذلك ان يتخلل هي او تخلل وقال الشافعي
ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا
وان كان بالقاء غير شيء فيها بل بالنقل من ظل الى شمس او ايقاد
النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك الفعل
خلا فله فيه قولان له ما روي عن انس انه عليه السلام سيل
عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي
وصححه وعن انس ان ابا طلحة سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام
ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا نجعلها خلا قال لا رواه ابو داود
واحمد ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه
التمول فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس
باول الملاقاة وما يكون نجسا فلا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا

تخللت

تخللت بنفسها لانه لم يوجد تنجس شيء بالملاقاة ولا اقتراب حرام
وهو نظير قتل المورث فانه يحرم المورث الارث لمباشرته الحرام
وان مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له اذا اخرجه بل
يجب عليه رده وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
نعم الادم الخل مطلقا فيتناول جميع صورها ولا بالتخليل ازالة
الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفرا
وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح
للمصالح مباح والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المال فيختاره من ابتلي
به والمنهي عنه فيما روي ان يستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع
انتفاعه كالايتدام وغيره وهو نظير ما روي انه عليه السلام
نهى عن تخليل الحرام وتحريم الحلال وان يتخذ الدواب كراسي والمراد
الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا
من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام
اليس كانوا يامرون وينهون ويطيعونهم قال نعم قال هو
ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال ونقول ليس فيما روي دلالة
على ان الخمر لا يطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك اصلا وانما يوجب
حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة
الا ترى انا نهينا عن التوضي بما مملوك للغير بدون رضاه وعن
الاستنجاء باشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك يحصل به الطهارة وكذا
الصلاة في الارض المغصوبة والبيع منهي عنه عند الابتداء ثم اذا
فعل يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فاذا
صارت خلا طهرت بالاستحالة ولم تبق مجاورة للنجاسة الا ترى ان

طرفها طاهر لان تنجسها بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع اجزايها
لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف
على صفة الخمرية ولا كذلك اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا
ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر بما يوازيها من الانا فاما اعلاه وهو
الذي انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس
باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا على ما كان
ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر لاستحالته وكذا اذا صب منه
الخمر ثم ملي خلا يطهر في الحال لما قلنا **قال رحمه الله وكره شرب**
دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزا الخمر فكان حراما نجسا
والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا ولا ان
يسقي ذميا ولا صبيا والوبال لمن سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به لانه يصير
خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه **قال رحمه الله ولا يحد**
شاربه بلا سكر اي شارب الدردي الا اذا سكر وقال الشافعي
يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي
قطرات منها ولنا وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما تميل
الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر
منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها
الا بالسكر بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعوا الى
الكثير ولا كذلك الدردي لان الغالب عليه الثفل فاشبه غالب
الما ولو جعلت الخمر في مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر
في الخمر ولو اكل منه لا يحد الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها او لانها
مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر

واقطارها

واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم
الشرب وهو السبب وذكر في النهاية الاستشفا بالحرام جايز
اذا علم ان فيه شفا وليس له دوا اخر غيره وعزاه الى الذخيرة
فصل في طبخ العصاير الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه
بالنار وقذف بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي
فيحل الثلث الباقي بعده ولو صب فيه الما قبل الطبخ ثم طبخ بمايه
ينظر ان كان الما اسرع ذهابا لطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثي
العصير بعد ذهاب الما الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد
فيحل الثلث الباقي من العصير لان الذاهب الاول هو الما والزبد
والثاني هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثيه وان كان يذهبان
معا فيحل الثلث الباقي بذهاب الثلثين وبقا الثلث ما وعصيرا
ولو طبخ العصير فذهب اقل من الثلثين ثم اهريق بعضه لا يحل
الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته ان ياخذ
ثلث الجميع فيضربه في الباقي بعد الانصباب ثم يقسم الخارج من
الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه
شي فما اصاب الواحد منه بالقسمة فذلك القدر هو الحلال
فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير
طبخ حتى يذهب اربعة ارطال ثم اهريق رطلان ياخذ ثلث
العصير كله وهو اربعة فيضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو
ستة فيصير اربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب
ما ذهب منه بالطبخ قبل ان يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب
كل واحد منها ثلثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي
الى ان يبقى قدره فيحل وان شيت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب

وعلى ما بقي بعد الانصباب فما اصاب المنصب يجعل مع المنصب كان لم
يكن فكان جميع العصير هو الباقي وما اصابه من الذاهب بالطبخ وقد
ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان
شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو
قدر ثلث الجميع فاذا اهريق بعضه اهريق بحسابه فيطبخ الباقي حتى
يبقى قدر ما فيه من الحلال والله تعالى اعلم **كتاب**
الصيد قال رحمه الله هو الاصطياد اي الصيد هو الاصطياد في
اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمي به المصيد تسمية للمفعول
بالمصدر فصار اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الايدي ماكولا
كان او غير ماكول والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم
وكذا المصيد اذا كان ماكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه
السلام الصيد لمن اخذه ولقوله عليه السلام لعدي ابن حاتم
اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله فان امسك عليك فادركته حيا
فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكله فان اخذ الكلب
ذكاة رواه مسلم والبخاري واحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع
بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب ليتمكن المكلف
من اقامة التكليف **قال رحمه الله ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي**
وساير الجوارح المعلمة اي يحل الاصطياد بهذه الاشيا وغيرها
من الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والعقاب والصقر
وفي الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب
من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك
ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم

من

من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب
والجرح الكسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم
وقيل هي ان تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل
الاية على المعنيين فتشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر
الرواية لان في اشتراط الجرح من الكسوب عملا بالمتيقن به
والكلب المعلم الكلاب ومودبها ثم عمم في كل ما ادب جارحة
بهيمة كانت او طايرا ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد
تعلمونهن تودبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح دل عليه
ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه لان اسم الكلب يقع على
كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من
ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته
والدب لخساسته كذا ذكر في الهداية والكافي وذكر في النهاية
الذيب بدل الدب وكذا في المحيط ولانهما لا يعملان عادة ولان
التعليم يعرف بترك الاكل وهما لا ياكلان الصيد في الحال فلا يمكن
الاستدلال بترك الاكل على التعليم حتى لو تصور التعلم منهما
وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية والحق بعضهم الحداة بهما
لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا
يجوز الانتفاع به **قال رحمه الله ولا بد من التعليم** لقوله تعالى
وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله عليه السلام
لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله فكل وما صدت
بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم
واحمد وكذا لا بد ان يكون المرسل اهلا للذكوة بان يكون مسلما
او كتابيا وهو يعقل الذكوة والتسمية ويضبط **قال رحمه الله**

وذا بترك الاكل في الكلب ثلاثا وبالرجوع اذا دعوته في البازي

اي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلث مرات وفي البازي
بالرجوع اذا دعي وروي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان
بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن الضرب حتى يترك الاكل وبدن
البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفي بغيره
مما يدل على التعليم ولان اية التعلم ترك ما هو مالوفه عادة وعادة
البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب لالفه
بالناس فاذا ترك كل واحد منهما ما هو مالوفه دل على تعلمه
وانتهاء علمه وهذا الفرق لا يتاتى الا في الكلب خاصة لانه هو
الالوف دون غيره من ذوات الانياب والفرق الاول يتاتى في
الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فامكن تعليمه بالضرب
الى ان يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما
ورواية عن ابي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان
وهي مدة ضربت لذلك ولذا قال عليه السلام اذا استاذن احدكم
ثلاثا فلم يوذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح
احدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان
الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون التعليم والجمع كثير
ولهذا قال عليه السلام الثلث ركب تقدر به وعند ابي حنيفة
لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا يقدر بشي لان
المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى راي
المبتلى به كما هو دابه في مثله كما في حبس الغريم ولا نص هنا
والنجاسة المختلفة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة
ونحو ذلك ذكر قوله في الاصل وترك الاكل قد يكون للخوف من

الضرب

الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحذاقة
والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك ثلاثا لا يحل الاولى والثانية
على قول من قال بالثلث وهو ظاهر وكذا الثالث عندهما
لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبلها غير معلم فكان
الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى
فعلم المولى وهو ساكت فصير ماذونا في التجارة ولا يلزم
ذلك البيع حتى كان للمولى ان ينقضه ان شا وعند ابي حنيفة
على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث اية تعلمه فصار
هذا صيد كلب معلم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق ان امساكه
على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد اخذه له بعد
ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد مال المولى لا يجوز
وان كان ماذونا له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه
ساكتا صار ماذونا له وجاز شراوه ولزمه ولم يذكر البازي
بكم اجابة يصير مسلما فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكر
في الكلب وقيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لان
الخوف ينفره بخلاف الكلب قال رحمه الله ومن التسمية عند
الارسال ومن الجرح في اي موضع كان اي لا بد من التسمية عند
الارسال ومن الجرح في اي موضع كان من اعضائه اما التسمية فلما
تلونا وروينا من حديث ابا ثعلبة والمراد به مع التذكر واما
اذا نسي التسمية عند الارسال فلا باس باكله وقد بيناه في
الذبائح واما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله
تعالى فكلوا مما امسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد

زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما روينا من
حديث عدي وابا ثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه
والالزام نسخه بالراي وهو لا يجوز ووجه الظاهر قوله تعالى
وما علمتم من الجوارح على ما بينا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح
وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه
كما في الذكوة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرح صار موقوذة
وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد
لاتحاد الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلف
الحوادث او كان التقييد والاطلاق من جهة السبب اما اذا
كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحتمل قال رحمه الله فان
اكل منه البازي اكل وان اكل منه الفهد او الكلب لا وقال مالك
والشافعي في القديم يوكل وان اكل منه الكلب كالبازي لما روي
عن عبد الله ابن عمرو ان ابا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلبا
مكلبة فافتني في صيد فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل
مما امسكت عليك الحديث الى ان قال هو للنبي صلى الله عليه وسلم
وان اكل منه قال عليه السلام وان اكل منه ولان فعل الكلب انما
صار ذكوة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا
ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وقوله تعالى وما اكل السبع
الا ما ذكيتم وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت
اسم الله فكل ما امسكن عليك الا ان ياكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف
ان يكون انما امسك على نفسه رواه البخاري ومسلم واحمد وعن
ابراهيم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت
كلبك فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسك على نفسه واذا ارسلته

فقتل

فقتل ولم ياكل فانما امسك على صاحبه رواه احمد ومن رويهما
غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم اولى على ما عرف
في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صار
الكلب صيودا ولم ياكل منها شيئا ثم اكل من صيده بعد ذلك لا يوكل
من الذي اكل منه لان اكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى
يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء واما الصيود
التي اخذها فما اكل منها فلا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما
ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
وما هو محرز في البيت يحرم عند ابي حنيفة وعندهما لا يحرم لان
الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه
الجوع فياكل مع علمه ولان ما احرزه قد امضى فيه الحكم بالاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية
فيه من وجه لعدم الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة ان اكله
اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فبالاكل تبين
ان تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل
اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه لا يثبت الا ظاهرا فبقي
جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا
ما امكن والامكان في حق القائم جميعا دون الفائت وقال
بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند ابي حنيفة اذا كان
العهد قريبا اما اذا تطاول العهد بان اتى عليه شهرا واكثر
وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم في قولهم جميعا لان في

المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم انه لو لم يكن معلما في الماضي
من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر انه لم يكن
معلما حين اصطاد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال
شمس الائمة السرخسي الصحيح ان الخلاف في الفصلين ولو ان صقرا
فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فارسله فصاد
لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا
اكل من الصيد فيكون حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب
الكلب من دم الصيد فيكون حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولم ياكل
من لحمه شيئا اكل لانه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ
الصايد الصيد من الكلب وقطع له قطعة والقاها اليه فاكلها
يوكل ما بقي لانه امسك على صاحبه وسلمه اليه واكل بعد ذلك
ما القى اليه صاحبه لا يضره لانه لم ياكل من الصيد وهو عادة
الصيادين فصار كما لو القى اليه طعاما اخر وكذا اذا خطف
الكلب منه واكله لانه لم ياكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه
الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما لو
افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك
لبقاء جهة الصيدية فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة
فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لا يوكل لانه صيد
كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم ياكل منه حتى اخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة
فاكلها يوكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة
لا يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف

الوجه

الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فتبين انه جاهل
ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد
يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه
فان اكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد وبعده على الوجه الثاني قال رحمه الله وان ادركه
حيا ذكاه لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا ارسلت كلبك
فاذكر اسم الله فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه الحديث
رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته
فبطل حكم البدل والبازي والسهم كالكلب لان المعنى يشمل
الكل قال رحمه الله وان لم يذك او خنقه الكلب ولم يجرحه
او شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله
عليه عمدا اما اذا لم يذك فلانه لما ادركه حيا صار ذكاته ذكاة الاختيار
لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من
ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
قدر ما يكون في المذبوح بان بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا
مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحيوة
لا يعتبر فكان ميتا حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه
الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لان موته يضاف اليه
والميت ليس بمحل للذكوة وذكر الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع
وقيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يحل الا اذا ذكاه بناء على
ان الحيوة الحقيقية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى
حلت المتردية والموقوذة والنطيحة ونحوها بالذكوة اذا كان

فيها حيوة وان كانت خفية وعندهما لا تحل اذا كانت حياتها بينة
وذلك بان تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد وعند ابي يوسف وهو
قول الشافعي انه لم يقدر على الاصل فصار كالميتة اذا راى الما
ولم يقدر على استعماله ولا يوكل في ظاهر الرواية لانه قادر حكما
لثبوت يده عليه وهو قايم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار
الذبح نفسه حقيقة لان الناس يختلفون على حسب تفاوتهم
في الكياسة والهداية في امر الذبح فلا يمكن ضبطه فادير الحكم ثبوت
اليد لانه الشاهد المعاين فلا يحل اكله الا بالذكوة سوا كانت
حياته خفية او بينة يخرج المعلم وغيره من السباع وعليه
الفتوى لقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم استثناه
مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله
عليه الصلاة والسلام لعدي فان امسك عليك فادركته
حيا فاذبحه مطلق فيتناوله كل حي مطلقا الحديث صحيح رواه
البخاري ومسلم واحمد وفصل الشافعي تفصيلا اخر غير ما ذكرنا
فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الالة لم يوكل لان التقصير
من جهته وان كان لضيق الوقت اكل لعدم التقصير والحجة عليه
ما تلونا وما روينا واما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا
عند قوله لا بد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف
الروايات فيه والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لانه لا يفضي الى
خروج الدم واما اذا شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب
لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روي عن عدي بن حاتم رضي الله عنه
انه قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي واسمي فقال ان ارسلت
كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك

على

على نفسه قلت اني ارسلت كلبي فاخذ معه كلب اخر لا ادري ايهما
اخذه فقال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفي
رواية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك
فاذكر اسم الله فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تاكل
فانك لا تدري ايهما قتله رواه البخاري ومسلم واحمد رحمهم الله
وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي وقوله القديم انه لا
يحرم باكل الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمدا
ايضا ولانه اجتمع المبيع والمحرم فتغلب فيه جهة الحرمة لقوله
عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وغلب الحلال الحرام
ولان الحرام واجب الترك والحلال جايز الترك وكان الاحتياط
في الترك ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات
بجرح الاول يكره اكله لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح
ثم قيل الكراهية كراهية تنزيه لان الاول لما تفرد بالجرح والاخذ
غلب جانب الحل فصار حلالا واوجبت اعانة غير المعلم الكراهة
دون الحرمة وقيل كراهية تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود
المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسي بنفسه حيث
لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب
فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه
لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فاخذه
فقتله فلا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب الاول حتى
ازداد طلبا ولم يوثر في الصيد فكان تبعا لفعله لانه بنا عليه
فلا يضاف الحكم الى التبع بخلاف ما اذا رده عليه لانه لم يصر
تبعا فيضاف اليهما ولو رده على سبع او ذي مخلب من الطير

مما يجوز ان يعلم فيصاد به فهو كما لو رد عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود
المجانسة في الفعل بخلاف ما اذا رد عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل
والبقر والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الاحكام قال
رحمه الله فان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل ولو
ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم والمراد بالزجر التهييج
اي هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد في العدو وانما يحل في الاول
ويحرم في الثاني لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينسخ
به الارسال لان الشيء لا يرتفع الا بمثله او بما هو فوقه ولا يرتفع
بما هو دونه كنسخ الاي فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي
في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي بزجر المسلم في الوجه الثاني
فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز
ذكاته كالمحرم والمرتد وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة
المجوسي غير ان المحرم يجب عليه الجزاء لما فيه من التعرض للصيد
الا ترى انه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهي دونه فبالزجر اولى
وهو فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزاء اعتباره
في حق انفساخ الفعل قال رحمه الله وان لم يرسله احد فزجره
مسلم فانزجر حل وهذا استحسان والقياس ان لا يحل لان الارسال
جعل ذكاة عند الاضطرار لاجل الضرورة فان لم يوجد الارسال
انعدم الذكوة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بناء عليه فلا يعتبر
على ما بينا ووجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال يجعل
ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته فيجب اعتباره
فيحل اذ ليس في اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا
يقال الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه ولا يرتفع الانفلات

فصار

فصار مثل الفصل الاول والجامع ان الزجر فيهما بناء على الاول لانا
نقول الزجر ان كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه
من وجه اخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات
لان اخر الفعلين يصلح ناسخا للاول كما في نسخ الاحكام بخلاف
الفصل الاول لان الزجر لا يساوي الارسال من وجه فلا يرتفع به
والبازي كالكلب فيما ذكرنا ولو ارسل كلبه المعلم على صيد معين
فاخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير
ارسال اذ لا ارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه
فلا يتحول الى غيره فصار كما اذا اضجع شاة وسمى عليها وخلاها
فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين الصيد
بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو
ارسل من غير تعيين يحل ما اصابه خلافا لمالك وهذا بناء على
ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين
لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في
وسعه ايجاد الارسال دون التعيين غير مفيد في حقه ولا في
حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذا في
حق الكلب لان قصده الى اخذ كل صيد يتمكن من اخذه بخلاف
ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن وكذا غرضه
متعلق بمعين فتتعلق التسمية هنالك بالمضجع للذبح وفيما نحن
بالالة ولو ارسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال
فقتل الكل حل الجميع لان الذبح يقع بالارسال ولهذا تشترط التسمية
عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكتفي بتسمية واحدة فصار
كما اذا اضجع شاتين احديهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة

بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل متعدد فلا
بد من تعدد التسمية ومن ارسل فهدا فكمن حتى يتمكن من الصيد
ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لاستراحة
فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه تحقق
ذلك وعد ذلك منه من الخصال الحميدة وقال الحلواني للفهد
خصال حميدة فينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه منها ان يكمن
للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه
بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده
من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركض
خلفه ويقول هو المحتاج الي فلا اذل وهكذا ينبغي للعاقل ان لا
يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب
الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي
للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها
انه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب
وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب
ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه تركه ويقول لا قتل نفسي
فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل وكذا الكلب اذا اعتاد
الاختفا لا يقطع فور الارسال لما بينا في الفهد ولو ارسل
كلبه فاخذ صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله اكلا جميعا لان
الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد
فاصابه وغيره ولو جثم على الاول طويلا ثم مر به صيد اخر فقتله
لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن حيلة
منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه

المعلم

المعلم على صيد فوقع على فيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يوكل اذا
لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة ليتمكن ولو
ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا يوكل
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان
مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل
كلبه على صيد فاخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه اخر فقتله
اكل وكذا لو ارسل كلبين فجرحه احدهما ثم قتله الاخر اكل لان
الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول ولو ارسل رجلان كل واحد
كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل اذا كان ارسال الثاني من قبل
ان يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول ان كان اثخنه قبل
ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيد فملك به ولا يحرم الثاني
بعد ما اثخنه الاول لان ارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل
ان يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الاطلاق
ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه قال رحمه الله وان رمى فاصابه
وجرح اكل اي رمى الصيد فاصابه يوكل اذا جرح لقوله عليه الصلاة
والسلام لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان
فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ما فانك لا تدري
الما قتله ام سهمك رواه البخاري ومسلم واحمد وشرح الجرح لما روي
عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا رميت فسميت فخزق فكل وان لم تخزق فلا تاكل ولا تاكل من
المعراض الا ما ذكيت ولا تاكل من البندقة الا ما ذكيت رواه احمد
ولا فرق في ذلك بين ان يصيب الرمي بنفسه او غيره من الصيد

كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى وسمى
وجرح الشارة اليه حيث لم يعين الرمي والمصاب حتى يدخل تحته
ما سمى حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حسن
صيد يحل اكله سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا او غير مأكول
بعد ان كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا اصالة كانه رمى
صيدا فاصاب غيره وان تبين انه حسن جراد او سمك ذكر في
النهاية معزيا الى المحيط ان المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما
فلا يكون الفعل ذكوة واورده على قول صاحب الهداية ثم تبين
انه حسن صيد حل المصاب فقال كان من حقه ان يقال ثم تبين
انه حسن صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح او الجرح وقال صاحب
الهداية في اخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب
صيدا يحل في رواية ابي يوسف لانه صيد وفي رواية اخرى عنه
لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان ينبغي ان يخرج ما ذكره صاحب
الهداية على رواية لا تحل فلا يرد عليه ما اورده ولا يحتاج الى
زيادة القيد الذي ذكره في فتاوى قاضيخان لو رمى الى
جراد او سمك وترك التسمية فاصاب طيرا او صيدا اخر
فقتله حل اكله وعن ابي يوسف روايتان والصحيح انه يؤكل
وهذا اوضح من الكل فلا يرد عليه اصلا وان تبين ان المسموع حسه
آدمي او حيوان اهلي او ظبي مستأنس او موثق لا يحل المصاب
لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكوة ولو رمى الى
طائر فاصاب غيره من الصيود وقر الطائر ولا يدري اهو وحشي
ام لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى
بعير فاصاب صيدا ولا يدري انه هو ام لا حيث لا يحل المصاب

لان

لان الاصل فيه الاستيناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو
اصاب المسموع حسه وقد ظنه ظبيا فتبين انه صيد حل لانه لا عبرة
بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى اذا سمع حسا
بالليل فظنه انه انسان او هاتفا وجيء فرماه فاذا ذلك الذي سمع
حسه صيدا فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه او اصاب
صيدا اخر وقتل لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا
يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون
الذي اراده وسمى حسه ورجى فيه صيدا سواء كان مما يؤكل ام لا
وهذا يناقض ما ذكره صاحب الهداية وهذا وجهه لان الرمي
الى الادمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو اصاب
صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه
ايضا من قوله وان تبين انه حسن ادمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء
ما ذكره هنا ان يحل لان المصاب صيد كما هو في هذه المسئلة بل
اولى لان مقصوده فيها ايضا صيد وفرق بينهما في النهاية
بعرف غير مختص فلا يحتاج الى ذكره وقال فيه لو رمى الى ادمي
او بقرة او نحوه ورجى فاصاب صيدا مأكولا لا رواية لهذا في
الاصل ولابي يوسف فيه قولان في قول يحل وفي قوله لا يحل
يحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية ابي يوسف فيستقيم
ولا حاجة الى الفرق ولو تبين ان صاحب الحس ما هو لا يحل
تناولا لما اصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل
المصاب بالشك والتباري والظهار في جميع ما ذكرنا كالكلب
قال رحمه الله وان ادرك له حيا ذكاه وان لم يدرك له حرم لما
روينا وبينا من المعنى في الكلب لان كل واحد منهما ذكاة اضطرارية

فيكون الوارد في احدهما واردا في الاخر دلالة لاستوائهما من كل
وجه قال رحمه الله وان وقع سهم بصيد فتحامل ومات وهو
في طلبه حل فان قعد عن طلبه ثم اصابه لا لقوله عليه الصلاة والسلام
لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة ايام وادركته فكل ما لم
ينتن رواه مسلم واحمد وابو داود والنسائي وروي انه عليه
الصلاة والسلام كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل
هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على
ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل ان يموت بسبب اخر فيعتبر فيما لا يمكن
التحرز عنه للضرورة لان اعتباره فيه يؤدي الى سد باب الاصطياد
وهذا لان الاصطياد يكون في الصحراء بين الاشجار عادة ولا يمكنه
ان يقتله في موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر
ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا
قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم
وهو القياس في الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه
وبقي على الاصل فيما يمكن وجعل قاضي خان في فتاواه من شرط
حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره
ربما يكون موت الصيد بسبب اخر فلا يحل لقول ابن عباس
رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته
والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتواري
وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية ايضا بقوله
والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه
اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى
انه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون

مناقضا

مناقضا في اول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه
ثم اصابه ميتا لم يؤكل فبين الامر على الطلب وعدمه لا على التواري
وعدمه وعلى هذا التركيب فقه اصحابنا رحمهم الله ولو حمل ما ذكره
على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف
الظاهر وما رويا من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون
حجة على ما يمنع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه
لا يحل لقوله عليه السلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم
الله عليه فان غاب عنك يوما فلم تجد الا اثر سهمك فكل ان شئت
وان وجدته غريقا في الماء فلا تاكل رواه مسلم والنسائي وفي
رواية انه عليه السلام قال له اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه
اثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكل رواه مسلم واحمد والنسائي
وفي رواية ان عديا رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله ارمي
في الصيد فاجد سهمي من الغد قال اذا علمت ان سهمك قتله
ولم تر فيه اثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولانه محتمل
تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ما اذا كان بلا امارة على ما
بينا وحكم ارسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الاحكام
كالرمي قال رحمه الله ولو رمى صيدا فوقع في ماء او على سطح
او جبل فتردى منه الى الارض حرم لقوله تعالى والمتردية
ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت
سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده
قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله او سهمك رواه البخاري
ومسلم واحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رميت سهمك

فكل واذا وقع في الما فلا تاكل رواه البخاري واحمد ولانه احتمل
موته بغيره اذ هذه الاشيا مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم
بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحق وفي المحتمل
في هذا الباب وهذا فيما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فيه حياة
مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته مضاف الى غير الرمي وان
كان حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذي مر ذكره
في ارسال الكلب قال رحمه الله وان وقع على الارض ابتدا حل
لانه لا يمكنه التحرز عنه لان اعتباره لا يودي الى سد بابه لكونه
اعتباره لا يودي الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض
على ما هو الاصل في الشرع ولو وقع على جبل او سطح او اجرة
موضوعة فاستقر ولم يتردد حل لان وقوعه على هذه الاشيا
على الارض ابتدا ولانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف
ما اذا وقع على شجر او اجرة او حايط ثم وقع على الارض او رماه
وهو على جبل فتردى منه الى الارض او رماه فوقع على رمح
منصوب او قصبة قايمة او على حرف اجرة حيث يحرم لاحتمال
ان احد هذه الاشيا قتله بحده او بترديه وهو يمكن الاحتراز
عنه وقال في المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلت
راسه او انشق بطنه لم يوكل لاحتمال موته بسبب اخر قال
الحاكم ابو الفضل رحمه الله وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور
في الاصل ولكن يجوز ان يكون اطلاق الجواب في الاصل فيما
عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلات الراس وانشقاق
البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردد فالظاهر اولى باعتبار
من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلت لان موته

بالرمي

موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم فيحمل اطلاق الجواب
في الاصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما اذا
اصابه حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور في
الاصل على انه لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من
الارض لو وقع عليه فحل لذلك فكلا التاويلين صحيح
ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل على ما ذكره في الاصل
على ما اذا مات بالرمي وما ذكره في المنتقى على ما اذا
مات بغيره وفي لفظ المنتقى اشارة اليه الا ترى انه
قال لاحتمال الموت بسبب اخر اي غير الرمي وهذا
يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالي به
وان كان الطير مائيا فان لم ينغمس الجراحة في الما
اكل وان انغمست لا توكل لاحتمال الموت به دون الرمي
لان تشرب الجرح الما سبب لزيادة الالم فصار كما اذا
اصابه السهم قال رحمه الله وما قتله المعراض بعرضه
او البندقة حرم لما روينا من حديث ابراهيم ولما
روي ان عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم
اني ارمي الصيد بالمعراض فاصيب فقال اذا رميت
بالمعراض فخزق فكله وان اصابه بعرضه فلا تاكله
رواه البخاري ومسلم واحمد ولما روي انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر
السن وتفقا العين رواه البخاري ومسلم واحمد ولان
الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح
وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين او السيف

فان اصابه بحده اكل والا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا
لا يوكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر
خفيفا وبه حدة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح
ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حدة فرمى
به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة
حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا
رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق
قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل انه مات قبل
قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصي ونحوه لا يحل
لانه قتله ثقلا لا جراحا الا اذا كان له حد فبضع بضعا
فيكون كالسيف والرمح والاصل في جنس هذه المسايل
ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل
او شك فيه فلا يحل حتما او احتياطا وان جرحه فمات
وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا
فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكوة وهو اخراج
الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم اخراج الدم
بقوله انهر الدم بما شيت رواه احمد وابو داود وغيرهما
وقيل لا يحل لاتيان ما في وسعه وهو الجرح واخراج
الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم ينجس
لغلظه او لضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس
في وسعه وقيل ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادما
لان الكبيرة انما لا تخرج منها الدم لعدمه والصغيرة
لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة

ولم

ولم يخرج منها الدم قيل يحل اكلها وقيل لا يحل فالاول
قول ابي بكر الاسكاف والثاني قول اسماعيل الصفار
ووجه القولين دخل فيما ذكرنا واذا اصاب السهم
ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد
قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله وان رمى صيدا
فقطع عضوا منه اكل الصيد لا العضو وقال الشافعي
اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار
فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه
ابين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع
من بهيمة وهو حية فما قطع منها فهي ميتة رواه ابن
ماجة ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما
والعضو المبان منه بهذه الصفة لان المبان منه حي
حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحيوة
حتى لو وقع في الما وفيه قدر هذا من الحيوة يحرم
بخلاف ما ابين بذكاة الاختيار لان المبان ميت حكما
الا ترى انه لو وقع في هذه الحالة في الما او تردا من
الجبل لا يحرم لان موته قد يحصل بالانابة حكما فلا
يضاف الى غيره وان كان بذلك حصل بذلك حقيقة
وقوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة
لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكما على ما بينا
وانما يقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر
في المبان لان الحيوة انعدمت فيه ولا تبعية لزواله

بالاتصال فصار الاصل فيه انا لمبان من الحي حقيقة
وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك
لا يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح
فانه صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من
انه لا يؤثر فيه وقوعه في البيرين في هذه الحالة وكذا
يحل اكله في هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة
الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد
لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شيء من هذه
الاحكام قال رحمه الله وان قطع اذنا او الية
مما يبقى الجزء على حاله لانا لمبان منه حي صورة لا حكما
اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة
فوقع ذكاة في الحال نحل كله كما اذا ابان راسه في الذكوة
الاختيارية وكذا اذا قطع نصفين لما ذكرنا بخلاف
ما اذا قطع يدا او رجلا او نخذا او ثلثه مما يبقى العوايم
او اقل من نصف الراس حيث يحرم المبان منه لانه
يتوهم بقاء الحيوة في الباقي وان ضرب عنق شاة
فابان راسها نحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من
زيادة الالم بابلاغه النجاح وان ضربها من قبل القفا
ان ماتت قبل قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا
فقطع يده او رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم
بانه يبقى متعلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الاباحة
معنى والعبرة للمعاني قال رحمه الله وحرم صيد المجوسي
والوثني والمرتد لانهم ليسوا من اهل الذكاة في حالة

الاختيار

الاختيار فكذا في حالة الاضطرار وكذا لحم لانه ليس
من اهل الذكوة الاختيارية في حق الصيد فكذا لا يكون
من اهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابي لانه من
اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله وان
رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني
وحل لانه هو الاخذ له وقال عليه السلام الصيد
لمن اخذه واغا حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الثابتة
الاستناع كانت ذكوته ذكوة الاضطرار وهو الجرح في اي
موضع كان وقد وجد قال رحمه الله وان اثخنه فالاول
وحرم لانه لما اثخنه فالاول فقد خرج عن حيز الاستناع
وصار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجبت عليه ذكاته
لما ذكرنا ورويا ولم يذكه وصار الثاني قاتلا بغير حق
وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فيما القتل اولى
ان يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يعلم
من الاول لان موته يضاف الى رميهما اذا كان الرمي
الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من
الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل
لان موته لا يضاف الى الرمي الثاني بلا اعتبار
بوجوده لكونه ميتا حكما وهذا لو وقع في الماء لا يحرم
في هذه الحالة كوقوعه بعد موته ولو كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح
بان كان يبقى يوما او دونه فعند ابي يوسف لا يحرم
بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده

فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يجل قال
رحمه الله وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته
الجراحة اي ضمن جميع قيمة العبد غير ما نقصته
جراحة الاول لانه اتلف عبدا مملوكا للغير لانه ملكه
بالاثخان فيلزمه قيمة ما اتلف وقيمته وقت اتلافه
كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة
المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو اتلف عبدا
مريضا او شاة مجروحة فانه تلزمه قيمته منقوصا
بالمرض والجرح وقال صاحب الهداية وغيره تاويله
اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول
بحال يسلم منه والثاني لا يسلم منه بان كان الثاني
لا يسلم منه ليكون القتل الى الثاني مضافا وقد قتل
حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه
كاملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل
من الجراحتين ولا يدري قال صاحب الهداية قال
في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته
ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن
نصف قيمته لحمه اما الاول وهو ضمان ما نقصته
جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد
نقصته فيضمنه اولا واما الثاني وهو نصف قيمته
حيا فلان الموت حصل بالجراحتين لان الاولى ما كانت
بصنعه يعني الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثاني
فلا يضمنها والثاني ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا اي

الجراحة

الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة
وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته اولا واما الثالث
وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى صار بحال
يحل بذكاة الاختيار لو الرمية الثاني تهذا بالرمي
الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن
النصف الاخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نقصان
قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم ان بين
المسيلتين فرقا اعني بين ما اذا حصل القتل
بالثاني وحده او بهما وليس لذلك بل لا فرق بينهما
لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمة ما نقصته
جراحة الاول الا انه بين في المسيلة الاولى جميع
الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك
عن قاضيخان اي عدم الفرق بين المسيلتين بيانه
ان الرامي الاول اذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه
درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات
فعلى الطريقة الاولى يضمن الثاني ثمانية ويسقط
عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول
وهو المراد بقوله غير ما نقصته جراحته وعلى
الطريقة الثانية يضمن درهمين اولا لان ذلك
القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله
في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته بقي
من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو
المراد بقيمته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين

يعني بنصف قيمته حيا اذا مات يضمن النصف الاخر
وهو للشه ايضا لانه فوت عليه الحم ولا يضمن النصف
الاخر بعد الموت وان كان تفويت الكل موجوه ابتداء
لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان
يتكرر الضمان بان يضمن قيمة حيا ثم يضمن قيمة لحمه
بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياة تنبيه
عند رمي الثاني وكان رمي الثاني بعد ما اثخنه الاول
اما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن
الثاني وهذا الوقوع في الما في هذه الحالة لا يحرم وقد
ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم
ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري ولو رمياه
معا فاصابه احدهما قبل الاخر فاثخنه ثم اصابه
الاخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثاني قبل ان
يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه
الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه الثاني فقتله
فهو للاول ويوكل وقال زفر لا يحل اكله لانه حال
اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار
فصار كما اذا رماه الثاني بعد ما اثخنه الاول قلنا
عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة
وهذا اشترط عند الرمي ملك الاشتاع تملكه به قبل
يعتبر عنده الان الملك يثبت للاول لان سهمه اخرجه
من حيز الاشتاع تملكه به قبل ان يتصل سهم الثاني به
فحاصله ان المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي

لان

لان الرمي الى صيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب
الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة تحصل
المصاب لان المحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال
فيعتبر وقته وفي حق الملك يعتبر وقت الاثخان لانه
به يعتبر الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو
رمياه معا واصاباه معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما
في السبب والبازي والكلب في هذا الحال سهم حتى يملكه
باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان حتى لو
ارسل بازيه فامسك الصيد لخلبه ولم يثخنه فارسل
اخر بازيه فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني وحل
لان يد البازي الاول ليست يد حافظ لتقام مقام
يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازي من اهل الاتلاف
فيضاف الى صاحبه ولو رمى سهما فاصاب الصيد فاثخنه
ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا ولو رمى سهما فاصاب
سهما موضوعا على حائط فرفعه ومضى السهم الثاني
واصاب صيدا فقتله حل لانتفاع السهم الثاني بواسطة
الاول فاضيف الى رميه كانه رماه به ولو رمى سهما
الى صيد ورمى رجل اخر الى ذلك الصيد او غيره فاصاب
السهم الثاني السهم الاول بحال يعلم منه انه لا يبلغ الى
صيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو
الاخذ له حتى لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل
وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم
الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ وان

كان الثاني مجوسيا او نحوه لا يحل استحسانا لانه اوجب
زيادة قوة في السهم الاول فاوجب الحرمة احتياطا
مجوسي رمى صيدا او ارسل كلبه فاتبل الصيد فجرحه رميا
من سهمه او كلبه فرماه مسلم او ارسل كلبه عليه فقتله
قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره
لان فعل المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم على
قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة
توجب الكراهة اما اذا فعل ذلك بعد وقوع سهم
المجوسي في الارض وبعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل
المجوسي لم يبق حال رمي المسلم وارساله ولو رجحنا ما
الى صيد نفرته الريح وبقي على ستة حل لعدم امكان
التحرز عنه بخلاف ما اذا اصاب السهم حائطا او صخرة
فارتد واصاب صيدا حيث لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا
رجع الى ورا بضرب رجل اخر بسهم حيث يحل اذا كان
يرميه بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا
الى الثاني فيحل ولو اخرف يمنة او يسرة باصابته
الحائط ولم يرجع الى وراء حل لما ذكرنا في الريح ولان
قوة الريح لم تنقطع فيضاف الى الرامي ولو هبت
الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فاصاب الصيد
فلا باس باكله لان فعل الريح من جنس فعل الرامي
فلم يتحقق بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت
الاصابة مضافة الى الرامي قال رحمه الله وحل
اصطياده ما يوكل لحمه وما لا يوكل لقوله تعالى اذا

حللتم

حللتم فاصطادوا وامطلقا من قيد بالمأكول اذ الصيد
لا يختص بالمأكول قال الشاعر
صيد الملوك ارانب وثعالب ٭ فاذا ركبت فصيدك الابطال
ولان اصطياده سبب لانتفاع بجلده او شعره او ريشه
او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم
كتاب الرهن قال رحمه الله هو حبس
شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين هذا حده في الشرع
وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق الرهن
على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت
الرجل شيئا ورهنته عنده وارهنته لغة فيه والجمع
رهان ورهن والرهن جعل الشيء محبوسا اي شيء كان
باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة
اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر
فارتهنكم برهان لافكاك له يوم الوداع فاني الرهن قد فلقا
اي ارتهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع
واحبس قلبك الحب عندها على وجه لا يكن فكاكه
وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا
بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن
لعدم تعينه واما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن
فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها
كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد
لان الموجب الاصلي فيها المثل او القيمة ورد العين
مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين وهذا نفع الكفالة

به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكوة على من هو في يده
في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبت
هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي
رد العين ورد القيمة بخلفها ولا يجب الضمان الا بعد
الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا
يعتبر قيمة يوم القبض فيكون رهنا بعد بعد وجود
سببه وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الاعيان
غير المضمونة كالامانات او المضمونة بغيرها
كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها
الا ترى ان الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة
ينفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة غير المضمونة
بهلاكها باعيانها تبطل به ولولا ان الوجوب
او شبهته بوجود سببه ثابت لبطلت والرهن
مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى فرهان مقبوضة واما السنة فما روي
عن جابر عن عائشة رضي الله عنها قالت ان النبي
صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى اجل
ورهنه درعا من حديد رواه البخاري ومسلم
وقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب
الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة باسة من الجانبين
فان المديون قلما يجد من يديه بلا رهن والدائن يأمن
بالرهن من التوي بالجحود او باسراف المديون في
ماله بحيث لم يبق منه شيء او نحو صنعة غيره من الغرماء

فكان

فكان فيه نفع لهما كما في الحوالة والكفالة فيشرع
قال رحمه الله ولزم بالايجاب والقبول وتم بالقبض
محوزا مفرغا مميزا وهذا شروط لان الرهن لا يلزم
بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة
ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به وقال
مالك يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع
ان كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه
عقد وثيقة فاشبه الكفالة فيلزم بالقبول
والخلاف معه بنا على الخلاف في الهبة والصدقة
ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا
كاتبا فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف
الفاء في جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشيء
الموصوف يقتضي ان يكون ذلك الوصف شرطا
فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك
الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر رقبة
مؤمنة ولان الرهن عقد تبرع لما ان الراهن لا
يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من الامضاء بعدم الرجوع
كما في الوصية والصدقة والهبة والامضاء يكون
بالقبض وقوله محوزا مفرغا مميزا احتراز
بالاول عن الشاع وبالثاني عن المشغول وبالثالث
عن المتصل فاذا قبضه كذلك لزم لوجود القبض

على الكمال قال رحمه الله والتخلية فيه وفي البيع قبض
والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع
من القبض وهو فعل المسلم دون المسلم والقبض فعل
المتسلم وانما يكتفي بالتخلية لانها غاية ما يقدر عليه
والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف ان الرهن في المنقول لا يثبت الا
بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتدا اذا لم يكن الراهن
مضمونا على احد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض
حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل
للضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم
مضمون على البايع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري
بالقبض والاول اصح لما ذكرنا والقياس على الغصب
باطل لان قبض الرهن مشروع فاشبه البيع
والغصب ليس بمشروع فلا حاجة الى ثبوته بدون
قبضه وهو النقل قال رحمه الله وله ان يرجع عن
الرهن ما لم يقبضه اي للراهن ان يرجع عن الرهن
ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم
على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف
مالك وقد ذكرناه قال رحمه الله وهو مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل دينه صار
مستوفيا دينه وان كانت اكثر من دينه فالفضل ورجع
المرتهن بالفضل وقال الشافعي الرهن كله امانة في
يد المرتهن لا يسقط شيا من الدين بهلاكه لقوله عليه

الصلاة

الصلاة والسلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه
له غنمه اي للراهن الزوايد وعليه غرمه اي لو هلك
كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط
الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود وبهلاك
الوثيقة يزداد بها معنى الصيانة وسقوط الدين
بهلاك الرهن يضاد الرهن اذ الحق به يصير بعرضية
الهلاك وهو ضد الصيانة فصار امانة ضرورة الا ترى
ان ما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض
في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون
البعض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن
بعدما قفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز
ان يراد به ذهاب الحق في الجنس لانه لا يتصور حبسه
فلا يحتاج الى البيان لانه عليه السلام بعث لبيان
الاحكام لا لبيان الحقايق ولان حق ذكر معرفا بالاضافة
الى المذكور اولا وقوله عليه السلام اذا عمر الرهن فهو
بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن
بعدما هلك بان قال كل واحد منهما لا ادري كم كان
قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع
الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن
مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فمذهب عمر
رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة
الرهن وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله
عنه انه قال يترادان الفضل وقال الحسن هذا

وعليه غرمه رواه الدارقطني وقال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه صح صح صح

محمول على حالة بقا الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه
الفضل وقد روي عن محمد ابن الحنفية عن ابيه على مثل
مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته او
او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الاخر بعد هلاكه
بشي مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة اقاويل
واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان
الثابت للمرتهن يد الاستيفا وهو ملك اليد لان لفظه
ينبي عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت
على وفق معانيها اللغوية ولا الرهن وثيقة لجانب
الاستيفا وهو ان يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك
بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود
المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع
الى قضا الدين لحاجته او لضجره فاذا ثبت هذا المعنى
ثبت الاستيفا من وجه وقد تقرر بالهلاك ولو
استوفا الدين بعده يودي الى الربوا لانه يكون
استيفا ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان
الاستيفا الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر
ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة
وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له ان يستوفيه
ليا خذ حقه كاملا لانا نقول لا وجه الى استيفا
الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد او ملك
العين بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فيسقط
للضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فان

حقه

حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفا الجودة وحدها
بدون العين فاذا لم يملك العين بقي ملك الراهن امانة
في يده فيكون نفقته حيا وكفنه ميتا عليه لانهما مونة
الملك ولو اشتراه المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض
الشرا لان عينه امانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون
وقوله عليه السلام لصاحبه غرمه قلنا يحتمل ان يكون
الصاحب هو المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال
وعن ابي يوسف في تفسير الحديث ان الفضل في قيمته
غنمه وعليه لرب الرهن ولا يكون مضمونا ولا يغلق وان
كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن ابي عبيدة
انهما بمعنى واحد يقول رجع الرهن الى ربه فيكون
غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا
كان الحديث مولا لا يلزم حجة ومعنى قوله عليه السلام
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان
يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف عن النخعي
في رجل دفع الى رجل رهنا واخذ منه درهما فقال
ان جيتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال
ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جوابا للمسيلة وموجب
الرهن ثبوت يد الاستيفا وهذا يحقق الصيانة
وان كان فراغ الذمة من ضروراته بخلاف الصك
والشهود لانه لا استيفا فيهما حتى يسقط دينه
بالهلاك فحاصله ان حكم الرهن عندنا صيرورة
الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا عليه

وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع
وجعله اولى به وتقديمه على ساير الغرما فيخرج على
الاصلين عدة مسايل كلها مختلف فيها منها ان الراهن
ممنوع عن الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي
موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسري
الى الولد عندنا فيحتبس مع الاصل وعنده لا يسري
الى الولد الحادث بعد الاستيفا يكون للمستوفي فكذا
في الاستيفا الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعينه
للبيع فتعين عين البيع لا يوجب تعين عين اخرى
له منها ان رهن المشاع يجوز عندنا لان حكم الرهن
وهو الحبس الدايم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان
بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكره في المختصر وهو ان
يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى اخر
ما ذكر على ما بينا وقال زفر كله مضمون بالقيمة
حتى اذا كانت قيمته اكثر من الدين يجب على المرتهن
ضمان الفضل لقول علي رضي الله عنه يترادان
الفضل في الرهن والترادّ يكون من الجانبين فيرجع
كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك
ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة
به كما في قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله
ابن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد
استيفا فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفا كما في

حقيقة

حقيقة الاستيفا فان اوفاه دراهم في كيس اكثر من حقه
يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل امانة والزيادة
مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة
في حق الضمان والمرا بالتراد المروي عن علي حالة البيع
فانه روي عنه انه قال المرتهن في الفضل امين وروى
ابن الحنفية عنه مثل مذهبنا فلم يبق له حجة وكيفية
الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة
وقد هلك الرهن ان يقال لمن هلك في يده العين سلم
العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن
ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ
العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل
الى المرتهن العين وجب عليه ان يرد قدر المضمون لان
الزايد عليه امانة وان هلكت العين المرهون بها قبل
الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان
هلك الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته
ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن
بالزايد ان كانت قيمة العين اكثر ولا يرجع الراهن
على المرتهن ان كانت قيمة الرهن اكثر لان الفضل
من الرهن امانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه
فضل وقال القدوري في مختصره ولا يصح الرهن الا
بدين مضمون وهذا يشير الى ان الرهن بالاعيان
المضمونة لا يصح ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي
فيها القيمة وهي دين على ما بينا ووصفه الدين

بكونه معلوما وصف ضائع لا فائدة فيه لان الدين لا يكون
الا معلوما وذكر قاضي خان في فتاواه وصاحب المبسوط
اذا اخذ المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز
وان كان لا يجوز اخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب
كالحر في الرهن والارتهان وذكر الطحاوي انه على
قياس قول ابي يوسف ومحمد لا يجوز والصحيح الاول
لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وهو يملكهما
ولو رهن بمكاتبه عبدا فابق العبد عتق المكاتب اذا
قضى القاضي بذلك وان رجع الابق بعد ذلك
يكون رهنا بمكاتبته والعبد الماذون له في التجارة
مثل المكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا
قال رحمه الله وله ان يطالب الراهن بدينه ويحبس
به وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن
والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة
وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة
على ما بينا في القضاء مفصلا قال رحمه الله ويؤمر
المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه اولا
اي اذا طلبا المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن اولا
ليعلم انه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا
يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدي
الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل واذا احضر المرتهن الرهن امر الراهن
بتسليم الدين اولا وهو المراد بقوله والراهن باداء

دينه

دينه اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن
في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن
يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن اولا لما ذكرنا
وان طالبه بالدين في غير بلد الدين ومكان العقد فيه فان
كان الرهن مما لا حمل له ولا مونة فذا الجواب لان الامكان
كلها في حقه واحدة في حق التسليم وهذا لا يشترط فيه
بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان
له حمل ومونة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن
لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل
لانه لا يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه في العقد ولو
بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة
له عليه لان بيعه بامر الراهن فسخ وصار الدين رهنا
فصار كان رهنا الراهن وهو دين ولو قبض الثمن
يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض
الثمن هو البايع مرتهنا او كان عدلا لانه هو العاقد
وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الرهن
لاستيفاء الدين يكلف لاستيفاء ثم تدخل اذا ادعى
الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما لم يدع الراهن
هلاكه لانه لا فائدة في احضاره مع اقراره ببقاء يده
وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حيث
قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين حيث لا يجبر
الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة
لانه لم يصر دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا

بفعله ولابد من احضار جميع القيمة لانه لم يصر دينا
بفعل يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن
على يد العدل واذن بالايداع ففعل ثم جا المرتهن
فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه
حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا
لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن
دينه والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول
لا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضا الدين لان
احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه
وكذا اذا غاب العدل ولا يدري اين هو لما قلنا بخلاف
ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن بان قال
هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشي حتى
يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى
على المرتهن فيتحقق الاستيفا فلا يملك المطالبة به
قال رحمه الله وان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من
البيع حتى يقبضه الدين اي لو اراد ان يبيع الرهن
لكي يقضي بثمنه الدين لا يجب على المرتهن ان يمكنه
من البيع لان حكم الرهن الحبس الدايم الى ان يقضي الدين
لا القضا من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض
فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس
المبيع قال رحمه الله فاذا قضى سلم الرهن اي اذا قضى
الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع
من التسليم بوصول حق المرتهن فلو هلك الرهن بعد

قضا

قضا الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما
قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفيا
من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفا بعد
استيفا فيجب رده وهذا لانه بايفا الدين ما لم يسلمه
الى الراهن او يبرا المرتهن عن الدين وكذا لو فسخ الرهن
لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن ان يمنعه
بعد الفسخ حتى يستوفي دينه فلو هلك بعد الابرا الفسخ
يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا
هلك بعد الابرا حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق
رهنا لان بقاه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا
فات احدهما لم يبق رهنا قال رحمه الله ولا ينتفع
المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واعارة
لان الرهن يقتضي الحبس الى ان يستوفي دينه دون الانتفاع
فلا يجوز له الانتفاع الا بالتسليط منه وان فصل كان
متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدي قال رحمه الله ويحفظه
بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
معناه ان يكون الولد ايضا في عياله لان عينه امانة في
يده على ما بينا فصار كالوديعة واجيره الخاص كولده
الذي في عياله وهو الذي استاجره مشاهرة او مسانهة
والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة في النفقة حتى لو ان
المراة دفعتها الى زوجها لا تضمن قال رحمه الله وضمن
بحفظه بغيرهم وبايداعه وتعديه لما بينا ان عينه
وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشيا لكونه متعديا

بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن الوديع الثاني
فهو على الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب
الوديعة ثم ان قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين
يلتقيان قصاصا بمجرد القضا اذا كان الدين حالا فلا
يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان موجلا
يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل
الرهن فيكون له حكم اصله فاذا حل الاجل اخذه
بدينه وان قضى بالقيمة من جنس خلاف الدين كان
الضمان رهنا عنده الى ان يقبضه دينه لانه بدل
الرهن فاخذ حكمه ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره
ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به واليمنى
واليسرى في ذلك سوا لان العادة فيه مختلفة ولو
جعله في بقية الاصابع كان رهنا على حاله لانه لا يلبس
كذلك عادة فكان من باب الحفظ لا من باب الاستعمال
بغير اذن المالك فكذا الطيلسان ان لبسه معتادا
ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن ولو رهنه
سيفين فتقلدهما ضمن وفي الثلاثة لا يضمن لان
العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب
دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق
خاتم فان كان يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل
والا فلا لانه حافظ قال رحمه الله واجرة بيت حفظه
وحافظه على المرتهن واجرة راعيه ونفقة الرهن
والخراج على الراهن والاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة

الرهن بنفسه وتبقيته على الراهن سوا كان في الرهن
فضل او لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه
مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مونة
ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من ماكله ومشربه
واجرة الراعي مثله لانه علف البهايم ومن هذا الجنس
كسوة الرقيق واجرة ظير ولد الرهن وكري النهر
وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه
وكل ما كان لحفظه كرده الى يد الراهن او كرد جزء
منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ
لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون مونته
عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن
وعن ابي يوسف ان اجرة الماوي على الراهن بمنزلة
النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل
الابق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفا كانت
ثابتة على المحل عليه وان كان بعضه امانة فبقدر المضمون
على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان الرد
لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك وهو كالمودع فيها
فتكون على المالك بخلاف البيت الذي يحفظ فيه الرهن
فان كلها تجب على المرتهن كيف ما كان لان وجوبها لاجل
الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل واما الجعل فلاجل
الضمان فيقدر بقدره والمداواة والفدا من الجناية
ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لانه
مونة الملك والعشر في ما يخرج مقدم على حق المرتهن

عنده استحقاق بيعه وتعيينه له والمشاع يقبل ذلك
ولئن كان استيفا فالاستيفا الحقيقي لا يمنع بالشيوع
كذا الحكمي ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفا والاستحقاق
الحبس الدايم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من
الوجه الذي بينا وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه
وهذا شرط في النصان يكون مقبوضا بخلاف حقيقة
الاستيفا لان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لا
الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدايم
فيه لانه يبطل بالمهاياة فيصير كانه رهنه يوما ويوما
وهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل بخلاف
الهبة حيث يجوز فيها ما لا يحتمل القسمة لان موجبها
الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم عزامة
القسمة وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه ايضا
لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لواحكم
يوما بحكم الرهن يوما بحكم الملك فيصير كانه يوما
ويوما بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه
لان حكمها التملك من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن
من ذلك بنجوز بخلاف غير الشريك والشيوع الطارئ
يمنع بقا الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه
لا يمنع لان حكم البقا اسهل من الابتدا فاشبه الهبة
وجه الاول ان الاشتاع لعدم القابلية وفي مثله يستوي
الابتدا والبقا كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة
لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتدا

لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه
لا ينافي ملكه الا ترى انه لو باع الخارج كله في غير الرهن
قبل اداء العشر جاز وكذا الدين يخرج بدل العشر
من مال آخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا على حاله
بخلاف ما استحق بعض ما يع من الرهن حيث يبطل الرهن
في الباقي لانه يتبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر
المستحق فكان الرهن شايعا من الابتدا وتبين ان الرهن
كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لانه وجوبه لا
بناء في ملك الراهن لا فيه ولا في غيره ثم اذا اخرج منه
العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في ذلك الوقت فلم
يوجب شيوعا في الباقي لا طاريا ولا مقارنا وما اداه
احدهما مما يجب على الآخر بغير امر القاضي فهو متطوع
كما اذا قضى دين غيره بغير امره وان كان بامر القاضي
وجعله دينا عليه كما في الملتقط وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي لانه يمكنه ان يرفع الامر الى
القاضي فيامر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف
يرجع في الوجهين وهو فرع مسيلة النجلان القاضي
لا يقضي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ عليه
لصار مجبورا عليه وهو لا يملك جبره عنده وعند ابي يوسف
ينفذ جبره عليه والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

قال رحمه الله لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان موجب

لنفي الغرامة على ما عرف فلا حاجة الى اعتباره في حالة
البنا ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح
الشيخ في بعض المرهون قال رحمه الله ولا الثمرة
على النخل ولها ولا زرع في الارض ولها لان القبض
شرط في الارض على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره
وحده فصار في معنى المشاع وعن ابي حنيفة ان رهن
الارض بدون الشجر جاز لان الشجر اسم للنابت فيكون
استثنا للابجاز موافقها بخلاف ما اذا رهن الدار
دون البنا لان البنا اسم للمبني فتكون الارض جميعا
رهنا وهي مشغولة بالرهن بملك الراهن ولو رهن
النخيل دون اصلها لانه رهن الارض بما فيها من النخيل
وذلك جايز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل
في رهن الارض النخل والثمر والزرع والرطبة والبنا
والغرس لانه تابع لا نفساله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد
بخلاف عقد البيع حيث لا تدخل هذه الاشيا في بيع
الارض سوى النخيل لان بيع الارض والنخل بدون هذه
الاشيا جايزة فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير
ذكر وبخلاف المتاع الموضوع حيث لا يدخل في الرهن
من غير ذكر لانه ليس بتابع من وجه ما ولهذا لو باعها
بكل قليل وكثير هو فيها او منها لا يدخل المتاع وهذه
الاشيا تدخل وكذا تدخل هذه الاشيا في رهن الدار
والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضها ان كان الباقي
يجوز ابتدا الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون

المستحق

المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتدا يجوز فكذا ابقا
وان كان الباقي لا يجوز ابتدا الرهن عليه بان استحق
جزء شايع او ما هو في معنى الشايع كالثمر ونحوها بطل
لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم
كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن
دارا وهو فيها وقال سلمتها وهو فيها باطلا لشغلها به
فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه
فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها
فلا يتم حتى يلقي الحمل خلافا وما اذا رهن الحمل دونها
حيث يكون رهنا اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة
فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعا
بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع
الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه
منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة
للنخيل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة غير ذلك
قال رحمه الله ولا الحر والمدبر والمكاتب لان موجب الرهن
ثبوت يد الاستيفا والاستيفا من هؤلا متعذر اما
الحر فلعدم المالية واما الباقين فلاستحقاق تمام الحرية
فصار كالحر قال رحمه الله ولا بالامانات وبالدرك
وبالبيع اي لا يجوز الرهن بهذه الاشيا اما بالامانات
كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض
الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفا وهو من الراهن
والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفا وها من

الرهن لتعيبها بحال يتلفها وعدم وجوب الضمان بعد
هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد الماذون له في
التجارة والشفعة فان الرهن بها لا يجوز لعدم الضمان
فان العبد غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة
على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب
وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح
الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر اذ الواجب فيها
القيمة والعين تخلص على ما عليه الجمهور والقيمة لجهة
الوجوب لان معنى على ما قاله البعض فيكون رهنا
بما تقرر وجوبه او سببه واما الدرك فلان الرهن استيفا
ولا استيفا قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان
الثمن عند الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع
لاحتمال ان يجيز المستحق بخلاف الكفالة به حيث
تجوز لان الكفالة لا يجوز تعليقها بشرط ملايم على ما عرف
في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال
معلقا او مضافا الى المال جائز كما في الصوم والصلاة
وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن
فانه استيفا فيكون تمليكا والتمليكات باسرها لا يجوز
تعليقها ولا اضافتها فافترق ولو قبض الرهن بالدرك
قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك
امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن
بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف
لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي

من

من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل
جعل موجودا اقتضا لان الرهن استيفا والاستيفا لا
يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون
الاستيفا مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي
يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على
سوم الشرا فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمي ومن قيمة
الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بل رهنه
على ان يعطيه شيا فهلك الرهن في يده يعطى المرتهن
للراهن مثله لانه بالهلاك صار مستوفيا فيكون بمانه
كما اقر بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشرا حيث يجب
على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد
والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون
بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن ابي
يوسف انه يجب تمام الرهن في الدين الموعود بالغة
ما بلغت كالمقبوض على سوم الشرا واما بالبيع فلانه
مضمون بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك
ذهب بالثمن فلا يجب على البايع شيء والرهن يجوز
بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة
بغيرها كالكفالة وان هلك الرهن بالبيع ذهب بغير
شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء

قال رحمه الله وانما يصح بدين ولو موعود اي الرهن
يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح بغيره وقد
بينا المعنى فيه وهو ان الرهن استيفا والاستحقاق

يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهر لكنه
لعدم الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة لو ادعى على رجل
دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة
على الانكار واعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك
الرهن عند المرتهن لم تقض قالا ان لا دين عليه فان
المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر
ذكره محمد في الجامع وكذا لو اشتري عبدا ورهن بالثمن
فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او مستحق يجب
على البايع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن
العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه
احكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله
تعالى هو الذي يتولى السراير وكذا لو اشتري عبدا
او شاة ذكية او خلا فرهنه بثمنه ثوبا ثم ظهر ان
العبد حر او الشاة ميتة والخل خمرا كان الرهن
مضمونا لما ذكرنا قال رحمه الله وبراس مال السلم
وثمن الصرف والمسلم فيه اي يجوز الرهن بهذه
الاشياء وقال زفر لا يجوز لان حكمها الاستبدال
بالاستبدال والاستبدال حرام في بدل الصرف
والسلم ولنا انه استيفاء من الوجه الذي بينا
وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية
لا بالعين وهذا لان عنده امانة في يده حتى تجب
نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن فلو كان مستوفيا
به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنسا

واحد

واحد فيكونا استيفاء لاسباد لغة قال رحمه الله فان هلك
صار مستوفيا لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث
المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل
الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم
لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل
الصرف او برأس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه
لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان
هلك بعد الافتراق صار مستوفيا المسلم فيه
تتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال او ببدل الصرف
وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا الدين حكما فيتم
الصرف والسلم ولو تقايضا السلم وبالمسلم فيه
رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه
به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب
آخر وهو القبض والمسلم فيه بالعقد فلا يكون باحدهما
رهن فقضاه الذي به الرهن او ابراه منه ليس له
حبسه بالدين الآخر ووجه الاستحسان انه ارتهن
بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو
المسلم فيه عند عدم الفسخ وراس المال عند الفسخ
فيكون محبوسا به لانه بدل قام مقامه اذ الرهن
بالشيء يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب
فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن
بعد التقايض يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان
محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن

رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل
الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به
ولو اشترى به عبدا فاسرا وادي ثمنه كان للمشتري
ان يحبس المبيع عند المسخ ليستوفي الثمن ثم اذا هلك
المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالسلم
فيه في سيلتنا يجب على رب السلم ان يدفع مثل
المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ راس المال لان الرهن
مضمون به وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك فصار
رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو
استوفاه حقيقة ثم تقايلا او استوفاه بعد
الاقالة لزمه رد المستوفى للمسلم فيه ولو استوفاه
واسترد راس المال فكذا هنا وهذا لان الاقالة
في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن
لا يبطل قال رحمه الله وللاب ان يرهن بدين على
عبد الطفله اي لولده الصغير لانه يملك ايداعه
وهذا انظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه
ابلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة
امانة والوصي في هذا كالاب لما بينا وعن ابي يوسف
وزفر انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء
حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان
وهو الظاهر ان حقيقته الايفاء ازالة ملك الصغير من
غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن تضييع مال
المال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا

واذا

واذا اجاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه
حكما ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنان ذلك
القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا الى الثمرتاشي وهو
الى الاولى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن
الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب ان
ينتفع بمال الصغير الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال
وذكر في الذخيرة والمحيط التسوية بينهما يعني الحكم
وقال لا يضمنان الفضل وهو ودية عند المرتهن
ولهما ولاية الايداع وكذا الوسلطا المرتهن على البيع
لانه توكيل على بيعه ولهما يملكانه ثم اخذ المرتهن
الثمن بدينه ويجب عليهما مثله لانهما اوفيا دينهما
بماله واصل هذه البيوع فان الاب والوصي اذا باع مال
الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي
عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ
البايع الثمن المشتري للصبي ويأخذ المشتري
دينه من البايع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع
اذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بنفس البيع
عندهما ويضمن الوكيل بالثمن للموكل وعنده لا يقع
فاذا كان من اصله لانه لا يملك قضاء دين نفسه بماله
الصبي بطريق البيع ملك بطريق الرهن ايضا لان الرهن
نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان
على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري واذا كان
للاب او لابنه الصغير او لعبده الماذون له في التجارة

ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع
الصغير من نفسه او من ابنه الصغير او من عبده التاجر
الصغير من نفسه او من ابنه الصغير او من عبده التاجر
جاز لان الاب لو فوز شفقته نزل منزلة الخصمين واتحد
عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه
ولو فعل الوصي ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه
وكيل محض والاصل ان الواحد لا يتولى طرفي العقد
في الرهن كما في البيع لكن تركنا ذلك في الاب لما ذكرنا
وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل
عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده
التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف
ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز
رهنه منهم لانه اجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم
بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم
لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا
وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين
وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب ولو رهن
الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها
او رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح
له التجارة تمييزا لماله فلا يجد بدا من الرهن لانه
اليها واستيفا ولو رهن الاب متاع الصغير
فادرك الابن فمات الاب فليس للابن ان يسترده
حتى يقضي الدين لان تصرف الاب نافذ عليه
لازم له بمنزلة تفرقه بنفسه بعد البلوغ ولو كان

على

على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه
الابن بعد البلوغ رجع به في مال الاب لانه مضطر
اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فاشبه ميت الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا
دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه
وبدين على الصغير جاز لاتحاده على اصل محمد
في حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين
الاب وكذلك الوصي والجواب الاب ولو رهن الوصي
متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن
ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد
الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله
بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير
فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن في يد
الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن
بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب به على ما كان
ولو استعاره لحاجة نفسه يقضي بالضمان الدين
ان كان قد حل فان فضل شيء كان لليتيم لانه بدل
ملكه وان لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لان الدين
عليه وانما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وان كان
الدين موجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا
ولانه غصبه واستهلكه لحاجة الصغير ليس بتعد
في حقه وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم
وهذا اذا اقر الاب او الوصي بقبض مال الصغير

لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما ان له ولاية
الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه
ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس
بمتعد في حقه بل عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا
عند المرتهن فاذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي
لما ذكرنا قال رحمه الله ويصح رهن الجوهر والسيف والميزان
والمراد بالجوهر الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه
الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن
قال رحمه الله وان رهنت بجيدها وهلكت هلكت
بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة لانها لا تقوم لها
عند المقابلة في الجنس في الاموال الربوية وهذا على
اطلاقه قول ابي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده
اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته لما ذكرنا وعندهما
ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار باحدهما بان كانت
قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته
من خلاف جنسه لينقض قبض الرهن ثم يجعل
الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان
لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته
من جودة او رداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما
ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها
ادى الى الربوا فتعين ما ذكرنا وابو حنيفة يقول
ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال
الربوية واستيفاء الردي بالجيد او بالعكس جائز

عند

عند التراضي وهذا يحتاج الى نقضه بايجاب الضمان
عليه لعدم المطالب ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه
الى نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالب ولان الانسان
لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين بتعذر النقض
وقيل هذه فريعة ما اذا استوفا زيوفا مكان الجياد
ثم علم بالزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا
فيها مع ابي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه مع ابي يوسف
وقال قاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى ابن ابان
قال قول محمد ولا نقول ابي حنيفة واخر القول ابي
يوسف ولئن كان مع ابي حنيفة فالفرق له ان الزيوف
في تلك المسئلة قبضا استيفاء لحقه وقد تم هلاكه
والرهن فيه ليستوفي من غيره فلا بد من نقض القبض ثم
الاصل فيه عند ابي حنيفة ان العبرة للوزن دون
الجودة والصياغة لان الوزن اصل والجودة وصف
فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما في الوصايا
والتصرف في اموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان
الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه
بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه
امانة ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج
من ان يكون رهنا ويجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء
الراهن ان يفتك المنكسر بجميع الدين وليس له ان
يجعله بالدين لانه حكم جاهلي والاصل عند ابي يوسف
ان الجودة والصياغة معتبرة بنفسها عينا بعينه

للوزن في حق الضمان لانها متقومة حقا للعبد ولا تجعل
تبعا اذ المرتود الي الربوا كما يعتبر في الوصية وفي مال
الصغير حتي فيعتبر خروج الجودة من الملك ولا يجوز
لولي الصغير ان يبيعه بمثله من جنسه وقيمته انقص
منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كانها عينت فتضم الي
الوزن فيقدر الدين من المجموع صار مضمونا والباقي
امانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا لما يعود الي الاضرار
باحدهما او الربوا وان ادي اليه ضمن المرتهن المضمون
منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن
علي ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شا افتكه
بجميع الدين وان شا ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان مضمونا
وان كان بعضه امانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك
المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الامانة منه كيلا يلزم
رهن المشاع وليس له ان يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا
والاصل عند محمد ان الجودة والصياغة تابعة للاصل
وهو الوزن ولا تعتبر في المعاملات اذ الافت جنسها
وتعتبر في المضمونات ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته
وفا بالدين وزيادة يصرف الدين الي الوزن والامانة
الي الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن وفا
وفي قيمته وفا به صرف من قيمته الي الوزن الي تمام
الدين فيجعل مضمونا والزايد امانة ثم عند الهلاك
يصير المرتهن مستوفيا دينه مالم يعود الي الاضرار
باحدهما او الي الربوا فان ادي الي احدهما ضمنه

المرتهن

المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه ويكون رهنا
بالدين ويملك المضمون كقولهما بي يوسف وعند الانكسار
كان مخيرا ان شا افتكه بجميع الدين وان شا جعله
بالدين مالم يعود الي الاضرار باحدهما او الي الربوا فتعتبر
حالة الانكسار حالة الهلاك ثم جنس هذه المسايل
علي ثلاثة اقسام قسم فيها اذا كان الرهن مثل وزن
الدين وقسم فيها اذا كان وزنه اقل من الدين وقسم
فيها اذا كان وزنه اكثر من الدين وكل قسم ينقسم الي
قسمين الي حالة هلاك الرهن والي حالة انكساره والقسم
الاول ينقسم الي ثلاثة اقسام اما ان تكون القيمة
مثل الوزن او اقل او اكثر وينقسم كل قسم من الاخرين
علي خمسة اقسام علي ما بينا فصار الكل ثلثة وعشرين
قسما القسم الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته
عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا للوزن
اولعدم الضرر باحد وان انكسر عندهما ان شا افتكه
بجميع الدين وان شا ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف
جنسه وجعله رهنا مكانه وملك المرتهن المنكسر
وعند محمد ان شا الراهن افتكه بجميع الدين وان شا
جعله بالدين وان كان قيمته اقل من وزنه فهلك فعند
ابي حنيفة يصير مستوفيا لدينه اعتبارا للوزن
وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه وتكون
رهنا لان في استيفايه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه
قيمته من خلاف جنسه وملك المضمون وجعل الضمان

رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله
بالدين بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لان
المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته
اكثر من وزنه فهلك فصار مستوفيا دينه بالاجماع.
اعتبار الموزون عنده وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون
الى الوزن عند محمد وعند ابي يوسف بقدر المضمون منهما
والباقي منهما امانة وان اتلفه ضمن جميع قيمته من خلاف
جنسه عند ابي حنيفة لان وزنه كله مضمون وهو
المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المتلف
وان شاء افتكه بجميع الدين وعند ابي يوسف يضمن
المرتهن بقدر المضمون منه والباقي امانة حتى اذا
كان يساوي خمسة عشر والمسيلة بحالها خير لثلثيه
وهو عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين امانة تكون رهنا
مع الضمان وتفضل كيلا يكون المرهون مشاعا وان شاء
افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين والقدر
الثاني وهو ما اذا ضمان وزنه اقل من الدين بان رهن
بعشرة قلبا وزنه ثمانية فهو على خمسة اوجه اما
ان تكون قيمته مثل وزنه ثمانية او اقل او اكثر من وزنه
واقل من الدين تسعة او مثل الدين عشرة او اكثر
من الدين خمسة عشر فعند الهلاك يصير مستوفيا
لدينه بقدر وزنه في الوجوه كلها عند ابي حنيفة
فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين على الراهن
لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة

وعند

وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون
ربوا فيكون الضمان رهنا وملك المرتهن المتكسر لان
العبرة للوزن عنده على ما بينا وزنه جيده ورديه
يتضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت الوفا وان لما
افتكه بالدين كله ولا شيء عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده
وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب من
الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن
بالفضل على الراهن وان انكسر خيرا الراهن بين
ان يفتكه بجميع الدين وبين ان يضمنه قيمته من
خلاف جنسه او من جنسه ردية ويكون رهنا
عنده وليس له ان يجعله بالدين عند محمد لما فيه
من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك خير الراهن
ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه
او من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا
عنده لانه لو ذهب من الدين قدر وزنه يتقرر الراهن
وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا لتعين ما ذكر
وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك وبين تضمين
المرتهن ثم يكون الضمان عنده وكذا اذا اتلفه قيمته
مثل الدين عشرة لما بينا من مذهبهما وان كانت قيمته
اكثر من الدين خمسة عشر فان هلك عند المرتهن
تثبت عند ابي يوسف ورجع بدينه وعلى المرتهن
وثلثه على ملك الراهن فيفضل ويكون رهنا مع الضمان
لان الجودة والصياغة معتبرة عنده وكذا ان انكسر

عنده لما بينا وعند محمد ان هلك ضمن قدر الدين من قيمته
من خلاف جنسه فيكون رهنا عنده وان انكسر ينظر ان
نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على
المرتهن لان الزايد امانة عنده على ما بينا من اصله
وان كان النقصان اكثر من الزايد على الدين خير الراهن
بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر
الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا
عنده والقسم الثالث وهو ما كان وزنه اكثر من الدين
بان رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم
فهو على خمسة اوجه ان كانت قيمته مثل وزنه او
اكثر من وزنه او اقل من وزنه واكثر من الدين او مثل
الدين او اقل من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثاه
مضمونا وثلثه امانة عند ابي حنيفة رحمه الله كيف
ما كان قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك الا الوزن وان
انكسر فهو بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين في الصور
كلها وان شا ضمنه ثلثي قيمته بالغا ما بلغ لانه لا يعتبر
الا الوزن فان كان وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته
وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا ويملك
المرتهن قدر ما ضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث
امانة تبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان
ويفضل كيلا يلزم رهن المشاع وعندهما ان كانت قيمته
مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه امانة
وثلثاه مضمونا فان انكسر فعند ابي يوسف خير الراهن

ان

ان شا افتكه بجميع الدين وان شا ضمنه ثلثي قيمته واخذ
ثلثه وتكون رهنا مع الباقي على الوجه الذي ذكرنا
لابي حنيفة وعند محمد ان شا جعل ثلثيه بالدين واخذ
ثلثه وان شا افتكه بجميع الدين لما عرف من اصله وان
كانت قيمته اكثر من وزنه عشرين فان هلك ذهب
بالدين مضمونا وامانة وان انكسر فعند ابي يوسف
ان شا افتكه بالدين وان شا ضمنه قدر الدين والباقي
امانة تكون رهنا مع الضمان وتفضل لما بينا ويملك
المرتهن المضمون وعند محمد ان نقص بالانكسار قدر
الزايد على الوزن او اقل لا يعتبر النقصان لان الامانة
تصرف اليه عنده فيجبر على الافتكاك وان زاد النقصان
على ذلك حتى صارت قيمته اقل من وزنه خير الراهن
ان شا ترك ثلثيه بالدين واخذ الثلث وان شا افتكه
بالدين وليس له ان يضمنه لما عرف من مذهبه وان كانت
قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين اثنا عشر فان
هلك يضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة اسداس قيمة
القلب لان العبرة عندهما للوزن وللقيمة جميعا
وبالوزن والقيمة وفا بالدين وزيادة والمضمون
في الرهن عشرة والباقي امانة وان انكسر ضمنه بحصته
وهو عشرة اجزا من اثني عشر جزا منه لان المضمون
منه خمسة اسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن
لانها معتبرة عندهما وان كانت قيمته مثل الدين ان هلك
ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفيا باعتبار

الوزن او القيمة وقال في المحيط ضمن المرتهن جميع قيمته
لتعذر جعله مستوفيا باعتبار الوزن ولا وفا بالقيمة
بقدر المضمون من الرهن وهو عشرة لان القيمة العشرة
من الرهن اقل من عشرة الدين فيتخير ان شا جعله هالكا
بما فيه وان شا ضمنه عشرة من خلاف جنسه وتكون
رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه
وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة مع الوزن
عندهما وان وجد الوفا في الوزن لم يوجد في القيمة
فيتخير وله ان يضمن قيمة القلب ثمانية وتكون
رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف
قال رحمه الله ومن باع عبدا على ان يرهن المشتري
بالثمن شيا بعينه فامتنع لم يجبر وللبايع فسخ
البيع الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او قيمة الرهن
رهنا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز هذا البيع
بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا
باعه شيا على ان يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل
الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة في صفقة
وهو منهي عنه وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد
لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق
ملايم للعقد فاذا كان حاضرا في المجلس وقبل اعتبر
فيه المعنى وهو الملايمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن
والكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم

يبق

يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان تعيين الكفيل غايبا فحضر في المجلس
وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على
تعيين الرهن في المجلس او نقد المشتري الثمن حالا
جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز قوله فامتنع لم يجبر
اي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه
وقال زفر يجبر لانه صار بالحق شرطا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في عقد الرهن قلنا عقد الرهن تبرع
ولا جبر على المتبرع كالواهب غير ان البايع بالخيار
ان شا رضي بترك الرهن وان شا فسخ البيع لانه
وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة
المبيع عن العيب في البيع الا ان يدفع المشتري الثمن
حالا لحصول المقصود او يدفع قيمته رهنا لان المقصود
من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله وان
قال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن
فهو رهن وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني
اقلها فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك
او بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة
الرهن قلنا انه اتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو
الحبس الى ايفا الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى
كانت الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط عدم براة المحيل كفالة الا انه لو قال ملكتك

هذا بكذا يكون ثمنا للمصرح بموجب البيع كانه قال له
بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب المشتري
اولم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد
القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه
حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس
بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا
بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال
امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض انفسخ
البيع ولو كان المبيع شيا يفسد بالمكث كاللحم والجمد
فابطا المشتري وخاف البايع عليه التلف جاز للبايع
ان يبيعه ووسع المشتري ان يشتريه ويتصدق
البايع بالزايد ان باعه بكل ثمن الثمن الاول لان
فيه شبهة قال رحمه الله ويورهن عبدين بالف
لا ياخذ احدهما بنصف حصته كالمبيع لان المجموع
محبوس بكل الدين فيكون المجموع محبوسا بكل جزء من
اجزاء الدين تحقيقا للمقصود وهو المبالغة في الحمل
على الايفاء فصار كالمبيع في يد البايع وهو المراد
بقوله كالمبيع في يد البايع فان حبس كل واحد منهما
شيا من الدين الذي رهنه به كذلك الجواب في
رواية الاصل لان العقد يتحد فلا يتفرق بتفرق التسمية
كالمبيع في الزيادات له ان يقبض احدهما اذا ادى ما ينوبه
ما سمي له لان التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصته
كل واحد منهما لان قبول العقد في احدهما لا يكون رهنا

لصحة

لصحة العقد في الاخر حتى اذا قبل في احدهما صح فيه بخلاف
البيع لان العقد لا يتعدد فيه بتعديل الثمن ولهذا
لو قبل البيع في احدهما دون الاخر بطل البيع في الكل لان
البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما ان العادة قد
جرت بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق
ولا كذلك الرهن لان الواهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا
لا يبطل به وهي الرواية في الاصل قال رحمه الله ولو
رهن عينا عند رجلين صح سواء كانا شريكين في الدين
اولم يكونا شريكين فيه وتكون جميع العين رهنا عند كل
واحد منهما لان الرهن اضيف الى كل عين في صفقة
واحدة ولا يكون شايعا باعتبار تعدد المستحق لان
موجبه جعله محبوسا بالدين اذ لا تفاوت في استحقاق
الجنس وهذا الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون
كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من اجزايه فكذا هنا
يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد
بكل جزء من اجزاء بدنهما فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين
حيث لا تجوز عند ابي حنيفة لان العين تنقسم عليهما
لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت
الشيوع ضرورة فان تفاوتا في قدر واحد في نوبته كالعدل
في حق الاخر هذا اذا كان مما لا يجزي تفاوتهما وان كان
مما يجزي وجبان يحبس كل واحد منهما النصف فان
وفى احدهما حلف ابي الاخر وجب ان يقضى الدافع عند
ابي حنيفة خلافا لهما واصل المسيلة الوديعة فيهما

اذا اودع عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع احدهما
كله الى الآخر فان الدافع يقبض عنده خلافا لهما قال
رحمه الله والمضمون على كل حصته دينه لان كل واحد
منهما يصير مستوفيا ماله هلاك اذ ليس احدهما باولى من
الآخر فيتقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزي
قال رحمه الله فان قضى دين احدهما فالكل رهن عند
الآخر لان كل محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له
استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقيا كما اذا كان
المرتهن واحدا وكان المبيع اذا ادى احد المشتريين
حصته او مشتر واحد الذي حصته بعض المبيع واذا
رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى
يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل
من غير شيوع فصار هو نظير البايع وهما نظير المشتريين
قال رحمه الله وبطل بينة كل واحد منهما على رجل
انه رهنه عبده وقبضه معناه ان رجلا في يده عبد
فاقام رجلان بينة انه رهنه العبد الذي في يده
فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت بينته انه رهنه
كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل
ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة
واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا
وجه الى القضاء بالنصف لانه يودي الى الشيوع فتتعذر
العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه

مما استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يودي الى العمل
بخلاف ما اذا قتقنته البحة لان كلا منهما اثبت ببينته جنسا
يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت
جنس يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء
يثبت شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة
فكان العمل بالتباين اولى لقوة اثره المستتر وهو ان
كل واحد منهما يثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض
بمزاحمة الآخر بخلاف ما اذا ارتهناه جملة لان العقد
فيه من جانب الراهن واحد وهنا يثبت كل واحد
منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف
ما لو كان ذلك بعد موت المرتهن على ما بين من الفرق
فاذن وقع باطلا فاذا هلك هلك امانة لان الباطل
لا حكم له وهذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه
فيه احد وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب
اليد اولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه
كدعوى نكاح امرأة وثلاثين من واحد قال رحمه
الله ولو مات راهنه والعبد في ايديهما فبرهن
كل واحد منهما وضعنا كان في يد كل واحد منهما نصف رهنا
بحقه وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله
لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم
الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن

اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة
الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد
لحكمه فحكمه في حالة الحبوة الحبس والشايع لا يقبله وبعد
الموت الاستيفاء من تمنه والشايع يقبله فصار كما اذا
ادعى رجلان نكاح امراة او ادعت اختان او خمس نسوة
النكاح فان البينتان تهاترتا في حالة الحياة وقبلناهما
بعد الموت لان حكمهما في حال الحيوة ثبوت ملك النكاح
وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت
ملك النكاح وهو لا يقبل المال بالارث وهو يقبل الشركة
والانقسام وقوله والعبد في ايديهما وقع اتفاقا
حتى لو لم يكن العبد في ايديهما واثبت كل واحد فيه
الرهن والقبض كان الحكم كذلك وهذا لم يذكر اليد
في المسيلة الاولى والله تعالى اعلم **باب**
الرهن يوضع على يد عدل قال رحمه الله ويصح
الرهن على يد عدل ح وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح
لان يد العدل يد المالك وهذا يرجع عليه اذا استحق
الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته لما
ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك
في الحفظ لكون العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن
لان يده يد الضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة
شخصين ليتحقق ما قصداه لان كلا منهما امر قصار يده
كيدهما وهذا لا يكون لاحدهما ان ياخذه منه على
الخصوص ولو كانت يد احدهما على الخصوص كان

له

له ان يسترده منه ويجوز ان تجعل اليد الواحدة في حكم
يدين الا ترى ان الساعي جعلت يده كيد الفقير وكيد
صاحب المال حتى اذا هلكت الزكوة في يده اجزته ولو
قدم الزكوة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على
الناقص يتم النصاب بما في يد الساعي كان في يد المالك
فتجب عليه الزكوة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل
كانه في يد المالك لم يتم به النصاب ولو لم يده كيد
الفقير لم يملك استرداده ولو لم يجعل واحدا يرجع
العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان
ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد
ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا
يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق البايع والمشتري على وضع
المبيع في يد عدل حيث تكون يده يد البايع فحسب لان
في جعله نايبا عن المشتري تغيير موجب العقد فان
موجب عقد البيع ان تكون يد البايع على المبيع
يد نفسه وفي حق العين والمالية جميعا لانه ليس
بنايب عن المشتري بوجه ما وبقي قبضه للمشتري
كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البايع بوجه ما
بل هي يد المشتري في حق العين والمالية فاذا كانت
في جعله نايبا عنهما يعتبر حكم البيع اعتبر نايبا عن
البيع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن
لان عينه امانة في يده بل في يد المرتهن ايضا والمالية
فيه هي المضمونة وهي حق المرتهن فامكن ان يجعل

لشخص واحد مقامهما لاختلافهما في حقهما فيه وعدم تغيير
موجبه قال رحمه الله ولا يأخذ احدهما منه اي من يد
العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق بالحفظ
في يده وامانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك
كل واحد منهما ابطال حق الاخر قال رحمه الله ويهلك
في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن
والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل الى احدهما
ضمن لانه مودع الراهن في العين ومودع المرتهن
في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة
الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما
واتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل ان يجعل القيمة
رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا في
يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن
ياخذانها منه ويجعل انها رهنا عنده او عند غيره
او يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فان
جعلت القيمة رهنا برايهما او برأي القاضي عند
العدل الاول او عند غيره ثم قضي الراهن الدين فان
كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة
سالمة للعدل يأخذها من حيث عنده ان كانت عند
غيره او عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم
الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن
اليه والا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك

واحد

واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن
فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده او من
عند غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قائمة
اخذها ممن هي في يده اذا ادى الدين فكذلك يأخذ
ما قام مقامها ولا جمع بين البدل والمبدل في ملك
واحد ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك
ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية او على وجه
الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه
المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملك العين
المرهونة وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فلا يضمن
المستعير ولا المودع الا بالتعدي وكذا اذا دفعه اليه
بحكمه ان قال له خذه بحكمك او احبسه بدينك لانه
دفع اليه بوجه الضمان قال رحمه الله فان وكل المرتهن
او العدل او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح
لان الراهن مالك فله ان يوكل ما شاء من الاهل ببيع
ماله معلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط
كلوقها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق
المالك وبالتسليط على بيعه اسقط حقه والاسقاطات
يجوز تعليقها بالشرط ولو امر ببيعه صغيرا لا يعقل
فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند ابي حنيفة وقالا يصح
لقدرته عليه وقت الاستئذان فلا ينقلب جائزا قال
رحمه الله فان شرط في عقد الراهن صار وصفا
من اوصافه وحقا من حقوقه الا تري انها الزيادة

الوثيقة فتلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن
وفي القول ببطلانه حقه وصار كالوكالة بالخصومة
بخلاف المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل
نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل
بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه دار
الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل لما كان يبطل
لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم في
حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل
بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه
وهذه الوكالة تخالف المفردة بالموت وينعزل بعزل
الموكل من وجوه منها ما ذكرنا ومنها ان الوكيل اذا
امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها
ان هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها
انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يضمنه
اي جنس الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن
اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفعه القاتل
بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة
واما لا ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان
اجنبيا عنه بالنسبة اي لوكالة وهو اذا عزله
الموكل لا ينعزل بعزله اولى قال رحمه الله وللوكيل
بيعه بغيبة ورثة الراهن كما كان له حال
حياته ان يبيعه بغير حضرته قال رحمه الله

وتبطل

وتبطل بموت الوكيل حقيقة لا بقوم وارثه ولا وصيه
مقامه لان الوكالة لا تجري بينهما الارث ولان الموكل
رضي برايه لا برأي غيره وعن ابي يوسف انه لو اوصى
الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصي
كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب
بيعها لما انه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة
حق على الوكيل فلا تورث عنه لان الارث يجري
في حق له لا في حق عليه فوجب القول ببطلانه
بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فتورث عنه
فتقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية
التوكيل في حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد
وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق
التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته
ولو اوصى الى رجل ببيعه لم يبع الا اذا كان مشروطا
له في الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه قال
رحمه الله ولا يبيعه المرتهن او الراهن الا برضى
الآخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما الراهن
فملكه فلا بد من رضاه واما المرتهن فلانه احق
بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع قال رحمه الله فاذا حل الاجل وغاب الراهن
اجبر الوكيل على البيع كالوكيل بالخصومة من
جهة المطلوب اذا غاب من وكله اجبر عليها لانا
الوكالة بالشرط لان عقد الرهن صار وصفا

من اوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن ١٠ ما
تعلق بالبيع وفي الامتناع ابطال حقه يجبر عليه كما
في الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما
ان في الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل ما البيع
لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه اما المدعي فلا
يقدر على الدعوى على الغايب والمرتهن لا يملك
البيع بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي
اياما لعله يبيع فان لم يبع بعد الحبس اياما فالقاضي
يبيعه عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على
اصل ابي حنيفة فكذلك عند البعض لان تعيين
جهة القضاء عنده الدين هنا ولان بيع الرهن
صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل
لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع مال المديون عنده
لقضاء الدين لمراد الاجبار على البيع وباع لا يفسد
هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على
قضاء الدين باي طريق شاء لو قضاه بغيره
صح وانما البيع طريق من طرقه ولا اجبار يحق
وشله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به ولو
لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرطاه
بعده قيل لا يجوز لان التوكيل لم يصر وصفا من
اوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات
وقيل يجوز كما يتوي حقه وهذا اصح حتى روي
عن ابي يوسف ان الجواب بهذا التفصيل في انه يجبر

على

على البيع قضاء وذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير
والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين ان تكون
الوكالة مشروطة في عقد الرهن اولم تكن فيه
بدل على ذلك ولو باع العدل خرج من ان يكون رهنا
والثمن قايم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه
بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن وان
توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الراهن الرهن في الثمن
لقيامه مقام المبيع المرهون وكذا اذا قتل العبد الرهن
وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث
المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم المال في حق المستحق
فيبقى عقد الرهن فيه ولذلك لو قتله عبد فدفع به
لانه قايم مقام الاول فيما ورد ما فيكون رهنا مكانه
قال رحمه الله وان باعه العدل واوفا مرتهن ثمنه
فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الرهن قيمته او
المرتهن ثمنه وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق
اما ان يكون هالكا او قايما في الوجه الاول المستحق
بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه
بالاخذ والتسليم وان شاء ضمن العدل لانه بتقديمه
بالبيع والتسليم صار غاصبا بذلك فاضمن الراهن
نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن يملكه مبادا
الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره
ببيع نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو البايع
نفذ البيع ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان لم يصر

بالخيار ان شا رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من
جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور
من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار الضمان
عليه وضمنه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع
ملكه فصح اقتضا المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه
وان شا العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين
ان الثمن اخذه بغير حق لان العدل ملك العبد
باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الرهن
على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ
بيعه عليه لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل
ملكه وانما اداه الى المرتهن على حساب ان المبيع ملك
الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله
ان يرجع به عليه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان
قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه
وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل
لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من
حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري
اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل
الثمن للمشتري كان بالخيار ان شا رجع على الراهن
بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب
عليه ان يخلصه منها فاذا رجع عليه صح قبض المرتهن
لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد
قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة فاذا

دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع
به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم
يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما
يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيا فبقي ضمان الثمن
على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل
بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد كما لحق العدل من
العهدة ويرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لم
يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن كما في
الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن
الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على القاضي بخلاف
بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانها تعلق بها
حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله
وهذا يويد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع
وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله هو ظاهر الرواية
لان رضى المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم
فكان التوكيل مستانفا لا في ضمن عقد الرهن فكان
منفصلا عنه ضرورة الا ان فخر الاسلام وشيخ الاسلام
قالا قول من يرى جبر الوكيل اصح لاطلاق محمد في الجامع
الصغير والاصل على ما بينا فتكون الوكالة غير
المشروطة كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا
من الاحكام هناك قال رحمه الله وان مات الرهن عند
المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وان
ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه

والاصل فيه ان العبد المرهون اذا اهلك في يد المرتهن
رجع على الراهن بالقيمة ثم استحقه رجل كان المستحق
بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان
كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ والتسليم
والمرتهن بالقبض والتسليم فاذا ضمن الراهن صار
المرتهن مستوفيا هلاك الرهن عنده لان الراهن
ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين
انه رهن ملك نفسه فصار المرتهن مستوفيا بهلاكه
وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة ويدين به
على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهته
الرهن واما بالدين فلانه انتقض قضاؤه فيعود
حقه كما كان فان قيل لما كان اقرار الضمان برجوع
المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه
قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار
كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا
طعن ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه
ان المرتهن يرجع على الراهن بالغرور والغرور حصل
بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك
الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين
انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن
مستوفيا بملك الغير ولان الراهن يهلك الرهن
بالتلقي من المرتهن لان المرتهن يملكه اولا باداء الضمان
ثم يتنقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء اذا كان المرتهن

اشتراه

اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك
لان المرتهن غاصب حق المستحق فاذا ضمن تملك
المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ولان
لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته
فالمرتهن متعد بالقبض لانه صار غاصبا فيستند
ملكه اليه فالراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعده وعقد
الرهن سابق عليه فتبين انه رهن ملك غيره فلا يكون
المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهي
ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار
القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين
انه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه
والله تعالى اعلم

باب تصرف الراهن في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال رحمه الله وتوقف بيع الراهن على اجازة المرتهن او قضاء
دينه وعن ابي يوسف انه ينفذ لانه تصرف في ملكه
فصار كالاعتاق والصحيح في ظاهر الرواية لان
الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال
حقه فلا ينفذ الا باجازته لرضاه او بقضاء الراهن
دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم
القدرة على تسليمه وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف
لحق غيره كمن باع ماله لوارثه او اوصى له به او لغيره
بكثر من الثلث والغبن الفاحش على الاعتاق غير جائز
لانه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فاذا اعتمد

البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا
بالدين وعن ابي يوسف ان المرتهن ان شرط ان يكون
الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه
نفذ البيع بالاجازة وملك الراهن الثمن وانه مال آخر
ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا
اجره الراهن فاجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة
رهنا الا بالشرط كما اذا اجره الراهن فاجاز المرتهن
الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط ووجه ظاهر
الرواية وهو الصحيح ان الثمن قايم مقام ما تعلق به
وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه
متعلق بالعين والبدل حكم المبدل فوجب انتقال
حقه اليه كالعبد المدين اذا بيع برضا الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل من غير شرطه لما ذكرنا ولا يسقط
حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضى
بالبيع لا يدل على الرضى بسقوط الحق راسا
ينبقي الحق على حاله بخلاف ما ذكرنا ان الاجرة
ليست ببدل حقه لان حقه في العين وهو بدل
المنفعة فلا ينتقل الحق اليها بخلاف ما اذا باع
المالك العين المستاجرة فاجاز المستاجر البيع
حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل المعين
وحقه في المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد
حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان

الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله
ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ
بفسخه وفي المختصر هاهنا اشارة اليه حيث قال
توقف على اجازة مرتهنه او قضاء دينه جعل الاجازة
البيد ون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء دينه
وهذا دليل على ان فسخه لا ينفذ ووجه الامتناع
لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس
لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا ثم
المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن
الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لعنوان القدرة
على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري وهو
الراهن وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان
المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع
الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ
بيع الموجو ولو باعه الراهن من موجر ثم باعه من
آخر قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا على
اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف
الثاني وايضا اجاز لزم ذلك وبطل الآخر ولو باعه
الراهن او رهنه او وهبه من غيره فاجاز المرتهن
الاجارة او الرهن والهبة جاز البيع الاول دون هذه
العقود والفرق ان المرتهن له متعلق في البيع لان
حقه يتحول الى الثمن على ما بينا وقد يكون احد

اليمين انتقل الى الاخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة
بما هذه العقود بلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل
الى الاجرة لما بينا ولا بدل له في الرهن والهبة فكانت
اجارته اسقاطا لحقه فلزال المانع فنفذ البيع كما لو
باع الموجر العين المستاجرة من اثنين على التعاقب
فاجاز المستاجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا نفع
له في البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فكان
اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع
قال رحمه الله وتعذر عتقه اي تعذر اعتاق الراهن
وهو احد اقوال الشافعي وفي قول لا ينفذ اذا كان
المعتق معسرا وفي قول اخر لا ينفذ اعتاقه سواء كان
المعتق موسرا او معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فكان مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا
من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان
اولى بالامتناع بخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة
تبقى مدتها اذ الحر يبقيها ولا يبقى الرهن وبخلاف
ما اذا كان المعتق موسرا على تلك الرواية لانه لا يبطل
حقه في الحالين ولنا ان العتق صدر من اهله
مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا
يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المبيع
قبل القبض او الابق او المغصوب ثم اذا زال ملك
الراهن في الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد
للمرتهن بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى

لان

لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلا
فالادنى اولى ان لا يمتنع ولا يصح القياس على البيع لان
امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط
في العتق ولان القياس لتعدية حكم الاصل الى الفرع
دون تغييره وحكم الاصل هنا وقفا ما يحتمل الرد قبل
تمامه وهو في الفرع يبطل اصلا ما لا يحتمل النقض ولاء
الرد فسد القياس ولا يلزم اعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته اذ المريض له مال اخرج انه اعتق
ملكه لانا نقول يعتق عند ابي يوسف ومحمد في الحال
وعند ابي حنيفة يوخر الى اداء السعاية على ما
عرف في اعتاق العبد المشترك فلم يكن اعتاقه لغوا
وههنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن
ملك الراهن بدليل انه لو جنى ثم اذا اتلفه يجب عليه
ضمانه وكذا لا ينفذ عتقه كانه خرج عن ملكه لانا
نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار انه كالخارج
عن ملكه بل باعتبار انه اتلف المالية المشغولة
بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده الماذون له المديون
فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من وجه
وهذا لا يقتضي تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب
باعتبار انه عبد وجه الى التجارة كالعبد الماذون له
لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك قال رحمه
الله وطولب بدينه حالا اي اذا كان الدين
حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه اذا

كان موسرا لانه لو طولب بالرهن كان له ان ياخذه بدينه
اذا كان من جنس حقه فيكون ايفا واستيفا فلا فايدة
فيه قال رحمه الله ولو موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكان العبد يعني اذا كان موسرا لان سبب الضمان
قد تحقق منه وفي التضمين فايدة وهو حصول الاستيثاق
من الوجه الذي بينا فيحبسها الى حلول الاجل فاذا حل
اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان
يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه
وان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفا
وان كان اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما
يسقطه قال رحمه الله ولو معسرا سعى العبد في الاقل
من قيمته ومن الدين لان حق المرتهن كان معلقا به
وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق
لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما في
عتق احد الشريكين العبد المشترك اذ الضمان
بالخراج والغرم بالغنيمة ثم يقضي بالسعاية الدين
ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من
جنس حقه صرف بجنسه فيقضي به الدين وان كان
موجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين
قضي به الدين على نحو ما ذكرنا في الحال وكيفية
ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته
يوم الرهن والى الدين فيستسعى في الاقل منها
قال رحمه الله ويرجع به على سيده اي يرجع العبد

بالسعاية

بالسعاية على مولاه اذا ايسر لانه قضى وهو مضطر فيه
بحكم الشرع فلم يكن متبرعا عليه بما حمل عنه فصار كمعير
الرهن بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يودي ضمانا
واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند ابي حنيفة
ولتكميله عندهما وهما يسعى في ضمان على غيره بعد
تمام اعتاقه فافترقا ولان حق المرتهن في استيفا
الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصلت الرقبة للعبد
ولم يقدر على اخذ بدلها من الرهن ضمنها العبد كالمريض
اذا اعتق عبده في مرضه وعليه دين ولا مال له غيره
يسعى العبد في قيمته كذا هذا ثم ابو حنيفة اوجب
السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار
والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك
وحق الملك ادنى من حقيقة الملك فوجب السعاية
فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلا
في الحالتين اظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع
اذا اعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى
للبايع في الرواية الظاهرة وفي المرهون يسعى لان
حق البايع في الحبس ضعيف لان البايع لا يملكه في
الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذا يبطل حقه في
الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى تمكن
من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا

بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو اقر المولى
برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه
العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر
هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقراره يتعلق
الحق في حالة يملك التعليق فيبطل باداء السعاية لقيام
ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية
ولو دبره الراهن عنده وهو البيع وكذا لو استولدها
صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت
حق الملك كما في جارية الابن فحقيقة الملك اولى ثم
اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفا
الدين منهما ثم ان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على
التفصيل الذي ذكرنا في الاعتاق وان كان معسرا
استسعاهما المرتهن في جميع الدين لان كسبهما مال
المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين
ومن القيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحبس عنده
الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بعد
الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما اديا بعد
يساره لانهما اديا من ملك المولى والمعتق يرجع
لانه اوفى من مال نفسه وهو مضطر فيه على ما مر
وقيل اذا كان موجلا يسعيان في قيمتهما لانه عوض
الرهن حتى يحبس بكانه فيتقدر بقدر العوض
الا ترى ان الراهن بنفسه اذا كان موسرا لا يضمن
بما اذا كان موجلا اكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان

حالا

حالا لانه يقضي به الدين لان كسبهما ملك المولى وقد
قدر على اداء الدين بكسبهما ولو كان قاه راعلى اداية
حال اخر امر بقضائه كله منه فكذا اذا قدر بكسبهما
ولو اعتقهما الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء
اعتقهما بعد القضاء عليهما او قبله لان كسبهما بعد
العتق ملكهما وما اديا قبل العتق لا يرجعان به على
المولى لانه مال المولى ولو اقر على عبده بدين استهلاك
وهو ينكره سعى في قيمته مدبرا لان له ولاية على
ماليته ولو قتله عبد قيمته مائة درهم ودفع ثم
اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول قال
رحمه الله وان لا فالرهن كاعتاقه اي اذا لم يف
الرهن فهو كما لو اعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته
لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان
يكون رهنا في يد المرتهن لقيامه مقام العين
قال رحمه الله وان اتلفه اجنبي فالمرتهن يضمنه
قيمته وتكون رهنا عنده اي المرتهن هو الخصم في تضمينه
قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه احق بعين
الرهن حالة قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك
باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر
قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك
خمسمائة ويوم الارتهان اكثر غرم خمسمائة وكانت
رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان

الرهن يوم قبضه لانه به دخل في ضمانه لانه قبض
استيفا الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن
والدين موجل ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت
رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين
فاخذ حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه
استوفا المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن
ان كان دينه فضل وان كان دينه اكثر من قيمته
رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر
الى ضمانه وقد كانت قيمته يوم القبض الغا وجب
بالاستهلاك ضمانه وسقط من الدين ضمانه لان
ما انتقض كان من الهالك وسقط الدين بقدره
وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف وكذا ذكره صاحب
الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع
السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف
يسقط من الدين بقدره وهو لم ينتقض لا بتراجع
السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته
شيء من الدين قال رحمه الله وخرج من ضمانه
باعارته من راهنه اي باعارة المرتهن الراهن
من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان
باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه
فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون

مضمونا

مضمونا عليه صاحبه لان الاسترداد باذنه قال
رحمه الله فلو هلك في يد المرتهن هلك بجانا لارتفاع القبض
الموجب للضمان على ما بينا قال رحمه الله ويرجوعه
عاد الضمان اي برجوع الرهن الى المرتهن عاد الضمان
حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان
وللمرتهن ان يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا
في حكم الضمان في تلك الحالة وهذا لان للراهن
قبل ان يسترده كان المرتهن احق به من بين سائر
غرمائه لان يد العارية ليست من لوازم الرهن لانه
قد ينفك عنه الا ترى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون
رحمه الله ولو اعاره احدهما اجنبيا سقط الضمان
لما بينا رحمه الله وله ان يرده رهنا لان
لكل واحد منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية
لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن
الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا
ولو مات الراهن قبل ان يرده نائبا كان المرتهن
اسوة الغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم بهذه
التصرفات فينبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية
لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من احدهما باذن
الاخر كالاعارة لانه عين لازم كالعارية والرهن كالاجارة
لانه لازم ويبيح للمرتهن الرهن واجارته وهبته من
الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا تلزم في حقه

لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولواذن الراهن
للمرتهن بالاستعمال او اعاره للعمل فهلك قبل ان يأخذه
المرتهن بالاستعمال او اعاره للعمل فهلك قبل ان يأخذه
في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان وكذا
اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ
ولو هلك في حالة العمل هلك امانة لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى حكم الضمان
ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك
حالة العمل وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل
كان القول قول المرتهن لانه منكر واليمينة ببينة
الراهن لانه مدعي رحمه الله ولو استعار
ثوبا ليرهنه صح لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر
التبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين
بماله ويجوز ان ينفصل في حق البايع زوالا لان البيع
يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا
كان او كثيرا اذا اطلق ولم يقيد بشيء لان الاطلاق يجب
اعتباره خصوصا في العارية لان الجهالة فيها غير
مفسدة لكونها لا تفضي الى المنازعة
رحمه الله ولو عين قدرا او جنسا او وصفا او تخالف ضمن
المعير المستعير والمرتهن ان عين المعير قدر ما يرهنه
به او جنسه او البلد الذي يرهنه فيه تخالف كان للمعير
الخيار ان شاء ضمن المستعير وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار كالراهن
كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان

كذلك

كذلك لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه
الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان
غرضه ان يصير مستوفيا للاك ثم بقاء بدله عند الهلاك
ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا
فيضمن الاعين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من
ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه اخلاف
الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير والنقصان
يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له
اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك لحاصل بذلك
مع تيسر اداءه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان لا ستيفا
لم يقع الا به فتعيينه اكثر من قيمته غير مفيد في حقه
بل فيه ضرر عليه لتعسر اداءه وكذا التقييد بالجنس
والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس
في تحصيله دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان
في الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن المستعير
ثم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه رهن ملكه نفسه وان ضمن المرتهن
رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بينا
في الاستحقاق قال رحمه الله وان وافق وهلك
عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على
المستعير لان قبض الرهن قبض استيفا وبالهلاك يتم
الاستيفا فسقط الدين على الراهن ويضمن المعير قيمته
لانه تقضي بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا

يضمن قدر المضمون والباقي امانة وهذا ظاهر وكذا لو
انتقصت قيمة الرهن بعيب اصابه يذهب من الدين بحسابه
ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال رحمه الله
وان افتكه المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه لان
المعير غير متبرع بقضا الدين لما فيه من تخليص ملكه
وهذا يرجع على الراهن فصار اداوه كادا الراهن
فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي
الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في
تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ثم يرجع المعير
على الراهن بما ادى لما ذكرنا انه غير متبرع بل هو
مضطر فيه وذكر في النهاية انه اذا افتكه باكثر من
قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع
بالزايد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن
لا يحصل بايفا بعض الدين وكان مضطرا وباعتبار
الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع مع
بقا الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع
به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان
يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه
ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه
او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا
دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو
اختلفا في ذلك كان القول قول الراهن لانه ينكر
الايفا بماله والرجوع عليه باعتبار الاول معا عنه

ولا

ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد
بالرهن والراهن يدعي فسخه فوجب ان يكون القول
للمعير لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه
الايفا به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجبه
لضمن كله ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن
به كان القول للمعير لانه لو انكر الاصل كان القول
له فكذا في انكار الوصف ولو رهنه المستعير بدين
موعود فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض وقيمته
والمسمى سوا ضمن قدر الموعود لما عرف انه كالموجود
ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن باستيفايه من المرتهن كسلامة براة ذمته
عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز
لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شا
رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شا
ضمن المعير قيمته لان حقه قد تعلق برقبته
وقد اتلفه بالاعتاق وتكون القيمة رهنا عنده
الى ان يقبض دينه فترد الى المعير لان القيمة
قايمة مقام العين فاخذت حكم العين ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه
ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند
المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه به ورد على الراهن
ما قبضه لحصول الاستيفا بالرهن وضمن الراهن
للمرتهن قدر ما صار موفيا به دينه لانه لما رهنه

ازالة التعدي وقد برات ذمته عن ضمان الغصب لانه
امين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الراهن
وان هلك عند الراهن بعد الاسترداد يضمن لما ذكرنا
لانه عاد الى حكم الراهن ولو استعمله بعد الاسترداد
ثم تركه فهلك لا يضمن ايضا لما ذكرنا انه امين
وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهاء
حكم العارية بالفكاك فصارت يده يد المالك لكونه
عاملا للمالك بتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند
الهلاك على هذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه
فاذا تعدى لا يبرأ من الضمان بوصوله الى يد المالك
على هذا عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرأ
عن المستعير اذا زال التعدي كالوديعة واستدل
عليه بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه
فلا يبقى حجة له على ذلك التقدير ولو مات مستعير
الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا
برضى المعير لانه ملكه ولو اراد المعير البيع وابى
المرتهن من بيعه يبيع بغير رضاه اذا كان به
وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن
فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة
فلعل المعير قد يجيء الى الرهن فيخلصه بالايفاء او
تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه
ولو مات المعير مفلسا وعليه دين اسقط الراهن بقضاء
دينه نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه

وان

وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا
ولورثته اخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة الموت
فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه فان كان فيه
وفاء بيع والا فلا يباع الا برضى المرتهن كما مر لما بينا
ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يبع بدين غرماء
المعير لا يباع الا برضاهم وان كان في بيع برضاهم
لوصول حقهم اليهم وكذا لو مات المستعير والمعير
قال رحمه الله وجناية الراهن والمرتهن على الرهن
مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه
ضمان ما اتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى
عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق
مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان
كالعبد الموصى بخدمته اذا اتلفته الورثة ضمنه
قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقام الاول ولهذا
منع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن
يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنسه والا جنسه
بدينه حتى يستوفي دينه قال رحمه الله وجنايته
عليهما وعلى ما قلنا هذا اطلق الجواب والمراد به
جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه
فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص اما المرتهن فظاهر
لانه اجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في
حق الدم اذ الم يدخل تحت ملكه الا من حيث المالية
الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة القصاص

باطل واقرار العبد بنفسه بها جايز والاقرار بما يوجب
المال على عكسه فاذا لم يدخل في ملكه من ذلك الوجه
صار اجنبيا فيه فافاد الوجوب عليه بخلاف ما يوجب
المال لان ماليته ملك للمولى ومستحق للمرتهن فلا
فايدة في اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف
جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر
عند ابي حنيفة لان الملك عند اداء الضمان يثبت
للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته
على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت
جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع
الرقبة بان كانت على الادمي في النفس خطا او فيما
دونها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ان كانت
جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن
فمعتبرة لان في اعتبارها فايدة تملك رقبة العبد
بلا خلاف بين اصحابنا لما ذكرنا وان كانت موجبة
لدفع الرقبة بان كانت على الادمي في النفس خطا
او فيما دونها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ان كانت
جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن
فمعتبرة لان في اعتبارها فايدة تملك رقبة العبد
والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن
عليه جناية على غير المالك غير انها سقطت لعدم
الفايدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا
وهذه افادت ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط

بذلك

بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين
انفع له فيختار ايهما شاء ثم اذا اختار اخذه ووافقه
الراهن على ذلك ابطلا الرهن لسقوط الدين بهلاكه
لان دفعه بالدين يوجب هلاكه على الراهن فيسقط
به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبي فدفع بها سقط
الدين وان لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابي
حنيفة ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
[illegible] الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا تفيد
وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف
نظير الاختلاف في المغصوب فان جنايته على الغاصب
لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكر من الفايدة غير
ظاهر لان اخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار
المالك لان المجني عليه لا يستبد باخذه وقد لا يختار
هو الدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع
وفي رواية عن ابي حنيفة اذا كان قيمة الرهن اكثر
من الدين ان جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها
لان الزايد امانة فصار كجناية العبد المودع ولو
جنى الرهن على ابن الراهن او على المرتهن فهي معتبرة
في الصحيح حتى يدفع بها او يفدى وان كانت على المال
يباع كما اذا جنى على الاجنبي اذ هو اجنبي لتباين
الاملاك قال وان رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجل
فرجعت قيمته الى ماية فقتله رجل وغرم ماية وحل
الاجل فالمرتهن يقبض الماية قضاء بحقه ولا يرجع على

الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا
يوجب سقوط الدين خلافا لزفر هو يقول ان
المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا
ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس
وذلك غير معتبر في البيع اذا حصل في المبيع قبل القبض
لا يثبت للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب
على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين
المغصوبة بخلاف نقصان العين لان فوات جزء منه
يتقرر الاستيفا اذ اليد يد الاستيفا واذا لم يسقط
شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين
فان قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة
في ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لان الجابر
بقدر الفايت واخذ المرتهن لانه بدل المالية في حق
المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا تزاد
على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق
المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع
على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفا من
الابتدا وبالهلاك يتقرر وقيمته في الابتدا كانت الفا
فيصير مستوفيا للكل من الابتدا او نقول لا يمكن ان
يجعل مستوفيا للالف بماية لانه يودي الى الربوا
فيصير مستوفيا لماية وبقي تسعماية في العين فاذا
هلكت يصير مستوفيا لتسعماية بالهلاك بخلاف
ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا

للكل

للكل بالعبد لانه لا يودي الى الربوا لاختلاف الجنس
بخلاف المسيلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف
بماية يودي الى الربوا فجعلناه مستوفيا لتسعماية
بالعبد الهالك وهو المقتول والماية بالماية قال
رحمه الله ولو باعه بماية بامره قبض الماية قضا من حقه
ورجع بتسعماية اي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي
الفا بماية بامر الراهن وكان رهنا بالف قبض المرتهن
تلك الماية التي هي الثمن قضا بحقه ورجع على الراهن
بتسعماية لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن
استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن
وبقي الدين الا ما استوفى فكذا هنا رحمه الله
وان قتله عبد قيمته ماية فدفع به يفتكه بكل الدين
وهو الالف وعند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا سلم العبد
المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره وقال
زفر يصير رهنا بماية لان يد المرتهن يد استيفا
وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف به لا بقدر العسر
فيبقى الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قايم مقام
الاول لحما ودما ولو كان الاول قايما وانتقص السعر
لا يسقط الدين وهي على الخلاف ولمحمد ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب
اذا كان قيمة كل واحد منهما الفا وقتل كل واحد منهما
عبدا قيمته ماية فان لكل واحد من المشتري والمغصوب

منه الخيار ان شا اخذ القاتل ولا شي له غيره وان شا فسخ
المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما ان
التغيير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام
الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن امانة عندنا
فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل
الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله
عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه
الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم
الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تملكه باداء الضمان
وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع السعر
حتى صار يساوي ماية ثم قتله عبد يساوي ماية
ندفع به واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطا فضمان
الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه يملك التمليك
ولو فدا ظهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع
المرتهن على الراهن بشي من الفدا لان الجناية حصلت
في ضمانه ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن
ادفع العبد او افده لان الملك له وايهما فعل سقط
دين المرتهن به لان العبد قد هلك بالدفع بسبب
كان في يد المرتهن وكذا بالفدا لانه كالحاصل له
بعوض بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا واستهلك
مالا حيث يخاطب الراهن ابتدا بالدفع او الفدا بعوض
ولانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من
الرهن ولم يسقط شي من الدين كما لو هلك ابتدا فان

فداه

فداه فهو رهن مع امه على حالها ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فان اداه المرتهن فدين نفسه
على حاله كما في الفدا وان ابى قيل للراهن بعه في الدين
الا ان يختار ان يودي عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا في الفدا وان لم يود وبيع العبد فيه ياخذ
صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وعلى حق المولى لان حقه مقدم على حق المولى
وكذا على حق المرتهن لانه قايم مقام المولى في المالية
ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية
ايضا لان ولي الجناية قايم مقام المولى في ملك العين
فان فضل شي من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين
المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن
لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمانه فاشبه الهلاك
وان كان العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدره
وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان
دين المرتهن قد حل اخذ منه لانه من جنس حقه وان
كان لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه اذا حل ان
كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد
لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته واذا
استوفيت فيتعلق الى ما بعد العتق ثم اذا ادى العبد
بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله هذا
اذا كان كله مضمونا وان كان بعضه امانة بان كانت

قيمته اكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه
او ادفعاه بها لان البعض مضمون والبعض امانة والفدا
في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان
اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا
يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما له التخليص
بالفدا ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار
الفدا وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي ايهما كان
اما اذا كان المرتهن هو فلانه ليس في الفدا الذي
يختاره ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره
الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفدا
متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن
بذلك لانه كان يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما
التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ما روي عن
ابي حنيفة بخلاف ما اذا كان غايبا لانه تعذر خطابه
والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك
الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند ابي يوسف
ومحمد وزفر والحسن المرتهن متطوع في الوجهين
لانه قد املك غيره بغير امره فصار كالاجنبي واما اذا
كان المختار للفدا هو الراهن فلان المرتهن ليس له
ولاية الدفع فكيف يختاره المرتهن تفويت حق الراهن
في العين من غير فايدة تحصل له لان حقه يسقط بالدفع
كما يسقط بفدا الراهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب
على المرتهن حصة المضمون من الفدا من دينه لان سقوط

الدين

الدين امر لازم دفع او فدي لانه بالاستحقاق صار هالكا
فاذا فداه صار كانه حصله بالفدا فلم يجعل الراهن
في الفدا متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون
مثل الدين او اكثر بدل الدين وان كان اقل سقط بحسابه
وكان العبد رهنا بما بقي لان الفدا في حصة الامانة
كان عليه وفي حصة المضمون كان على الراهن فاذا اداه
الراهن وهو ليس بتطوع فيه كان له الرجوع عليه
فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فيبقى العبد
رهنا بما بقي بخلاف ما اذا افداه المرتهن حيث يكون
متطوعا في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما
بينا وعن زفر عن ابي حنيفة على عكسه بان الراهن
اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفدا
وان كان غايبا كان متطوعا فيه ووجهه ان المجني عليه
لا يخاطب المرتهن في حال غيبة الراهن ليس بمالك
ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من اخذ العبد منه ما لم
يحضر الراهن فلا حاجة الى الفدا فاذا فداه من
غير حاجة اليه كان متطوعا واما في حال حضرته
فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع او الفدا فلا يتوصل
المرتهن الى استدامة يده الا بالفدا فكان مضطرا اليه
فلا يكون معتبرا كمعير الرهن وصاحب العلو اذا بنى
السفل ثم بنى عليه علوه وكذا في جناية ولد الرهن
اذا قال المرتهن انا افدي كان له ذلك وان كان المالك
يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس

بدينه وله في القداعرض صحيح من زيادة الاستيفا ولا ضرر
على الراهن فكان له ذلك رحمه الله وان مات
الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي
قايم مقام الموصي حتى كان له ان يبيع الرهن فكذا
الوصيت رحمه الله فان لم يكن له وصي نصب
له وصي وامر ببيعه وفعل ذلك الى القاضي لان القاضي
نصب ناظرا للحقوق للمسلمين اذا تخوا عن النظر
لانفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي ليودي
ما عليه لغيره ويستوفي حقه من غيره ولو كان على
الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم
له من غرمايه لم يجز وللاخرين ان يردوته لانه
ايثار لبعض الغرما بالايفا الحكمي فاشبه الايثار
بالايفا الحقيقي والجامع ملقي في كل واحد منهما من ابطال
حق غريمه من الغرما الا ترى ان الميت بنفسه
لا يملك ذلك في مرض موته فكذا من قام مقامه
وان قضى دينهم قبل ان يرده جاز لزوال المانع
بوصول حقهم ولو لم يكن للميت عن هم اخر جاز الرهن
اعتبارا بالايفا الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه
قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين
الميت لغير رجل جاز لانه استيفا فيملكه وله ان يبيعه
ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا الوارث من الوصي
ومات قام الموصي مقامه الا انه لا يبيعه لان الوكالة
تبطل بموته والله اعلم **فصل** رهن عصيرا فتخمر

عشرة

عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو بما يي عشرة فهو رهن
بعشرة لان ما يكون نحلا للبيع بقا يكون نحلا للرهن بقا
كما ان ما يكون نحلا للبيع ابتدا يكون نحلا للرهن ابتدا
والخمر محل للبيع بقا الا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر
قبل القبض يبقا العقد فيها الا ان المشتري يتخير
في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا يكون
محلا للرهن بقا وهذا لان العقد وقع صحيحا لعدم
المالية المتقومة فيها وزال المفسد وقوله ثم تخلل
وهو بما وي عشرة يشير الى ان المعتبر قيمته في الزيادة
والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه
القدرة لان المعصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل
او موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط
شيء من الدين كما مر في انكسار القلب الفضة وانما يوجب
الخيار على ما ذكرنا لان الفايت فيه مجرد الوصف
وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب
سقوط شيء من الدين باجماع بين اصحابنا فيكون الحكم
فيه انه ان نقص شيء من المقدر سقط بقدره من الدين
والا فلا قال رحمه الله وان رهن شاة قيمتها عشرة
فماتت تدبغ جلدها وهو بما وي درهما فهو رهن
بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا جي بعض المحل
يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا مات الشاة المبيعة
قبل القبض تدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره
لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود

صحيحا واما الرهن فتقرر بالهلاك ومن المشايخ من
يقول يعود البيع وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا
اذا كان قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت
قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين
وانما يعرف ذلك بالتقويم بان تقوم الشاة المرهونة
غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما
هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة
وان كان بعضها امانة بان كانت قيمتها اكثر من الدين
يكون الجلد ايضا بعضه امانة بحسابه فيكون رهنا
بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن
بشيء لا قيمة له وان دبغه بشيء له قيمة ثبت للمرتهن
حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد شاة
ودبغه بشيء له قيمة ثم تيل يبطل الرهن فيه حتى اذا
ادى الراهن ما زاد الدباغ فيه اخذه وليس له ان
يحبسه بالدين لانه لما حدث الدين الثاني وصار
بدله محبوسا حكما خرج من ان يكون رهنا بالاول
حكما فصار كما اذا رهنه حقيقة بان رهن الرهن
بدين اخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول
ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لان
الشيء انما يبطل بما هو فوقه او مثله ولا يبطل بما
هو دونه كالمبيع بالف اذا باعه ثانيا منه بالف
او اكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن
لانه دونه والرهن بالثاني هو دون الاول لانه

انما يستحق حبس الجلد بالمالية التي انفصلت بالجلد بحكم
الدباغ وتلك المالية تبعا للجلد لانها وصفه والوصف
دايما تبع للاصل والرهن الاول رهن بما هو اصل بنفسه
وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون اقوى من الثاني
فلو بر تفع الاول بالثاني ويثبت الثاني ايضا لان سببه
قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن
لان رد هما ممكن فامكن القول ببطلانهما ولو ابق العبد
الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر
لا يعود بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضي لما جعله
بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود بعد الضمان فانه
يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه
قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي على ما
بينا وانما يقع بقبض الاستيفاء من وجه ويتم ذلك
بالهلاك فان عاد ظهر انه لم يتم فيقع محبوسا بالدين
والدليل على انه لا يملك به العين ان كفنه على الراهن
بخلاف المغصوب قال رحمه الله كالولد والثمر واللبن
والصوف للراهن لانه متولد من ملكه قال رحمه الله
وهو رهن الاصل لانه تبع له والرهن حق متأكد لا زم
يسري الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف
ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية اليه
الولد ولا يتبع امه فيه لان فيها غير متأكد حتى ينفرد
المالك بابطاله بالفداء بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة
والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستأجر حقه

في المنفعة دون العين وفي الكفالة للحق في الذمة والولد
لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب اثبات اليد
العادية بازالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن
اثباته فيه لانه فعل حسي والتبعية تجري في الاوصاف
الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له
الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل
الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده لا يتقلب موجبا
ايضا بعد ان انعقد غير موجب قال رحمه الله ويهلك
مجانا اي اذا هلك انما هلك مجانا بغير شيء لان
الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل
تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها قال
رحمه الله وان هلك الاصل وبقي فكه بحصته اي اذا
هلك الرهن وبقي انما يفك الولد بحصته من الدين
لانه صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى اذا
هلكت الام قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري
ان يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن قال رحمه الله ويقسم الدين
على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض
فيسقط من الدين حصة الاصل وفك انما يحصة
لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت في
ضمانه من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما
في وقت اعتباره وهذا لو هلك الولد بعد هلاك
الام قبل الفكاك هلك بغير شيء فعلم بذلك لانه لا

يقابله

يقابله شيء من الدين الا عند الفكاك ولو اذن الراهن
للمرتهن في اكل زوائد الرهن بان قال ما زاد فكله فاكله
فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لان الاذن
باذن المالك وهذه اباحة والاطلاق يجوز تعليقه
بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفكه
الراهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على
قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة
الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب
الزيادة اخذ المرتهن من الراهن لان الزيادة
تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط
منه فصار كما لو اكل الراهن اخذه واتلفه فيكون
مضمونا عليه فكان له حصته من الدين فيقع حصته
هكذا ذكر في الهداية والكافي وفتاوى قاضي
خان والمحيط وعزاه في الجامع قال رحمه الله
ونفع الزيادة في الرهن لا في الدين معناه
لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة
الرهن ظاهر وهو ان يزيد رهنا على الرهن
الاول فيكونان رهنا بالدين الاول واما صورة
الزيادة في الدين وهو ان يزيد دينا على الدين
الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين
وهو غير جائز وقال ابو يوسف يجوز الزيادة على
الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا يجوز الزيادة
في الرهن ايضا لانه يودي الى الشيوع لان بدلا

للراهن الثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن
الاول بقدره من ان يكون رهنا او مضمونا ويكون
ذلك لمتابع والتابع مفسد للرهن ولابي يوسف
ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن
كالثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع
بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الالتحاق
فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة
في الدين تثبت فيه ضمان الدين ولابي حنيفة
الثاني فيكون بعض الدين مضمونا به وبعضه
مضمونا بالدين الاول وذلك البعض متاع فلا
يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها تقع بحصول
بعض الدين ابي الرهن الثاني لان الدين ينقسم
عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن وذلك
غير مانع صحة الرهن الا ترى انه لو رهن نصيبا
بحصة من الف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع
في الدين مانع لما جاز والالتحاق باصل العقد
غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه
ولا هو معقود به بل وجوبه سابق على الرهن
وهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة
تكون في المعقود عليه كالمبيع وفي المعقود به
كالثمن لا في غيره لانه ليس باحد البدلين والزيادة
تختص بها ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين
لا تصح ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة واما نفس

زيادة

زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد
الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا
ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتبعي بعقده زيادة
قصدية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمته
الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل في ضمان
المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا
وقيمة كل واحد منهم الف والدين الف فالعبد رهن
مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه
وعلى العبد الذي زيد عليه لانه جعله زيادة مع
الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك
فما اصاب الولد في ذلك قسم عليه وعلى العبد
الزيادة لما ذكرنا وقبل ذلك الولد تابع لا حصة
له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة
قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك
خرج من العقد فصار كان لم يكن فيبطل الحكم في
الزيادة وكذلك لو هلكت الزيادة قبل فكاك
الولد هلكت بغير شيء لانه تبع فيأخذ حكمه ولو
كانت الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتها يوم
قبضها وعلى الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما اصاب
الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما اصاب الام
ذهب وسقط وما اصاب الولد انفك به الرهن
ولان الزيادة دخلت على الام فيقسم الدين عليها

وعلى الزيادة اولا ثم ما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها
اذا هلكت وبقي الولد الى الانفكاك ولو هلك بعد
هلاكها قبل الفكاك وهلك هو وحده دونها ذهب
بغير شيء لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك
فصار كان لم يكن اصلا فبقي حصة الام كلها عليها
تذهب بهلاكها وحصة الزيادة ايضا تذهب
بذهاب الزيادة فصار كان الرهن هي الام وحدها
وزاد العبد عليها فايهما هلك هلك وانت من بقي
منهما بحصته قال رحمه الله ومن رهن عبدا بالف
ثم رهن عبدا آخر رهنا مكان الاول وقبضه كل الف
فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في
الآخرين حتى يجعل مكان الاول لان الاول
دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان
ما دام باقيا الا بقبض الدين فاذا كان الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول
دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد
القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة
ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه
كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا فظنها
جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد واخذها
فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف
ويتجرد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن

تبرع

تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة
ينوب عن قبض ولان الرهن عينه امانة
والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن
قبض العين ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او
وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون
بالدين او بجهته عند تعذر الوجود كما في الدين
الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهة
لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا
بالمنع وكذا اذا ارتهنت المرأة بصداقها رهنا
فابرأته او وهبته له او اختلعت عليه او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول بها ثم هلك الرهن
في يدها هلك بغير شيء لسقوط الدين ولو استوفا
المرتهن الدين وابقى الراهن او ابقى المتطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه
رد ما استوفا الى من استوفا منه وهو من
عليه الدين او المتطوع بخلاف الابراء ووجه
الفرق ان الابراء يستعقب به الدين اصلا وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب
للدين لكن يكون المقبوض مضمونا على القابض
فيلتقيان قصاصا ومعناه ان دين كل واحد
منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم في مطالبة
كل واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء يوجد

يعتب مطالبة فيودي الي الدور فترك الطلب لعدم
الفايدة فاما في الدين نفسه فثابت في ذمة كل
واحد منهما فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفا الاول
وهو الاستيفا بقبض الرهن وينتقض الاستيفا
الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا اشتري بالدين
عينا او صالح بالدين علي عين وكذا اذا احال الراهن
المرتهن بالدين علي غيره ثم هلك الرهن بطلت
الحوالة وهلك بالدين لانه في معني البراة بطريق
الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما
كان له علي المحتال عليه او مثل ما يرجع به عليه
ان لم يكن للمحيل علي المحتال عليه دين لانه بمنزلة
الوكيل وكذا اذا تصادقا علي ان لا دين ثم يهلك
بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق علي قيامه
فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء قال في الكافي
ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا
علي ان لا دين في ضمان الرهن اذا كان تصادقهما
بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا
حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي
لضمان الرهن فيصير مستوفيا واما اذا تصادقا
علي ان لا دين والرهن قايم ثم هلك يهلك امانة
لانه تبين قيامه بتيقن الدين من الاصل وضمان الرهن
لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابي انهما اذا
تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن يهلك امانة

ولو اختلف

واذا اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك
مضمونا رجل دفع عبده رهنا عند غيره تطوعا فاعتقه المرتهن
قبل الوطي رجع المتطوع بنصف ما ادي وكذا اذا
اشتري عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد
بعيب رجع المتطوع بما ادي وقال زفر يرجع
الزوج والمشتري بذلك علي القابض لان المتطوع
ادي عنهما فصار كاداءهما باذنهما قلنا انه اذا قضي
باسرهما رجع عليهما بما ادي فحكمه بالضمان وهنا
لم يكلفاه فبقي علي ملك المتطوع والله اعلم

كتاب الجنايات

وهي في اللغة
اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية بالمصدر
من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من
الفعل واصله من جنى الثمر وهو اخذه من الشجر
وفي الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال او نفس
لكن في عرف الفقها يراد باطلاق اسم الجناية
الفعل في النفس والاطراف ثم القتل علي خمسة
اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما جري مجري
الخطا والقتل بسبب والمراد به بيان ان قتل يتعلق
به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان
الارث والاثم علي ما نبينه ان شا الله تعالي
هذا تقسيم الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله وذكر
محمد في الاصل انه ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد
وخطا قال رحمه الله فموجب القتل عمدا

وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزا
كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم
والقود عينا اي القتل الموصوف بهذه الصفة
يوجب الاثم والقصاص متعينا اما اشتراط
العمدية فلان الجناية لا يتحقق دونها ولا بد منها
ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه السلام رفع
عن امتي الخطا والنسيان الحديث اما اشتراطه
السلاح او ما جرى مجرى السلاح فلان العمد
هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو
امر مبطن فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا
مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم
مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام
اعتدال العقل تيسيرا والالة القاتلة غالبا
هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما ليس له حد
فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير او بخشب
كبير او بصحيفة حديد او نحاس لا يجب القصاص
عند ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي في شبه
العمد وذكر قاضي خان ان الجرح لا يشترط
في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره
في ظاهر الرواية واما وجوب الاثم فلقوله تعالى
ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم الاية وقال
عليه السلام سباب المومن فسق وقتاله كفر وقال
عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله تعالى

من

من قتل امرء مسلم وعليه اجماع الامة واما وجوب
القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتل
وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
والمراد القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية في
القتل خطا بقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا
فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وقال
عليه السلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية
العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا
تتناها الا بالعمد لان الخطا فيه شبهة العدم فلا
يوجب العقوبة المتناهية قال رحمه الله الا ان
يعفى اي يجب القصاص عينا الا ان يعفوا الاوليا
فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شي ان كان
العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط
بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي الواجب احدهما
الا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه
الواجب هو القود عينا لكن الولي حق العدول
الى المال من غير رضى القاتل لقوله عليه السلام
من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل
واما ان يود وقال عليه السلام في خطبة يوم الفتح
فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فاهله بين خيرتين
بين ان ياخذوا العقل وبين ان يقتلوا وهذا نص
على التخيير ولان حق العبد شرع جابرا وفي كل منهما
نوع جبر فيتخير في تعيين الواجب كالكفارات

او في العدول الى المال بعد الوجوب كالمتلي المنقطع
ولا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك
ولهو بامتناعه متعنت وملق نفسه في التهلكة فيجعل
عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فانه
يتعرض له شرعا والادمي قد يضمن بالمال كما في الخطا
ولنا ما تلونا وما رويناه والمراد به القتل العمد
كما بينا والالف واللام في قوله عليه السلام العمد
قود الجنس لعدم العمد فيقتضي ان جنس العمد
موجب للقود لا للمال ومن جعله موجبا للمال
فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى
اشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود
لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة
بينه وبين الادمي صورة ومعنى اذ الادمي خلق
مكرما يحتمل التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون
خليفة الله تعالى في الارض والمال خلق لاقامة
مصالحه ومبتذل له في حوائجه فلا يصلح جابرا
وقائما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه
قتل يقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام
والثاني كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه تحصل
منفعة الاحياء لكونه زاجرا لا باخذ المال فتعين
موجبا لا المال وهذا ايضا فما وجب من المال
في قتل العمد الى الصلح الا ترى الى قوله عليه
السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا

ولو

ولو كان القتل عمدا لان المراد به ما لا يمكن القصاص
فيه من الجراحات فيما دون النفس وبالصلح
يمكن في النفس وغيره وبه يستقيم والمراد بما
روي والله اعلم ثبوت الخيار عند اعطاء القاتل
الدية وتخييره لا ينافي رضي الاخر بغير الواجب
وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم
وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم
انه لا يأخذ غير حقه الا برضي المديون وهذا شايع
في الكلام الا ترى الى قوله عليه السلام لا تأخذ
الا سلمك او راس مالك عند المضي في العقد ولا
تأخذ الا راس مالك عند التفاسخ تخييره ومعلوم
انه لا يأخذ راس ماله الا برضي الاخر لان الفسخ
لا يتم الا بالتقائهما فاذا كان المراد بالحديث
ذلك او احتمله لا يبقى حجة له والذي يدل عليه
ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
كان القصاص في بني اسرايل ولم تكن الدية
فقال عز وجل لهذه الامة كتب عليكم القصاص في
القتلى الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من اخيه
شيء والعفو ان يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف
من ربكم ورحمة مما كان كتب على من كان قبلكم
فاخبر ان بني اسرايل لم تكن فيهم دية اي كان ذلك
حراما عليهم اخذه عوضا عن الدم ان يتركوه لو
يسفكوا الدما فخفف الله تعالى عن هذه الامة وتسخ

ذلك بقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الاية ونبه النبي
صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل بينها بقوله من
قتل له قتيل فهو بالخيار بين ان يقتص او يعفوا
وياخذوا الدية التي ابيحت لهذه الامة وجعل لهم
اخذها اذا اعطوها وعن انس ابن مالك ان عمته
الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه السلام
حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير
ولو كان المال واجبا لخير اذ من وجب له احد الشيين
على الخيار لا يحكم له باحدهما معينا وانما يحكم له
بان يختار ايهما شا والذي يحققه ان الولي لو
عفى عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه
ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح تعينه قبل
عفوه باختياره اذ العفو عن الشي قبل وجوبه
باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد
الولي بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة
ولا يجبر احد على المعاوضة كما في ساير الحقوق
ولهذا لو ترك الولي القصاص فيه احيا نفسه ولا
نسلم ان المضطر الذي ذكره يجبر على الشرا بحيث
يدخل في ملكه من غير رضاه وانما نقول يا ثم
اذا ترك الشرا مع القدرة عليه ومات وكذا نقول
هنا ايضا يا ثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة
عليه وقوله والادمي قد يضمن بالمال كما في الخطا
قلنا وجوب الضمان في الخطا ضرورة صون الدم

عن

عن الاهدار باعتبار انه مثل له وهذا لانه لما تعذر
العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صيرت اليه
لصون الدم ولولا ذلك لتخطا كثير من الناس وادى
الى التفاني ولان النفس محترمة فلا تسقط حرمتها
بعذر الخطا كما في المال فيجب المال صيانة عن الاهدار
ولا يقال وجوب القصاص لا ينافي وجوب المال
ولا العدول اليه من غير رضى الجاني الا ترى ان رجلا
لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع شلا فالمقطوع
يده بالخيار ان شا اخذ الارش وان شا قطع يده
الشلا وكذا لو عفى احد الاوليا بطل حق الباقين
في القصاص ووجب لهم الدية ولولا انه وجب
بالجناية لما وجب بغير رضاهم لانا نقول انما كان
لهم ذلك لتعذر استيفا حقهم كاملا وكلامنا مع
القدرة على الاستيفا فلا يلزمنا قال رحمه الله لا الكفارة
اي لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعي تجب
اعتبارا بالخطا بل اولى لانها شرعت لمحو الاثم وفي
العمد اكبر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان الكفارة
دايرة بين العبادة والعقوبة فلا بد ان يكون
سببها ايضا دايرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة
بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض
فلا يناط به كساير الكباير مثل الزنا والسرقة والربوا
ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه
لدفع الادنى لا يكون دليلا على دفع الاعلى ولان في

قتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن ان يقال ترفع المأثم فيه
بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع
لا شبهة فيه ومن ادعى ذلك كان تحكما منه بلا دليل
ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس
على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه
جهنم الا ان جعل كل موجبه اذ هو مذكور في سياق
الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا فلا يجوز
بالرأي قال رحمه الله وشبهه وهو ان يتعمد ضربه
بغير ما لا يوالي بغير ما ذكرنا في العمد والذي ذكر
في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة
كالحجر والعصى وكل شيء له حد يفرق الاجزاء وهذا
عند ابي حنيفة وقالا اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة
عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا
يقتل به غالبا وبه قال الشافعي وانما سمي هذا النوع
شبه عمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا
باعتبار نفس الفعل وخطأ باعتبار القتل فهو ان
معنى العمدية يتقاصر فكان شبه عمد ولا يتقاصر
وباستعمال الآلة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف
فكان عمدا فيجب القود الا ترى انه عليه السلام رض
راس يهودي بين حجرين وكذا قتل المرأة التي
قتلت امرأة بسطح وهو عمود الفسطاط ولابي
حنيفة انه عليه السلام قال الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه دية مغلظة مائة

من

من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها باطلاقه
يتناول العصا الكبير والكلام في مثلها ولان قصد
القتل امر مبطن لا يعرف الا بدليل وهو استعمال
الآلة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه
الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل بها على غفلة منه
ولا يقع القتل بها غالبا فتقصرت العمدية لذلك
فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص
وهو الآلة المحددة لا يختلف بين الصغير والكبير
لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا
فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يستوي بين
الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص
لانه غير معد للقتل ولا صلاح له لعدم نقض البنية
ظاهرا فكان في قصده القتل شك لما فيه قصور
والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك
وما رووه من رض راس اليهودي يحتمل انه عليه السلام
علم ان اليهودي كان قاطع الطريق اذا قتل بسوط
او عصا او غيره او باي شيء كان يقتل به حدا او يحتمل
انه حمله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض
بالفساد فقتله حدا اذ يقتل قاطع الطريق فان
ذلك جائز ان يلحق به كما بيناه في قطاع الطريق
واما حديث المرأة فقال عبيد ابن فضيلة على المغيرة
ابن شعبة انه مر اتين ضربت احديهما الاخرى بعمود
الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه

وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى بما في بطنها
بغرة فقال الاعرابي اعرم من لا طعم ولا شرب ولا اهل ولا
صاح فاستهل ومثل ذلك بطل فقال اسجع كسجع
الاعراب وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من
اجل سجعة فعلم بذلك ان ما رووه غير صحيح والذي
يدل على ذلك ان الراوي حمل ابن مالك على توهم
فاخر قالوا قال حمل ابن مالك كنت بين امرأتين
فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلها وجنينها
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها
بغرة وان لقتل بها هكذا رووه وقال ابن المسيب
وابو سلمة عن ابي هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل
فضربت احديهما بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية
جنينها غرة عبد او وليدة وقضى بدية المرأة
على عاقلتها وورثها ولدها فقام حمل بن مالك
بن النابغة الهذلي يا رسول الله اغرم من لا شرب
ولا اكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل فقال
عليه السلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو
المشهور عن حمل ابن مالك فكيف يتصور ان يصحفه
خلاف ذلك لهذا فرق عندنا بين ان يموت
بضربة واحدة وبين ان يوالي عليه الضربات
حتى مات كذلك شبه عمد لا يوجب القصاص
واختلف على قولها في الموالاة وقال الشافعي رحمه

عمدا

عمدا بها فيوجب القصاص ولو القاه من جبل او سطح
او غرقه في الماء او خنقه حتى مات كل ذلك شبه
عمد عنده وعندهما عمد وانما كان انما يشبه العمد
لانه ارتكب محرم دمه قاصدا له وانما وجبت الكفارة
به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ
وذكر صاحب النهاية ان صاحب الايضاح قال في
الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان الكفارة في شبه
العمد على قول ابي حنيفة رحمه الله فان الاثم كامل
بمتناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب
التخفيف وجوابه على الظاهر ان نقول انه انما
انتفى الضرب لانه قصده لا انتفى القتل لانه لم يقصده
وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب
بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما
يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب واما وجوب
الدية فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطأ
من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف
لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة
كما في الخطأ وهذا اوجبها عمر رضي الله عنه في ثلث
سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الارث كالخطأ
بل اولى لانه جرا الفعل وهو اولى بالمجازاة لوجود
القصد منه الى الفعل فحاصله انه كالخطأ الا في حق
الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما بين من بعد
ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والخطأ وهو ان

يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم او
غرضا فاصاب آدميا وما جرى مجراه كنايم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على
العاقلة اي موجب قتل المخطا وموجب ما جرى
مجرى المخطا الكفارة والدية على العاقلة وقوله
اي رمي شخصا الى اخره تفسير لنفس المخطا فانه
على نوعين خطا في القصد وخطا في الفعل وقد
بين النوعين ففي وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا
او حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطا في القصد
لانه لم يخطئ في الفعل حيث اصاب ما قصد رميه
وانما اخطا في القصد اي في الظن حيث ظن المسلم
حربيا والادمي صيدا وقوله او غرضا فاصاب
ادميا اي رمي غرضا فاصاب ادميا وهذا بيان
للخطا في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف
المحل خلافا لما لو تعمد لضرب موضع من جسده
فاصاب موضعا اخر منه حيث يجب القصاص
لان المحل لم يختلف لوجوب قصد القتل منه
اذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع الى مقصوده
فيما يقدر واذا صار الخطا نوعين لان الانسان
يتصرف بفعل القلب وبالجوارح فيجعل في كل واحد
منهما الخطا على الانفراد كما ذكرنا وعلى الاجتماع
بان رمى ادميا يظنه صيدا فاصاب غيره من الناس
وقوله كنايم انقلب على رجل بيان لما اجرى

مجرى الخطا لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم قصد
الرامي الى شيء حتى يصير خطا لمقصوده ولما وجد
فعله حقيقة وجب عليه ما تلفه كفعل الطفل
فجعل كالخطا لانه معذور كالخاطي وانما كان حكم
المخطي ما ذكره لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة
ودية مسلمة الى اهله وقد قضى بها عمر رضي الله
عنه في ثلث سنين في محضر من الصحابة من غير
نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها وما يجوز
عتقه عن الكفارة ومالا يجوز نذكر في الديات
ان شاء الله تعالى وبهذا النوع من القتل لا يأثم
اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة
في التثبت لان الافعال المباحة لا يجوز مباشرتها
الا بشرط ان لا يؤدي الى احدا فاذا اداى احدا فقد
تحقق ترك التحرز فيها ثم ولغطة الكفارة تنبي
عن ذلك لانها ستارة ولا ستر بدون الاثم
قال رحمه الله والقتل بسبب كالقتل بالمباشرة
لا يوجب غير ما كله الدية على العاقلة لا الكفارة
اي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة
اي وجوب الدية فلانه سبب التلف وهو متعد
فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه الدية صيانة
للانفس فتكون على العاقلة لان هذا القتل بهذا
الطريق دون القتل بالخطا فيكون معذورا
فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطا بل اولى

لعدم القتل منه مباشرة وهذا لا يجب الكفارة قال
رحمه الله والكل اي يجب بهذه الجراحات الارث الا هذا
اي كل نوع من انواع القتل الذي تقدم ذكره من عمد
وشبه عمد وخطا يوجب الحرمان من الارث الا القتل
بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال
الشافعي رحمه الله هو ملحق بالخطا في احكامه قال
رحمه الله وشبه العمد هو ان قصد النفس عمدا فيما سواها
لان الاتلاف ما دون النفس لا يختص بالة دون الة
فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا
والذي يدلك على هذا ما روي عن انس ابن مالك
ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا
اليهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص
فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فامر عليه السلام بالقصاص فقال انس ابن النضر
اتكسر ثنية ابن الربيع قال نعم قال والذي بعثك
بالحق لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضي القوم
فعفوا وقال صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من
لو اقسم على الله لابره ووجه دلالته ما نحن فيه
انا علمنا ان اللطمة لو اتلفت على النفس لا توجب القصاص
ولا بناها فيما دون النفس قد اوجب حكمه عليه السلام
فيلبت بذلك ان ما كان في النفس شبه عمد لهو عمد
فيما دونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد والله

اعلم

اعلم باب ما يوجب القود وما لا يوجبه
قال رحمه الله يجب القصاص بقتل محقون الدم على
التابيد لما بينا وشرط ان يكون المقتول محقون الدم
على التابيد ليتحقق شبهة الاباحة عنه لان القصاص
نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا
يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستامن لان
غير محقون على التابيد قال رحمه الله ويقتل الحر
بالحر وبالعبد وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد
لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهو يقتضي
مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة ان لا
يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة
ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية
امارة القدرة والمملوكية امارة العجز قال الله تعالى
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فلا مساواة
بينهما ولان الحرية صيرورة والرق موت حكما الا ترى
انه ينسب الى معتقه بالولاء حتى يرثه لانه احياه
به وهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق
مع ان الطرف اهون واقل حرمة لكونه تبعا للنفس
فلان لا يجب في النفس وهو اعظم حرمة اولى بخلاف
العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمتنع كما في المسلم
والمستامن ولان الرق اثر الكفر فيوجب شبهة
الاباحة كحقيقة الكفر فصار كالمستامن ولنا
ان العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها

ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولا يعارض
بما تلي لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة
مطلقة فلا يحمل على المقيد على ان مقابلة الحر بالحر
لا تنافي مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر
بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك
لا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه قابل الانثى
بالانثى والذكر بالذكر ثم يمنع ذلك مقابلة الذكر
بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة الحر بالعبد حتى يقتل
به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع
العكس ايضا وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل على
حرمان القصاص بين الحرة والامة وفايدة هذه
المقابلة في الاية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما
كانت بين بني النضير وبين بني قريظة مقاتلة
وكانت بنوا النضير اقل منهم عددا وكانوا بنوا
النضير اشرف عندهم فتواضعوا على ان العبد
من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى
منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فانزل الله تعالى
الاية ردا عليهم وبيانا لان الجنس يقتل بجنسه
على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت
اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان
في العصمة اذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي
المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد

وتحقيقا

وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير
العصمة لما اجري القصاص بين الذكر والانثى والقصاص
يجب باعتبار انه ادمي ولم يدخل في الملك من هذا
الوجه بل يبقى على اصل الحرية من هذا الوجه ولهذا
يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا
لما قتل وكذا عجزه وموته وبقا اثره كفره حكمي فلا يوثر
ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو اورث
شبهة لما جري القصاص بين العبيد بعضهم ببعض
ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في
الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع
الصحيحة بالشلا وفي النفس لا يشترط ذلك حتى تقتل
الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين اطراف
الحر والعبد الا في العصمة فاظهرنا اثر الرق فيها دون
النفس لما ان العبد من حيث النفس ادمي مكلف
معصوم قال رحمه الله والمسلم بالذمي وقال
الشافعي لا يقتل به لما روى الشعبي عن جحيفة قال
سالت عليا هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
علم غير القران قال والذي فلق الحبة وبرا النسمة
ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القران
وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وان لا
يقتل مسلم بكافر وعن قيس ابن عباد قال انطلقت انا
والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك النبي صلى الله
عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة فقال لا الا ما

كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من تراب سيفه فاذا
فيه المؤمنون يتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم
وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد
في عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما كقوله تعالى
لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر
يوجب التنصاف والكافر كالميت قال الله تعالى
او من كان ميتا فاحييناه لا مساواة بين الميت من
وجه بين الحي من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمي
ذميا ثم اسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة
وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح القتل
في الجملة فاورث شبهة كالمالك مبيح للوطي ثم هو
يورث شبهة في الاخت من الرضاع حتى لا يحد واذا
وطيها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب وما
ورد بينا من السنة فانه باطلاقه بينا وله وقد
صح عن الرحمن ابن البيلماني ومحمد ابن المنكدر ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل من
المسلمين قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به
فضرب عنقه وقال انا اولى من وفا بذمته ولان
القصاص يعتمد المساواة في العصمة على ما بينا
في العبد وقد وجدت فنطوا الى الدار والى التكليف
لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن
من اقامة ما كلف به الا بدفع اسباب الهلاك عنه
وذلك بان يكون بحرم التعرض ولا نسلم ان الكفر

مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب الا ترى ان من لا يقاتل
منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع
الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا
يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته خلل لما قتل
الذمي بالذمي كما لا يقتل المستامن بالمستامن وقد
قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
واموالهم كاموالنا وذلك ان تكون معصومة بلا شبهة
ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كان في
عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال
المستامن لان المال تبع للنفس وامر المال اهون
من النفس فلما قطع بسرقته كان اولى ان يقتل بقتله
لان امر النفس اعظم من المال الا ترى ان العبد
لا يقطع بسرقة مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا
والذمي يدلك على ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا
ثم اسلم القاتل قبل ان يقتل قتل به بالاجماع
ولهذا قتل مسلم بكافر قلوان المسلم يجب عليه
القتل بقتل الذمي ابتدا لما دام الوجوب لان حالة
البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لامر الدم
الا ترى ان مسلما لو جرح مسلما فارتد المجروح
والعياذ بالله ثم مات من الجرح سقط القصاص
وبعكسه لو جرح مرتدا ثم اسلم المجروح لا يجب القصاص
لما ذكرنا ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل
مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده اي بكافر حربي

وهذا العطف ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره
ولا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي لان الذمي اذا
قتل ذميا قتل به فعلم انا المراد به الحربي اذ هو
لا يقتل به مسلم ولا ذمي ولا يقال معناه لا يقتل
ذو عهد مطلقا اي لاجل قتله فيكون بتذا لحرام
لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين احدهما ان ذو
عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها
لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف
عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو او يقال
قتل زيد بعمرو وخالد اي كلاهما قام او قتل ولا
يجوز ان يقدر له خبر اخر والثاني ان المعنى
يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي
القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني
تحقيقا للعطف ولا بد لي لانا نقول لو اريد ذلك
المعنى كان لحنا اذ لا يجوز عطف المجرور على
المرفوع فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم لانه افصح العرب ولا يقال روي ذي
عهد بالجر في بعض طرقه فيكون معطوفا على
الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح
هو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه
في الحكم ومثله جايز قال الله تعالى فامسحوا
برؤسكم وارجلكم بالجر للمجاورة وان لم يشاركه
في الحكم حملناه عليه لو فيقا بين الروايتين

على

على الوجه الجايز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر
الحربي والدليل عليه ان عبد الرحمن ابن ابي بكر الصديق
رضي الله عنهما قال حين قتل عمر مررت على ابي
لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بقتلهم ثاروا فسقط
من بينهم خنجر له راسان فعمد رجل من وسطهم فانطلق
عبد الرحمن ابن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن
ومعه السيف حتى دعى الهرمزان فلما خرج اليه
قال انطلق حتى ننظر الي فرسي ثم تاخر عنه
حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد
مس السيف فقال لا اله الا الله وقال عبيد الله
ثم دعوت حفيصة وكان نصرانيا فلما خرج الي
علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق عبيد
الله فقتل ابنة ابي لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان
دعاها مجرين والانصار وقال اشيروا علي في قتل
هذا الرجل الذي فتق في الدين ما فتق فاجمع
المهاجرون فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدة
عليه ويحثون عليه قتله وقال عمرو بن العاص
عافاك الله من ان يكون بعدما بويعت وانما كان
ذلك قبل ان يكون لك على الناس سلطان فاعرض
عنه وتفرق عن خطبة عمرو بن العاص و الهرمزان
وحفيصة كانا كافرين واشار المهاجرين على قتل
عبيد الله بهما فحال ان يريد النبي صلى الله عليه
وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون على قتل

عبيد الله بالذمي وعلي يقتل وهو الراوي لهذا الحديث
فيثبت بذلك ان المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان
اراد قتله ببيت ابي لولوة لا بحقيقته والهرمزان
لانا نقول لو اراد ذلك لبينه ان يقتله بها لانهما
بين الناس كانوا يقولون بين يديه ابعدهما الله
فمحال ان لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس
بين يديه فثبت بهذا ان المساواة من كل وجه
لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة
في العصمة وقوله تعالى لا تستوي اصحاب النار
واصحاب الجنة اي في الفوز يدل عليه قول اصحاب
الجنة هم الفايزون فلا يلزم منه عدم الاستواء في
العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له الا ترى الى
قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير ان المنفي
هو الاستواء في البصر والعمى لا في كل الوصف وهذا
لا يجري القصاص بينهما لاستوايهما في العصمة
فكذا القصاص حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته
فلا عبرة به كسايرالاوصاف الناقصة كالجهل
والفسق والانوثة ولا نسلم ان كفره مبيح للقتل
بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف
ما ذكر من الملك في الاخت من الرضاع فانه مبيح
للوطي وانما امتنع في الاخت المذكورة بعارض
فاورث شبهة قال رحمه الله ولا يقتلان بمسلم
اي لا يقتل المسلم والذمي بحربي دخل دارنا بامان

لان

لان دمه غير محقون على التابيد فانعدمت المساواة
وكذا الكفر مباعث على الحراب لقصد الرجوع الى
دار الحرب ويقتل المستامن بالمستامن قياسا
لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود
المبيح قال رحمه الله والرجل بالمراة والكبير
بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن وناقص
الاطراف وبالمجنون يعني يقتل الرجل الصحيح
جهلا وهو معطوف على ما تقدم من قوله
ويقتل الحر بالحر الى آخره لا على ما يليه من
قوله ولا يقتلان بمستامن وانما جرى القصاص
بينهم لوجود المساواة فيما وراها لانسداد باب
القصاص وظهر الفتن والتفاني قال رحمه الله
والولد بالوالد لما تلونا وروينا من العمومات
ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله ولا يقتل
الرجل بالولد لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد
بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده
غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط
القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب
ابنه لانه تسبب لاحيايه فمن المحال ان يكون الولد
سببا لافنايه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف
المشركين مقاتلا او زانيا وهو محصن وهذا
لان القصاص يستحقه الوارث بسبب المقعد الميت
خلافة ولو قتل كان القاتل هو الابن بنايبه

قال رحمه الله والام والجد والجدة كالاب سواء استووا
من جهة الام او من جهة الاب لانهم جزولهم قال النص
الوارد في الاب يكون وارد افيهم دلالة فكانت الشبهة
شاملة الجميع في جميع صور القتل وقال مالك ان
قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال انه
قصد تاديبه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص
لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل بل جناية الاب
اغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته
حيث يحد كمنزنا بالاجنبية ولنا قوله عليه
ما روينا وما بينا من المعنى وليس هذا
كالزنا بابنته لان الاب لوفور شفقته يجتنب
ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده
فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا
يتوهم انه يقصد قتل ولده وان وجد ما يدل
على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير
بذلك القواعد الشرعية الا ترى ان السفر لما
كان فيه المشقة غالبا كان له ان يترخص
برخصة المسافرين ولا يتغير ذلك بما يتفق
لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا
قال رحمه الله ويعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد
ولده ويعبد ملك بعضه لما روينا ولانه لو
وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا
يجوز ان يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب

ولده

ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يجري فاذا
سقط البعض لاجل انه ملك البعض سقط في الكل
لعدم التجزي قال رحمه الله وان ورث قصاصا
على ابيه سقط لما ذكرنا ان الابن لا يستوجب
العقوبة على ابيه وصورة المسالة فيما اذا قتل
الاب اخا امراته ثم مات امراته قبل ان تقتص
منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي عليه
لها على ابيه فسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امراته
ليس لابنها منه ان يقتله فيسقط القصاص قال
رحمه الله وانما يقتص بالسيف وقال الشافعي
يفعل به مثل ما فعل تلك المراة ان قتله بفعل
مشروع ثم مات بذلك فيها وان لم يمت حز رقبته
لان المعتبر في القصاص المساواة وهذا سبب
قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواطة
وسقي الخمر اختلف مشايخنا فقال بعضهم يتخذ
له مثل الة من الخشب في اللواطة ويفعل به
مثل ما فعل ويسقى الماء في سقي الخمر ويهمل قدر
تلك المدة فان مات والا حز رقبته لانه امكن
المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تحز رقبته
ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع الا ترى
ان الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتل الكفار وهو
بالسيوف ونحوها واستدل على ذلك بما روي
عن انس ان يهوديا رض راس صبي بين حجرين

فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يرض راسه بين
حجرين وبقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل
ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص الذي
ينبي عن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا
ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثوري باسناده
عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفا
لا وجوب القصاص بالاستيفا بالسيف لانه
يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك
على ان الاستيفا لا يجوز بغيره ولانه قتل
واجب فيستوفا بالسيف كقتل المرتد وهذا
لان القتل المستحق لا يستوفا الا بما لا يتخلف
عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية
وهي موهومة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه الصلاة
والسلام ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل
شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم
فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يحسنوا
القتلة وان يريحوا ما احل الله ذبحه من الانعام
فما ظنك في الادمي المحترم المكرم وعن جابر رضي
الله عنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لا يستقاد من الجرح حتى يبرا ولو كان يفعل به

مثل

مثل ما فعل لم يكن للاستيفا معنى لانه يجب القطع
بري او سعي فلما ثبت الاستيفا لينظر ما يوول اليه
الجناية علم ان المعتبر هو ما توول اليه الجناية
ان سرت صارت قتلا ولا يعتبر الظرف معه فيستوفي
القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت
الجناية خطا فانه يستاني ولا يقضي بشي في الحال
ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير
لكون الاطراف تبعا لها فهذا يكشف لك ما ذكرنا
من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما ان يكون مشروعا
نسخ كما نسخت المثلة او يكون اليهودي ساعيا في
الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون اردع
هذا هو الظاهر لان قصد اليهودي كان اخذ
المال الا ترى ان ما يروى في الخبر عن انس بن
مالك انه قال عدى يهودي على جارية فاخذ
اوضاحا كانت عليها الحديث وهذا شان قطاع
الطريق وهو يقتل باي شي شا الامام وتايد
هذا المعنى بما روي انه عليه السلام قتل اليهودي
بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روي ابو
قلابة عن انس ان رجلا من اليهود رضخ راس جارية
على حلي لها فامر به النبي صلى الله عليه وسلم
ان يرجم حتى قتل وايضا انه ما قتل الا بقول
الجارية انه قتلني وبمثله لا يجب القصاص فعلم
بذلك انه كان مشهورا بالسعي في الارض بالفساد

والمراد بما تلي في الزيادة من جهة علي عن ابن عباس
وابي هريرة انه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لان ظفرت بهم لامثلن
بسبعين رجلا منهم فانزل الله عز وجل وان عاقبتم
فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير
للصابرين فقال صلى الله عليه وسلم بل نصبر
فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة وهي ايضا منسوخة
قال رحمه الله كما لو قتل عمدا وترك وفاء وولد
وارث له غير المولى اما الاول وهو ما اذا ترك
وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما
وعند محمد لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق
هنا قد اختلف على التقديرين لان المولى يستحق
بالولي ان مات حرا فاشتبه الحال فلا يستحق
لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط
اصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما
لو قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال
المولى زوجتها منك لا يحل لاختلاف السبب وظهر
ان المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين
بيقين وهو معلوم والحكم ايضا متحد معلوم
فلا يقضي اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى
اختلاف في حكم فلا يصير اختلاف السبب لان السبب
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف
المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدري

بأيهما

بأيهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعيين السبب واما
الثاني وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث غير
المولى فلانه مات رقيقا لانتفاء الكتابة بموته
لا عن وفاء فظهر انه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص
للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك
وفاء حيث لا يجب القصاص في البعض لانتفاء
بموته عاجزا ولان الاختلاف في انه يعتق كله
او بعضه ظاهر فاشبه المستحق فاورث
ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وقوله
اولم يترك وفاء وله وارث استطراد الوارث وقع
اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث ايضا الحكم كذلك
لموته رقيقا وذكر ذلك لينبه على انه لا فرق
بين ان يكون له وارث او لم يكن بخلاف المسئلة
الاولى قال رحمه الله وان ترك وفاء وارثا لا
اي لا يقتص بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث
لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال
علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص
للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي
الله عنه فالقصاص للمولى قال رحمه الله وان قتل
عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع المرتهن والراهن
لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه
لعدم ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل
لبطل حق المرتهن في الدين هلاك الرهن بلا بدل

وليس للراهن ان يتصرف بقرفايودي ابي ابطال
حق الغير وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر
الاسلام انهما لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا
جعلناه كالمكاتب الذي ترك وفا ووارثا ولكن الفرق
بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه
لا ملك له ولا ولاء فلا يشتبه منزله الحق بخلاف المكاتب
على ما بينا وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص
للمشتري ان اجاز البيع لانه المالك وان نقض
فللبايع لان البيع ارتفع وظهر انه المالك وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف هو كذلك
ان اجاز البيع لما بينا وان فسخ فلا قصاص للبايع
لعدم ملكه عند الجناية فلم يتعقد موجبا له ووجبت
له القيمة وعند محمد يجب القيمة في الوجهين
لاشتباه الحق قال رحمه الله ولابي المعتوه القود
والصلح لا المعتوه يقتل وليه اي اذا قتل ولي
المعتوه القود والصلح لا المعتوه يقتل وليه اي اذا
قتل ولي المعتوه فلا يجب ان يقتل قصاصا وذلك ان
يصالح على مال وليس له ان يعفو اما القصاص
فلانه شرع للشفي ودرك الثار وكل ذلك راجع
الى النفس ولا يبه ولاية على نفسه فيليه
كالانكاح بخلاف الاخ واما له حيث لا يكون لهم
ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب
لوفور شفقته جعل الشفي الحاصل له كالحاصل

للابن وهذا يعد ضررا ولده ضررا على نفسه بخلاف
الاخ والعم واما الصلح فلانه انفع له من القود
فلما ملك القود كان له الصلح بالطريق الاولى
هذا اذا اصالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح
على اقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة واما
العفو فلانه ابطال للحق بلا عوض ولا مصلحة فلا
يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا
والوصي كالاب في جميع ما ذكرنا الا في القتل
فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على
النفس حتى لا يملك توجيهه ويدخل تحت
هذا الاطلاق الصلح واستيفا الطرف في
القصاص اذا لم يستتبع الا القود في النفس
وذكر في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح
في النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفا ووجه
المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير ان
المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف
فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود
الشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب
لا يملكه لما فيه من الابطال بل اولى وقالوا القياس
ان لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه
يملك بها ما ملك الاموال لانها خلقت وقاية
للانفس كالمال فكان استيفاؤه ولاية له يستوفيه
يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا

الاولي له والصبي فيه كالمعتوه لما عرف في موضعه
قال رحمه الله والقاضي كالاب والوصي يصالح
فقط والصبي كالمعتوه وقد بينا ذلك في اثنا
الكلام قال رحمه الله وللكبار القود قبل كبر
الصغار وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ليس لهم ذلك حتي يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم
والكبار لا ولاية لهم علي الصغار حتي يستوفوا
حقوقهم ولا يمكن استيفا البعض لعدم التجزي
ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم
بغير عوض يحصل لهم فتعين التاخير الي
ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غايب او كان بين
الوليين واحدهما صغير بخلاف ما اذا عفي
الكبير حيث يصح وان بطل بذلك حقه في القصاص
لان بطلانه بعوض فيجعل كلا بطلان ولابي حنيفة
رضي الله عنه ما روي عبد الرحمن ابن ملجم
حين قتل عليا رضي الله عنه قتل به وقد كان
في اولاد علي رضي الله عنه صغار لم ينتظروا
بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير
نكير فحصل محل الاجماع وانه حق لا يتجزي لانه
تصرف في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي
لان سببه وهو القرابة لا يتجزي فيثبت لكل واحد
منهم كما في ولاية الانكاح ولهذا لو استوفاه بعض
الاوليا لا يضمن شي للقاتل ولو لم يكن قتله لضمن

كالاجنبي

كالاجنبي وكذا للباقين وكذا الصغار في مسيلتنا
بخلاف ما اذا كان معهم كبير غايب لانه انما لا يستوفيه
بعضهم فيه مع غيبة شريكه الكبير لاحتمال العفو من
الغايب وفي الصغير احتمال العفو منقطع في الحال
فافترقا بخلاف ما اذا كان بين الموليين واحد
صغير لان السبب فيه الملك والولا وهو غير
متكامل وفي مسيلتنا السبب القرابة ولهذا
لا يزوج احد الموليين الامة المشتركة بينهما او
او المعتقة لهما وفي القرابة يزوج فيجعل كل واحد
منهم كانه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير
وليا للصغير ممن له التصرف في ماله كالاب
والجد يستوفيه الكبير قبل ان يبلغ الصغير باجماع
اصحابنا سوا كان الولاية لهما بالملك او بالقرابة
وان كان وليا للصغير لا يقدر علي التصرف
في المال كالاخ والعم فعلي الخلاف وان كان
الكبير اجنبيا عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفا
بالاجماع حتي يبلغ الصغير وعند الشافعي لا يملك
الكبير الاستيفا في الكل قال رحمه الله وان قتله
بمر يقتص ان اصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق
وهذا اذا اصابه بحد الحديدة من غير خلاف وان
اصابه بظهرها او بالعود او الخنق او التغريق
فهو علي الخلاف الذي ذكرنا في اول الكتاب
وقد ذكرنا الدلايل من الجانبين هناك فلا

بيده قال رحمه الله ومن جرح رجلا عمدا وصارة افرش
ومات يقتص لان الجرح سبب ظاهر وقد يحال
الموت عليه مالم يوجد ما يقطعه كخز الرقبة او البرء
منه قال رحمه الله وان مات بقتل نفسه وزيد
واسد وحية ضمن زيد ثلث الدية لان فعل
الحية والاسد جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا
والاخرة حتى يا ثربه وفعل زيد معتبر في الدنيا
والاخرة فصارت ثلاثة اجناس هدر مطلقا
ومعتبر مطلقا وهدر من وجه دون وجه وهو
فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد
ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان
فعل زيد عمدا تجب الدية عليه في ماله والا
فعلى العاقلة لما عرف في موضعه قال
رحمه الله ومن شهر على المسلمين سيفا وجب
قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه السلام من
شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه ولان
دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن
دفعه الا به ولا يجب على القاتل شيء لانه صار
باغيا بذلك وكذلك اذا شهر على رجل سلاحا
فقتله او قتله غيره دفاعا عنه فلا يجب بقتله
شيء لما بينا ولا يختلف بين ان يكون بالليل او النهار
في المصر وخارج المصر لان السلاح لا يلبث وان
شهر عليه عصيا فكذلك ان كان ليلا او نهارا خارج

المصر

المصر لانه لا يختلف الغوث بالليل ولا في خارج المصر
فكان له ان دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر
وقيل اذا كان عصيا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل
السلاح عندهما يجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف
قال رحمه الله ومن شهر على رجل ليلا او نهارا
في مصر او غيره او شهر عليه عصا ليلا او نهارا في
غير فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه لما بينا من
المنقول والمعقول قال رحمه الله وان شهر عصا
نهارا في مصر فقتله المشهور عليه فقتله لان العصا
يلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل
متعديا وهذا عند ابي حنيفة ظاهر لانه ليس
كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل وقد
بيناه قال رحمه الله وان شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية
وعلى هذا الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه
الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لانه قتله
دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا
لانه يصير محمولا على قتله بفعله بانه قاصدا قتلي
والا فقتلك وكون الدابة مملوكة للغير لا تاثير له
في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل
فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار
كالصبي اذ اصال على الحرم فقتله ولابي يوسف

ان فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة وهذا اذا تلفا
مالا او نفسا وجب عليهما الضمان لان العجماء جبار
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك
فكان فعلها مسقطا لعصمتهما فلا يضمنان وتضمن
الدابة بخلاف الصيد اذا صال على المحرم او صيد
الحرم على الحلال لان الشارع اذن في قتله ولم
يوجب علينا تحمل اذاه الا ترى ان الخمس الفواسق
اباح قتلها مطلقا لتوهم الاذى منها وكذا عصمة
عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فقط فسقط
به عصمته ولنا ان الفعل من هذه الاشياء غير
متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة
به لعدم الاختيار الصحيح وهذا لا يجب القصاص
على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل
الدابة فاذا لم يسقط كان قضيته ان يجب
القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا
يجب القصاص لوجود الشبهة ويعود موجب العمد
فتجب الدية قال رحمه الله ولو ضربه الشاهر
فانصرف فقتله الآخر فعلى القاتل قصاص معناه ان
شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فقتله
فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب
عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار
شهره وضربه فاذا انتفى على وجه ضربه ثانيا
اندفع شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه

فعادت

فعادت معصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا
معصوما ظلما فيجب عليه القصاص قال رحمه الله ومن
دخل على غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه فقتله
فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك اي
لاجل مالك ولان له ان يمنعه بالقتل ابتداء فكذا
لان يسترده بعد انتهائها اذا لم يقدر على اخذه منه
الا به ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله
مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق
وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث
يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه باستغاثته
بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف
السارق والذي لا يندفع بالصياح باب
القصاص فيما دون النفس قال رحمه الله يقتص
بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع اكبر
وكذا الرجل وما دون الانف والاذن والعين
ان ذهب ضوءها وهي قائمة وان تلفها لا والسن وان
تفاوتا وكل شجة يتحقق فيها المماثلة لقوله
تعالى والجروح قصاص ولقوله تعالى والسن
بالسن والقصاص ينبيء عن المماثلة فكل ما امكن
رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا
وقد امكن في هذه الاشياء التي ذكرناها ولا معتبر
بكبر العضو لانه يوجب التفاوت في المنفعة
ويمكن رعاية المماثلة في العين اذا ضربت وذهب

ضوها وهي قايمة بان تحمي لها المراة ويجعل على وجهه
قطن رطب وتشد عينه الاخرى ثم تقرب المراة من
عينيه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه
لعدم امكان رعاية المماثلة من عينه بخلاف وكانت
هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه
فشاور الصحابة فقال علي رضي الله عنه يجب
القصاص فبين امكان الاستيفا بالطريق الذي
ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو
حتى اجري القصاص في الكل باستيفا الكل واعتبره
في الشجة في الراس اذا كانت استوعبت راس
المشجوج وهي لا تستوعب راس الشاج فاثبت
للمشجوج الخيار ان شا اخذ الارش وان شا اقتص
واخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لانه يلحقه
من الشين اكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه
اكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب بين قرنيه
بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف
وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص
لوجود المساواة فيه من كل وجه قال رحمه الله
ولا قصاص في عظم لقوله عليه السلام لا قصاص
في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص الا في
السن وهو المراد بالحديث وبوضع صاحب الكتاب
ولان القصاص ينبي عن المساواة وقد تعذر
اعتبارها في غير السن واختلف الاطبا في السن

هل

هل هو عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه
عظم لانه يحدث وينموا بعد عام الخلقة ويلين
بالحل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين
ساير العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب
ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم
وكذا في الحديث لم يستثنه ولين قلنا انه عظم
فالفرق بينه وبين ساير العظام ان المساواة
فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه
وكذا ان قلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة
فيه فربما غير لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع
اصل السن كذا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة
والمبسوط قال رحمه الله وطرفي رجل وامراة وحر
وعبد وعبدين اي لا قصاص في الطرف بين رجل
وامراة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين وقال
الشافعي رضي الله عنه يجب القصاص في جميع
ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف
تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للالحاق
بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس
يجري في الطرف وما لا فلا ولنا ان الاطراف يسلك
بها مسلك الاموال لانها وقاية للانفس كالاموال
ولا مماثلة بين طرفي الذكر والانثى للتفاوت بينهما
في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد للتفاوت
في القيمة وان تساويا فيها فبالحزر والظن وليس

يتفاوتان فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الرجل
لان استواءهما متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف
الانفس لان القصاص يتعلق فيها بازهاق الروح
ولا تتفاوت فيه قال رحمه الله وطرف الكافر والمسلم
سيان اي مثلان يجري القصاص بينهما التساوي
في الارش وقال الشافعي لا يجري لما ذكرنا من اصله
قال رحمه الله وقطع يد من نصف ساعد وجايفة
برئ منها ولسان وذكر الا ان تقطع الحشفة اي لا
قصاص في هذه الاشياء لعدم امكان المماثلة بينها
لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر
التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجايفة البؤ نادر
فلا يمكن ان يجوز الثابي جايفة علي وجه يرا منها
فيكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان
وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة بينهما الا ان
تقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار
كالمفصل وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصلها
يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة والحجة عليه
ما بيناه ولو قطع بعض الذكر او بعض اللسان لا يجب
لجهالة مقداره بخلاف ما اذا قطع كل الاذن او بعض
لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار
المماثلة فيه والشفة ان استقصاها بالقطع
يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف
ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه

قال

قال رحمه الله وخير بين الارش والعفو ان كان القاطع
الملا اونا قص الاصابع او كان راس الجاني اكبر اما الاول
وهو ما اذا كانت يد القاطع شلا او ناقصة الاصابع
ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلانا ستيفا حقه
بكماله متعذر فيخير بين ان يجوز بدون حقه في
القطع وبين الارش كاملا لمن اتلف مثليا لاتسان
فانقطع عن يدي الناس ولم يبق منه الا رد يا فاتت
يخير بين ان يا خذ الموجود ناقصا وبين ان يعدل
الى القيمة ثم راستوفي القصاص سقط في الزيادة وقال
الشافعي يجعل الارش في الموضعين لان وجود المال
عنده اصل كما العفو فاذا تعذر استيفاء العفو تعين
المال ولنا ان العفو هو المتعين على ما بينا فيفوت
بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص في النفس
غير انه اذا قطعت يده بقصاص وسرقة قدا وفا
بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيغرم للاول
بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص
لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست في معنى
المال فلم تسلم له واما الثاني وهو ما اذا كان راس
الشاج اكبر بان كانت الشجة استوعبت بين قرني
المشجوج وهي لا تستوعب بين قرني الشاج فلان
الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين
بزيادتها وقد استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة
على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلتحق الشاج من

السين مثل ما يلحق المشجوج يخير كما في الشلاء والصحيحة
لم لو اختار القود يبدأ من اي الجانبين شاء لان حقه
في ذلك في المحل فكان له ان يفعل وفي عكسه وهو ما
اذا كان راس المشجوج اكبر يخير ايضا لتعذر الاستيفا
كما لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت الشجة
في طول الراس وهي تاخذ من جهة قفاه ولا ياخذ
الى قفا الاشر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي
عن الرازي الكبير ان له القصاص ولا خيار له لان
في القصاص فيما دون النفس تغيير المساواة في المحل
ولا ينظر الى الصغر والكبر كاليد وجوابه انا القصاص
في اللطمة لاجل الشين وهو يتفاوت بالصغر والكبر
وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهو لا يتفاوت
ولعل الصغيرة انفع من الكبيرة فافترقا **فصل**
قال رحمه الله فان صولح على مال وجب حالا وسقط
القود اي صولح القاتل على مال عن القصاص سقط
القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان او
كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية
قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الاية في الصلح
وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين
بين ان ياخذوا المال وبين ان يقتلوا والمراد والله
اعلم اخذ المال برضى الاخر القاتل على ما بينا ولانه
حق ثابت له يجري فيه العفو فكذا التعويض والقليل
والكثير فيه سوا لانه ليس فيه شيء مقدر فيفوض الى

اصطلاحهما

اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف
ما اذا كان القتل خطا حيث لا يجوز بالزائد من الدية
لانه دين في الذمة فيكون اخذ الاكثر منه ربوا وانما
وجب بما لا لانه دين وجب بالعقد والاصل في مثله
الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها تجب بالعفو
وانما سقط القود لانه موجب العمد ولانه لم يرض
ببذل المال الا متابلا به فيوفر عليه مقصوده **قال**
رحمه الله ويتنصف ان امر الحر القاتل وسيد
القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على الف ففعل
معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر القاتل
ومولى العبد القاتل رجلا بان يصالح عن دمهما على
الف درهم ففعل المامور فالالف على الحر والمولى نصفان
لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السوا فينقسم
برأسه عليهما على السوا لان الالف وجب بالعقد وهو
مضاف اليهما فينتصف موجبه وهو الالف
قال رحمه الله فان صالح احدا الاوليا من حظه على
عوض او عفى فلمن بقي حظه من الدية لان كل واحد
منهم يتمكن من التصرف في نصيبه استيفا واسقاطا
بالعفو او بالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ
عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص ومن
ضرورته سقوط حق الباقين ايضا فيه لانه لا يجزي
الا تري انه لا يجزي ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو
قتل رجلين فعفا اولياء احدهما حيث يكون لاوليا

الاخر قتله لان الواجب قيد قصاصان لاختلاف
القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر الا
ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا بقا بخلاف ما نحن
فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعفوا مالا لانه
تعذر استيفاوه لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة
القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما
في الخطا فان سقوط القصاص فيه لمعنى في القاتل
وهو كونه مخطيا ولا يجب للعافي شي لانه اسقط
حق المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف
شركايه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة
كلهم في ذلك سوا وقال مالك والشافعي لا حق للزوجين
في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة
وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال
ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لان المقصود
في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به
الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون
احدهما عاقلة الاخر لعدم التناصر ولنا قوله
عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته ومن
ترك كلا فعلي والقصاص حق فيكون لجميعهم
كالمال وامر عليه السلام بتوريث امراة اشيم
الضبابي من دية زوجها اشيم ولان القصاص
حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان
فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي

وبين

وبين ابن الابن فثبت لساير الورثة والزوجية تبقى
بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث مستندا
الى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه يقسم
الدية على من احرز الميراث والدية حكمها حكم ساير
الاموال ولهذا لو اوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه
والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كساير
امواله ولهذا لو انقلب مالا فقضى به ديونه وتنفذ
فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه
بالقرابة لا بالعقد الا ترى انه لا يرتد بالرد بخلاف
الوصية وبهذا يتبين ان الاستحقاق ليس بالعقد
بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل
عدم الارث للقصاص الا ترى ان الصغير والنسا
من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية اقرب
منه ان المراة لا يعقل عنها ابناوها الكبار ويرثونها
وقال الشافعي لا حظ للنسا من الاقارب في استيفا
القصاص ولهن حق العفو لان المراة ليست من اهل
القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا يوضع
عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق
الاستيفا كالصغير والحجة عليه ما بيناه وقوله
انها ليست من اهل القتل قلنا انها لم تقدر توكل
فانها من اهل التوكيل قال رحمه الله ويقتل الجميع
بالفرد والقياس ان لا يقتل ولكن تركناه باجماع
الصحابة رضي الله عنهم وروي ان سبعة من اهل

الصنعا قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه به وقال
لو تمالى عليه اهل صنعا لقتلتهم به ولان القتل
بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر
فيجعل كل واحد كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعا
تحقيقا لمعنى الاحيا ولولا ذلك لزم سد باب
القصاص وفتح باب التغالب اذ لا يوجد القتل من
واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه
فلم يحصل الا نادرا والزجر يشرع فيما يغلب لا فيما
يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراط الجمعة فيما
لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم
فيضاف الى كل واحد منهم كاملا كانه ليس معه غيره
كولاية الانكاح في باب النكاح قال رحمه الله والفرد
بالجمع اكتفا اي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفي
بذلك وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ان قتلهم على
التعاقب ويقضي بالدية لمن بعده في تركته لان
العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا او لم يعرف
الاول منهم يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت
له القرعة وبالدية للباقين وقتل لهم جميعا
وتقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات
وما يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو
القياس في الفصل الاول الا انا تركناه بما ذكرنا على
ما بينا ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال
فحصل التماثل الا ترى ان الواجب في الفصل الاول

وهو

وهو ما اذا قتل جماعة واحد القصاص ولولا ان التماثل
ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك
فمن ضرورة كون احد الشيئين مثلا للاخر ان يكون الاخر
مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه
دليل على انه مثل له اذ هو لا يوجب في كل موضع يتعذر
اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم او يتوهم عدم المماثلة
فيه كالجائفة فان الثاني لما توهم موته باعتبار
الغالب امتنع القصاص قال رحمه الله فان حضر
واحد قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل
اي اذا حضر اوليا واحد من المقتولين قتل له
وسقط حق اوليا بقية المقتولين كما يسقط بموت
القاتل حتف انفه لفوات محل الاستيفا فصار
كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان
الواجب عنده احدهما على ما بينا فان فات احدهما
تعين الاخر كمن قال لامراتيه احداكما طالق او قال
لعبديه احدكما حر فمات احدهما تعين الاخر لفوات
المحل قال رحمه الله ولا يقطع يد رجلين بيد
معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد
منهما وقال الشافعي تقطع ايديهما والمعروف اذا اخذ
سكينا واحدا من جانب وامراها على يده حتى
انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة
لها وملحقة بها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا مر احدهما
السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقا

السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص
فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما
امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد
قاطع البعض لان ما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع
بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنان
بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد
من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط يتهيأ
المساواة في النفع والقيمة وهذا لا تقطع العضيه
بالسلا والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمقطوع
والمشلول فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس
على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزى فاضيف
الى كل واحد كاملا وقطع العضو يتجزى الا ترى انه
يمكن ان يقطع البعض ويترك الباقي وفي القتل
لا يمكن ذلك وهذا لو امر احدهما السكين على قفاه
والاخر على حلقه حتى التقيا في الوسط ومات
منهما يجب القصاص وفي اليد لا يجب ولان القتل
بطريق الاجتماع غالب كخانة القوم لا في القطع
لانه يحتاج الى المقدمات بطيئة يلحقه القوم
بسببها كالسد او نقول ثبت وجوب القصاص
في النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس
والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها قال رحمه الله
وضمنا ديتها اي ضمن القاطعان دية اليد المقطوعة
لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على

كل

كل واحد منهما الربع فيجب من مال كل واحد منهما
الثلث فان رضي احدهما واخذ ثلثي الدية يعني اذا حضرا معا
وقطع احدهما يمينه ونصف الاخر يعني اذا حضرا معا
سواء كان القطع بجملة واحدة على التعاقب وقال
الشافعي رحمه الله ان قطعها على التعاقب يقتص
للاول منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان يده صارت
مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثاني بالقطع
فصار كما اذا رهن شيأ من انسان ثم رهنه من اخر
بعد التسليم الى الاول وان قطعها معا يقرع بينهما
ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش
للاخر لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما
اولى لها من الاخر فوجب المصير الى القرعة ولنا
ان المساواة في سبب الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم
والتاخر كالقريبين في التركة وهذا لان حق كل واحد
منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد
منها وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع
تقرر السبب في حق الثاني وهذا لو كان القاطع
لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمتنع
بالاول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لانه
استيفاء حكما فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول
كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت
في المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا هلك
ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك المقطوع

يده فانه لم يثبت حقه في المحل وانما ثبت له حق التصرف
فيه تصرفا يقضي الى قطع اليد والمحل خال عن حقه
كما في القصاص في النفس ثابتا فيها لطالب يده
ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشيء ولو
كان حقه كما في القصاص في النفس ثابتا فيها
لطالب به كالمرفق فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق
الثاني فيها استويا فيقطع طرفها اذا حضرا معا
لعدم الاولوية ويقضي طرفها بنصف الدية
يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان
القصاص في النفس حيث يكتفي فيه بالقتل
لهما ولا يقضي طرفها بالدية لما بينا من الفرق فيما
تقدم قال رحمه الله وان حضر واحد فقطع
يده فلا خر عليه نصف الدية لان الحاضر ان
يستوفي حقه ولا يجب عليه التاخير حتى يحضر
الاخر لثبوت حقه بيقين وحق الاخر متردد
لاحتمال انه لا يطالب او يعفو مجانا او صلحا فصار
كما لو حضر الشفيعين اذا حضر والاخر غائب حيث
يقضي له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم اذا حضر
الاخر بعد ما قطعت للحاضر وطلب يقضي له
بالدية لانه بدء او فاتها حقا مستحقا عليه
فيضمنها تسليمها له ولو قضى بالقصاص بينهما
ثم عفى احدهما قبل استيفاء الدية فلا حد
القود عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وعند

وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضي بالقضاء
اثبت الشركة بينهما فصار حق كل واحد منهما الى
البعض فاذا عفى احدهما لم يتمكن الاخر من استيفاء
الكل وهما ان الامضاء من القضاء في العتق بانت
فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع احدهما
يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب
اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب
مالا لانها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع
ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع
القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل
في قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت
مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول
من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع
يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه
في القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع
من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء
اخذ الارش لما ذكرنا قال رحمه الله وان اقر
عبد بقتل عمد يقتص به وقال زفر رحمه الله لا يصح
اقراره لانه بودي الى ابطال حق المولى فصار
كالاقرار بالقتل خطأ او بالمال ولنا ان العبد
غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان
العبد ميت على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية
الا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص

لا يجوز فاذا صح لزمه منه بطلان حق المولى ضرورة
وذلك لا يفيد وكم من شيء يصح ضمنا وان كان لا يصح
قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى
بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد او الاستيفاء
وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد
او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء فلا
يصح سواء كان العبد مجورا عليه او ماذونا له شيء
التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا
قال رحمه الله وان رمى رجلا عمدا فتفقأ عينه
الرمي الى آخره يقتص للاول وللثاني الدية
لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ وهو الخطأ
في الفعل فكانه رمى الى حربي واصاب مسلما
والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره **فصل**
ومن قطع يد رجلا ثم قتله اخذ بالامرين لو عمدين
او مختلفين او خطأين تخلل بينهما برء لا في خطأين
لم يتخلل بينهما برء يجب دية واحدة لمن ضربه مائة
سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة معين
هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب
القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين او احدهما
عمدا والآخر خطأ او كانا خطأين وتخلل بينهما
برء لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء يجب دية واحدة
اذا لم يتداخل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان
اما الاول وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول

ابي حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل جزاء ولا تقطع
يده لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل
البرء بينهما فصار كالخطأين وهذا لان الجمع بين
الجراحات واجب ما امكن لان القتل يقع بضربات
غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يودي الى الجمع
فيقع تيسيرا الا ان يمكن بان يختلف حكم الفعلين
كالعمد والخطأ او يتخلل البرء بينهما لانا البرء قاطع
للسراية فلا يمكن ان يجعل الثاني تتميما للاول
فيعتبر على حاله وامكن ذلك قبل البرء فصار
كسراية الاول وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة
يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدر من شخصين
وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا اتحدا
من شخص واحد تنقطع الاولياء يده ثم يقتلونه
ان شاءوا وان شاءوا قتلوه من غير قطع لان القصاص
يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل
بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل
متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة
صورة ومعنى تكون باستيفائهما وبالاكتفاء
بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه
مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيتخير
الولي بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل
واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب
فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد

فيجب بدل واحد الا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا
خطأ تجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد
الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص
جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولانه رأس
اليد لو وجب كان يجب عند الحز لانه وقت اثر
استحكام الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب
دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الحز والكل
في حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب
بقتل النفس الواحدة دية كثيرة للاطراف
لانها تتلف بتلف النفس اما القتل والقطع
فقصاصان فامكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا
قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل
واما الثاني وهو ما اذا كانا خطأين وتخلل
بينهما برء فتجب به دية واحدة هذا اخراج عن قوله
اخذوا بالامرين اي بموجبي فعله الا في هذه
الصورة فانهما يتداخلان ولا يوخذ الا بالقتل
فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه
في اثنا البحث وقوله لكن ضربه مائة سوط
فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه
دية واحدة كما اذا كان القتل والقطع خطأين
ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات
التي برأ منها ولم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال
الشين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد

ابي

ابي يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد انه يجب فيها
اجرة الطبيب وثمن الادوية وتمام المسئلة
باد لتها في فصل الجراح ان شاء الله تعالى ولو بقي
لها اثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع
لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو
يبقى بقاء الاثر قال رحمه الله واما في المقطوع
عنه القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفى
عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية فلا خطأ
من الثلث والعمد من كل المال وهذا عند ابي حنيفة
والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال ابو
يوسف ومحمد اذا عفى عن القطع او عن الشجة فهو
عفو عن النفس ايضا حتى اذا مات بعد العفو
بالسراية لا يضمن لان العفو اذا اضيف الى الفعل
كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل
لا يحتمل العفو وموجبه احد شيئين ضمان الطرف
لان اعتبر وضمان النفس ان سرى فيثبتا ولهما
قصار كالعفو عن الجناية او عن القطع وما
يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها ولان
اسم القطع والشجة يتناول السارى والمقتصر
لان القطع بحسره بهما نوعان فصارت السراية
والاقتصار صفة له الا ترى ان من امر انسانا
بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له
عليه شيء لان اذنه بالقطع يتناوله كذا العفو

يتناول ما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد
به المسبب وهذا الوابر المغصوب منه الغاصب
من الغصب كان ذلك ابراء عن موجب الغصب وهو
الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر
الرد ولابي حنيفة ان حق الجاني عليه في القتل
دون القطع لانه لما سري تبين انه كان قتلا
من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير
حقه فيبطل الا ترى ان من قال لا قطع لي قبل
فلان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس
ولو كان القطع يتناوله كما قالا لا قتضى بصادف
العفو محل حقه فيبطل ويجب عليه الدية والغبار
ان يجب عليه القصاص في النفس لانه قتل نفسا
معصومة بغير حق عمدا الا انا استحسنا سقوطه
لان صورة العفو اورث شبهة وهي دارئة للعقوبة
وهذا لانه اضاف العفو الى حقه من حيث
الظاهر وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط
المال لانه يجب مع الشبهة ولا نسلم ان الساري
نوع من القطع وان السارية صفة له بل الساري
قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية وهذا
لان المعتبر في الجنايات مآلها لما ان اصل الفعل
قد يكون غير موجب للقصاص في النفس ثم
يصير موجبا له بالسراية وقد يكون موجبا
للقصاص ثم يصير موجبا له كما اذا قطع يده

من

من المفصل فسري الى نصف الساعد وباعتبار المآل
يتبين انه لم يكن له حق في اليد وهذا لو عفى الولي
عن اليد بعد السراية لا يصح ولو كان الساري
نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع
الاول لا يوجب قطعا ساريا وانما يوجب القطع
فقط ان كان مقتصرا او القتل فقط ان كان ساريا
فلا موجب للقطع الساري فلا يتناوله العفو عن
القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب
لوجوب القطع الساري على الجاني حتى يستعار
له فلغى بخلاف العفو عن الجناية او عن القطع
وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها لان
الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر
والقتل ابتداء الا ترى انه لو قال لا جناية لي
قبل فلان او يجب البراءة عن الكل بخلاف ما اذا
قال لا قطع لي قبل فلان على ما بيناه والعفو عن
القطع وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث
منها صريح في العفو عن السراية واما مسيلة الاذن
بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع فيها لانه
لما قطعها بامره انتقل اليه الفعل فصار في التقدير
كانه هو الذي قطع يد نفسه فمات منه ولو كان
يتناول الساري لوجب الضمان على القاطع كما لو
قال اقتلني فقتله فكان هذا شاهدا لابي حنيفة
رحمه الله واما مسيلة الغصب فلان الغصب سبب

لوجوب رد المغصوب او قيمته بخلاف استهلاكه يعني
له على المسبب وكذا مسئلة الرد بالعيب بخلاف ما
نحن فيه على ما بيناه ولا يرد على هذا ما لو وقع
الصلح عن القطع على عبد فاعتقه ثم مات المقطوع
حيث لا ينتقض الصلح ولو لم يتناول السراية لم
ينتقض لانا نقول لما اعتقه صار مختارا للامضاء
فتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والتحول الى
الصلح عن الجناية او نحو ذلك لانه لا يتم الا به
على ما يأتي بيانه من بعد ان شاء الله تعالى ولو
كان القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى
اذا اطلق بان قال عفوت عن اليد كان عفوا عن
دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو
قال عفوت عن الجناية او عن القطع وما يحدث
منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا
كان مات منه يسقط كل الدية فيه غير انه
يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق به
حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر امواله
بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يعتبر من جميع المال
لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به
لانه ليس بمال وصار كالواعار ارضه في مرض موته
وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث يعتبر
ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا
وانما تتقوم بما لا بعقد الاجارة ولم يتعلق حق

الورثة

الورثة بها في المرض وهو المراد بقوله فالخطأ من الثلث
والعمد من كل المال قال رحمه الله وان قطعت المرأة
يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن الدية او عن
القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده ثم كان
القطع عمدا فهو تزوج على القصاص في الطرف
وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير
السقوط اولى لانها لا يمكنها ان تستوفي القصاص
من نفسها فاذ المزين ما لا يصلح مهرا فيجب لها عليه
مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجري بين الرجل
والمرأة في الطرف فكيف يكون التزوج عليه لانا
نقول الموجب الاصلي للعمد القصاص لاطلاق قوله
تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب
عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن
القصاص في الطرف فاذا سرى تبين انه قتل نفسه
يتناوله العفو فتجب الدية لعدم تحقق العفو عن
النفس وذلك في ملكها لانه عمد والعاقلة لا تحمله
والقياس ان يجب القصاص في النفس على ما بينا
وان وجب له الدية وله المهر تقاصا ان استويا
قدرا ووصفا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه
على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا
على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه

لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها
على ما في يده ولا شي فيها والدية واجبة بنفس العقل
ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا
كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا
فايدة في استيفا كل واحد حقه فيتقاصان قال
رحمه الله وان تزوجها على اليد وما يحدث منها
او على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لان هذا
تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا
فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير قال
رحمه الله ولا شي عليها لانه رضي بسقوط
القصاص على انه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا
فسقط اصلا فصار كما اذا اسقط بشرط ان يصير
مالا فانه يسقط مجانا قال رحمه الله ولو
خطا رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
وصية لان التزوج على اليد وما يحدث منها او على
الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا
وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه بقدر مهر
مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة
والمريض لا يحجر عليه في التزوج لانه من الحوايج
الاصلية فيتقدر قدر مهر المثل من جميع المال
وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية تجب
على عاقلتها وقد صارت مهرا فيسقط كلها عنهم
وان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا ترجع

عليهم

عليهم بشي لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا
صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان
مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا
وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم
ايضا لانه وصية لهم فيصح لانهم اجانب وان كان لا يخرج
وادوا الزيادة الى الولي لان الوصية لا تعاد لها الا
من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان
الوصية للقاتل لا تصح والاصح ان يسقط كله لانه
اوصى لمن تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية
فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى لحي وميت
فان الوصية كلها تكون للحي ولانه لو يسقط نصيبه
لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل تتحمله العاقلة
عنهم فيقسم عليهم فما اصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا
وما اصاب القاتل يكون هو القاتل الواجب بالقتل
فيقسم ايضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه ايضا
ثم هكذا وهكذا الى ان لا يبقى منه شي فلو ابطلنا
الوصية في حصته ابتدا لزمنا تصحيحها انتها فصححناها
ابتدا قصرا للمسافة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
وكذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد ايضا
لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار
الجواب في الفصلين واحدا عندهما قال رحمه الله
ولو قطع يده فاقتص له فمات له الاول قتل به
اي لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع

الاول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول
قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتلا عمدا
فتستحق به القصاص في النفس واستيفاء القطع
لا يوجب سقوط حقه في القتل لان من له القصاص
في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله
لا يجب عليه شيء الا انه مسيء الا ترى انه لو احرقه
بالنار لا يجب عليه شيء غير الاساءة فاذا بقي له في
القصاص فوائده يقوم مقامه وعن ابي يوسف انه
يسقط حقه في القصاص لان اقدامه على القطع
دليل على انه ابراه عن غيره قلنا انما اقدم عليه
على ظن انه حقه لا حق له غيره وبعد السراية
تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون
علمه ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا
من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف والشافعي
لا شيء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط
حكم سرايته اذا لاحتراز عن السراية خارج عن
وسعه فلا يقيد بشرط السلامة كيلا ينسد
باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق
فسري الى النفس ومات وكالبزاع والفصاد والحجام
والختان وكالو قال لغيره اقطع يدي فقطعها
ومات وهذا لان السراية تبع لا بتداء الجناية
فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته

ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في القطع والموجود
قتل حتى لو قطع فلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا
حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص الا
انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا
من المسايل لانا اقامة الحد واجب على الامام وكذا
الفعل واجب على غيره من البزاع والفصاد والحجام
والختان بالعقد واقامة الواجب لا يتقيد بشرط
السلامة وفي مسيلتنا الولي مخير بل العفو مندوب
اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق
وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة
قال رحمه الله وان قطع يد القاتل وعفى ضمن
القاطع دية اليد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء عليه لانه قطع يدا من نفس لو اتلفها
لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم اسلم ثم سري وهذا
لانه استحق اللاحق بجميع اجزايه اذ الاجزا تتبع
النفس فبطل حقه بالعفو فيما يقي لانها استوفى
ولهذا اذا لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا
اذا عفى ثم سري لا يضمن شيا والقطع السابق
افحش من المقتص او قطع وما عفى وما سري او قطع
ثم حز رقبته قبل البرا وبعده فصار كما لو كان
له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفى عن اليد
فانه لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف
من النفس ولابي حنيفة انه استوفى غير حقه فيضمن

ولهذا لا نحقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان
يجب القصاص لانه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف
الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية
وانما لم يضمن في المآل لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية
فيظهر انه استوفا حقه وحقه في الطرف بالضرورة
حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفا لا قبله
فاذا وجد الاستيفا ظهر حقه في الاطراف تبعا
واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الاطراف لا اصلا
ولا تبعا فتبين انه استوفا غير حقه فاما اذا لم
يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس
لاستحالة ان يملك قتله وتكون اطرافه مضمونة
عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا
سري فهو استيفا للقتل فتبين ان العفو كان بعد
الاستيفا ولو قطع وما عفى وبرا فهو على الخلاف
في الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو
استيفا لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية
فكان حز رقبته تتميما لما انعقد له القطع فلا
يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف
في الصحيح على انا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفا
في التوابع وانما دخلت في النفس لعدم امكان
التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة فيما وراء الكف
تابع لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع
بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه **باب**

الشهادة

الشهادة في القتل قال رحمه الله ولا يقيد حاضر بجنبه
اذا استوه غايب عن خصومته فان بعد فلا بد من
اعادته ليقتلا ولو خطا او دينا لانه اجراء اقتل يخص
وله ولي ان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة
على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغايب
فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من
اعادة البينة ليقتلا وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يعيد ولو كان القتل خطا او دينا لا يعيدها
بالاجماع واجمعوا على ان القاتل يحبس اذا اقام
الحاضر البينة لانه متهم بالقتل والمتهم يحبس
واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر
الغايب لان المقصود من القضا الاستيفا والحاضر
لا يتمكن من الاستيفا بالاجماع بخلاف ما اذا كان
خطا او دينا لانه يتمكن من الاستيفا طبعا في الخلافية
ان البينة متى اقامها من له الخصومة تكون
معتبرة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك
واحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن
شركايه فيما يدعي للميت وعلى الميت كما في دعوي
الخطا ودعوي المال والقصاص مورث عن
الميت حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه
قبل الموت وتقضى ديونه منه اذا انقلب
مالا وكذا تنفذ وصاياه منه كما في الدية فاذا لم
يجب اعادة البينة في احد بدلي الدم وهو الدية

فكذا في البدل الاخر وهو القصاص ولابي حنيفة
ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت
للشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله
وانما يثبت للورثة ابتدا بطريق الخلافة بسبب
انعقد للميت ان يتوصل به مقامه فيستحقونه
ابتدا من غير ان يثبت للميت وهذا صح عفو الورثة
قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب
انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما
فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص
ثبت للوارث ابتدا بخلاف الدية والدين لان الميت
اهل لملك المال وهذا لو نصب شبكة و تعقل
بها صيد بعد موته يملكه واصل الخلاف راجع
الى استيفاء القصاص حق الورثة وحق
الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا
للورثة عنده ابتدا لا ينتصب احدهم خصما
عن الاخرين في اثبات حقهم بغير وكالة منهم
وباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص
في حق الغايب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن
من الاستيفاء ولا يلزم ان القصاص اذا انقلب
مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار
صالحا لقضاء حوايجه فصار مفيدا بخلاف
القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو
الموروث لانه انما يصح في جواب الاستحسان

لوجود

لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فانه
يجوز ايضا قبل موت الموروث بعد الجرح استحسانا
لوجود السبب فلولا ان الحق يثبت له ابتدا لما صح
قال رحمه الله فان ثبت القاتل عفو الغايب لم يقد
معناه ان القاتل لو اقام بينة ان الغايب قد عفى
كان الحاضر خصما و سقط القصاص لانه ادعى حقا
على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب
نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو
من الغايب فانتصب الحاضر خصما عن الغايب
في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضي عليه صار
الغايب مقضيا عليه تبعا له قال رحمه الله
وكذا لو قتل عبدهما واحدهما غايب اي لو كان عبد
بين رجلين فقتل عمدا واحد الوليين غايب حتى
لا يقتل ببينة اقامها الحاضر من غير اعادة بعد
عود الغايب ولو اقام القاتل البينة ان الغايب
قد عفى والحاضر خصم ويسقط القصاص لما بينا
فحاصله ان هذه المسيلة مثل الاولى في جميع
ما ذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا او خطا لا يكون
الحاضر خصما عن الغايب بالاجماع والفرق لهما
في الكل ولابي حنيفة في الخطا ان احد الورثة
خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك الوليين
على ما عرف في موضعه قال رحمه الله وان شهد
وليان بعفو تالتهما لغت اي اذا كان وليا المقتول

للاثنة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفى فشهادتهما
باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب
الفود مالا وهو عفو منها لانهما زعما ان القصاص
قد سقط وزعمها معتبر في حق انفسهما قال
رحمه الله فان صدقهما القاتل فالدية لهم اثلاثا
اي صدقهم القاتل دون الولي المشهود عليه لانه
بتصديقه اياهما اقرها بثلثي الدية فيلزمه لكن
يزعمون كلهم ان نصيب الولي المشهود عليه قد
سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه وتحول
نصيبه ايضا مالا فوجب عليه كل الدية قال
رحمه الله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية
اي كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود
عليه بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لانهما
بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص
فصح اقرارهما في حق انفسهما وادعيا انتقاله
مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود
عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو
ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه
فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف
اليهما وان صدقهما الولي المشهود عليه وحده
دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود
عليه لانه اقر له بذلك قال فان قيل كيف يكون له
الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل شيئا

بدعواه

بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه
فوجب له ثلث الدية عليه وفي الجامع الصغير كان
هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح
لان المشهود عليه يزعم انه قد عفى ولا شيء له
وللشاهدين ثلثا الدية دينا في ذمته والذي
في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من
جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك
كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له
ليس ذلك لي وانما هو لفلان فانه يصرف اليه
كذا هنا وهذا كله استحسان والقياس ان لا
يلزم القاتل شيء لان ما ادعى الشاهدان على القاتل
لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه
وقد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه
بان القاتل بتكذيبه الشاهدين قد اقر للمشهود
عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط
بشهادتهما كما اذا عفيا والمقر له ما كذب القاتل
حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره بجعل
الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار
كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي
ولكنه لفلان علي ما بينا قال رحمه الله وان
شهدا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
يقتص لانه اثبت بالبينة كما اثبت معاينة
وفي ذلك القصاص على ما عرف والشاهد على قتل

العمد يتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطيا لا يحل
لهم ان يطلقوه بل يقولون قصد غيره فاصابه لان
الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار صاحب
فراش ودام على ذلك حتى مات وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بشي خارج قال رحمه الله وان اختلف
شاهدا القتل في الزمان والمكان او فيما وقع القتل
او قال احدهما قتله بعصي والاخر لم ادر بماذا
قتله بطلت لان القتل لا يتكرر فان القتل في
زمان او في مكان غير القتل في مكان اخر او زمان
اخر وكذا القتل بالة غير القتل بالة اخرى
وتختلف الاحكام باختلاف الالة فكان على كل
قتل شهادة فردت فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين
شرط للقبول ولم يوجد ولان القاضي تيقن بكذب
احدهما لاستحالة القاضي بكذب احد الفريقين
وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل احد
الفريقين دون الفريق الاخر لا ادري بماذا قتله
فلان المطلق يعارض المقيد لانه معدوم والمقيد
موجود فاختلفا وكذا ايضا حكمهما مختلف فان
من قال قتله بعصي يوجب الدية على العاقلة
ومن قال لا اعلم على القاتل فاختلف المشهود
به فبطلت وهو المراد بقوله او قتله بعصي ومن
قال الاخر لا ادري بماذا قتله وكذا لو شهد
احدهما بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل

بذلك

بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما
فعل والاخر قول وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري
باي شي قتله وجب فيه الدية في ماله استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة اصلا لانهما
شهدا بقتل مجهول لان الالة اذا جهلت فقد جهل
القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الالة فيكون
هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما
شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمحل لامكان العمل
به فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما
لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا
للدرء المندوب اليه في العقوبات احسانا للظن
بهما ومثل ذلك شايع شرعا لان الشرع اطلق
الكذب في اصلاح ذات البين على ما قال عليه السلام
ليس بكذاب من بين اثنين فقال خيرا فهذا مثله
واحق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما او اختلافهما
بالشك وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة
لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطا بالشك
قال رحمه الله وان اقر كل واحد منهما انه قتله
فقال الولي قتلتماه جميعا قتلهما ولو كان مكان
الاقرار شهادة لغت اي اذا اقر رجلان كل واحد
منهما انه قتله فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا
فله ان يقتلهما وان شهد اثنان على رجل انه قتل
فلانا وشهد اخران على اخر انه قتله وقال الولي

قتلتماه جميعا بطلت الشهادة وليس له ان يقتل كل
واحد منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار
شهادة لغت والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار
والشهادة يبني ان كل القتل وجد من المقر والمشهود
عليه ومقتضاه ان يجب القصاص عليه وحده
لان معنى قوله انا قتلته تفردت بقتله وكذا
قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل
وقول الولي قتلتماه تكذيب لبعضه حيث ادعا
اشتراكهما في القتل كانه قال لم ينفرد بقتله
بل شاركه اخر وهذا القدر من التكذيب يمنع
قبول الشهادة لا دعايه فسقهم به دون الاقرار
لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال في الاقرار
صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديقه
كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل واحد منهما يدعي
الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار
كانه قال كل واحد منهما قتلته وحدك ولم
يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان
الاخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال
قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما
فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل بانه قتله
وقامت البينة على اخر انه قتله وقال الولي
قتله كلاهما كان له ان يقتل المقر دون المشهود عليه
لان فيه تكذيبا للبعض موجبه لما مر وعلى هذا

لو

لو قال لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له
ان يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه
وحده وكذا لو قال لاحد المشهود عليهما انت قتلته
كان له ان يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما
كذب الاخرين وكذا الحكم في الخطا في جميع ما ذكرنا

باب في اعتبار حالة القتل قال رحمه الله

المعتبر حالة الرمي لان الرمي فعل الرامي ولا فعل
له بعده فوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان
عند ذلك قال رحمه الله تجب الدية بردة المرمي
اليه قبل الوصول اي اذا رمى رجل رجلا مسلما
فارتد المرمي عليه والعياذ بالله قبل وصول السهم
اليه يجب على الرامي الدية وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه لان
التلف حصل في محل لا عصمة له بالتلف غير المعصوم
هدر وهذا لانه بارتداده استحق ان تقوم نفسه
فيكون مبريا الرامي عن موجبه فصار كما لو
ابراه في هذه الحالة وهذا لانه باخراج نفسه
عن التقوم كالابراء الا ترى ان المغصوب منه اذا
اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان
ولابي حنيفة ان الضمان تجب بفعله وهو الرمي
اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة
ولا فعل له اصلا بعده فيصير قاتلا بالرمي والمرمي
اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى الى

صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اصاب
الدم الصيد فهو مرتد وجرح الصيد فمات حل اكله
وكذا الوكيل بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره
فكان العبرة بحالة الرمي وكان القياس ان يجب
القصاص لما ذكرنا ولكن قيد شبهة لسقوط
العصمة في حالة التلف فتجب الدية قال رحمه
الله لا باسلامه اي لا يجب شيء باسلام المرمي اليه
بان رمى الى حربي او مرتد فاسلم قبل الاصابة
ثم اصابه بعد ما اسلم وهذه بالاجماع لان الرمي
لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا
ينقلب موجبا بصيرورة متقوما بعد ذلك
وهذا كله يشهد لابي حنيفة رحمه الله قال
رحمه الله والقيمة يعتقد اي تجب القيمة يعتقد
معناه ان رجلا لو رمى الى عبد فاعتقه المولى
بعد الرمي قبل الاصابة ثم اصابه تمامت
لزمته القيمة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد
عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي
لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي
مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة المرمي
اليه بالاضافة اي ما قبل الرمي عليه ذلك حتى
لو كانت قيمته الف درهم قبل الرمي وثمانمائة
بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية
الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم

مات

مات منه لا يجب عليه الا ارش اليد مع النقصان
الذي تقصد القطع اي العتق وهو بنفس الرمي
صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان كالقطع
ولابي حنيفة ان الرامي يصير قاتلا من وقت
الرمي وهو في تلك الحالة تجب قيمته لما مر ان
المعتبر حالة الرمي فلم يختلف المستحق في تلك
الحالة بخلاف القطع والجرح لان كلا منهما اتلاف
لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى
لانه ورد على محل مملوك له ولو سراية لا يوجب
شيا لانه لو اوجب شيا لوجب للعبد لانقطاع
حق المولى عنه وظهور رقه فيه فتصير النهاية
مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند
تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا اما الرمي
قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له
في المحل وانما قلت فيه الرغبات فلا يجب به
الضمان قبل الاتصال بالمحل وعند الاتصال
بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا
تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال
زفر عليه الدية لان الرمي انما صار علة عند الاصابة
اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به
ووقت التلف للحر متلف فتجب ديته وابو يوسف
مع ابي حنيفة فيه والفرق له بين هذا وبين
ما تقدم من مسئلة الارتداد انه اعترض على

الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة
الرمي ما يبطل يوكد الا بل اما ها هنا اعترض على الرمي ما يبطل يوكد
عصمة المحل وهو الاعتاق فلا تبطل به الجناية
قال رحمه الله ولا يضمن شاهد الرجم بعد الرمي
الرامي رجع معناه اذا قضى القاضي برجم رجل برماه رجل
ثم رجع احد الشهود حالة الرمي قبل الاصابة ثم
رجع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما ان المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم يومئذ قال رحمه الله
وحل الصيد برده الرامي لا بسلامه معناه اذا
رمى مسلم صيدا ثم ارتد قبل وقوع السهم بالصيد
حل اكله ولو رماه وهو مجوسي فاسلم قبل الوقوع
السهم بالصيد لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق
المحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة لانه فعله
ويدخل تحت قدرته الاصابة فتعتبر الاهلية
وعدمها عنده قال رحمه الله ووجب الجزا بحله
لا بإحرامه اي رمى المحرم صيدا محل قبل الاصابة
ثم اصابه وجب عليه الجزا فان رماه وهو
حلال فاحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد
وهو محرم لا يجب عليه شيء لا الجزا لان الجزا يجب
بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد
ذلك في الاول لا في الثاني والاصل في مسايل
هذا الباب ان يعتبر وقت الرمي بالاتفاق
وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى

مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار انه
صار مبريا له على ما بينا في اول هذا الفصل والله
تعالى اعلم كتاب الديات
الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر
يقال وداى القاتل المقتول اذا اعطى وليه ذلك
يسمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال
رحمه الله دية شبه العمد ماية من الابل ارباعا
من بنت مخاض ابي جذعة ابي خمس وعشرون بنت
مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلثون
جذعة واربعون ثنية في بطونها اولادها لقوله
عليه السلام الا ان قتيل الخطا العمد بالسوط والعصا
والحر فيه دية مغلظة ماية من الابل اربعون
منها من ثنية الى باذل عامها كلهن خلفة ولانه
لاخلاف لان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد
ومعنى التغليظ يختص بايجاب من لا يجب في
الخطا ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية
بماية من الابل اربعا وعلوم انه لم يرد به شبه
الخطا لانها تجب فيه اخماسا فعلمنا ان المراد به شبه
العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة
بماية من الابل قال عليه السلام في نفس المومن
ماية فلو اوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المايه

من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية
من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية
الانتقال فصارت لك ايجاب الزيادة على تقدير
الشرع ثم لا يجوز ما رويناه غير ثابت لان الصحابة رضي
الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فذهب ابن مسعود
رضي الله عنه اربعاعا مثل مذهبنا ومذهب علي رضي
الله عنه اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة
وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة ومذهب
عثمان رضي الله عنه اثلاثا من كل جنس ثلاثة
وثلاثون وثلث ومذهب عمر وزيد ابن ثابت
والمغيرة وابي موسى رضي الله عنهم اثلاثا كمذهبنا
ولم تجر الحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لحرت ولو
وقع الاتفاق بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول
اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو
الادنى وبي ولان الدية عوض النفس والحامل
لا يجوز ان تستحق في شيء من المعاوضات لوجهين
احدهما ما فيه ما ذكرنا من الزيادة والثاني
ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها
ولذلك لا يجب اللعان بنفي الحمل ولان الدية على
العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات
والشرع نهانا عن اخذ العامل في الصدقات لكونها
من كرائم الاموال فكذلك في الديات قال رحمه الله
ولا تغلظ الا في الابل لان الشرع ورد به وعليه
الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل

للراي

للراي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي
لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف في التقدير بغير
الابل قال رحمه الله والخطأ مائة من الابل اخماسا
ابن مخاض الى اخره ابي خمسة ابن مخاض وخمسة
بنت مخاض وخمسة بنت لبون وخمسة حقة وخمسة
جذعة فاذا كان اخماسا يكون من كل نوع من
هذه الانواع عشرون لما روي ابن مسعود ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطأ عشرون
حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض
ذكر رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم
والشافعي اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون
ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا
ولان ما قلناه اخف لاقامة ابن مخاض مقام
ابن لبون فكان اليق بحال المخطئ ولان الشرع
جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكوة
حيث اخذه مكانها فايجاب عشرين منه مع
العشرين من بنت المخاض كايجاب اربعين بنت
مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التفاوت
وذلك انه عليه السلام لم يرد بتغيير اسنان الابل
الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال
رحمه الله او الف دينار او عشرة الاف درهم
اي الدية من الذهب الف دينار ومن الورق عشرة

الاف درهم وقال الشافعي ومالك الدية اثني عشر
الف درهم لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه
قتل نجعل النبي صلى الله عليه وسلم دية اثني عشر
الفا رواه ابو داود والترمذي ولانه لا خلاف فيها
من الذهب الف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولنا
ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم
وما قلناه اولى للتيقن به لانه اقل ويحمل ما رواه
على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا
كانت دراهم من زمن النبي صلى الله عليه وسلم
الى زمان عمر على ما حكاه البخاري في كتاب الزكوة
فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم ثلاثة انواع نوع الواحد منها وزن
عشرة دنانير وهو قدر الدينار والثاني وزن
ستة اي العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث
وزن خمسة اي العشرة منه وزن خمسة دنانير
فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلطها فجعلها
ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف
هذا ان الدينار عشرون قيراطا موزونة اسنتوا بهما
وزن الستة يكون نصف دينار وعشرة فيكون
اثنا عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار
فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين واربعين

قيراطا

قيراطا فاذا جعلتها اثلاثا صار كل ثلث اربعة عشر
قيراطا وهو الذي كان عليه درهم فاذا ثبت ما
رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن
ستة استوبا والذي يدل على مذهبنا ما روي ان الواجب
في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عند
سواء كان ذكرا او انثى وعندنا عشر دية نفسه ان
كان انثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك
ان دية الام خمسة الاف ودية الرجل ضعف ذلك
وهو عشرة الاف ولانا اجمعنا انها من الذهب الف
دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم
الا ترى ان نصاب الفضة في الزكوة مقدر بمائتي درهم
ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون عشرا
بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكوة لا تجب الا
في الغنى فيعلم بذلك علما ضروريا ان الدينار مقوم
بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة
الى القاتل لانه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار اليه
كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا في هذه
الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا يجب منها
ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الف شاة ومن
الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض في
الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل
البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الف شاة وعلى

اهل الحلل التي حلة رواه ابو داود وكان عمر رضي الله عنه
يفتي بذلك على اهل كل حال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان
ازار ورداء هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص
وسراويل وله ان التعدي انما يستقيم بشيء معلوم
المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية وهذا لا يقدر
بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار
المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن
القياس والآثار التي وردت بها تحتمل القضاء بها
بطريق الصلح فلا تلزم حجة وذكر في المعاقل انه
لو صالح على الزيادة على ما يتي حلة او ما تتي بقرة
لا يجوز وتاويله انه قوطعا قال رحمه الله وكفارته
ما ذكر في النص اي كفارة القتل خطأ وشبيه عمد
هو الذي ذكر في القرآن وهو الاعتاق والصوم
على الترتيب متتابعا كما ذكر في النص قال الله
تعالى فتحرير رقبة وشبه العمد خطأ في حق القتل
وان كان عمدا في حق الضرب فتنا وهما الآية
يختلفان فيه لعدم القتل بالاتفاق بخلاف
الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود
التوفيق في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ والمقادير
لا تعرف الا سماعا قال رحمه الله ولا يجوز الاطعام
والجنين لان الاطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف
الا سماعا ولا المذكور كل الواجب للثاني في الجواب او
لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته

فلم يجب ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص
قال ويجوز الرضيع لو احد ابوين مسلما لانه مسلم
بتبعاله والظاهر سلامة اطرافه على ما عليه الجبلة
ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر وفي سلامة اطرافه
حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب
الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة في التكفير
به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان الجاء فيه
الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة في
الاتلاف الى الالزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه
ولانه يظهر حال الاطراف فيما يعد التكفير اذا عاش
ولا كذلك في الاتلاف فافترقا قال رحمه الله ودية
المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما
دونها روي ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا
ومرفوعا وقال الشافعي رحمه الله الثلث وما دون الثلث
لا ينتصف ما روي عن سعيد بن المسيب انه السنة
وقال الشافعي رحمه الله السنة اذا اطلقت يراد بها سنة
النبي صلى الله عليه وسلم لما مثالفوه وقوله سنة تحمل
على انه سنة زيد لانه لم يروه الا عنه مرفوعا ولان هذا
يؤدي الى المحال وهو ما اذا كان الما اشد ومصابها
اكثر ان يقال ارشها بيانه انه لو قطع اصبع منها يجب
عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا
قطع ثلث يجب ثلاثون لانها تساوي الرجل على
زعمه لكونه ما دون الثلاث ولو قطع اربعة يجب

عشرون للتضعيف فيما هو اكثر من الثلث فقط ع
الرابعة لا يوجب شيا بل يسقط ما وجب بقطع
الثالثة وحكم الشارع تناف ذلك فلا يجوز نسبته
اليه لان من المحال ان تكون الجناية لا توجب شيا
شرعا واقبح منه ان يسقط ما وجب بغيرها وهذا
مما يحيله العقلا بالبديهة ولان الشافعي يعتبر
الاطراف بالانفس وتركه هنا نصف دية النفس
ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث
قال رحمه الله ودية المسلم والذمي سوا وقال
مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم
لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف دية المسلم
والكل عنده اثنى عشر الفا وقال الشافعي دية النصراني
واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمايه
درهم لما روي انه عليه السلام جعل دية اليهودي
والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمايه
درهم ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم وذمي العامريتين كان
لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو
وابن امية الضمري بمايه من الابل وقال عليه
السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار
وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا
يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رضي
الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا

واموالهم

واموالهم كاموالنا وفي ظاهر قوله تعالى وان كان من
قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله
دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من
قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة الى اهله
ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم انفسهم
بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب
ان يجب بقتلهم اي لو كانوا مسلمين الا ترى ان
اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها
ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا في اموالهم
فما ظنك في انفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق
نقص الانوثة والرق فوجب ان تنقص ديته به
كما تنقص بالانوثة والرق ولان الرق اثر الكفر
فاذا التقص باثره فاولى ان يتنقص به لانا نقول
نقصان دية المراة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة
والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المراة
لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والمحرم الذكر
يملكهما فلهذا ازدادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر
يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب ان يكون بدله
كبدله والمستامن ديته مثل دية الذمي في الصحيح
لما روينا فصل في النفس والمارن واللسان
والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق
واللحية ان لم تنبت وشعر الراس والعينين واليدين
والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين

وتدي المراة الدية في كل واحد من هذه الاشيا نصف
الدية وفي اشفار العينين الدية وفي احدهما
ربعها وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين
عشرها وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية
الاصبع ونصفها الوفيها مفصلان وفي كل سن
خمس من الابل وخمسماية درهم والاصل فيه حديث
سعيد ابن المسيب انه عليه السلام قال في النفس
الدية وفي اللسان الدية والمارن الدية ومثله
ذكر عليه السلام قال في النفس في الكتاب الذي
كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض
يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاصل
اوازال لانه في معناه جمالا مقصودا في الادمي على
الكمال يجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من
وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما
له ودليله ماروينا من الحديث والاعضاء على خمسة
انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو مزدوج ومنها
ما هو رباع ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد
على ذلك ففي كل واحد من الافراد يجب الدية
وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار
كذلك فاذا ثبت هذا فنقول في الانف الدية
لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا
قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان

منه

منه وقطع الارنبة وهو طرف الانف ان يجتمع الروايح
في قصبة الانف لتعلوا الى الدماغ وذلك يفوت بقطع
المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصوده
وهو النطق فانه لا ادمي يمتاز به عن سائر الحيوان
وبه من الله تبارك وتعالى علينا بقوله خلق الانسان
علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه
الا بافهام غيره اغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا
تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية
بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الالة وقد حصل
بالامتناع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف
دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل
على عدد حروف تتعلق باللسان وهي التا والثا
والجيم والدال والذال والرا والزاي والسين
والشين والصاد والضاد والطا والظا واللام والنون
واليا فما اصاب الغايت يلزمه ولا مدخل للحروف في
الحلقية فيه وهي الهمزة والها والعين والغين
والخا والشفوية وهي البا والميم والواو وقيل
ان قدر على ادا اكثرها تجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن ادا الاكثر تجب
كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام
والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه انه قسم
الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف اسقط
بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه الزمه بحسابه

من الدية منها وكذا الذكر لان فيه تفويت منفعة جمة
من الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به
ودفق الما والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة
وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها اصل في منفعة
الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وكذا في العقل
الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك
لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه
ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد
من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لان لكل
واحد منهما منفعة مقصودة وقد روي ان عمر
رضي الله عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات
بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب بها عقله
وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف
الذهاب والقول قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه
شي الا صدقة او نكل عن اليمين وقيل ذهاب
البعض يعرفه الاطبا فيكون قول رجلين منهم
عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح
العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا
فلا وقيل يلقي بين يديه حية فان هرب منها
علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة
وطريق معرفة ذهاب السمع يغافل ثم ينادي
فان اجابه علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب
وروي عن اسماعيل بن حماد ان امراة ادعت انها

لا تسمع

لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضا
عن النظر اليها ثم قال لها نجاة غطي عورتك فاضطربت
وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وكذا في
اللحية وشعر الراس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه
ازال جمالا عن الكمال وقال مالك والشافعي لا يجب
فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة
في الادمي ولهذا ينموا بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق
الراس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا تتعلق
به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به
منفعة ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة
ولنا قول عمر رضي الله عنه في الراس اذا حلق ولم
ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا كله كالمرفوع
لانه من المقادير فلا يهتدي اليه الراي ولانه
فوت عليه جمالا على الكمال لان اللحية في اوانها
جمال وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان الاصلع
يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية كما لو قطع
الاذنين الشاخصتين والدليل على انه جمال
قوله عليه السلام ان لله عليكم ملائكة تسبيحهم
سبحان من زين الرجال باللحا والنسا بالذوايب
والقرون بخلاف شعر الصدر والساق ولانه
لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فقد روي الحسن
عن ابي حنيفة انه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا
والجواب على الظاهر ان المقصود من العبد الاستخدام

دون الجمال وهو لا يفوت بالخلق بخلاف الحران
المقصود منه في حقه الجمال يجب بفواته كمال الدية
وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع
للحية فصار طرفا من اطراف اللحية واختلفوا في
لحية الكوسج والاصح انه ان كان في ذقنه شعرات
معدودة فليس في حلقه شيء لان وجودها يشينه
ولا يزينه وان كان على الخد والذقن جميعا وكثه
غير متصل ففيه حكومة في الصحيح لانه عدل
وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج
وفي لحيته جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت
فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه
لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي
في البدن ولكنه يودب على ذلك لارتكابه بياض
شعر اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض
يشينه في غيرا وانه تجب حكومة العدل باعتباره
والخطأ في حلق الشعر لان القصاص فيه
لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا
او دلالة والنص انما ورد في النفس والجراحات
وهذا ليس في معناها لانه لم يتألم به ولا يتوهم
فيه السراية بخلاف السراية والجراحات
ويوجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية
ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى
فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء واما

مايكون منفردا من الاعضاء كالعينين واليدين ففي
قطعها كمال الدية وفي احدها نصف الدية واصل
ذلك ما روي انه عليه السلام قال في العينين الدية
وفي احدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احدهما
نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احدهما نصف
الدية ولان في تفويت اثنين منها تفويت جنس
المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كمال الدية
وفي تفويت احدهما تفويت نصف المنفعة فيجب
النصف وهذا لان في تفويت العينين واليدين
والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش
وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على
الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي
وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية
وفي الانثيين تفويت منفعة الامناء والنسل
وفي ثديي المرأة تفويت منفعة الارضاع بخلاف
ثدي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة
ولا الجمال على الكمال فتجب فيه حكومة عدل وفي
حلمتي المرأة كمال الدية وفي احديهما نصف الدية
لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا
لم يكن للثدي حلمة يتعذر على الصبي الالتقام
عند الارضاع وقال مالك والشافعي يجب في
الحاجبين حكومة عدل بناء على اصلهما لانهما

لا يريان وجوب الدية في الشعر وعند ما يجب فيه
الدية لتفويت الجمال على الكمال واما يكون من
الاعضاء اربعا فيجب اشفار العينين ففيها الدية
اذا قلعها ولم تنبت وفي احديهما ربع الدية لانها
يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الاذى
والغذا من العين وتفويت ذلك ينقص البصر
ويورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وجب
وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف
الدية وفي الثلاثة ثلاثة ارباع الدية ولم يجوز
ان يكون مراده الاهداب وسماها اشفارا تسمية
للحال باسم المحل ومثله سائغ لغة كما يقال سال
الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الما
الذي يسيل فيه وقال محمد في اشفار العينين
الدية كاملة اذا لم ينبت فاراد به الشعر لان في
الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وايهما اريد
كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر ومنابته
دية كاملة اذا لم ينبت فلا يختل المعنى ولو قطع
الجفون باهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار
مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة
مع الشعر واما ما يكون اشفارا كالاصابع ففي
قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الدية وفي
قطع واحدة منها عشر الدية لقوله عليه السلام
في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل

تفويت

تفويت منفعة المشي والبطش وفيه دية كاملة وهي
عشرة فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سوا لاطلاق
ما روينا ولان الكل سوا في اصل المنفعة فلا تعتبر
الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى
وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث
دية الاصبع لانها ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام
ففي احدهما نصف دية الاصبع لانها نصفها وهو
تخيير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله
في المختصر وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث دية
الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان واما ما يزيد على
ذلك كالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو
خمس من الابل او خمسا يد درهم لقوله عليه السلام
وفي كل سن خمس من الابل وهي كلها سوا لاطلاقما
رويناه وما روي في بعض طرقه والاسنان كلها
سوا ولان الكل في اصل المنفعة سوا فلا يعتبر
التفاوت فيه كالايدي والاصابع ولين كان
في بعضها زيادة منفعة ففي الاخر زيادة جمال
فاستويا فتواد دية هذا الطرف على دية النفس
بثلثمائة اضعاف الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون
سنا عشرون منها سوا واربعة انياب واربع ثنايا
واربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف
عشر الدية يجب في الكل دية وثلثة اضعاف
الدية وذلك ستة عشر الف درهم هذا اذا كان

خطا وان عمدا فعليه القصاص وقد بيناه من قبل
قال رحمه الله وكل عضو ذهب نفعه ففيه ديته
كيد شلت وعين ذهب ضوءها اي ضرب عضوا فذهب
نفعه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به
او عينه فذهب ضوءها لان وجوب الدية يتعلق
بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها
وجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون
المنفعة لكونها تابعة اذ لا يكون نطحا حقيقة مثل
الارش الا اذا تجردت عن الاتلاف بان اتلف
عضوا ذهبت منفعته فحينئذ تجب حكومة
عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء او رشه
كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة
فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد
عن المنفعة اعتبارها معها بل تكون تبعا لها
فيكون المنظور اليه هي المنفعة فتقطع عند
الاجتماع وكم من شيء يكون لغيره عند الاتلاف
ولا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون
له ارش الا ترى ان الاعضاء كلها للنفس فلا
يكون نطحا ارش اذا اتلفت معها واذا انفردت
بالاتلاف كان نطحا ارش ومن ضرب صلب رجل
فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت
منفعة كاملة وهي منفعة النسل وكذا لو
احدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال

لان

لان حال الادمي في كونه منتصب القامة وقيل هو
المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن
تقويم ولو زالت الحدبة فلا شيء عليه لزوالها لا عن
اثر ولو بقي اثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء
الشين بقاء اثرها فصل في الشجاج
الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تخرش الجلد
اي تخدشه ولا تخرج الدم ماخوذ من حرص القصار
الثوب اي شقه في الدق والدامعة بالعين
المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في
العين ماخوذ من الدمع وسميت بها لان الدم
يخرج منها بقدر الدم من القلة وقيل لان عينيه
تدمع بسبب الم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة
هي التي تخرج ما يشبه الدمع ماخوذة من دمع
العين والدامية وهي التي يسيل الدم منها
وذكر المرغيناني ان الدامية هي التي تدمي من
غير ان يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال
لان صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد ابعد
والباضعة وهي التي تبضع اللحم اي تقطعه
ماخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه
مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تاخذ في
اللحم وتقطعه كله ثم تلتئم بعد ذلك اي تلتئم
وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما تؤول
اليه وروي عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة

لان الملاحمة قبل المباضعة لان الملاحمة ماخوذة من
توهم التحام الشيئين اذا اتصل احدهما بالاخر فالملاحمة
ما تظهر اللحم ولا تقطعه والمباضعة بعدها لانها
تقطعه وفي ظاهر الرواية الملاحمة تعمل في قطع اكثر
اللحم وهي بعد المباضعة وقال الازهري الوجه
ان يقال اللاحمة اي القاطعة للحم والاختلاف
الذي وجد في الشجاج راجع الى ماخذ الاشتقاق
لا الى الحكم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق
وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الراس
والموضحة وهي توضح العظم اي تبينه والهاشمة
وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل
العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل
الى ام الدماغ وهي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ
وبعد الامة نجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي
التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد لان النفس
لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولا تكون من
الشجاج والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة
والدامغة لانها لا يبقى لهما في الغالب اثر وهذه
الشجاج تختص بالراس والوجه لغة وما كان في
غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم
مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب
بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو
انما ورد في الشجاج وهي تختص بالراس والوجه

فيختص

فيختص الحكم المقدر بهما ولا يجوز الحاق الجراحة بهما
دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين
لان الوجه والراس يظهران في الغالب وغيرهما
مستور غالبا فلا يظهر واختلفوا في العينين فعندنا
هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها
خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما
ليستا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن
نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق
معنى المواجهة فصار كالذقن لانهما تحته وقال
عليه الاسلام ويجب ان يفترض غسلهما في الوضوء
لانهما من الوجه فصار كالذقن حقيقة الا انا تركناها
للاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة قال
رحمه الله في الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الامة
والجايفة ثلثها فان نفذت الجايفة فثلثها لما روي
في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي
الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الامة
ويروي ما موضحة تلك الدية وقال عليه السلام
في الجايفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه
انه حكم في جايفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت صارت جايفتين فيجب
في كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الراس

والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا في
الوجه والرأس وقيل لا يتحقق الجائفة فيما فوق
الحلق قال رحمه الله وفي الحارصة والدامغة والدامية
والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل
وهو ما روي عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله
واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي
تفسيرها ان يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ثم
يقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما
فان كان ثلث عشر الدية مثلا يجب عشر الدية
وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر القيمة
وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة
من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية
لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي
رحمه الله يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح
لانه لو اعتبر بذلك الطريق ربما يكون نقصان
القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيودي الى
ان يوجب في هذه الشجاج ودون الموضحة
اكثر مما اوجبه الشرع في الموضحة وانه محال
بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد
ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني
ان كانت الجناية في الراس والوجه يفتي بالثاني
وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول
وان شاء افتى بالاول لانه ايسر وكان المرغيناني في

يفتي

يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار
هذه الشجة من اقل شجة لها ارش مقدر وان ربعا فربع
ذكره بعد القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه
ان يكون هذا تفسيرا لقول الكرخي وقال شيخ الاسلام
قول الكرخي اصح لان عليا اعتبره بهذا الطريق فيما
قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال
رحمه الله ولا قصاص في غير الموضحة لانه لا
يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة
ليس له حد ينتهي اليه الكلين وما فوقها كسر
العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص
في العظم وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر
الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد
في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف هنا
كالجائفة فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة
بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء
القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت
عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في
الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانتهاء الكسر
بالعظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله
وفي اصابع اليد نصف الدية اي اصابع اليد
الواحدة لانه في كل اصبع عشر من الابل لما روينا
فتكون خمسون ضرورة وهو النصف ولان في

ذلك قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر قال رحمه الله ولو مع الكف هذا متصل بما
قبله اي في اصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع
الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع
للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها وكمال
عليه السلام في اليدين الدية وفي احديهما نصف
الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لانا سمر
اليد يدل على القوة والقدرة والبطش يقع بالاصابع
والكف فيجب بزهاء دية واحدة لان منفعتهما جنس
واحد فيكون الكف تبع للاصابع قال رحمه الله
مع نصف الساعد نصف الدية وحكومة اي اذا
قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية
وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع
والحكومة في نصف الساعد وهو قول ابي حنيفة
ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه انه ما زاد
على الاصابع من اليد والرجل الى المنكب واصل
الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع اوجب
في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه
الجارحة الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا
يزاد الى تقدير الشرع ولان الساعد ليس له
ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر وهو
كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لالة البطشة
ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة

البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها فكذا في الارش
ولا يقع البطش بالساعد اصلا ولا تبعا فلا يدخل
في ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يكون تبعا
للاصابع او الكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل
بينهما بالكف ولا الى الثاني لان الكف تبع للاصابع
ولا تبع للتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة
الى الكف المنكب بل هي اسم الى الزند اذ ذكرت في
موضع القطع بدليل اية السرقة قال رحمه الله
وفي قطع الكف وفيها اصبع او اصبعان عشرها
او خمسها ولا شيء في الكف اي اذا كان في الكف اصبع
او اصبعان فقطعها يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة
وخمسها في الاصبعين ولا يجب في الكف شيء وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش
ما فيها من الاصابع فيجب اكثرهما ويدخل القليل
في الكثير لا الجمع بين الارشين متعذر اجماعا
لان الكل شيء واحد اذ ضمان الاصبع هو ضمان
الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا الصدر
احدهما متعذر لان كل واحد منهما اصل من وجه
اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها
هي الاصل في منفعة البطش فان كان كل واحد منهما
اصلا من كل وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج
راس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل
في الكثير ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصابع اصل

حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط
قايمة بها وكذا حكما لانه عليه السلام جعل الدية بمقابلة
الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية ثم جعل في
كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان تكون كلها
بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل اولى بالاعتبار
وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصلي فلا تقارض
حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تقارضا
فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما اولى بالترجيح
من الكثرة الا ترى ان الصغار اذا اختلطت مع
الكبار تجب فيها الزكوة تبعا وان كانت الصغار
اكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهد به من الشجة
لان احدهما ليس بتبع للاخر ولان ارش الاصبع
ثابت بالنص وليس للكف ارش مقدر شرعا فلو ثبت
انما يثبت بالراي والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال
المنصوص عليه لما عرف ان الاجتهاد لا يصار اليه
الا لضرورة عند تعذر العمل لعدم التعقل وشبهته
فكيف يصار اليه لمنافع وجوده بل لابطاله
وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان
في الكف مفصل واحد من اصبع واحلة يجب ارش
المفصل وهو الظاهر عنده ولا يجب في الكف شيء لان ارش
ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقي من الاصل وان قل
فهو اولى كما قالوا في الغسالة ان اهل الخطة اولى
بها من المشترين وان قلوا الكوخهم اصلا ولا يظهر

حكم

حكم التبع معه ولئن ذكر وروي الحسن عنه ان الباقي
اذا كان دون اصبع يعتبر اكثرهما ارشا لان ارش ما
دون الاصبع غير منصوص عليه وانما ثبت اعتباره
بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد ولانه اصلا باعتبار
النص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل ولا مفصلين
اعتبرنا فيه الاكثر والاول اصح لان ارشه ثبت
بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق في الكف اصبع
ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش
اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان
في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب
في الكف شيء بالاجماع لان الاصابع اصل على ما بينا
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت
كلها قايمة قال رحمه الله وفي الاصبع الزايدة
وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم يعلم منه بنظر
وحركة وكلام حكومة عدل اما الاصبع الزايدة
فلانها جزء الادمي فيجب الارش فيها تشريفا له وان
لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزايدة ولا يجب
فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زايدة لان المساوات
شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويها
الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا اتفاء
القصاص للشبهة وجب ارشها وليس فيها ارش مقدر
في الشرع فتجب فيها حكومة عدل بخلاف قطع الكوع
حيث لا يجب فيها شيء لان الكف لا يبقى فيها اثر الخلق

فلا يلحقه الشين بالحلق بل يبقى الشعرات يلحقه ذلك
فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفي قطع
الاصبع الزايدة يبقى اثره فيشينه ذلك فيجب الارش
واما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من
هذه الاشيا المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب ارشها
كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة
لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال وكذا
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت
ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة
وفي العين بما يستدل به على الروية وهو المراد
بقوله ان لم يعلم صحته بنظر وحكومة وكلام فيكون
بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطا
والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة او باقرار الجاني
وان انكر ولم تقم بينة فالقول قول الجاني وكذا
اذا قال لا اعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا
الا بالبينة وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية كاملا
كيف ما كان الا اذا عرفت انها غير صحيحة لان الغالب
فيه الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر
لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وحاجتنا
الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاعضا
وبين الاذن والانف في ذكر الخصي والعنين حكومة
عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لقوله
عليه السلام وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا

ان

ان المنفعة هو الايلاج والانزال والاحبال هو المعتبر
من هذا العضو فاذا عدمت لا تجب فيها دية كاملة
كالعين القايمة بلا ضوء واليد الشلا والرجل الشلا
قال رحمه الله شج رجلا موضحة فذهب عقله او
شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل
يبطل منفعة جميع الاعضا اذ لا ينتفع بها بدونه
فصار بالنسبة الى ساير الاعضا كالنفس فيدخل
ارشها في النفس وارش الموضحة في الدية لان فوات
العقل يبطل منفعة يجب بفوات جزء من الشعر حتى
لو نبت يسقط وتجب الدية بفوات كل الشعر وقد
تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل
الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت
يده كلها فحاصله ان الجناية متى وقعت على
عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر
دخل الاقل فيه ولا فرق في هذا بين ان تكون
الجناية عمدا او خطا عند ابي حنيفة رحمه الله لسقوط
القضا به عنده وعندهما تجب للاولى القصاص
ان كان عمدا وامكن الاستيفا والا فكما قال ابو حنيفة
وقال زفر رحمه الله لا يدخل ارش الاعضا بعضه
في بعض لان كلا منهما جناية فيما دون النفس فلا
يتداخلان كساير الجنايات وجوابه ما بينا قال
رحمه الله وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا اي لو
شجه موضحة فذهب احد هذه الاشيا بها لا يدخل

ارش الموضحة في دية السمع والكلام فلانهما مبطلان فيلحقان
بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة واما السمع والكلام
احد هذه الاشيا وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله ومحمد وقال ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية
السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا
يلحق بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة واما السمع
والكلام فلانهما مبطلان فيلحقان بالعقل فيدخل
فيهما ارش الموضحة كما يدخل في ارش العقل ولهما ان
كل واحدة من هذه المنافع اصل بنفسها فيتعدد
حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض
لان العبرة لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف
العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضا اذ لا ينتفع
بالاعضا بدونه فصار كالنفس ونقول ذهاب العقل
في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم فيكون
بمنزلة الموت ولا كذلك ساير الاعضا او نقول
ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح
للجسد وقال الحسن ارش الموضحة بخلاف الموضحة
مع الشعر لان محلها على ما بينا والحجة عليه ما بينا
قال رحمه الله وان شجه موضحة فذهب عيناه
او قطع اصبعا فشلت اخرى او قطع المفصل الاعلا
فشل ما بقي او كل اليد او كسر نصف سنه فاسود ما
بقي فلا قود وهذا كله قول ابي حنيفة مطلقا وقالا
يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما اذا

شجه

شجه موضحة فذهب عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت
اخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى
وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب ارش
كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع
الاصبع من المفصل الاعلا فشل ما بقي منها يكتفي بارش
واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع تجب دية
المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع
وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي او اصفر
او احمر تجب دية السن كله بالاجماع ولو قال اقطع
المفصل الاعلا واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
من السن واترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده
ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط
القصاص سوا كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما
ان كانا عضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان
كان عضوا واحدا لا يجب لهما في الخلافية اذ الفعل
في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل تعدد
بتعدد اثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة
في احديهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل
فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله فيجب القود في
الاول والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطربت
السكين فاصاب اصبعا اخرى فانه يقتص للاولى
دون الثانية بخلاف كسر نصف السن اذا اسود
ما بقي منها او قطع الاصبع من المفصل الاعلا فشل

ما بقي منها او شلت اليد كلها لانه لا يمكن ان يجعل كفعلين
مبتدا ين لاتحاد الفعل والمحل ولابي حنيفة ان الجزا
بالمثل والجرح الاول سار وليس في وسعه الساري
فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه
سراية انه اثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن
الام تتعاقب من الجناية على البدن وتحقق ذلك
في نفس واحدة في موضعين منهما كما يتحقق في
الطرف مع النفس بان مات من الجناية بخلاف
نفسين فان النفس الثانية مباشرة على حدة
ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا تتصور السراية
من نفس الى نفس فلا بد ان يجعل ذلك في حكم فعل
على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان
يجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية
فيها متصور فاورثت نهايته شبهة الخطا في البداية
لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص تعاقبته
اثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطربت
السكين فقطع اصبعا اخرى حيث يجب القصاص
في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل الاول
ولا باثره بل بفعل اخر مقصود فينفرد بحكمه او نقول
ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبيب
فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل
في سراية الافعال ان لا يبقى الاول بعد ما حدثت
السراية كالقطع اذا سرى في النفس صار فعلا

فلم

فلم يبق قطعا وههنا الشجة او القطع لم ينعدم بذهاب
البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى فوات
البصر ونحوه بمنزلة حفر البير والتسبيب لا يوجب
القصاص وعن محمد رحمه الله في المسيلة الاولى وهو
ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص
فيهما رواه ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل
تنسب الى الفعل شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية
فيوخذ به كما لو الى نفس فانه يجب القصاص ويعتبر
قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا فشلت
بجنبها اخرى او شجة موضحة فذهب بها سمعه او كلامه
حيث لا يجب القصاص في الشلا والسمع والكلام بعد
الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفا الا ترى انه
لو اذهبه بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر
دون الشلا والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض
السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة
وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها ولو شجه
فاوضحه ثم شجه اخرى فاوضحه متتابعا حتى صارتا
شيا واحدا فلا قصاص فيها في المشهور وعلى رواية
ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما
بيناه قال رحمه الله وان قلع سنه فنبتت مكانها
اخرى سقط الارش وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه
الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والذي
نبتت نعمة مبتداة من الله تعالى فصار كما لو اتلف

مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر ولابي حنيفة
ان الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت
مكانها اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وعن
ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل
وهذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه
حكومة عدل عند ابي حنيفة ولو نبتت الى النصف
فعليه نصف الارش ولو قلع من غيره فردها صاحبها
مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش
لان هذا لا يعتد به اذ العرف انها لا تعود وفي
النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد
الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال
اما اذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا اذا قطع
اذنه فالصقها فالتحمت يجب على القاطع ارشها لانها
لا تعود الى ما كانت قال رحمه الله وان اقيد
فنبتت سن الاول اي سن المقتص له يجب على
المقتص له ارش سن المقتص منه لانه تبين انه
استوفا بغير حق لان الموجب فساد المنبت
ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستانا حولا وينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص خوفا من مثله الا ان
في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول
لانه ينبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد
فاذا مضى الحول ولم ينبت تبين انا اخطانا

فيه

فيه وكان الاستيفا بغير حق غير انه سقط القصاص
للشبهة فيجب المال وفي النهاية الصحيح انه يستانا
في سن البالغ حتى يبرا لانه نباته نادر ولا يفيد تاجيله
الى سنة فيوخر الى البر ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة
ولو ضرب سن انسان فتحركت يستانا حولا ليظهر
اثر فعله ولو سقطت سنه وان اختلفا قبل الحول
فالقول للمضروب ليفيد التاجيل بخلاف ما اذا شجه
ثم جا وقد صارت منقلة حيث يكون القول
للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب
للتبين ولو لم تسقط فلا شيء على الضارب ولو اسودت
بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كله لزوال
الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا
اذا كسر بعضه واسود الباقي او احمر او اخضر يجب
فيه الارش كاملا ولا يجب فيها القصاص لما قلنا فاوجب
الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن
وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس التي لا ترى وبين
العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل
ان لم يفت به منفعة المضغ وان فاتت يجب الارش
كله وفي الباقي يجب الارش كله كيف ما كان لفوات
الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر
يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت
الجمال كالسواد ولنا ان الصفرة لا توجب تفويت
الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن

في اصل الخلقة في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة
والخضرة الا ان كمال الجمال في البياض يخيب في الصفرة
حكومة عدل وروي محمد عن ابي حنيفة ان الصفرة
في الحر لا توجب شيا وفي العبد توجب حكومة عدل
لان الصفرة من الوان السقم والمقصود من السقم
الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير ان المقصود من
الملوك المالية وقد تنقص بالصفرة وان اختلفا
في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب
فيما سا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار
انكاره له كانكار اصل الفعل وفي الاستحسان القول
قول المضروب لان ما يظهر عيب فعل من الانسان
على الفعل لان السبب ظاهر الا ان يقيم الضارب
البينة انه بغيره قال رحمه الله وان ضرب رجلا
فالتحم ولم يبق له الم وضرب فجرح فبرا وذهب اثره
فلا ارش وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لانه
الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال
محمد عليه اجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله كانه
اخذ ذلك من ماله واعطاه للطبيب وفي شرح الطحاوي
تفسير قول ابي يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب
والمداواة تعلى هذا لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الموجب هو الشين الذي
يلحقه بفعله وزواله منفعته وقد زال ذلك بزوال

الم

الم والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة
الصحيحتين او شبيه العقد كالفاسد منها ولم يوجد
شيء من ذلك فبقي حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد
الالم لا يوجب شيا لانه لا مجرد لقيمة الالم الا ترى ان
من ضرب انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه
شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما يوجع قلبه لا يضمن
شيا قال رحمه الله ولا قود في جرح حتى يبرأ
وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب
تحقق فلا يوخر كما في القصاص في النفس ولنا
ما روي انه عليه السلام نهى ان يقتص من جرح حتى
يبرأ صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات
يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان قصر فيها النفس فيظهر
انه قتل فيعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به قال
رحمه الله وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل
الاب ابنه عمدا فديته من مال القاتل وكذا ما وجب
صلحا او اعترافا ولم يكن نصف العشر اي عشر
الدية روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل
العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان
العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق
بالخطإ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب
التغليظ والزجر وجب بالصلح انما وجب بعقده
والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما
وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله

العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فتلزمه
دونهم وانما لا يتحمل اقل من نصف عشر الدية لانه لا
يودي الى الاجحاف والاستيصال بالجاني والتحميل تحرزا
عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب موجلا الى ثلث سنين
الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب
بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دون ارش الموضحة
يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه
يجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله ما وجب بقتل
الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى
بدل فيكون ذلك البدل كساير المتلفات والتاجيل
في دية القتل خطا ثبت شرعا تخفيفا لانه ليس بمعذور
ولا كذلك العامد ولا يستحق التخفيف فيجب حالا
الا ترى ان تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه
لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل
المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في البدل
تخفيفا لمعنى الخبر ولنا ان هذا مال موجب بنفس
القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطا او شبه
عمدا او بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال
وجب بالعقد ابتدا فلا يتاجل الا بالشرط كساير
العقود والمعنى فيه ان المتلف ليس بمال وما ليس
بمال لا يضمن بالمال اصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم
مقامه وقيمة الشي ما يقوم مقامه وانما عرفنا
تقومه بدية موجلة الى ثلث سنين وايجاب المال

حالا

حالا زيادة على ما اوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا
يجوز ايجاب الزيادة على ما اوجبه الشرع قدرا
قال رحمه الله وعمد الصبي والمجنون خطا وديته
على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث
والمعتوه كالصبي وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد
فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد
الخطا فمن تحقق منه الخطا يتحقق منه العمد ولهذا
يودب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا
لا خطا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط
للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب عليهم
موجبه الاخر وهو المال لانه اهل لوجوبه عليهم
فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا تقطع ايديهم
ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا ولهذا
وجب عليهم التكفير لانه اهل للغرامة المالية دون الصوم
لعدم الخطاب وهذا يحرم الميراث عنه بالقتل
ولنا ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه
فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطاوه
سوا ولان الصبي مظنة الرحمة قال عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا
والعاقل المخطي لما استحق التخفيف حتى وجبت
الدية على عاقلته فولا وهم اعذر اولى بهذا
التخفيف فيجب على العاقلة اذا كان الواجب

قدر نصف العشر او اكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك
به مسلك الاموال كما في المبالغ العاقل ولا منعلم تحقق
العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم
والعلم بالعقل وهم عديموا العقل او قاصروه فكيف
يتحقق منهم القصد وصاروا كالنيام وحرمان الارث
عقوبة وهم ليسوا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة
ولا ذنب لستره لانهم مرفوعون للقلم ولان الكفارة
دايرة بين العباد والعقوبة بمعنى ان فيها معنى
العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عبادة ولا
عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دايرا بين الخطر
والاباحة لكون العقوبة متعلقة بالخطر وفعلهم
لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك
يبتنى على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب
عليهم الكفارة والله اعلم **فصل في الجنين**
قال رحمه الله ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا
تجب غرة نصف عشر الدية الغرة للخيار وغرة
للمال خياره كالفرس والبعير والثوب والعبد والامة
الغارة وقيل انما يجب ما يجب في الجنين غرة لانه
اول متقدر ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما
يقال اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه اول
شيء يظهر منه والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل
لو كان الجنين ذكرا وهي الا عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم وهذا لما بينا في المختصر

لانه

انه ذكر والانثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر
من ديتها تقدر نصف العشر من دية الرجل والقياس ان لا
يجب شيء في الجنين لانه لم تتيقن بحياته والظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وهذا لا يجب في جنين البهيمة لانقصان
الام ان نقصت والا فلا يجب شيء والقياس ان يجب
كمال الدية لانه يضربه منع حدوث الحياة فيه
فيكون بذلك كالمزهق للروح وهذا المعنى وجب
قيمة المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا
وجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره وجه
الاستحسان ما روي ان امرأة من هذيل ضربت بطن
امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبد
او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري
ومسلم واحمد وبنى على العاقلة عندنا وقال مالك
في ماله لانه ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة
على العاقلة ولانه يدل النفس من وجه ولهذا
قال عليه السلام دوه الدية بدل النفس وتجب
في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لانها بدل
النفس من وجه ولهذا قال عليه السلام دوه والدية
بدل النفس لا تزيد انه يورث وبدل العضو يكون
لصاحب العضو ولنا ما روي عن محمد بن الحسن
انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل

النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو
ايضا من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين الاول
في حق التوريث في وجوب فان لم يحصل بالام
نقصان وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان
بدل العضو اذا كان تلك الدية او اقل يجب على
عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين
حتى لو قتل عشرة انفس يجب على عاقلة كل واحد
واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين ويستوي
في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان
التفاوت في الاحيا انما ثبت لتفاوت معنى
الادمية في المالكية فان الذكر يملك المال والتكاح
والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر ازيد فيما
هو ازيد من خصائص الادمية وهذا المعنى في
الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق
وتوابعه والنسب ولا يستحق شيا من المال
الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر
والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر والانثى
فيقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال
رحمه الله فان القته حيا ثم مات فدية اي يجب
دية كاملة لانه اتلف ادميا خطا او شبه عمد
يجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله وان القته
ميتا ثم ماتت الام فدية وغرة لما روينا ولانه جنى
جنايتين يجب على موجبهما وهذا لما عرف ان الفعل

يتعدد

يتعدد باتحاد اثره فصار كما اذا رمى فاصاب شخصا
وتخلل منه الى اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان
ان كان خطا وان كان الاول عمدا يجب القصاص
والدية قال رحمه الله وان ماتت فالقته ميتا فدية
فقط وقال الشافعي يجب الغرة مع الدية لان الجنين
مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا القته ميتا وهي
بالحيوة ولنا ان موت الام سبب موته ظاهرا لان
حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيختص موتها
فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال
فيه اقل فلا يضمن بالشك وان القته حيا بعد
ما مات يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه
قتلها فصار كما اذا القته حيا وماتا قال
رحمه الله وما يوجب فيه يورث عنه ولا يرث
الضارب فلو ضرب بطن امراته فالقته ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها وانما يورث
لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيورثها
ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيا لانه قاتل
مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال
رحمه الله وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر
قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو انثى وقال
الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه
وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل وهذا
وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو

الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير
له في الشرع والدليل على انه بدل نفسه انه لا قيمة
له في الشرع واجمعت ان لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان
الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد
ذلك انما وجب في جنين الحرة موروث ولو
كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان
في ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان في ضمان
النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر
فاذا ثبت انه ضمان النفس كان ديته مقدرة بنفس
الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم
ان الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين
ان لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا
ونصف عشر ديته ان كان انثى فكذا في جنين
الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان
مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب
نصف عشر قيمته ان كان انثى وعن ابي يوسف
انه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك
اعتبارا بجنين البهيمة وهذا على اصله يستقيم
لان الضمانية في قتل الرقيق ضمان مال عنده
مطلقا وهذا يجاوز به دية الحر عنده والاول
هو الظاهر اعتبارا بالحرة لان الوجوب للصيانة
وهما في الحاجة اليها سواء هذا اذا كان الجنين
من غير مولاها ومن غير المغرور واما اذا كان

من

من احدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا او
انثى لانه محرز قال رحمه الله فان حرره سيده بعد
ضربه فالقته ميتا ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية
وان مات بعد العتق لان الوجوب بالضرب والضرب
صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا
له وهو حي فاعتبرنا حاليتي السبب والتلف
فاوجبنا عليه قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه
في الحال وكان ينبغي ان يجب ما نقص بضربه ابي
ان يوجد العتق كما لو قطع يد عبد او جرحه
فاعتقه المولى ثم مات يجب عليه ارش اليد والجرح
وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع
السراية لكن اعتبرنا الحالتين فجعل كان الضرب
لم يوجد في حق الجنين لان المقصود بالضرب
الام واوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا
له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فاعتقه
المولى ثم رمى عليهم السهم فمات فانه يجب عليه
القيمة للمولى لان الرمي ليس بجناية على ماله
يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال
به بخلاف القطع والجرح لانه جناية في الحال
والعتق سرايتها ومع هذا يجب القيمة دون الدية
لانه يصير قاتلا له من وقت الرمي لانه الفعل
المملوك وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا
معنى قوله ضمن اي الدية ليس هو من الجامع

الا بعد الانفصال حيا ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف
من جرح عبدا عتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به
حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا تقتل
به في حق الجنين مضمونا الا بعد الانفصال فاشبه
الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي
اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد
يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير
مضروب لان العتق قاطع للسراية قال رحمه الله
ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي تجب الكفارة لانه
نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة
ولنا ان الكفارة فيها العقوبة لانها شرعت زاجرة
وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد
عرف وجوبها في النفس المطلقة فلا يتعداها
لان العقوبة لا يجري فيها القياس وقول الشافعي
متناقض فيه لانه كان يعتبره جراحتي اوجب
عليه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا حتى اوجب
عليه الكفارة وتحت اعتبارنا من وجه وقد
لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان
الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا التزع بها هو لانه
ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى كان
افضل له ويستقم الله تعالى مما منع من الجريمة
العظيمة والجنين الذي استبان بعض خلقه
كالتام في جميع ما ذكرنا من الاحكام لاطلاقها

روينا ولانه ولد في حق الاحكام كالموءودة الولد
وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في
حق هذا الحكم ولانه به يتميز من العلقة والمدر
فلا بد منه قال رحمه الله وان شربت دواء لتطرحه
او عالجت فرجها حتى اسقطت فمن عاقلتها الغرة
ان فعلت بلا اذن لانها اتلفته متعدية فتجب
عليها ضمانه ويتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث
في من الغرة شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل
لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج
حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي ولو فعلت
ام الولد ذلك بنفسها حتى اسقطت فلا شيء عليها
مالم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك
لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه
تبين انه لبس بمالك لها وانه مغرور وولده
المغرور حر الاصل وهي متعدية بذلك الفعل صارت
قاتلة فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت
سلم الجارية وان شئت اندها لانه الحكم في جناية
المملوك والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال رحمه الله ومن اخرج الى طريق العامة كنيفا او ميزابا
او جرصنا او دكانا فكل من زعه اي كل واحد
من اهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم
العاقل البالغ الحر والذمي لان كلهم في المرور

بنفسه وبدا وبه فيكون له الخصومة بنفسه كما في
الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم
حيث لا يومر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور
عليه لا تعتبر في ماله بخلاف الذمي هذا اذا بنى
لنفسه اما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا
ينقض كذا روى محمد رحمه الله وقال اسمعيل
الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل
ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى الخصومة لانه
لو اراد به ازالة الضرر عن الناس لبدا بنفسه
وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت ثم
الكلام في هذه المسيلة في ثلاث مواضع احدها
في انه هل يحل له احداثه في الطريق ام لا والثاني
في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه
بعده والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الاشيا
اما الاحداث فقد قال شمس الايمة ان كان الاحداث
يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان
لا يضر باحد لسعة الطريق جاز احداثه فيه
ما لم يمنعه منه لان الانتفاع في الطريق بالمرور
فيه من غير ان يضر باحد جايز فكذا ما هو مثله
فيلحق به اذا احتاج اليه واذا اضر بالمارة لا يحل
له لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير
اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تاخيره

وعلى

وعلى هذا العقود في الطريق للبيع والشرا يجوز ان لم
يضر باحد وان اضر لم يجز لما قلنا وله الخصومة
فيه فقال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس ان
يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع
سوا كان فيه ضررا ولم يكن اذا وضع بغير اذن
الامام لا فتياته على رايه لان التدبير في امور
العامة الى الامام وعلى قول ابي يوسف لكل
احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه
بالوضع صار في يده خاصة والذي يخاصمه بعد
ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر
من نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع
لانه ليس فيه ابطال ايديهم العامة وادخاله
في يده الخاصة فكان لكل ان يمنعه من ذلك
وذلك على قول محمد رحمه الله ليس لاحد ان يمنعه
قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس
لانه ماذون له في احداثه شرعا الا ترى انه يجوز
له ذلك فصار كما اذا اذن له الامام بل اولى لان
اذن الشرع اجرى وولايته اقوى فصار كالمرور
حتى لا يجوز لاحد ان يمنعه منه وجوابه ان
هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم
منعه وان كان جايزا في نفسه بخلاف المرور
فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه
قال رحمه الله وله التصرف في النافذ الا

اذا اضر بي لسان يتصرف باحداث الحرص وغيره
مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة
قال رحمه الله وفي غيره لا يتصرف الا باذنهم
اي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف احد باحداث
ما ذكرنا الا باذن اهله لان الطريق التي ليست
بنافذة مملوكة لاهلها فلهم فيها شركا وحقا يستحقون
بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه
الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضر بهم
اولم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه
ملك فيجوز الانتفاع به مالم يضر باحد ولانه
اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيه
يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد
كانه المالك وحده في حق الانتفاع مالم يضر
باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى
ارباب حقوقهم ممكن فبقي على اصل الشركة حقيقة
وحكما قال رحمه الله فان مات احد بسقوطه
في بئر حفرها في طريق او وضع
حجرا فتلف به انسان او دابة او مات انسان بسقوط
ما ذكره من كنيف او ميزاب او جرصف فديته
على عاقلته من اخرجه الى الطريق لانه سبب
لحلوله لانه متعد في احداث ما يتضرر به المارة
باشغال هو الطريق به او باحداث ما يحول
بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان

ولو

ولو عثر بما احدثه رجل فوقع على آخر فمات فديتهما
على عاقلته من احدثه لان الواقع كالمدفوع على
الاخذ ولو سقط الميزاب فاصاب ماله ضمان في الداخل
رخلا فقتله فلا ضمان على احد لانه وضع ذلك في
ملكه فلا يكون متعديا فيه وان اصابه ماله ضمان خارجا
منه فالضمان على من وضعه لانه متعد فيه بشغل
هوا الطريق ولو اصابه الطرفان وعلم ذلك
وجب النصف وهدر النصف فصار كما لو اخرجه
انسان وسبح ومات منها ولم يعلم اي طرف اصابه
في القياس لا يجب عليه شيء لانه اصابه ماله ضمان
خارجا ما يضمن وان اصابه ماله ضمان داخلا لا يضمن
فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا
بيقين وفي الشغل شك وفي الاسخمان يضمن
النصف لانه في حال يضمن الكل وفي الشغل شك
حال لا يضمن شيا فيضمن النصف ولا يقال ينبغي
ان يضمن ثلاثة ارباع الدية لانه لا يضمن في
حالة النصف وهو ما اذا اصابه الطرفان فينتصف
فيكون مع النصف ثلاثة ارباع لان احوال الاصابة
حالة واحدة فلا يتعدد لاستحالة اجتماعهما
بخلاف حالة الحرمان ولو اشرع جناحا الى الطريق
فرباع الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق فرباع الخشبة وتركها حتى عطب
بها انسان فالضمان على البايع لان فعله لم ينسخ

بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحايط المايل اذا
باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري
على انسان حيث لا يضمن البايع ولا المشتري لان
المشتري لم يشهد عليه وهو شرط في الحايط المايل وفي
حق البايع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط
لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه على ملكه لانه لا يتمكن
من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال
هوا الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق
بعد البيع فيضمن الا ترى ان ذلك الاشغال لو حصل
من غير مالك كالمستاجر او المستعير او الغاصب
يضمن وفي الحايط لا يضمن غير المالك ولو وضع
في الطريق جمرا فاحترق به شي يضمنه لانه
متعد فيه ولو حركت الريح عين الجمر فحولته
الى موضع اخر فاحرق شيا لا يضمن لنسخ الريح
فعله بالتحويل وان حركت الشرار يضمن عند
بعضهم لان العين باقية فلم ينتسخ فعله فكانت
الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا فيضمن
وان حولته ايضا لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته
وقد افضى اليها فيضمن كمباشرته او بمنزلة دابة
جالت في رباطها ولو استاجر رب الدار الغلة
لاخراج الجناح او الظلة فوقع قبل ان يفرغوا
من العمل فقتل انسانا فالضمان عليهم لان التلف
بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار الغلة

لاخراج

لاخراج الجناح او الظلة فوقع قبل فراغهم منه فانقلب
فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون
الارث بخلاف ما تقدم من المسايل من اخراج
الجناح او الميزاب او الكنيف الى الطريق فقتل انسانا
بسقوطه حيث لا تجب الكفارة ولا يحرم الارث
لانه تسبب وهذا مباشرة والقتل غير داخل في
عقده فلم يستند اليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الاسلام
هذا على وجوه اما ان قال لهم ابنوا الي جناحا
على فنا داري فانه ملكي اولى فيه حق الشرع
الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة ثم ظهر
بخلاف ما قال ثم سقط فاصاب شيا فالضمان على
الاجر او يرجعون بالضمان على الامر قياسا
واستحسانا سوا سقط قبل الفراغ من العمل او بعده
لان الضمان وجب على العامل بامر الامر فكان له
ان يرجع به عليه كما لو استاجر شخصا ليذبح له
شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق
ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر فكذا
هذا واما ان قال لهم اشرعوا الي جناحا على فنا
داري واخبرهم انه ليس له حق الاشراع في القديم
او لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فاتلف شيا ان
سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا
به على الامر قياسا وان سقط بعد الفراغ من
العمل فكذلك في جواب القياس لان المستاجر امرهم

بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد امره فلم
يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر رجلا
ليذبح شاة جار له واعلمه فذبح ثم ضمن الذابح
للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استاجرهم
ليبنوا بناء في وسط الطريق ثم سقط فاتلف
شيئا لم يرجعوا به على الامر وفي الاستحسان يكون
الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث
ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه
يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير
مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان
الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ
من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على
العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه
الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل
الفراغ لان امر الامر انما يصح من حيث انه يملك
الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له ذلك بعد
الفراغ من العمل وقوله كما لو حفر بيرا في طريق
او وضع حجرا فتلف به انسان اي القتل بسقوط
الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البير ووضع الحجر
في الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا
تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه
كحكمه فيما ذكرنا قال رحمه الله ولو بهيمة
فضمانها في ماله او لو كان الهالك في البير او بسقوط

الجرصن

الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تتحمل
ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبب بطريق
التعدي بخلاف ما اذا كان في ملكه لعدم التعدي
وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه
انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم
يحدث فيه شيئا وانما لم قصد اماطة الاذى عن
الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها
انسان ضمن لوجود التعدي بشغله الطريق ولو
وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس
او مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد
انتسخ وكذا اذا صب ماء في الطريق او رش او توضا
فعطب به نفس او مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف
ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها
او قعد فيها او خشبة او متعة لان كل احد من
اهله ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى
كما في الدار المشتركة غير انه لا يضمن في السكة
ما نقص في الحفر وفي الدار المشتركة يضمن لان
شريكه ملكا حقيقة في الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم
بخلاف السكة قال هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق فيه عادة واما اذا تجاوز المعتاد لا يضمن ولو
تعمد المرور في موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن
الراش لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب

في البير من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان
بغير عمله بان كان ليلا او اعمى وقيل يضمن مع العلم
ايضا اذا ارش في جميع الطريق لانه مضطر في المرور
فيه وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
اخذها جميع الطريق او بعضه ولو رش فيها حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا
ولو استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته
فاصاب انسانا فمات فان كان بعد فراغه يجب
على الامر استحسانا وان بنى في وسط الطريق
فالضمان على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة
في الطريق فان امره السلطان بذلك لا يضمن
لانه غير متعد فيه لان له ولاية في امور العامة
وبغير امره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدي
لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة
وكذا الجواب على التفصيل في جميع ما فعل في طريق
العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء
داره كذاره حتى لا يضمن ما عطب بحفره فيه لان
له ذلك لمصلحة داره والفناء في ظهره وقيل هذا
اذا كان الفناء مملوكا وكان له حق الحفر بان اذن له
الامام وكان لا يضر باحد لانه غير متعد فيه اما
اذا كان بجماعة المسلمين او كان مشتركا بان كان في
سكة غير نافذة يضمن لانه مسبب متعد وهذا
صحيح ولو وقع رجل في البير المحفورة في طريق العامة

تمات

تمات فيه جوعا او عطشا او غما فلا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة لانه مات بفعل في نفسه والضمان
انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف في
الجوع كذلك وان مات غما يجب الضمان على الحافر
لانه سبب الغم اما الجوع والعطش فلا يختص بالبير
وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لان ذلك حصل
بسبب الوقوع ولولا ذلك لتناول الخبز والماء
قال رحمه الله ومن جعل بالوعة في طريق بامر
السلطان او في ملكه او وضع خشبة فيها اي في الطريق
او قنطرة بلا اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها
لم يضمن لان حفر البالوعة باذن الامام في الطريق او
في ملكه ليس بتعد ووضع الخشبة بلا اذن الامام
اذ وجد التعدي منه فيها لكن تعمد المرور عليها
يقطع الى الواضع لان الواضع سبب والمار مباشر
فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبب معه
وقد بيناه وامثاله فيما مضى وان استاجر اجيرا
يحفر له في غير فنائه فضمانه على المستاجر ولا شيء
على الاجير ان لم يعلم انها في غير فنائه لان امره به
قد صح اذا لم يعلم فتنقل فعله الى الامر لانه مغرور من
جهته فصار كما لو امر اخذ بيد هذه الشاة فذبحها
ثم ظهر ان الشاة لغيره لا انه في الشاة يضمن المامور
ويرجع به على الامر لكونه مغرورا من جهته وهنا
يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد سبب

والاجير غير متعد فرجح جانبه فان علم بذلك فالضمان
على الاجير لان امره لم يصح لانه لا يملك ان يفعل بنفسه
ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فيبقى الفعل مضافا
اليه ولو قال له هذا فنائي وليس لي حق الحفر
فيه فحفر فمات فيه انسان فالضمان على الاجير
لانه علم بفساد الامر فلم يغرهم وفي الاستحسان
الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة
كونه ملكا له لاطلاق يده في التصرف فيه من القا
الطين والركوب وبنا الدكان فكان امرا بالحفر
في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فلذا ينتقل اليه
وقال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه
للعامل ضمنوا سوا قال لهم انه لي او لم يقل لعلمه
بفساد امرهم قال رحمه الله ومن حمل شيا
في الطريق فسقط على انسان ضمن سوا تلف بالوقوع
او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق
على راسه او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط
السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الصيد
قال رحمه الله ولو كان ردا قد لبسه فسقط لا
اي لو كان المحمول ردا قد لبسه فسقط على انسان
فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشي المحمول
ان حامل الشي يقصد حفظه فلا يخرج بالتقييد
بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا مطلقا
وعن محمد رحمه الله اذا لبس زيادة على قدر الحاجة

او

او ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد
في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط
الضمان باعتبارها لعموم البلوى قال رحمه الله
مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه
بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان
كان من غيرهم ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يضمن لان هذه قربة يثاب عليها
الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم
وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب
التمكين من اقامة الصلاة فيه فتكون من باب
التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه اهل
المسجد وغيرهم وله ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد
لاهله دون غيرهم كنصيب الامام واختيار المتولي
وفتح بابه واغلاقه وتكرر الجماعة حتى لا يعتد
بمن سبقهم في باب الكراهية وبعدهم يكره فكان
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة
وفعل غيرهم مقيد بها وقصد القربة لا ينافي
الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد بالشهادة
على الزنا كما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى
او لدفع الظلم فعثر به غيره يوجر على ذلك ويغرم
والطريق فيه الاستيذان من اهله وقال الحلواني
اكثر المشايخ اخذوا بقولهما وعليه الفتوى
وعن ابن سلام ناني المسجد اولى بالعمارة والقوم

او في نصب الموذنين وعن الاسكاف لبابي احق
بذلك قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب والقوم
يرون من هو اصلح لذلك قال رحمه الله وان جلس
فيه فعطس به احد ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان
فيها لا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم
او للصلاة او نام فيه في الصلاة او في غيرها او مر
فيه او تام للصلاة فيه او قعد فيه للحديث فهو
على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف في
وصلاة الفرض كالتطوع بالاجماع لهما ان المساجد
بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وانتم
عاكفون في المساجد فاذا بنيت لهما لا يمكنه اداء
الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس
فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة
في الصلاة لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة في
الصلاة مادام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة
القرآن عبادة كالذكر فيتناولهما ولابي حنيفة ان
المسجد بني للعبادة والصلاة وغيرها من
العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلي
كان له ان يزجر العاقد عن موضعه حتى يصلي
فيه وان كان العاقد مشتغلا بذكر الله تعالى
او بقراءة القرآن والتدريس ومعتكفا وليس لاحد

ان

ان يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق اليه لما انه
بنيت لهما واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع
السجود وفي العادة ايضا لا يعرف بنا المسجد الا
للصلاة فاذا كان للصلاة كذلك فلا بد من اظهار
التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة تبلحا
مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها
مقيدا بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل
وبين التبع ولا يبعد ان يكون الفعل قربة مقيدا
بشرط السلامة الا ترى ان من وقف في الطريق
لاجل اصلاح ذات البين يكون قربة في نفسه
ومع هذا يضمن اذا اتلف به شيء ولا فرق فيه بين
ان يكون الرجل من اهل المسجد او من غيرهم في
الصحيح وذكر صدر الاسلام الاظهر ما قالاه لان
الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان
ما ثبت ضرورة الشيء يكون حكمه حكمه وذكر شمس
الائمة ان الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الجالس
لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل
لا يكون له اختصاص كقراءة القرآن ودرس الفقه
والحديث وذكر الفقيه ابو جعفر في كشف الغوامض
سمعت ابا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن او مستفتيا
لا يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة انه اذا تعمد
فيسحدث او نام او قام فيه لغير الصلاة او من
فيه او الاعتكاف او قراءة القرآن او التدريس

او للذكر اختلف المتاخرين فيه على قوله فقال بعضهم
يضمن وإليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن
وإليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني حكي ذلك كله في
النهاية **فصل في الحايط المايل** قال رحمه الله
حايط مايل الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به
من نفس او مال المطالب بنقضه مسلم او ذمي ولم
ينقضه في مدة يقدر على نقضه وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا
مباشرة شرط او سبب لان البناء كان في ملكه مستقيما
والميلان وثقل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما
اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروي عن علي
رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم
من ائمة التابعين ولان الحايط لما مال فقد اشغل
هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم
اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع
مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع بثوب
انسان في جره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم
اذا طولب حتى يضمن هلاكه في يده بعده بخلاف
ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة الثوب قبل الطلب
ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ
فتنقطع المارة خوف الوقوع عليهم فيتضررون
بذلك ودفع هذا الضرر العام واجب وله تعلق

بالحايط

بالحايط لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من
ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى
الكفار وان تترسوا بصبيانا المسلمين وكقطع اليد
المتآكلة ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة
لانها تحمل تحقيقا كيلا يودي الى الاستيصال
فهو احق بذلك لانه جنايته دون الخطأ فيكون
ادعى الى التخفيف وقال محمد رحمه الله لا تحملها
العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء
على التقدير اليه في النقض وعلى انه مات
بالسقوط على الدار له لانا قراره لا يكون حجة
على غيره والملك الثابت باليد لا يصلح حجة
للاستحقاق وما تلف من الاموال فضمانه عليه
لان العاقلة لا تعقل المال والشرط طلب النقض
منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من
اثباته عند جحوده او جحود عاقلته فكان من
باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة
لا سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح
ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض
مثل ان يقول لمن حايطك هذا مخلوف او ما
يدل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيا او اهدمه
فانه مايل صح الطلب وصار اشهادا اذا كان بحضرة
الشهود وكذا اذا قال اشهدوا اني تقدمت الى
هذا الرجل في هدم حايطه هذا صح ايضا ولو

قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد
بل هو مشورة ويشترط ان يكون التقدم الى من له
ولاية التفريغ كالمالك وابي الصبي في ملك الصغير
او الجد او العبد التاجر كان عليه دين اولا والتالف
به يكون في رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة
المولى والى الراهن في الدار المرهونة لانه القادر
على القدر والى المكاتب ثم ان تلف حال بقا الكتاب
يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على
عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب احد لعدم قدرة
المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى
من يسكنها باجارة او اعارة او الى المرتهن او المستاجر
او المودع لا يعتد به حتى لو سقط واتلف شيا لا
يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية
الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد
الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض
ويشترط للضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقض
بعد الاشهاد حتى اذا اشهد عليه فسقط من ساعته
قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته
على النقض ولا يصح الاشهاد قبل ان يهيئ الحايط
لانعدام التعدي ابتدا وانتها ويقبل فيه شهادة
رجل وامراتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل
وسوى في المختصر ان يكون المطالب بالنقض
مسلما او ذميا لان الناس كلهم شركا في المرور فيصح

التقدم

التقدم اليه من اي من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا
او مكاتبا ذكرا كان او انثى لانه مطالبة حق فلا
يختص باحد من الاهل بخلاف العبيد والصبيان
المحجور عليهم لانهم باهل لمطالبة حقهم فكذا الحق العامة
الا اذا اذن لهم المولى والولي في الخصومة فحينئذ
جاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا بالحر البالغ
ثم بعد هذا الاشهاد تكون الخصومة عند السلطان
او نايبه كما في ساير الخصومات قال رحمه الله
وان بناه مايلا ابتدا ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب
لانه تعدى بالبنا فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر
وحفر البير في الطريق قال رحمه الله وان مال
الى دار رجل فالطلب الى ربها لان الحق له على الخصومة
وان كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له
المطالبة لازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل
هواها قال رحمه الله فان اجله وابراه صح
بخلاف الطريق اي ان اجله صاحب الدار او ابراه
جاز تاجيله وابراوه حتى لو سقط في الابرا وقبل
مضي المدة في التاجيل لا يضمن لان الحق له على ما
ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فاجله
القاضي او من اشهد عليه او ابراه حيث لا يصح التاجيل
والابرا الا في حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين
وليس للقاضي ولا لغيره ان يبطل حقهم وهو المراد
بقوله بخلاف الطريق والساكن في الدار كالمالك

فيه حتى يصح تاجيله وابراؤه لما ذكرنا قال رحمه
الله حايط بين خمسة اشهد احدهم فسقط على رجل
ضمن خمس الدية دار بين ثلاثة حفر احدهم فيها
بيرا او بنى حايطا فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف
الدية في الفصلين لان التلف بنصيب من اشهد عليه
معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفي الحفر باعتبار
ملكه غير متعد فكانا قسمين فانقسما عليهما نصفين
كما اذا هلك بجرح رجل ونهش حية وعقر الاسد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت حصل بعلة واحدة
وهي الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصله ذلك ليس
بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على
حدة فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف التلف
الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك
بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها
للتلف صغرت الجراحة او كبرت على ما عرف في موضعه
الا ان التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية
فان قيل الواحد من الشركا ان يهدم شيا من الحايط
فكيف يصح التقدم اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم
نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة
الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة
الضرر باي طريق كان ولا يتعين بالهدم ولو وقع
الحايط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان

بنقضه

بنقضه فمات ضمن لان ازالة الشغل بخلاف ما اذا ما
سقط الحايط على انسان ومات فعثر في القتيل
غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني بخلاف
ما لو كان مكان الحايط جناح والمسيلة بحالها
حيث يضمن القتيل الثاني ايضا لان وضع الجناح
جناية اذ الوضع فعله فصار كانه القاه عليه بيده
ولهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيه فيكون الثاني
مضافا اليه كالاول فيجب عليه تفريغ الطريق
عن القتيل ايضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفي الحايط
لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل بترك النقض
استحسانا فيظهر ذلك في حق الاول دون الثاني
فلم يكن سقوط القتيل الا الاول في حق الثاني
بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه الا ترى انه لو باع
الحايط او النقض برئ من الضمان ولو كان بفعله
ما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بحرة كانت على
الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان
التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ
اليه وان كانت ملك غيره لا ولو سقطت الحرة وحدها
لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها ذكره في
النهاية وعزاه الى المبسوط

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

قال رحمه الله ضمن الراكب ما وطيت دابته بيد او رجل
او راس او كدمت او خبطت لا ما نفحت برجل او ذنب

الا اذا اوقفها في الطريق والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه
المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه
من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين
الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل
النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه فيما لا يمكن
لان تقييده بها مطلقا يودي الى المنع من التصرف
وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الاعطاب والكدم
والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير
فقيدناه بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن
النخلة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم يقيده
بها وان اوقفها في الطريق ضمن النخلة ايضا لانه
يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النخلة
فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه
وهو المراد بقوله الا اذا اوقفها في الطريق او نقول
ان الطريق تشبه ملكه من حيث المرور فيه مباح له
ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس ملكا يطلق له
التصرف فوقفنا عليه حظ الشبهين فجعلناه كملك
غيره في حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه في حق ما لا يمكن
كيلا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم في الطريق
وفي ملكه لا يضمن شيا من ذلك الا عطا وهو راكبها
لان الاعطاب اثرة لانه قتله بثقله حقيقة حتى يحرم الميراث
ويجب عليه الكفارة به وغيره تسبب وفيه يشترط
التعدي فصار كحفر البير في ملكه وفي المباشرة لا يشترط

وان

وان كان في ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان
في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي من غير
ان يدخلها هو ولم يكن هو معها لم يضمن شيا وان
ادخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معروفا او لم يكن
لوجود التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه
فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء السير والايقاف فيه
وباب المسجد كالطريق في الايقاف ولو جعل الامام
موضعا للوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان
فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة
في سوق الدواب لانه ماذون له من جهة السلطان
وكذلك المفازة وطريق مكة اذا وقف في غير المحجة
وان اصابت يدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غبارا او حجرا صغيرا فتقاعسا لم يضمن ولو كان كبيرا
ضمن لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر
لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة
ممكن وانما يكون ذلك من قلة مدابة الراكب فيضمن
قال رحمه الله وان راثت او بالت في طريق لم
يضمن من عطب به وان اوقفها لذلك وان اوقفها
لغيره ضمن لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول
فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف فيه فيما اذا
راثت او بالت وهي تسير وكذا اذا اوقفها لذلك
لانه من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد
بقوله وان اوقفها لذلك وان اوقفها لغيره فبالت

او الى فخطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف
اذ ليس هو من ضرورات السير وهو الكر ضرارا ايضا
من السير لكونه ادوم به وهو المراد بقوله انا وقفها
لغيره ضمن قال رحمه الله وما ضمنه الراكب ضمنه
السايق والقايد اي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه
الفعلان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنا به
ضمنه الراكب السايق والقايد يطرد وينعكس
في الصحيح وذكر القدوري ان السايق يضمن النفحة
بالرجل لانها بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها
مع السير وغايبة عن بصر الراكب والقايد فلا
يمكنها التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه
الاول وعليه اكثر المشايخ ان السايق ليس له على
رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها
بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رحمه الله
يضمنون كلام النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله
عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل
قال رحمه الله وعلى الراكب الكفارة لا عليهما
اي لا على السايق والقايد ومراده بالايطا ان
الراكب باشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع
له فان سير الدابة مضاف اليه وهو الة له وهما
مسيبان لانه لا يتصل فعلهما بشيء من المحل وكذلك
الراكب في غير الايطا والكفارة حكم المباشرة لاحكم

التسبب

التسبب وكذا يتعلق بالايطا في حق الراكب حرمان
الميراث والوصية دون السايق والقايد لانه يختص
بالمباشرة ولو كان سايق وراكب قبل لا يضمن السايق
ما وليت الدابة لانه مباشر فيه لما ذكرنا والسايق
مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان
عليهما لان ذلك سبب الضمان الا ترى ان محمدا رحمه
الله ذكر في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فخس الماشور
الدابة ووطيت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا
في الضمان فالناخس سايق والامر راكب فتتبين
بهذا انهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب
عما ذكر في الاصل ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر
اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده فيشتركان
في الايتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا
بدون الالقاء واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان
والتلف منه كان السوق متلفا وان لم يكن على الدابة
راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند
الالقاء وجد التلف بهما فاضيف الى اخرهما كمسيلة
السفينة اذ كل واحد لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه
يعمل فيشتركان قال رحمه الله ولو اصطدم
فارسان او ماشيان ضمن كل واحد دية الاخر وقال
زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الاخر روي ذلك عن علي ابن ابي
طالب رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله

وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا
كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه او حفر على قارعة الطريق بيرا فانهدم
عليهما او وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا
هذا ولنا ان موت كل واحد منهما يضاف الى فعل صاحبه
لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا
يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح
مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك يوجب نصف
الدية فيما اذا وقع في بير في قارعة الطريق لانه
لولا مشيه وثقله في نفسه لما تلوى في البير
وفعل صاحبه ان كان مباحا لكنه مقيد بشرط
السلامة في حق غيره فيكون سبب للضمان عند وجود
التلف به وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب
في الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضتا
روايتان فرجحنا بما ذكرنا او يحمل ما روي عليه
اوجب النصف على انهما تعمدا ذلك فانه في العمد
يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على ما
نبينه ويحمل ما روي عنه اوجب كل الدية على الخطا
توفيقا بينهما وما استشهد به من الاصطدام عمدا لو
جرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البير في
الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر
في حق نفسه ايضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا
الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطا في الحرين

ولو

ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت
برقبته دفعا وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل
يصير المولى به مختارا للفدا ولو كان احدهما حرا
والاخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد
كلها في الخطا ونصف قيمته في العمد ويأخذها
ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد
على القيمة او نصفها لان الواجب كان على رقبة
العبد فيبطل بموته الا قدر ما اخلف وهو القيمة
او نصفها فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل
ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله ومحمد لان قيمة العبد المقتول تجب على
العاقلة على اصلهما لانه ضمان الادمي واذا تجاذب
رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا ينظر
فان وقعا على القفا لا يجب لهما دية لان كل واحد
منهما مات بقهر نفسه وان وقعا على الوجه وجب
دية كل واحد منهما على عاقلة الاخر لان كل واحد
منهما مات بقهر صاحبه وان وقع احدهما على القفا
والاخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له
والذي وقع على الوجه فديته على عاقلة الاخر
وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما
على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع قال
رحمه الله ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا ساير ذواته كاللجام ونحوه

لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير وهو
ترك السدا والاحكام في السدا فصار كانه القاه في
الطريق بيده بخلاف الرد لانه لا يقصد حفظه عادة فلا
يقيد بشرط السلامة ولان الناس تبع للابس وهو لو
وقع في الطريق وعثر به انسان لانه يلزمه الضمان
فكذا اذا عثر بلباسه قال رحمه الله وان قاد
قطارا فوطي بعير انسانا ضمن عاقلة القايد الدية
اي القايد عليه حفظ القطار كالسايق وقد امكن
التحرز فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبب
بوصف التعدي سبب للضمان غير ان ضمان النفس
على العاقلة وضمان المال عليه في ماله قال
رحمه الله فان كان معه سايق فعليهما اي اذا كان
مع القايد سايق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوايهما
في التسبب لان قايد الواحد قايد للكل وكذا
سايقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السايق
في جانب الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد
يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان
ما تلف بما هو قدامه لان القايد لا يقود ما خلفه
السايق لانفصال الزمام والسايق يسوق ما هو
قدامه ولو كان رجل راكبا بعير وسط القطار
ولا يسوق فيها شي لا يضمن ما اصابت الابل التي
بين يديه لانه ليس بسايق لها وكذا ما اصابت
الابل التي خلفه لانه ليس بقايد لها الا اذا كان

اخذا

اخذا بزمام ما خلفه اما البعير الذي هو راكبه فهو
ضامن لما اصاب فيجب عليه ما على القايد غير ما
اصابه بالايطا فان ذلك ضمانه على الراكب وحده
لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشر
على ما بيناه قال رحمه الله وان ربط بعيرا على
قطار رجع عاقلة القايد بدية ما تلف به على عاقلة
الرابط اي اذا ربط رجل بعيرا على قطار والقايد
لذلك القطار لا يعلم فوطي البعير المربوط انسانا
فقتله فعلى عاقلة القايد ديته لانه يمكنه ان يصون
عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا
بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة
كما في قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط
لانه هو الذي اوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على
القايد والرابط ابتدا مع ان كل واحد منهما تسبب
لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط
لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان
وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا ربط والقطار
يسير لان الرابط امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم
لا يمكن منه عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب
الضمان عليه ليتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم
فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل
واقفة ضمنها عاقلة القايد ولا يرجعون به على
عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه

لا ضربا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد غاية الامر
ان يقال انه متعديا بالربط والايقاف على الطريق
لكن دل ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوله
غيره وكذا اذا علم القايد بالربط لا يرجعون على
عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القايد
رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع
به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافي
السبب ولا الضمان الا انا استحسناه في الرجوع
لما ذكرنا قال رحمه الله ومن ارسل بهيمة وكان
لها سايقا فاصابت في فورها ضمن لانه الحامل
فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره
فيما لا يصلح آلة له والمراد بالسوق ان يمشي خلفها
معها وان لم يسق وذكر في النهاية ان المراد بالبهيمة
الكلب قال رحمه الله وان ارسل طيرا او كلبا
ولم يك سايقا له او انفلتت دابة فاصابت
مالا او ادميا نهارا او ليلا لا اي لا يضمن في هذه
الصور كلها اما الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه سوا فلا يضمن مطلقا
بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر
فيها السوق ومن ثم قالوا لو ارسل بازيا في
الحرم فقتل لا يضمن المرسل واما الكلب فلانه وان
كان يحتمل السوق حقيقة بان يمشي خلفا ولا
حكما بان يصيب على فور الارسال والتعدي

يكون

يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل ان الفعل
الاختياري يضاف الى فاعله ولا يضاف الى غيره
الا انا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه
السوق فاضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس
والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقي على الاصل
ولا يجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة
نسبيا بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى صيد حيث يوكل
ما اصاب وان لم يكن سايقا له حقيقة ولا حكما
لان الحاجة مست الاصطياد فاضيف الى المرسل
ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفتر عنها اذ لا طريق
للاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد مشروع
ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فاضيف
اليه وان غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة اليه
في حق ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا
الى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح نايبا عن
المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في
فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه
ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة
او يسرة انقطع حكم الارسال بالوقفة ايضا
كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب
بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد
لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لان مقصوده

السير فينقطع به حكم الارسال بخلاف ما اذا ارسله
الى صيد فاصاب نفسا او مالا في قدره حيث لا يضمن
من ارسله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان
شغل الطريق قد فيضمن ما تولد منه واما الارسال
للاصطياد فمباح فلا تسبيب بوصف التعدي كذا
ذكره في الهداية وذكر قاضيخان ان رجلا لو ارسل
بهيمة وكان سايقها ضمن ما اصابت في فورها
وكذا لو ارسل كلبه وكان سايقا له يضمن ما اتلف
ولو لم يكن سايقا له لا يضمن وكذا لو اشلا كلبه على
رجل فعقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه
وقيل اذا ارسل كلبه وهو لا يبتغي خلفه فعقره
انسانا او اتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير
المعلم يذهب بطبع نفسه وان كان معلما ضمن ان مر
على الوجه الذي ارسله لانه ذهب بارسال صاحبه
اما اذا اخذ يمينا او يسرة فلا يضمن لانه لما مال
عن سنن الارسال انقطع حكم الارسال واكثر المشايخ
قالوا هذا في البهيمة واما في الكلب فلا يضمن وان ذهب
على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن
من اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل
كلب عقور يؤذي من مر به فلاهل البلد ان يقتلوه
وان تلف بجنيه على صاحبه الضمان ان كان تقدم
اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كالحابط المايل
ولو ان رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع

فليس على الطارح شئ الا التعزير والحبس حتى يتوب
واما انفلات البهيمة فلقوله عليه السلام الجماجبار اي
فعل الجماهير قال محمد في المتفلتة وهذا صحيح ظاهر
لان المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق او ملك
الغير والمرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا
ولان الفعل متقصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم
ما يوجب التسبيب اليه من الركوب واخواته قال
رحمه الله وفي فقئ عين شاة القصاب نقصان
لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان
قال رحمه الله وعين بدنة للحوار والحمار والفرس
ربع القيمة وقال الشافعي فيه النقصان ايضا
اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام
قضى في عين الدابة بربع القيمة وهذا قضى عمر
رضي الله عنه ايضا ولان فيها منافع شتى اللحم
كالركوب والزينة والحمل والحمل في هذه الوجوه
تشبه الادمي وقد تمسك لغيره كالاكل ومن هذا
الوجه تشبه المأكولات فجعلنا بالشبهين بشبه
الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نقص
النصف ولانها تما يمكن اقامة الفعل بها باربعة
اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات
اعين اربع فيجب الربع بفوات احدها وان تفاعيها
فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على القاتي وضمنه
القيمة كاملة وان شاء امسكها وضمنه النقصان

لان المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة ح ح ح

باب جناية المملوك والجناية عليه

اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها
الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى
ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وللمولى ان يتخلص بالفدا
ولهذا يبرا المولى بالهلاك ولو كان الواجب الاصلي
غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت فيه
الدفع الى الفدا قال رحمه الله جنايات المملوك
لا توجب الا دفعا واحدا لو محلا له والا فقيمة واحدة
واحدة اي جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته
اذا كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد
له شي من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد
والكتابة سوا كانت الجناية والا فقيمة واحدة
اي ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شي مما ذكرنا
توجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وان
تكررت الجناية وفي القن اذا جنى بعد الفدا
يخير المولى بين الدفع والفدا كالجناية الاولى وكذا
كلما جنى بعد الفدا يومر بالدفع او الفدا بخلاف
المدبر واختيه فانه لا يوجب الا قيمة واحدة
على ما نبينه في اثنا المسايل قال رحمه الله
جنى عبده خطا دفعه بالجناية او يملكه او فدا
بارشها اي اذا جنى العبد خطا فمولاه بالخيار ان
شا دفعه الى ولي الجناية فاذا دفعه ملكه ولي الجناية

وان

وان شا فداه بارشها وقوله خطا يحترز به من العمل
وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس
لانها اذا كانت عمدا توجب القصاص واما اذا كانت
على الاطراف فلا تفيد التقييد به اذ لا يجري القصاص
فيها بين العبيد والاحرار وقال الشافعي رحمه الله
جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا ان يقضي
المولى فيها الارش وثمرة الخلاف تظهر في ابتياع الجاني
عبده وعندنا لا يبيع الا في حالة الرق ولا بعد الحرية
والمسيلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن
ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر رضي الله عنه وعلي
رضي الله عنه مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية
اي يجب على الجاني لانه المتعدي قال الله تعالى فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد فتجب في ذمته كما في الذمي وتتعلق
برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا
ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني اذا
امكن الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق
الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر
من اهل ان يستحق نفسه عقوبة لا بطريق التملك
وللعبد ان يستحق بالطريقين فتصير نفسه مستحقة
للمجني عليه صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفدا
فيكون له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجني عليه
بل مقصود المجني عليه يحصل بذلك بخلاف اتلاف

المال فانه لا يستحق به نفس الجاني ابدا ولان الاصل
في موجب الجناية خطا ان يتباعد الجاني لكونه
معذورا ولكون الخطا مرفوعا شرعا تتعلق باقرب
الناس اليه تخفيفا عن المخطي وتوقيا عن الاجحاف
الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به
وباعتبار البصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على
اهل الديوان فتجب جنايته على المولى بخلاف الذمي
لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فتجب في
ذمته صيانة للدم عن الهدر بخلاف الجناية على
المال لان العاقلة لا تعقل المال الا ان المولى يخير
بين الدفع والفدا لانه واحد في اثبات الخيرة نوع
تخفيف في حقه كيلا يستاصل فيخير لان التخيير
مفيد والواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا
يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار
لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى
الفدا كما في مال الزكوة عند ابي يوسف ومحمد فان
الواجب جزء من النصاب وله النقل الى القيمة
فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث يبطل الموجب
بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفا فصار كالعبد
في صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا
لانه بدل العين وهو العبد وعين فلا يجوز التاجيل
في الاعيان وكذا اذا اختار الفدا يجب عليه حالا
لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقدرا بغيره

وهو

وهو المتلف ولهذا سمي فدا وايهما اختار المولى وفعله
فلا شي لمولى الجناية غيره واما الدفع فلان حقه متعلق
به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة
عنه واما الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه
حقه سلم العبد له وكان اذا اختار احدهما ولم يفعله
او فعل ولم يخيره قولا سقط حق المولى في الاخر لان
المقصود تعيين الحل حتى يتمكن من الاستيفا والتعيين
يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين
حيث لا تتعين الا بالفعل لان المقصود في حق الله
الفعل والحل تابع ضرورة وجوده فلا فرق بين ان
يكون المولى قادرا على الارش او لم يكن قادرا عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه اختار اصل حقهم في العبد
لان ولاية التعيين للمولى لا للاوليا وقالا لا يصح
اختياره الفدا اذا كان مفلسا الا برضى الاوليا لان
العبد صار حقا للاوليا حتى يضمنه المولى بالاتلاف
فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم او بوصول البدل
اليهم وهو الدية وان لم يختر شيا حتى مات العبد
بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا
مات بعد اختياره الفدا حيث لم يبرا المولى لتحول
الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال رحمه الله
ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية
كحكم الاولى لانه لما ظهر من الجناية الاولى بالفدا
حبل كانه لم يجب من قبل وهذه ابتدا جناية

قال رحمه الله ولو جني قبل ان يختار في الاولى شيا
او جنى جنايتين دفعه واحدة او جنايات قيل
لمولاه اما ان تدفعه بالكل او تفديه بارش كل واحدة
من الجنايات لان تعلق الاولى بر قبته لا يمنع تعلق
الثانية بها كالديون المتلاحقة الا تري ان ذلك
المولى لا يمنع تعلق الجناية بحق المجني عليه اولى
ان لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره
من الغرما والفرق ان الرهن ابقا واستيفا حقيقة
واما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لمولى الاولى بها
وذلك لا يمنع تعلق حق اخر به ثم اذا دفعه اليهم
اقتسموه على قدر حقهم وحق كل واحد منهم على
ارش جنايته وللولي ان يتخير من بعضهم ويا خذ
نصيبه من العبد ويدفع الباقي الى غيره لان الحقوق
صارت مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات
المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله
وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفدي من البعض
ويدفع الباقي الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد
سببه وهي الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد
لان الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك
التفريق في موجبها قال رحمه الله وان اعتقه
غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن
الارش ولو عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليق
عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك

معناه اذا جني عبد فاعتقه مولاه قبل العلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته العبد ومن ارش الجناية والاصل
فيه ميتا حادث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عليها بالجناية
يصير مختارا للفدا والا فلا فاذا علم ذلك حسبنا الى ما
ذكر في الكتاب قوله وان اعتقه غير عالم بالجناية
ضمن الى اخره وانما كان كذلك لانه في الاول فوت
حقه في اقلهما فيضمنه ولا يصير مختارا للفدا بهذا
العتق لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفي الثاني
صار مختارا للفدا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام
عليه اختيار منه للفدا وعلى هذا اذا باعه وهو لا
يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم
بالجناية صار مختارا للفدا لما قلنا وهو المراد بقوله
كبيعه يعني كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين
الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد
منها يمنع من الدفع لزوال الملك او التمليك بخلاف
الاقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية الاصل لانه
لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب
بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس
بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل
ان يكون صادقا فيذلك فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه
الفدا وتندفع الخصومة عنه ان اقام بينة انه للمقر
له وان لم يقم لم تندفع فيقال له اما ان تفديه
او تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفدا حقيقة لا يرجع

به على المقر له اذا حضر وصدقه انه له وان دفعه كان
المقر له بالخيار اذا حضر ان شا اجاز دفعه وان شا
فداه والحقه الكرخي بالتمليك كالبيع والهبة لانه
ملك المقر ظاهرا فيستحقه المقر له بالاقرار فاشبه
البيع ولا فرق في هذا المعنى بين ان تكون الجناية
في النفس او في الاطراف لان كل موجب للدفع فلا
يختلف وكذا لا فرق في البيع بين ان يكون باتا وبين
ان يكون فيه خيار المشتري لان الكل يزيل الملك
بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ثم نقضه او القرض
على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشتري
بالخيار اذا باع بشرط الخيار لم يصر مختارا للاجازة
به فوجب هنا ان يكون مختارا للفدا لانا نقول
لو لم يكن المشتري مختارا للزم منه بيع ملك غيره
وهنا لا يلزم ولانه يلزم في البيع الغرور وهنا لا يلزم
ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفدا بها لان
حكم الكتابة تعليق العتق بازا المال وفك الحجر عن
العبد في الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك
البيع الفاسد لانه حكمه وهذا الملك لا يثبت الا
بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له
ان يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل ان يقضي عليه
بالقيمة وبعدها لا يدفعه ولو باعه من المجني عليه
كان مختارا للفدا بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق
له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع

واعتاق

واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى
فيما ذكرناه لان فعل المامور فيه ينتقل الى الامر ولو
ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه جنس
جزا منه الا اذا زال النقصان قبل القضا بالقيمة
فكان له ان يدفعه بها لزوال المانع قبل تقرر القيمة
وبوطي البكر يكون مختارا بخلاف وطي الثيب من غير
اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب
حكمي عن التسليم اليه وليس فيه امساك
شي والاستخدام لا يختص بالملك فوجب ان يكون مختارا
به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطي خلاف زفر وهو
رواية عن ابي يوسف ووجهه انه دليل الامساك
فصار كوطي من له الخيار قلنا لو لم يكن دليل الامساك
في حق من له الخيار لكان واطيا ملك غيره ولا كذلك
في الجناية لان له ان يطاها ثم يدفعها بالجناية
اذ لا يتبين بالدفع ان الوطي وقع في غير ملكه الا ترى
انه لا يستحقه بزوايده ومن له يستحقه بزوايده
ويصير مختارا بالاجارة والرهن وفي رواية كتاب
العتاق لانهما لازمان فيكون محدثا فيه ما يعجزه عن
الدفع والاظهر انه لا يصير مختارا بهما للفدا لانه لم
يعجز عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة والرهن
لحق المجني عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا على
حقهما فيفسخا صونا لحقه عن بطلان البيع لان حق
المجني عليه لا يمنع تصرف المولى بحرية الملك فيثبت

للمشتري ملك صحيح والملك اقوى من الحق فلا يجوز
ابطاله بخلاف الاجارة والرهن بالاذن في التجارة
وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقض
الرقبة الا ان لمولى الجناية ان يمنع من قبوله لان
الدين من جهة المولى بعد ما تعلق به حقه فيلزم
المولى قيمته ولو جنى جنايتين فعلم احديهما دون الاخرى
وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا للفداء ان فعل
العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه
بفعل فلان ورميه ونحوه ان فعل ذلك اي كما يصير
مختارا ببيعه بعد العلم بها ويتعلق عتقه بما
ذكر من القتل ان فعل العبد ذلك والربي والسفج
يصير مختارا بالاعتاق بعد العلم بها وانما يصير
مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا الان او ان كلمه به
لاجناية للعبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد وبعد
الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا تري انه
لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف انه لا يطلق
ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق
لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا انه
علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط يتزل عند
وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا اعتقه بعد
الجناية الا تري ان من قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت طالق ثلثا ثم مرض
وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا ثم مرض

حتى

حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير
مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه
طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين
للمنع فلا يدخل تحت ما لا يمكنه الامتناع عنه ولان
مرضه على مباشرة الشرط تتعلق اقوى الدواعي الى
القتل والظاهر انه فعله وهذا دلالة الاختيار هذا
اذا علق بجناية توجب المال كالخطا وشبه العمد
وان علق بجناية توجب القصاص بان قال له ان
ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شيء
بالاتفاق لانه لا فرق بين الحر والعبد في القصاص
فلم يكن المولى منوتا حق ولي الجناية قال
رحمه الله عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه
فخرره فمات من ايد فالعبد صلح بالجناية فان لم
يخرره رد على سيده ويفاد لانه اذا لم يمتنعه وسري
ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال
وهذا العبد عن دية اليد غير واجبة وان الواجب
هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له
من مصالح عنه وهو المال ولم يوجد فبطل الصلح
والباطل لا يورث شبهة كولي مطلقته ثلاثا في
عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة
في درء الحد كذا هذا توجب القصاص واما اذا اعتقه
فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد
تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية

وما يحدث فهذا ابتدا وهذا لو نص عليه ورضي به جاز
فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث بها ابتدا على
العبد يقتضي الاقدام على الاعتاق والمولى ايضا
مصالحا معه على هذا الوجه راضيا به لانه لما رضي
بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن
الاعتاق واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتدا
والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى
والاولياء بالخيار ان شاءوا اعتقوا عنه وان شاءوا
تتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل
قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبده
ودفعه اليه فاعتقه المقطوع به ثم مات من ذلك
فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه
وقيل للاولياء اما ان تقتلوه او تعفوا عنه والوجه
ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة
ثم هذه المسيلة وهي مسيلة الصلح ترد المكاتب
على قول ابي حنيفة فيما اذا اعتق عن اليد ثم
سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب
القصاص هناك وفي هذه المسيلة قال يبطل
الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد
فان اعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب اما
اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسيلة الصلح
جواز القياس وما ذكر في مسيلة العفو

جواز

جواز الاستحسان فيكونا على القياس والاستحسان
وقيل بالفرق بينهما ووجهه ان الصلح عن الجناية
على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية
استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها واذا بقيت
الجناية يتوقر عليه عفوها وهو القصاص واما
العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان
بطل عن السراية الى النفس لكن يبقى شبهة لوجود
صورة العفو وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه
فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه ان العتق يجعل
صلحا ابتدا بخلاف العفو على قولهما ايضا
يرد في الصورتين لانهما كما ناياجعلان العفو
عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلاه
كذلك بل وجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه
صلحا ابتدا اذا اعتقه والله اعلم قال رحمه الله
جنى ماذون له مديون خطا خدمه سيده بلا علم عليه
قيمته لرب الدين وقيمته لولي الجناية لانه اتلفه
حقائق كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
اذ الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء تكذا عند
الاجماع ويمكن الجمع بين الحقين امينا من الوقيعة
الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية اولا ثم يباع
للغرماء فيضمنها للتفويت بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي
والمسيلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى
بحكم الملك في رقبته فلا يظهر في حق الفريقين

بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كان ما
ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة لانها مالية
العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية
لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع للغريم وفي
الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما
مستويان فيظهران فيضمنهما والاصل ان العبد
اذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي
الجناية او الفدا وان اختار الدفع الى ولي الجناية
لانه بدل ملكه والا فلا شي له فانما بدا بالدفع
جمعا بين الحقين لانه امكن بيعه بعد الدفع
ولو بدي ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية
لانه لم يوجد في المشتري جناية ولا يقال
لا فايدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول
فايدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية
يثبت له حق الاستخلاص وللانسان اعراض
في العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو ان المولى
دفعه الى ولي الجناية بغير قضا لا يضمن
استحسانا لانه فعل غير ما يفعله القاضي وفي
القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه
او وهبه ولو دفعه الى اصحاب الديون صار مختارا
للفدا كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب
عليه الدفع اولا ولو ان القاضي باعه في الدين
بعينه قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل

من

من الثمن شي سقط حقه لان القاضي لا يلزمه العهدة
فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولي الجناية لاحتيج
الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فايدة في الفسخ قال
رحمه الله ماذونة مديونة ولدت بيعت مع
ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد
له والفرق ان الدين يتعلق برقبتها لان الدين
عليها وهو وصفها حكمي فيسري الى الولد لان
الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى
الفرع كالملك والرق واما الدفع بالجناية فواجب
في ذمة المولى لا ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي
وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن
حق ولي الجناية فكذلك لا يجري القصاص على
الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان ولا تبعية فيه
فان قيل اذا كان الدين عليها فبماذا يضمن المولى اذا
اعتقها والانسان اذا اتلف المديون لا يضمن شيا
قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به
به حقهم استيفا لا باعتبار وجوب الدين على المولى
الا ترى انه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار
الوجوب يضمن كل الدين كالعبد الجاني ولا يرد
علينا وجوب دفع الارش بدل جزيها وحق ولي
الجناية يتعلق بجميع اجزايها فاذا فات جزا منها
واخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت واخلف
بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله مديونة

ماذونة شرط للسراية الى الولد ان تكون الولادة بعد
لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق
حق الغرما بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق
حق الغرما بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يد
معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه احد كانت
هي الخصم فيه فباعتبار الخصم كانت هي احق به
من سيدها لقضا دينها بخلاف الدار فانه انما
يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده
كذلك المكاتبة وام الولد والمدبرة وكولد الاضحية
لانها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها
ممنوعا عن التصرف قال رحمه الله عبد زعم رجل
ان سيده حرره فقتل وليه خطا لا شي له معناه
اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه اعتقه
فقتل العبد خطا ولي ذلك الرجل الذي زعم ان
مولاه اعتقه فلا شي له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه
فقد اقر انه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا
الفدا بالارش وانما يستحق الدية عليهما وعلى
العاقلة لانه حر فيصدق في نفسه فسقط
الدفع والفدا عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية
عليهم الا بحجة وقال في النهاية وضع المسئلة
فيما اذا جنى العبد جناية ثم اقر المجني عليه
انه حرر قبل الدفع اليه وجعل في الكتاب الاقرار
بالحرية قبل الجناية ولهما لا يتفاوتان واما اذا اقر

المجني

المجني عليه انه حرر قبل الدفع اليه فهو حر لانه ملكه
بالدفع وهو اقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار
نظير من اشترى عبدا ثم اقر بتحريره مولاه قبل البيع
قال رحمه الله قال معتق لرجل بعد العتق
قتلت اخاك وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت
حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه
اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام
فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب في جناية
العبد على المولى دفعا او فدا فصار كما اذا قال
البالغ العاقل طلقت امراتي وانا صبي او بعت
داري وانا صبي او طلقت امراتي وانا مجنون
وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا
قال رحمه الله وان قال لها قطعت يدك وانت
امتي فقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وكذا القول قولها في كل ما اخذه منها الا الجماع
والغلة استحسانا وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن
الا شيا قايما بعينه يومر برده عليها لانه منكر وجوب
الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له
كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي القايم
اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك
وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يومر بالرد اليها
ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون
القول قوله كما اذا قال لغيره اذهب ضوء عينك

اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر لا بل
اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر لا بل
اذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول قوله
المقر له وهذا لانه لم يسند فعله الى حالة منافية للضمان
لانه يضمن بيعها اذا قطعها وهى مدبونة بخلاف
الوطئ والغلة لان وطئ المولى امته المدبونة لا يوجب
العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مدبونة لا يوجب
الضمان عليه لحصول الاسناد الى حالة مشهودة منافية
للضمان وهو حقها وعلى هذا الخلاف لو قال رجل
لرجل حربى اسلم اخذت مالك وانت حربى فقال
بل اخذته بعد ما اسلمت قال رحمه الله عبد محجور
ارضيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة
الصبى لان الصبى هو المباشر للقتل وعمده وخطاؤه
سواء فتجب على عاقلته ولا شئ على العبد الا مر
وكذا الحكم اذا كان الامر صبيا لانهما لا يواخذان
باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار الشرع ولم
يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى
الامر بدا ويرجعون على العبد الامر بعد العتق
لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لانتفاء اهلية
العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبى
لانه قاصر لاهليته وفى عمد الزيادات للعتابى
لا ترجع العاقلة على العبد ايضا ابدا الان هذا
ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد
تعذر الجناية ايجابه على المولى لكان الجر وهذا

اوفق

ونقل القواعد الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق
بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة
منافية للضمان على ما بينا فكذا هذا وهذا لو حفر
العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك
لا يجب على العبد شئ وانما يجب على المولى قيمة لان
جناية العبد لا توجب عليه شيا وانما توجب على
المولى يجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف
انسان فيقسمونها بالحصص قال رحمه الله
وكذا ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبد
والمامور ايضا عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل
بالدفع او الفدا ولا رجوع له على الامر في الحال
ويرجع بعد العتق بالاقل من الفدا او قيمة العبد
لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما اكله
العتابى لا يجب شئ لما بينا وهذا اذا كان القتل
خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا
لان عمده خطا على ما بينا واما اذا كان كبيرا لا يجب
القصاص لانه من اهل العقوبة ولو امر رجل
حر صبيا فالدية على عاقلة الصبى لانه مباشر
ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب
اذ لولا امره لما قتل لضعف فيه ولا يقال كيف تعقل
عاقلة الرجل ما لزم سبب العقل بيانه ان يكون
كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب
وهو تسبيب تتعقله بخلاف الاقرار بالقتل لانه

لانه يحتمل الكذب فلا تنقله العاقلة ولو كان المامور
عبدا مجورا عليه كبيرا او صغيرا يخير المولى بين الدفع
والفدا وايهما اختار يرجع بالاقل على الامر في ماله
لان الامر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه
وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة بخلاف الاول
لان ذلك ضمان جناية لكون المامور حرا لا يتصور
فيه الغصب فتكون العاقلة على الامر بحال لان امره
لم يصح ولا يائم هو بها بامر مثله لا سيما في السلام
وان كان الامر عبدا ماذونا له في التجارة كبيرا كان
او صغيرا والمامور عبدا مجورا عليه او ماذونا له يخير
مولى المامور بين الدفع والفدا وايهما فعل رجع على
العبد الماذون له لانه ضمان غصب وانه من جنس
ضمان التجارة لانه يودي الى تمليك المضمون حرا
حيث لا ترجع عاقلة المامور على الامر في الحال
ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو
كان الامر صبيا حرا ماذونا له في التجارة فحكمه حكم
العبد الماذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان
المامور عبدا لتحقق الغصب فيه فيكون ذلك
في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية
وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المامور
حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الامر في
حقه كالصبي المجور عليه ولو كان الامر مكاتبا او
صغيرا كان او كبيرا والمامور صبي حر تجب الدية

على

على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل
من قيمته من الدية لان هذا حكم جناية المكاتب
بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى تجب للمولى
عليه ان امكنه والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب
بعد ما قضي القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته
الا ان يفدي المولى بدينار وهي القيمة والقياس ان
يبطل حكم جنايته وهو قول ابي حنيفة رحمه
الله لانه بالعجز صار تبعا وامره لا يصح وهما يقولان
لما قضي بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط
حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته
لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء
ولم يوجد وان عجز بعد ما ادى كل القيمة لا تبطل
بالاجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ولو ادى ما ح
البعض ثم عجز سلم ما اداه طهر وبطل الباقي عنده
وعندهما لا يبطل وان كان المامور عبدا يخير مولاه
بين الدفع والفدا ثم يرجع المكاتب بقيمة المامور
الا اذا كان قيمته اكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم
وفي اشكال وهو ان يقال ان هذا ضمان الغصب فغيبه
يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة
دراهم كضمان الجناية نجوابه هذا ضمان الغصب لكن
حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة
المامور وباعتبار السبب اوجب للمتقدين لوجوبه
بسبب الجناية فاعتبر بهما في حق المتقدين وان عجز

المكاتب فمولى المكاتب يبيعه لان ضمان الغصب لا يسقط
بعجز المكاتب وان اعتق المولى المكاتب فمولى المامور
بالخيار ان شا رجع بقيمة المامور على المعتق لانه
ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شا رجع على
المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق الى تمام
قيمة المامور وان كان المامور مكاتبا يجب على المامور
ضمان قيمة نفسه ولا يرجع على الامر لان تعذر هذا
ان يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا
يكون محلا للغصب صغيرا كان او كبيرا كالحر
وتعذر الرجوع بحكم الجناية ايضا لانه لا جناية
للامر لكون المامور كبيرا حكما سوا كان صغيرا او
كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار
كالكبير كالحر البالغ العاقل اذا كان مامورا قال
رحمه الله عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان
فعفى احد ولي كل واحد منهما دفع سيده نصفه
الى الاخرين او فداه بالدية اي للمولى الخيار ان شا
دفع نصف العبد الى الذين لم يعفوا من ولي
القتيلين وان شا فداه بدية كاملة لانه لما عفى
احد ولي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل
وانقلب نصيب الساكتين فدا وهو دية كاملة
لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل
على حدة فاذا سقط القصاصان وجب ان
ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون

الفا

الفا او دفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا
فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة
لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما
فيخير المولى بينهما قال رحمه الله وان قتل احدهما
عمدا والاخر خطا فعفى احد ولي العمد فدا بالدية
لولي الخطا وبنصفها لاحد ولي العمد او دفعه اليهم
اثلاثا لان ولي الخطا حقهما في الدية عشرة الاف
درهم وحق ولي العمد في القصاص فاذا عفى احدهما
انقلب نصيب الاخر مالا وهو نصف الدية خمسة
الاف لغير العافي من ولي العمد وان دفعه دفعه
اليهم اثلاثا ثلثيه لولي الخطا وثلثه للساكت من
ولي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك
فيضرب ولي الخطا بعشرة الاف ويضرب غير
العافي من ولي العمد بخمسة الاف وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه
الله يدفعه ارباعا بطريق المنازعة ثلثة ارباعه
لولي الخطا وربعه لغير العافي من ولي العمد
لان نصفه سلم لولي الخطا بلا منازعة واستوت
منازعتهم في النصف الاخر فينتصف فان قيل
ينبغي ان يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسئلة
وهو نصيب العافين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان
ولي الخطا استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شي
ولان هذا حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل

الرقبة في المسيلتين غير انه لما عفى احد ولي كل قتيل سقط
حق العافين عن الرقبة في المسيلة الاولى وخلى
نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف
بخلاف ما نحن فيه فان حق ولي الخطا ثابت في الكل
على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف
لغير العافي من ولي العمد فلهذا افترقا فيقسمون كله
كله على قدر حقوقهم بطريق العول والمنازعة
ولهذه المسيلة نظاير واضداد ذكرناها في كتاب
الدعوى من هذا الكتاب باصولها التي نشا فيها
الخلاف بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله عبدهما
قتل قريبهما فعفى احدهما بطل الكل معناه اذا كان
عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كابيهما او اخيهما
فعفى احدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما
شيا من العبد على نصيبه الذي كان له من قبل
وكذا اذا كان العبد لقريب لهما او لمعتقهما فقتل
مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الذي
عفى نصيبه اي الاخر ان شا وقال ابو يوسف ان شا
فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في
العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق
القصاص عليه للمولى فاذا عفى احدهما انقلب
نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع
في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه

في

في نصيب صاحبه فما اصاب نصيبه سقط لان المولى
لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه
ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف
نصيبه او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله
ان ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه
ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم
الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته
والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا يخلفه
الورثة فيه ولان القصاص لما صار مالا صار
بمعنى الخطى وفيه لا يجب شي فكذا ما هو في معناه
فصل قال رحمه الله قتل عبد خطا تجب
قيمته ونقص عشره لو كانت عشرة الاف او اكثر
وفي الامة عشرة من خمسة الاف والمغصوب
تجب قيمته بالغة ما بلغت وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي تجب
قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته
بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روي عن عمر وعلي
وابن عمر رضي الله عنهم انهم اوجبوا في قتل العبد
قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية
ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية
ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم
فبقي على اصل الحرية فعلم انه بدل المالية ولهذا
يجب لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد

البيع وبقاوه ببقا المالية اذ هي بدلا في حال قيامه
او هلاكه فصار كساير الاموال وكقليل القيمة والغصب
ولان ضمان المال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف
الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس
لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة
ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقة
من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية
اسم للواجب بمقابلة الادمية وهو ادمي فيدخل
تحت النص وهذا لان المذكور في الاية حكمان
الدية والكفارة والعبد داخل في حق الكفارة بالاجماع
لكونه ادميا فكذا في حق الدية لانه ادمي ولهذا يجب
القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا ولولا انه
ادمي لما وجب القصاص ولا كلف كساير الاموال
غاية الامر ان يقال فيه معنى المالية وذلك لا
يمنع اعتبار الادمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام
ولانه لما كان فيه معنى المالية والادمية وجب
اعتبار اعلاهما وهي الادمية عند تعذر الجمع بينهما
باهدار الادمي وهي المالية ولان الادمية اسبق
والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار
ما هو الاصل اولى الا ترى ان القصاص يجب بقتله
عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطا
واحد فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل ادميا
وجب ان يعتبر في حالة الاخرى كذلك اذ الشي

الواحد

الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه وهذا
اولى من العكس لان في العكس اهدار ادميته والحاقه
في البهايم والجماد وما روياه من الاثر معارض باثر
ابن مسعود اذ هو محمول على الغصب وضمان الغصب
بمقابلة المالية لانه معارض لها اذ الغصب لا يرد
الا على المال وبقا العقد لا يعتمد المالية وانما
يعتمد الفايدة الا ترى انه يبقى بعد قتله عمدا ايضا
وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المال وفي
قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع
فيه فقدرناه بقيمته رايا بخلاف كثير القيمة لان
فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية
الحر وينقص فيه عشرة دراهم والاثر في المقدرات
كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان ادميته نقص
فيكون بدلها اقل كالمراة والجنين الا ترى انه
لما كان النقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه
اظهارا لانحطاط رتبته فكذا في هذا وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب في
الامة خمسة الاف درهم الا خمسة لان دية
المراة نصف دية الذكر فيكون الناقص من دية
الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف
والاول اظهر لان اقل ماله خطر في الشرع عشرة
كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف
الاطراف لان بعض الدية فنقص من كل جزء

جنايته ولو نقص من كل عشرة لما وجب اصلا قال
رحمه الله وما قدر من دية الحر قدر من قيمته ففي يده
نصف قيمته لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هذه
بدل الدم على ما بينا فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد
على نصفه الا في الاصبع لان اليد من الادمي نصفه
فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو رتبته
وقيل يضمن في الاطراف جنايته بالغة ما بلغت
ولا ينقص منه شيء لان الاطراف يملك بها مملوك
الاموال وهذا يودي الى امر شنيع وهو انما يجب
في الاطراف اكثر مما في النفوس بان كانت قيمته
مثلا مائة الف فانه يقطع يده يجب خمسون الفا
ويقتله عشرة الاف الا عشرة وفي تحبيته روايتان
في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح
لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروي
الحسن عن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة
لان الجمال في حقه مقصود ايضا قال رحمه
الله قطع يد عبد فحزه سيده فمات منه وله
ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه وانما لا
يقتص في الاول لاشتباه منزله الحق لان القصاص
يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار
حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة
الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر
ولا يجب وجه يستوفي اذ الكلام فيما اذا كان

العبد ورثه اخر سوى المولى واجتماعهما لا يزيد الاشتباه
يثبت لكل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان
الاذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل
وبخدمته لاخر لان تمام كل واحد منهما دايم فصار
بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد احدهما دون الاخر
لما فيه من ابطال حق الاخر فيعمل باجتماعهما للرضى
ببطلان حقه واما في الثاني وهو ما اذا لم يكن ورثه
غير المولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه ايضا
لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار
حال الجرح والولاية بالولاء على اعتبار اختلاف
السبب بمنزلة حال الموت فترك اختلاف السبب
منزلة اختلاف فالمستحق بما لا يثبت مع الشبهة
او بما يحتاط فيه فصار كما اذا قال بعتني هذه الجارية
وقال لا بل زوجتها مني لا يحل له وطيها لما قلنا
بخلاف ما اذا اقر لرجل بالف درهم من القرض وقال
المقر من ثمن مبيع فانه يقضي له عليه بالالف وان
اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة قلا
يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان في
الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يتبين الجرح بلا
سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وهما
انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى وهذا لان المقتضي
له متاوم والحكم يتحدد فامكن الايجاب والاستيفاء

والمستوفي ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك
كمسيلة الاقراض بخلاف الفصل الاول لان المقضي له
مجهول وبخلاف مسيلة الجارية لان الحكم مختلف اذ
ملك اليمين يغاير النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل
مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت
الحل اصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب
للحل انتفى بانكار الاخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل
بدونه اذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه
لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد
ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق
لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك
ان كان له وارث اخر غير المولى على ما بينا او في
الطريق او في القتل خطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
حالة الموت او زيادة الجرح في حالة الثانية يكون
لحريته حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه
فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث
بعد الحرية من ذلك الجرح واما القتل عمدا فموجبه
القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث
سوى المولى لانه على اعتبار ان يكون الحق للعبد
فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق
فحاصله انهم في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له
وارث اخر ان الاعتاق يقطع السراية فلا يجب

الا ارش

الا ارش القطع وما ينقص بذلك الا الاعتاق ولا يجب
عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع
فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب
فيه ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه
الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله
قال احدكما حر فشجا فتبين في احدهما فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين فالشجة تصادف
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل
واحد في وقت واحد معا يجب دية حر وقيمة عبد
والفرق ان البيان انشا من وجه واظهار من وجه
على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر
انشا في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان
فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا
واحدهما حر تجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون
الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية
وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما
ودية حر فيقسم مثل الاول والدية للثاني
لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف
ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث تجب قيمة
المملوكين لانا لم نتيقن كل واحد منهما حر وكل منهما
ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول
لانه لا يفيد فايدته وانما صححناه ضرورة صحة
التصرف واثبتنا له ولانه انتقل من المجهول الى المعلوم

فيقدر بقدر الضرورة وهي النفس دون الاطراف
والدية فيبقى مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيها فتكون
نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف
قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان
موجب العتق ثابت في احدهما في حق المولى فلا
يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما
على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه
للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعيينه
للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا كان لا
يدري ايهما قتل اولا فعلى كل واحد منهما قيمته
وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول
لعدم اولوية احدهما بالتقديم قال رحمه الله
فقأ عينا عبد دفع سيده عبده واخذ قيمته او
امسكه ولا يأخذ النقصان اي اذا فقأ رجل عيني
عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء
الى الفاقي واخذ قيمته كاملا وقال الشافعي يضمنه
كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا
بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى
يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف
او لان اقتصار اعتبار المالية في الذات دون
الاطراف ساقط بل المالية تعتبر في الاطراف
ايضا بل اعتبار المالية في الاطراف اولى لانها

يسلك

يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية في الذات
دون الاطراف ساقط معتبرة وقد وجد ايضا
اتلاف النفس من وجه تفويت جنس المنفعة
وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك
الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف
ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية
وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى
ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين
لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا
جئنا الى تعليل مذهب الفريقين لهما ان العبد في
حكم الجناية على افراطه بمنزلة المال حتى لا يجب
القود فيها ولا تتحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة
ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به
اوجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في
ساير الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا
يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه
قيمته وان شاء امسكه وضمنه النقصان وله ان
المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية
ايضا غير مهدورة فيه وفي الاطراف الا ترى
ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يؤمر مولاه بالدفع
او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية
ان لا ينقسم عليها الضمان على الجزء الفائت والقائم

بل يكون بازاء الغايب لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام
المالية ان يقسم على الحاضر الغايب والغايب دينملك
الجثة اعتبارا للمالية وهذا اولى مما قاله لان فيما
قاله اعتبار جانب المالية فقط وهو ادنى واهدار
جانب الادمية وهو اعلى مما قاله الشافعي ايضا لان
فيه اعتبار الادمية فقط والشيء اذا اشبه شيئين
يوفر عليه حظهما قال رحمه الله جني مدبر
اوام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش
لما روي عن ابي عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه
انه قضى بجناية المدبر على المولى بحضرة من الصحابة
رضي الله عنهم بالتدبير تسليم في الجناية وكذا
بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفداء لعدم
علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية
وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش
لاستحقاق المولى الجناية في اكثر من الارش ولا منع من
المولى في اكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها
ولا تخيير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيد في جنس
واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني
هناك حيث يخير بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل
لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس
من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقل
على ما هو الايسر عنده او بقي ما يختاره على ملكه
ويخرج الاخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان جنايات

المدبرة لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لان دفع
القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر
كذا ما قام مقامها ويتفاوتون بالخصص في القيمة
ويعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية
عليه لانه يستحق في ذلك الوقت حتى اذا قتل
رجلا وقيمته الف ثم قتل اخر وقيمته الفان
ثم قتل اخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى الفا
درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته الفان فيكون
لولي الاوسط الف منها لا يشاركه فيها احد لان ولي
الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في
قيمته يوم جنى عليه وليه وهو الف درهم وكذا
الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة فيما ذكرنا
ثم يحيط خمسمائة فتقسم بين الاول والاوسط بضرب
الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف درهم ويضرب
الاوسط فيما بقي من حقه وهو تسعة الاف لوصول
الالف اليه يبقى من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة
لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة الاف
ويضرب الاول بعشرة الاما اخذ في تلك المدة ويضرب
الاوسط بعشرة الاف الاما اخذ في المرتين قال
رحمه الله فان دفع القيمة بقضاء قاض اخذ
يشارك الثاني الاول اي اذا دفع المولى القيمة
لولي الجناية الاولى بقضاء القاضي ثم جني جناية
اخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لان جناياته

سيها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تفدي من المولى
بدفعها الى ولي جناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضا
يتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه
فيها ويقسمها بينهما على قدر حقهما على ما ذكرنا قال
رحمه الله ولو بغير قضا اتبع السيد او ولي الجناية
اي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية كان ولي الجناية
الثانية بالخيار ان شا اتبع المولى بحصته من القيمة
وان شا اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يثبت على المولى لانه فعل
حين ما يفعله القاضي ولا ينفذ منه بتسليمه
الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم
تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث
حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة ان جنايته
المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركا فيها والجناية
المتاخرة كالمقارنة حكما وهذا يشتركون فيها
سلم ثم اذا دفع الى الاول باختياره صار متعديا
في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له
ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه بخلاف
القاضي لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ
اذا دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار
ان شا اتبع الاول لان قبض حقه ظلما فصار به
ضامنا فيأخذه منه وان شا اتبع المولى لانه دفع
حقه بغير اذنه فاذا اخذ منه رجع المولى على الاول

بما

ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق
فيسترده منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة
واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه
اكثر من القيمة لان الثانية مقارنة من وجه حتى
يشاركه وتتاخرة من وجه في حق اعتبار القيمة
فتعتبر مقارنة تنزيلا في حق التضمين ايضا كيلا يبطل
حق ولي الثانية واذا اعتق المدبر وقد جنى جنايات
لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسوا اعتق بعد
العلم بالجناية او قبله لان حق المولى لم يتعلق
بالعبد مقوتا بالاعتاق وام الولد كالمدبر في جميع
ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا اقر
المدبر وام الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره
ولا يلزمه شي لان موجب جنايته على المولى لا على
نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا
كانت الجناية موجبة للقود بان اقر بالقتل عمدا
حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقر على نفسه فينفذ
عليه لعدم التهمة والله اعلم بالـــــــــ

غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال رحمه الله قطع يد عبده فغصبه رجل ومات
منه ضمن قيمته ان قطع وان قطع يده في يد الغاصب
فمات منه بريء لان الغصب يوجب ضمان ما غصب
ويبرا الغاصب عن الضمان باسترداد المولى المغصوب
وفي المسئلة الاولى لما قطعه المولى في يده نقصت

قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته اقطع من
الثانية حيث قطع المولى العبد في يد الغاصب من
ضمانه ولوصول ملكه الى يده قال صاحب الهداية
في الفرق بين المسيلتين ان الغصب قاطع للسراية
لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية
فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني
فكان السراية مضافة الى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية
انما تقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين
والغصب ليس بسبب الملك وضعا والغاصب لا
يملكه الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في
ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد
تحقيقه ان معنى قولهم يقطع السراية ان ما حصل
من التلف بالسراية يكون هذا الا ان ينسب ذلك
الى غير الجاني قال رحمه الله غصب محجور مثله
فمات في يده ضمن اي اذا غصب العبد المحجور عليه
عبدا محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب
اي اذا غصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مواخذ
بافعاله وهذا منها فيضمن قال رحمه الله
مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما
اي اذا غصب رجل مدبر فجنى عنده جناية ثم رده
على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ضمن المولى قيمته
لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب

جناية

جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك
على المولى لانه هو الذي اعجز نفسه عن الدفع بالتدبير
السابق من غير ان يصير مختارا للفداء كما في القن
اذا اعتقه بعد الجنايات من غير ان يعلمها وانما
كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب
قال رحمه الله ورجع بنصف قيمته على الغاصب
اي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على
الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب
كان عند الغاصب والنصف الاخر بسبب وجد
عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب
فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب
وجد عند الغاصب والنصف الاخر قال
رحمه الله ودفعه الى الاول اي دفع المولى
نصف القيمة التي اخذها من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله تعالى وقال محمد رحمه الله لا يدفعها اليه لان
الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم
لولي الجناية الاولى لانه انما يرجع على المولى على
الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كيلا يودي الى
اجتماع البدل والمبدل فيه ملك رجل واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة
لانه حين جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله
وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد

شيا من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق احرزه
ليتم حقه وقوله عوض ما سلم الموالي الجنايتين الاولى
قلنا هو كذلك لكن ذلك في حق الموالي والغاصب
لان ما اخذه الموالي من الغاصب عوض المدفوع
الى ولي الجناية الاولى واما في حق المجني عليه فهو
عوض مالم يسلم له ومثله جايز كالذبي اذا اصاب
خمرا وقضى بينهما دين مسلم يجوز له اخذه لان ذلك
الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين
في حق المسلم قال رحمه الله ثم رجع به على الغاصب
اي رجع الموالي بذلك الذبح فصار لولي الجناية
الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق بسبب
كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كان
لم يرد ولم يضمن له شيا ان لم يبق شيء من العبد او سلم
بدله في يده قال رحمه الله وبعكسه لا يرجع به
ثانيا اي بعكس ما ذكر لا يرجع الموالي على الغاصب
بالقيمة ثانيا وصورته ان المدبر جنى عند مولاه
اولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى ثم رده
على الموالي ضمن قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما
نصفين ثم يرجع الموالي على الغاصب بنصف
القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب
فيدفعه الى ولي الجناية الاولى بالاجماع اما عندهما
فظاهر لما بينا واما عند محمد رحمه الله فلانا امتنع
الدفع الى ولي الجناية الاولى في المسيلة الاولى كيلا

يجتمع

يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهنا
لا يلزم ذلك لان ما اخذه من الغاصب عوض ما دفع
الى ولي الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولي الاولى
لا يجتمع البدل لان في ملك واحد وفي الاولى يجتمع
لانه عوض ما اخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى
الاولى يجتمع في واحد لا يرجع به على الغاصب بالاجماع
وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا اما عند
محمد فظاهر لانه لم يرجع في المسيلة الاولى عنده
ثانيا لان الموالي لما لم يدفع ما اخذه من الغاصب
الى ولي الاولى سلم له ما اخذه من الغاصب
فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع
ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفع
ثانيا لان الذي دفعه الموالي الى ولي الجناية
الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده
فلا يرجع به على احد بخلاف المسيلة الاولى
عندهما لان دفع الموالي ثانيا الى ولي الجناية
الاولى ثانيا بسبب جناية وجدت عند الغاصب
فيرجع عليه بدل ما ذكرنا قال رحمه الله والقن
كالمدبر غير ان الموالي يدفع العبد وقيمة
الى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما
الا ان الموالي يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى اذا
غصب رجل مجني عنده جناية اخرى فان الموالي
يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب

بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب
عندهما وعند محمد لا يرجع بما اخذه من الغاصب
الى ولي الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على
الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا في المدبر وان
جنى عبد المولى اولا ثم غصبه مجني في يده ثم رده
الى المولى دفعه الى ولي الجنايتين نصفين ثم
يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولي
الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا
قال رحمه الله مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه
فجني عنده جناية ثم رده على المولى فجني عنده
جناية اخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين
نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته
على ما بينا قال رحمه الله ورجع بقيمته على
الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب
فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه
بالكل بخلاف المسايل المتقدمة فانه هناك يستحق
النصف بسببه كان عنده وبسبب كان في يد
المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رحمه الله
ودفع نصفها الى الاول اي دفع المولى نصف القيمة
الماخوذ من الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الاولى
لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عنده ووجود جنايته
وانما انتقض حقه بحكم المزاحمة من بعد قال
رحمه الله ورجع بذلك النصف على الغاصب

اي

اي رجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي
الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا
النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع
عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية
الاولى لانه استوفا حقه والى ولي الثانية
لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه
وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق
الا النصف لوجود المزاحم وقت وجوب جنايته
والمزاحمة موجودة فبقي على ما كان بخلاف ولي
الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما
يرجع حقه الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيا
في يد العبد اخذه حتى يستوفي حقه ثم قيل هذه
المسيلة على الخلاف كالاولى لانه استحق الكل
وقت الجناية وقيل على الاختلاف وقيل على
الاتفاق والفرق لمحمد ان الذي يرجع به ولي الجناية
الاولى عوض ما سلم له في المسيلة الاولى لان الثانية
كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسيلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية
الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يودي الى
ما ذكرناه قال رحمه الله غصب صبيا حرا فمات
في يده بجناة او بغيرها لم يضمن وان مات بصاعقة او في
بهيمة حية فديته على عاقلة الغاصب وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين

وهذا قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق
الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا حرا
يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان
لا يضمن به وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف
لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا
لان نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
اتلاف منه تسببا وهو متعد فيه بتفويت يد
الحافظ وهو المولى فيضمن وهذا لان الحيات
والسباع والصواعق لا تكون في مكان فامكن حفظه
عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد زال حفظ
الولي عنه متعديا فيضاف اليه لان الشرط العلة
بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق
بخلاف الموت فجاة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى
والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسببا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير الا ترى انه
لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه
وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا
اخرجه من يد المولى فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن
والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب
كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه فيما
صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر

الكبير

الكبير ايضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف
مضافا الى التقصير قال رحمه الله كصبي اودع
عبدا فقتله اي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن
عاقلة الصبي اذا قتل عبدا اودع عنده وان اودع
طعاما فاكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع
والطعام المودع في الوجهين وعلى هذا لو اودع
العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يواخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويواخذ به بعد
العتق وعند ابي يوسف والشافعي يواخذ به
في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض في العبد
والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله يقول
في الجامع شرط ان يكون الصبي عاقلا وفي الجامع
الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنى عشرة سنة
وذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي
يوسف والشافعي انه اتلف مالا متقوما معصوما
حقا للمالك فيجب ضمانه عليه كما اذا كانت الوديعة
عبدا او كان صبيا ماذونا له في التجارة او في الحفظ
من جهة المولى وكما اذا اتلفه غيره في يده ولو لم
يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير
فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه
من استهلك لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل
واحد ولهما انه اتلف مالا غير معصوم فلا يواخذ

بضمانه كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة
ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع يده
بغير ما تعرف فلا يبقى معصومة الا اذا اقام غيره
مقام نفسه في الحفظ والاقامة هنا لانه لا ولاية
له على الصبي حتى يلزمه ولا للصبي على نفسه
حتى يلزمه بخلاف المأذون له لان له ولاية على
نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة
عبدا لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبني على اصل
الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك
لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك
حتى لا يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس
للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر ان يمكن غيره
من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبي
باستهلاكه بخلاف سائر الاموال **باب** القسامة قال رحمه الله قتيل وجد في محلة
لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يختارهم
الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا هذا
على سبيل الحكاية عن الجمع واما عند المحلف فيحلف
كل واحد منهم ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز
انه قتله وحده فيجزيه على يمينه بالله ما قتلنا
يعني جميعا ولا يعكس لانه اذا قتله مع غيره كان
قاتلا له وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك
لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم

بالدية

بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى خطأ وقال
مالك يقتضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل
العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث
عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه
او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او يشهد
عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة تتلوه وان
لم يكن ثم لوث يستحلف المدعى عليهم فان حلفوا
لا دية لهم وان ابوا ان يحلفوا استحلف المدعون
واستحقوا لما ادعوه لما روي ان عبد الله بن سهل
وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة لهم
فقال انتريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه
قال قلت كيف نرضى بايمان قوم مشركين قال
فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم
على ما لم نر فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم
من عنده وفي رواية قال عليه السلام حين اخبر
بذلك اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم
قتيلكم او صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم
نحضر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتريكم
بخمسين يمينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل ايمان
قوم كفار ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر
وهذا يجب على صاحب اليد فان كان الظاهر شاهد
للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل عندنا
للقول الاول هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص

لا يجامعها والمال يجب معها فتجب الدية ولنا قوله عليه السلام
لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم
وحكم فيهما بحكم واحد وروي بن المسيب ان النبي
صلى الله عليه وسلم بدا باليهود في القسامة وجعل
الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين
حجة في الدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق
بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس
المحترمة وما رووه ضعفه جماعة من اهل الحديث
فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل
الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بايمانهم
فكانه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم
فيما تدعون عليهم غير ايمانهم والدليل على صحة
هذا التاويل حكم عمر رضي الله عنه به بعد النبي صلى
الله عليه وسلم بحضرة الصحابة رضي الله عنهم
من غير انكار احد منهم فصار اجماعا ومحال ان يكون
علم ذلك عندهم ولا يخبرونه به اذا قال لوادعة
في قتيل وجد بين وادعة وجي اخر يحلف خمسون
رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم اغرموا
فقال له الحارث وتغرمنا فقال له نعم وهذا نص
على ما قلنا وقوله يتخيرهم الولي في المختصر نص
على ان الخيار الى الولي لان اليمين حقه والظاهر
انه يختار من يتهمه بالقتل او اهل الخبرة بذلك
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة

ابلغ

ابلغ ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانها يمين
وليست بشهادة بخلاف اللعان لانه شهادة فلا تلاعن
بين المحدود وبين امراته اذ ليس هو من اهلها قال
رحمه الله فاذا حلفوا فعلى اهل المحلة الدية ولا يحلف
الولي وقال الشافعي يحلف الولي بعد ما حلف اهل
المحلة فاذا حلف الاوليا يقضى لهم بالدية ولا تجب
بمجرد يمين اهل المحلة لقوله عليه السلام في حديث
عبد الله ابن سهل رضي الله عنه يبريكم اليهود بايمانها
ولان اليمين عهد في الشرع مبريا للمدعى عليه لا ملزما
له كما في ساير الدعاوي ولنا ما روينا من الخبر والاثر
وقوله عليه السلام يبريكم اليهود محمول على الابرا
عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين
القاتل لا لتجب الدية عند نكولهم حتى تنتفي باليمين
لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا او
لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف في القتل خطا
ومن ابى منهم عن اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين
مستحقة فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا
يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال
لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببدل
ببدل المدعى عليه المال المدعى وفيما نحن فيه
لا تسقط ببدله الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى
الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على
البعض باعيانهم القتل عمدا او خطا فكذلك الجواب

واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن ابي يوسف في
غير رواية الاصول ان القسامة والدية تستقط عن
الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان
قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن
المبارك عن ابي حنيفة مثله ووجهه ان القياس
ياباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف
بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم وفيما
وراه يبقى على اصل القياس ولان دعواه ابرأ لهم
حيث ادعى معرفة من قتله فصار كما اذا ادعى
القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان يجب
القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل
في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجب بان
باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى
على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلم
اوجبناها الا وبجبنا ها بالقياس وهو ممتنع
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة
وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه
ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس
ثم ان حلف برئ وان نكل ففي دعوى المال يثبت
وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي
ذكرناه في كتاب الدعوى قال رحمه الله
وان لم يتم العدد كرر المحلف عليهم ليتم خمسين يمينا
لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن

ولا

ولا يشترط فيه الوقوف على الغائبة فيما ثبت
بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه لما قضى
بالقسامة واتي عنده تسعة واربعون رجلا
تكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم
قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان
فيه استظهارا لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين
من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في
كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير
الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل قال رحمه
الله ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة
وعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة وانما هم اتباع
والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على اهل النصرة
ولان الصبي ليس من اهل النصرة القول الصحيح
واليمين قول قال رحمه الله ولا قسامة ولا دية
على ميت لا اثر به او يسيل دم من فمه او انفه
او دبره بخلاف عمده واذنه لان القسامة
تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات
حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة
لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال
القتل منهم فلا بد من اثر يكون بالميت يستدل
به على انه قتيل وذلك بان يكون به جراحة
او اثر ضرب او خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر

لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج
الدم من فيه او ذكره او دبره لان هذه المخارق يخرج
منها الدم عادة فلا يستند به على انه قتيل بخلاف
ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج عادة
الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجري
عليه احكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه واذنه
اي بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه واذنه ولو وجد
بدن القتيل كله او اكثره من نصفه او النصف
ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل
من النصف كان معه الراس او لم يكن فلا شيء عليهم
لان هذا حكم عرف وقد ورد به في البدن ولكن
للاكثر حكم الكل فاجرينا عليه احكامه تعظيما
للادمي والاقل ليس في معناه فلا يلحق به ولانا
لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات
بمقابلة شخص واحد بان توجد اطرافه في القرى
متفرقة وهو غير مشروع فينتفي ما يودي اليه
فيجريان في الاكثر والنصف مع الراس لا غير احتراز
عن التكرار وينبني على هذا صلوة الجنازة لانها
لا تتكرر كالقسامة والدية ولو وجد فيهم جنين
او سقط ليس فيه اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة
لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب
وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم

لان

لان الظاهر ان التام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص
الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما وجبت
القسامة والدية في تام الخلق بالظاهر ولم تجب الدية
في عين الصبي وذكره بالظاهر لان الاطراف اقل
خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا تجب فيما
لا يعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها
عظيم فيجب بدلها بالظاهر ولهذا تجب القسامة
والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف
ولان الجنين نفس من وجه فاعتبرنا جهة النفس
ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو
من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا
فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله
قتيل على دابة معها سايق او قايد او راكب فديته على
عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان
في داره وان اجتمع فيها السايق والقايد والراكب
كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في ايديهم دون
اهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط
ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق بين
تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير
الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة
والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين
الدار وعن ابي يوسف انه لا يجب على السايق الا اذا
كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قربه

الميت من مكان الى مكان للدفن واما اذا كان على وجه
الخفية فالظاهر انه هو الذي قتله وان لم يكن معه الدابة
احد فالدية والقسامة على اهل المحلة الذين وجد فيهم
القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده
في الموضع الذي فيه الدابة قال رحمه الله وان مرت
دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى اقربهما لما روي انه
عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين بان يذرع
فوجد الى احدهما اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة
والدية وكذا عمر رضي الله عنه امر في قتيل وجد بين
وادعة وارحب فوجد الى وادعة اقرب فقضى
عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا
بحيث يسمع منه الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع
منه الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع
منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير
في النصرة وان كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا
يمكنهم فلا ينسبون الى التقصير في النصرة قال
رحمه الله وان وجد في دار انسان فعليه
القسامة والدية على عاقلته لان الدار في يده
وتنصر بعاقلته ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية تدبير الدار
يكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى انه عليه
السلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا

سكانا

سكانا بخيبر لانه عليه السلام كان قسم خيبر بين
المسلمين وعلما ان الملاك هم المختصون بنصرة البقعة
عادة دون السكان وان سكنى الملاك لزم وقرارهم
ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم اقرهم على
املاكهم فكان ياخذهم على وجه الخراج قال
رحمه الله وهي على اهل الخطة دون السكان
والمشترين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد واهل
الخطة هم الذين خطها الامام وقسم الاراضي بخطه
لتميز انصابهم وقال ابو يوسف رحمه الله كل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ
وبهذا جعلوا متصرين جناة والولاية باعتبار الكون
فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين
واحد من اهل المحلة وبين المشتري ولو كان للخطة
تاثير في التقديم لما شاركه المشتري وهما ان
صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف
فيختص بعهدتها لان الدية والقسامة بجبان
بسببها ولان اهل الخطة اصيل والمشتري
دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفي الدار
المشتركة ولاية التدبير الى الملاك مطلقا بخلاف
القرية والمحلة وقيل ابو حنيفة بني هذا على ما
شاهد من عادة اهل الكوفة قال رحمه الله فان
لم يبق واحد منهم فعلى المشترين ايهما تم لم يبق واحد

من اهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية
انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند ابي
يوسف خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم
اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حاضرين عندهما وعند ابي يوسف لا تدخل
لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره
فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما
اذا كانوا غايبين ولهما انهم بالحضور لزمتهم
بصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركون
في القسامة قال رحمه الله وان وجد في دار
مشتركة على التفاوت فهي على الروس اي اذا وجد
القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصبا وهم فيها
متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم
النصف وللاخر الثلث وللثالث السدس تنقسم
الدية والقسامة على عدد روسهم ولا يعتبر بتفاوت
الانصبا لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في
التدبير فكانوا سوا في الحفظ والتقصير فيكون
على عدد الروس بمنزلة الشفعة قال رحمه الله
وان بيع فلم يقبض فهو على عاقلة البايع وفي الخيار
على ذي اليد اي اذا بيعت الدار ولم يقبضها
المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة
البايع وان كان في البيع خيار فعلى عاقلة الذي
يصير له لانه انما ترك قاتلا باعتبار التقصير

في

في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب
الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري
قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار
يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة
ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه
يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك
بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص
الناس به تصرفا وان كان الخيار للبايع فهي في يده
مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ
بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب
على المالك لا على الضامن وهذا ضمان جناية
فيجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها
الملك الا ترى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية
العبد المغصوب ولا ملك بخلاف ما اذا كانت الدار
في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ
وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من
له يد اصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا
المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة
لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية
وذكر في الهداية ما يدل على ان الضمان على الغاصب
قال رحمه الله ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود

انها الذي اليد اي اذا كانت الدار في يد رجل فوجد فيها
قتيل لا تعقل عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب
اليد لان ملك صاحب اليد لا يد منه حتى تعقله عاقلته
عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة
فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق
الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا
يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع وقد عرف في
موضعه ولا فرق بين ان يكون القتيل الموجود فيها
هو صاحب الدار او غيره عند ابي حنيفة على ما
نبينه ان شاء الله تعالى **قال رحمه الله**
وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين لا تدفع
اليهم فيستوي فيه المالك وغيره اما على قول ابي
يوسف فظاهر لانه كان يسوي في الدار بين السكان
والملاك والفرق لهما ان الفلك تنتقل وتحول فتكون
في اليد حقيقة فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في
الدابة بخلاف العقار لانه لا ينتقل **قال رحمه الله**
وفي مسجد محلة على اهلها وفي الجامع والشارع لا
قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد
المحلة اليهم وفي الجامع والشارع العامة فلا يختص
به احد منهم والقسامة ليقع تهمة القتل وذلك
لا يتحقق في حق الكل فتكون ديته في بيت المال
لانه للعامة وكذا الجسور العامة والسوق العامة
التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون

في

في السوق التي يقيم العامة لان التدبير في هذا كله الى
الامام لانه نائب المسلمين لا الى اهل هذه السوق
بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها او التي في المحال
والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على اهل
المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي بيناه
لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة
وفي المشتبك اذا وجد القتيل في صف من السوق فاذا
كانوا اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية
القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية
على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن
فديته على بيت المال عندهما وعند ابي يوسف
على اهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك
قال رحمه الله ويهدر لو في بئر او وسط الفرات
لان الفرات ليس في يد احد ولا في ملكه اذا كان يمر به
الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به
الشفعة حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم
عليه وكذا البئر في الدار لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر
ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البئر في
مملوكة لاحد او كانت قريبة من القرية بحيث
يسمع منه الصوت تجب على المالك وعلى اهل القرية
ما بينا وذكر الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم
اذا كان ينبعث ماؤه في دار الاسلام تجب الدية
في بيت المال لانه في ايدي المسلمين بخلاف ما اذا

كان موضع انبعاثه في دار الحرب لانه يحتمل ان يكون قتيل
اهل الحرب فيهدر قال رحمه الله ولو محتسبا بالشاطي
فعلى اقرب القرى اي لو كان القتيل محتسبا في شاطي
النهر فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع لان الشط
في ايديهم يستقون منه ويروون دوابهم
فكانوا اخص بنصرتهم به من غيرهم فيكون ضمان
فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط قال رحمه الله
ودعوى الولي على واحد من غير اهل المحلة يسقط
القسامة عنهم وعلى معين منهم وقد ذكرناه مع
تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان
فيه فلا نعيده قال رحمه الله وان التقى قوم بالسيوف
فاجلوا على قتيل فعلى اهل المحلة الا ان يدعي الولي
على اوليك او على معين منهم لان القتيل بين اظهرهم
والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم
الا اذا ابراهم الولي بدعوى القتل على اوليك كلهم
او على واحد منهم بعينه فيبرا اهل المحلة ولانه
لا يثبت على المدعى عليه الا بحجة على ما بينا وقوله
او على معين منهم ان اريد به الواحد من اهل المحلة
يستقيم على قول ابي يوسف لان اهل المحلة يبراون
بدعوى الولي على واحد منهم بعينه وهو القياس
وعندهما لا يبراون وهو الاستحسان وقد بيناه
في اوايل الباب فلا يستقيم وان اريد به واحد
من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع

وقال

وقال ابو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان
غير متاولين اقتتلوا عصبة وان كانوا مشركين
او خوارج فلا شي فيه ويجعل ذلك ممن اصابه العدو
قال رحمه الله وان قال المستحلف قتله زيد حلف
بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد لما اقر
بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي
حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه
قول المستحلف انه قتله لانه يريد به اسقاط الخصومة
عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفي
النهاية هذا قول محمد واما على قول ابي يوسف فلا
يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به
فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله يقول يجوز ان له
قاتلا اخر معه قال رحمه الله وبطل شهادة بعض
اهل المحلة على غيرهم او واحد منهم وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا تقبل شهادتهم اذا شهدوا
على رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم
تبين انهم ليسوا بخصما غاية الامر انهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصما وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع
من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل
قبل الخصومة وله انهم من الخصومة كالوصي اذا خرج
من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فيها
ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب خصما
بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير

انهما يجعلان اهل المحلة ممن له غرضية ان يصير خصما
وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين
يخرج كثير من المسايل فمنه اذا طلب الشفعة ثم تركها
لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل
اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا لم تقبل
شهادتهما ولو ادعى الولي على رجل بعينه من اهل
المحلة فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل شهادتهما
عليه لان الخصومة قايمة مع الكل والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان منهما الا في رواية عن ابي يوسف
ذكرناها من قبل ولو وجد الرجل قتيلا في دار
دار نفسه فديته على عاقلة ورثته عند ابي حنيفة
وقالا لا شي فيه الا ان الدار في يده حين وجد
الجرح فيكون كان قتل نفسه فيكون هدرا وله ان
القسامة انما تجب بنا على ظهور القتل في ملكه
ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل هذا حال
ظهور القتل فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه
وهذا لان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق
بعد موته فيبقى ملكه لذلك ولو ان رجلين كانا
في بيت ليس معهما ثالث ووجد احدهما مذبوحا
قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمن
لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر
فلا يضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان
الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطا

فصار

فصار كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيلا في قرية لامراة
فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرر عليها
الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف القسامة
ايضا على العاقلة لان القسامة لا تجب الا على من كان
من اهل النصرة وهي ليست من اهلها فاشبهت الصبي
ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة
مستحقة ثم قال المتاخرون من اصحابنا ان المراة
تدخل مع العاقلة في التحمل لانا انزلناها قاتلة
فتشارك العاقلة فتجب عليها وهو الاصح فيها وفيما اذا
باشرت القتل بنفسها ومن جرح بقبيلة الى اهله فمات
من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه فصار كما اذا لم
يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار
قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطا
فاذا لم يزل صاحب فراش اضيف الموت اليه والا فلا
لانه يحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم
بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق فحمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي
حمله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول
ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجدوه
جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في الهداية
ولو وجد قتيلا في ارض موقوفة او دار موقوفة

على ارباب معلومة فالقسامة والدية على اربابها
لان تدبيرها اليهم وان كانت موقوفة على مسجد فهو
كما لو وجد في المسجد كما ذكرنا حكمه ولو وجد في عسكر
نزلوا في قلاة مباحة ليست مملوكة لاحد فان وجد
في خيمة او فسطاط فالقسامة والدية على اهل
يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها
ينظر ينظر وان كانوا نزلوا قبايل متفرقين فعلى
القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبايل
قبايل في اماكن مختلفة صارت الاماكن بمنزلة
المحال المختلفة في المصر الا ترى انه ليس لغيرهم ان
يزاحمهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين
فعلى اقربهما وان استووا فعليهما نصفان اذا وجد
بين القريتين او المحلتين وقال في الهداية ان كان
خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين
فعلى اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت
الاماكن كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة
اليهم كلهم يجب غرامة وما وجد خارج الخيام عليهم
كلهم وان كان لارض مالك يجب على المالك بالاجماع
لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية
وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين
المحلة والدار ان العسكر نزلوا فيه للاستقرار
وللارتحال لا للقرار فلا يعتبروا الا للضرورة بخلاف

الدار

الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره
وان كانوا القوم عدولهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر
انه قتيلهم **كتاب العاقل** قال
رحمه الله هي جمع معقلة وهي الدية اي العاقل جمع معقلة
بالضم وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك
يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل
لانه يمنعه عن القبايح قال رحمه الله كل دية وجبت
بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الجماعة الذين
يعقلون القتل وهو الدية يقال عقلت القتيل
اي اعطيت ديته وعقلت عن القاتل اي ديت عنه
ما لزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وانواعها فيما سبق كتاب
الديات واما وجوبها على العاقلة فالاصل ما روي
انه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بدية
المراة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة
فقال ابو القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف
نغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل
ذلك بطل فقال عليه السلام هذا من اخوان
الكهان ولان النفس محترمة فلا وجب في اهدارها
ولا ايجاب العقوبة على المخطئ لانه معذور ومرفوع
عنه المخطا وفي ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من
اجحافه واستيصاله فتضم اليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وانما اختص بالضم اليه لانه انما يقصد في
الاحتراز لقوته فيه لان الغالب ان الانسان انما

لا يحترز في افعاله اذا كان قويا فكانه لا يبالي باحد
وتلك القوة تحصل بانصاره غالبا وهم اخطاوا
بنصرتهم لانها سبب للاقدام على التعدي فقصروا بها
عن حفظه فكانوا اولى بالضم اليه وقوله كل نفس وجبت
بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح او بالشبهة
لان الفعل العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف
عنه العاقلة قال رحمه الله وهي اهل الديوان ان كان
القاتل يوخذ منهم من عطاياهم في ثلاث سنين
واهل الديوان هم اهل الرايات وهم الجيش الذي
كتبت اسامي هم في الديوان وهذا مذهبنا وقال
الشافعي رحمه الله على اهل العشيرة لما روينا
فكان كذلك الى ايام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد
النبي صلى الله عليه وسلم فبقي على ما كان ولانها صلة
فالاقارب اولى بها كالارث والنفقات ولنا
قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين
جعل الدية على اهل الديوان بحضر من الصحابة
من غير نكير وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير
معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت
بانواع بالحلف والولاء والعد وهو ان يعد الرجل
من قبيلة وفي عهد عمر رضي الله عنه صارت بالديوان
فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم
يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا
اهل الحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها

فيما

فيما هو صلة وهو العطا اولى من ايجابها في اصول اموالهم
لانه اخف وما تحملت العاقلة الا التخفيف والتقدير
بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي
عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطا للتخفيف
وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة قال رحمه الله
فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها
لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل
وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد
القضا حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل
القضا بالدية ثم خرجت بعد القضا لا يوخذ منها
كل الدية لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بعد القضا
وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان
الواجب ثلث الدية او اقل تجب في سنة وان كان اكثر
منه تجب في سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان اكثر
منه الى تمام المائة تجب في ثلث سنين لان جميع الدية
تجب في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة
والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى
يجب في ثلث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه
عمدا او انقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعي
ما وجب على القاتل في ماله يكون حالا الا ان التاجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمل المحض
قلنا ان القياس يابى ايجاب المال بمقابلة النفس
لعدم المماثلة بين النفس والمال والشرع ورد به

اذا كان خطا فلا يتعداه فيجب موجلا ولو قتل عشرة رجل
واحد خطا فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلث
سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيوجل كل
جزء من اجزايه ثلث سنين فاول المدة يعتبر من
وقت القضا بالدية لان الواجب الاصلي هو المثل
والنقل الى القيمة بالقضا فتعتبر المدة من وقته
ونظيره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضا
وانما تجب بالقضا فتعتبر قيمته في ذلك قال
رحمه الله وان لم يكن ديونا فعاقلته قبيلته
لما روينا لان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب
قال رحمه الله ويقسم عليهم في ثلاث سنين لا يوخذ
في كل سنة الا درهم او درهم وثلث كما ذكرنا هنا لان
معنى التخفيف مراعى فيه ولو اخذ منه في كل سنة
اربعة تكون في ثلث سنين اثني عشر درهما فيخرج
من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال
رحمه الله فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبايل نسبا على ترتيب العصبات
ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في ابا القاتل
وابنايه فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج لا يصيب كل واحد اكثر من
اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والابا
والابنا لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب
لانهم حفظوا نسابهم فامكن ايجابه على اقرب

القبايل واما العجم فقد ضيعوا انسابهم فلا يمكن ذلك
في حقهم فاذا لم يكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم
تعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم
يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات
اي اقربهم نصرة اذا جزبهم امر الاقرب فالاقرب
يفوض ذلك الى راي الامام لانه هو العالم به وهذا
كله عندنا وعند الشافعي يجب لكل واحد نصف دينار
فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها
ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا
نقول هي احط رتبة من الزكوة الا ترى ان لا يوخذ
من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة ولو كانت
عاقلة اصحاب الرزق تقضي في الدية في ارزاقهم
في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم
بمنزلة العطا فاقيم مقامها اذ كل منهما صلة من بيت
المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة
يوخذ كلما خرج ورزق ثلث الدية بمنزلة العطايا
وان كانت تخرج في كل ستة اشهر يوخذ منه سدس
الدية وان كان يخرج في كل شهر فبحسابه وان كانت
لهم اعطية في كل سنة وارزاق في كل شهر فرضت
الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية
اصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع
الاصل ولان الاخذ من الاعطية ايسر لهم والاخذ

من الارزاق يودي الى الاضرار بهم اذ الارزاق للكفاية
الوقت ويتضررون بالاحاد والاعطية ليكونوا موتلفين
في الديوان قائمين بالنصرة فتيسر عليهم الاداء منه
قال رحمه الله والقاتل كاحدهم اي كواحد من
العاقلة لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه
وواخذة غيره به وقال الشافعي لا يجب على القاتل
شيء من الدية لانه معذور وهذا لا يجب عليه الكل
قلنا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب
الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض لانها
تجب للنصرة وهو بنصر نفسه مثل ما ينصره غيره
بل اشد فكان اولى بالايجاب عليه فاذا كان المخطئ
معذورا فالبري منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وا
وازرة وزر اخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي
وجوب البعض الا ترى ان كل واحد من العواقل
لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب البعض فظهر
بذلك ان اعتبار الجزء بالكل باطل قال رحمه
الله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان نصرته
بهم واسمه ينبيء عنها ويؤيد ذلك قوله عليه السلام
مولى القوم منهم قال رحمه الله ويعقل على مولى
الموالاة مولاه وقبيلته اي قبيلة مولاه الذي
عاقده لان العرب تتناصر به فاشبه ولاء العتاقة
وفيه خلاف الشافعي وقد ذكرنا في الولاء قال
رحمه الله ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد

وما

وما لا يلزم بالصلح ولا اعترافا لما روينا ولانه لا يتنا مر
بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور
ولا يتحملهم قال رحمه الله الا ان يصدقوه
في الاقرار لان بالتصديق اقرارهم فيلزمهم باقرارهم
لانهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم
وقد زال او تقوم البينة لان ما يثبت بالبينة
كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة
هنا مع الاقرار وان كانت لا تقبل معه لانها
لاثبات ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو
الوجوب على العاقلة فما ثبت بالاقرار يجب
موجلا وما ثبت بالصلح حالا الا اذا اشترط التاجيل
في الصلح وقد عرف في موضعه ولو اقر بالقتل
خطا ولم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد سنين تقضي
عليه بالدية في ثلاث سنين كان اول المدة من يوم
يقضي عليه لان التاجيل من وقت القضاء في الثا
بالبينة فكذا في الثابت بالاقرار بل اولى لانه
اضعف ولو تصادق القاتل واولياء المقتول على
ان قاضي بلد كذا قضى على عاقلته بالبينة
وكذبتهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما
لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية
بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما فلم يلزمه حصته بخلاف الاول
حيث تجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصادق

بت

من الولي بالقضا بالدية على العاقلة وقد وجد هنا
فافترقا قال رحمه الله وان جني حر على عبد
خطا دهي على العاقلة يعني اذا قتله لان العاقلة
لا تتحمل اطراف العبد وقال الشافعي لا تتحمل النفس
ايضا بل يجب في مال القاتل لانه بدل المال وفي
الحديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا انه
ادمي فتحمله العاقلة كالحر ولان يجب بقتله دية
وهي بدل الادمي لا المال على ما بيناه من قبل
فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لانه
يمسك به مسك الاموال والمراد بالحر هنا جنايته
اي لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد
ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه
اي ان يفديه المولى قال اصحابنا رحمهم الله
ليس على النساء والذرية ممن له خط في الديوان
عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل معه العواقل
صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على النصرة
لتركهم مناصرته والنساء لا يناصرون بالنساء
والصبيان وهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن
النصرة وهو الجزية وهذا لو كان القاتل صبيا
او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل
لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار
انه من العواقل لانه ينصر نفسه وهو لا يوجد
منهما والفرض عندهما من العطايا للمعونة لا للنصرة

كفرض

كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الهداية
وهذا صحيح فيمن قتله غيرهما واما اذا باشر القتل
بانفسهما فالصحيح انهما يشاركان العاقلة وكذا
المجنون اذا قتل فالصحيح انه يكون كواحد من
العاقلة ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر اذا
كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر
بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب
في السكنى فاهل مصر اقرب اليه من مصر اخر
ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع
لاهل المصر فانهم اذا عجزتهم امر استنصروا بهم
فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى في القرب
والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه
بالكوفة لانه ينتصر باهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا
يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب
السكنى والعدد والحلف وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير
من مسايل العاقل ومنها اخوان ديوان احدهما
بالبصرة وديوان الاخر بالكوفة لا يعقل احدهما
عن صاحبه وانما يعقل عنه اهل ديوانه ومن
جني جناية من اهل البصرة وليس له في اهل
الديوان عطا او اهل البادية اقرب اليه نسبا
وسكنى المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك

المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان
قرابة لان اهل الديوان هم الذين يذبون عن اهل
المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يختصون
بالنصرة اهل العطايا فقط بل ينصرون اهل المصر
كلهم وقيل اذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وانما
يعقلونه اذا كانوا قريبا له ولاهل البادية اقرب
منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر
اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة وصار
نظيره مسئلة الغنيمة المنقطعة في الانكاح
ولو كان البدوي نازلا في المصر ولا مسكن له فيه
لا يعقله اهل مصر لان اهل العطا لا ينصرون من لا
مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن
اهل المصر النازل فيهم لانهم لا ينصرون بهم وان كان
لاهل الذمة عواقل معروفة بينها قتلوا رجلا فقتل
احدهم قتيلا فدية على عاقلته بمنزلة المسلم
لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما
في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر
موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة
فدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى عليه
بها كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على
القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة فاذا لم توجد
فاه لم توجد يقيت عليه بمنزلة مسلمين تاجرين
في دار الحرب قتل احدهما الاخر فقضى بالدية

ماله

ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه ولا تمكنه
من القتل ليعين بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم
ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون
فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة اما اذا
كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل
بعضهم بعضا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل من اهل
الكوفة وله بها عطا وحول ديوانه الى البصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على العاقلة
من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته
من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
اهل الكوفة فصارت كما اذا حول بعد القضا ولنا
ان الدية انما تجب بالقضا على ما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضا انتقل الى المال وكذا الوجوب
على القاتل وتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك
تحمل عنه من يكون عاقلته عند القضا بخلاف ما اذا
حول بعد القضا لان الوجوب قد تقرر بالقضا
فلا يتنقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من
عطاياه بالبصرة لانها تؤخذ من العطا وعطاؤه
بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضا
عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في النسب

لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال تكسر
المتحاكمين فيما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطا فلم يقض عليه حتى استوطن
البصرة قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضي
بها على اهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوي
اذ الحق بالديوان بعد القتل قبل قضا القاضي
يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضا
على عاقلته بالبادية لا تحول عنهم بخلاف ما اذا
كان قوم من اهل البادية قضي عليهم بالدية في
اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطا
حيث تصير الدية في عطايهم ولو كان قضي في
اول مرة لانه ليس تنقض للقضا الاول لانه قضي
بها في اموالهم وعطاؤهم اموالهم غير ان الدية تقضي
من ايسر الاموال اداء والادا من العطا ايسر اذا
صاروا من اهل العطا الا اذا لم يكن مال العطا
من جنس ما قضي به عليهم بان كان القضا بالابل
والعطا دراهم نحيئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما
فيه من ابطال القضا الاول لكن تقضي الابل
من مال العطا بان تشترى به لانه ايسر كذا
علماؤنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم تكن له عاقلة
فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان
جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم

احق

اخص من بعض بذلك وهذا اذا مات كان ميراثه لبيت
المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال
وعن ابي حنيفة رواية شاذة انها تجب في ماله
ووجهها ان الاصل ان الدية تجب على الجاني وهو
القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا ان العاقلة
تحملها تخفيفا للتخفيف على ما عرف فان لم تكن له
عاقلة عاد الحكم الى الاصل وان الملاعنة تعقله
عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا
عقلوا عنه وادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت
على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضي عليهم
بالرجوع عليهم لانه تبين ان الدية كانت واجبة
عليهم لانه بالاكذاب ظهر ان النسب كان ثابتا من
الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر ان
النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا
بكرها وان واجبا على قوم الاب فيرجعون بما عليهم
لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن
وفا وله ولد مسلم حر فلم تود كتابته حتى حبي
ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادين الكتابة يرجع
عاقلة الام على عاقلة الاب لانه عند اداء بدل
الكتابة يتحول ولاء الى قوم ابيه من وقت ثبوت
الحرية للاب وهو اخر جزء من اجزاء حياته فتبين
ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك
رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله حتى سقط عاقلة

الصبي الدية ورجعت بها على عاقلة الامر ان كان
الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت بالاقرار
في ثلاث سنين من يوم يقضي به على الامر وعلى
عاقلته لان الدية موجلة بطريق التيسير عليهم
فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسايل
المعاقل من هذا الجنس كثيرة واجوبتها مختلفة
والضابط الذي يرد كل جنس الى اصله ان يقال
ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل
ولا الى ولا لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي بها
او لم يقض وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد
اذا جنى ثم اعتق ابوه ينجر ولا الولد الى قومه
ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضي بها او لم
يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بيرا ثم اعتق ثم وقع
فيها انسان يقضي بالدية على عاقلة الام لان العبرة
لحالة الحفر الا ترى ان العبد لو حفر بيرا في الطريق
فباعه مولاه فوقع فيها انسان فالضمان على البايع
ولو اعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها
انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن
نظيره حربي اسلم ووالى رجلا فجنى ثم اعتق
ابوه جد ولاوه لان ولا العتاقة اقوى وجنايته
على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية
وتحول الولا بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك
الجناية فلا يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن

ظهرت

ظهرت حالة خفية فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع
القضا بها او لم يقع وذلك مثل ولد الملاعنة وولد
المكاتب اذا مات المكاتب عن وفا وامر الصبي بالجناية
ولم يتبدل حال الجاني ولم تظهر فيه الحالة الخفية
ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت
القضا لا غير فان قضي بها على الاولى لم تنتقل الى
الثانية والا قضي بها على الثانية وذلك مثل
ان يكون من ديوان اهل الكوفة ثم جعل من ديوان
اهل البصرة وان لم يكن فيه شي مما ذكرنا ولكن لحق
العاقلة زيادة ونقصان اشتركوا في حكم الجناية
قبل القضا وبعده الا فيما سبق اداوه فمن احكم هذا
الاصل وتامل فيه امكنه تخريج المسايل ورد كل واقعة
من النظاير والاضداد الى اصلها والله الهادي الى
الرشاد وهو الموفق للعباد بشرح صدور السداد

كتاب الوصايا

الايصا لغة
طلب شي من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد
وفاته وفي الشرع ما ذكره في المختصر فقال
الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت يعني بطريق
التبرع سوا كانت عينا او منفعة قال رحمه الله
وهي مستحبة اي الوصية مستحبة هذا اذا لم يكن عليه
حق مستحق لله تعالى وان كان عليه حق مستحق لله
كالزكوة او الصيام او الحج او الصلاة التي فرط فيها
وهي واجبة والقياس يابى جوازها لانها تمليك

مضاف الى حال زوال الملك ولو اضافه الى حال قيامه
بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا ان الشارع
اجازها لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور بامله
تقصر في عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك
يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه
لو تحقق تاخره بخافه يحصل مقصوده المالي ولو
اتسع الوقت واحوج الى الانتفاع به صرفه في حاجته
الحالي شرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل
الصالح وقضا لحاجته عند احتياجه الى تحصيل
المصلح ومثله الاجارة لا يجوز فيما سلمنا انها من
اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان
واجازها الشارع وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار
الحاجة كما بقي في حق التجهيز والدين وقد نطق بها
الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله
تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في
حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم وعليه اجماع
الامة لم تصح الوصية للاجنبي بالثلث من غير اجازة
الوارث ولا يجوز ما زاد على الثلث لما روي عن
سعد ابن ابي وقاص انه قال جاني رسول الله صلى
الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا
رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا ذو مال
ولا يرثني الا ابنة لي افا تصدق بثلث مالي قال

قال قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قال قلت فالثلث
قال الثلث والثلث كثير او كبير انك ان تذر ورثتك
اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون ولان
حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم
وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره
في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق
به عليهم غدرا لما يتفوتهم من التفاوي بالايثار
وقد جاء في الحديث انه عليه السلام قال الحيف في
الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث
وبالوصية للوارث قال رحمه الله ولا تصح بما زاد
على الثلث ولا لقاتله ووارثه ان لم تجز الورثة
اما الاول فلما بينا واما الثاني فلقوله عليه السلام
لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل
مباشرة عمدا كان او خطأ بجلاف التسبيب لان التسبيب
ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل
ما اخره الله فيحرم الوصية كالميراث سواء اوصى له
قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق
ما روينا واما الثالث فلقوله عليه السلام ان الله
اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض
يتأذى بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم
ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه
وارثا او غير وارث وقت الموت لان وقت الوصية

لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك
حتى لو اوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت
الوصية للاخ وعكسه لو اوصى لاخيه وله ابن ثم
مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للاخ لما
ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا
نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تعتبر من الثلث
واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا
او غير وارث عند الاقرار لانه في المحال فيعتبر
حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص هو ليس
بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك
ولكن شرط ان يكون وارثا بسبب حادث بعد
الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه وهو اجنبي
عنه وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره
طا واما اذا ورث بسبب قايم عند الاقرار لا يصح
كما لو اقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله
ان لم تجز الورثة راجع الى الثلاثة المذكورة الوصية
بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع
في الكل لحقهم فيجوز باجازتهم الى ما يروى عن ابن
عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لا تجوز
وصية لوارث الا ان يشا الورثة وعن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده انه عليه السلام قال لا وصية لوارث
الا ان يجيز الورثة ويشترط ان يكون المجيز
من اهل التبرع بان يكون بالغا عاقلا وان اجاز

البعض

البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره
لولايته على نفسه لا لغيره ولا معتبر باجازة بعضهم
في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت
لهم بالموت فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت
الموصي ويرد ملك الاجازة لانها وقعت ساقطة
لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط في نفسه مضمحل
متلاش فكان لهم ان يردوه بعد موت المورث ولا يقال
كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق
الورثة في ماله من اول ما مرض بدليل منعه من
التصرف لحقهم لان ذلك الثبوت على سبيل التوقف
فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتا من اول المرض
وان الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى اول
المرض فصار كما اجاز لهم بعد موته لانا نقول الاستناد
انما يظهر في حق العتايم فاجازتهم حين وقعت في
حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قايما
بنفسه فلا يظهر في حقه الاستناد ولان حقيقة
الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم
مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة
قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك الموت
حقيقة فاذا لم يتصور بقي حقا على حاله لا حقيقة
والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضى ببطلان حقيقة
الملك قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع الذي
يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته

حيث لا يكون لهما ان يرجعوا عنه لانها وقعت بعد البوت
الملك حقيقة فلزم ثم صحتها لاجازة بعد موته تملكه
الجارية من قبل الموصي عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم
ولو اعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره واجازت الورثة
العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث عتق وجا
الجارية الموروث ولا مال له غيرها فاوصى بها لقوم
فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل بكاحه وقال
الشافعي رحمه الله يملك الموصى له من جهة التجهيز حتى لا
يجبر على التسليم عنده وتكون له ثلثا الولد في مسئلتنا
العتق وينفسد النكاح لانا لميت لا حق له الا في الثلث
وهذا لا ينفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث
فيكون الزايد على الثلث كلها للوارث حقيقة فاذا جاز
من الموصي وصار ذلك ملكه حالا ومالا لان جميع ماله
مملوك له وقت الوصية وبعد الموت لهو باق على حكم
ملكه وهذا يبدا بحوايجه ولا يملك الوارث الا ما فضل
عن حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه ولا يملك ما كان مشغولا
بحاجته من ماله فاذا اوصى صار مشغولا بها كالكفن للورثة
نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم ونفذ
العقد السابق كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن ولا يقال
لو كان الوارث مريضا فاجاز يعتبر من ثلثه فدل انه
تمليك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث
كما اجازته العتق والبيع الذي فيه محاباة وليس بتمليك

من

من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفي
تملك الموصى له قبل القبض وعنده لا يتملك وفي مشاع
يحتمل القسمة حيث يجوز الاجازة فيه عندنا وعنده
لا يجوز وقال ابو يوسف الوصية للقاتل لا تجوز باجازة
الورثة لان امتناعها لحقهم وهي باقية ولهما ان امتناعها
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان
الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم قال رحمه الله ويوصي المسلم للذمي وبالعكس
اي يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله الاية والثاني لانهم بعقد
الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات وهذا جاز التبرع
المنجز في حالة الحيوة من الجانبين وكذا المضاف الى ما
بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين الاية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير
ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق
انه لا ينبغي ان يوصي لهم وان فعل يثبت الملك لهم
لانهم من اهل الملك والمستامن كالذمي في حق الوصية
لانه له ان يملكه المال حال حياته فكذا مضافا الى ما
بعد مماته قال رحمه الله وقبولها بعد موته وبطل برجوعها
ورد ها في حياته اي قبول الوصية بعد موت الموصي
لان اوان ثبوت محلها وحكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله
ولا رده قبلها كما لا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما اذا

قال لامراته انت طالق على الف درهم غدا فان ردها
وتبوطها قبل مجي الغد باطل لما ذكرنا وقال زفر رحمه الله
اذا كانت الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد
موته لان ايجابه كان في حياته وقد رده فبطل والحجة
عليه ما بيناه قال رحمه الله وندب النقص من الثلث
اي يستحب ان يوصي باقل من الثلث سواء كانت الورثة
اغنيا او فقرا لان في النقيص صلة للقريب بترك ماله
عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفا حقه
على التمام تفوته الصلة على القريب واليه اشار
ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بفوقهما لان نوصي بالخمس
احب من ان نوصي بالربع ولان نوصي بالربع احب الينا
من ان نوصي بالثلث وترك الوصية افضل اذا كانت
الورثة فقرا لا يستغنون بما يورثون لما فيه من
الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح وقال عليه السلام انك
ان تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون
رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية باقل من
الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنيا لانهم
يستغنون بماله لانه جمع بين الصدقة على الاجنبي
والهبة من القريب وقبل الاول اولى لانها يبتغي بها
رضى الله وبالهبة رضاهم وقيل يختلف لان كل
واحد منهما يشتمل على فضيلة وهو الصدقة او الصلة
فكان له ان يفعل احدهما ايهما شاء او يجمع بينهما قال

رحمه

رحمه الله وملك بقبوله اي الموصى له يملك بالقبول
وقال الشافعي رحمه الله يملك بدون القبول لانها خلافة
فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا انه اثبات
ملك جديد وهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف
الميراث لانها خلافة حتى تثبت هذه الاحكام فتثبت
جبرا من الشارع من غير قبول ولايته عليه ولانه
لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بان اوصى له
بعبد اعمى او دنان مكسرة او بزبل مجتمع في داره فانه
يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تعريفا
لملك الموصي عن ملكه قال رحمه الله الا ان يموت
الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فانه يملك
بدون القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل
الوصية لما بينا ان احدا لا يقدر على اثبات الملك
لغيره بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل
القبول بعدا يجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يحتمل الفسخ
من جهته وانما تتوقف لحق الموصى له فاذا مات
دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري
او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا
اوصى لاثنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا
لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه قال رحمه الله
ولا تنفع وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله

لان الدين مقدم على الوصية لانه الزم لكونه فرضا والوصية
لغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق
العبد مقدم وحق الشرع من الصلوة وغيرها يسقط
بالموت على ما عرف في موضعه فتكون الوصية كالتبرع
وقال علي رضي الله عنه انكم تقرون الوصية قبل
الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدا بالدين
قال رحمه الله والصبي وقال الشافعي رحمه الله
تصح وصية الصبي اذا كان يعقل وجوه الخبر لان عمر
رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق
الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى
ولوم ينفذ تملكا لغيره ولا نظر له وهذا لان المنع
من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله
وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية
اخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد موته كالبالغ
فكذا في الوصية ولنا انها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة
وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار
اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم المحال
الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض
الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته
يودي الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على
انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا
لم يستفسر عمر رضي الله عنه وصيته ان كانت في
القرب او في غيرها ويحتمل ان وصيته كانت في

تجهيزه وذلك جائز عندنا وهو يجوز الثواب بالترك
على ورثته فلا يتغير بها النفع وكذا اذا اوصى ثم
مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية
وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا ادركت فثلث
مالي وصية لفلان لانه ليس باهل لقول ملزم فلا
يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف
العبد والمكاتب لان اهليتهما كاملة وانما معناها
لحق المولى فتصح اضافتها الى حال سقوط حق
المولى بان يقول كل واحد منهما ان اعتقت فثلث
مالي وصية لفلان او للمساكين قال رحمه الله
والمكاتب ايجاب وصية المكاتب لان الوصية
تبرع وهو ليس من اهله ثم اعلم ان وصية المكاتب
على ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية
بعين من اعيان ماله لان لا ملك له حقيقة فلا
تصح كمن اوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو اجازها
بعد العتق جازت الا ان الاجازة انشاء للوصية
لان الوصية تصح بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق
عبده فاجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان
العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع
وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق
بان قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان
او اوصيت بثلث مالي له وان لم يعتق حتى مات
ولو عتق وفا بطلت الوصية لان الملك له حقيقة

لم يوجد اذا لم تثبت له الحرية في حياته مطلقا وانما
تثبت بطريق الضرورة فلا تظهر في حق نفاذ الوصية
وقسم يختلف فيه وهو ما اذا قال وصيت بثلث
مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما جايزة وهذا بنا على ان الكتابة توجب
ملك حقيقي وهو ما بعد العتق وبجازي وهو ما قبل
العتق عند ابي حنيفة رحمه الله بتصرف ابي المجازي
لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاوه على العلم تلا
ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو
ما يملكه بعد العتق الحرية المطلقة لان القابل لهذا
الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه او بنا ول النوعين
فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل كما اذا قال
لحر كل عبد اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه
لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق
الاخر وتحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك
لا يعتق هذا ذكر المسيلة في شرح الزيادة قال
العبد الفقير الى الله ينبغي ان تلحق هذه المسيلة
مثل مسيلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك
المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وهي ما
اذا قال لاحدهما اذا اعتقت كل مملوك املكه فهو
حر يصح ويعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال
كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق
لان قوله املك يتناول الحال وهو غير قابل له ولو

قال

قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما
ما يملكه بعد العتق لانه يتصرف الى ملك قابل له وهو ما
بعد الحرية ولا يعتق عند ابي حنيفة لانه لا ينصرف
الى ملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال لمنكوحته
نكاحا فاسدا انت طالق فعبد حر ينصرف الى
الطلاق في هذا النكاح الفاسد لان هو الظاهر فجعل
الخلاف في هذه المسيلة فيما اذا قال كل مملوك املكه
فيما استقبل وفي مسيلة الوصية جعله من غير
ذكر الاستقبال وهذا ظاهر تناقض ويحتمل ان يكون
كل واحد منهم روايتان في المسيلتين والا فلا فرق
بينهما من حيث الوضع فكيف يختلفان في الجواب
قال رحمه الله وتصح الوصية استحسانا من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة
في الارث كذا في الوصية اذ هي اخته غير انها ترتد
بالرد لما بينها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها
تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا ولا
يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من
اهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة
وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول
واذا اسلم ولشبهها بالميراث تسقط اذا لم يكن عمد
بالشبهين وهذا تسقط بموت الموصي له قبل القبول
واما الثاني وهو ما اذا اوصى بالحمل فلانه يجري
فيه الارث فتجري فيه الوصية ايضا لانها اخته

للحمل وجه

ثم شرط في الهداية ان يولد لاقل من ستة اشهر فيها مثل
ماذكر في المختصر وقال في النهاية يجوز الوصية للحمل
وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر اي من وقت
موت الموصي لا من وقت الوصية وان اوصى له
يعتبر من وقت الموت قال رحمه الله ولا تصح
الهبة له اي للحمل لان من شرطها القبول والقبض
ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى
يقبض عنه فصار كالبيع قال رحمه الله ومن اوصى
بامة الا حملها صحت الوصية والاستثنا لان الحمل
يتناوله اسم الجارية لغة وانما يستحق بالاطلاق
تبعا فان افرد الام بالوصية صح افراده ولان الحمل
يجوز افراده بالوصية فكذا استثناوه منها لان
كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد
على ما مر في البيوع ويكون الاستثنا منقطعا بمعنى
لكن اذا لم يدخل تحت اللفظ قال رحمه الله وله
الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع او وهب
او قطع الثوب او ذبح الشاة لان الوصية تتبرع
فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في الهبة قبل القبض
ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع
عنها قبل القبول كما في سائر العقود كالبيع وغيره
ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت
عن الوصية به فعلا يدل على الرجوع وهو
المراد بقوله وفعلا وبان باع او وهب او

قطع

قطع الثوب او ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط
فان الفسخ والاجارة يكون بالصريح وبالدلالة ثم
الاصل فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك
الغير بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا
فعله الموصي بالعين الموصي بها كان رجوعا كما اذا
اتخذ الحديد سيفا او الصغر اينة لانه اثر في قطع
ملك المالك فلا يؤثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب
زيادة في الموصي بها ولا يمكن تسليمها الا به فهو
رجوع اذا فعله قيد وكذا كل تصرف اوجب زوال
الملك فهو رجوع وكذا اذا اختلطه بغيره بحيث لا يمكن
تمييزه فاذا ثبت هذا تقول اذا اوصى بثوب
ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غاطه او بغزل ثم
نسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك من
الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا
عينا اخرى غير الموصي به وكذا اذا اوصى بسويق
فلته بسمن او بالعكس او بدار فبنى فيها او بقطن
فحشى به او ببطاقة فبطن بها او بظهارة فظهر بها
بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصي به وحده
للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصي بها او
وهب بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها
بالشرا او بالرجوع عن الهبة لا تعود الوصية وذبح
الشاة الموصي بها استهلاك فتبطل به الوصية بخلاف
تخصيص الدار الموصي بها وحده للاختلاط بغيره

وكذا لو باع العين الموصى بها او وهب بطلت الوصية
لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشرا وهدم بنا بها
او غسل الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعا
لانه تصرف في البيع ومن اراد ان يعطي ثوبه غيره
عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب فصار
تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى
بعنب فصار زبيبا والفرق ان التمر والرطب
جنس واحد ولهذا جاز استيفا احدهما مكان
الاخر في السلم وبخلاف ما اذا اوصى ببيض فصار
فرخا ولو كان التغيير في هذه المسايل بعد موت
الموصي لا تبطل الوصية سوا كان قبل القبول او بعده
قال رحمه الله والجحود لا يكون رجوعا ذكره محمد
رحمه الله في الجامع الكبير كان في حضرة الموصى له
وما ذكر في الجامع محمول على ان الجحود في غيبته
ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد وما ذكر
في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهداية منهم
وهو الصحيح لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي
والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال
فقط فكان اولى ان يكون رجوعا ولهذا كان جحود
التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد
ان الجحود نفي في الماضي والانتفا في الحال ضرورة
ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في
الحال والجحود نفي فيهما لان حقيقته نفي في الماضي

ويلزم

ويلزم منه الانتفا في الحال ان كان صادقا فلا يكون
احدهما اخص من الاخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا
لا يكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية اوصيت
بها لفلان فهي حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقا الاصل بخلاف ما اذا قال
فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا
يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير
الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال
العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا
لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى
به لرجل ثم اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان
المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال
فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون
وصية للوارث ويكون حكمه ان يجوز ان اجازته
الورثة ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى
فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما
تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقي الاول على
حاله ولو قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي
فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال رحمه الله اوصى لذا
بثلث ماله ولم تجز ثلثه لهما اي اذا لم تجز الورثة
الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق

ولاخر بثلث ماله

جنبهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا
في سبب الاستحقاق فيتساويان في الاستحقاق والمحل
يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستوا
حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى
بخلاف ما اذا قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو
لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل
على الرجوع عن الاولى على ما مر قال رحمه الله
وان اوصى لاخر بسدس ماله فالثلث بينهما اثلاثا
معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله
لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق
الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث
فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس
سهما لانه الاقل فصار ثلاثة اسهم لصاحب السدس
سهم ولصاحب الثلث سهمان قال رحمه الله وان
اوصى لاحدهما بجميع ماله والاخر بثلث ماله ولم تجز
الثلثة بينهما اثلاثا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة
والسعاية والدراهم المرسلة عنده وعندهما الثلث
بينهما ارباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة اسهم
لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث
لان الموصى فصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق بحق الورثة ولا مانع من
التفضيل فيثبت كما في السعاية واختيها ولابي

حنيفة

حنيفة ان الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير
مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ الحال لا يتصور
نفاذها بحال فتبطل اصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل
ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق
كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع
بخلاف الدراهم المرسلة واختيها لانها ثبتا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر فيها
التفاضل فيصرف كل واحد بجميع حقه لكونه مشروعا
ولاحتمال ان يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بان
يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية
وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته فيتمها
تزيد على الثلث تخرج من الثلث لان هناك لحق
يتعلق بعين التركة بدليل احتمال ان يزيد المال
تخرج من الثلث وبدليل ما لو استفاد مالا اخر بطل
الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ
بما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق
الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين
مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث قال
رحمه الله وبنصيب ابنه بطل ومثل نصيب ابنه صح
اي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب
ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيحة لان الجميع ماله
في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز انه
حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه فقوله

وصيت بنصيب بني اي بمثل نصيبه ومثله شايع لغة
قالالله تعالى واسال القرية اي اهلها ولنا ان نصيب
الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير
بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب بنه لان مثل الشيء غيره
وانما يجوز حذف المضاف اذا كان مدلولا عليه كما في الاية
لان السوال يدل على المسول ولم الاهل ولم يوجد
هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز قال رحمه الله
فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له
النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل
نصيب بنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه
الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لان يزيد نصيبه
على نصيب بنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم
قال رحمه الله وبسهم او جزء من ماله فالبيان الى
الورثة اي اذا اوصى بسهم او جزء من ماله كان بيان
ذلك الى الورثة فيقال لهم اعطوا ما شيتم لانه
مجهول بينا ولكثير والقليل والوصية لا تمتنع
بالجهالة والورثة قايمون مقام الموصي فكان ابهام
بيانه سويي هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض
المشايخ والمروي عن ابي حنيفة ان السهم عبارة
عن السدس نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه
وعن معاوية وقال في الجامع الصغير له اخس
سهام الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فلا يزاد
عليه جعل السدس ملتقى النقصان في رواية الجامع

الصغير

الصغير ولا يمنع الزيادة في الاصل وجعله لمنع الزيادة
في الاصل ولا يمنع النقصان وذكر في الهداية ما يمنع
الزيادة والنقصان قال في تعليله لانه يذكر ويراد به
السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى
الاقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط وقال ابو يوسف
يجعل له اخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب
احد الورثة عرفا لا سيما في الوصية فينصرف اليه
وهذا في عرفهم واما في عرفنا فهو الذي ذكرناه اولا
قال رحمه الله سدس مالي لفلان ثم قال له ثلث
مالي له ثلث ماله لان الثلث متضمن للسدس يدخل
فيه ولا يتناول اكثر من الثلث قال رحمه الله
وان قال سدس مالي لفلان ثم قال له سدس مالي له
السدس يعني سدسا واحدا قال ذلك في مجلس او مجلسين
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف
اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول وهذا قال
ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر
يسرا ان مع العسر يسرا الى يغلب عسر يسرين قال
رحمه الله وان اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
وهلك ثلثا ذلك له ما بقي اي اذا اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم او الغنم
وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد
منهما مشترك بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه

على السركة ويبقى الباقي كذلك وصار كما اذا كان الموصي
به اجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضه يمكن جعله في البعض
المتعين الجنس الواحد وهذا يجري فيه الجبر على القسمة
وفيه جمع والوصية مقدمة فجعلناها في البعض الباقي
فصار كما اذا اوصى بدرهم او بعشرة دراهم او بعشرة
اراس من الغنم وهلك ذلك الجنس كله الا القدر الموصى
فانه يأخذه اذا كان يخرج من بقية ثلث ماله بخلاف
الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا
تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة
ان لو استوى الحقان اما اذا كان احدهما مقدما على
الآخر فالهالك يصرف الى الآخر وهو الوصية والارث
لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث
لقوله تعالى من بعد وصية يوصين بها او دين فيصرف
الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص
حق الورثة عما للثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم
للموصى له شيا حتى يسلم للورثة ضعف ذلك
وكذا اذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك
الى الربح لان رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه
قال رحمه الله ولو رقيقا او ثيابا او دور اله ثلث
ما بقي اي اذا اوصى بثلث رقيقه او ثيابه او بثلث
داره هلك ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من
ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال رحمه الله
لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على

على ما بيناه قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس
مختلفة وان كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم
وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا
قول ابي حنيفة في الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر
على المقاسمة فيهما وقيل هو قولهما كلهم لان الجمع انما
يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق
بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق
الجمع اجماعا والاشبه ان يكون على الخلاف لان كل
ما امكن جعله جبرا بالقضاء امكن جعله تقديرا وهذا
هو الفقه في هذا الباب الا ترى انه امكن الجمع
بدون القضاء عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث
الدراهم والغنم على ما بيناه قال رحمه الله
وبالف وله مال عين ودين فان خرج من ثلث العين
دفع اليه اي اذا اوصى بالف درهم وله عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه لان ابقاء
حق كل واحد ممكن من عين بخلاف ما اذا تعيب
اليه قال رحمه الله والا فثلث العين وكلما خرج
شيء من الدين ثلثاه حتى يستوفي الالف اي ان لم
يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث
العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثاه
حتى يستوفي حقه وهو الالف لان الموصى له شريك
الوارث في الحقيقة الا ترى انه لا يسلم له شيء حتى
يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين

في حق الورثة لان العين مزية على الدين ولان الدين
ليس بمال في مطلق الحال وهذا لو حلف انه لا مال
له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند
الاستيفاء وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل
النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا
فيصار اليه قال رحمه الله وثلث لزيد وعمرو
وهو ميت لزيد كله اي اذا اوصى لزيد وعمرو وثلثه
ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس
باهل للوصية فالثلث لزيد فلا يضم الى الذمي
هو اهل لها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي
يوسف انه اذا لم يعلم موته كان له نصف الثلث
لان الوصية عنده صحيحة للحمل ولغو فكان راضيا
بكل الثلث وهذا اذا كان المزاحم معدوما من
الاصل اما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج
بحصته ولا يسلم للاخر كل الثلث لان الوصية
صحتها واثبتت الشركة بينهما فبطلان حق
احدهما بعد لا يوجب زيادة على حق الاخر شاله
اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان ابن عبد الله
ان مت وهو قبله فمات الموصي فلان ابن عبد الله
غني كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث
مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت
ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث
لان بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة

في

في حق الاخر فكان الحرف فيه انه متى دخل في الوصية
ثم خرج لفقد الاهلية كان الكل للاخر قال
رحمه الله ولو قال بين زيد وعمرو وعمر وعمر ميت كان لزيد
نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا
يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان
فان احدهما ميت يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى
كلام يقتضي اختصاص بالحكم الا ان العطف يقتضي
المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث
والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة تكامل
الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان
لجميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان لم يستحق
الثلث بل نصف الا ترى الى قوله تعالى وبينهم
ان الماء قسمة بينهم اقتضى ان يكون النصف بدليل
قوله لها ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله
وثلثه له ولا مال له ثلث ما يملكه عند موته اي
اذا اوصى بثلث ماله لشخص ولا ماله وقت الوصية
كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد
استخلاف بضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد
الموت فيشترط وجود المال عند الموت سواء كان
بعد الوصية او قبلها بعد ان لم يكن الموصي بعينا او
نوعا معينا واما اذا اوصى بعين او بنوع من ماله
كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لانها
تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى

الشب غنما اخرا وعينا اخر بعد ذلك لا يتعلق حق
الموصى له بذلك ولو لم يكن غنم عند الوصية فاستفادها
ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ
الماضي تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر
وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي اعطي
وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضاف الشاة
الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ مالية
توجد في مطلق المال الا ترى الى قوله عليه السلام
في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد
في الابل وانما توجد مالية فيها ولو اوصى بشاة
ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المعنى
اضافتها الى المال باعتبار صورة الشاة ومعناها
وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه الشاة
علمنا ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له
قيل لا تصح فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم
علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من
الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا
يخرج كل نوع من انواع البقر والثوب ونحوها قال
رحمه الله وثلثه لامهات اولاده وهن ثلاث والفقراء
والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم
للمساكين اي اذا اوصى بثلث ماله لامهات اولاده
وللفقراء والمساكين وامهات اولاده ثلاث يقسم
الثلث اخماسا فلهن ثلاثة اسهم ولكل طائفة من

الفقراء والمساكين سهم وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يقسم اسباعا لان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان قال الله تعالى وان كان له اخوة
فلامه السدس وقال تعالى وان كن نساء فوق اثنتين
الاية والمراد بالاية اثنتان فكان من كل طائفة اثنان
وامهات اولاده ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم
اسباعا ولهما انه اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول
الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما
الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى لا يحل لك
النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شيء
حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل
ولهذا الوصف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد فيتناول
كل فريق واحد وامهات اولاده ثلاث فبلغ السهام
خمسة وليس فيما تلي دلالة على ما ذكر لان المذكور
في الايتين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيهما
نحن فيه ملكوا اقلنا كما قال ثم هذه الوصية
تكون لامهات اولاده يعتقن بموته اولا الاتي يعتقن
في حياته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان
كان له امهات اولاد عتقن في حياته وامهات اولاد
يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته
لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن في حال
حيوته موالي امهات الاولاد وانما تصرف اليهن
الوصية بالعتق او بر قبته للكونه عتقا فوجب ان

لا يجوز لامهات اولاده اللاتي لم يعتقن حال حياته
لانا نقول القياس ان لا تجوز الوصية لهن ولو
جازت لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق
والتمليك معلقان بالموت والعتق ينزل عليهن وهن
اما فكذا تملكهن يقع وهن اما وهو لا يتصور الا انا
جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما
بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال
الموصي لانه قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بعد
العتق فصرف اليه تصحيحا لكلامه قال رحمه الله
وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه
اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد وللمساكين كان لزيد
النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند
محمد ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين وقد بينا ماخذ
كل واحد من الفريقين ولو اوصى للمساكين كان له
صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرفه
الى اقل من اثنين بنا على ما ذكرنا قال رحمه الله
وبماية لرجل وبماية لاخر فقال لاخر اشركتك
معهما له ثلث ما لكل منهما يعني اذا اوصى لرجل بماية
درهم ولاخر بماية ثم قال لاخر اشركتك معهما له
ثلث كل ماية ولو اوصى لرجل باربعماية درهم
ولاخر بمايتين ثم قال لاخر اشركتك معهما كان
له نصف ما لكل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة
ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركا في الثلث على

المساواة

المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الثانية
لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل
واحد منهما ثلث الماية فتم له ثلث الماية وياخذ كل
واحد منهما ثلثي الماية ولا يمكن المساواة بين الكل في
الثانية ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى
ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين
متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان
كانت قيمتهما على السوا فله ثلث كل واحدة منهما
وعند ابي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بنا على
انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونا كجنسين مختلفين
وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية ولو اوصى
لرجل بثلث ماله ثم قال لاخر اشركتك او ادخلتك
معه فالثلث بينهما لما ذكرنا قال رحمه الله وان
قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فانه يصدق
الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار
نظير من قال كل من ادعى علي شيئا فاعطوه فانه
باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان يقول ان راى الوصي
ان يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان
انا نعلم ان قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق فيجعله وصية وقد يحتاج

اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في
تفريغ ذمته شيا فاعطوه ما شا فهذه معتبرة فكذا هذا
فيصدق الى الثلث قال رحمه الله فان اوصى بوصايا
اي مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة وقيل لكل صدقوه فيما نسيتم وما بقي من
الثلث فللوصايا اي لاصحاب الوصايا حقوق معلومة
في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين
معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا
عزل المعلوم وفي الاقرار فايدة اخرى وهي ان احد
الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به
والاخر الدوالح وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم فاذا افرز ما قلنا علمنا ان في التركة دينا شايعا
في جميع التركة فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه
فاذا بينوا شيا اخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا
به والورثة بثلثي ما اقروا به لان اقرار كل فريق
نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقر
له اكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه يختلف
على فعل الغير قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه
الكريم اللطيف هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا
يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر
من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير
ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في
ايديهم من الثلث شي فوجب ان لا يلزمهم تصديقه

والله تعالى اعلم قال رحمه الله ولاجنبي ووارثه له نصف
الوصية وبطلت الوصية للوارث اي اذا اوصى للاجنبي
ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية
للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك
وبطل في الاخر بخلاف ما اذا اوصى لحي وصية حيث
يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح
مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة
وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا
بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث
لا تصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشا تصرف
وهو تمليك مبتدا لهما والشركة تثبت حكما للتمليك
فتصح في حق من يستحقه دون الاخر لان بطلان ما
التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الاخر
اما الاقرار فاخبار عن امر كاين وقد اخبر بوصف الشركة
في الماضي ولا وجه لاثباته بدون هذا الوصف
لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف
لانه يصير فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيا كان
للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال
يقبض الاجنبي شيا فشيا ويشاركه الوارث فيه فيبطل
حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشا حصة
احدهما ممتاز عن حصة الاخر بقا وبطلانا قال في
النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا اما اذا انكر
الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد

لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه
ببطلان حقه وبقيت في حق الاخر وعندهما يبطل
في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي
وانما وجب مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال
رحمه الله وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب
ولم يدر اي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت
اي اذا اوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط
ورديء لثلاثة انفس لكل واحد منهم ثوب فضاع
منها ثوب ولا يدري ايها هو والوارث يجحد ذلك
بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك او حق احدكم
ولا ادري من هو فلا ادفع اليكم بطلت الوصية لان
المستحق مجهول وجهالة تمنع صحة القضاء وتحصيل
غرض الموصي فتبطل كما اذا اوصى لاحد الرجلين
قال رحمه الله الا ان يسلموا ما بقي اجمالا ان يسلم
الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية
لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة
طارئة ما فقد من التسليم فاذا سلموا البافي زال
المانع فعادت صحيحة على ما كانت فتقسم بينهم
قال رحمه الله فلذي الجيد ثلثاه ولذي الوسط
ثلثاه ولذي الوسط ثلثة كل واحد اي صاحب
ثلثا الثوب الجيد وصاحب الرديء يعطي ثلثا الثوب
الرديء وصاحب الوسط يعطي ثلث كل واحد فيصير
كل واحد منهم ثلثا ثوب لانا لاثنين اذا قسمنا على

ثلاثة اصاب كل واحد منهم الثلثان وانما اعطي صاحب
الوسط لذلك كل واحد لان صاحب الرديء لا حق له
في الجيد بيقين لانه اما ان يكون الرديء الاصلي او
الوسط ولا حق له فيهما واحتمل ان يكون حقه في
الجيد بان كان الهالك هو الوسط او الرديء ويحتمل
ان يكون له فيه حق بان يكون الهالك هو الجيد
وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه اما
ان يكون هو الجيد الاصلي والوسط ولا حق له فيهما
واحتمل ان يكون حقه في الرديء بان كان الهالك
هو الجيد او الوسط واحتمل ان يكون له فيه حق
بان كان الهالك هو الرديء بان يكون له فيهما حق بان
كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك اعطي لكل
واحد منهم اليقين واجبنا لهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه
سواء وانما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان
وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان ملتمسا
قال رحمه الله وبيت عين من دار مشتركة وقسم
ووقع في حظه فهو للموصى له والا فلمن قرعه منهما
اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فاوصى احدهما
ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له وان وقع في نصيب
الاخر فالموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له نصف
البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب

الاخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى بملكه
وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه
ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه
بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية
السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم
اذا اصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له
نصفه لانه عين ما اوصى به وان وقع في نصيب
صاحبه كان له مثل نصيب البيت لانه يجب تنفيذها
في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به
كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية
في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام
على البيع على ما بينا في مسايل الرجوع عن الوصية
ولا تبطل بالقسمة ولهما انه رضي بما يستقر ملكه
فيه بالقسمة لانه يقصد الايصا بما يمكن الانتفاع
به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان
الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع
البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه
ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه
ولا تبطل الوصية اذا وقع للميت كله في نصيب
شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصي
الموصى به فعلى اعتبار الافراز صار كان البيت ملكه

من

من الابتدا وان وقع في نصيب الاخر ينفذ في قدر ذرعان
البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لانه عوضه
ولان مراد الموصي من ذكر البيت تقديره به غير انا
نقول يتعين البيت اذا وقع البيت في نصيبه جميعا
بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب
الاخر عملنا بالتقدير ونقول انه اراد التقدير
على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه واراد
التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد
ان يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ان من علق
باول ولد تلده امته طلاق امراته وعتق ذلك
الولد يقيده في حق المعتق بالولد الحي لا في حق
الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي
والدار مائة ذراع والبيت عشرة يقسم نصيب
الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم
عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى له
فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة اذرع
وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له
وهو خمسة واربعون ذراعا ونصيب الميت من
الدار خمسون ذراعا فيجعل كل سهم منها سهما فصار
عشرة اسهم وعندهما يقسم على خمسة اسهم
لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع
وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو اربعون
ذراعا فيجعل كل عشرة اذرع سهما فصار المجموع خمسة

اسهم سهم للموصى له واربعة اسهم قال رحمه الله والاقرار
مثلها اي الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية
به حتى يومر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب
المقر عندهما وان وقع في نصيب الاخر يومر بتسليم
مثله وعند محمد يومر بتسليم النصف وقيل محمد معهما
في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك
الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم
ملكه يومر بالتسليم مثله وعند محمد يومر بتسليم
الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ به الوصية
قال رحمه الله وبالف عين من مال اخذ فاجازت
الورثة المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع
بعد الاجازة اي اذا اوصى رجل بالف درهم بعينها
من مال غيره فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي
ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد
الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة
صاحبه فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع
فله ان يمتنع الموصي من التسليم كسائر التبرعات
بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث او للقاتل
او للوارث فاجازتها الورثة حيث لا يكون لهم
ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة
لصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوا ما
سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي على ما بينا من

قيل

قيل قال رحمه الله وصح اقرار احد الابنين بعد القسمة
بوصية ابيه في ثلث نصيبه معناه اذا اقتسم الابنان
تركة ابيهما وهو الف درهم مثلا ثم اقر احدهما الرجل
ان اباه اوصى لهما بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث
ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه
نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث
تضمن اقراره بمساواة اياه والتسوية في اعطاء
النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما
بدين ثالث لهما وهذا لان ما اخذه المنكر كان لهما لك
يهلك عليهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث
شايع في جميع التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا
له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل
اقراره في حق نفسه ولا يقبل في حق ما في يده
لدوي الى محظور وهو ان الابن الاخر ربما يقربه
فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث
وهو خلف بخلاف ما اذا اقر احدهما بالدين لان ايهما
جيء يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد
المقر حيث يستوفي دينه ولا شيء للمقر ان لم يفضل
منه شيء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا
بتقدمه فيتقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى
له شريك للورثة فلا يأخذ شيئا الا اذا سلم للوارث
ضعف ذلك ولا نسلم انه اقر له بالمساواة بل اقر
بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال

وهذا لو لم يكن له اخ فاقر له بالوصية لا يزيد حقه
على الثلث ولو كان مقرا بالمساواة لساواه بينهما
نصفين لانه اقر له بالمساواة فيساويه مطلقا وهذا
لو كان وحده ايضا ساواه فيكون ما اخذه المنكر هكذا
عليهما قال رحمه الله وباعته فولدت بعد موته
وخرجا من ثلثه فهاله والا اخذ منها ثم منه اي
اذا اوصى بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا
وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له لان الام
دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا
بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على
ملك الميت قبلها حتى يقضي منه ديونه وتنفذ منه
وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصي له
وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصي له بالثلث
واخذ كما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل في الوصية
تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال
كما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسري
الى الولد حتى يباع او يعتق معها ويكون له حصته
من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية
ايضا فيهما في السوا من غير تقديم الام كما ان الوصية
وقعت بهما جميعا ولابي حنيفة رحمه الله ان الام
اصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل
ولو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض
الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان نفاذه

في البيع لا يودي الى نقض في الاصل لبقي تاما صحيحا
فيه غير ان الثمن كله لا يقابل الاصل بل ببعضه ضرورة
مقابلته بالولد اذ ابيعا بالثمن الذي عينه الموصي
وولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض
الولد مع الام وذلك لا يبالي به ولا اثر له في النقض
لان الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره
وان كان فاسدا حتى لو كان البيع بالثمن الذي عينه
الموصي بحاباة يحتمل ان يكون على الخلاف هذا
اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته
بعدهما فهو للموصي له لانه تمام ملكه خالصا لتقرر
ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول قبل
القسمة ذكر القدوري لانه لا يصير موصي به ولا
يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصي له من
جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم
الله قالوا يصير موصي به حتى يعتبر خروجه
من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدت
قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون
لورثته كيف ما كان والكسب كالولد في جميع ما
ذكرنا قال رحمه الله ولابنه الكافر والرقيق
في مرضه فاسلما وعتق بطل كهبته واقراره اي
اذا اوصى لابنه الكافر ولابنه الرقيق في مرضه
فاسلم الابن او عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك
المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة والاقرار له

بالدين اما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو
وارث فيها فلا يجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما
عرف في موضعه واما الاقرار فان كان الابن كاذبا فلا
اشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب
كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من
تهمة ايثار البعض فكان الوصية فصار كما اذا كان له
ابن واقر لاخيه في مرضه ثم مات قبل ابيه المقر ووثه
اخوه المقر له فان الاقرار له ان يكون باطلا لما ذكرنا
هذا بخلاف ما اذا اقر لامراة في مرضه ثم تزوجها
حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة
بسبب حادث والاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية
حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر
من جميع المال بخلاف الوصية لانها ايجاب عند
الموت وهي وارثة عنده فلهذا اختلف الحكم فيها في
الوصية وافترق في الاقرار حتى لو كانت الزوجية
قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة بان كانت
نصرانية او امة ثم اسلمت قبل موته او اعتقت
لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان
كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره
له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت
فيبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار
لانه وقع للمولى وهو اجنبي فيجوز بخلاف الوصية
لانها وان كانت تجوز صورة فهي كالمضارب

الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا
ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد
على الثلث والمكاتب كالحر لان الهبة تقع له وهو
وارث عند الموت فلا تجوز كالوصية قال رحمه
الله والمعتق والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول
ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال لانه
اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالحمى والجرح
وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت واما اذا
استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت
لا يكون سببا للموت ونحوه اذا لا يخاف منه وهذا
لا يشتغل بالتداوي قال رحمه الله والاعمى الثلث
ايما ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان
صاحب فراش ومات منه في ايامه لانه من ابتدائه
يخاف منه الموت وهذا يتداوي فيكون من مرض
الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول
فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من
الثلث والله اعلم

باب العتق في المرض

قال رحمه الله تحريره في مرضه ومحاباته
وهبته وصيته اي حكم هذه التصرفات حكم الوصية
حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في
الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد
الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال وانما اعتبرت
من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا

عليه في حق الزايد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدا المريض
ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو في حكم الوصية
لانه تبرع كالهبة وكلما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال صحته اذ المعتبر حالة الاضافة
لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة
والمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من
جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض
برا منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة
والغرما لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبر
تبين انه بمريض الموت فلا حق لاحد من ماله
قال رحمه الله ولا يسع ان اجيز اي اذا جازت الورثة
العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق
في المرض وصية على ما بينا قال رحمه الله فان حابا
فحرر فهي احق وبعكسه استويا اي اذا حابا ثم
اعتقا فالمحاباة اولى وان اعتق ثم حابا فهما سوا
وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا هما سوا في المسيلتين والاصل
فيه اذا لم يكن فيهما ما جاوز الثلث فكل واحد
من اصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته في الثلث
لا يقدم البعض على البعض الا العتق في المرض والعتق
المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سوا كان مطلقا
او مقيدا والمحاباة في المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت
فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه ان ما يكون

منفذا

منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهي في
المعنى اسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح
يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل
منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفا دينه
اذا ظفر بجنس حقه وهي في هذه الاشيا يصير مستوفيا
بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق
الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في
السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق
فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق اقوى لانه
لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر
بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت
الا اذا استحق واستوت الحقوق على ما يجي بيانه
وابو حنيفة يقول ان المحاباة اقوى لانها تثبت
في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا بمعناها
لا بصيغتها حتى ياخذ الشفيع ويملكه العبد
والصبي الماذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
فاذا وجدت المحاباة اولا دفعت الاضعف
واذا وجد العتق اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان
من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قول ابي حنيفة
رحمه الله اذا حابا ثم اعتق ثم حابا قسم الثلث
بين المحابتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق
مقدم عليهما فيستويان ولو اعتق ثم حابا ثم اعتق

قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما اصاب
العتق فسر بينه وبين العتق الثاني ولا يقال ان
صاحب المحاباة ينبغي ان يسترد ما اصاب العتق
الذي بعده في المسيلتين لكونه اولى منه ولا نا
نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور بيانه ان
صاحب المحاباة الاولى في المسيلة لو استرد من العتق
لكونه اولى لا سترد منه صاحب المحاباة الثاني
لاستوائهما ثم استرد العتق لانه يساويه صاحب
المحاباة الثاني وفي المسيلة الثانية لو استرد
صاحب المحاباة ما اصاب العتق الثاني لا سترده
منه العتق الاول لانه يساويه ثم استرده صاحب
المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل في الدور
قطعه وعندهما العتق اولى في الكل فلا يرد السوال
عليهما قال رحمه الله وان اوصى بان يعتق
عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ
بخلاف الحج وهذا قول ابي حنيفة في العتق
وقالا يعتق عنه ما بقي لانه وصية بنوع قربة
فيجب تنفيذها ما امكن تنفيذا ساعي الوصية وله
انه وصية بالعتق لعبد بشتري عماية من ماله
وتنفيذها فيمن يشتري باقل منه تنفيذ من
غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية
والحج لانهما قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل عماية فهلك

بعضها

بعضها يدفع الباقي وقيل هذه المسيلة مبنية على اصل
اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما
حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل
المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف
والسبيل لا تكاره ولو اوصى بان يشتري بثلث ماله
وهو الف عبدا فيعتق عنه فما ذا هو اقل من ذلك
فالوصية باطلة قيل هذا قولهما في حنيفة وفي
كما ان قول الكل فالفرق لهما ان الوصية هنا وقع
الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسيلة
الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو
اوصى بان يشتري بكل ماله عبد فيعتق بطلت
الوصية عنده قال رحمه الله ويعتق عبده فمات
فجني ودفع بطلت لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية
متقدم على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه
يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق الى
ان يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته
بالدين قال رحمه الله وان فدي لا ي لا تبطل الوصية
اذ فداه الورثة وكان الفداء في اموالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
فصار كما لو لم يجن قال رحمه الله وبثلثه لزيد
وترك عبدا فادى زيد عتقه في صحته والوارث في
مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا ان يفضل

وما لا

من ثلثه شيء او يبرهن على دعواه اذا اوصى بثلث ماله
وله عبد اقر الموصي له والوارث ان الميت اعتق هذا
العبد فقال الموصي له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول للوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم البينة ان العتق
كان في الصحة لان الموصي له بالثلث كان منكرا
لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق
حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن
بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول
قولهم مع اليمين ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من
الثلث شيء من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم
له ذلك او تقوم له البينة ان العتق وقع في الصحة
فيكون له ثلث جميع ماله سوى العبد لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع
لانه اثبت حقه وكذا العبد اما عند ابي حنيفة فظاهر
لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه
فيكون خصما فيه لاثبات حقه واما عندهما فلان
العتق فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فتكون
بذلك خصما فيكون تطهير حد القذف فانه حق
لله تعالى وفيه حد المقذوف فيكون بذلك خصما
كذا السرقة فيها حق لله تعالى واسترداد المال
حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق
قال رحمه الله ولو ادعى رجل دينا ابي على ميت

والعبد

والعبد عتقا اي في الصحة ولا مال له غيره فصدقهما
الوارث سعى في ثلثه وقد وقع ابي الغريم وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى ولا يسعى في شيء
لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصارا كانهما وجدا معا او
ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب
السعاية وان كان على العتق دين وله ان الاقرار
بالدين اقوى من الاقرار بالعتق وكذا يعتبر
اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث
والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث نفسه
بان ادعى عليه رجل دينا وعبده عتقا في صحته
فقال في مرضه صدقتما فانه يعتق العبد ويسعى
في قيمته كذا هذا وفقيه الدفع ان يبطل العتق
في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل
البطلان بل يدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
عليه ولان الدين اسبق فانه لا مانع له من الاستناد
فيستند الى حالة المرض بخلاف وجوب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك الف درهم
فقال رجل على الميت الف درهم دين وقال اخر
هذا الالف لي كانت عنده وديعة اخذه الوديعة
اقوى وعندهما سواء كذا في الهداية وقال في النهاية
ذكر فخر الاسلام والكيساني الوديعة اقوى عندهما
لا عنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال وذكر

في المنظومة ما يؤيد ما ذكره فخر الاسلام والكيساني فقال
لو ترك الفا وهذا يدعي دينا وفاك قال هذا مودعي
والابن قد صدق هذين معا استويا واعطيا من ادعى
وجه قوله من يدعي الوديعة انا الوديعة تثبت في عين
الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى
العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها
احق كما لو كان المورث حيا فقال صدقتها ووجه
من قال يسوي بينهما ان الوديعة لم تظهر الا مع
الدين فيستويان فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم
بالوديعة بخلاف اقرار المورث لنفسه لان اقراره
بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يثبت في العين
فافترقا وصاحب الكتاب في ضعف يضاهي ما ذكره في
الهداية وجعل الاصح خلافه قال رحمه الله
وبحقوق الله تعالى قدمت الفرائض وان اخرها
كالحج والزكوة والكفارات لان الفرض هو المتقدم من النفل
والظاهر هو البداية بالاهم قال رحمه الله
وان تساوت القوة بدأ بما بدأ به لان الظاهر
من حال المرء ان يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت
بالظاهر كالثابت نصا فصار كأنه نص على تقديمه
باعتبار حاله فتقدم الزكوة على الحج لتعلق حق
العبد بها وعن ابي يوسف ان الحج يقدم عليها لانه
يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج
اقوى وهو قول محمد وهما يقدمان على الكفارة

لرجحانها عليها لانه قد جا الوعيد فيهما مالم يات في غيره
قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا
ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم الاية وقال
تعالى يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم
وجنوبهم وظهورهم وقال تعالى ومن كفر فان الله
غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك
من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل
والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه
عرف وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس
يقدم الاقوى فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل
على كفارة الظهار واليمين لانها اقوى واكثر
تغليظا منها الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير عنها
دونها ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار
لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار
وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة
اليمين اغلظ واقوى وما ليس بواجب قدم ما قدمه
الموصي لما بينا والاصل ان الوصايا اذا اجتمعت
لا يقدم البعض على البعض الا العتق والمحاباة على
ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتاخير
ما لم ينص عليه وهذا لو اوصى لجماعة على التعاقب
يستوون في الاستحقاق ولا يقدم احد على احد غير
ان المستحق اذا اخذ ولم يف الثلث بالوصايا
كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار ان الموصي يبدا

بالاهم عادة تبلون ذلك كالتضحية عليه لان من عليه
قضا من صلاة اوحج او صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك
الجنس ويترك القضا عادة ولو فعل ذلك بسبب ابي
الخفقة فاذا كان كذلك قلوا وصي لادمي مع الوصايا
بحقوق الله تعالى وكان الادمي معينا قسم الثلث
على جميع الوصايا تحاصان لله وما كان للعبد قما اصاب
القرب صرف على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم
على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه
ان كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى فكل واحدة
في نفسها مقصودة تتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين
تكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم تجمع فيقدم
فيها الاهم فالاهم على ما بينا وان كان الادمي غير
معين فان اوصى بالصدقة على الفقرا فلا يقسم
بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل يقع حقا لله
تعالى اذا لم يكن ثم مستحق معين قال رحمه الله
ويجزئ الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا
اي اذا اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من
بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه ان يحج من بلده
فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لا دا ما هو
الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي
لزمه قال رحمه الله والافمن حيث تبلغ اي ان لم
يبلغ الثلث النفقة اذا احجوا عنه من بلده احجوا عنه

من

من حيث يبلغ والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج على صفة
وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا
لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن
ولا يمكن على هذا الوجه فيوتى به على وجه يمكن وهو
اولى من ابطاله بخلاف النفقة وقد فرقنا بينهما فيما اذا
اوصى بان يشترى بمال قدره فضاع بعضه على قول
ابي حنيفة قال رحمه الله ومن خرج من بلده حاجا فمات
في الطريق واوصى بان يحج عنه فحج عنه من بلده وان احجوا
عنه من موضع اخر بان كان اقرب من بلده الى مكة فعلوا
النفقة وان كان ابعد فلا ضمان لانهم في الاول لم يجعلوا
مقصوده على صفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وفي
الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان
سفره بنية الحج وقع قربة وسقط قطع المسافة بفعله
وتدرفع اجره عن الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج
من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية ولم ينقطع سفره
بموته بل يكتب له الحج مبرورا فيبدا من ذلك المكان بخلاف
ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة
فيحج عنه من بلده ولابي حنيفة ان الوصية تنصرف
الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررنا وعمله
قد انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل ابن ادم قد
ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالمتلوا في حق
احكام الاخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن واما

فرض

من لا وطن له يحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج
بنفسه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره
لان وطنه حيث حل قال رحمه الله والحاج من غيره
مثله اي المامور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق
فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتى يحج عنه
ثانيا من وطنه عند ابي حنيفة وعندهما من حيث مات
الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله تعالى اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال رحمه الله جيرانه ملاصقوه وهذا عند ابي حنيفة
وهو القياس لانه ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة
ولهذا حمل عليه قوله عليه السلام الجار احق بسقبه حتى
لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار الا ترى انه
لا يدخل جار المحلة وجار القرية وجار الاراضي وجب
صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان
وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد
المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا قال عليه السلام لا صلاة
لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان
المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم
واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد
من الاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه
الله الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله عليه
السلام الجار اربعون ذراعا هكذا وهكذا قلنا هذا
ضعيف عند اهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي

في

في الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان
الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان
مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية
له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان
استحقاقه ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملكه
المولى الا بالتملك منه الا ترى انه يجوز له اخذ الزكوة
وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد
والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا يدخل
التي لها بعد لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي
تبع فلم تكن جارا حقيقة قال رحمه الله واصهاره
كل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما
تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها
اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه
وسلم وهذا التفسير اختيار محمد رحمه الله وابي عبيد
وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده بالمحرم
وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا
فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر
الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من
القرابة التي يحل تزويجها وعن ابن عباس خلاف
ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا ومن الصهر
سبعا حرمت عليكم امهاتكم الى قوله وبنات الاخت
ومن الصهر سبعا وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الى قوله وان
تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قاله

لازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو
المذكور في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من
زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم
منه لان الكل اصهار وشرطه ان تموت وهو منكوحة او
معتدة من طلاق رجعي لا من باين سواء ورثت بان
ابانها في المرض ولم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح
والباين يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم
كل ذي رحم محرم من نسايه التي يموت هو وهن نساه
او في علة منه وفي عرفنا ابو المراة وابنها ولا يسمى
غيرهما صهرا قال رحمه الله واختانه زوج كل ذي رحم
محرم منه كاخ واخ البنات والعمات والخالات لان الكل
يسمى ختنا وكذا اهل كل ذي رحم محرم من زواجهن لانهم
يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم وفي عرفنا
لا يتناول ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد قال
رحمه الله واهله زوجته وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا يتناول كل من يعولهم وتفهم نفقته
غير انه كيد اعتبار العرف وهو مؤيد بالنص قال الله
تعالى وانجيناه واهله وقال تعالى فنجيناه واهله
الا امراته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة
ان الاسم حقيقة للزوجة يتبادر بذلك النص
والعرف قال الله تعالى وسار باهله وقال لاهله امكثوا
ومنه قوله تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى
الحقيقة المستعملة قال رحمه الله واهل بيته

لان

لان الاول القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من
ينسب اليه من قبل ابايه الى قصي اب له في الاسلام
الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر
والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات
واولاد الاخوات ولا احد من قرابته امه لانهم لا ينسبون
الى ابيه دائما ينسبون الى ابايهم فكانوا من جنس اخر
ومن اهل بيت لان النسب يعتبر من الاب قال رحمه الله
وجنسه اهل بيته ابيه لان الانسان يتجنس بابيه
فصار كاله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة
الاب والام لان الكل يسمونه قرابة فلا يختص بشيء منهم
وكذا اهل بيته واهل نسبه كاله وجنسه فيكون حكمه
كحكمه في جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب
النسب والجد اصل نسب ابيه وقال في الكافي لو كان
الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف
للمضاف اليه ولو اوصت المراة لجنسها او لاهل بيتها
لا يدخل ولدها لانه ينسب الى ابيه لا اليها الا ان يكون
ابوه من قوم ابيها قال رحمه الله وان اوصى لاقاربه او
لذي قرابته او لارحامه او لاشابه فهي للاقرب فالاقرب
من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد
والوارث وتكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى قصي
ابيه في الاسلام وان لم يسلم بعد ان ادرك الاسلام
او اسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفايدة الاختلاف

تظهر في ابي طالب وعلي كرم الله وجهه اذا وقعت الوصية
لاحد من اقربا احد من اولاد علي فمكن اكتفي بادراك
الاسلام صرفه الي اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه
صرفه الي اولاد علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب
بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول
الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هي مشتقة من
القرابة فتكون اسما للكل ممن قامت به فيتناول مواضع
الخلاف ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب
فكذا في اخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام
ولان المقصود من هذه الوصية ينافي ما فرط في اقامة
الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذوي
الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
علي تركه فان كلا منهما قيده بما ذكره والشافعي رحمه الله
قيده بالاب الادني ولا يدخل فيه قرابة الولادة عندنا
لانهم لا يسمون اقربا عادة ومن سمي والده قريبا كان
منه عقوقا اذ القريب في عرف اهل اللغة من يتقرب
الي غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
ولهذا عطف القريب علي الوالدين في قوله تعالي الوالدان
والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطف
عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون
وقيل ما ذكراه من انه يصرف الي اقصي اب له في

الاسلام

الاسلام كان ذلك الزمان حين لم يكن في اقربا الانسان
الذين ينسبون الي اقصي اب في الاسلام كثرة فاما
في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاوهم فتصرف
الوصية الي اولاد ابيه وجد ابيه واولاد امه وجدته
وجدة امه ولا تصرف الي اكثر من ذلك ويستوي الحر
والعبد والكافر والمسلم والصغير والكبير والذكر
والانثي علي المذهبين وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده
لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع
المثني فكذا في الوصية لانها اخته قال الراجي عفو
ربه وهذا ظاهر في الاقارب ونحوه واما في الانساب
فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة
الام فكيف دخلوا هنا قال رحمه الله فان كان لهما عمان
وخالان فهي لعميه لانهما اقرب كما في الارث ولفظ الجمع
يراد به المثني في الوصية علي ما بينا فيكتفي بهما وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالي وعندهما ارباعا لانهما
لا يعتبران الاقرب قال رحمه الله ولو عم وخالان
كان له النصف ولهما النصف اي لو كان لهما عم وخالان
كان للعم نصف ما اوصي به وللخالان النصف لان اللفظ
جمع فلا بد من اعتبار معني الجمع فيه وهو الاثنان في
الوصية علي ما عرف فيضم الي العم الخالان ليصير جمعا
فياخذ هو النصف لانه اقرب وياخذان النصف لعدم
لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصي لذي قرابة
حيث تكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز

الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد
لا غير كان له نصف الوصية لما بينا انه لا بد من اعتبار
الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه
لان اللفظ جمع وادناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد
منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر يرد
الى الورثة قال رحمه الله ولو عم وعمة استويا لان
قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاذا
استحقوا لو كان له اخوال معهما لا يستحقون شيئا
لانهما اقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب
بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة
بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند ابي حنيفة
وعندهما لا تبطل ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال
على ما عرف من مذهبهما قال رحمه الله ولولد فلان للذكر
والانثى سوا اي لو اوصى لولد فلان فالوصية بينهم
للذكر والانثى لان الولد يشمل الكل وليس في اللفظ
شي يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السوا
قال رحمه الله ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين
اي اذا اوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة
وهي بين اولاده واخواته كذلك فكذا الوصية
ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان
الحكم يترتب على ماخذ الاشتقاق فكانت هي العلة
الا ترى ان الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله

وعلى

وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت
النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصي
لورثته قبل موت الموصي حتى تعرف ورثته من هو
حتى لو مات الموصي قبل موت الموصي لورثته بطلت
الوصية بخلاف ما اذا اوصى لولده ولو كان مع الورثة
موصى له اخر قسم بينهم وبينه على عدد الروس
ثم ما اصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال رحمه الله وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره مدة معلومة وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة
الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته
كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق
المنفعة حتى يتملكها الموصى له كما يستوفي الموقوف
عليه منافع الوقف على حكم الواقف ويجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث فانه خلافة فيما يتملكه الوارث وتفسيرها
ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في
عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة
الدار والعبد جايزة لانها بدل المنفعة والمجوز الوصية
بها الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصي يحتاج الى التقريب
الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له يحتاج الى
قضا حاجته باي شي كان قال رحمه الله فان خرج
العبد من ثلثه سلم اليه لتخدمه لان حق الموصى له

في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال رحمه الله والا
خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في
الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين
ولا يمكن قسمة العبد اجزا لانه لا يتجزى فصرنا الى
المهاياة فيخدمهم اثلاثا هذا اذا كانت الوصية
غير موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة
غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما
الى ان تمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى
الورثة لان الموصى له استوفا حقه وان كانت
معينة فان مضت السنة قبل موت الموصي بطلت
الوصية وان مات قبل موت الموصي بطلت الوصية
وان ويخدم الموصى له يوما والورثة يومين
الى ان تمضي تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة
وكذا الحكم لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف
الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث
حتى تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع بها
لامكان قسمة عين الدار اجزا وهو اعدل للتسوية
بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما
زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث
الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول
اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا
ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له
ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بان ظهر للميت

مال

مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا اخرب ما في
يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن ابي يوسف رحمه الله لهم ذلك
لانه خالص حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بيناه قال رحمه الله وبموته يعود
الى ورثة الموصي اي بموت الموصى له يعود العبد او الدار الى ورثة الموصي
اي بموت الموصى لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه
فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتدا من ملك الموصي بغير
رضاه وذلك غير جايز قال رحمه الله ولو مات في حياة الموصي بطلت
اي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور
تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال رحمه الله وبثمرة بستانه فمات
وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة
بستانه اي اذا اوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة
وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل
ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القايمة وغلته فيما يستقبل
فحاصله انه اذا اوصى بالغلة استحقه دايما وبالثمرة لا يستحق الا القايم
الا اذا زاد ابدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دايما وهو المراد بقوله
وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اذا زاد في الثمرة لفظة
ابدا صار كما اذا اوصى بغلة بستانه من غير زيادة شي حتى يستحق الموجود
وما سيوجد فيهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتابد
الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيا اما الغلة فينتظم
الموجود وما يكون بعرض الموجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من
غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تناول الموجود والمعدوم

من غير توقف علي دلالة اخري اما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود
ولا يتناول المعدوم الا بدليل زايد عليه وانما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه
انما اذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة فيتناول
الثمرة المعدومة مقاما عاش الموصي له وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود
حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا امكن في البستان ثمرة عند
موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه
ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد تناولها
عملا بعموم المجاز لاجماعين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله وبصوفها على
وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال ابدا ولا يكون اذا اوصي بهذا الا
كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال ابدا
اولم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء
عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة
على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلان
يستحق بالوصية اولى لانها اوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر
واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا
وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا واما المعدوم منها فلا
يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية ثم مسايل هذا الباب على وجوه
ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد اولم يذكر كالوصية
بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة
عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد اولم يذكر
كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها
ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط
كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

واليه

واليه المرجع والمآب **باب وصية الذمي** قال رحمه الله في
جعل داره بيعة او كنيسة في صحته فمات فهي ميراث لانه بمنزلة
الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا
هذا واما عندهما فلانه هذا معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم
بقي اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان هذا عنده كالمسجد عند
المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك
لانهم عندهم يتركون وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرر عن حقوق
الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فانها
لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر
محررة عن حقوقهم فكان ملكا فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث
المسجد ايضا على ما يجيء بيانه قال رحمه الله واذا اوصى بذلك لقوم
معينين فهو من الثلث اي اذا اوصى بان تبنى داره بيعة او كنيسة
لناس معينين فهو جايز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستغلال
ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال رحمه الله
وبداره كنيسة لقوم غير معينين صحت كوصية حربي مستأمن
بكل ماله لمسلم او ذمي اي اذا اوصى **بداره** ان تبنى كنيسة لقوم غير
معينين صحت كما تصح وصية حربي الى اخره اما الاول وهو ما اذا
اوصى بان تبنى داره كنيسة لغير معين فهو قول ابي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما الوصية باطلة لانه هذا معصية حقيقة وان كان
في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها
تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه قربة في معتقدهم
ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم الا ترى
انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز

الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة
رضي الله عنه بين بنايها وبين الوصية بها ان البنا ليس بسبب
لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بان يصير محررا خالصا لله
تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى
على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة
الملك غير ان ثبوت مقتضي الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس
بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول الملك
فلا يورث قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا اوصى ببنايها في القرى
واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة
في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى ان تذبح خنازيره ويطعم المساكين
من غير تعيين لما ذكرنا فان كان القوم معينين جاز بالاتفاق على ان
تمليك في اصله ان وصايا الذمي ثلاثة اقسام منها ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى بان
يسرج في بيت المقدس او بان نفدا الترك وهو من الروم سواء كانوا
معينين او غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفي معتقدهم ايضا
قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما ليس بقربة
ولا عندهم كما اذا اوصى للمغنيات والنايحات او اوصى بما هو قربة
عندنا وليس بقربة عندهم كما اذا اوصى بالحج او ببنا المساجد للمسلمين
او بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا ان يكون لقوم
باعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو
ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء
الكنيسة لقوم غير معينين فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز
وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع في اول

الباب

الباب فحاصله ان وصية لقوم معينين يجوز في الكل على انه تمليك
لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه
على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه
في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا لانه ملكهم والوصية
انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر
فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببنا الاحكام على ظاهر
الاسلام وان كان يكفر هو فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف
في تصرفاته قال صاحب العناية في المرتدة الاصح انه يصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم فجعلها كالذمية وقال
السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف
هذا قال وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى
لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر
على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو
ربه الاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقبل ولهذا
يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كذا رأيت بخط صاحب الكتاب
صاحب العناية وذكر القنابي من الزيادات انه من ارتد عن الاسلام
الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل
اليهم فما صح منه وهذا عندهما واما عنده اي ابي حنيفة رضي الله عنه
فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقبل عندنا
وقال قاضي خان المرتدة الصحيح انها كالذمية فيجوز منها ما جاز من
الذمية وما لا فلا واما الثاني فهو ما اذا اوصى الحربي لمسلم فلانه اهل
للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو اوصى باكثر من
الثلث او بما له كله جاز فلانه امتناع الوصية بما زاد على الثلث

لحق الورثة وليس لورثته حق شرعي لانهم اموات في حقنا ولان
حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان حقه لا حق ورثته وقد
اسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز باكثر من الثلث
الا باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي فلو اوصي
ببعض ماله اخذت الوصية ورد الباقي الي ورثته وكذا لو اوصي
الي مستامن مثله ولو اعتق عبده عند الموت او دبره جاز ذلك
كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو اوصي له مسلم او ذمي بوصية
جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا تصح
عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا بعد مماته وعن
ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وصية المسلم والذي للحربي المستامن
لا يجوز لانه في دارهم حكما حتي يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول
اظهر لان الوصية تمليك مبتدا ولهذا يجوز للذمي والعبد بخلاف
الارث ولو اوصي الذمي باكثر من الثلث ولوارثه لا يجوز كالمسلم
لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الي المعاملات ولو اوصي بخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصي الحربي
في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا
الوصية لانها اخته وعلي رواية الجامع الصغير ينبغي ان يجوز كالمسلم
ولو اوصي لمستامن في دار الاسلام ينبغي ان يكون علي الروايتين المذكور
تين في المسلم والله اعلم **باب الوصي** قال رحمه الله اوصي الي
رجل فقبل عبده ورد عنده يرتد اي عند الموصي لان الموصي
ليس له ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يوصي
الي غيره قال رحمه الله والا لا اي ان لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه
لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورا

جهته

جهته فيرد ردة فيبقي وصيا علي ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة
الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتي مات الموصي فهو بالخيار ان شا قبل وان
شا رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فيبقي مخيرا قال رحمه الله وبيعت
التركة كقبوله اي بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه
ولاية الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع
لصدوره من الوصي سوا علم الايصا او لم يعلم بخلاف الوكيل حيث
لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته في حال قيام
ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا فلا بد من العلم
وطريق العلم به ان يخبره واحد من اهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم
اما الايصا فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف
علي العلم كالوراثة قال رحمه الله وان مات فقال لا اقبل ثم قبل صح
ان لم يخرجه قاض منذ قال لا اقبل اي الموصي اليه ان لم يقبل حتي مات
الموصي فقال لا اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال
لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصا لان فيه مضرة الميت وضرر الوصي
في الابقا مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو اعلي اولي الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد
قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله او لانه نصب ناظرا فاذا راي
غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما عجز هو عن ذلك فيتضرر ببقا
الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا
فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي
لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه
قال رحمه الله والي عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم اي اذا اوصي الي
هولا المذكورين اخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدوري

رحمه الله ان القاضي يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة
لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على
نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة ايضا لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد
حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا
وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة
مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية
ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق
مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف
ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه
كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن
فلو بلغ الصبي وعتق العبد واسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية
قال رحمه الله واي عبده وورثته صغار صح اي اذا اوصى الى عبد نفسه
وورثته صغار جاز ايضا اليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة
لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا
قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي
اعتبار هذه الولاية تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف
الموضوع ولابي حنيفة رضي الله عنه انه مخاطب مستد بالتصرف فيكون
اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم
ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار او ايضا الى عبد الغير لانه

لا يستند

لا يستند بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول فانه ليس للاب في
ولاية الصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه وايضا
المولى اليه يوذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزا
على ما رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله كما اذا اوصى الى رجلين
احدهما يكون في الدين والاخر في العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما
اذا اوصى اليه خاصة او نقول ايضا اليه كيلا يودي الى ابطال اصل
وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية اولى من ابطال اصل الايصاء وقول
محمد رحمه الله مع مضطرب يروى مع ابي حنيفة رحمه الله ويروى مع
ابي يوسف رحمه الله قال رحمه الله والا اي ان لم تكن الورثة صغارا
بان كانوا كلهم او بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان للكبير ان يمنعه او يبيع
نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله
ومن عجز عن القيام بما فوض اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموكل
وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره
ولو تمكن الموصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لانه
الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه اصلا
استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
وهو امين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره
كان دونه فكانه ابقاه واولى الا يرى انه قدم على ابه الميت مع وفور شفقته
فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة او بعضهم الموصى اليه
لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية
من الميت علم انه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختار
لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه
منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كانه مات

ولا وصي له قال رحمه الله وبطل فعل احد الوصيين اي اذا اوصي الي اثنين
لم يكن لاحدهما ان يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف ثم قبل الخلاف فيما اذا اوصي الي كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصي
اليهما بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف
فيما اذا اوصي اليهما معا بعقد واحد واما اذا اوصي الي كل واحد منهما بعقد
على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار قال
ابو الليث رحمه الله وهو الصحيح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا
ذكره ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلا
متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق ان ضم الثاني
في الايصاء ليدفع عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان الايصاء الي الثاني
يتضمن الاشراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الي الاول فيملك
اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الي غيره على ان يتمكن من اتمام
مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة
الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان راي الموكل قايم ولو كان الوكيل
عاجزا لباشر بنفسه ليتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف ولان الواجب وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما
معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف فيهما معا فابو يوسف
رحمه الله يقول ان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى
فثبت لكل واحد كولاية الانكاح للاخوين وعندنا ان الوصاية خلافه
وانما يتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل اليه كذلك ولان اختيار الموصي اليهما
يوذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كالوضع الاستثنا ولما

ان

ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعي وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
لانه شرط مفيد اذ راي الواحد لا يكون كراي المثنى ولم يرض الموصي الا
بالمثنى فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم
كان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت
بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لهما على الولي حتى لو طالبته
بانكاحهما من كفو يخطبها يجب عليه وها هنا حق التصرف للموصي ولهذا بقي
مخيرا في التصرف فبقي للوليين او في حقا على صاحبه وفي الوصيين استوى
حقا لصاحبه فلا يصح نظر الاول ايفاديين عليهما ونظير الثاني استفادين
لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثنا لانها من
باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة
دايما وهو ما استثناه في الكتاب واخواتها قال رحمه الله في غير التخيير
وشرط الكتمان لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملك الجبر ايضا في الخمر
والرقة في السفر وحاجة الصغار والانتهاب لهم لانه يخاف هلاكهم من
الجوع والعري وانفراد احدهما بذلك احيا للصغار ولهذا يملكه كل من هو في
يده قال رحمه الله ورد الوديعة عين وقضاء دين لانه ليس من باب الولاية
وانما هو من باب الاعانة الا يرى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف ما
اقتضاه دين الميت لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولان فيه معنى المبادلة
وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع
الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به احدهما دون صاحبه
قال رحمه الله وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين لانه لا يحتاج فيه الى الراي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها احد
الوكيلين ايضا ومن اخواتها بيع ما يخشى عليه التغير من المال وجميع الامور
الضايعة لان في التاخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى لانه يملكه

كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية لو مات احدهما جعل
القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فظاهر لان الباقي منهما
عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا نظرا للميت
عند عجز الميت واما عند ابي يوسف رحمه الله فلان الحي منهما وان كان
يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك
ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الاول قال رحمه الله ووصي الوصي
وصي التركتين اي اذا مات الوصي واوصى الى غيره فهو وصي في تركة
وتركة الميت الاول وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا
في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض
اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برايه ولم يرض برأي غيره
فصار كوصي الوكيل فانه يصير وصيا في مال الوكيل خاصة دون
مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله الا يرى ان الوكيل ليس له ان
يوكل ولا للمضارب ان يضارب فكذا الوصي ليس له ان يوصي في مال
الموصي لنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى
غيره بالدليل الا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى
الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم ينتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل
لما لم ينتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد ويتصرف
هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية
ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل
الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل
اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه
فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته
في التركتين ولان سلم انه لم يرض برأي من اوصى اليه الموصي بل وجد ما يدل

عليه

عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه يعتريه المنية صار راضيا
بايصائه الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده
وهو تلافي ما فرط فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده
بنفسه فلم يوجد دلالة الرضى بالتفويض الى غيره بتوكيل او ايصاء قال
رحمه الله وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له وعكس لاي قسمة
الوصي مع الموصي له عن الورثة جايزة وعكسه لا يجوز وهم ما اذا قاسم
الوصي الورثة عن الموصي له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب
ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء الموروث والوصي ايضا خليفة
الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فتنفذ قسمته عليه
حتى لو حضر الغايب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك
الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه
ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا
بشراء الموصي فلا يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له
عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي
لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الوصي له شريك
الوارث يستوي ما تري من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي
على الشركة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الورثة كبارا او صغارا
لانه ولاية البيع فيه مال الصغير والقسمة في معنى البيع وله ولاية
الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ
بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا في معنى البيع فلا يضمن قال رحمه الله
فلو قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي
اي لو قاسم الوصي الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده

رجع الموصي له بثلث مابقي لما بينا ان الموصي له شريك الورثة
فيرجع الموصي له على ما في ايدي الورثة ان كان باقيا فياخذ ثلثه
لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في ايديهم فله ان يضمنهم
قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه
بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن ايهما شاء قال رحمه الله وان
اوصى الميت بحج فقاسم الورثة فهلك ما في يده او دفع الى من يحج عنه
فضاع في يده حج عنه الميت بثلث ما بقي اي اذا اوصى بان يحج عنه فقاسم
الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك
ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع ما دفع اليه يحج عنه بثلث الباقي
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان المقبوض
مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وانه لم يكن مستغرقا للثلث يحج
عنه بما بقي من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لا يحج عنه بشيء
وقد قررناه في المناسك قال رحمه الله وصح قسمة القاضي واخذ عبد
الموصى له ان غاب ابى ان غاب الموصي له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول
ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته
والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز نصيب الغايب وقبضه من
النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض
في يد القاضي او امينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا
في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز
اخذه لاحد الشريكين من غير قضا ولا رضا وكذا يجوز بيع نصيبه
مرابحة واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة
حقيقة والبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله وبيع الوصي
عبدا من التركة بغبن فاحش للغرما ايضا صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرما لان

الوصي

الوصي قايم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان
مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرما فكذا الوصي لقيامه مقامه
وهذا لان حق الغرما متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في
التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمايه حق الاستسعا
بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله وضمن الوصي ان باع عبدا اوصى
ببيعه وتصدق بثمنه بعد هلاك ثمنه عنده معناه اذا اوصى ببيع
عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن
فضاع الثمن في يده هو المراد بالهلاك المذكور في المختصر
ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو
العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه
لم يرض بسقوط الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ البايع
وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال رحمه الله
ويراجع في تركة الميت لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل
وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يرجع الوصي على احد لانه
تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة
فلا يرجع عليهم بشيء ثم يرجع الى ما ذكرهنا ويرجع في جميع التركة
وعن محمد رحمه الله ان يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية
فاخذ حكمها وحكم الوصية الثلث ونحن لا نسلم انه يرجع عليه
بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من
جميع التركة بخلاف القاضي اذا امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة
عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضا لانه يمتنع عن التقليد
بهذه الامانة خشية لزوم الضمان فيه فتتعطل مصلحة العامة

وامينه سفير عنه كالرسول ولاكذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل
وقدمر في اخر كتاب القضاء ان كانت التركة قد هلكت
اولم يكن بعاو فالم يرجع بشيء كما في سائر دون الميت وفي
المنتقى لايرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع علي
المساكين الذي تصدق عليهم بالثمن لان غرمه لهم
فكان غرمه عليهم قال رحمه الله وفي مال الطفل ان
باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده اذا باع الوصي
مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال
المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال رحمه الله
وهو علي الورثة في حصته اي الصبي يرجع علي الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال
رحمه الله وصح احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير ان يكون الثاني املي
اذ الولاية نظرية وان كان الاول املي لايجوز لان فيه
تضييع مال اليتيم علي بعض الوجوه وهو علي تقدير ان
يحكم بسقوطه حاكم يري سقوط الدين اذا مات الثاني
مفلسا وجحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولايريء رجع
الدين علي الاول قال رحمه الله وبيعه وشراؤه بما لايتغابن
اي يجوز بيع الوصي او شراؤه بما يتغابن الناس في مثله
ولايجوز بما لايتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر
في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لايمكن التحرز عنه
ففي اعتباره انسداد باب به بخلاف العبد والصبي الماذون
لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن

الفاحش

الفاحش تبرع وهو ليس من اهله ولاضرورة اليه وهذا
اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي واما اذا اشترى شيا
من مال اليتيم لنفسه او باع شيا منه من نفسه جاز عند
ابي حنيفة واحد بي الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله اذا
كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره انه يبيع ما يساوي
خمسة عشرة بعشرة من الصغير او يشتري ما يساوي خمسة
عشرة بعشرة للصغير من نفسه واما اذا لم يكن فيه مصلحة
ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلي قول محمد رحمه الله واظهر الروايات
عن ابي حنيفة يوسف رحمه الله انه لايجوز علي كل حال هذا في
وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل
حال لانه وكيله وللاب ان يشتري شيا من مال الصغير
لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر علي الصغير بان كان بمثل القيمة
اوبغبن يسير وقال المتاخرون من اصحابنا لايجوز للوصي
بيع عقار الصغير الا ان يكون علي الميت دين او يرغب المشتري
فيه بضعف الثمن او يكون للصغير حاجة الي الثمن قال الصدر
الشهيد رحمه الله وبه يفتي قال رحمه الله وبيعه علي الكبير
في غير العقار اي بيع الوصي علي الكبير الغايب جايز في كل شي
الا في العقار لان الاب يلي ما سوي العقار ولا يليه فكذا وصيه
لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لايملك الوصي بيع العقار
ايضا ولا الاب كما لايملكه علي الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ
مال الصغير استحسانا فيما لايتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه
ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه
فلا حاجة فيه الي البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان

الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر
الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك وعند ابي حنيفة رضي
الله عنه جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت
في البعض ثبت في الكل لانها لا يتجزى ولو خيف هلاكه يملك
بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر
قال رحمه الله ولا يتجر في ماله اي الوصي لا يتجر في مال اليتيم
لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ووصي الاخ لو العم او الام
في مال تركتها ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب
لان الوصي قايم مقام الموصي وكان للموصي ان يتصرف في مال
نفسه فكذا الوصيه ان يبيعه للحفظ بخلاف مال الاخر للصغير غير ما تركه
الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قايم مقام الموصي وليس
لواحد من هؤلا التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف وصي الاب او الجد
ابي الاب حيث يكون له ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير
تقييد بما تركه ميراثا له لانه قايم مقام الموصي وللاب او الجد التصرف
في جميع ماله فكذا الوصية قال رحمه الله ووصي الاب احق بمال
الطفل من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه
مقام الاب عند عدمه حتى احرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا
ان ولاية الاب تنتقل اليه بالايصا فكانت ولاية قايمة معنى فيقدم
عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بوجود الجد
يدل على ان تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد قال رحمه الله فان
يوصه الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه
حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه ان اوصى الاب يقدم عليه
الوصي في التصرف في المال لما بينا دون غيره وان لم يوص يبقى على حاله

فصل

فصل في الشهادة قال رحمه الله شهد الوصيان ان الميت
اوصى الى زيد معهما لغت اي بطلت الشهادة لانهما يجران
نفعا لانفسهم باثبات المعين لهما فترد للتهمة فان ردت ضم القاضي
اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي اخر معهما للميت
واقرارهما حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك
بدونه فصار لي حقهما بمنزلة مال ومات احد الاوصيا الثلاث
وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصيه لامتناع تصرفهما بدونه
فصار كما لو مات ولم يوص لاحد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف قال
رحمه الله الا ان يدعي زيد اي يدعي انه وصي معهما فحينيذ تقبل شهادتهما
وهو الاستحسان والقياس ان لا يقبل كالاول وجه الاستحسان
انه يجب على القاضي ان يضم اليهما ثالثا على ما بينا انفا فسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه فيكونون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا
مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا اولى قال رحمه الله
وكذا الابنان اي اذا شهد الابنان بان ابا هما اوصى الى رجل وهو ينكر
لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى انفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا
متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضي الله عنه لا اقبل شهادة خصم ولا
مريب اي متهم وان ادعى المشهود له الوصاية يقبل استحسانا على الذي نصب وقبي
ابتدا على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا ان ابا هما وكل
هذا الرجل ببيع دينه بالكوفة حيث لا تقبل سوا ادعى الرجل الوكالة او لم
يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية
قال رحمه الله وكذا لو شهد الوارث صغير بمال اي لو شهد الوصيان
لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما
في ذلك المال فصارا متهمين او خصمين قال رحمه الله او لكبير عال الميت

اي او شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما ايضا
لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة
الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما
عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا
كان الوارث صغيرا والموصي ابا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان
لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيد
بالمال الموروث له في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند
ابي حنيفة وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين
اي فيما تركه الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما
في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف
ما اذا كان صغيرا على ما بينا والحجة عليهما على ما بينا قال رحمه الله
ولو شهدا رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد
الاخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية
الف لا وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين
ايضا ويروي ابو حنيفة مع محمد رحمهما الله ويروي مع ابي يوسف
وعن ابي يوسف مثل قول محمد وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمهم
الله تعالى انهم اذا جاوا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد
اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على
الميت بالف درهم فشهد لهما الفريقان الاولان تقبل وجه قول
محمد رحمه الله ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى
فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص احدهما بما قبض
ولا يكون للاخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة
الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط الدين وان للوارث

ان يستخلص التركة بقضاء الدين من محل اخر فلا يمكن الشركة
بينهم فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية
فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك
التركة وليس للوارث ان يستخلص التركة ويعطيه من محل اخر
ولو قبض احد الفريقين شيئا كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان
كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولابي
يوسف رحمه الله ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا
لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة
بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسالة الوصية
فلا تقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لان الدين في ذمته ببقائها
لا في المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية الحسن انهما اذا جاءا معا
كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا
كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني
لا يزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شايع كالوصية
بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين
لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان انه اوصى لرجلين بعين كالعبد
وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله او بالدراهم المرسلة
فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا
شهد رجلان لرجلين انه اوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما
للشاهدين الاولين انه اوصى لهما بدين اخر حيث تقبل الشهادتان
لانه لا شركة فلا تهمة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد النبي الاواب

كتاب الخنثى

مومن له فرج وذكر اي الخنثى من له فرج المراة وذكر الرجل ويلحق به من عرى

عن الالتين جميعا وهو في اللغة يدل علي التكسر واللين ومنه
يقال في كلامه تخنث اذا انثنى وتكسر اعلم ان الله تعالي خلق البشر
ذكرا وانثي كما قال تعالي ويب منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز
وجل يهب لمن يشا اناثا ويهب لمن يشا الذكور وقد بين
حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثي فدل انه لا يجتمع
الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان وقد
جعل علامة التمييز بينهما الالة ثم قد يتبع الاشتباه بان يوجد
الالتان ولا يوجد التمييز قال رحمه الله فان بال من الذكر
فغلام وان بال من الفرج فانثي لانه عليه الصلاة والسلام
سيل عنه كيف تورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله
عنه مثله وروي ان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه
هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامراة فاستبعد قومه ذلك
فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب علي فراشه ولا ياخذه النوم
لتحيره وكانت له بنية تغمز رجليه فسالته عن تفكره فاخبرها
بذلك فقالت دع المحال واتبع الحكم المحال فخرج الي قومه فحكي لهم
ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فاقره
الشرع ولان البول من اي عضو كان فهو دليل علي انه هو العضو
الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك انما يقع به الفصل
عند الولادة لان منفعة تلك الالة خروج البول منها وذلك
عند انفصاله من امه وما سوي ذلك من المنافع يحدث
بعده فعلم بذلك انه هو الاصل قال رحمه الله وان بال منهما
فالحكم للاسبق لانه دليل علي انه هو العضو الاصلي ولانه كما خرج
البول حكم بوجوبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج

البول

البول من الالة الاخري قال رحمه الله والعبرة بالكثرة وما عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال لا يذهب اليه اكثرهما بولا لانه يدل علي انه هو
العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة
وله ان كثرة ما يخرج ليس بدليل علي القوة لان ذلك لاتساع
المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج
دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة
كالشاهدين والاربعة وقد استقبح ابو حنيفة رضي الله عنه
اعتبار ذلك فقال وهل رايت قاضيا يكيل البول بالاواني
قال رحمه الله فان بلغ بالسن وخرجت لحية او وصل الي النساء فرجل
وكذا لو احتلم من الذكر لان هذه من علامات الذكر قال رحمه الله
وان ظهر له ثدي او لبن او حبل او امكن وطيه فامراة لان هذه
من علامات النساء قال رحمه الله وان لم يظهر له علامة او تعارضت
فمشكل لعدمها يوجب الترجيح وعن الحسن رضي الله عنه انه تعتبر اعمال
فان ضلع الرجل يزيد علي ضلع المراة بواحد قال رحمه الله فيقف بين
صف الرجال والنساء وتبطل صلاته لانه يحتمل ان يكون ذكرا
ويحتمل ان يكون انثي فانه كان ذكرا تفسد صلاته بالوقوف
في صف النساء وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان انثي فلا تبطل الرجال
ولا النساء وان وقف في صف النساء فان كان بالغا يعيد صلاته حتما
وان كان مراهقا يستحب له ان يعيد والاصل في احكامه ان يؤخذ
بالاحوط فالاحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه
الصلاة احتياطا لاحتمال انه امراة ويستحب ان يصلي بقناع لاحتمال انه امراة
فلو كان بالغا مراهقا يجب عليه ذلك ويجلس في صلاته جلوس المراة لانه ان كان
رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها

عه

يجلوسه جلوس الرجال قال رحمه الله وتتباع له امة تختتنه يعني بحالة
لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان انثى
ويكره ان يختتنه رجل لاحتمال انه انثى او امراة لاحتمال انه رجل فكان
الاحتياط فيما ذكرنا انه لا يحرم علي تقدير ان يكون ذكرا وعلي تقدير ان يكون
انثى نظر الجنس اخف قال رحمه الله وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم
تتبع لان بيت المال اعد لنوائب المسلمين فيدخل في ملكه بقدر
الحاجة وهي حاجة الختان فاذا اختتنه تباع ويرد ثمنها الى بيت المال
ولو زوج امراة فختنته ثم طلقها جاز له ذلك لانه ان كان ذكرا صح النكاح
وان كان انثى فنظر الجنس اخف ثم يفرق بينهما لاحتمال انه انثى
فلا نكاح بينهما وتطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل
الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلي وان
ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل
او امراة وان يسافر من غير محرم او مع امراة من محارمه لاحتمال
انه امراة فيكون سفر امراتين بلا محرم كل ذلك احتراز اعن كونه
المحرم وان احرم وهو مراهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علي في ذلك
لانه ان كان ذكرا يكره لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد
رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة الخنثى
من لبسه وهو رجل ولا شي عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق او
عتاق ان كان اول ولد يلد غلاما فولدت خنثى لم يقع شي حتى يستبين
امره لان الخنث لم يثبت بالشك ولو قال لكل عبد لي حر او قال لكل امة لي
حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال لهذين
القولين جميعا عتق للمتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل فان قال
انا رجل او امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر في النهاية

معذبا

معذبا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله
لان الانسان امين في حق نفسه والقول قوله الامين مالم يعرف خلافه
ما قال الاسبيجابي ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج كان
القول قولها مالم يعرف خلاف قولها بان قالت في مدة لا تنقضي
في مثلها العدة والاول ذكره في الهداية وان مات قبل ان يستبين
امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال
والنساء فيتوقف لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر هو غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى ويسجى
انه يسجى قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا
لا تفوته التسجية واذا اراد ان يصلي عليه وعلي رجل وامراة
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى
فيتاخر عن الرجل لاحتمال انه امراة فتقدمه علي المراة لاحتمال
انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل
لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم
القبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر واحد وان دفن
مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير
نفس المراة فهو احب لاحتمال انه عورة ويكفن في خمسة اثواب
كما تكفن المراة فهو احب لاحتمال انه انثى ويدخل قبره ذو رحم
محرم منه لاحتمال انه انثى قال رحمه الله وله اقل النصيبين
اي لو مات مورثه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب
الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل
منهما وان كان محرما على احد التقديرين فلا شي له مثاله اخوان
لابوام احدهما خنثى مشكل كان المال بينهما اثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى

الثلث فيقدر انثي لانه اقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو ترك امرأة
زوجا واما واخا لاب وام هي خنثي كان للزوج النصف وللام الثلث
وللخنثي ما بقي وهو السدس علي انه عصبة لانه اقل ولو قدر انثي كان له
النصف وكانت المسالة تعول الي ثمانية ولو ترك زوجا واما واخوين
من ام واخا لاب وام هي خنثي كان للزوج النصف وللام السدس
وللاخوين لام الثلث ولا شي للخنثي لانه عصبة ولم يفضل له شي ولو
قدر انثي كان له النصف وعالت المسالة الي تسعة ولو ترك الرجل
ولداخ موخنثي وعما لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر الخنثي انثي
لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ
مقدم علي العم وقال الشعبي للخنثي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثي وعن ابن عباس رضي الله عنهما مثله لانه مجهول والتوزيع
علي الاحوال عند القسمة طريق معهود في الشرع كما في الغنائم
والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت الوقع قبل البيان وقال ابو حنيفة
الي اثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك
في وجوب المال بسبب اخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان فيه
سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشا السابق ومحلية كل واحد
من المراتين والعبدين لحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما علي
السواء من غير ترجيح احدهما علي الاخر وفيما نحن فيه الشك وقع في سبب
الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة سبب لاستحقاق القدر
وان كان اصل القرابة سببا لاصل الارث والمزاحم للخنثي متيقن
بسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا تنقيصه بالشك قال رحمه الله
فلو مات ابوه وترك ابنا له سهمان وللخنثي سهم لانه الاقل وهو
متيقن به فيستحقه وعلي قول الشعبي رحمه الله يضيف ميراث ذكر

ونصف

ونصف ميراث انثي واختلف ابو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي
فقال ابو يوسف رحمه الله المسالة من اثنين وسبعة اسهم للابن اربعة
وللخنثي ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده
كان له كل المال والخنثي لو كان وحده انه كان ذكرا كان له كل المال وان كان
انثي كان له نصف المال فياخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصفين
وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فيكون
اسهم للابن اربعة وللخنثي ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق
الكل عند الانفراد والخنثي ثلاثة الارباع وليس للمال كل وثلاثة ارباع
فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا لطريق العول والمضاربة
وقال محمد رحمه الله بينهما علي اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة
للخنثي يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان
الخنثي ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان انثي كان اثلاثا فالقسمة
علي تقدير ذكورته من اثنين وعلي تقدير انوثته من ثلاثة وليس
بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخر يبلغ ستة للخنثي علي
تقدير انه انثي سهمان وعلي تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف
النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين
تبلغ اثني عشر فيكون للخنثي ستة علي تقدير انه ذكر واربعة
علي تقدير انه انثي فياخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة
ثلاثة ونصف الاربعة اثنان هو اعتبار الاحوال في كل حادثة في حق
الخنثي وفي حق غيره ايضا من الورثة حتي ياخذ كل واحد من الورثة
نصف ما يصيبه علي التقديرين الا يري ان الابن ياخذ في هذه المسالة
لان نصيب الابن علي تقدير ان الخنثي ذكر ستة وعلي تقدير انه انثي ثمانية
نصف النصيبين سبعة ولو كانت معها بنت فعند ابي يوسف رحمه الله تكون المسالة

من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل
وللخنثى ثلاثة ارباع حالة انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما يبلغ
تسعة وعند محمد رحمه الله له خمس وثمن لانه على تقدير انه ذكر كان له
خمسان فكان له نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه
وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة
فتضرب احداهما في الاخرى تبلغ اربعين ومنها تصح المسالة فللخنثى
خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير ان
الخنثى انثى الربع عشرة وعلى تقدير انه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف
النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير
انه انثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان
على تقدير ذكورته ونصف على تقدير انوثته فله نصف النصيبين ثمانية
عشر وعلى هذا يخرج لو كانوا اكثر من ذلك على المذهبين فابو يوسف رحمه الله
يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن اربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس
مائة نفس ومحمد رحمه الله يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة
على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين
ولو كان معهم ذو سهم اخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين
ويروى عن ابي يوسف رحمه الله مثل قول الشعبي قالوا رجع اليه اخرا
وقال شمس الائمة خرجا على قول الشعبي ولم ياخذا به ولو اوصى رجل لما في
بطن فلانة بالف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى
اعطي الاقل ويوقف الباقي حتى يتبين امره وعلى قياس قول الشعبي
رحمه الله يجب له سبعمائة وخمسون نصفا الوصيتين وعندنا يعطي الاقل وهو
خمسمائة ومن احكام الخنثى المشكل انه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج امة
الا اذا كان تبين له انه ذكر لاحتمال انه انثى فيثبت به حرمة المصاهرة

وكذا

وكذا اذا قبلته امراة لا تتزوج بابيه لما ذكرنا وان زوجه ابوه او
مولاه امراة او رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امراة
فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان صحيحا والا فباطلا
لعدم مصادفة المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى اخر لا يحكم بصحة النكاح
حتى يظهر ان احدهما ذكر والاخر خنثى وان ظهر انهما ذكران او انثيان بطل
النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبين لان الارث لا يجري الا بعد الحكم
بصحة النكاح ولا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقا اذا قذفا لانه اذا كان
رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه ان يجامع وان كان امراة فهو كالرتقا لانه لا يجامع
واذا قطعت يده او قطع هو يد رجل او امراة فلا يجب فيه القصاص لان
القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة فلا يجب بالشك
وكذا اذا قطع هو يد عبد او قطعه عبد او كان هو رقيقا فقطعت يده
لان القصاص لا يجري بين الحر والعبد ولا بين العبدين لما بينا من قبل
بخلاف ما اذا قتل او قتل هو بعد البلوغ حيث يجب القصاص لانه
لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بينا وفي الشهادة يجعل انثى لانه
المتيقن به والله اعلم **مسايل شتى قال رحمه الله** ايما الاخرس
وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح
وطلاق وبيع وشرا وقود وقال الشافعي رحمه الله تجوز كتابته
وايماوه في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا
فرق بين ان يكون اصلا او عارضا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق
الذكاة والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت
معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط
جا من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه

لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس
احدهما على الاخر وفي الابدة عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع
ابن خديج رضي الله عنه ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل
بسهم فسمي فقال عليه الصلاة والسلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا
فعلت شيا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ثم قدر الامتداد
هنا التمرتاشي بسنه وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة رضي
الله عنهما فقالت ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره
بالاشارة وبجواز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله
فكان الاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كان ايما الاخرس وكتابته كالبيان
وهو النطق باللسان يلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه
وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراوه الى غير ذلك من الاحكام لان
الاشارة تكون بيانا من القادر فما ظنك من العاجز الا يرى انه
عليه الصلاة والسلام كان افصح العرب ومع هذا بنا بالاشارة بقوله
الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن ناي بمنزلة الخطاب من دني الا
يرى انه عليه السلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتابة فيكون
ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب كالخطاب
عند العجز ففي حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر والزم عادة بان
الغايب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق
والظاهر بقاوه على الدوام ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين
مرسوم وهو ان يكون معنونا اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب
في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب
فيكون هذا كالنطق فلزم حجة مستبين غير مرسوم كالكتابة على
الجدران واوراق الاشجار او على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا

يكون

يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا حجة الا بانضمام
شي اخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملا على الغير حتى يكتبه لان
الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبهذا الاشيا يتعين
الجهة وقيل الاملا من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر وغير مستبين
كالكتابة على الهوا او الما وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شي
من الاحكام وان نوى قال رحمه الله لا في حد اي لا تكون اشارته وكتابته
كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة
الى اثباتها ولعله كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا نتيقن بطلبه
الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب الا بالقذف
بصريح الزنا وفي القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد
لا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا
لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى ان الشهود لو شهدوا با
لوطي الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق
القتل يجب عليه القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص
فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير
المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت
زاجرة وليس فيها معنى البدلية اصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة
وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجة في قصاص
يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب في الاخرس كذلك فيكون في الغايب
والاخرس روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لان الغايب
يمكنه الوصول في الجملة فيعبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر النطق
في حقه للافة التي به فدلت المسالة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا
على الكتابة بخلاف ما توهمه عن اصحابنا رحمهم الله ان الاشارة لا تعتبر مع

القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة
مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففي
الكتاب زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان
في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة اثر لم توجد
في الاشارة لان [illegible] في البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة اقرب اليه
لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته او راسه فصارت
اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الاخر بل يخير ولهذا ذكره
بكلمة او وهي للتخيير وقالوا فيمن صمت يوما او يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى
لا يجوز بالايماء والكتابة به اقراره وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال رحمه الله
مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى واكل والا لا وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل
ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الكلام في حالة الاختيار و
ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين
لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر و
لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج
كقليل النجاسة في البدن او الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة اكثر او استويا لانه لا ضرورة
اليه لقلته فيمكن الاحتراز قال رحمه الله لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهرت
رطوبته على ثوب طاهر لكن لا بسيل لو عصر لا يتنجس لانه اذا لم يتقاطر منه
بالعصر لا ينفصل منه شيء وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس به
وذكر المرغيناني ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه ياخذه بللا من
النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لان
اليابس النجس ياخذ بللا من الطاهر ولا ياخذ الرطب من اليابس شيئا ويحمل على ان
مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شيء وبلفظه اشارة اليه حيث نص على حبل

مرغيلاني

نجس

نجس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضي
خان في فتاواه اذا نام الرجل على فراش فاصابه مني
ويبس وعرق وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر اثر
البلل في بدنه لا يتنجس جسده وان كان العرق كثيرا
حتى ابتل الفراش ثم اصاب بلل الفراش جسده وظهر
اثره في جسده يتنجس به وكذا الرجل اذا غسل رجله
فمشى على ارض نجسة بغير مكعب فابتلت الارض
من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر
اثر بلل الارض في رجله جازت الصلاة وان كان بلل
الماء في الرجل كثيرا حتى ابتل وجه الارض وصار
طينا ثم اصاب الطين رجله لا تجوز صلاته ولو مشى
على ارض نجسة رطبة ورجله يابسة يتنجس
قال رحمه الله راس شاة متلطخ بالدم احرق
فزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل
لان النار تاكل ما فيه النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء
او تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولو
احرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة
كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار
ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار
حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجس مسحة الخباز يطهر
بالنار قال رحمه الله سلطان جعل الخراج لرب
الارض جاز وان جعل العشر لا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله لان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه

عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الغزاة على الخلوص كالزكوة
فلا يجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى قال
رحمه الله ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج
معناه ان اصحاب الخراج اذا عجز واعن زراعة الارض وادا
الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة اي يوجر
الاراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرها
فان فضل شيء من اجرتها يدفعها الى اصحابها وهم الملاك
لانه لا وجه لازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة
ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم
يجد من يستاجرها باعها الامام لمن يقدر على الزراعة
لانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع
يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات
فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم
بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان
عليهم خراج ورد الفضل الى اصحابها ثم قيل هذا قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما القاضي يملك بيع مال
المديون بالدين والنفقة واما عند ابي حنيفة لا يملك
ذلك فلا يبيعها لكن يامر مالكها ببيعها وقيل هذا قولهم
الكل والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين غيره من
الديون ان في هذا الزام ضرر خاص لنفع العام عام ولا ازالة
الضرر عن العام وذلك جائز عنده الا ترى انه يرى الحجر على
الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمفلس والمكاري لدفع
الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة

فجاز

فجاز ما ذكرنا لدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض
فصار كدين المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة فان
القاضي يملك البيع فيها لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر
في النوادر عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان اهل الخراج اذا
هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين
وان شاء دفع الى قوم وقاطعهم على شيء مكان ما يأخذ
للمسلمين لان في عمارتها حفظ الخراج على المسلمين والملك على اربابها
فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق في عمارتها قرضا
لان الامام مامور بتمييز بيت المال باي وجه يتهيأ لها
قال رحمه الله ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم
صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة وان لم ينو اول صلاة
او آخر صلاة عليه معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم واكثر
من رمضان فقضاه تاديا عنه ولم يعين انه يوم كذا جاز
وكذا لو صام ونوى عن يومين او اكثر جاز عن يوم واحد
ولو نوى عن رمضانين ايضا يجوز وكذا قضاء الصلاة
يجوز وان لم يعين الصلاة ويومها ولم ينو اول صلاة عليه
او آخر صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح انه
يجوز في زمان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين انه
صام عن رمضان سنة كذا على ما نبين وكذا في قضاء الصلاة
لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بان يعين ظهر يوم كذا
مثلا ولو نوى اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه جاز لان الصلاة
تعينه بتعينه وكذا الوقت يتعين بكونه اولا او آخرا ولو نوى
اول ظهر عليه وصلى فيما يليه بصيرا ولا ايضا يدخل

في نيته او ظهر عليه وكذا ثانيا وثالثا الى ما يتناهى وكذا
الاخير وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التي فاتته او اشتبهت
عليه او اراد التسهيل على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة
فلا بد من تعيين ما يريد اداوه حتى تبرا ذمته لان فرضا من
الفروض لا يتادى بنية فرض اخر فلهذا اوجب التعيين
بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز
الاجناس المختلفة وهذا يكون التعيين في الجنس واحد
لغوا لعدم الفايدة والتصرف فاذا لم يصادف محله يكون
لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات
كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين او العصرين
من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم
حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل
بدلوك الشمس ونحوها والدلوك من يوم غير الدلوك
من يوم بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر
بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه
عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فكذلك لا يحتاج فيه
الى تعيين صوم كذا حتى لو كان عليه قضا يوم بعينه
فصامه بنية يوم اخر او كان عليه صوم يومين او اكثر
فصام يوما ناويا عن قضا يومين او اكثر جاز بخلاف ما
اذا نوى عن رمضانين او عن رمضان اخر حيث لا يجوز
عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى ظهرين
او ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم
الخميس وعلى هذا ادا الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين

في

في جنس واحد ولو عين لغى وفي الاجناس لا بد منه وقد ذكرنا
تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات
ان نية التعيين في الصلاة لا تشترط باعتبار ان الواجب
مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب بكثرة الفوايت
تكفيه نية الظهر وهذا مشكل وما ذكره اصحابنا مثل قاضي خان
وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان
الامر لو كان كما قاله لجاز مع وجوب الترتيب ايضا لامكان صرفه
الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله
ابتلع بصاق غيره كفر لو صديقه والا لا اي اذا ابتلع الصايم
ريق غيره فان بصاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن
صديقه يجب عليه القضا دون الكفارة لان الريق تعافه
النفس وان كان وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار
كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه
فصار كالخبز ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله
قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب
او شرط الادا على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل
بعض الحاج في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا ياثم
بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف
فيها فلا نعيدها قال رحمه الله منعها زوجها عن الدخول
عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز لانها حبست نفسها منه
بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق
النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا
منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى

منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها
نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته
فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا
حبست نفسها بسبب دين عليها او غصبها غاصب وذهب
بها لان الفوات ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة
معه في منزله ولم تمكنه من الوطي لانه يمكنه الوطي كرها غالبا
فلا يعد منعا قال رحمه الله ولو سكن في بيت الغصب
فامتنعت اي لا تكون ناشزة لانها محقة لان السكنى فيه
حرام قال رحمه الله قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا
على حدة ليس لها ذلك لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن
منعه من ذلك قال رحمه الله قالت مرا طلاق ده فقال
داده كيرا وداده باد وكرده باد ينوي ولو قال داده است
وكرده است يقع نويا ولا ولو قال داده انكار لا يقع وان
نوي وي مرا نشا قيامت او عمر لا يقع الا بنية حيلة
زنان كن اقرار بالثلاث حيلة خوش كن لا كابين ترا بخشيدم
مرا از جنك باز دار ان طلقها المهر والا فلا قال رحمه الله
قال لعبده يا مالكي او قال لامته انا عبدك لا تعتق لانه
ليس بصريح للعتق ولا كناية فلا يكون فيه شيء مما يقتضي
العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبي عن ثبوت
على العبد وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته
وقوله يا مالكي او انا عبدك حقيقة تنبي عن ثبوت الملك
للعبد للمولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا
لعدم قدرته على ذلك ولا مقتضيا لان من شرطه ان يثبت

المقتضي

المقتضي فيثبت في ضمنه المقتضي ثبوت المقتضي وهو الملك
متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضي بدونه قال رحمه الله
بر من سيوكند است كه اين كار نكنم اقرار باليمين بالله تعالى
وان قال بر من سيوكند است بطلاق لزمه ذلك وان قال
تلك ذلك كذبا لا يصدق ولو قال مرا سيوكند خانه است
كه كان نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق قال للبايع بها بازده
فقال البايع بدرهم يكون فسخا للبيع العقار المتنازع فيه
لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي اي اذا ادعى عقارا
لا يكتفي بذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى
عليه في ذلك فلا بد من اقامة بينة انه في يد المدعى عليه
حتى تصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه
لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل ان يكون
في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن
القضاء باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان
اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة
قال رحمه الله عقارا لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه
فيه لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ
هل يعتبر المكان او الاهل فقيل يعتبر المكان ولا في غير
ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع
الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا
ينبغي ان يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام
الدين فيكون المصر شرطا فيه مثل الجمعة والعيدين وعن
ابي يوسف ان المصر ليس بشرط فيه واليه اشار محمد رحمه الله

ايضا قال رحمه الله اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم
قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير ذلك او وقعت في
تلبيس الشهود او ابطلت حكمي او نحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض
ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان رايه
الاول فلا ترجح بالقضا فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك
الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو
المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضا لا يصح
رجوعه فلا يملك ابطاله لما ذكرنا فكذا القاضي وقال
الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضا ثم
نزل القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاوه ثم
ويستانف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي
اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رايه
فانه يقضي بالمستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض
ما مضى من قضايه لان حدوث الاجتهاد والراي دون
نزول القران والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضا
الذي قضى بالقران الذي نزل بعده فهذا اولى بخلافه
اذا قضى باجتهاده ونزل القران بخلافه فانه ينقض
ذلك القضا ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده
ونزل القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضا الاول
والفرق ان القاضي لما قضى باجتهاد ونزل القران بخلافه
فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه
خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله
عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده وكان الاجتهاد في محل

لا نص

لا نص فيه وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القران بخلافه صار
ناسخا لتلك الشريعة قال رحمه الله جنا قوما ثم سال
رجلا عن شي فاقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم
جازت شهادتهم عليه اي على اخبار رجل جماعة في مكان ثم
سال رجل اخر عن شي مثل دين له عليه فاقر به المسول والجماعة
يرونه ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه
بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وهم علموه وهو الركن
في اطلاق ادا الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد
والا فدع قال رحمه الله وان سمعوا كلامه ولم يروه لا اي
لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون
المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا
دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على
الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار
الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه
الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه قال رحمه الله باع عقارا
وبعض اقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه لم
يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث عينه فقال
لو باع عقارا وابنه او امراته حاضر يعلم به وتصرف المشتري
فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن ملك ابنه وقت البيع
اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو
تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار
منه بانه ملك البايع وانه لا حق له فيه وجعل سكوته

في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة
لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب ينبغي جواز
ذلك مع القريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل
الفصل في الضمان فقال ومن باع دارا وكفل رجل عنه
بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع
فقام به بقبوله شرع في الدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب
المشتري فيه اذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فتنزل منزلة
الاقرار بملك البايع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن وهو
على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع اي ليست
بشرط فيه ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك
وتارة من غيره ولعله كتب ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او باع بيعا باتا
نافذا وهو كتب شهد بذلك وهو تسليم الا اذا كتب الشهادة
على اقرار متقدم قدين ولو باع ضيعة ثم ادعى قطعا وقف
عليه وعلى ولاده لا تسمع دعواه للتناقض لانه تقدامه
على البيع اقرار منه وان اراد تحليف المدعى عليه ليس له
ذلك وان اقام البينة على ذلك قيل تقبل وهو الاصوب
والاحوط لانه بااقامه البينة ان الضيعة وقف عليه
ويدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض
وقال في الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه
وهو ينظر لا يصح لسكوته يحتمل الرضى والسخط وقال
ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع قال رحمه الله

وهبت

وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها بمهرها وقالوا
كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في صحتها فالقول له اي
للزوج والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة
والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات ووجه الاستحسان
انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت
تفيد الملك وان كانت للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب
عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب
عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض رد الموهبة
للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق ج ٢
فالوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول للمنكر
قال رحمه الله اقر بدين وغيره ثم قال كنت كاذبا فيما
اقررت حلف المقر له على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر به
ولست بمبطل فيما تدعي عليه من الاقرار وهذا قول ابي
يوسف رحمه الله وهو استحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقر
به الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا
فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال
الكذب فيه ابعد لتضمنه بذلك وجه الاستحسان
ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا اراد
الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار
دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى
لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر
بذلك والمدعي لا تضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه
قال رحمه الله قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار

وكيلا لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة
ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت
الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا اقبل
بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت ارضي عليك
وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري
الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه
ان يكون هذا قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير
وقفا بمجرد قوله وقفت داري قال رحمه الله وكلها
بطلاقها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من
معنى اليمين وهو تعليق بفعلها ولا يصح الرجوع في اليمين
وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره
وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي
قال رحمه الله وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت
وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك اي يقول
عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها
بالعزل عن الوكالة فاذا انعزل عزله عن الوكالة المنجزة
وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالثاني
انعزل عن الوكالة الثانية قال رحمه الله ولو قال
كلما عزلتك فانت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة
المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة لانه لو عزله
عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله
الف مرة لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال لا الى نهاية
فلا يفيد العزل فلا يفيد الا بعد الرجوع حتى لو عزله

ثم

ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل اخر لانه كلما عزله صار
وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها
لانه يحتاج الى عزل اخر بعد الرجوع وقيل يقول
في عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه صار وكيلا انعزل
فيحصل مقصوده بذلك والاول اوجه وهذا لا يفيد
في الحقيقة ان انعزل كلما توكل لاجل اليمين الثانية
يتوكل ايضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما
وكيلا منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة
على ما بينا قال رحمه الله قبض بدل الصلح شرط ان
كان دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير
او عن شيء اخر في الذمة لانه متى وقع الصلح في غير ما
مستحقه الداين بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة
فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا او بيعا وفيه لا يجوز
الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه السلام عن بيع
الكالي بالكالي وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره
قال رحمه الله والا لا اي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط
قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا في
الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا كما اذا وقع
الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه
من قبل قال رحمه الله ادعى رجل على صبي دارا فصالحه
ابوه على مال الصبي فان كان للمدعي بينة جاز ان كان
بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن الناس فيه كان للصبي
منفعة وهي سلامة العين لانه لو لم يصلح يستحقه المدعي

بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشرا
من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة
لانه لا يمكنه التحرز عنه فان لم يكن للمدعي بينة او كانت
غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا
له لانه لم يستحق المشتري شيا من ماله لولا الصلح فلا
منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان
الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا
بالتي هي احسن وان كان الاب هو المدعي للصغير
ولا بينة له يجوز كيف ما كان لانه لم يثبت للصبي فيما
ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من
الاخذ فكان محصلا له مالا من غير ان يخرج من ملك
الصبي شيا بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له
بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل وباقل قدر يتغابن فيه
لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة
العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قايم مقامه
قال رحمه الله لو قال لا بينة لي فبرهن او لا شهادة
لي فشهد تقبل ومعنى الاول ان يقول المدعي ليس
لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جا بالبينة تقبل
لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها
ثم تذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة
انها لا تقبل لانه اكذب بينته ومعنى الثاني ان يقول
الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد
له تقبل لانه يقول نسيت وكذلك اذا قال المدعي ليس

لي

لفلان عندي شهادة ثم جا فشهد له تقبل شهادته روي ذلك
عن ابي حنيفة لانه يحتمل ان يكون له شهادة قد نسيها
او لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا اعلم لي حق على فلان ثم
اقام البينة ان له عليه حقا لا تسمع دعواه لان المناقضة
والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفي الحجة في هذا
كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى اذا قال لا حجة لي على فلان
ثم اتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار
ليست لي او قال ذلك العبد ثم اقام بينة ان الدار والعبد
له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار
لم يثبت له لغيره حقا كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن
عن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت
فيه حقا لاحد قال رحمه الله للامام ولاية التصرف
في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا راى في ذلك
مصلحة لهم كان له ان يفعله من غير ان يلحق ضررا باحد
الا ترى انه اذا راى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او
بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل
ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه
نايبه فكان فيه مثله قال رحمه الله من صادره السلطان
ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح اي جاز لانه لم يكره وانما
باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه
لايفا ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمدين اذا
حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه
يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفا

لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير قال رحمه الله
خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على
الضرب لانها مكرهة عليه لان الاكراه على المال يثبت بمثله
لان التراضي شرط في تمليك المال والرضى ينتفي بمثله فلا يصح
قال رحمه الله وان اكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط
المال لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضى شرط
فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه قال رحمه الله
ولو احالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة
الغرما عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون
او وهبه قال رحمه الله اتخذ بيرا في ملكه اي بالوعة
فنز منها حايط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط
الحايط منه لم يضمن لانه تصرف في خالص حقه لان هذا
تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر
على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن
قال رحمه الله عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة
لها والنفقة دين عليها لان الملك لها وقد صح امرها
بذلك فينتقل الفعل اليها فيكون كانها هي التي عمرت
فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع
عليها لصحة امرها فصار كالمامور بقضا الدين قال
رحمه الله ولنفسه بلا اذنها اي اذا عمره لنفسه من غير
اذن المراة كانت العمارة له لان الالة التي بنا بها ملكه
فلا يخرج عن ملكه بالبنا من غير رضاه فيبقى على ملكه

فيكون

فيكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيومر بالتفريغ
ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله ولها بلا اذنها
فالعمارة لها وهو متطوع اي اذا عمره لها بغير اذنها كان
البنا لها وهو متطوع في البنا فلا يكون له الرجوع عليها
به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه
فكان متبرعا قال رحمه الله ولو اخذ غريمه فنزعه انسان
من يده لم يضمن اي لا يضمن النازع اذا هرب الغريم لان
النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل
فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا
حل قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل
بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكدلالة السارق
على مال الغير فان الدال لا يجب عليه ضمان لان التلف
حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن امسك هاربا
من عدوه حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان
فكذا هذا قال رحمه الله في يده مال انسان فقال له
سلطان ادفع الي هذا المال والا اقطع يدك او اضربك
خمسين فدفع لم يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان
على المكره او على الاخذ يضمن المالك ايهما شا ان كان
الاخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله
وضع منجلا في الصحرا ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجا
في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يوكل لان
الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبدون ذلك
لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية المذكورة في الاية

وتقييده في اليوم الثاني وقع انتقاضا حتى لو وجده
ميتا لم يؤكل من ساعته ولاجل العلم شرطه قال
رحمه الله كره من الشاة الحيا والخصية والمثانة والمرارة
والدم المسفوح والذكر والغدة لما روي الاوزاعي عن
واصل ابن جميل عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله
عليه وسلم من الشاة الذكر والاليان والقبل والغدة
والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام وكره
السنة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم
فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما
تستخبثه الانفس تكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية
لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروي ان ابن عمر
رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل
لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الاية فقال
مشيخ عنده سمعت ابا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي
صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث فقال ابن
عمر ان كان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قاله
ذكره الطحاوي قال رحمه الله للقاضي ان يفرض مال
الغايب والطفل واللقطة لانهم عاجزون عن استخلاص
ذلك فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة
ومضى مدة الانشاد ان شاء يجوز له الاقراض من فقير
لانه لو تصدق وقت الاشهاد به عليه في هذه الحالة
جاز فالقرض اولى ان يجوز قال رحمه الله صبي حشفته
ظاهرة بحيث لو راه انسان ظنه مختونا لا تقطع جلدة

ذكره

ذكره الاسبيجابي ترك كشيخ اسلم وقال اهل البصرة لا يطيق
الختان لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فان كانت
الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان توارى
الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها
ينظر ان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم
الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان
حقيقة وحكما والاصل ان الختان سنة لحجاج الخبر
وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع
اهل مصر وقرية على تركه يجاهدهم الامام فلا يتركه الا
لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك
قال رحمه الله ووقته سبع سنين اي وقت الختان
سبع سنين وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة
ولا طهارة اليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة
وقيل اقصاه اثنى عشر سنة وقيل تسع سنين وقيل
وقته عشر سنين لانه يومر بالصلاة اذا بلغ عشرا
اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل
ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه
بالفقه وقال ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن
ابي يوسف ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه
وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال
لانه الذي في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال الالم الى
الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي الختان
اقامة السنة وتعود مصلحته اليه لانه جاء في الحديث

الختان سنة يجار به على تركها وكذا يجوز في الصغير وسط
قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب اذان البنات
الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في
زمنه عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا
تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها ان تختم ما لم يتحرك
الولد فاذا تحرك فلا بأس به ما لم تقرب الولادة فاذا قربت
فلا تختم لانه يضره واما الفصد فلا تفعله مطلقا ما
دامت حبلى لانه يخاف على الولد وكذا يجوز فصد
البهايم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها ويجاز قتل ما
يضره من البهايم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل
الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها
لانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فايدة **قال**
رحمه الله والمسابقة بالابل والخيل والرمي
جايزة لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل
او حافر واذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة ابن الاكوع
ان يسابق رجلا انصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه
سلمة ابن الاكوع وقال الزهري كانت المسابقة بين
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب
والارجل ولان القوة يحتاج اليها في رياضة خيلهم
وانسهم والتعليم للكر والفر تبياح **قال رحمه الله**
وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من احد الجانبين لما روي
ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سبق
بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين ان يقول

ان

ان سبق فرسك فلك علي كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من
القمر الذي يزداد تارة وينقص اخرى وسمي القمار قمارا
لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز ان يذهب ماله الى
صاحبه ويجوز ان يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد
والانتقاص في كل واحد منهما فصار قمارا وهو حرام بالنص
ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بان يقول احدهما ان
سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلا شيء لي عليك
لان النقصان والزيادة لا يمكن بينهما واما في احدهما
يمكن الزيادة وفي الاخر النقصان فلا يكون مقامرة لان
المقامرة مفاعلة منه فيقتضي ان تكون من الجانبين وان
لم تكن في معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس ان لا
يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز
فيما عدى الاربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وان كان
الجعل مشروطا من احد الجانبين وفي الحديث اشارة اليه
لانه خصص هو لا به والمراد به الاستباق بالجعل لان
الاستباق بلا جعل يجوز في كل شيء ولا يمكن الحاق ما شرط
فيه الجعل به لانه ليس في معناه لان المانع فيه من
وجهين القمار والتعليق بالخطر وفي الاخر من وجه واحد
وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له فلا يقاس عليه
وشرطه ان تكون الغاية مما يحتملها الفرس وكذا شرطه انه
يكون كل واحد من الفرسين احتمال السبق اما اذا علم
ان احدهما اسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز الى الحاجة
الى الرياضة على خلاف القياس وليس في هذا الا ايجاب

المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرطا
الجعل من الجانبين وادخلا ثالثا محللا جاز واذا كان فرس
المحلل كفوا كفرسيهما يجوز ان يسبق او يسبق وان كان يسبق
او يسبق لا محالة فلا يجوز لقوله عليه السلام من ادخل فرسا
بين فرسين وهو لا يامن ان يسبق فلا باس به ومن ادخل
فرسا بين فرسين وهو امن ان يسبق فهو قمار رواه احمد
وابو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل ان يقولا للثالث
ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شي لنا عليك
ولكن الشرط الذي بينهما وهو ايهما سبق كان له الجعل على
صاحبه باق على حاله فان غلبهما اخذ المالين وان غلباه
فلا شي له عليهما وياخذ ايهما المال المشروط له من صاحبه
وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا
ويقينا وانما يحتمل ان ياخذ اولا فخرج بذلك من ان يكون
قمارا فصار كما اذا شرطه من جانب واحد لان القمار هو الذي
يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة على ما بيناه
ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان او للاثنين
من سبق فله كذا من مال نفسه او قال للرماة من
اصحاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا
كان التنفيل يثبت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك
بخالص ماله فصار انواع السبق اربعة ثلاثة منها جايزة
وواحد منها لا يجوز وقد ذكرنا الجمع ويعرف هذا بالتامل
وعلى هذا الفقها اذا تنازعوا في المسايل وشرط للمصيب
منهم جعل جاز ذلك ان لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا

في

في الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعليم في البابين يرجع الى
تقوية الدين واعلا كلمة الله تعالى والمراد بالجواز المذكور
في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب
من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به قال رحمه الله
ولا يصلى على غير الانبيا والملايكة الا بطريق التبع لان في
الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي
لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك ممن يتصور
منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز
الا تبعا بان يقول اللهم صل على محمد واله وصحبه ونحوه لك
لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الترحم
على النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال
بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل
الصلوة ولهذا يجوز ان يدعوا بهذا اللفظ لغير الانبيا
والملايكة عليهم السلام وهم مرحومون قطعا فيكون تحصيل
الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلوة فلا حاجة اليها
وقال بعضهم يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان من اشوق
العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلوة فلم
يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى ان يدعوا الى الصحابة بالرضى
فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضى
من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما
يلحقهم من الابتلا من جهته اشد الرضى فهولا احق بالرضى
وغيرهم لا يلحق اثارهم ولو انفق ملء الارض ذهبا
وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ومن بعدهم بالمغفرة

والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة
اهتمامهم بامور الدين قال رحمه الله والاعطا باسم النيروز
والمهرجان لا يجوز اي الهدايا باسم هذه اليومين حرام بل
كفر قال ابو حفص الكبير رحمه الله لو ان رجلا عبد الله خمسين
سنة ثم جا يوم النيروز واهدى الى بعض المشركين بيضة
يريد تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب
الجامع الصغير اذا اهدى يوم النيروز الى مسلم اخر ولم يرد
تعظيم ذلك اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر
ولكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله
قبله او بعده لكي لا يكون تشبيها باوليك القوم وقد قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال
في الجامع الصغير رجل اشترى يوم النيروز شيا لم يكن
يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك اليوم كما تعظمه
المشركون كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر
قال رحمه الله ولا باس بلبس القلانس لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذكره في
الذخيرة قال رحمه الله وندب لبس السواد وارسال
ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر لان محمدا رحمه الله
ذكر في السير الكبرى في باب الغنايم حديثا يدل على ان
لبس السواد مستحب ولان من اراد ان يجدد اللف لعمامته
ينبغي له ينقضها كورا كورا فان ذلك احسن من رفعها
على الراس والقايها على الارض دفعة واحدة وان
استحب ارسال العمامة بين الكتفين واختلفوا في مقدار

الذنب

الذنب فقيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس
وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السودا فدخلت عليه يوما
مستورة فبقيت تنظر الى وجهه وهي متحيرة فقال لها ما
شانك فقالت اتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك
فوضعها من راسه ولم يتعمم بالعمامة السودا بعد ذلك
ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس
المعصفر وقال اياكم والحمرة فانها زي الشيطان ويستحب
للرجل ان يلبس احسن الثياب وكان ابو حنيفة يوصي
اصحابه بذلك ويلبس باربعماية دينار واباح الله تعالى
الزينة بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده
وقال عليه السلام قال الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان ان صح
يرى اثار نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم
درا وقيمته الف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه ردا قيمته
اربعة الاف درهم قال رحمه الله والشاب العالم يتقدم
على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي
الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلاة وهي
احد اركان الدين وهي تالية الايمان وقال الله تعالى واطيعوا
الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر
في اصح الاقوال العلما والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون
والعلما ورثة الانبيا عليهم السلام على ما جا به السنة
قال رحمه الله ولحافظ القران ان يختم في كل اربعين
يوما لان المقصود من قراة القران فهم معانيه والاعتبار

بما فيه مجرد التلاوة قال الله تعالى افلا يتدبرون القرآن ام على
قلوب اقفالها وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني
فقدر للختم اقله باربعين يوما كل يوم حزب وثلثا حزب
او اقل والله تعالى اعلم

كتاب الفرايض

وهي جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضي النفقة
اي قدرها وسمي هذا العلم فرايض لان الله تعالى قدره بنفسه
ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب
كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثان والثلث
والسدس بخلاف ساير الاحكام كالزكوة والحج وغيرها فان
النصوص فيها مجملة كقوله تعالى اقيموا الصلاة واتوا
الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها ثم اعلم
ان هذا العلم من اشرف العلوم وقد جاءت النصوص به
وبالحث عليه وعلى تعليمه وتعلمه قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل اية محكمة او سنة
قايمة او فريضة عادلة وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا
الفرايض وعلموها فانها نصف العلم وهو اول ما ينسى
وهو اول شي ينزع من امتي وقال عليه السلام تعلموا
الفرايض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع
ويوشك ان يختلف اثنان في الفريضة والمسيلة فلا
يجدان احدا يخبرهما فجعله عليه السلام نصف العلم مع
صغر حجمه وقلة مسايله فلولا انه من اشرف العلوم لما
قابل الكل وهذا كالحسيات فان الشي القليل من الجواهر
وغيرها انما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل

اشرف

اشرف منه ومعنى النصف اما باعتبار الاحوال الحيوة والممات
وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحيوة او باعتبار
اسباب الملك فانها جبرية او اختيارية فالاول الميراث
والثاني غيره من اسباب الملك قال رحمه الله يبدا من
تركة الميت بتجهيزه والمراد بالتركة ما تركه الميت خاليا
عن تعلق الغير بعينه فان كان حق الغير متعلقا بعينه
كالرهن والعبد الجاني والمشتراة قبل القبض فان صاحبه
يقدم على التجهيز كما في حالة حياته فحاصله انه معتبر
بحال حياته فان المرء يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج
اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم
يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم
تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية
او كفن السنة او قدر ما كان يلبسه في حياته من اوسط
ثيابه او من الذي كان يتزين به في الاعياد والزيارات
على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا انفقوا
لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم
حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت
من الحرمة ما لعظام الحي قال رحمه الله ثم دينه لقوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين قال علي كرم الله وجهه
انكم تقرون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى
الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتدا
والوصية تبرع والبداية بالواجب اولى والتقديم ذكرا
لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له

مطالب من جهة العباد لان دين الزكوة والكفارات ونحوها
لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها
الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها هم من عند انفسهم لان الركن في العبادات
نية التكلف وفعله وقد سقط بموته فلا يتصور بقاء الواجب
لان الاخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزم الفعل بها ولا
العبادة جبرية حتى يجتزأ بفعل غيره من غير اختياره
ولم يبق الا جزاء الفعل وتركه ضرورة بخلاف دين العباد
لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته الا ترى ان صاحب
الدين لو ظفر بجنس حقه اخذه ولا يجتزأ بذلك ولا كذلك
حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله
تعالى غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى
تصدق على العبد بثلث ماله في اخر عمره ينفعه فيما فرط
فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فاذا اوصى به قام
فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والاداء
قال رحمه الله ثم وصيته اي ثم تنفيذ وصيته من ثلث
ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي اكثر من الثلث
لا يجوز الا باجازة الورثة وتقريبناه في كتاب الوصية
من هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك
لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة شيء منه او اكثر ولا بد من
ذلك وهذا ليس بتقديم في المحتقة بخلاف التجهيز
والدين فان للورثة والموصى له لا يأخذون الا ما فضل
منها قال رحمه الله ثم تقسم بين ورثته وهم ذو فرض
ابي ذو سهم مقدر لما تلونا ولقوله عليه السلام الحقوا

الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى عصبة ذكر وفي رواية
فلاولى رجل ذكر وذلك على سبيل التاكيد كقوله تعالى
تلك عشرة كاملة ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله
فللاب السدس مع الولد وولد الابن لقوله تعالى ولابويه
لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له
السدس مع الولد وولد الابن وذكرها بالاجماع قال الله تعالى
يا بني ادم وكذا عرفا قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا
بنوهن ابناء الرجال الاجانب وليس دخول ولد الابن
من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من عموم المجاز او
عرفي كون ولد الابن كحكم الولد بدليل اخر وهو الاجماع
وجميع احوال الاب في الفرائض ثلاثة احدها المطلق وهو
السدس وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفل لما تلونا
والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت
او بنت الابن لما تلونا والتعصيب بما روينا والحالة الثالثة
التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن
لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابوه فلامه الثلث
فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على انه عصبة
قال رحمه الله والجد كالاب ان لم يتخلل في نسبه ام الا في
رد ها الى ثلث ما بقي وحجب الام الاب يحجب الاخوة اي الجد
كالاب ان لم يدخل في نسبته الى الميت انثى وهو الجد الصحيح
الا في مسئلتين احديهما في رد ام الميت عن ثلث الجميع الى ثلث
ما بقي وذلك في زوج وابوين او زوجة وابوين فان
الاب يردها اليه لا الجد وفي حجب الاب فان الاب يحجبها

دون الجد وان تخلل في نسبه الى الميت ام كان فاسدا فلا يرث
الاعيان انه من ذوي الارحام لان تخلل الام في النسبة يقطع
النسب اذ النسب الى الاب لان النسب للتعريف والشهرة وذلك
يكون بالمشهور وهم الذكور دون الاناث وقوله كالاب اي عند
عدم الاب لان الجد يسمى ابا قال الله تعالى حكايتا عن يوسف عليه
السلام واتبعت ملة اباي ابراهيم واسحاق ويعقوب وكان
اسحاق سماه وابراهيم جد ابيه وقال تعالى يا بني ادم لا يفتننكم
الشيطان كما اخرج ابويكم من الجنة وهو ادم وحوى عليهما
السلام فان كان ابا دخل في النص ابا بطريق عموم المجاز او
بالاجماع على نحو ما ذكرنا في الولد فكان له الاحوال الثلاثة
التي ذكرنا في الاب وله عموم حالة رابعة وهي السقوط بالاب
لانه اقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه
عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة اي الجد يحجب الاخوة كالاب
لانه قايم مقامه وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة على ما
يجيء بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وللام الثلث
وذلك عند عدم الولد وولد الابن مما تلونا وعند عدم الاثنين
من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله ومع
الولد او ولد الابن او الاثنين من الاخوة والاخوات لاولاد
السدس اي مع واحد من هؤلاء المذكورين لان ترث الثلث وانما
ترث السدس مما تلونا وقوله تعالى فان كان له اخوة
فلامه السدس فاسم الولد في المتلو اولا بيننا ولولد
وولد الابن على ما بينا وكذا الذكر والانثى ولفظ الجمع في
الاخوة يطلق على الاثنين فيحجبهما من الثلث الى السدس

من

من اي جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل
وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة
منهم عملا بظاهر الاية فان الاخوة جمع واقله ثلاثة والجمهور
ان الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل اتاك نبا الخصم
اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف
خصمان بغى بعضنا على بعض فاعاد ضمير الجمع في تسوروا
ودخلوا وفي منهم وقالوا على اثنين وهما الملكان اللذان دخلا
عليه في صورة متخاصمين الا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل
هذا كثير شايع في كلام العرب قال رحمه الله ومع الاب
واحد الزوجين للثا الباقي بعد فرض احدهما فيكون لها
السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه
هو الثلث للباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة
احوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد الزوجين والسدس
وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى وابن عباس رضي الله عنهما
لا يرى ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل والباقي للاب وخالف
فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ووجهه ان الله تعالى
نص على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض
ثالث بالقياس وكذا قال عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها
والام حاجبة فرض والاب عصبة وفي هذه المحالة على ما بينا
والجواب عنه ان الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه هي والاب
عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه
ابواه فلامه الثلث اي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه

مع احد الزوجين هو الباقي من فرضه ولا عطوا اخوات ثلث
الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج او قريبا من
نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف
اذا لم يوجد الولد والاخوة وهذا قال ابن مسعود في الرد عليهم
ما رأى امه تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد لا افضل
الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستقراء القرابة والقرب
واما عند الاختلاف فلا يقتضي تفضيل الانثى على الذكر
وهذا لو كان مكان الاب جد كان للاب ثلث الجميع فلا يبالي
بتفضيلها عليه لكونها اقرب منه وعندي يقتضي تفضيلها
الباقي ايضا مع الجد وهو مروي عن ابن عمر وابن مسعود
رضي الله عنهم فانهما كانا يفضلان الام على الجد قال
رحمه الله والجدات وان كثرن السدس ان لم يتخلل احد
في نسبتها الى الميت وكن متحاذيات في الدرجة والكلام
في الجدات في مواضع في تنزيلهن ومعرفة الصحيحة من
الفاسدة منهن وتقدير ميراثهن وفيما يسقط به كل شخص
له جدات ام ام وام ابه ولا يرثه وامه كذلك وهكذا
كل واحد من الاصول الى ان ينتهي الى ادم وحوى عليهما
السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها الى الميت
ذكر بين انثيين والفاسدة من يتخلل في نسبتها ذلك اذ كل
اب يدلي الى الميت بانثى جد فاسد ممن يدلي به يكون
فاسدا ذكرا كان او انثى وعند سعد ابن ابي وقاص
الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا واذا اردت تنزيل
عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر او لا لفظة

ام ام

ام ام بمقدار العدد الذي تريده ثم تقول ام ام ويجعل مكان
الام الاخيرة ابا في كل مرة يتنزل مكان الام ابا على التوالي
الى ان يبقى لفظة ام مرة مثاله اذا سئلت عن اربع
جدات وارثات متحاذيات فقل ام ام ام ام لتقدير عدد من
لاثبات الدرجة التي يتصور ان يجتمعن فيها فانه لا يتصور
ان يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عدد هن من الدرجات
فاربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا في الدرجة
الرابعة فتقول ام ام ام ام اربع مرات خذه واحدة
منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارث اكثر
من واحدة ثم ثنى بواحدة اخرى من جهة الاب
في درجتها فتقول ام ام الاب ثم ثنى باخرى من جهة
الجدة فتقول ام ام ابي الاب ثم ثلث باخرى من جهة
جد الاب فتقول ام ابي ابي الاب ولا يتصور ان يجتمع
الوارثات في هذه الدرجات اكثر من ذلك لان كل جد
صحيح امه وارثة وكذا ام امه وان علت ولا يتصور ان
يجتمع الوارثات في هذه الدرجات ان يكون جدة
واورثة من كل اب الا واحدة وهي التي من جهة الام
فانها لا تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا اخذت
في التسمية الثانية اما واحدة وابدلت مكانها ابا
واما الثالثة تدلي بجدة اسقطت امين وابدلت
مكانها ابين والرابعة تدلي بجد الاب اسقطت ثلاث
امهات وابدلت مكانهن ثلثة اباء فهذه طريقة في اكثر
منهن الى ما لا نهاية في هذه المعرفة الصحيحات في هذه

فلهذا ح

الدرجة واذا اردت ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ
عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين
واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك
فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا
اسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هن الفاسدات
مثاله اذا سئلت عن اربع جدات صحيحات كم بازائهن
من الفاسدات فخذ اربعة بيمينك واطرح منها اثنين
فخذهما بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد
ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع
في هذه الدرجة فاذا عدد الصحيحات وهن اربع بقيت
اربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن
يشتركن فيه لما روي عن عبادة ابن الصامت ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا
اجتمعتا بالسدس بالسوية وابو بكر الصديق اشرك
بين الجدتين في السدس وسنذكر ما يسقطن به وزان
جهتهن كذات جهة اي اذا ترك جدتين احديهما ذات
جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سوا حتى يقسم
السدس بينهما نصفين وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد يستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما اثلاثا ثلثاه
لذات الجهتين وثلثه لذات جهة واحدة لان الاختلاف
جهة القرابة كاختلاف الاشخاص في حكم الميراث الا
ترى ان ابني العم اذا كان احدهما اخا من ام يجعل الاخ
كشخصين حتى ياخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس

بينهما

بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان احدهما زوجا اخذ بالجهتين
وكذا اذا اجتمع في المجوسي قرابتان وورث بهما ولابي يوسف
ان توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدد السبب بتعدد
الجهة كالاخت لاب وام فانها لا ترث باعتبار القرابتين
لاتحاد الجهة وهي قرابة الاخوة حتى لا تاخذ النصف بجهة
الاب والسدس بجهة الام بل تاخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر
من النظير لان جهة الارث هناك مختلفة ومثال ما تكون الواحدة
ذات قرابتين ان تكون ام ام الام وهي ايضا ام ابي الاب والاخرى
ذات قرابة واحدة كام ام الاب بهذه الصورة
والبعدى تحجب بالقربى سوا كانتا من جهة واحدة او من
جهتين وسوا كانت القربى وارثة او محجوبة بالاب والجد
وفي رواية ابن مسعود لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية عنه
وعن زيد ابن ثابت ان القربى اذا كانت من جهة الاب لا
تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات
يرثن بولادة الابوين فوجب ان يعطى كل واحدة منهن
حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا
امه والام تحجب كل جدة هي ابعد منها فكذا امها ولنا ان
الجدات يرثن باعتبار الولادة فوجب ان يقدم الادنى على
الابعد كابي الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت
للواسطة يثبت لمن يدلي به الا ترى ان ام الاب لا يزيد
ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك والكل
بالام اي يحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام
وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه ان الجدات لا يرثن

لا بطريق الولاد والام ابلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها
ولان الام اصل في قرابة الجدة التي من قبلها الى الميت وتدلي بها
فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب فاذا حجبت
الجدة التي من قبلها كانت اولى ان تحجب التي من قبل الاب
لانها اضعف منها ولهذا لا تؤخر عنها في الحضانة فتحجب بها
وكذا الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روي ذلك
عن عثمان وعلي والزهري وسعد وزيد بن ثابت وبه اخذ
جمهور العلما وروي عن عمر وبن مسعود وعمران ابن الحصين
وابي موسى الاشعري وابي الطفيل عامر بن واثلة انهم
جعلوا لها السدس مع الاب وبه اخذ طايفة من اهل العلم
من التابعين وغيرهم لما روي انه عليه السلام ورث جدة
وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب
الام وكما لا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون
العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها
قلنا ام الاب تدلي بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن
كانا عما للميت لا انا ولا نسلم انها ترث ميراث الام بل
ميراث الاب لان السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه
ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيره الا ترى
ان بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن
بالابن وكذا الجد يحجب الابويات لما ذكرنا الا ام الاب
فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست من قبله فصار للجدات
حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله وللزوج
النصف ومع الولد او ولد الابن وان سفل الربع لقوله

تعالى

تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان
كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف
واما الربع مما تركت امرأته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي
مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا
ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله
بالنص او بالاجماع على ما بينا من قبل فيكون له الربع
معه فصار للزوج حالتان النصف والربع قال رحمه
الله وللزوجة نصفه اي للزوجة نصف ما للزوج
فيكون لها الربع ومع الولد او ولد الابن وان سفل الثمن
لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان
كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر من واحدة
اشتركن فيه لوجهين احدهما لان لا يلزم الاجحاف ببقية
الورثة لانه لو اعطي كل واحدة منهن ربعا يأخذون
الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد
والوجه الثاني ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة
الفرد بالفرد فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها
بالنص واذا كثرت وقعت المزاحمة بينهن فينصرف اليهن
جميعا على السوا لعدم الاولوية كما اذا ماتت امرأة وادعى
رجلان او اكثر نكاحها واقام كل واحد منهما البينة
في بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث
زوج واحد لعدم الاولوية فكذا هنا فصار للزوجات
حالة الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال رحمه الله
وللبنت النصف لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها

النصف قال رحمه الله وللاثنتين فصاعدا الثلثان وهو قول عامة
الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ علماء الامصار وعن ابن عباس
رضي الله عنهما انه جعل حكم البنتين فيهن مثل حكم الواحدة
فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن
فجعل لهما ما ترك على استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع
وصح بقوله فوق اثنتين وكده بضمير الجمع بقوله فلهن
والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين
النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل
حظ الانثيين فعلم بذلك حظ الانثيين عند الانفراد
والجمهور مارووي عن جابر قالت امرأة سعد ابن الربيع
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت
يا رسول الله بنتا سعد ابن الربيع قتل ابوهما معك في احد
شهيدا وان عمهما اخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا تنكحان الا
بمال فقال يقضي الله في ذلك فنزلت اية الميراث فارسل
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال اعط ابنتي سعد
الثلثين وامهما الثمن وما بقي فهو لك وما تلا عليهما يفيد
استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشيء بالذكر
لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه ثم فيما حكم
الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع انما يراد
به التثنية لاسيما في المواريث على ما بينا من قبل
فيكون المثنى مرادا بالاية وهو الظاهر الا تراجاز الوقف
كانت للبنتين فاعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين
بحكم الاية ولقطة فوق في الاية صلة كما في قوله تعالى

فاضربوا

فاضربوا فوق الاعناق اي اضربوا الاعناق وحمله على هذا اولى
مما ذهب اليه ابن عباس رضي الله عنهما لحصول التوفيق به بين
الاية والسنة ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين
فعلم ان للبنتين الثلثين عند الانفراد والا لم يصر هذا وهو
الثلثان مثل حظ الانثيين ابدا ولان الله تعالى بين نصيب
الواحدة ونصيب الجمع اولا لاشتراكهما في معنى الضم
ولان المثنى له حكم الجمع في الميراث الا ترى ان الله تعالى لما
بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع
في الاخوات لام واب في استحقاق الثلثين او الثلث وقوله
ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما
ذلك لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد الا ترى
ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة اخماس المال
وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع
الابن والنصف عند الانفراد قال رحمه الله وعصبها الابن
وله مثل حظها معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب
البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الانثيين لقوله
تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين
فصار للبنات ثلاث احوال النصف للواحدة والثلثان
للثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور
قال رحمه الله وولد الابن كولده عند عدمه اما عند
عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنتين وبنات
الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللبنتين
فصاعدا الثلثان ويعصبهن الذكور عند اختلاطهن

بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله ويحجب
بالابن اي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم واناثهم فيه سوا
لان الابن اقرب وهو عصبة فلا يرثون بالعصوبة وكذا
بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع اصلهن وان كن
لا يدلين به بان كان عمهن فهو مساويا لاصلهن فيحجبهن
كما يحجب اولاده لان ما ثبت لاحد المثلين يثبت لمساويه
ضرورة قال رحمه الله ومع البنت لاقرب الذكور الباقي
اي اذا كان مع بنت الميت لصلبه اولاد الابن واولاد ابن الابن
وان سفلوا او المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية
لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم
اذا لم تكن في درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقي
من فرض البنت له وحده قال رحمه الله وللامات السدس
تكملة للثلثين اي لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس
تكملة للثلثين ومراده اذا لم يكن في درجتهن ابن ابن واما
اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة فلا يرثن السدس وان كان
لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود رضي الله عنه
في بنت وبنت ابن واخت سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن تكملة الثلثين
والباقي للاخت وقوله تكملة الثلثين دليل على انهن
يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد
الاناث ثلثين فاذا اخذت الصلبية النصف بقي منه
السدس فيعطى لها ذلك فلولا انهن دخلن في الاولاد
وفروضهن واحد لما صار تكملة له الا ان الصلبية اقرب

الميت

الميت فتتقدم عليهن بالنصف ودخلن على انه عموم المجاز
او بالاجماع قال رحمه الله وحجبن ببنتين اي يحجب بنات
الابن ببنتين صلبيتين لان اربهن كان تكملة للثلثين
وقد كمل ببنتين فسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا
وتعصيبا قال رحمه الله الا ان يكون معهن او اسفل منهن
ذكر فيعصب من كانت بحذايه وممن كانت فوقه ممن لم
تكن ذات سهم وسقط من دونه اراد بقوله معهن ان يكون
الغلام في درجتهن سوا كان اخا لهم او لم يكن وهذا مذهب
علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه اخذ عامة العلما
رحمهم الله وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
يسقط بنات الابن ببنتي الابن الصلب وان كان معهن
غلام ولا يقاسمهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان
معهن غلام كان لبنات الابن اسوا الحالين بين السدس
والمقاسمة فايهما كان اقل اعطين وتسمى هذه المسايل
الاضرار على قول ابن مسعود وحجته في ذلك ان بنات
الابن بنات وميراثهن احد امرين اما الفرض او المقاسمة
وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهر وليس لهن ان يجمعن
بينهما فاذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم
الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة اخذت
النصف وبقي من فرض البنات السدس فياخذونه اذ كن
منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن اقل الامرين
من السدس والمقاسمة للتيقن به وهلا ياخذ البنات
اكثر من الثلثين ولانهن لا ميراث لهن مع الصلبيتين

عند الانفراد تكذا عند الاجتماع لانهن لم تكن وارثة عند الانفراد
من الاناث فلا يعصبها اخوها هذا الاجتماع كما لم يعصبها العمة
وابن الاخ مع اخته والجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
للذكر مثل حظ الانثيين واولاد الابن اولاد على ما بينا من
قبل تتناولهم الاية وقضيته هذا ان يكون المال مقسوما
بينهم الكل الا انا عملنا في حق اولاد الابن بادلة الاية وبقي
حق الصلبيتين او الصلبية الواحدة على ما بعدها وليس
فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل
بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى ان البنات
الصلبيات ذوات فروض وبنات الابن في هذه الحالة
عصبات مع اخيهن وصاحب الفرض اذا اخذ فرضه خلص
من البين كأنه لم يكن فصار الباقي من الفرض كجميع المال
في حق العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة كما لو
انفرد والاتر بي ان صاحب الفرض لو كان غير البنات
كالابوين واحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات
بخلاف العمة مع ابن وبنت الاخ مع اخيها لانهما لا تصير
عصبة معهما مطلقا سواء كان معهما صاحب فرض او لم يكن
فلا يلزم التقاء العصوبة في محل لا يصلها التقاؤها في محل
يقبلها واخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور الاتر بي
انهن يأخذن بالمقاسمة عند كثرتهن بان ترك اربعين
بنتا وابنا ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب
اقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية واليقيلها
في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن

مثاله

مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث
بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصورة ميت

ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف
والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثاني
فيكون لها السدس تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات الا
ان يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها
ومن فوقها من لم تكن صاحبة الفرض حتى لو كان الغلام مع
السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من
الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث والسفلى من
الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث
عصب الجميع غير اصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا ان
العليا تنزل منزلة البنت والباقي منازل بنات الابن
ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصبها فحسب وسقطت
البواقي كما ذكرنا في الاولاد فصار لبنات الابن احوال
ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا
والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية الواحدة
والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن

غلام وهذا النوع من المسايل يسمى في عرف الفرضيين تشبيب
بنات الابن اذا ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو اما مشتق
من توهم شيب ثلاث بغلة نتاج اذا تلون ذكرها في شعره وتشبيبه
الفضيلة تحسينها وترتيبها بذكر النساء او تسمية للفارس بفعال
الشيب للنار اذا اوقدها لان فيه تذكية للخواطر او من شبب الفرس
بشبب وشب شبابا اذا رفع يديه جميعا واشتقه انا اذا
هيجته لذلك لانه خروج وارتفاع من درجة الى اخرى كحال
الفرس اذا تزاوته اي دنباته فصار لاحوال بنات الابن
وبا لصلبيتين الا ان يكون معهن غلام قال رحمه الله والاخوات
لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن اي عند عدم البنات وبنات
الابن حتى يكون للواحدة النصف وللبنتين الثلثان
ومع الاخوة لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى
قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت
فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا
اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا
ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ولاب كبنات
الابن مع الصلبيات اي الاخوات لاب مع الاخوات لاب
وام كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة لاب
عند عدم الاخوات لاب وام وللبنتين الثلثان فصاعدا
ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت
الواحدة لاب وام السدس تكملة للثلثين ويسقطن بالاختين
لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن مما تلون وبينا
وبنا في فرض خلافا لابن مسعود رضي الله عنه في تفاسمه

الاخوة بعد فرض الاختين لابوام او اخت واحدة لها اي
للابوين على عموما بينا في بنات الابن وصاره لحق بهم البنت
الواحدة اذ الكلام في الاخوات كالكلام في البنات والنص
الوارد فيهن بالبحث في البنات فطريق البحث بينهما واحد
قال رحمه الله وعصبهن اخوهن والبنت وبنت الابن
اي عصب الاخوات لاب وام او لاب اخوهن والبنت وبنت
الابن اما تعصيب الاخوة فظاهر لما تلونا واما تعصيب البنت
فلهن وبنت الابن فلقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع
البنات عصبة وورث معاذ رضي الله عنه في اليمن بنتا
واختا فجعل لكل واحد منهما النصف ورسول الله صلى الله عليه
وسلم حي يوميذ وروي ان عليه السلام قضى في ابنة وابنة
ابن واخت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للاخت
وجعل المشتق البنت ممن تعصب الاخوات وهو مجاز وفي
الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لانها والبنت
بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب غيرها
بخلاف الاخوة على ما يجيء قريبا ان شاء الله تعالى وهذا
قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه اسقط الاخوات بالبنت واختلفت
الروايات عنه في الاخوة والاخوات مع البنت ففي رواية
عنه الباقي للاخوة كله وفي رواية اخرى عنه الباقي بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك
لو كان مع البنت اخت لاب وام او اخ واخت لاب في رواية
الباقي للاخ وحده وفي رواية عنه بين للذكر مثل حظ

الاثنين لما احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس ولد وله اخت فلها
نصف ما ترك فاورثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والانثى
الا ترى ان اسم ثقاتين يحجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من
الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى فيه
الذكر والانثى والجمهور رووا واشتراط عدم الولد فيهما
تعلما بانا لا نورثها النصف او الثلثين بطريق الفرض ونحن
نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث عليها عصبة
ويحتمل ان يراد بالولد الذكر وقد قامت الدلالة عليه ذلك
وهو قوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد لان الام اجتمعت
على ان الاخ يرث تعصيبا مع الابن من الاولاد وتعول عام
على اشتراط الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يمنع
بالولد وان كان انثى قال رحمه الله وكل واحد من ولد السدس
والكلالة الثلث ذكورهم كاناثهم لقوله تعالى وان كان رجل
يورث كلالة او امرأة ولد اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس
وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والمراد بهما الاولاد والام
لان اولاد الاب والام او الاب مذكور وقد في اية النصف على ما ذكرنا
من قبل وهذا قراها بعضهم وله اخ او اخت لام واطلاق الشركة
يقتضي المساواة بحال اذا كان شريكه فيه في هذا المال وقال
له شركة فيه وسكت على ذلك تفيد المقرله بالنصف ولان الله
تعالى لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة
الاجتماع قال رحمه الله ويحجب بالابن وابنه وان سفل وبالاب
والجد ابي الاخوات كلهن يحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن
وابن الابن وان سفل والاب والجد ابي الاخوات كلهن يحجبن

بهؤلاء

بهؤلاء وان علا وكذا الاخوات يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالولد
واختلفوا في الكلالة هل هي صفة للميت او الورثة او التركة وقرئ
يورث بكسر الراء وفتحها والياء ما نافية بشرط ان يسمى به عدم
الولد الميت خبيث مطعون فيهم والكلالة مشتقة من الاحاطة بالشخص
من الاخوة والاخوات وقيل اصلها من البعد يقال كلت الرحم
بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال كل فلان على فلان اذا ثقل
كل عنه اي ترك ويعد عنه وعن صلته فالولد بعيد بالنسبة
الى الوالد قال الفرزدق ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابائي
مناف عبد شمس وهاشم يريد ورثتم مجدكم عن اصولكم لا عن
فروعكم كالاعمام والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من
قبل لا يكون كلالة قال رحمه الله والبنت تحجب ولد الام فقط
اي بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام وجدهم ولا يحجب
الاخوة من الابوين او من الاب لما ان شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة
مع الولد والبنت ولد تنحجبهم ولد ابنة الابن لما ان ولد الابن
ولد فان قيل وجب ان لا يرث الاخوة والاخوات من الابوين
او من الاب لما ان شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد مع البنت
او بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة
شرطت في حقهم لارث النصف او الثلثان فاورث الكل بالعصوبة
فاذا التفت الكلالة انتفى الارث المشروط بها لاطلاق الارث
فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنصف ارث على ما بيناه
بخلاف ارث اولاد الام فان صيغ ارثهم مشروط بالكلالة
ينتفي بعدمها فصار الاخوات لاب وام بمنزلة احوال النصف
للواحدة والثلثان للاكثر والتعصيب اخر ان مع البنات

والسقوط مع الابن والاخوات لاب سبعة احوال ذي الخمسة
والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط بالاثنين
من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلاثة احوال
السدس للواحدة والثلث لاكثر منها والسقوط بما ذكرنا قال
رحمه الله وعصبة وهو معطوف على قوله ذو فرض في اول
الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته
اي وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا
قال رحمه الله اي من اخذ الكل اذا انفرد والباقي
مع ذي سهم هذا تفسير للعصبة اي العصبة من ياخذ جميع المال
عند انفراده وما ابقته الفرايض عند وجود من له الفرض المقدر
وهذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير ان يعرف الورثة
كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم
والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك
الا بعد معرفة العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية
ثلاثة انواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته
الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جزء الميت واهله وجزء ابيه
وجزء جده وعصبة بغيره وهو كل انثى فرضها النصف
والثلثان يصرن عصبة باخوتهن وعصبة مع غيرهن
وهو كل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالبنات مع الاخوات
والسببية مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة لان
العصبة انما سمي عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل
التناصر بالانثى وانما صرن عصبة تبعا او حكما في حق الارث
فقط قال رحمه الله والاحق الابن ثم ابنه وان سفل اي

فتقول

اولاهم

اولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله
تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الا ان قال
ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل
الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين
الباقي فدل على ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن
الابن ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن
حيث المعقول ان الانسان يورث والده ويختار صرف ماله
ولاجله يدخل ماله عادة على ما قال عليه السلام الولد مبخلة
مجبنة وقضيته ذلك ان لا يجاوز بكسبه محل اختياره الا انا
صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على
قضية الدليل وكان ينبغي ان تقدم البنت عليه ايضا وعلى كل
عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها
وجعل الباقي لاولى رجل قال رحمه الله ثم الاب ثم ابوا
الاب وان علا واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة
الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بينا فعلم بذلك
انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك
مع الاخوة وهم اقرب اليه بعد فرعه واصوله فما ظنك مع من
هو ابعد منهم كاعمامه واعمام ابيه قال رحمه الله والجد اب
الاب الا ترى انه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الاب ويقدم
على الاخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول ابي بكر الصديق
رضي الله عنه وابن عباس وعايشة وابي موسى الاشعري
وابي الدرداء وابي الطفيل وابن الزبير ومعاذ ابن جبل
وجابر ابن عبد الله وجماعة اخر رضي الله عنهم اجمعين وبه اخذ

ابو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله والاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ
لاب وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة
عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم
بذلك انهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا اقرب
من الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب لانه
اقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فيرجح بذلك
عند الاستواء في الدرجة وقد قال عليه السلام ان اعيان بني ادم
يتوارثون دون بني العلاة وكذا الاخت لاب وام ولم تقدم اذا
صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم في الفرض فكذا
في العصوبة قال رحمه الله ثم الاعمام ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد
على الترتيب اي اولاهم في الميراث بعد الاخوة ثم اعمام الميت لانهم
جزء الجد فكانوا اقرب وقد قال عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها
فما ابقت فلاولى رجل ذكر ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك
لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب بعدهم وقوله على الترتيب
الذي ذكرنا في الاخوة وهو ان يقدم العم لاب وام على العم
الذي لام ثم العم لاب على ولد العم لاب وام وكذا يعمل في اعمام
الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء في الدرجتين وعند
التفاوت في الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله ثم المعتق
لقوله عليه السلام للذي اعتق عبده هو اخوك ومولاك ان شكرك
فهو خير له وشر لك وان كفرك فشر له وخير لك وان مات ولم
يدع وارثا كنت انت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبته
بدليل ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا فجعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الاخر

لابنة

حمزة رضي الله عنهما وهو المعتق قال رحمه الله ثم عصبة المعتق
وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بان يكون جزء المولى اولى
وان سفل ثم اصوله ثم قرابته ثم جزء جده يقدمون بقوة القرابة
عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله
واللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن وهن
اربع من النساء وبنات الابن والاخوات لاب وام وهو لا يصرن عصبة
وقد بيناه في ميراثهن وقوله باخوتهن هذا في البنات والاخوات
ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه واما بنات الابن فانهن يصرن
عصبة بابناء اعمامهن ايضا وان سفلن كما ذكرنا في مسائل التشبيب
فيكون معناه في حقهن باخوتهن وبمن له حكم اخوتهن والمصنف
رحمه الله ذكر العصبات هنا واستوفاه الا العصبة مع غيره وهو
الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه ذكرهن فيما تقدم
وقد شرحناه هناك فلا نعيده وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن
عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة
ولم يجعلن عصبة بهن لان انفسهن لسن بعصبة فكيف غيرهن عصبة
بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن بنفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا
قال رحمه الله ومن يدلي بغير حجب به اي بذلك الغير سوى ولد
الام فانه يدلي بالام ولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين من الثلث
الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع
التركة ولا يرث هو ارثها لانها ترث بالولاد وهو بالاخوة
فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث
ميراث الام والام اولى به منها لانها اقرب وبخلاف الاب حيث
يحجب الجد والجدة من قبله والاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق

جميع التركة وكذا الابن يحجب ابنه لما ذكرنا فحاصله ان الحجب باحد
امرين اما بمن يدلي به بشرطه على ما ذكرنا او بكون الحاجب اقرب
كالاعمام يحجبون بالاخوة وباولادهم وكاولاد الاعمام والاخوة
يحجبون باعلا درجة منهم قال رحمه الله والمحجوب يحجب كالاخوين
او الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب وهما لا يرثان
معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة ووارث الام مشروط بعدم
الاثنين من الاخوة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في اب وام
وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقي للاب
فجعل للاخوة ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير ان يحصل لهم
شي قال رحمه الله لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف
الدين او الدار اي لا يحجب المحروم عن الارث بهذه الاشيا وعند
ابن مسعود يحجب حجب النقصان بنقص نصيب الزوجين والام
بالولد المحروم بما ذكرنا لانه تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به
نصيبهم من غير فصل بين ان يكون وارثا او محروما وكذا نقص
نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فترك على اطلاقه
ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لادى
الى رفعه الى بيت المال مع وجود الوارث او الى تضييعه لان بيت
المال ايضا لا يرث مع الابن والاخوة وجه قول الجمهور ان المحروم
في حق الارث كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب
الحرمان والنصوص التي توجب نقصان ارثهم لا نسلم انها مطلقة
لان الله تعالى ذكر الاولاد اولا واثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك
حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين اولا وهم المتاهلون
للارث ولذا يقال في الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم في

الارث هم المتاهلون للارث ولذا يقال في الاخوة وهذا لان
المحروم اتصلت به صفة تسلب اهلية الارث فالحقته بالمعدوم
ولا كذلك المحجوب فانه اهل في نفسه الا ان حاجبه غلبه على
ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره وانما ذكر سبب
الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الى اخره ليبين الاسباب المانعة
من الارث فان الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيا قال الله
تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي وقال صلى الله
عليه وسلم لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق في ذلك بين ان يكون
قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وام الولد
ومعلق البعض عند ابي حنيفة لان المعنى يشمل الكل وهو
عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي
عليه درهم على ما جا في الخبر فلا يكون اهلا للارث والقتل
الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص او
الكفارة وما لا يتعلق بواحد منهما كالقتل بسبب او بقصاص
لا يوجب الحرمان لان حرمان الارث عقوبة فيتعلق بما تعلق
به العقوبة وهو الكفارة او القصاص والشافعي رحمه الله يعلقه
بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص او رجم او كان
القريب قاضيا فحكم بذلك او شاهدا فشهد به او باغيا فقتله
او شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا
لا معنى له لان الشارع اوجب عليه قتله وجاز له قتله في هذه
الصور فكيف يوجب عليه العقوبة به بعد ذلك وهذا لا يتعلق
له قتله في هذه الصور فكيف يوجب عليه العقوبة بهذا القتل
سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه السلام

ليس للقاتل شيء من الميراث هو القتل بالخطأ يدل عليه قوله
عليه السلام ليس للقاتل من الميراث بعد صاحب البقرة اي قاتل
هو كهما حب البقرة وهو كان متعمدا واختص بقوله مباشرة
عن القتل بالتسبيب واختلاف الدين ايضا يمنع الارث والمراد
به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه السلام لا يرث
المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية
واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى
يجري التوارث بين اليهودي والمجوسي والنصراني لان الكفر
كله ملة واحدة وقال عليه السلام الناس كلهم خير وشر
خير واختلاف الدارين يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف في
حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الارث
بين المستامن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بين المسلمين
وبين من هو في دارهم لان المستامن اذا دخل الينا او اليهم من
اهل داره حكما وان كان في غيرها حقيقة والدار انما تختلف
باختلاف المنعة والملك لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم
والارث يكون بالولاية قال رحمه الله والكافر يرث بالنسب
والسبب كالمسلم لانه محتاج مكلف فيما يملك بالاسباب الموضوعة
للمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم قال رحمه الله ولو ترك
احدهما فالحاجب اي لو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تمحضتا
في شخصين يحجب احدهما الاخر يرث بالحاجب وان لم يجب يرث
بالقرابتين كما اذا تزوج مجوسي امه فولدت له ابنا فهذا الولد
ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن ولا يرث على
انه ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان

الابن

لابن ترث الثلثين والنصف على انها بنت والسدس على انها
بنت الابن تكملة الثلثين وترث من ابيها على انها بنت ولا
ترث على انها اخته من ام لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج
بنته فولدت له بنتا ترث من امها النصف على انها بنت وترث
الباقي على انها عصبة لانها اختها من ابيها وهي عصبة مع البنت
وان مات ابوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها
بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود ذي سهم
وعصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ
اصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت انه
يرث باثبت القرابتين واثبتهما ادلاها اي باقواهما وبه اخذ
مالك والشافعي رحمهما الله والصحيح الاول لان بناء اعمال
السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولهذا
يورث قيا خذ بالجهتين الا ترى ان المسلم يا خذ بالجهتين
اي اذا اتفق له ذلك بان مات المولاة وترك ابن عمها وهو
زوجها واخوها من امها فانه يا خذ بالفرض والعصوبة فكذا
الكافر اذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف
الاخ من اب وام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث بالفرض
على انه اخ من ام لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه ترث
بالاخوة وهو جهة واحدة فلا يصلح للاستحقاق بها بل
للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالاخ لاب
قال رحمه الله لا بنكاح محرم اي لا يرث الكافر بنكاح محرم
كما اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث بالنكاح
اما عندهما فظاهر لان النكاح لم يصح واما عند ابي حنيفة فلانه

وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلم فكان كالفاسد
قال رحمه الله ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط
لان نسبه من جهة الاب ينقطع فلا يرث به ومن جهة الام
ثابت فيرث به امه واخوته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه
امه واخته من امه فرضا لا غير ولا يتصور ان يرث هو وان يورث
بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه او معتق معتقه او ولده
بذلك قال رحمه الله ووقف للحمل حظ ابن اي اذا ترك
الميت امراته حاملا او غيرها ممن يرثه ولدها وقف لاجله
نصيب ابن واحد وهذا قول ابي يوسف يوقف نصيب ابنين
وهو قول محمد لان ولادة ابنين معتاد وعن ابي حنيفة
انه يوقف نصيب اربع بنين او اربع بنات ايهما اكثر لانه يتصور
ولادة اربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى
على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر منه موهوم
فالحكم للغالب ويوخذ كفيل من الورثة على قوله لاحتمال
ان يكونوا اكثر وهذا اذا كان في الورثة واما اذا لم يكن فيهم
فلا يختلف الميراث بينهم لكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر
اما ان يكون الورثة كلهم اولادا او لا فان كان كلهم اولاد يترك
ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم اولادا
فلا يخلوا اما ان يكون فيهم اولاد او لا فان كان فيهم اولاد يعطى
كل واحد وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على
الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرنا
وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث
منهم نصيبه على تقدير ان الحمل ذكرا وانثى ايهما اقل وان

كان

كان على احد التقديرين اكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف
الباقي قال رحمه الله ويرث ان خرج اكثر وهو حي ثم مات
وان خرج اقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حي من البطن
شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر
صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل قال
رحمه الله ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى
اي اذا مات جماعة في الغرق او الحرق اي الاحتراق ولا يدرى
ايهم مات اولا جعلوا كانهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل
واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب
موتهم فيرث المتاخر من المتقدم وهو قول ابي بكر وعمر وزيد
واحدى الروايتين عن علي وانما كان كذلك لان الارث يبتني
على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حيوة الوارث
بعد موت الموروث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال
ابن مسعود يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد من صاحبه
وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه ان حيوة
كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الى ما
بعد الموت الاخر ولان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات
فكان كل واحد منهم مات بعد موت الاخر فيرث منه الا ما ورث
منه للتعذر لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ماله من
وارثه محال قلنا اذا استحال في حق البعض استحال في حق
الكل اذ سبب الارث متحد لا يقبل التجزي وظاهر حياتهم يصلح
للدفع لا للاستحقاق وكذا الحكم اذا ماتوا بانهدام الجدار عليهم او
في المعركة ولا يدرى ايهم مات اولا وذو رحم

وهو معطوف على العصبة اي يقسم ماله بين ورثته وهم
ذو فرض وعصبة وذو رحم وهو قريب ليس بوارث
بذي سهم وعصبة اي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث
بفرض ولا بعصبة وهذا اصطلاح اهل العلم وفي الحقيقة
الوارث لا يخرج من ان يكون ذا رحم وتحته ثلاثة انواع
قريب هو ذو سهم وقريب هو ليس بذي سهم ولا عصبة وبعض
العلماء في الاولين وفي الثالث نقول عندنا هم يرثون عند
عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
غير زيد بن ثابت رضي الله عنه فانه قال لا يتوارث ذوي
الارحام بل يوضع في بيت المال وبه اخذ مالك والشافعي
رحمهما الله لما روي عن عطاء بن يسار ان رجلا من الانصار
جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل
هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي صلى الله عليه وسلم
وهو واقف فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك
عمته وخالته فسأله الرجل وصار يفعل النبي صلى الله عليه وسلم
ثلاث مرات ثم قال لا شيء لها وروي انه قال لا اجد لها شيئا
واذا لم ينزل عليه شيء لا يمكن اثباته بالراي لان المقادير لا يمكن
اثباتها بالراي ولنا ما روي عن ابن مسعود وعباس رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم احق بان صحابته كانوا يتوارثون
بذلك حتى نزلت واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب
الله تتوارثوا بالنسب ومن المقداد ابن معدي كرب عن
النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته وانا وارث
من لا وارث له اعقل عنه وارث عمته وخالته وارث من لا وارث

له يعقل عنه ويرثه رواه احمد وابو داود وغيرهما وحيزت
ثابت ابن الدحداح وكان غريبا اتيا لا يعرف من اين هو
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاسم بن عدي هل تعرفون
له فيكم نسبا قالوا لا يا رسول الله فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا لبابة ابن المنذر ابن اخته فاعطاه ميراثه وعن اياس بن
سهل ان رجلا دعجر رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال
فكتب في ذلك ابو عبيدة بن عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال
وارث من لا وارث له قال الترمذي حديث حسن وقال
الطحاوي هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن
عمر رضي الله عنه في عمة وخالة انه اعطى العمة الثلثين
والخالة الثلث وقال عبد الله بن مسعود فيمن ترك عمة
وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم
يكن للميت وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فان كان
بعضهم اقرب اليه من بعض ورث ماله ولو خوفا لا طالة لا ورثنا
ما حكي عن السلف من افرادهم الواقعات وما رواه منقطع وعن
مذهب الخصم انه يكون بعد تكليف يحتج به على مذهب الغير
وهذه غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه ايضا عندنا حجة بعد
دفع مواريث ذوي الارحام لا يعارض ما تلونا من الاية ويحتمل
ان يكون هناك من هو اولى منهما او قبل نزول الاية ويحتمل قوله
عليه السلام لا شيء لها اراد به الفرض اي لا فرض لها مقدر وبعد
نقول به فان قيل لا بعد لكم في الاية لانها نزلت رد المتوارث

بالاخا وهو الموالاة ويحتمل ان يكون المراد بهما العصبة واصحاب
السهام وليس فيهما دلالة على ان المراد بهما غيرهم قلنا العبرة
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على
ان كثيرا من اصحاب الشافعي منهم ابن شريح خالفوه وذهبوا الى
توريث ذوي الارحام وهو اختيار فقهاء زماننا للفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف قال رحمه الله ولا يرث
مع ذي سهم وعصبة سوى احد الزوجين لعدم الرد عليهما اي لا يرث
ذو رحم مع وجود ذي فرض او عصبة الا اذا كان الفرض
احد الزوجين فيرث معه لعدم الرد عليه لان العصبة اولى
منه وكذا الرد على ذوي السهام اولى من رد ذوي الارحام لانهم
اقرب الى الزوجين فانهم لا قرابة لهما مع الميت وارثهما نظير
الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين
فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما وعلى ذلك كان عامة
الصحابة رضي الله عنهم وكان عثمان ابن عفان رضي الله عنه
يرد على الزوجين ايضا وكان زيد ابن ثابت لا يرى الرد
على احد من ذوي الفروض وما فضل منهم يوضع في بيت
المال عنده وقد عرف في موضعه قال رحمه الله وترتيبهم
كترتيب العصبات اي ترتيب ذوي الارحام في الارث كترتيب
العصبة فيقدم فروع الميت كالاولاد البنات وان سفلوا
ثم اصوله كالاجداد الفاسدين والجدات كذلك ثم فروع ابويه كالاولاد الاخوات وبناتهم الاخوة لام
وان نزلوا ثم فروع جده وجدته كالعمات والاعمام لام
والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا اربعة اصناف

وروي

وروي ابو سليمان عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
ان اولاهم بالميراث الاصول والاولاد لان الفروع اقرب بها
في العصبات قال رحمه الله والترجيح بقرب الدرجة لان الرحم
بطريق العصوبة فيتقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم
كما في العصبات قال رحمه الله ثم يكون الاصل وارثا اذا
استووا وفي الدرجة قدم الذي يدلي بوارث اولى من كل صنف لان الوارث
اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق
الارث فكان من يدلي به اقوى والقوة تاثير في التقديم
الا ترى ان بني الاعمام يقدمون على بني العلات في العصوبة
بهذا المعنى قال رحمه الله وعند اختلاف جهة القرابة كالقرابة
الاب ضعف قرابة الام كان لمن هو في جهة الاب للثلثان
ومن جهة الام الثلث لما روينا من قضيتهم وابن مسعود
رضي الله عنهما ولان قرابة الاب قوي فيكون لهم الثلثان والثلث
لقرابة الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول
كالعمات والاخوال قال رحمه الله وان تفاوت الاصول فالقسمة
على الابدان اي اذا اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة
والانوثة ولم يختلفوا اينما كانت القسمة على ابدانهم حتى
يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى
بهم سواء كانوا اصولا لهم او لم يكونوا قال رحمه الله ولا فالعدد
منهم والوصف من بطن اختلفا اي ان لم تتفق الاصول يعتبر
العدد من الفروع اي المدلون بهم فيقسم المال على ذلك البطن
فيعتبر عدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل
الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى

الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطي الفروع ميراث الاصول واذا
كان فيهم بطن مختلفة يقسم المال على اول بطن اختلف على
الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طايفة والاناث طايفة بعد
القسمة فما اصاب الذكور يجمع ويقسم على اول بطن اختلف بعد
ذلك وكذا ما اصاب الاناث وكذا يعمل الى ان ينتهي الذين هم
احيا وهذا قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف والحسن بن
زياد يعتبر ابدان الفروع سوا اتفقت صفة الاصول في الذكورة
والانوثة او اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان او اكثر تعتبر
الجهتان او الجهات فيرث بكل جهة غير ان ابا يوسف يعتبرها
في الفروع ومحمد في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا
بجهة واحدة عند ابي يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين
عنده في الصحيح والفرق له على هذه الوارثة ان الجدة تستحق
الارث والاسم لا يختلف فيهن وارث ذوي الارحام بالقرابة فيتعدد
بتعددها وقول محمد اصح في ذوي الارحام جميعا وهو اشهر الروايتين
عند ابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله نصف وربع وثمن وثلثان
وثلث وسدس اي الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة
وهي نوعان على التنصيف ان بدات بالاكثر او على التضعيف
ان بدات بالاقل فتقول النصف نصفه ونصف نصفه والثلثان
ونصفه ونصف نصفه قال رحمه الله ومخارجها للنصف
واربعة وثمانية وثلاثة وستة اسميها واثنا عشر واربعة
وعشرون بالاختلاط اختلاط احد النوعين بالاخر فحاصله
ان هذه الفروض لا تخلوا اما ان يجي كل فرض منها منفردا او مختلطا
بغيره فان جا منفردا فمخرج كل فرد سميه وهو المخرج الذي

يشاركه

يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمي له وذلك
مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع
من اربعة وان جا مختلطة بغيره فلا يخلوا اما ان يختلط كل نوع
بنوعه واحد النوعين بالنوع الاخر فان اختلط كل نوع بنوعه
فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون
مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه وان اختلط احد النوعين بالاخر
فمخرجها من اقل عدد يجمعها واذا اردت معرفة ذلك فانظر مخرج
كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة او لا
فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق احدهما في جميع الاخر
وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب جميع احدهما في جميع الاخر
فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اختلط النصف من الاول بكل الثاني
او بنصفه فهو من ستة لان مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف
فاذا ضربت وفق احدهما في جميع الاخر يبلغ ستة وان اختلط
بالثلث والثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما
في جميع الاخر تبلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني
او ببعضه فهو من اثني عشرة لان مخرج الربع وهو الاربعة
يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت
وفق احدهما في جميع الاخر تبلغ اثني عشر ومنه يخرج الجزان
وان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف
وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة
في ثمانية تبلغ اربعا وعشرين فمنه يخرج الجزان فجملة المخارج
سبعة ولا يجتمع اكثر من اربع فروض في مسيلة واحدة ولا يجتمع
من اصحابها اكثر من خمس طوايف ولا ينكسر على اكثر من اربع

طوايف قال رحمه الله وتعول بزيادة اي تعول هذه المسايل
لتخارج بزيادة من اجزا المخرج لذلك فيحتاج الى العول بزيادة من
اجزا المخرج فترتفع المسيلة ولما فيه من الميل عن الفرض المقدر والعول
الميل والجور يقال الحاكم في حكمه اذا مال وجار ومنه قوله تعالى
ذلك ادنى ان لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها
لا تعول وانما تعول الستة منها اثني عشر واربعة وعشرون
والاربعة الاخرى لا تعول قال رحمه الله فستة تعول الى عشرة
وترا وشفعا يريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية
والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين او لاب
او زوج وجدة واخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واختين
من اب واختان من ام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج وام
واخت من اب وزوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام
واخت من اب وزوج واختان من اب ومثال عولها الى تسعة
زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب
واختان من ام او زوج واختان من اب وام واخت من ام ومثال
عولها الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام وام قال
رحمه الله واثنا عشر الى سبعة عشر وترا اي اثنا عشر وتعول
الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلثة عشر وخمسة
عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان
وام او زوج وام واختان لابوين واخت لام او زوجة واختان
لابوين او زوج وبنت وبنت ابن وام او جدة ومثال عولها الى
خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان لاب
واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر اربع اخوات لام وثماني

اخوات

اخوات لاب وجدتان وثلث زوجات قال رحمه الله واربعة
وعشرون وما فيها الا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى التسعية
وهو على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا مرتجلا ومضى في خطبته
ولا تعول اكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضي الله عنه فانها تعول
عنده الى احد وثلاثين فيما اذا ترك امراة واختين لام واما
واختين لاب وابنا كافرا او رقيقا او قاتلا له لان من اصله
ان المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمراة الثمن عنده
وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث
ومجموع ذلك احد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك جينا الى التصحيح
ولا بد للتصحيح من معرفة اشيا التماثل والتداخل والتوافق
والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول ان كان
احد العددين مثلا للاخر فهي المماثلة فيكتفي بضرب احدهما عن الاخر
وان لم يكن مثلا له فان كان الاقل جزا للاكثر فهي المداخلة وان
لم يكن جزا له فان توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما وان لم
يتوافقا في جزء فهي المباينة ولا يخلوا عددان اجتمعا من
احد هذه الاحوال الاربعة لانهما اما ان يتساويا او لا فان
تساويا فهي المماثلة وان لم يتساويا فلا يخلوا اما ان يكون
الاقل جزا للاكثر او لا فان كان جزا له فهي المداخلة وان يكن جزا
له فلا يخلوا اما ان يتفقا في جزء او لا فان اتفقا فيه فهي الموافقة
وان لم يتفقا فيه فهي المباينة وطريق معرفة كل واحد منهما مذكوره
في المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الروس والروس وكذا
بين الروس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة
اذا كانت الروس اكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة

وفايدة التصحيح كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من اقل عدد
يكون عليه وجه ليسلم عليهم وجه الحاصل لكل واحد من الكسر وهذا
يسمى تصحيحا قال رحمه الله وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في
الفريضة ان وافق اي اذا انكسر نصيب طايفة من الورثة ينظر بين
رؤسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق العدد في الفريضة
وهي اصل المسيلة وعولها ان كانت عايلة فالمبلغ تصحيح المسيلة
كجدة واختلام وعشر بن اختا لابوين اصلها من ستة للجدة سهم ولكل
للاختلام وللاخوات اربعة لا تقسم عليهن وتوافق رؤسهم بالربع
فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة في اصل المسيلة وهي ستة تبلغ ثلثين
فمنها تصح قال رحمه الله والا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه
اي ان لم يوافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس في الفريضة وهي اصل
المسيلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح
المسيلتين اي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة
ومثال المباينة زوج وبنت واخوات لابوين اصلها من ستة وتعول لاربع
سبعة للزوج النصف ثلثة وللاخوات الثلثان اربعة فلا تقسم
عليهن فلا توافق فاضرب عدد رؤسهن في الفريضة تبلغ ستة واربعين
فمنها تصح قال رحمه الله وان انقطع الكسر وتماثل اضرب واحد
اي اذا انكسر على اكثر من طايفة وتماثل اعداد المنكسر عليهن بضرب
فريق واحدة في اصل المسيلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من
الضرب فهو تصحيح المسيلة مثاله ستة اخوات لاب وام وثلاث
اخوات لام وثلاث جدات اصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات
لاب وام الثلثان اربعة لا تقسم عليهن وتوافق بالنصف
قرد رؤسهن الى النصف ثلثة وللاخوات لام وثلاث جدات

اصلها

اصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وام الثلثان اربعة
لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف ثلثة وللاخوات لام الثلث
سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق والجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن
ولا يوافق فاضرب معك ثلثة اعداد مماثلة فاضرب واحدا منها
في الفريضة تبلغ واحدا وعشرين فمنها تصح ولو كان بعض الاعداد
مماثلة دون البعض ضربت وفق واحد من المتماثلين في عدد
رؤس الفريق المباين لهم وجه وفقه ان وافق فما بلغ تصحح منه
المسيلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا في المثال المذكور
والمسيلة بحالها ضربت ثلثة في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب
خمسة عشر في الفريضة وهي ستة تبلغ ماية وخمسة فمنها تصح ولو
ترك تسع اخوات لاب وتسع اخوات لام وخمسة عشر جدة ضربت
التسعة في خمسة عشر فما بلغ في الفريضة فمنها تصح وعلى هذا لو
كان المباين اكثر من طايفة واحدة بضرب تصح المسيلة مثاله اربع
زوجات وخمس اخوات لام وثلاث جدات وثلاث اخوات لاب
اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم على كل ولو
توافق فعدد الاخوات لاب يماثل الجدات فيستغني باحدهما
فتضرب الثلثة في اربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة تبلغ ستين
ثم تضرب بالستين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ الفا وعشرين
فمنها تصح المسيلة قال رحمه الله ولو توافق فالوفق والا فالعدد
في العدد ثم وثم فما المبلغ في الفريضة وعولها اي اذا توافق بين
اعداد الرؤس فاضرب احدها كله فيما بقي فما بلغ فاضربه في الفريضة
فما بلغ فمنه تصح المسيلة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ
من ضرب احد الرؤس اذا لم يوافقه وان وافقه ثم بلغ في اصل

المسيلة تما بلغ فمنه تصح فمالك الموافق اربع زوجات وثمانية عشر
اخت لام واثنا عشر جدة وخمس عشرة اختا لام اصلها من اثنين
عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن
ولا توافق وللاخوات لام الثلث اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق
بالنصف فرد روسهن الى النصف ستة وللجدات السدس سهمان
لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد روسهن الى النصف ستة
وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا توافق فبين
خمسة عشر والستة موافقة بالنصف فاضرب نصف احدهما في
جميع الاخر تبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة
وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة الاف وستين ومنها تصح ومثال المباينة
خمس اخوات لاب وثلاث اخوات لام وسبع جدات واربع زوجات
اصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان
ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث اربعة لا
تنقسم عليهن ولا توافق والجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن
ولا توافق وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا توافق
فللخمسة لا توافق السدس فاضرب احدهما في الاخر يبلغ خمسة
عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احدهما تبلغ ستين
والستين لا توافق السبعة فاضرب احدهما في الاخر يبلغ
اربعمائة وعشرين ثم اضرب اربعمائة وعشرين في الفريضة وهي سبعة
عشر تبلغ سبعة الاف ومائة واربعين منها تصح ثم اذا اردت
ان تعرف نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب روس
كل فريق فيما انضم من اصل المسيلة فما بلغ فاضربه في عدد
روس مخالفه ان لم يكن بينهما موافقة وان كان بينهما موافقة

فاضرب

فاضرب في الوفق فما بلغ فاضربه في روس الفريق الثالث او في وفقه
وهكذا تفعل الى ان تنتهي الروس فما بلغ فهو نصيبه لكل الفريق
وان شئت ضربت ما كان لكل من المسيلة في مبلغ الروس فما بلغ من
الضرب نصيبهم واذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من احاد
الفريق ضربت ما لكل واحد منهن فيما كان لهن من اصل المسيلة
فما بلغ ضربته في عدد روس المخالف لهن ان كان بين روسهما مباينة
وان كان بينهما موافقة فاضرب في وفقه فما بلغ فاضربه في
الرابع او في وفقه كذلك فما بلغ فهو نصيب كل واحد من احاد
ذلك الفريق وان شئت قسمت مبلغ الروس على روس كل فريق
فما اصاب الواحد ضربته فيما كان لهن من اصل المسيلة فما بلغ فهو
نصيب كل واحد من احاد الفريق وان شئت عكست بان تقسم
ما كان لكل فريق من اصل المسيلة على عدد روسهم فما اصاب
الواحد ضربته في مبلغ الروس فما بلغ فهو نصيب كل فريق من اصل
المسيلة على عدد روسهم فما وجدت منسبة اخذت بمثل تلك
النسبة من مبلغ الروس فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك
الفريق وله طريق اخر مذكورة في المطولات قال رحمه الله
وما فضل يرد على ذوي الفرض بقدر فروضهم الا على الزوجين
ايهما يرد ما فضل من فرض ذوي الفروض بقدر سهامهم الا على الزوجين
فانه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ
الخلفا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه الفاضل بيت المال
وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه
عنه يرد على الزوجين ايضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول
عالت على الكل فوجب ان يكون حقه من الزيادة للكل ليكون

الخراج بالضمان والغرم بالغنم وجه من منع الرد مطلقا ان النص
قد فرض لكل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا
يمكن اثباتها بالراي فامتنع اصلا ولنا قوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وهو الميراث فيكون اولى من بيت
المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغي ان يكون
ذلك لجميع ذوي الارحام لاستوائهم في هذا الاسم الا ان اصحاب
الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الارحام لقوة قرابتهم الا ترى
انهم يقدمون في الارث فكانوا احق به ومن حيث السنة ما روي عن
ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله
ان لي مالا ولا يرثني الا ابنتي الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله
عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا ان الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره
على الخطا لا سيما في موضع الحاجة الى البيان وكذا روي ان امراة
اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني تصدقت
على امي بجارية فماتت امي وبقيت الجارية فقال صلى الله عليه
وسلم وجب اجرك ورجعت اليك في الميراث فجعل الجارية راجعة
اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان اصحاب الفرائض ساووا الناس
كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك من المسلمين على غيرهم
وروى ابن مسعود رضي الله عنه انه لم يرد على ابنة ابن مع بنت
الصلب ولا على اخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوة لام
مع الام ولا على جدة الا ان يكون وارث غيرها وبه اخذ علقمة
ان الفاضل من الفرض ماخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه
الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد
عليه الا ان يكون ثمة وارث غيرها فتكون هي اولى من الاجانب

قلنا

قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض
ودخل البعض على الكل عند النقص بالعول غير انه اثر في تفضيل
النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل ايضا وادخال النقص
على الزوجين بالعول مما يوافق الدليل النافي لارثهما ثبت بالنص
على خلاف القياس واخذ الزيادة مما يخالف النافي لارثهما فلا يمكن
اثباته بالقياس لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه
وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر وذلك
لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها اصلا الا بالنفي ولا
بالاثبات فاثبتناه بدليل اخر على ما ذكرناه ولان النصوص
المذكورة في تعيين نصيب كل واحد منهم تثبته فرضا والاخذ
بطريق الفرض ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع
ثبوته بدليل اخر كما ثبت ذلك في بعض العصبات ياخذ الفرض
بالنص ثم ياخذ الباقي بدليل اخر ولا يعد ذلك زيادة على النص
وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم يثبته بالراي بالنص على ما
بينا ثم مسايل الباب اربعة اقسام ان يكونوا جنسا واحدا او اكثر
عند عدم من لا يرد عليه او عند وجوده فلا تخرج مسايله عن هذه
الاربعة على ما يجيء في اثناء البحث قال رحمه الله فان من يرد
عليه جنسا واحدا فالمسيلة من رؤوسهم كبنتين واختين لانهما
لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين واخوين فيجعل المال بينهما
نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالاختين ان يكونا من
جنس واحد بان يكون كلاهما لاب او لام او لابوين قال
رحمه الله والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلثة او ثلث
وسدس واربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس

او نصف وسدسان او نصف وثلث اي ان لم يكن من يرد عليه
جنسا واحدا بان كان جنسين او ثلاثة تجعل المسيلة من سهامهم
فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة واخت لام او من ثلاثة
اذا اجتمع ثلث وسدس كاخوين لام وجدة او ام واخ لام او ام
واخوين لام ومن اربعة اذا اجتمع نصف وسدس كبنت وبنتا ابن
واخت لابوين واخوات لاب واخت لاب واخ لام او جدة مع
واحد ممن يستحق النصف من الاناث ومن خمسة اذا اجتمع
ثلثان وسدس كام او جدة مع من تستحق الثلثين من الاناث
او اختان لاب واخ لام او نصف وسدسان كبنت وبنتا ابن
وام او جدة واخت لام واختان لاب وثلاث اخوات متفرقات
او ام واخت لاب ونصف وثلث كام واخت لاب او اخوين
لام واخت لابوين او لاب ولا يتصور ان يجتمع في باب الرد
اكثر من ثلاث طوايف فاذا جعلت المسيلة من سهامهم تحقق
رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما
احدهما ان يكونوا جنسا واحدا والاخر اكثر من ذلك فيما اذا لم
يختلط بهم من لا يرد عليهم وبقي النوعان الاخران وهما اذا اختلط
بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله ولو مع الاول
من لا يرد عليه اعط فرضه من اقل مخارجه ثم اقسم الباقي على
من يرد عليه كزوج وثلاث بنات اي لو كان مع الاول وهو ما
اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو احد الزوجين
اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي
على روس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث
بنات للزوج الربع فاعطه من اقل مخارج الربع وهو اربعة

فاذا

فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة اسهم فاستقام على روس البنات
قال رحمه الله وان لم يستقم فان وافق روسهم كزوج وست بنات
فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس
بنات اي ان لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه وبين روسهم
موافقة فاضرب وفق روسهم في مخرج من لا يرد عليه كزوج وست
بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد روسهن الى اثنين ثم اضربه
في اربعة وان لم يوافق الباقي روسهم كزوج وخمس بنات فانه
لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع روسهن وهو
الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسيلة فتصح في
الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في
الاول ضربت اثنين في اربعة وفي الثاني خمسة في اربعة فياخذ
الزوج في الاول سهمين تبقى ستة لكل واحدة من البنات سهم
وياخذ في الثاني خمسة ويقسم الباقي على خمسة يصيب
كل واحد منهن ثلاثة اسهم قال رحمه الله ولو مع الثاني من لا
يرد المراد بالثاني ان يكون طايفتان او اكثر اي لو يكون مع
الطايفتين او اكثر من يرد عليه قال رحمه الله فاقسم ما بقي من
مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سهامهم على ما بينا كزوجة واربع
جدات وست اخوات لام للزوجة الربع فاعطها من اقل مخارجه
وهو واحد من اربعة تبقى ثلاثة لان سهامهن ثلاثة قال رحمه
الله وان لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من
لا يرد عليه كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات اي لم ينقسم
الباقي من فرض من لا يرد عليه اي على مسالتهم فاضرب سهام من يرد
عليه فيما مثل به خمسة اربعة للبنات وواحد للجدات وما بقي

من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن
والجد اب سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما
ذكر لان الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب ان يضرب سهام كل فريق
من الثمانية في الخمسة وسهم الزوجات واحد من الثمانية وجب
ان يضرب سهام كل فريق في الخمسة تبلغ خمسة وثلثين فصارت
السبعة مضروبة في خمسة بالنسبة الى اصل مسيلة مسيلة
من يرد عليه لان كل من له شيء من الثمانية مضروب في خمسة وكذا
الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لان كل عدد
ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه
ولهذا غير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج
فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل فاذا عرف فروض الفريقين
بما ذكر يحتاج الى طريق التصحيح ولهذا بينه قال رحمه الله
وان انكسر فصحح كما مر اي اذا انكسر على البعض او على الكل فصحح
المسيلة بالطرق المذكورة بالتصحيح لان السهام اذا لم
تنقسم على اربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا الباب
الا ليخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ومن لا يرد من عدد
واحد كما ذكر في مخارج السهام لا تصح المسيلة عليهم وقد
ذكرنا طرق التصحيح وطرق معرفة سهام كل واحد من احاد
الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذي ذكره المصنف وهو
زوجة واربع جدات وست اخوات لام تصح من ثمانية
واربعين والمثال الثاني وهو اربع زوجات وتسع بنات
وست جدات تصح من الف واربعماية واربعين قال رحمه الله
وان مات البعض قبل قسمة التركة ويسمى هذا النوع من

المسايل

المسايل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت
الشمس الظل اي ازالته ومنه نسخ الكتاب واستعماله فيما اذا
صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من نقل العمل
والتصحيح الى الفريضة الثانية قال رحمه الله فصحح مسيلة
الميت الاول واعط سهام كل وارث ثم صحح مسيلة الميت الثاني
وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وهو نصيبه من الميت
الاول والثاني مما صحت منه الاولى من الميت الاول وبين التصحيح
الثاني ثلاثة احوال اي التوافق والتباين والاستقامة
فان استقام ما في يده من التصحيح الاول على التصحيح الثاني
فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسيلة الميت الاول اي صحت
الفريضتان فريضة الميت الاول والثاني مما صحت منه الاولى
وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة اي بين ما في يده
وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثاني
فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول وان كان
بينهما مباينة اي بين ما في يده وفريضته وهي التصحيح الثاني
فاضرب وفق التصحيح الثاني كل التصحيح في التصحيح الاول
في الثاني فالمبلغ مخرج المسيلتين اي ما بلغ من الضرب تصحيح
الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثاني وانما
كان النظر بين ما في يد الميت الثاني وهو نصيبه من التصحيح
الاول وبين فريضته في ثلاثة احوال من الاستقامة والموافقة
والمباينة لان ما في يده هو نصيبه من الفريضة الاولى مقسوم
على فريضته فصارت فريضته نظير الروس المقسوم عليهم ونصيبهم
من الاول نظير نصيبه من اصل المسيلة وكما ينظر بين الروس

في الاحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم
ما في يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب
الفريق من اصل المسئلة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق
يضرب وفق فريضته وان لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية
في الفريضة الاولى كما ان في الرؤس كذلك واذا عرف ذلك
يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول
والثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بينه في المختصر
قال رحمه الله واضرب سهام ورثة الميت الاول في التصحيح
الثاني او في وفقه او في سهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت
الثاني او في وفقه اي في نصيبه من الفريضة الاولى وان كان
بينهم من يرث من المتيقن ضربت نصيبه من الاولى في الفريضة الثانية
او في وفقها ونصيبه من الثاني فيما في يد الميت الثاني او في وفقه
وانما ضرب سهام كل واحد من الميت الاول في الفريضة الثانية
او في وفقها لان الثانية او وفقها مضروب في الاولى فنصيب كل
واحد يكون مضروبا ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغي
ان يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده في الثانية
او في وفقها لانه من جملة ورثة الميت الاول الا ان نصيبه
لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته فكان مقسوما بينهم
فاستغنى عن ذلك بضرب كل واحد من ورثته فيما في يده
او في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد ان سهام من لا يرد
عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب
فيما بقي من فرض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة
فاجعل المبلغ الثالث مقام الاول والثالث مقام الثاني في

نصيبه

العمل

العمل ولو مات الرابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع
مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام الاولى الى ما لا يتناهى
هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه في ميراث
الميت الاول وكانوا هم بعينهم ولكن من جهة ارثهم من الميتين
مختلفة وان كانوا بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة
ارثهم من الميتين متحدة القيت جميع من مات قبل القسمة وصححت
فريضة الميت الاخير فكانه لم يمت الا هو ولم يكن وارث غير
ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا مات شخص
وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة
فخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول وكذا كلما مات
منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة تقسم على رؤسهم لا غير
ثم اعلم ان هذا الباب يحتاج فيه الطالب الى التامل وكثرة التصوير
وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يكون ما يحصل من بعض الموتى
منقسما على مسئلته ومن غيرهم غير منقسم وقد لا ينقسم كل واحد
على الانفراد وينقسم المجموع وينبغي ان ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح
كل فريضة كل ميت ثم ينظر عند انتهاء الجمع وجميع نصيب كل واحد من
الورثة هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة
بجزء كالنصف والربع وغير ذلك فان وجدت بينهما موافقة
بجزء كما رددت التصحيح الى جزء الوفق وكذا الحاصل لكل وارث
طلبا للاختصار وان وافق بالنصف مثلا رددت المسئلة
الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه له ومثل
هذا لا يتفق الا في المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله اكثروا الامثلة
في المناسخة ونحن نذكر بعض المسئلة ليكون للطالب دربة

ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات فنقول اذا مات
امراة وتركت زوجا وبنتا واما فات الزوج قبل القسمة عن
امراة وابوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم مات
الجدة عن زوج واخوين فالمسيلة الاولى وهي مسيلة المراة وحدها
ردية تصح من ستة عشر للزوج اربعة وللبنت تسعة
ولاثنة والمسيلة الثانية وهي مسيلة الزوج تصح من اربعة يقسم
ما في يدها فلا حاجة الى الضرب والمسيلة الثالثة مسيلة
البنت تصح من ستة ونصيبها من الاولى تسعة لا تنقسم على
مسيلتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسيلتها وهي اثنان
في ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان ثم
كان له من ستة عشر شيء مضروب في اثنين ومن كان له من ستة
فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلث والمسيلة الرابعة
مسيلة الجدة تصح من اربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين
اجتمع لهما من بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم
على اربعة فاضرب اربعة في اثنين وثلاثين تبلغ ماية وثمانية
وعشرين ومنها تصح المسايل كلها فمن له شيء من اثنين وثلاثين
مضروب في اربعة ومن كان له شيء من اربعة فمضروب فيهما
في يدها وهو تسعة ولو ترك زوجة وابنا وبنتا واما ثم
مات الابن قبل القسمة وخلف بنتين وزوجة وجدا
وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في
الثانية وزوجا هو الجد في الثانية واختا لاب فالمسيلة
الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنى عشر وللزوجة تسعة
وللبنت سبعة عشر وللابن اربعة وثلاثون ولكل واحد من

الجد والجدة اربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضة ولا توافق
فاضرب فريضة الثاني وهي سبعة وعشرون في الاولى وهي اثنان
وسبعون تبلغ الفا وتسعماية واربعة واربعين فللبنت سبعة
عشر من الاولى مضروبة في جميع الثانية وهي سبعة وعشرون تبلغ
اربعماية وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنى عشر مضروبة في
تسعة وعشرين تبلغ ماية وثمانية واربعين وللبنتين
في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو اربعة
وثلاثون تبلغ خمسماية واربعة واربعين وللزوجة ثلاثا
مضروبة في اربعة وثلاثين وهو ما في يد الميت الثاني تبلغ
ماية واثنين وسبعين واحد من الجد والجدة اربعة مضروبة
في اربعة وثلاثين تبلغ ماية وستة وثلاثين والمسيلة الثالثة
وهي مسيلة الجدة تصح من اثني عشر في يدها ماية وستة وثلاثين
وهو لا ينقسم على فرضها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها
وهو ثلاثة في الاولى وهي الف وتسعماية واربعة واربعون تبلغ
خمسة الاف وثمانماية واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان
ثم من له شيء من الاولى يضرب فيه وفق الثانية وهي ثلاثة ومن له
شيء من الثانية يضرب فيما في يدها وهو اربعة وثلاثون لبنت
الاول من الاولى بعماية وتسعة وخمسون مضروبة في ثلاثة
تبلغ الفا وسبعا وسبعين وللام الاول من الاولى ثمانية واربعة
وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعماية وتسعة وعشرين
ولبنتي الثاني من الاولى خمسماية واربع واربعين مضروبة في ثلاثة
تبلغ الفا وستماية واثنين وثلاثين لكل واحدة منهما ثمانماية وستة
عشر وللزوجة الثاني من الاولى ماية واثنان مضروبة في ثلاثة

تبلغ ثلثماية وستة وللجد من الاولى ماية وستة وثلاثون مضروبة
في ثلاثين تبلغ اربعماية وثمانية ولبنتي ابن الابن الجدة من فريضة
الجدة وهي الاخيرة ثمانية مضروبة في وفق ما في يد الجدة وهو
اربعة وثلاثون تبلغ ماية واثنين وهو الذي كان في الثانية
جدا ولاخي الجدة سهم من فريضتها مضروبة في وفق ما في يدها
وهو اربعة وثلاثون تبلغ ماية اربعة وثلاثين قال
رحمه الله وحظ كل فريق من التصحيح يضرب من اصل المسئلة
اي يعرف اصل نصيب كل فريق من التصحيح يضرب من اصل
المسئلة فيما ضربته نصيب كل فريق من اصل المسئلة في مبلغ
الروس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك
الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه قال رحمه الله
وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق الى عدد روسهم مفردا ثم
يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد يعرف نصيب
كل واحد من افراد الفريق فما وجد نسبته اعطي لكل واحد
من احاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج
نصيب كل واحد منهم ومعنى قولهم مفردا ينسب الى فريق
واحد من غير ضم فريق اخر عند النسبة وهذه المسئلة
والتي قبلها موضعها باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك
وطرقا اخر فلا نعيدها قال رحمه الله وان اردت قسمة
التركة بين الورثة او الغرماء فاضرب سهام كل وارث من
التصحيح في التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا الدين
بان تضرب دين كل وارث من التصحيح غريم في التركة
وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة

والتصحيح

والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة فان كان بينهما
موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم في
وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح او على وفق
مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث والدين
لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين
بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب
وهو انه متى اجتمع اربعة اعداد متناسبة وكان نسبة الاول
الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد
ثلاثة وجهل واحد امكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما
نحن فيه اجتمع اربعة اعداد متناسبة اولها سهام كل وارث
من التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث
من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح
كنسبة الحاصل له من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول
والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني
في الثالث فكذلك اذا قسمت المبلغ على الثاني ضرورة ان كل
مقدار تركب من ضرب عدد في عدد على احد العددين خرج الاخر
خمسة عشر مثلا لما تركب من ضرب ثلاثة وهي القاعدة هي
الاصل في معرفة نصيب كل واحد من احاد الفريق فانه اجتمع
هناك ايضا اربعة اعداد متناسبة نصيب الفريق من اصل
المسئلة الى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد الى
مبلغ الروس وهو المضروب في اصل المسئلة والثالث مجهول
والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطريق المذكورة
في التصحيح وكذا العمل في قضاء الدين اذا كانت التركة لا تفي

وتعدد الفريق والحاصل
لكل واحد من احاد الفريق
من التصحيح ومبلغ الروس
نسبة نصيب الفريق من
اصل المسئلة صح

فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح
فتطلب الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على
ما بينا قال رحمه الله ومن صالح من الورثة على شيء فاجعله
كان لم يكن واقسم على سهام من بقي ما بقي لان المصالح لما ترك بشيء
اعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فيبقى الباقي
مقسوما على سهامهم قوله كان لم يكن فيه نظر لان بدل
قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كانه استوفى
نصيبه ولم يستوف الباقون انصباءهم وهو الصواب
الا ترى ان المراة اذا ماتت وخلفت زوجا واما وعما فصالح
الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الام
والعم اثلاثا للام سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كان لم
يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين
وللعم سهمان لانه الباقي بعد الفروض ولكن تاخذ هي ثلث الكل
وهو سهمان من ستة والزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه
باخذ بدله فبقي السدس وهو سهم العم وكذا لو ماتت المراة
وخلفت ثلاث اخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت
لاب وام وخرجت من البين كان الباقي بينهم
اخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم
للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان اصلها ستة
وتعول الى ثمانية فاذا استوفيت الاخت نصيبها
وهي ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كانها لم تكن
لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة
والله اعلم بالصواب

وكان الفراغ من هذه النسخة
المباركة يوم الجمعة المبارك
[illegible]
[illegible]